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

SALA DE CASACION PENAL

TOMO CCLVII SEGUNDO SEMESTRE 1998 NUMERO 2496

VOLUMEN II

SANTAFE DE BOGOTA, D.C., COLOMBIA - AÑO 2000

REPUBLICA DE COLOMBIA



GACETA JUDICIAL

ORGANO DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

TOMO CCLVII - NUMERO 2496

SEGUNDO SEMESTRE DE 1998

SALA DE CASACIÓN PENAL

VOLUMEN II

Santa Fe de Bogotá, D. C., Colombia - Año 1998

– IMPRENTA NACIONAL DE COLOMBIA –



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

PRIMER SEMESTRE DE 1998

SALA PLENA

Doctores *José Fernando Ramírez Gómez- Presidente*
Jorge Iván Palacio Palacio - Vicepresidente
Blanca Trujillo de Sanjuán - Secretaria General

SALA DE CASACION CIVIL Y AGRARIA

Doctor *Jorge Santos Ballesteros - Presidente*

Lina María Torres González - Secretaria

MAGISTRADOS

Doctores *Carlos Esteban Jaramillo Schloss*
Pedro Lafont Pianetta
José Fernando Ramírez Gómez
Jorge Antonio Castilla Rugeles
Nicolás Bechara Simancas
Rafael Romero Sierra
Jorge Santos Ballesteros

SALA DE CASACION LABORAL

Doctores *Fernando Vásquez Botero - Presidente*
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 *Jorge Enrique Córdoba Poveda - Presidente*
Patricia Salazar Cuéllar - Secretaria

MAGISTRADOS

Doctores *Ricardo Calvete Rangel*
Nilson Elías Pinilla Pinilla
Fernando Enrique Arboleda Ripoll
Carlos Eduardo Mejía Escobar
Didimo Páez Velandia
Jorge Enrique Córdoba Poveda
Edgar Lombana Trujillo
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 Cariés Becerra
Tutelas



GACETA JUDICIAL

ORGANO DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

DIRECTORES:

RELATORA SALA CIVIL Y AGRARIA: Doctora LILIANA POLANIA ALVAREZ
RELATORA SALA LABORAL: Doctora ESPERANZA INES MARQUEZ ORTIZ
RELATORA SALA PENAL: Doctora AYDA LUCY LOPEZ DE GIRALDO
RELATORA DE TUTELAS: Doctora BEATRIZ EUGENIA CORTES BECERRA

TOMO CCLVII - SEGUNDO SEMESTRE DE 1998 - Número 2496

LIBERTAD PROVISIONAL / SUBROGADO PENAL

La fijación y el cumplimiento de la pena consecuencia de la transgresión de bienes jurídicos tutelados, no pueden quedar supeditas a motivos de "hacinamiento carcelario", ni el otorgamiento de la libertad provisional o de los subrogados penales, pues estando los funcionarios judiciales sometidos al imperio de la Constitución y la ley, es ésta la que impone frente a la libertad condicional (art. 72 C.P.), y por esta vía a la excarcelación, que se tenga en cuenta no sólo aspectos objetivos relacionados con la cantidad de sanción puntiva, con el cumplimiento de las dos terceras partes; sino también con requisitos de índole subjetivo referidos a la personalidad del implicado, su buena conducta en el establecimiento carcelario y sus antecedentes de todo orden, que permitan suponer fundadamente su readaptación social.

No es entonces capricho que en relación con el derecho a la libertad provisional y al sustituto en cuestión, la Corte en obedecimiento e interpretación de la ley, fije parámetros sobre diagnóstico y pronóstico que hacen parte de la valoración integral que debe efectuarse, estudio comprensivo del modo de conducirse en sociedad y de actuar del im-

plicado, que en uno de sus aspectos alude a la forma de ejecución del hecho punible como una actividad humana que da cuenta de la personalidad a esclarecer.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Santafé de Bogotá, D.C., tres (3) de noviembre de mil novecientos noventa y ocho (1998).

Magistrado Ponente: Dr. *Nilson Pinilla Pinilla*

Proceso No. 13415

Aprobado Acta No. 163

ASUNTO

Decide la Corte el recurso de reposición interpuesto y sustentado por el procesado William Orlando Ruiz Arelza, contra el auto de fecha 17 de septiembre del año en curso, por medio del cual le fue negado el derecho a la libertad provisional.

Surtidos los traslados previstos por la ley, los demás sujetos procesales guardaron silencio.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE:

1° El acusado William Orlando Ruiz Arciza reclamó de la Corte el otorgamiento de su "LIBERTAD CONDICIONAL", por considerar que reúne los requisitos previstos en el artículo 72 del Código Penal.

2° Frente a la anterior petición, la Sala en auto de 17 de septiembre último, consideró que aunque se habla de "LIBERTAD CONDICIONAL", debe entenderse que solicita liberación provisional porque la sentencia no ha adquirido firmeza por estar recurrida en casación, y luego de precisar que la solicitud ha de ser examinada de conformidad con lo dispuesto en el numeral 2° del artículo 415 del Código de Procedimiento Penal, esto es, siempre y cuando se reúnan los requisitos establecidos en el artículo 72 del Código Penal, negó la excarcelación solicitada, por cuanto:

"..., para el otorgamiento de la libertad condicional cuyo análisis provisional ha de repercutir en la excarcelación del implicado, es indispensable que la personalidad y sus antecedentes de todo orden permitan suponer fundadamente su readaptación social.

Cuando el artículo 72 del Código Penal alude a la personalidad, impone un pronóstico valorativo sobre el modo de conducirse en sociedad y de actuar del procesado, estudio que también comprende la forma de ejecución del hecho punible como una actividad humana expresiva de la personalidad a esclarecer.

En las sentencias de instancia se concluyó que el procesado tenía la calidad de miembro activo de una fracción del XIX frente del autodenominado

grupo subversivo Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia "FARC", movimiento que mediante el uso de las armas, viene desarrollando acciones nominalmente dirigidas a conseguir cambios en la estructura del Estado y en el régimen constitucional.

En casos semejantes al ahora estudiado, la Corte ha considerado lo siguiente:

'Este hecho punible por sí solo se ha erigido en un motor de quebrantamiento persistente del orden jurídico y de la inestabilidad que con brotes de desesperación acompaña a los asociados y no meramente al establecimiento constitucional. Como prueba de ello, 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 con vocación de permanencia del art. 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 y también las dificultades que han ocasionado 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 al examinar 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 un 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 un inmenso temor y el sometimiento de la comunidad..." (Casación 13.882, auto marzo 3/98, M.P. Dr. Jorge Aníbal Gómez Gallego).'

Un desapego de los objetivos de los grupos insurgentes, cuya rebeldía se dirige a un cambio político, lo ofrece el caso tratado, en tanto acusa que Castro Gaviria en compañía de otros integrantes del movimiento en cuestión (entre éllos el peticionario Ruiz Areiza), penetraron a la empresa IFI, Concesión Salinas, en Manaure (Guajira), sometiendo mediante el empleo de la fuerza y la intimidación con armas de fuego, que fueron utilizadas fatalmente, y se apropiaron de una suma superior a 67 millones de pesos y otros bienes, sin que se haya presentado resarcimiento.

No resulta suficiente, como lo plantea el implicado Ruiz Arciza, el simple cumplimiento de las dos terceras partes de la sanción; tampoco la conducta calificada de "ejemplar" y las labores de que dan cuenta los certificados expedidos por la Cárcel del Distrito Judicial de Barranquilla, ni la ausencia de Antecedentes, factores importantes pero que tan solo hacen parte de la valoración integral que debe efectuarse, la cual en este caso subjetivamente amerita que el peticionario, cumpla con la totalidad de la pena impuesta en el fallo de segunda instancia."

3° Notificado personalmente del auto anterior, Ruiz Arciza interpuso y sustento recurso de reposición. Comenta en apoyo de su inconformidad, algunas referencias a la conformación de su familia, a las labores desarrolladas durante el tiempo cumplido en detención preventiva que precisa le han permitido atender la manutención suya y la de sus allegados, y el grado en estudios superiores que aspira alcanzar; plantea que no pertenece al grupo insurgente a que aluden las sentencias de instancia, que es ajeno a los delitos investigados, razones que sumadas al hacinamiento carcelario que en su opinión inhabilita el proceso de resocialización, y las nuevas orientaciones del proceso de paz, lo llevan a proponer que debe la Corte otorgarle la libertad provisional, recogiendo el criterio sobre aspectos subjetivos referidos a su personalidad.

4° En orden a responder los planteamientos propuestos por el recurrente, se tiene:

No sólo lo atinente a las labores cumplidas por Ruiz Areiza durante su cautiverio (que le permiten las redenciones establecidas por la ley), sino aquellas que refieren su conducta anterior (ausencia de Antecedentes) y la de ahora (calificada de "ejemplar"), constituyen factores importantes que han sido tenidos en cuenta por la Sala al estudiar la liberación provisional reclamada; lo que ocurre es que tales aspectos, del todo trascendentes, tan solo hacen parte de la valoración integral que debe efectuarse, y que como quedó visto, subjetivamente amerita que en su caso, cumpla con la totalidad de la pena impuesta en los fallos de instancia, en la medida que no satisface a plenitud aquel postulado que permita suponer fundadamente su readaptación social.

La fijación y el cumplimiento de la pena consecuencia de la transgresión de bienes jurídicos tutelados, no pueden quedar supeditas a motivos de "hacinamiento carcelario", ni el otorgamiento de la libertad provisional o de los subrogados penales, pues estando los funcionarios judiciales sometidos al imperio de la Constitución y la ley, es ésta la que impone frente a la libertad condicional (art. 72 C.P.), y por esta via a la excarcelación, que se tenga en cuenta no solo aspectos objetivos relacionados con la cantidad de sanción punitiva, con el cumplimiento de las dos terceras partes, sino también con requisitos de índole subjetivo referidos a la personalidad del implicado, su buena conducta en el establecimiento carcelario y sus Antecedentes de todo orden, que permitan suponer fundadamente su readaptación social.

No es entonces capricho que en relación con el derecho a la libertad provisional y al sustituto en cuestión, la Corte en obedecimiento e interpretación de la ley, fije parámetros sobre diagnóstico y pronóstico que hacen parte de la valoración integral que debe efectuarse, estudio comprensivo del modo de conducirse en sociedad y de actuar del implicado, que en uno de sus aspectos alude a la forma de ejecución del hecho punible como

una actividad humana que da cuenta de la personalidad a esclarecer. En torno a este último tema, es improcedente desconocer ahora y por esta vía de petición de libertad las apreciaciones de los fallos de instancia, no resultando éste un momento apropiado para efectuar consideraciones en torno a la responsabilidad del procesado, que los juzgadores encontraron demostrada.

Como quiera que las razones propuestas por el recurrente dejan librada de modificación las que sustentan la decisión que negó la excarcelación, se mantendrá el proveído impugnado.

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

RESUELVE:

NO REPONER la providencia de 17 de septiembre del año en curso, por medio de la cual se negó la libertad provisional solicitada por el procesado William Orlando Ruiz Areiza.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Jorge Enrique Córdoba Poveda, Fernando Arboleda Ripoll, Ricardo Calvete Rangel, Carlos Augusto Gálvez Argote, Jorge Aníbal Gómez Gallego, Edgar Lombana Trujillo, Carlos E. Mejía Escobar, Didimo Páez Velandia, Nilson Pinilla Pinilla.

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

COLISION DE COMPETENCIA/ LIBERTAD PROVISIONAL

En el caso concreto, el defensor reclama la excarcelación de (...), argumentando que han transcurrido más de 6 meses de suspensión de la audiencia pública y no ha continuado. Estas solicitudes desatienden las facultades restringidas que otorga la ley a la Corte cuando se procede por uno de los incidentes mencionados, en donde la decisión debe ser proferida de plano.

Además, el artículo 101 del Código de Procedimiento Penal dice: "Mientras se dirime la colisión, 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." Ello significa que las peticiones de libertad deben ser resueltas, en forma prioritaria, por el funcionario judicial en donde queda el asunto en espera que el competente decida el incidente.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Santafé de Bogotá, D.C., tres (3) de noviembre de mil novecientos noventa y ocho (1998).

Magistrado Ponente: Dr. *Nilson Pinilla Pinilla*

Proceso No. 14639

Aprobada Acta No. 163

ASUNTO

El defensor del sindicado Jaime Arturo Cano Gil solicita la excarcelación de su representado, diciendo que han transcurrido más de 6 meses desde que fue suspendida la audiencia pública y no se ha reanudado.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

El proceso seguido contra Rubén Darío Rodríguez Guerra y Jaime Arturo Cano Gil llegó a la corporación para dirimir el conflicto negativo de competencia trabado entre el Juez Penal del Circuito de Anserma (Caldas) y un Juez Regional de Medellín.

Reitera la Sala que con motivo de incidentes como los de recusación e impedimentos o colisiones de competencia, solamente puede pronunciar-

se sobre el asunto respectivo y, por lo tanto, no está facultada para tomar decisiones sobre otros temas, como conocer y definir peticiones de libertad.

En el caso concreto, el defensor reclama la excarcelación de Jaime Arturo Cano Gil, argumentando que han transcurrido más de 6 meses de suspensión de la audiencia pública y no ha continuado. Estas solicitudes desatienden las facultades restringidas que otorga la ley a la Corte cuando se procede por uno de los incidentes mencionados, en donde la decisión debe ser proferida de plano.

Además, el artículo 101 del Código de Procedimiento Penal dice: "Mientras se dirime la colisión, 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." Ello significa que las peticiones de libertad deben ser resueltas, en forma prioritaria, por el funcionario judicial en donde queda el asunto en espera que el competente decida el incidente.

De tal manera, es el Juez Regional de Medellín que trabó el conflicto el llamado, por previsión normativa, a resolver la solicitud de excarcelación y, en consecuencia, allí será remitida.

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

RESUELVE:

1° ABSTENERSE de decidir la petición de libertad del procesado Jaime Arturo Cano Gil, formulada por su representante judicial.

2° Remitir inmediatamente dicha solicitud al Juzgado Regional de Medellín que actualmente tiene el proceso que se le sigue a tal sindicado.

Comuníquese al peticionario y cúmplase.

Jorge Enrique Córdoba Poveda, Fernando Arboleda Ripoll, Ricardo Calvete Rangel, Carlos Augusto Gálvez Argote, Jorge Aníbal Gómez Gallego, Edgar Lombana Trujillo, Carlos E. Mejía Escobar, Didimo Páez Velandia, Nilson Pinilla Pinilla.

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

DEMANDA DE CASACION

Reitera una vez más la Corte, que la demanda de casación es el juicio técnico que se formula a la sentencia con la cual termina el proceso su trámite instancial en los casos en que procede y ha sido interpuesto y concedido el recurso extraordinario, siendo por tanto, imperativo, que ese escrito se sujete a las exigencias que la ley de procedimiento ha establecido y de cuya observancia depende en últimas la viabilidad de la impugnación.

De tal manera, cuando la demanda omite total o parcialmente ese presupuesto, se impone su rechazo con la consiguiente declaratoria de deserción del recurso, pues a la Corte le está vedado soslayar esa inconsistencia, en cuanto hacerlo implicaría el desconocimiento del principio de igualdad de las partes en el proceso.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Santafé de Bogotá, D.C., noviembre tres (3) de mil novecientos noventa y ocho (1998).

Magistrado Ponente: Dr. *Didimo Páez Velandia*

Proceso No.12637

Aprobado Acta No.163

Examina la Corte la viabilidad de la demanda con la cual se sustenta el recurso de casación incoado contra la sentencia dictada el 14 de agosto de 1996 por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, en la que se condena a Hugo Paredes Cortés en calidad de coautor del concurso de delitos de secuestro simple y hurto calificado y agravado.

ANTECEDENTES

1o.- Refiere la sentencia impugnada que en la ciudad de Medellín, el 16 de agosto de 1995 "cuando al mando de la volqueta de placas TNC 759 Omar Alberto Usuga Aguirre transitaba por los alrededores de la bomba Terpel ubicada cerca a la terminal del Norte, fue abordado por dos individuos que, provistos con arma de fuego, le obligaron para que les entregara el volante. Así las cosas, lo llevaron hasta un sector del barrio Zamora, donde otros jóvenes lo retuvieron hasta las ocho de la noche. En el interín,

a eso de las 12 M., el vehículo fue retenido cerca al paraje Primavera del municipio de Caldas cuando era conducido por Hugo Paredes Cortés.". (negrillas fuera de texto).

2o.- Dado que sólo en una ampliación de la declaración injurada del sindicado capturado se vislumbró la posibilidad de que hubiera incurrido también en un delito contra la administración pública, la Fiscalía investigadora dispuso la ruptura de la unidad procesal para la investigación separada de ese hecho punible y clausuró la investigación (fl. 120 cd. ppl.), calificando su mérito con resolución de acusación por los delitos de secuestro simple y hurto calificado y agravado, sin que esta determinación hubiera tenido modificación en la segunda instancia por virtud de la apelación de que fue objeto (fls. 130 y 144).

3o.- El Juzgado 27 Penal del Circuito de la mencionada ciudad determinó condenar al procesado por los mismos hechos punibles de la acusación (fl. 168), en sentencia que con modificación el Tribunal Superior del Distrito confirmó mediante la que es objeto del recurso extraordinario cuya sustentación efectúa la defensa con la demanda que es objeto del examen formal por la Corte.

LA DEMANDA

En los siguientes términos presenta el censor el único cargo que formula contra el fallo de segundo grado:

"Censuro la sentencia por violación directa de la ley sustancial, con base y fundamento en la causal primera, incisos primero y segundo, del artículo 220 del C. de P. P. por aplicación indebida del artículo 23 del C. P. que habla de la autoría del hecho criminoso y por falta de aplicación del artículo 1o. del C. P. que habla sobre la legalidad, por haber incurrido en error de hecho en la apreciación del testimonio de Omar Albeiro Usuga Aguinaga quien a folio 32 vto. es enfático en deponer que Paredes Cortés no participó en el Hurto ni en el secuestro.". (cursivas fuera de texto).

En la sustentación correspondiente afirma que en el referido testimonio -proveniente de la víctima de la investigada privación ilícita de la libertad- su autor narra los pormenores de lo acaecido y que "no ha sido valorado en su integridad", calificando de "defectuosa" su apreciación, a causa de lo cual, asevera, "el juicio final ha sido equivocado".

En el siguiente párrafo dedica el censor toda su atención a explicar, según su particular óptica, la conducta de su cliente y a hipotetizar sobre el comportamiento de los otros presuntos responsables de la empresa criminal, así como a mostrar su inconformidad por la evaluación realizada por el fallador, de la prueba indiciaria, explicando también frente a ella, la conducta del procesado, concluyendo que éste "actuó de manera espontánea, sin jamás pensar que se trataba de algo ilegal o delictivo ..."; que:

"... jamás fue autor ni partícipe de los delitos ..., se hallaba cumpliendo una actividad propia de su oficio de conductor informal, es totalmente ajeno a este plagio y al hurto ...".

Después de catalogar como "error de hecho" la apreciación realizada por el Tribunal del testimonio del ofendido, reitera su criterio inicialmente plasmado y formula la consiguiente solicitud casacional.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

Reitera una vez más la Corte, que la demanda de casación es el juicio técnico que se formula a la sentencia con la cual termina el proceso su trámite instancial en los casos en que procede y ha sido interpuesto y concedido el recurso extraordinario, siendo por tanto, imperativo, que ese escrito se sujete a las exigencias que la ley de procedimiento ha establecido y de cuya observancia depende en últimas la viabilidad de la impugnación.

De tal manera, cuando la demanda omite total o parcialmente ese presupuesto, se impone su rechazo con la consiguiente declaratoria de deserción del recurso, pues a la Corte le está vedado soslayar esa inconsistencia, en cuanto hacerlo implicaría el desconocimiento del principio de igualdad de las partes en el proceso.

En el presente caso, como lo revela el detallado seguimiento del contexto del escrito, se patentiza el desconocimiento de los requisitos previstos en el numeral 3o. y en el último inciso del artículo 225 del C. de P.P., con las consecuencias anunciadas, pues, se menciona como fundamento legal del reproche a la sentencia la causal 1a. del artículo 220 del mencionado estatuto, pero simultáneamente se invocan los dos motivos de casación que la conforman, en una mixtura argumental que despoja de claridad y precisión los fundamentos de la exposición, añadiéndose a ello la omisión de las normas sustanciales que se consideran transgredidas y del deber de presentar por separado los cargos por virtud de su condición de recíprocamente excluyentes.

En efecto, se acusa la sentencia por transgresión directa de la ley sustancial, sin embargo se precisa como apoyo legal los dos incisos que integran la causal primera de casación, es decir, tanto la violación directa como la indirecta, para en seguida pregonar la violación del principio de legalidad dando como razón la incursión en error de hecho en la evaluación del testimonio del ofendido y luego, de contera, ofrecer un panorama de los hechos acaecidos y unas conclusiones fruto de las conjeturas del demandante y de su naturalmente interesado criterio, todo ello sin recordar que la violación directa acarrea la aceptación de la prueba tal como ha sido asumida por el fallador y sus respectivas conclusiones y que únicamente se discute la aplicación de la norma sustancial o su interpretación;

y que en la violación indirecta justamente lo que se discute es el aspecto probatorio, supuestos estos que hacen incompatible la alegación conjunta de ambas clases de transgresión. También olvida el censor mencionar las disposiciones supuestamente violadas; y, en definitiva lo que ofrece en su discurso es una confusa mezcla de conceptos personales, por total ajena a lo que constituye la demanda de casación.

Se impone entonces, como se advirtió, rechazar la demanda con la consecuencia anunciada.

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

RESUELVE:

RECHAZAR IN LIMINE la demanda de casación presentada en este proceso; por consiguiente DECLARAR DESIERTO el recurso extraordinario interpuesto a nombre de Hugo Paredes Cortés contra la sentencia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín que lo condena en calidad de coautor de los delitos de secuestro simple y hurto calificado y agravado. Esta decisión carece de recurso alguno (arts. 197 y 226 C.P.P.). En firme, DEVUELVASE el expediente a la oficina de origen.

Cópiese y cúmplase.

Jorge Enrique Córdoba Poveda, Fernando Arboleda Ripoll, Ricardo Calvete Rangel, Carlos Augusto Gálvez Argote, Jorge Aníbal Gómez Gallego, Edgar Lombana Trujillo, Carlos E. Mejía Escobar, Didimo Páez Velandia, Nilson Pinilla Pinilla.

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

PROPOSICION JURIDICA COMPLETA/ PECULADO

1. El planteamiento del demandante en este punto desatiende el principio de integración de la proposición jurídica completa, en virtud del cual, para la correcta formulación de la censura, se requiere el señalamiento expreso de la totalidad de las normas sustanciales que hayan sido objeto de infracción, y tengan incidencia en el aspecto controvertido, con indicación clara y precisa de sus fundamentos.

Cuando el impugnante en casación propone error en la calificación jurídica de la conducta, debe empezar por precisar el tipo penal que la describe, pues un desacierto de esta índole presupone que el Juzgador se equivocó en el proceso de subsunción de los hechos en el derecho, porque debiendo haber ubicado la conducta en el tipo penal llamado a regular el caso, lo hace en uno distinto, comprometiendo su ramen iuris, como cuando profiere condena por un delito contra el patrimonio económico, siendo los hechos constitutivos de un ilícito contra la administración pública, o viceversa.

En un tal supuesto, siempre existirá una norma sustancial indebidamente aplicada y una que ha sido dejada de aplicar, de suerte que, para la adecuada formulación del cargo, resulta necesario que el actor exponga y demuestre la violación de ambos preceptos, ya que de lo contrario el planteamiento será incompleto.

La vía de ataque ha de ser la causal tercera, pues aun cuando el error, en estricto sentido, se origina en ejercicio de la actividad in iudicando, sus efectos se proyectan sobre la validez de la actuación procesal, no pudiendo la Corte, en tal medida, dictar fallo de sustitución, pues, de hacerlo, quebrantaría el marco fáctico y jurídico que le impone la resolución acusatoria, desconociendo el principio de consonancia y afectando la estructura conceptual del proceso.

2. Para la estructuración del delito de peculado no se requería que los valores fueran incorporados a la entidad a través de su Tesorería. Desde el instante mismo que los cheques firmados en blanco fueron recibidos por el procesado en su condición de Jefe de la División encargada del recaudo del impuesto, quedaron bajo su protección, al

igual que de los demás servidores públicos que por razón del cargo o de sus funciones entraran en relación material con ellos, surgiendo para todos el deber de custodia. De suerte que su apropiación por cualquiera de éstos, es conducta que constituye el delito de peculado.

2. En la sentencia de 18 de abril de 1990, que viene de ser citada, la Sala hizo las siguientes precisiones en relación con la situación en estudio:

"Desde una concepción de administración como actividad compleja, en los términos expuestos por la Corte en sentencia de casación de 6 de diciembre de 1982, con ponencia del Magistrado Aldana Rozo, debe admitirse que la gestión de recaudo y manejo de impuestos, dado el mecanismo de controles a que está sometida, corre a cargo de un número plural de personas, todas las cuales poseen una genérica función de administración dentro de los límites de sus atribuciones, sobre los dineros que por tal concepto pagan los contribuyentes. De esta suerte, como allí mismo se expone, además de los empleados de manejo pueden cometer peculado, todos los que dentro de la misma órbita funcional cumplen la tarea de administrar, señalándose como ejemplos los de ordenador, pagador, revisor, auditor, etc., si ella le permite al sujeto activo tener en su esfera de disponibilidad determinados bienes que, de otra manera, hubieran escapado a su acción.

"Lo anterior permite concluir que la función de la procesada al liquidar el impuesto, en el sentido de determinar el monto a pagar, y la de expedir el comprobante de ingreso por el pago, desde el alcance que al concepto de administración se ha dado, le permitían la disponibilidad del dinero apropiado dentro de su propia órbita funcional. Luego, si como lo dicen las personas que hicieron los pagos, ellos se cumplieron durante el proceso de liquidación y expedición del respectivo comprobante de ingreso, el hecho de su apropiación constituye peculado y no delito contra el patrimonio económico".

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal, Santa Fe de Bogotá, D. C., tres (3) de noviembre de mil novecientos noventa y ocho (1998).

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

Proceso No. 10778

Aprobado acta No.163

Resuelve: la Corte el recurso extraordinario de casación interpuesto contra la sentencia de 13 de febrero de 1995, mediante la cual el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Neiva condenó al procesado Rafael Olaya Calderón a la pena principal de 72 meses de prisión, multa de veinticinco mil pesos e interdicción de derechos y funciones públicas por 30 meses,

como autor responsable de los delitos de peculado por apropiación y falsedad material de particular en documento público, ambos en concurso homogéneo.

HECHOS Y ACTUACIÓN PROCESAL

Entre los meses de octubre de 1992 y febrero de 1993, Rafael Olaya Calderón, Jefe de la División de Lotería de la Beneficencia del Huila, llenó e hizo efectivos a través de sus cuentas de ahorros de la Caja Social y Caja Agraria de Neiva, trece (13) cheques por valor total de $7'886.496.oo, que José Joaquín Vargas Morales, Agente Distribuidor de Loterías Foráneas en dicha ciudad, había venido remitiendo a la Beneficencia, firmados en blanco, para la cancelación de los impuestos causados por la venta de estas loterías en su zona.

Hasta los primeros días del mes de octubre de 1992, los pagos por este concepto venían siendo efectuados a través de las Tesorerías Municipales, pero en virtud de la circular de fecha 7 de los referidos mes y año, suscrita por el Gerente y el Jefe de la División de Lotería de la Beneficencia, se ordenó a sus agentes seguir haciéndolo en la tesorería de la entidad, en la ciudad de Neiva (fls. 37, 67, 400-1).

Para tales efectos, los agentes distribuidores debían remitir a la Beneficencia las facturas expedidas por las loterías proveedoras, donde se hacía constar el número de billetes adquiridos por ellos, y las actas de devolución de los no vendidos, junto con un cheque firmado en blanco para ser llenado y cobrado por el valor de la liquidación del impuesto.

Recibidos los documentos, eran enviados a la oficina de liquidación para la determinación del valor del impuesto; luego pasaban a la Jefatura de la División de Lotería para revisión, y finalmente a Tesorería para la formalización del pago y la elaboración de los comprobantes de ingreso, los cuales eran remitidos a los Agentes a sus sedes, quienes los utilizaban para exigir a las loterías proveedoras los desembolsos respectivos.

En atención a lo dispuesto en la citada circular, José Joaquín Vargas Morales empezó a efectuar semanalmente remisiones de facturas y demás documentos a través de la empresa transportadora "Taxis Verdes", en sobre cerrado, acompañadas, en cada caso, de un cheque firmado en blanco, para que Olaya Calderón, en calidad de Jefe de la División, a cuyo nombre iba dirigida la remesa, procediera a llenarlo por el valor de la liquidación, e hiciera en tesorería el pago correspondiente al impuesto (fls. 139-1).

Los títulos cobrados por el procesado a través de sus cuentas personales, fueron los siguientes: No.9646360, por $655.018.oo, el 10 de noviembre de 1992; No.9646365 por $603.995.oo, el 12 de noviembre de 1992; No.9646381 por $576.680.oo, el 30 de noviembre de 1992; No.9646371 por

$639.157.oo, el 30 de noviembre de 1992; No.9646382 por $629.319.oo, el 4 de diciembre de 1992; No.6657006, por $458.978.oo, el 28 de diciembre de 1992; No.6657009 por $548.690.oo, el 4 de enero de 1993; No.6657020, por $540.341.oo, el 20 de enero de 1993; No.6657027 por $598.344.oo, el 22 de enero de 1993; No.6657030 por de $649.423.oo, el 1° de febrero de 1993; No.6657039 por $658.092.oo, el 5 de febrero de 1993; No.6657045 por $643.434.oo. el 12 de febrero de 1993; y, No.6657052 por $685.025.oo, el 24 de febrero de 1993 (fls. 15, 54 ss, 176 y ss.1).

Con el propósito de no despertar sospechas, Rafael Olaya Calderón remitia periódicamente a Joaquín Vargas Morales, a través de la misma empresa transportadora (fl. 242), comprobantes de pago supuestamente expedidos por la Tesorería de la entidad. que resultaron falsos (fls.214, 232, 242, 294, 378 -1 y anexos 2 y 3).

El 8 de marzo de 1993, Irne Antonio Rojas Duarte, Gerente de la Bene ficencia del Huila, denunció penalmente ante la Fiscalía a Rafael Olaya Calderón, por los delitos de peculado por apropiación y falsedad en documentos, con fundamento en las investigaciones adelantadas. por Jaime Humberto Pacheco, Tesorero Pagador de la entidad, y Sonia Edith Falla Puentes, Auditora Interna (fls.10 y 68), y los resultados de la averiguación disciplinaria iniciada, de la cual adjuntó copia (fls.1 a 84-1).

Abierta la investigación penal, la Fiscalía Octava Especializada de Neiva escuchó en indagatoria al imputado, y resolvió su situación jurídica con medida de aseguramiento de detención preventiva por los delitos de peculado por apropiación y falsedad en documentos (fls.115. 129, 308, 435-1 y 17-3).

El indagado aceptó haber llenado y cobrado a través de sus cuentas personales de la Caja Social y Caja Agraria de Neiva varios cheques por algo más de siete millones de pesos, que le fueron enviados en blanco por José Joaquín Vargas Morales, pero precisó que estos títulos no tenían por objeto el pago de los impuestos, sino que correspondían a un préstamo que Vargas Morales le había hecho para atender necesidades familiares, y que nunca le envió recibos de caja. Sostiene que en una oportunidad le remitió un cheque firmado en blanco para la cancelación del impuesto, pero en Tesorería se negaron a recibirlo por encontrarse atrasado en los pagos. Dicho cheque permaneció guardado en la caja fuerte de la División, y fue entregado al retirarse del cargo (fls.115, 308, 435-1 y 17-3).

Olaya Calderón desempeñó las funciones de Jefe de la División de Lotería de la Beneficencia, nivel 2, grado 38, desde el 5 de junio de 1992, hasta el 28 de febrero del año siguiente, registrándose como motivo de su retiro la presentación de renuncia (fls.121 y ss-1).

Entre las pruebas allegadas al proceso se tienen los testimonios de Jaime Humberto Pacheco, Jefe de la Sección de Tesorería de la Beneficen-

cia (fls.33, 101-1, 11 y 86-3), Sonia Edith Falla Puentes, Auditora Interna de la entidad (fls.103-1, 13 vto. y 83-3), José Joaquín Vargas Morales, distribuidor de loterías foráneas en Pitalito (fls.37, 111, 240-1), y Melba Neuta, Secretaria de este último (fls.40, 241-1).

Jaime Humberto Pacheco explica que en vista de las demoras registradas por José Joaquín Vargas Morales en el pago de impuestos por venta de loterías foráneas, viajó a Pitalito donde se entrevistó con un funcionario de la Tesorería Municipal, quien le informó que el último pago por este concepto había sido realizado el 15 de octubre de 1992. Al interrogar a Vargas Morales sobre las razones por las cuales había dejado de cancelar el impuesto, le hizo saber que los pagos venía haciéndolos cumplidamente en la División de Lotería de la Beneficencia, de acuerdo con lo dispuesto en la circular de 7 de octubre de 1992. Con el fin aclarar esta situación, decidió comunicarse con Olaya Calderón telefónicamente, quien al ser preguntado por los referidos pagos, textualmente respondió: "yo tengo eso acá". Ante esto, dio por terminada su visita, después de preguntarle a Vargas Morales si tenía en su poder algún recibo de pago relacionado con esos despachos, y éste le respondiera en sentido negativo (fls.33, 68, 101-1, 11 y 86-3).

Sonia Edith Falla Puentes expresó que con ocasión del informe rendido por el Pagador, debió adelantar una investigación para establecer las irregularidades que se venían presentando en los pagos de los impuestos por parte del distribuidor de Pitalito. Inicialmente indagó a Olaya Calderón, quien le manifestó haber recibido sólo un envío de dinero para tales efectos, en el mes de enero de 1993, que debió devolver porque en Tesorería se habían negado a recibirlos. Al realizar un arqueo de caja en sus oficinas, halló el cheque en blanco No.9646369, correspondiente a una garantía dejada por Vargas Morales en el mes de octubre de 1992, para asegurar el envío del cupo de Lotería del Huila. Después de esto viajó a Pitalito, donde se entrevistó con Vargas Morales, quien le reiteró lo dicho al Pagador. Con su colaboración, lograron hacer la relación de los cheques girados en blanco para el pago de impuestos, estableciendo después, a través del Banco, que habían sido consignados y cobrados por Olaya Calderón (fls.10, 29, 103-1 y 13 vto. y 83-3).

José Joaquín Vargas Morales negó haberle ofrecido dineros en préstamo al procesado. Comenta que los cheques empezaron a ser enviados en blanco por instrucciones del propio Olaya Calderón, quien le remitía los recibos de pago respectivos, los cuales eran a su vez despachados a las loterías, sin dejar copia de ellos (fls.37, 111, 240-1). En idénticos términos declaró su secretaria Melba Neuta (fls. 40 y 241 -1).

Tomando en cuenta que los listados de devolución de fracciones de lotería considerados para la liquidación del impuesto, presentaban inconsistencias en su contenido, la fiscalía vinculó al proceso mediante indagatoria a Vargas Morales, quien manifestó que los documentos en los

cuales se advertían las irregularidades investigadas no coincidían con el tipo de máquina de su agencia, ni la firma puesta en ellas correspondía a la de su secretaria Melba Neuta. De nuevo relató el procedimiento seguido para el pago de los impuestos a partir del mes de octubre de 1992, y adjuntó al proceso varios duplicados de recibos de caja correspondientes a la lotería de Boyacá, aclarando que algunos de ellos le fueron remitidos por el doctor Olaya Calderón, y otros expedidos últimamente. A la pregunta de si los comprobantes de caja que recibía de Olaya Calderón eran los mismos que remitía a las diferentes loterías para los desembolsos respectivos, respondió: "Sí doctor, esos mismos recibos que me enviaba el doctor Rafael Olaya yo los enviaba a cada una de las loterías, a excepción de la lotería de Boyacá que no se mandan los recibos del impuesto, porque ya están descontados en el pago de los billetes, inclusive tengo los recibos por ese concepto". Al resolver su situación jurídica, la fiscalía se abstuvo de proferir medida de aseguramiento en su contra (fls.233, 256, 259 ss., 304, 432-1).

Se practicaron inspecciones judiciales en la Tesorería de la Beneficencia con el propósito de cotejar los recibos de caja expedidos a nombre de José Joaquín Vargas con los utilizados en la entidad, estableciéndose disparidad en sus caracteres (fls.213 y 294-1), y se llevó a cabo prueba pericial para determinar la autenticidad de los aportados por éste en su indagatoria, dictaminándose la genuinidad de unos y la falsedad de otros (fls. 379 ss).

Las loterías de Bogotá, Cundinamarca, Quindío, Tolima, Risaralda, Nariño, Manizales, Valle y Cruz Roja, entre otras, hicieron llegar al proceso copias de recibos de pago correspondientes a los impuestos cancelados por el distribuidor de Pitalito entre los meses de octubre de 1992 y febrero de 1993, por su venta (fls. 1, 92, 180, 236, 254, 270, 288, 306 y 392 del anexo 2).

Requerida la lotería de Boyacá para que aportara al informativo copia de los referidos comprobantes, informó que Vargas Morales no los hizo llegar a sus dependencias, y que la entidad no había realizado desembolso alguno por dicho concepto (fls. 421 y 449-1).

Del proceso hace también parte la averiguación fiscal iniciada por la Contraloría General del Departamento del Huila con ocasión de los mismos hechos, en la cual aparece copia del manual de funciones del Jefe de la División de Lotería de la Beneficencia del Huila, según Decreto Departamental 0032 de 1982 (fl. 28 anexo No.1).

Mediante resolución de 6 de octubre de 1993, la Fiscalía calificó el mérito del sumario con resolución de acusación respecto de Olaya Calderón por los delitos de peculado por apropiación y falsedad material de particular en documento público (arts.133 y 220 Código Penal), ambos en concurso homogéneo, y preclusión en relación con Vargas Morales (fl. 466-1). Apelada la primera de estas decisiones, la Unidad de Fiscalía ante el Tribunal,

por auto de 16 de noviembre siguiente, la confirmó en todas sus partes (fls. 46-2).

Rituada la causa, el Juzgado Séptimo Penal del Circuito de Neiva, mediante sentencia de 12 de octubre de 1994, condenó al procesado a la pena principal de 72 meses de prisión, multa de $25.000.oo e interdicción de derechos y funciones públicas por 30 meses, como autor responsable de los delitos imputados en la resolución acusatoria (fls. 112-3).

Apelado este fallo por la defensa, el Tribunal Superior, mediante el suyo que ahora es objeto del recurso extraordinario, la confirmó integralmente (fls.34-4).

LA DEMANDA

Con fundamento en las causales tercera y primera de casación, sendos cargos presenta el demandante contra la sentencia impugnada.

Causal tercera

Nulidad parcial de la sentencia por haberse incurrido en error respecto de la calificación jurídica de los hechos investigados, concretamente de los tipificados dentro de la preceptiva penal que describe el peculado por apropiación.

Sostiene que el procesado no cometió este delito puesto que no se apoderó de dineros o cheques de propiedad de la Beneficencia del Huila, ni a su despacho llegaron efectos de esta índole; simplemente recibió unos documentos que no contenían representación económica en concreto.

De acuerdo con los testimonios de José Joaquín Vargas Morales y Melba Neuta, al procesado Olaya Calderón le eran enviados, a título personal, formatos de cheques firmados en blanco, para que los llenara en favor de la Beneficencia por los valores correspondientes al impuesto de loterías foráneas. Este desatendió las instrucciones del girador al llenar los formatos a su nombre y proceder al cobro de sus valores.

Si se tiene en cuenta que los formatos firmados en blanco no pueden considerarse jurídicamente cheques; que los cobrados por Olaya Calderón no ingresaron a las arcas de la Beneficencia; y, que la entidad no recibió, por ende, valor alguno que constituyera pago de impuestos, se llega a la conclusión de que el acusado no se apropió de dineros de la Beneficencia, aun cuando hubiera podido incurrir en una grave falta como administrador de la sección (sic) de Lotería, o en un delito de falsedad en documento privado, al impedir que esos dineros ingresaran a la entidad.

El artículo 133 del Código Penal no sanciona al funcionario oficial que impide con su conducta el ingreso de bienes al erario público, sino la apropiación de los que ya han ingresado y por tanto le pertenecen. En el pre-

sente caso, los títulos valores en ningún momento entraron en el engranaje de la liquidación y pago que reglamentariamente debía surtirse al interior de la entidad; de suerte que Olaya Calderón no se apropió de bienes que estuvieran en su radio de acción, sino de formatos de cheques firmados en blanco.

Explica que los documentos recibidos por el procesado fueron simples formatos, sin ningún contenido obligacional, y sin la esencia de título valor, puesto que les faltaba la incorporación literal del derecho cartular autónomo como producto de una manifestación de voluntad del creador, ni cumplía con el requisito, también esencial, de contener una orden incondicional de pagar determinada suma de dinero, como lo establecen los artículos 619, 620, 621 y 713 del Código de Comercio. Por ello, no podían producir efectos legales de títulos valores.

Si el procesado se limitó a llenar los espacios en blanco de los formatos de cheques enviados por Vargas Morales, para después cobrarlos, sin que estos títulos entraran en el engranaje de la liquidación y pago de los impuestos de loterías foráneas, resulta claro que al patrimonio de la Beneficencia no entraron bienes por este concepto. En consecuencia, no pudo haberse tipificado el delito de peculado por apropiación de bienes del Estado, y en cambio sí, la falsedad de documento privado.

Todo el andamiaje lógico jurídico de la sentencia impugnada se basó en la creencia errada que los formatos firmados por Vargas y recibidos por Olaya, eran realmente cheques, cuando la verdad es que ni siquiera constituían documento que contuviera una manifestación de voluntad creadora de derecho u obligación alguna. Y por ello ningún bien ingresó al Estado, que fuera susceptible de posterior apropiación.

Cuando el artículo 882 del Código de Comercio dispone que la entrega de letras, cheques, pagarés y demás títulos valores de contenido crediticio, por una obligación anterior, valdrá como pago si no se estipula otra cosa, está hablando de verdaderos títulos valores. A contrario sensu, es decir si éstos no existen, por no cumplir los requisitos esenciales, no habrá pago.

La tesis del Tribunal de que hubo pago porque quien recibió los cheques era el poseedor del crédito, no tiene consistencia jurídica por dos razones: Porque Vargas Morales no utilizó un medio idóneo de pago (cheque o dinero efectivo), y porque no es cierto que Olaya Calderón fuera en esos momentos el poseedor del crédito de impuestos.

Causal primera

Violación indirecta de la ley sustancial por aplicación indebida del artículo 220 del Código Penal, debido a errores de apreciación probatoria.

Se refiere en concreto a los recibos de pago presentados por Vargas Morales en indagatoria, para sostener que las sentencias no hacen salve-

dad alguna en relación con ellos, teniéndolos a todos por espurios, cuando el dictamen pericial sólo afirma la falsedad de unos pocos.

Sostiene que los juzgadores de instancia dejaron de apreciar dos indicios que demuestran que quien falsificó dichos documentos no fue el procesado:

Primero: José Joaquín Vargas Morales no podía tener en su poder los recibos que aportó en indagatoria; y si los presentó fue porque él mismo los creó. El Decreto 1977 de 1989, en su artículo 3º, dispone que el impuesto sobre loterías foráneas debe ser cancelado directamente por el agente o distribuidor a la beneficencia recaudadora, y que este valor le será abonado en cuenta por la lotería de origen, previa presentación del correspondiente comprobante de pago.

De acuerdo con esta disposición, Vargas Morales no tenía porqué conservar los referidos documentos, pues si había realizado el pago de los impuestos, debió haberlos enviado a la lotería de Boyacá, para los correspondientes reembolsos, pero el Tribunal, no tuvo en cuenta lo establecido en la norma.

La lotería de Boyacá informó que Vargas Morales no había remitido a esa entidad recibos de caja por pago de impuestos, ni se le habían efectuado devoluciones por dicho concepto. Estas pruebas no fueron tenidas en cuenta en la sentencia, no obstante ser indicativas de que aquél no cumplió el trámite establecido para el reembolso de los impuestos.

El Tribunal tampoco apreció el testimonio de Jaime Humberto Pacheco, quien sostiene que al preguntarle a Vargas Morales sobre los recibos de pago, le respondió que habían sido enviados a las diferentes loterías, sin hacer excepción alguna.

Vargas Morales, por su parte, tuvo oportunidad de referirse a dichos recibos en su declaración, en donde fue interrogado ampliamente sobre el tema, pero no lo hizo, y sólo vino a mencionarlos en indagatoria, pretextando que el valor de los impuestos los descontaba la lotería en el pago de los billetes, afirmación que resulta mendaz si se tiene en cuenta el contenido de las comunicaciones de la lotería de Boyacá, ya referenciadas.

De haber sido analizadas estas pruebas por el Tribunal, habría concluido que Vargas Morales no tenía en su poder los recibos falsos que presentó en indagatoria, puesto que de haberlos tenido, los habría enviado a la Lotería de Boyacá para que le reembolsara el valor del impuesto. Y si los presentó después, es porque los falsificó.

Segundo: Unicamente José Joaquín Vargas Morales disponía de los datos necesarios para elaborar los recibos de pago. Esto se deduce de las situaciones que en seguida se mencionan y que tampoco fueron tenidas en cuenta por el Tribunal.

1. Si el procesado hubiera sido el autor de las falsificaciones, habría puesto en los recibos como lugar de pago la ciudad de Neiva, no Pitalito como aparece en ellos. Quien reside en esta última ciudad es Vargas Morales, no Olaya Calderón.

2. Los recibos de pago enviados por el Sorteo Extraordinario Binomio de Oro (fls.395 y 396), no fueron apreciados por las sentencias, no obstante ser indicativos de que Vargas Morales es el autor del delito de falsedad investigado. El comprobante 032347 de enero 15 de 1993 aparece cancelado con el cheque 6657021, el cual no está comprendido entre los cobrados por Olaya, y el cheque No.6972361, con el cual se registra la cancelación del recibo de pago No.032105 de junio 23 de 1992, no ha sido cobrado.

Los números de los cheques que aparecen en estos dos recibos sólo podían ser conocidos por el titular de la cuenta, es decir por Vargas Morales, no por el procesado, quien reside en Neiva. Aparte de estos documentos, tampoco fueron tenidos en cuenta el informe de Auditoría Interna de la Beneficencia; la constancia del Banco Ganadero donde aparece la relación de los cheques cobrados por el acusado; ni los recibos aportados por Vargas Morales en indagatoria, en lo atinente a los cheques allí relacionados.

Hace un análisis comparativo de los cheques que aparecen relacionados en las colillas, los que se hallan registrados en los recibos falsos, y los que habrían sido cobrados por Olaya Calderón, para afirmar que entre ellos se advierten discordancias de diferentes órdenes, de las que se concluye que los formatos de cheques enviados por Vargas Morales no estaban destinados al pago de los impuestos, y que su representado no fue el autor de las falsificaciones. Y agrega:

"Si, como lo demuestra la prueba indiciaria resaltada anteriormente, que el H. Tribunal omitió apreciar como consecuencia de no haber apreciado la prueba testimonial, documental y de indagatoria que también se dejó puntualizada, Vargas Morales no podía tener en su poder al principio de la investigación los recibos falsos que luego aportó; si, como queda demostrado, Olaya Calderón no poseía toda la información documental para elaborar los falsos recibos y en cambio Vargas Morales sí los poseía plenamente, la lógica induce a deducir que sólo este último pudo falsificar esos documentos y que el procesado no incurrió en esa conducta delictual".

Consecuente con sus planteamientos pide a la Corte decretar la nulidad de la actuación procesal en cuanto respecta al delito de peculado, determinando el estado en que queda el proceso, y dictar fallo de reemplazo en relación con el de falsedad.

Concepto del Ministerio Público

1. Absolutamente desacertada resulta, a juicio del Procurador Primero Delegado en lo Penal, la apreciación del libelista en el sentido de que los

formatos firmados en blanco por Vargas Morales, no constituyen jurídicamente cheques por no contener la representación de un valor económico concreto, como quiera que no consulta la teoría general de los títulos valores, ni la regulación legal que de ellos trae el Código de Comercio.

Del contenido de los artículos 169, 625 y 784 numerales 11 y 12, se concluye que la sola firma plasmada en un documento determinado que tenga aptitud formal para la circulación como título valor, da lugar al nacimiento de la obligación cambiaria frente a terceros de buena fe. De esta manera, el título valor adquiere plena configuración jurídica, inclusive en casos en que el emisor no lo haya transferido voluntariamente.

En el caso en estudio, los formatos de cheques que Vargas Morales enviaba desde Pitalito para que fueran llenados por el procesado, constituían verdaderos títulos valores, toda vez que la firma estampada en ellos les daba aptitud para su circulación como cheques, siendo a su vez expresión inequívoca de la voluntad de aquél de obligarse cambiariamente. Tanto es así, que fueron cobrados sin reparo alguno.

El hecho de dejar espacios en blanco en manera alguna desnaturaliza la condición jurídica que comportaban dichos documentos, pues en razón de los usos comerciales, la ley previó la posibilidad de emisión en tales términos, facultándose a cualquier tenedor legítimo para completarlos de acuerdo con las instrucciones del suscriptor (art.622 C. Co.).

El pago así efectuado resulta además válido, según lo previsto en el artículo 1634 del Código Civil, pues el deudor, actuando de buena fe, canceló su obligación de acuerdo a las indicaciones del procesado, funcionario encargado de la liquidación del impuesto. No se trataba de un servidor público cualquiera de la entidad, sino del Jefe de la División de Lotería, con injerencia directa en el trámite del tributo en cuestión. Ante los ojos de los obligados, el acusado representaba la entidad, comprometía sus intereses, debiendo acatar sus instrucciones.

De esta manera se puede afirmar que los dineros objeto de apropiación pertenecían a la Beneficencia del Huila, en cuanto que la obligación tributaria había sido legalmente cancelada por el contribuyente. Por tanto, la conducta de Olaya Calderón lesionó el patrimonio estatal, configurándose a plenitud el delito de peculado objeto de la condena.

2. Respecto de la censura formulada al amparo de la causal primera, cuerpo segundo, la Delegada considera que los argumentos presentados por la defensa no tienen la virtualidad de socavar los fundamentos probatorios de la decisión de condena.

Sostiene que el demandante, en el propósito de descartar la responsabilidad de su representado, se sirve de argumentos insustanciales, como por ejemplo el relativo al lugar de expedición de los recibos de pago, el cual, en manera alguna, indica que la falsedad hubiese sido cometida por el

Agente Distribuidor, puesto que con la misma lógica que esgrime el recurrente habría de concluirse que Vargas Morales, de haber sido su creador, no habría cometido la torpeza de fecharlos en Pitalito, sabiendo que la sede de la Beneficencia es Neiva.

El argumento consistente en que únicamente Vargas Morales estaba en condiciones de falsificar los recibos, porque era quien conocía la serie de su chequera, y porque en los comprobantes aparecen relacionados cheques que no fueron enviados a Olaya Calderón, como el No.6657021, tampoco resulta contundente. Para hacer aparecer en los recibos falsos un cheque determinado, el funcionario no necesitaba tener en su poder el talonario respectivo; bastaba conocer los números inmediatamente anteriores para deducir que el siguiente pertenecía a la misma chequera.

Sobre la existencia en poder de Vargas Morales de los comprobantes de pago correspondientes al impuesto de la lotería de Boyacá, asegura que sus explicaciones no fueron confirmadas ni desmentidas en las comunicaciones enviadas por ésta, quedando la demostración del hecho en el vacío, aun cuando de todas maneras, no son atendibles las afirmaciones del recurrente de que Vargas Morales mintió al respecto.

De otro lado está evidenciado que el préstamo de que habla el procesado no existió, situación que refuerza su incriminación como autor de la falsedad, pues al tomar para sí el dinero de los impuestos, se veía compelido a demostrarle a Vargas Morales que su obligación con el fisco se encontraba al día, procediendo a remitirle comprobantes de pago falsos.

Las pruebas allegas al proceso llevaron a los falladores a deducir responsabilidad al procesado por el delito de falsedad, imputación que resulta correcta si se da en considerar que Vargas Morales estaba convencido de encontrarse al día con los impuestos, y que, en una tal creencia, mal podía ser el falsificador.

Es del criterio, por tanto, que ninguno de los cargos está llamado prosperar.

Se Considera

1. Nulidad por errónea calificación jurídica de la conducta.

El planteamiento del demandante en este punto desatiende el principio de integración de la proposición jurídica completa, en virtud del cual, para la correcta formulación de la censura, se requiere el señalamiento expreso de la totalidad de las normas sustanciales que hayan sido objeto de infracción, y tengan incidencia en el aspecto controvertido, con indicación clara y precisa de sus fundamentos.

Cuando el impugnante en casación propone error en la calificación jurídica de la conducta, debe empezar por precisar el tipo penal que la

describe, pues un desacierto de esta índole presupone que el Juzgador se equivocó en el proceso de subsunción de los hechos en el derecho, porque debiendo haber ubicado la conducta en el tipo penal llamado a regular el caso, lo hace en uno distinto, comprometiendo su *nomen iuris*, como cuando profiere condena por un delito contra el patrimonio económico, siendo los hechos constitutivos de un ilícito contra la administración pública, o viceversa.

En un tal supuesto, siempre existirá una norma sustancial indebidamente aplicada y una que ha sido dejada de aplicar, de suerte que, para la adecuada formulación del cargo, resulta necesario que el actor exponga y demuestre la violación de ambos preceptos, ya que de lo contrario el planteamiento será incompleto.

La vía de ataque ha de ser la causal tercera, pues aun cuando el error, en estricto sentido, se origina en ejercicio de la actividad in iudicando, sus efectos se proyectan sobre la validez de la actuación procesal, no pudiendo la Corte, en tal medida, dictar fallo de sustitución, pues, de hacerlo, quebrantaría el marco fáctico y jurídico que le impone la resolución acusatoria, desconociendo el principio de consonancia y afectando la estructura conceptual del proceso.

En el caso *sub judice*, el censor alega indebida calificación jurídica de la conducta porque considera que su representado no incurrió en peculado por apropiación, sino cuando más en uno de falsedad en documento privado, pero sin entrar a exponer las razones de orden probatorio o jurídico por los cuales la conducta sería constitutiva del referido delito, ni señalar la norma sustancial que sería aplicable.

Desde el punto de vista formal, el demandante cumple la exigencia de precisar los fundamentos de su tesis en cuanto dice relación con la aplicación indebida del tipo penal que describe el peculado por apropiación, pero omite señalar la norma sustancial que debió haber sido aplicada en su lugar, como también acreditar su violación, dejando a mitad de camino el desarrollo de la censura.

Estas inconsistencias en la determinación de la proposición jurídica, tornarían inexaminable el reproche, pues la Corte no podría entrar a responder los planteamientos del impugnante sin tener que incursionar en el campo de las especulaciones con el propósito de desentrañar su alcance, o sin suplir las falencias del libelo, actividades que le están vedadas realizar en virtud de las limitaciones que surgen del carácter dispositivo y extraordinario del recurso.

No puede dejar de precisarse, sin embargo, que los argumentos presentados por el recurrente para afirmar la inexistencia del delito de peculado por apropiación no tienen la virtualidad de desquiciar las conclusiones de los juzgadores de instancia en torno a este concreto aspecto, las cuales

guardan correspondencia con los hechos probados, la descripción comportamental contenida en el tipo legal, y los criterios expuestos sobre este particular por la doctrina y la jurisprudencia de la Corte.

Está debidamente establecido que el procesado, para la época de los hechos (octubre de 1992 a febrero de 1993), desempeñaba el cargo de Jefe de la División de Lotería de la Beneficencia del Huila, y que entre sus funciones principales estaban la de comercializar la lotería del Departamento, y gestionar el recaudo de los dineros correspondientes a los impuestos sobre la venta de loterías foráneas (fls.115-1, 71-3).

Además de estas atribuciones de carácter general, propias de la naturaleza del cargo, tenía en concreto las de revisar y autorizar con su firma las relaciones sobre devoluciones, liquidación de premios y cancelación de impuestos sobre loterías foráneas, que el Jefe del Grupo de Liquidación respectivo le presentara, así como los listados elaborados por éstos, de cheques recibidos de los Agentes, verificar su contenido, y pasarlos de inmediato al Jefe de la Sección de Tesorería de la entidad, según lo establecido en el artículo 31 del Decreto Departamental 0302 de 1982, mediante el cual fue adoptado el Manual de Funciones de los Servidores de la Beneficencia (Numerales 9° y 10°. Fls.30 del anexo No.1. cursivas fuera de texto).

También es claro que en virtud de la circular de 7 de octubre de 1992, suscrita por el Gerente de la entidad Irne Antonio Rojas Duarte, y el procesado Olaya Calderón en su condición de Jefe de la División de Lotería, se ordenó a los Agentes Distribuidores de Loterías Foráneas pagar el impuesto directamente en la Beneficencia, para cuyo efecto deberían enviar A LA ENTIDAD las facturas y actas en ella indicadas, acompañadas de un cheque firmado en blanco para ser llenado por el valor de la liquidación respectiva, exigencia esta última establecida días después por el acusado, quien además reconoce que este era el trámite que debía cumplirse: "Los Agentes de Loterías tanto de Neiva, La Plata, y Pitalito, nunca entregaban dinero en efectivo, junto con las actas y devoluciones enviaban cheques en blanco en cuanto al valor pero siempre los enviaban cruzados y a nombre de la Beneficencia del Huila" (fls.72 y 73-3).

Dentro de un entendimiento amplio de los conceptos de administración y recaudo, en el sentido de tratarse de operaciones complejas donde se conjugan e interrelacionan toda una gama de actividades, e intervienen un sinnúmero de personas que interactúan en función de un propósito común, como ha venido siendo reconocido de antiguo por la doctrina de la Corte (Cfr. Cas. abril 18/90, Mag.Pte. Dr. Didimo Páez Velandia; Auto junio 14/96, Mag.Pte. Dr. Ricardo Calvete Rangel, entre otros), resulta indiscutible que Olaya Calderón combinaba ambas actividades, en cuanto debía procurar el recaudo del impuestos sobre la venta de loterías foráneas, ejercía control sobre ellos, e intervenía en la revisión de las liquidaciones

correspondientes a su pago, al igual que de los cheques girados para estos efectos, antes de que los dineros ingresaran a tesorería.

En ejercicio de estas funciones, y por razón de ellas, llegaron a su poder los cheques suscritos en blanco por Vargas Morales para el pago del impuesto, pero en lugar de remitirlos a la oficina de liquidación para que fueran llenados por los valores correspondientes, como lo imponía el trámite interno, procedió a cobrarlos a través de sus cuentas personales, después de llenarlos a su nombre.

El procesado, como puede claramente verse, entró en relación material con los bienes apropiados por razón del cargo, específicamente en su condición de jefe de la División de Lotería de la Beneficencia, y de las funciones que debía desarrollar, no por accidente, ni en virtud de una relación de confianza con el Agente Distribuidor de la ciudad de Pitalito, situación que hace que la conducta corresponda a la realización del tipo penal que define el peculado por apropiación, independientemente de los medios que hubiere utilizado para hacerlo.

El argumento consistente en que la actividad del procesado no es constitutiva del referido delito porque los formatos de cheque firmados en blanco por Vargas Morales no representaban un medio de pago idóneo, y porque, en tales condiciones, los dineros nunca habrían ingresado al haber de la Beneficencia, no siendo susceptibles, por tanto, de haber sido apropiados, carece de fundamento.

Para la estructuración del delito de peculado no se requería que los valores fueran incorporados a la entidad a través de su Tesorería. Desde el instante mismo que los cheques firmados en blanco fueron recibidos por el procesado en su condición de Jefe de la División encargada del recaudo del impuesto, quedaron bajo su protección, al igual que de los demás servidores públicos que por razón del cargo o de sus funciones entraran en relación material con ellos, surgiendo para todos el deber de custodia. De suerte que su apropiación por cualquiera de éstos, es conducta que constituye el delito de peculado.

En la sentencia de 18 de abril de 1990, que viene de ser citada, la Sala hizo las siguientes precisiones en relación con la situación en estudio:

"Desde una concepción de administración como actividad compleja, en los términos expuestos por la Corte en sentencia de casación de 6 de diciembre de 1982, con ponencia del Magistrado Aldana Rozo, debe admitirse que la gestión de recaudo y manejo de impuestos, dado el mecanismo de controles a que está sometida, corre a cargo de un número plural de personas, todas las cuales poseen una genérica función de administración dentro de los límites de sus atribuciones, sobre los dineros que por tal concepto pagan los contribuyentes. De esta suerte, como allí mismo se expone, además de los empleados de manejo pueden cometer peculado, todos los que dentro de la misma

órbita funcional cumplen la tarea de administrar, señalándose como ejemplos los de ordenador, pagador, revisor, auditor, etc., si ella le permite al sujeto activo tener en su esfera de disponibilidad determinados bienes que, de otra manera, hubieran escapado a su acción.

"Lo anterior permite concluir que la función de la procesada al liquidar el impuesto, en el sentido de determinar el monto a pagar, y la de expedir el comprobante de ingreso por el pago, desde el alcance que al concepto de administración se ha dado, le permitían la disponibilidad del dinero apropiado dentro de su propia órbita funcional. Luego, si como lo dicen las personas que hicieron los pagos, ellos se cumplieron durante el proceso de liquidación y expedición del respectivo comprobante de ingreso, el hecho de su apropiación constituye peculado y no delito contra el patrimonio económico".

Por lo demás, es claro que los cheques, en la forma como fueron girados y puestos en el tráfico jurídico por el titular de la cuenta, constituían indiscutibles medios de pago, en cuanto, desde su entrega, comportaban para la Beneficencia el derecho a disponer de los dineros depositados en la cuenta corriente, hasta por un monto igual al valor del impuesto.

El cargo no prospera.

2. Aplicación indebida del artículo 220 del Código Penal debido a errores de apreciación probatoria.

A través de este cargo el demandante pretende demostrar que su representado no falsificó los recibos de caja presentados por José Joaquín Vargas Morales al rendir indagatoria, que aparecen a folios 259 a 272 del primer cuaderno original y acreditan el pago del impuesto de la lotería de Boyacá, sino que habría sido este último quien realizó tal comportamiento.

Dos son en esencia los argumentos que esgrime para llegar a esta conclusión: 1) La circunstancia de tener Vargas Morales en su poder los referidos recibos, cuando lo normal es que se hallaran en la Lotería de Boyacá; y 2) Que los cheques relacionados en dichos comprobantes de pago no coinciden con los realmente girados por Vargas Morales, ni con los cobrados efectivamente por Olaya Calderón.

En los términos en los cuales esta censura ha sido planteada, ninguna incidencia podría llegar a tener en las conclusiones del fallo impugnado, pues el delito de falsedad imputada al procesado, en concurso homogéneo, no se circunscribe a los comprobantes de ingreso expedidos por el supuesto pago del impuesto sobre la venta de la lotería de Boyacá entre los meses de octubre de 1992 y febrero de 1993, sino que comprende la totalidad de los recibos de caja extendidos a Vargas Morales por dicho concepto durante ese período, cuyas copias fueron directamente aportadas por las distintas loterías foráneas, entre ellas Cundinamarca, Bogotá, Quindío, Tolima, Risaralda, Nariño, Manizales, Valle y Cruz Roja (Cuaderno anexo No.2).

En las anotadas condiciones, el análisis del cargo, resulta inane, en la medida que su prosperidad conduciría a la afirmación de la irresponsabilidad del procesado en la falsificación de los recibos de ingreso correspondiente a la lotería de Boyacá, pero no en cuanto dice relación con los restantes comprobantes de pago, que representan la gran mayoría, y cuyas circunstancias de aportación al proceso fueron totalmente distintas de los primeros.

Este análisis incompleto de las especies espurias, determinó que el impugnante incurriera, adicionalmente, en imprecisiones en el estudio comparativo que hizo entre los cheques girados por Vargas Morales para el pago de los impuestos, los que aparecen relacionados en los recibos falsos de pago, y los efectivamente cobrados por el procesado, haciendo que la censura se apoye en afirmaciones totalmente distanciadas de la verdad fáctico procesal.

Para citar apenas un ejemplo, dígase que los cheques Nos.6657006 y 6657009, que el impugnante presenta como no relacionados en los recibos falsos, aparecen registrados en varios comprobantes de pago de impuesto de loterías distintas a la de Boyacá, como puede observarse a folios 5, 40, 101, 191, 192, 250, 260, 317, 393 y 398 entre otros, del cuaderno anexo No.2.

Otras imprecisiones surgen del hecho de haber tomado como referencia para la elaboración del estudio comparativo, los cheques que aparecen relacionados en el informe rendido por la Auditoría Interna (fls.10 y ss-1), error en el que también incurrieron los funcionarios investigadores, pues en dicho informe no quedaron incluidos los cheques Nos.9446353 por valor de $613.663.oo (fls.12-1 y 10, 129, 129 vto. y 137 del cuaderno anexo No.1); 9646391 por valor de $613.562.oo (fls.137 anexo No.1, 249 y 279 anexo No.2); 9646393 por valor de $628.051.oo (fls.10, 126 y 126 vto. cuaderno anexo No.1); y, 6657021 por valor de $598.344.oo (fls.10 anexo No.1), girados también por Vargas Morales y cobrados por el procesado.

Al margen de lo dicho, suficiente de suyo para desechar la censura, debe señalarse que el argumento del impugnante, relacionado con la circunstancia de tener Vargas Morales en su poder los duplicados de los recibos del pago de impuesto de la Lotería de Boyacá, pierde toda consistencia ante el hecho comprobado de que a las otras loterías foráneas venía remitiéndoles puntualmente los respectivos comprobantes, lo cual corrobora de paso sus explicaciones en el sentido de que el procedimiento a seguir con la Lotería de Boyacá era distinto.

Ningún interés podía además tener José Joaquín Vargas Morales en falsificar los comprobantes de pago del impuesto, no sólo porque para estos propósitos giró los cheques respectivos, comprometiendo su patrimonio, sino porque utilizó los canales regulares, resultando ilógico pensar que pretendiera encubrir una operación legítima.

Estas consideraciones, y las expuestas por el Procurador Delegado en su concepto, que la Sala comparte, resultan suficientes para desestimar la censura.

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.

Devuélvase al tribunal de origen. Cúmplase.

Jorge Enrique Córdoba Poveda, Fernando Arboleda Ripoll, Ricardo Calvete Rangel, Carlos Augusto Gálvez Argote, Jorge Aníbal Gómez Gallego, Edgar Lombana Trujillo, Carlos E. Mejía Escobar, Didimo Páez Velandia, Nilson Pinilla Pinilla.

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

CASACION / PENA

1. El recurso extraordinario de casación, de conformidad con lo establecido por el artículo 218 del Código de Procedimiento Penal, procede contra las sentencias proferidas por el Tribunal Nacional, los Tribunales Superiores de Distrito Judicial y el Tribunal Militar, en segunda instancia, por los delitos que tengan señalada pena privativa de la libertad cuyo máximo sea o exceda de seis (6) años, aun cuando la sanción impuesta haya sido una medida de seguridad.

El delito por el cual se dictó el fallo en este caso es el de prevaricato previsto en el artículo 149 del Código Penal, cuya pena privativa de la libertad máxima aplicable es la de cinco (5) años de prisión, circunstancia que pone en evidencia con absoluta claridad que no se cumple el requisito de la pena, de manera que el Tribunal obró acertadamente al inadmitir el recurso.

2. El hecho de que después de cometido el delito viniera una nueva ley que aumentó la pena en nada cambia la situación, pues como era lo correcto no fue esa ley la que se le aplicó sino la vigente al momento de la comisión del ilícito, y ésta es la que marca el parámetro que se tiene que seguir para definir sobre el requisito de la pena previsto para la procedencia del recurso.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Santa Fe de Bogotá, D.C., noviembre cuatro (4) de mil novecientos noventa y ocho (1998).

Magistrado Ponente Dr. *Ricardo Calvete Rangel*

Proceso No. 14948

Aprobado Acta No. 164

VISTOS

Decide la Corte el recurso de hecho interpuesto por el procesado John Jairo Arcila Ramírez, contra el auto mediante el cual el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali negó el recurso extraordinario de casación, interpuesto contra la sentencia condenatoria de segunda instancia proferida por esa corporación dentro del proceso que se adelanta por el delito de prevaricato por acción.

ANTECEDENTES

El Juzgado Veintiuno Penal del Circuito de Cali, con sentencia de fecha agosto 29 de 1997 absolvió a John Jairo Arcila Ramírez, Maritza Jiménez Arizala, Rafael Arango Vásquez, Constanza Chaparro Medina y María Elena Muñoz Ceballos de los cargos imputados en la resolución de acusación. Esta decisión fue revocada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali mediante providencia del 23 de julio de 1998, procediendo a condenarlos a la pena principal de dos años de prisión; y a las accesorias de interdicción de derechos y funciones públicas por el mismo período, y a la pérdida del empleo público, como responsables del delito de prevaricato por acción ocurrido en esa ciudad entre 1991 y 1992.

Dentro del término legal el defensor del sentenciado interpuso el recurso extraordinario de casación, el cual fue denegado con auto de agosto 31 del presente año por considerarse improcedente, ya que el delito por el cual se condenó al procesado, prevaricato por acción (artículo 149 del Código Penal), tiene pena de prisión que oscila entre uno (1) y cinco (5) años, lo que de conformidad con el artículo 218 del Código de Procedimiento Penal, modificado por el artículo 35 de la Ley 81 de 1993, permite concluir que el delito citado no tiene el *quantum* punitivo exigido para la concesión del recurso.

Inconforme con el pronunciamiento del Tribunal, el procesado interpuso recurso de hecho. Llegadas las copias de las respectivas providencias a esta Corporación, el defensor sustentó la impugnación del término establecido por el artículo 209 del estatuto procesal, con argumentos que se pueden sintetizar así:

1. El procesado al ser condenado por el Tribunal con base en el artículo 149 del Código Penal y no con la Ley 190 de 1995, lo que hizo fue aplicar la "Ley vigente al momento del hecho", haciendo efectivo el "principio de legalidad" y no el de favorabilidad.

2. El tránsito de leyes penales sustanciales nada tiene que ver con las normas procesales que regulan los requisitos para la procedencia del recurso de casación. En consecuencia como su poderdante fue condenado por el delito de prevaricato por acción que actualmente tiene señalada una pena superior a los seis años de prisión, el recurso de casación es procedente conforme a lo dispuesto por el artículo 218 del C.P.P. De no ser así, habría que admitirse "que si se aplica el Código Penal vigente en 1992 también se debe cubrir el caso con el Código de Procedimiento vigente en ese entonces, que daba acceso a la casación cuando el delito tuviera señalado pena cuyo máximo fuera o excediera los cinco (5) años"

CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. El recurso extraordinario de casación, de conformidad con lo establecido por el artículo 218 del Código de Procedimiento Penal, procede con-

tra las sentencias proferidas por el Tribunal Nacional, los Tribunales Superiores de Distrito Judicial y el Tribunal Militar, en segunda instancia, por los delitos que tengan señalada pena privativa de la libertad cuyo máximo sea o exceda de seis (6) años, aún cuando la sanción impuesta haya sido una medida de seguridad.

El delito por el cual se dictó el fallo en este caso es el de prevaricato previsto en el artículo 149 del Código Penal, cuya pena privativa de la libertad máxima aplicable es la de cinco años de prisión (5), circunstancia que pone en evidencia con absoluta claridad que no se cumple el requisito de la pena, de manera que el Tribunal obró acertadamente al inadmitir el recurso.

2. El hecho de que después de cometido el delito viniera una nueva ley que aumentó la pena en nada cambia la situación, pues como era lo correcto no fue esa ley la que se le aplicó sino la vigente al momento de la comisión del ilícito, y ésta es la que marca el parámetro que se tiene que seguir para definir sobre el requisito de la pena previsto para la procedencia del recurso.

Dicho de otra manera, éste proceso no se siguió por un delito que tuviera señalada pena privativa de la libertad cuyo máximo fuera de seis o más años, de modo que resulta sin fundamento la pretensión del impugnante.

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

RESUELVE:

1. NO CONCEDER el recurso extraordinario de casación interpuesto por el defensor del sentenciado John Jairo Arcila Ramírez.

2. Reconocer al doctor Adolfo Salamanca Correa como apoderado del procesado en los términos del mandato a él conferidos.

Cópiese, devuélvase y cúmplase.

Jorge Enrique Córdoba Poveda, Fernando Arboleda Ripoll, Ricardo Calvete Rangel, Carlos Augusto Gálvez Argote, Jorge Aníbal Gómez Gallego, Edgar Lombana Trujillo, Carlos E. Mejía Escobar, Dídimo Páez Velandia, Nilson Pinilla Pinilla.

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

CASACION/ CASACION DISCRECIONAL

De acuerdo con el artículo 218 del Código de Procedimiento Penal, el recurso de casación procede en casos de sentencias de segunda instancia dictadas por los tribunales y en relación con procesos adelantados por delitos que tengan prevista una sanción máxima privativa de la libertad superior a seis (6) años, aunque la consecuencia también sea una medida de seguridad. Sin embargo, el mismo precepto, por excepción, prevé la posibilidad del recurso extraordinario en condiciones objetivas distintas a las antes señaladas, siempre que la Sala Penal de la Corte, discrecionalmente, lo acepte con el fin de darle desarrollo a la jurisprudencia o para garantizar los derechos fundamentales.

El hecho de que la casación discrecional se desvincule de los presupuestos objetivos contenidos en el inciso 1° del artículo 218, no le quita el carácter de recurso extraordinario, pues seguirá siendo eminentemente rogado (no una actuación oficiosa de la jurisdicción) y sujeto a la exposición sumaria inicial de una violación manifiesta de la ley.

De modo que no sólo deben invocarse los dos únicos propósitos de realización que apoya la ley, esto es, el desarrollo de la jurisprudencia y la protección de derechos fundamentales, sino que también debe presentarse verosímilmente la necesidad de uno o de ambos fines. Así, el actor deberá argumentar sobre la ausencia de definiciones jurisprudenciales, en relación con uno o varios de los temas discutidos en el proceso; o también indicar demostrativamente que en el curso del mismo hubo infracciones graves a los derechos fundamentales que debieron garantizarse en el mismo, desde luego con la suficiente individualización de los que se estiman violados y las conductas de la judicatura que a ello contribuyeron.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Santafé de Bogotá, D. C., cuatro (4) de noviembre de mil novecientos noventa y ocho (1998).

Magistrado Ponente: Dr. *Jorge Aníbal Gómez Gallego*

Proceso No. 14481

Aprobado Acta No. 164

VISTOS

Examina la Sala la admisibilidad del recurso extraordinario de casación discrecional interpuesto por el defensor de la procesada Blancia Elvira Moncayo de Gaviria, en relación con la sentencia de segundo grado fechada el 25 de marzo de 1998, obra del Tribunal Superior de Neiva, por medio de la cual confirma la condena principal a dieciocho (18) meses de prisión y multa por valor de $ 356.800.oo, impuesta en primera instancia por el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Garzón (Huila), como autora de una infracción al artículo 33, inciso 2° de la Ley 30 de 1986.

HECHOS Y ACTUACIÓN PROCESAL

El día 17 de mayo de 1995, se llevó a cabo diligencia de allanamiento y registro a la residencia de la señora Blancia Elvira Moncayo de Gaviria, situada en el municipio de Garzón, quien antes había sido informada como expendedora de estupefacientes al detal. Pues bien, como resultado de dicha actuación, dentro del inmueble registrado fueron decomisados sendos paquetes que contenían 125 gramos de marihuana y 0.4 gramos de cocaína.

Como en la residencia se encontraban algunas personas, se procedió a requisarlas y a una mujer, posteriormente identificada como Elvia Lucía Lucumí, se le hallaron dos envoltorios que llevaba consigo, uno de los cuales contenía 284 gramos de cocaína y el otro 187.7 gramos de la misma sustancia. Por las manifestaciones de esta dama, se supo que ella abastecía del estupefaciente a varios expendedores minoritarios; que lo hacía por cuenta del individuo Silvio Orlans Garzón, quien era el proveedor mayorista y estaba radicado en el municipio de La Plata.

En razón de estos hechos, la Fiscalía General de la Nación vinculó a la investigación a los tres imputados, quienes fueron afectados por resolución acusatoria el día 6 de marzo de 1997 del siguiente modo: Elvia Lucía Lucumí y Silvio Orlans Garzón como coautores de violación al artículo 33, inciso 1° de la Ley 30 de 1986, y Blancia Elvira Moncayo de Gaviria, a título de autora de infracción al inciso 2° del mismo precepto.

En concordancia con los cargos formulados en la acusación, el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Garzón, por medio de sentencia del 29 de enero de 1998, condenó a los procesados Orlans Garzón y Moncayo de Gaviria a las penas antes indicadas, decisión que fue confirmada en segunda instancia por el Tribunal Superior de Neiva.

Antes, la procesada Elvia Lucía Lucumí se había acogido al trámite de sentencia anticipada, y así terminó separadamente el proceso para ella.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

El día 16 de abril de 1998, el defensor de la procesada Blanca Elvira Moncayo de Gaviria le manifestó al tribunal de instancia que interponía el "recurso extraordinario de casación" contra la sentencia del 25 de marzo de 1998 (cuaderno 2ª instancia, fls. 42). Posteriormente, en escrito presentado el 30 de abril siguiente, el impugnante aclara su anterior manifestación, en el sentido de que su propósito era acudir al "RECURSO DE CASACIÓN POR VIA EXCEPCIONAL" (idem, fls. 44).

En efecto, de acuerdo con el artículo 218 del Código de Procedimiento Penal, el recurso de casación procede en casos de sentencias de segunda instancia dictadas por los tribunales y en relación con procesos adelantados por delitos que tengan prevista una sanción máxima privativa de la libertad superior a seis (6) años, aunque la consecuencia también sea una medida de seguridad. Sin embargo, el mismo precepto, por excepción, prevé la posibilidad del recurso extraordinario en condiciones objetivas distintas a las antes señaladas, siempre que la Sala Penal de la Corte, discrecionalmente, lo acepte con el fin de darle desarrollo a la jurisprudencia o para garantizar los derechos fundamentales.

El tema ha sido tratado recurrentemente por la Sala, en el sentido de supeditar la admisibilidad del recurso discrecional a unas exigencias mínimas y lógicas.

Así, en el auto del 24 de enero de 1995, cuya ponencia correspondió al magistrado Edgar Saavedra Rojas, se dijo sobre la necesidad de motivación lo siguiente:

"Ahora bien, siendo atribución de esta superioridad determinar la viabilidad del recurso extraordinario interpuesto con carácter excepcional, conviene recordar que también esta modalidad de impugnación está sujeta a rigorismos técnicos impuestos por la normatividad procesal. Ello, por cuanto al recurrente le corresponde brindar a la Sala los argumentos necesarios que le permitan concluir la presencia de uno de los dos presupuestos que dan lugar a la excepción, desde el mismo momento de su postulación, además de los motivos que sustentarían alguna de las causales de casación".

Y en el auto del 21 de febrero de 1996, la Sala concretó pedagógicamente los requisitos de la casación excepcional en los siguientes términos:

"Estas exigencias, claramente definidas por la jurisprudencia, son:

"a) Que el recurso se interponga contra un fallo de segunda instancia. En este caso se presentan dos hipótesis: si el fallo lo profiere un tribunal superior de distrito judicial, resulta indispensable que se proceda por un delito que no tenga prevista pena privativa de la libertad, o que ésta sea inferior a seis años de prisión, pues en caso contrario la vía adecuada sería la casación ordinaria. Si se dirige contra sentencia de segunda instancia proferida por un

juzgado penal del circuito, para nada importa el término máximo de la pena privativa de la libertad señalada en el tipo, ni la clase de medida impuesta.

"b) Que la impugnación se presente dentro de los quince días siguientes a la última notificación de la sentencia de segundo grado, esto es, dentro del término de ejecutoria, de conformidad con el artículo 214 (sic) del Código de Procedimiento Penal;

"c) Que exista legitimación para interponer el recurso; es decir, que la impugnación provenga del procurador, su delegado, o el defensor del acusado, y

"d) Que se sustente en forma debida". (M. P. Fernando Arboleda Ripoll).

En este caso, tanto la legitimación en la causa como la oportunidad para recurrir están garantizadas, supuesto que la impugnación fue propuesta por el defensor del procesado y, si se tiene en cuenta que el día 30 de abril venció el término para interponer la impugnación extraordinaria, de acuerdo con el artículo 223 del Código de Procedimiento Penal, resulta claro que el recurrente actuó dentro del lapso legal indicado (fl. 45, cuaderno 2ª instancia).

También se cumple el presupuesto objetivo de procedibilidad relacionado con la sanción dispuesta en la norma infringida, pues se trata del inciso 2° del artículo 33 de la Ley 30 de 1986, cuya pena máxima privativa de la libertad aplicable es tres (3) años de prisión, lo cual indica que no sería viable la casación común y sólo quedaría la opción excepcional. Sin embargo, el escrito de iniciación carece de la fundamentación suficiente para justificar la necesidad de impulsar el recurso extraordinario de casación por vía discrecional o excepcional, tal como lo ha señalado recurrentemente la jurisprudencia de esta Corporación.

El hecho de que la casación discrecional se desvincule de los presupuestos objetivos contenidos en el inciso 1° del artículo 218, no le quita el carácter de recurso extraordinario, pues seguirá siendo eminentemente rogado (no una actuación oficiosa de la jurisdicción) y sujeto a la exposición sumaria inicial de una violación manifiesta de la ley.

De modo que no sólo deben invocarse los dos únicos propósitos de realización que apoya la ley, esto es, el desarrollo de la jurisprudencia y la protección de derechos fundamentales, sino que también debe presentarse verosimilmente la necesidad de uno o de ambos fines. Así, el actor deberá argumentar sobre la ausencia de definiciones jurisprudenciales, en relación con uno o varios de los temas discutidos en el proceso; o también indicar demostrativamente que en el curso del mismo hubo infracciones graves a los derechos fundamentales que debieron garantizarse en el mismo, desde luego con la suficiente individualización de los que se estiman violados y las conductas de la judicatura que a ello contribuyeron.

Lógicamente, la exigencia no puede ser de otro modo, porque la Corte no podría entrar a auscultar el proceso para declarar motu proprio que el asunto merece un tratamiento jurisprudencial aún no dispensado, o de que los jueces de instancia menoscabaron algunas garantías fundamentales, pues ello equivaldría a entrar oficiosamente en el fondo de la cuestión, sin la provocación procesal suficiente y propia de los recursos. Recuérdese que esta actuación de oficio de la Sala también es excepcional y sólo procede cuando todo se ha habilitado mediante un recurso bien interpuesto y una demanda en forma (art. 228 C. P. P.).

Se inadmitirá, entonces, el recurso de casación excepcional examinado.

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

RESUELVE:

No conceder el recurso de casación excepcional interpuesto por el defensor de la procesada Blancia Elvira Moncayo de Gaviria.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Jorge Enrique Córdoba Poveda, Fernando Arboleda Ripoll, Ricardo Calvete Rangel, Carlos Augusto Gálvez Argote, Jorge Aníbal Gómez Gallego, Edgar Lombana Trujillo, Carlos E. Mejía Escobar, Didimo Páez Velandia, Nilson Pinilla Pinilla.

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

ACCION DE REVISION / QUERELLA

1. La acción de Revisión fue concebida como instrumento extraordinario que persigue levantar los efectos de la cosa juzgada judicial que ha sido edificada sobre un error judicial, su ejercicio está sometido al cumplimiento estricto de los presupuestos de admisibilidad establecidos por la ley en el artículo 232 del Código de Procedimiento Penal y concebidos de tal manera que tengan la capacidad de demostrar con nitidez la irresponsabilidad, la responsabilidad del sentenciado, la inimputabilidad del procesado, que la acción penal no podía iniciarse o proseguirse, lo que implica de suyo modificar el proceso en su integridad.

Al tratarse de una acción independiente y no constituir una prolongación del juicio, ni corresponder a un instrumento que permita dar cabida a particulares consideraciones tendientes a cuestionar los soportes de la declaración de justicia que ha hecho tránsito a cosa juzgada y amparada por el doble carácter de definitiva e inmutable, resulta claro que para su ejercicio se deben cumplir tales presupuestos, los cuales de no ser reunidos en su integridad, conducen inexorablemente al rechazo de la demanda por la Corte.

2. Es pertinente precisar los alcances de las expresiones: "por falta de querella o petición válidamente formulada", ellas están empleadas dentro del mismo contexto que las utiliza el artículo 29 del Código de Procedimiento Penal, esto es, refiriéndose a los actos contemplados como requisitos que sin su observancia no es dable iniciar el proceso penal respecto de ciertas conductas, con la clara distinción que la querella proviene del afectado con la infracción o su representante mientras que la petición especial del Procurador General de la Nación, opera en los especiales casos que requiere su intervención, tales como en los delitos previstos en los artículos 121 y 122 en concordancia con el 124 del Código Penal y en aquellos de extraterritorialidad de la ley colombiana de conformidad con el artículo 15 numerales 4, 5 y 6), las que igualmente deben reunir las formalidades propias de la denuncia: así como también se exigen requisitos especiales de procesabilidad en los eventos previstos en los artículos 267, 322 y 353 del Código Penal.

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal, Santafé de Bogotá D. C. seis (6) de noviembre de mil novecientos noventa y ocho (1998).

Magistrado Ponente: Dr. *Edgar Lombana Trujillo*

Proceso No. 14877

Aprobado Acta No. 165

VISTOS

Se pronuncia la Sala sobre la admisibilidad de la demanda de Revisión presentada a través de apoderado por el procesado Jairo José Ruiz Medina, quien fuera condenado por la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, mediante sentencia de marzo 19 de 1998, a las pena de 42 meses de prisión y la concurrente de interdicción de derechos y funciones públicas por el mismo lapso, y a la accesoria de pérdida del empleo público, como autor del delito de prevaricato por acción quedando inhabilitado por el término de 4 años para desempeñar cualquier cargo en la Administración Pública, en la Rama Judicial o en el Ministerio Público, a partir del cumplimiento de la pena privativa de la libertad.

ANTECEDENTES

En calidad de miembro de la Cámara de Representantes el doctor Jairo José Ruiz Medina adelantó proceso penal en contra de los Magistrados de la sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, atendiendo la denuncia presentada por el señor Plutarco Godín el 20 de abril de 1993, al considerar que al haber votado favorablemente la ponencia presentada por el doctor Guillermo Chaín Lizcano, por medio de la cual se decretó la pérdida de investidura del entonces Senador Alberto Escrucería Manzi incurrieron en la violación a disposiciones constitucionales y a nivel penal en el delito de prevaricato.

Para la fecha en la que fue repartida la referida denuncia - abril 22 de 1993 -, el Representante Jairo Ruiz Medina estaba vinculado a un proceso de pérdida de investidura que cursaba en el Consejo de Estado, de conformidad con la solicitud presentada por la Procuraduría General de la Nación, del que fue notificado el 24 de febrero de 1993, dándole contestación el 8 de marzo de la misma anualidad por intermedio de apoderado.

Pese lo anterior, el doctor Jairo José Ruiz Medina avocó el conocimiento de la actuación contra los Magistrados del Consejo de Estado ordenando la práctica de pruebas y vinculando mediante indagatoria a quienes compartieron la ponencia del doctor Chain Lizcano, citando para el 27 de julio al referido Consejero y al doctor Carlos Betancourt Jaramillo, quien para ese entonces oficiaba como Magistrado Ponente del proceso de desinvestidura adelantado contra el Representante investigador.

Como quiera que el doctor Ruiz Medina no expresó su impedimento para iniciar esta acción penal, dada la situación anterior, los Consejeros citados a indagatoria, con antelación a la iniciación de la diligencia lo recusaron, solicitándole su separación de la actuación penal y la suspensión de la actuación tal como lo prevé el artículo 111 del Código de Procedimiento Penal, ante el evidente conflicto de intereses que se presentaba en la investigación de quienes eran sus propios jueces, respaldando su petición en lo dispuesto en los artículos 103 del Código de Procedimiento Penal y 286 de la Ley 5ª de 1992 en concordancia con el artículo 294 ibídem.

Ante la ausencia de pronunciamiento por parte del Representante Instructor en relación con las recusaciones propuestas por los Magistrados citados a indagatoria, al considerar que éstos aún no habían adquirido la calidad de sujetos procesales, se dio inicio a la diligencia de indagatoria del doctor Guillermo Chaín Lizcano, en el curso de la misma, la defensa del Consejero de Estado dejó constancia que con tal actitud Ruiz Medina había obligado a su defendido a someterse a la indagatoria, cumpliéndose la totalidad de la diligencia.

Esta situación generó la reunión de la Comisión de Investigación y Acusación de la Cámara de Representantes, para solicitarle al Representante Instructor la separación del conocimiento de la investigación. Así, mediante auto de la misma fecha de la indagatoria del doctor Chaín Lizcano, el para entonces investigador aceptó la recusación presentada por los Magistrados Investigados, suspendiendo la actuación y disponiendo el conocimiento de tal decisión a los restantes Consejeros de Estado.

La anterior actuación del Representante Instructor fue denunciada penalmente por el doctor Saúl Flórez Enciso ante la Corte Suprema de Justicia, al estimar que con ese procedimiento el doctor Ruiz Medina pretendía generar una causal de impedimento entre sus jueces del Consejo de Estado que debía decidir sobre la pérdida de su investidura, dando origen a la respectiva investigación penal que culminó con la sentencia que es materia de la presente acción de revisión.

En firme la sentencia, y ante esta misma Corporación, el procesado mediante apoderado ha impetrado acción de revisión con la pretensión de que se revise toda la actuación.

La Demanda

El apoderado del doctor Jairo José Ruiz Medina solicita la revisión de toda la actuación contenida en el proceso radicado bajo el número 8664 dentro del cual se profirió la sentencia relacionada precedentemente, invocando dos de la causales de revisión contenidas en el artículo 232 del Código de Procedimiento Penal.

En la primera causal, estima que la sentencia materia de esta acción se dictó en un proceso que no podía iniciarse o proseguirse por invalidez de la petición formulada; estriba su cuestionamiento en la afirmación contenida en la sentencia, cuando se advierte: " Haber abierto investigación penal en contra de los quince Magistrados del Consejo de Estado que habían votado favorablemente la pérdida de investidura del Senador Samuel Escrucería Manzi, practicando pruebas y citándolos a indagatoria de las cuales alcanzó a recepcionar la del Consejero, doctor Guillermo Chain Lizcano, sin existir mérito para un tal proceder, pues lejos de vislumbrarse el presunto prevaricato denunciado, no admite la decisión duda que el procedimiento adoptado por los Consejeros fue el resultado de una profunda discusión jurídica".

Pretendiendo desarrollar la causal de revisión invocada, orienta el debate justificando que la actuación cumplida por el doctor Jairo José Ruiz Medina se cumplió dentro de los precisos términos señalados en los artículos 329 y siguientes de la Ley 5ª de 1992, que establecen los requisitos de procesabilidad de la actuación penal en las investigaciones contra los altos funcionarios del Estado, señalándolos de manera taxativa para precisar insistentemente que las actuaciones surtidas se cumplieron con la estricta observancia de tales disposiciones, como quiera que una vez asignada la denuncia presentada por Plutarco Antonio Godín contra los Consejeros de Estado, procedió a su ratificación bajo la gravedad del juramento y acatando lo normado por el artículo 332 de la citada ley ordenó la apertura de la correspondiente investigación como actuación de obligatorio cumplimiento por el carácter imperativo de la norma que no permitía otro tipo de pronunciamiento, siendo entonces que esta actuación la cumplió en obedecimiento indiscutible de la norma.

Sobre el amparo legal para que Ruiz Medina citara a indagatoria a los Magistrados del Consejo de Estado, expone que el artículo 334 del estatuto orgánico del Congreso de la República establece que ante la presencia de un indicio grave de que el denunciado es autor o partícipe del hecho que se investiga, el Representante Instructor lo citará para que dentro de los dos días siguientes rinda su indagatoria. Así, partiendo de la construcción lógica del indicio señala cuales fueron en su sentir los hechos indicadores, dentro de los cuales cuenta la inexistencia de una ley procedimental aplicable al caso que se debatió en el Consejo de Estado sobre la pérdida de investidura de Escrucería Manzi para la fecha en que se presentó el fallo -julio de 1992-, tal como lo ordena el artículo 184 de la Constitución Política, amén de no cumplir con el requisito de procesabilidad, según el cual para este tipo de investigaciones la solicitud deberá ser formulada por cualquier ciudadano o por la mesa directiva de la Cámara correspondiente y no por alguno de sus integrantes, como sucedió en este caso, en que la petición de pérdida de investidura fue presentada por el presidente del Senado.

Luego de hacer amplia referencia al carácter de la Ley 5ª de 1992 (como Ley Orgánica), con características y connotaciones especiales que la sitúan por encima de las demás leyes y bajo el imperio de la constitución, señala que su poderdante lo único que hizo fue aplicarla y darle oportuno cumplimiento porque de lo contrario hubiera incurrido en la conducta punible que originó el reproche penal contenido en la sentencia, y así, Ruiz Medina actuó con inteligencia para no estar en contra vía con los ordenamientos constituciones y legales, por lo cual no ha debido admitirse la denuncia y la petición de enjuiciamiento de su representado. Precisa a manera de conclusión que "... la causal invocada, de invalidez de la solicitud se cumple por cuanto la investigación y el enjuiciamiento contra mi defendido se produjeron, a pesar de que él estuviera amparado por el estatuto orgánico contenido en la Ley 5ª de 1992, cuyos procedimientos, términos y mandatos cumplió a cabalidad cuando, como lo dice la sentencia de cuya revisión se trata, abrió investigación penal contra los 15 magistrados del Consejo de Estado que habían votado favorablemente la pérdida de investidura del Senador Samuel Escrucería Manzi, normas que también cumplió cuando practicó las pruebas y citó a indagatoria a los mencionados consejeros".

Plantea como segundo ataque " haber surgido después de la sentencia, pruebas no conocidas al tiempo de los debates ", por cuanto en los mismos no se registró el expediente numero 001-142963 adelantado por la Procuraduría Primera Delegada para la Vigilancia Administrativa, para que fuera objeto del correspondiente debate, toda vez que en dicha actuación se practicó visita especial al despacho del Consejero Carlos Betancourt Jaramillo y específicamente al expediente número AC-534 en la que se establece que entre los días 20 y 21 de enero de 1993 se efectuó el reparto y remisión del expediente en el cual la Procuraduría General de la Nación, Delegada de Asuntos Presupuestales solicitaba al Consejo de Estado decretar la pérdida de investidura del Representante Jairo José Ruiz Medina para que fuera adelantado por el citado Magistrado, quien admitió la demanda el 25 del mismo mes y año, registrando como última actuación para el 25 de agosto de 1993, la providencia del 19 de ese mes mediante la cual ordenaba expedir copias del proceso con destino a la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, con registro de fallo del 23 de esos días.

Aduce que la reseña cronológica de las actuaciones cumplidas por el doctor Betancur Jaramillo en el proceso de pérdida de investidura de Ruiz Medina quiere significar que a excepción de dicho Magistrado, ninguno de los otros Consejeros de la Sala Plena Contenciosa Administrativa, había avocado el conocimiento del negocio, y por lo tanto, no tenían la calidad de ser sus jueces al momento de citarlos a indagatoria, desvirtuando probatoriamente la constancia expedida por la Secretaria General del Consejo de Estado en la que se certifica que para el 26 de julio de 1993 cursa-

ba en la Sala Plena de dicha colegiatura la solicitud de pérdida de investidura del doctor Jairo José Ruíz Medina como prueba que dentro de la acción penal permitió deducir que para esa fecha ya todos los integrantes de esa Sala habían adquirido la calidad de jueces del sentenciado, por cuanto otra cosa se infiere del acta de visita que presenta como prueba surgida con posterioridad a la sentencia y no conocida al momento de los debates.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

La acción de Revisión fue concebida como instrumento extraordinario que persigue levantar los efectos de la cosa juzgada judicial que ha sido edificada sobre un error judicial, su ejercicio está sometido al cumplimiento estricto de los presupuestos de admisibilidad establecidos por la ley en el artículo 232 del Código de Procedimiento Penal y concebidos de tal manera que tengan la capacidad de demostrar con nitidez la irresponsabilidad, la responsabilidad del sentenciado, la inimputabilidad del procesado, que la acción penal no podía iniciarse o proseguirse, lo que implica de suyo modificar el proceso en su integridad.

Al tratarse de una acción independiente y no constituir una prolongación del juicio, ni corresponder a un instrumento que permita dar cabida a particulares consideraciones tendientes a cuestionar los soportes de la declaración de justicia que ha hecho tránsito a cosa juzgada y amparada por el doble carácter de definitiva e inmutable, resulta claro que para su ejercicio se deben cumplir tales presupuestos, los cuales de no ser reunidos en su integridad, conducen inexorablemente al rechazo de la demanda por la Corte.

Sobre el entendimiento de dos motivos de revisión pretende el impugnante la revisión de la sentencia proferida contra el doctor Ruíz Medina. Empero, nada más lejano del cumplimiento de las exigencias mínimas señaladas precedentemente contiene el escrito presentado por el apoderado del sentenciado en condiciones que francamente la hacen de imposible admisión en esta sede.

Primer Cargo

En efecto, el primer motivo que invoca el actor en la demanda se refiere a los casos en que "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".

Pues bien, es pertinente precisar los alcances de las expresiones: "por falta de querella o petición válidamente formulada", ellas están empleadas dentro del mismo contexto que las utiliza el artículo 29 del Código de Procedimiento Penal, esto es, refiriéndose a los actos contemplados como requisitos que sin su observancia no es dable iniciar el proceso penal res-

pecto de ciertas conductas, con la clara distinción que la querella proviene del afectado con la infracción o su representante mientras que la petición especial del Procurador General de la Nación, opera en los especiales casos que requiere su intervención, tales como en los delitos previstos en los artículos 121 y 122 en concordancia con el 124 del Código Penal y en aquellos de extraterritorialidad de la ley colombiana de conformidad con el artículo 15 numerales 4, 5 y 6, las que igualmente deben reunir las formalidades propias de la denuncia; así como también se exigen requisitos especiales de procesabilidad en los eventos previstos en los artículos 267, 322 y 353 del Código Penal.

Así, en este punto y con relación a la alegada falta de querella o petición válidamente formulada, es de rigor señalar que el delito de prevaricato por acción por el cual fue investigado, acusado y condenado el doctor Jairo José Ruiz Medina, es de aquellos que para su iniciación pende del contenido del artículo 25 del Código de Procedimiento Penal, pues dicha norma impone la obligación a todo habitante del territorio colombiano mayor de dieciocho años (nacionales o extranjeros) de denunciar a la autoridad los hechos punibles de cuya comisión tenga conocimiento y que deban investigarse de oficio, respaldada por factores objetivos, serios para el común de la gente, quienes no están llamados a realizar análisis jurídicos, políticos o morales.

Luego, tan sin sentido resulta el ataque efectuado por el censor al acudir a esta vía de revisión, pues se insiste, para que la causal segunda sea procedente se necesita que la circunstancia objetiva de ausencia de querella o petición válidamente formulada esté acreditada en el expediente, y sin embargo, pese a ello el proceso se hubiere iniciado, proseguido y terminado con una sentencia condenatoria.

El demandante, con un escrito en el que cuestiona la valoración probatoria y la interpretación dada a las normas aplicadas, pretende que se le acepte que su representado no es responsable porque cumplió rigurosamente el rito señalado en la Ley 5ª de 1992, en la investigación que adelantó como miembro de la Comisión de Investigación y Acusación de la Cámara de Representantes, contra los Magistrados del Consejo de Estado.

Tal argumento veladamente conduce a inferir que la intención del censor es la de minar la sentencia con una supuesta ausencia de tipicidad. Es cierto que la atipicidad plenamente comprobada da lugar a que en el curso del proceso se extinga la acción penal mediante la preclusión o cesación de procedimiento, pues ese puede ser uno de los temas objeto del debate; pero terminada la actuación con sentencia en firme los hechos adquieren la condición de cosa juzgada. De este modo, no es procedente acudiendo a la acción de revisión continuar debatiendo sobre lo ya resuelto, como es el claro interés del recurrente en cuanto estos argumentos

fueron propuestos y examinados en la sentencia que se ataca y que está cobijada por la doble presunción de indiscutibilidad e inmutabilidad.

Segundo Cargo

El segundo argumento que pretende como motivo de revisión, resulta aún más impropio a las exigencias mínimas de esta extraordinaria acción. Lo fundamenta en el supuesto de asomar prueba nueva después de la sentencia, no conocida al tiempo de los debates, presentando como tal el acta de visita que practicó la Procuraduría al expediente que estaba en curso en el Consejo de Estado al proceso de pérdida de investidura del Representante a la Cámara Jairo José Ruiz Medina, por cuanto dicha acta permite calificar como "falsa" la constancia expedida el 26 de julio de 1993, por la Secretaria General del Consejo de Estado, en la que se certifica que para esa fecha cursaba en la Sala Plena Contenciosa la solicitud de pérdida de investidura del condenado. Sobre este aspecto, explica que esa constancia es abiertamente opuesta a la prueba nueva que presenta porque en el acta de visita se precisa que para la fecha en mención el proceso se encontraba al despacho del Consejero ponente y no en Sala Plena, y por lo tanto, no todos los miembros de esa colegiatura habia adquirido la condición de jueces del procesado, como se dedujo en la sentencia materia de esta acción.

Interpretando el sentido de la segunda crítica que el censor hace a la sentencia, entiende la Sala que la soporta sobre la causal tercera de revisión, que prevé el acopio de pruebas nuevas o sobrevinientes a la sentencia ejecutoriada, orientadas a establecer la inocencia o inimputabilidad del condenado, sin embargo, nada nuevo se desprende del contenido de este segundo cargo, en términos que lo hagan viable.

Esta Sala de la Corte, en reiterados pronunciamientos ha precisado los alcances de esta causal, en los siguientes términos:

"...La prueba nueva, para efectos de la revisión, es el mecanismo de demostración (documental, pericial, testimonial), que por cualquier causa no se conoció en el proceso y que posteriormente surge con tan contundente valor, que podría modificar sustancialmente la apreciación que condujo a la condena, o a la consideración de imputabilidad..." (auto febrero 18 de 1998. M. P. Dr. Nilson Pinilla Pinilla).

Empero, no basta el aporte de una prueba cualquiera, es necesario que tenga incidencia para hacer viable la causal de revisión que se invoca, en este caso, la prueba nueva que acompaña a la demanda en esta acción de revisión no aporta hechos desconocidos al momento de los debates, por cuanto en ellos se constató que efectivamente para el 27 de julio de 1993, fecha en la cual se empezaban a recepcionar las indagatorias de los Consejeros de Estado, el Representante Instructor ya tenia conocimiento que en esa Corporación se adelantaba el proceso para la pérdida de su

investidura como Congresista, pretendiendo vincular judicialmente a quienes ostentaban la calidad de jueces en dicha actuación.

Sumado a lo anterior, se tiene que en lugar de aportar las pruebas determinantes de la decisión que pide y consecuentes con la causal invocada, conduce su demanda a demostrar la falsedad de la constancia expedida por la Secretaría General del Consejo de Estado, lo que habría implicado enderezar el ataque por la causal 5° del artículo 232 del Código de Procedimiento Penal

Quiere lo anterior significar, que para que opere por esta vía el desconocimiento de la cosa juzgada, no es suficiente la sola afirmación del censor de haberse producido el fallo con la utilización de una prueba falsa, sino que efectivamente se debe demostrar mediante la prueba insustituible de declaración judicial, la falsedad de ese medio probatorio, tal como lo exige la casual 5ª de revisión, cuya redacción gramatical es del siguiente tenor: "*Cuando se demuestre, en sentencia en firme, que el fallo objeto de pedimento de revisión se fundamentó en prueba falsa* " (resalta la Sala), y que además, tenía que ser determinante para inclinar el sentido del fallo proferido.

De lo anterior, es de rigor concluir que la intangibilidad de la sentencia, no puede derrumbarse con el simple advenimiento de una prueba, indicativa de la probable falsedad de la constancia expedida por la Secretaría General del Consejo de Estado, siendo necesario precisarle al censor que el hecho de que en la constancia se afirme que en esa Corporación cursaba el proceso por pérdida de investidura del condenado, cuando materialmente se encontraba al Despacho del Magistrado Sustanciador no significa que se estuviera afirmando un hecho falso, cuando es verdad que el proceso cursaba en dicha Corporación, afirmación que no fue cuestionada por el procesado y que resulta reveladora del desconocimiento del crítico frente a las decisiones que toman los jueces colegiados, que se entiende, son del conocimiento colectivo de la Corporación a partir del momento en que aceptan su competencia, como se desprende de los artículos 206 y 207 del Código Contencioso Administrativo.

En suma, la demanda de revisión que se ofrece como motivo de análisis no se atiene ni a las causales, ni a las exigencias que para su admisibilidad exige el artículo 234 del Código de Procedimiento Penal, lo que conducirá a su rechazo *in limine*, como se anunciara anteriormente, según lo impone el artículo 235 del Código de Procedimiento Penal.

Debe sí reconocer la Sala personería al abogado Jaime Ramírez Restrepo como representante del condenado, pues el poder se ajusta a las exigencias que implican su reconocimiento.

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:

1. RECONOCER personería al doctor Jaime Ramírez Restrepo, como apoderado del sentenciado Jairo José Ruiz Medina, en los términos y para los efectos que indica el memorial poder.

2. INADMITIR la demanda de revisión formulada en contra del fallo proferido el 19 de marzo de 1998, por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, mediante el cual se condenó a Jairo José Ruiz Medina, como autor del delito de prevaricato por acción.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Edgar Lombana Trujillo, Fabio Aristizábal Hoyos, Carlos A. Cano Jaramillo, Alvaro N. Correal Reyes, Wanda Fernández León, Bernardo Gaitán Mahecha, Guillermo García Guaje. Efraín Mora Castillo, José I. Talero Lozada.

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

ANONIMO

El poder punitivo del Estado puede ser excitado por denuncia o querella presentada por particular, o por informe que servidor público rinda a autoridad competente sobre la comisión de hecho punible que ha llegado a su conocimiento de investigación oficiosa (Art.25 y s.s. C.P.P.), siendo esencial, en cualquier caso, que la notitia criminis *se traduzca en un acto de expresión de un deber social, dadas las repercusiones que comporta el proceso penal, y no en móviles indignos, como el odio, la envidia u otros inconfesables sentimientos hacia el acusado.*

De ahí para que nuestro legislador, consciente de que dentro de las pasiones que invaden al ser humano se encuentra la de mirar con buenos ojos el mal ajeno, mas si puede sin riesgo propio causar ese mal, es que dispuso en el artículo 27 de la Ley 24 de 1992, al cual hace remisión el artículo 38 de la Ley 190 de 1995, que se inadmitieran quejas que sean anónimas o que carezcan de fundamento, por el alto riesgo que se corre de dar pábulo a incriminaciones falsas con innecesario desgaste de la administración de justicia.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Santafé de Bogotá, D.C., noviembre doce (12) de mil novecientos noventa y ocho (1998).

Magistrado Ponente: Dr. *Didimo Páez Velandia*

Proceso No. 15106

Aprobado Acta No. 170

Decide la Sala lo pertinente sobre la idoneidad de la denuncia presentada para iniciar investigación sumarial contra Alfredo Colmenares Chía, actual miembro de la H. Cámara de Representantes.

Antecedentes Inmediatos

A la Fiscalía General de la Nación se hizo llegar escrito, sin firma responsable, signado únicamente "a nombre de la ciudadanía araucana", poniendo en conocimiento que "..se ha venido escuchando..." sobre la capacidad económica de Alfredo Colmenares Chía, que éste se jacta de haber solucionado sus problemas judiciales y disciplinarios con dinero, y de

haber tenido reprochables comportamientos siendo Gobernador de Arauca y en otros cargos de inferior jerarquía del mismo Departamento, pidiendo, en consecuencia, rigurosa investigación para demostrar la responsabilidad del denunciado.

Por su condición de congresista del imputado dicho escrito fue remitido a esta Corporación, donde efectivamente se acreditó que en la actualidad ejerce las funciones de Representante a la Cámara.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

1. A la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia le corresponde por disposición constitucional (art.235), la investigación y juzgamiento de los miembros del Congreso, por cualquier hecho punible que se les atribuya, siempre que tenga relación con sus funciones o que, no teniéndolas, conserve su investidura.

En tal virtud, ciertamente esta Sala es competente para investigar y juzgar al congresista Colmenares Chía.

2. El poder punitivo del Estado puede ser excitado por denuncia o querella presentada por particular, o por informe que servidor público rinda a autoridad competente sobre la comisión de hecho punible que ha llegado a su conocimiento de investigación oficiosa (art.25 y ss. C.P.P.), siendo esencial, en cualquier caso, que la notitia criminis se traduzca en un acto de expresión de un deber social, dadas las repercusiones que comporta el proceso penal, y no en móviles indignos, como el odio, la envidia u otros inconfesables sentimientos hacia el acusado.

De ahí para que nuestro legislador, consciente de que dentro de las pasiones que invaden al ser humano se encuentra la de mirar con buenos ojos el mal ajeno, más si puede sin riesgo propio causar ese mal, es que dispuso en el artículo 27 de la Ley 24 de 1992, al cual hace remisión el artículo 38 de la Ley 190 de 1995, que se inadmitieran quejas que sean anónimas o que carezcan de fundamento, por el alto riesgo que se corre de dar pábulo a incriminaciones falsas con innecesario desgaste de la administración de justicia.

3. Justamente, la Sala se halla de cara a una denuncia anónima -pues su autor se cuidó de suministrar cualquier dato que permitiera su individualización- caracterizada por dar impulso a vagos decires callejeros y a la falta de concreción de hechos que, situados en circunstancias de tiempo, modo y lugar, permitieran su verificación y real fundamentación.

Así, por ejemplo, se habla de que la capacidad económica del congresista "...lo colocan por encima de las leyes y de las instituciones del Estado...", sin que semejante reflexión esté sustentada en precisas circunstancias que lleven a inferir que su sobresaliente patrimonio fuere resultado de conducta o acto ilícito que interesaría ser averiguado penalmente.

De igual modo, se señala que los problemas que ha tenido con la justicia en reglas generales los ha arreglado con dinero, pero seguidamente no se indica en concreto ante qué autoridad se han ventilado, ni la naturaleza de los hechos que se le han incriminado, como tampoco se apunta por qué debe recibir reproche penal su ejercicio como servidor de la administración pública.

No existiendo, pues, imputación concreta susceptible de averiguación, y por carecer la denuncia de fundamento, debe ser objeto de rechazo.

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

RESUELVE:

RECHAZAR la denuncia presentada contra el Representante a la Cámara Alfredo Colmenares Chia, por las razones puntualizadas en la parte motiva. En firme, Archívese.

Notifíquese y cúmplase.

Jorge Enrique Córdoba Poveda, Fernando Arboleda Ripoll, Ricardo Calvete Rangel, Carlos Augusto Gálvez Argote, Jorge Aníbal Gómez Gallego, Edgar Lombana Trujillo, Carlos E. Mejía Escobar, Dídimo Páez Velandia, Nilson Pinilla Pinilla.

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

COMPETENCIA/ ACUMULACION JURIDICA DE PENAS

1. Una vez hace tránsito a cosa juzgada la sentencia, la disparidad de criterios que sobre competencia se presenten no corresponde en estricto sentido al incidente de colisión a que se refiere el artículo 97 y siguientes del C.P.P, sin embargo la Corte asume el conocimiento en los casos que como superior jerárquico debe resolver con fuerza vinculante para los funcionarios trabados en contradicción, a fin de precaver violaciones a los derechos fundamentales de los condenados.

2. Específicamente la discrepancia planteada por el remitente y el colisionante recae con respecto a la competencia del juez que debe conocer de la extinción de la condena por prescripción en el proceso donde el Juez Primero Especializado de Medellín condenó por extorsión a (...).

3. El artículo 1° del acuerdo 54 de 1994 del Consejo Superior de la Judicatura, en consonancia con lo dispuesto por el numeral 1 del art. 75 del C.P.P. y el artículo 51 de la Ley 65 de 1993 del Código Penitenciario, determinan que cuando el condenado esté descontando pena las cuestiones atinentes a otros procesos con sentencia en firme contra el mismo sujeto serán de competencia del juez de penas del lugar donde se encuentre aquél privado de la libertad, sin importar la jurisdicción donde se haya proferido la sentencia y el número de éstas. La Sala con providencia de fecha 18 de marzo de 1997, con ponencia del Magistrado doctor Carlos E. Mejía Escobar, con criterio que ahora se reitera, puntualizó que en los "casos de varias sentencias, acumulables o no, en contra de una misma persona, debería ser conocida por el mismo Juez a quien le haya sido repartida la primera sentencia que empezó a ejecutarse, lógicamente manteniendo el factor personal de competencia pues si el INPEC cambia el lugar de reclusión, la competencia necesariamente variará".

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Santa Fe de Bogotá, D.C., noviembre doce (12) de mil novecientos noventa y ocho (1998).

Magistrado Ponente Dr. *Ricardo Calvete Rangel*

Proceso No. 14881

Aprobado Acta No. 170

VISTOS

Se pronuncia la Sala en la colisión de competencia negativa planteada por el Juzgado Cuarto de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Santa Fe de Bogotá a una Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior de Medellín, en el proceso que por el delito de extorsión fue condenado José Alcardo Rodas Moscoso.

ANTECEDENTES

1. José Alcardo Rodas Moscoso se encuentra privado de la libertad en la Cárcel La Picota de Santa Fe de Bogotá a órdenes del Juzgado Cuarto de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de esta ciudad, descontando la pena que le impuso el extinto Juzgado 8º Superior de Medellín por el delito de homicidio.

2. Rodas Moscoso también fue condenado por el delito de extorsión el 25 de abril de 1987 por el Juez Primero Especializado de Medellín a la pena principal de 40 meses de prisión, sentencia que fue confirmada en segunda instancia por el Tribunal Superior de esa ciudad el 10 de junio de 1987.

3. El Juez Cuarto de Ejecución de Penas de Medellín con providencia del seis de febrero del presente año declaró que la pena impuesta por el delito de extorsión no se encuentra prescrita.

4. El Tribunal de Medellín al resolver la alzada contra la decisión acabada de mencionar, con base en el artículo 1º del acuerdo 54 de 1994 del Consejo Superior de la Judicatura, señaló que la providencia impugnada había sido proferida por un funcionario sin competencia, pues quien debía conocer de la actuación era el Juez Cuarto de Ejecución de Penas de Santa Fe de Bogotá por estar vigilando el cumplimiento de la pena del condenado en el proceso por el que se encontraba privado de la libertad. Como consecuencia de lo anterior, argumentando falta de competencia y facultades para decretar la nulidad se abstuvo de revisar en segunda instancia la providencia apelada ordenando devolver el expediente a la oficina de origen.

5. El Juzgado Cuarto de Ejecución de Penas de Santa Fe de Bogotá con providencia del 10 de agosto de 1998 considera equivocado el criterio del Tribunal de Medellín, pues desconoce el inciso segundo del artículo primero del acuerdo 54 que impone al Juez que profirió la sentencia o al de ejecución de penas de la sede donde se dictó el fallo conocer de las peticiones que se presenten en los procesos por los que no se encuentre el implicado descontando pena. Por este motivo se abstiene de avocar el conocimiento y ordena enviar las diligencias a la Corporación de Medellín, planteándole conflicto negativo.

6. El Tribunal de Medellín luego de precisar que no desconoce la competencia que le corresponde como segunda instancia frente a las apelaciones que se originen en la actuación donde fue condenado José Alcardo Rodas Moscoso por el delito de extorsión, reitera los criterios que expuso al resolver la apelación y remite a esta Corporación las diligencias para que dirima el desacuerdo, conforme a lo dispuesto en el numeral 5° del artículo 68 del C.P.P.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. Una vez hace tránsito a cosa juzgada la sentencia, la disparidad de criterios que sobre competencia se presenten no corresponde en estricto sentido al incidente de colisión a que se refiere el artículo 97 y siguientes del C.P.P, sin embargo la Corte asume el conocimiento en los casos que como superior jerárquico debe resolver con fuerza vinculante para los funcionarios trabados en contradicción, a fin de precaver violaciones a los derechos fundamentales de los condenados.

2. Específicamente la discrepancia planteada por el remitente y el colisionante recae con respecto a la competencia del juez que debe conocer de la extinción de la condena por prescripción en el proceso donde el Juez Primero Especializado de Medellín condenó por extorsión a José Alcardo Rodas Moscoso.

3. El artículo 1° del acuerdo 54 de 1994 del Consejo Superior de la Judicatura, en consonancia con lo dispuesto por el numeral 1 del artículo 75 del C.P.P. y el artículo 51 de la Ley 65 de 1993 del Código Penitenciario, determinan que cuando el condenado esté descontando pena las cuestiones atinentes a otros procesos con sentencia en firme contra el mismo sujeto serán de competencia del juez de penas del lugar donde se encuentre aquél privado de la libertad, sin importar la jurisdicción donde se haya proferido la sentencia y el número de éstas. La Sala con providencia de fecha 18 de marzo de 1997, con ponencia del Magistrado doctor Carlos E. Mejía Esobar, con criterio que ahora se reitera, puntualizó que en los "casos de varias sentencias, acumulables o no, en contra de una misma persona, debería ser conocida por el mismo Juez a quien le haya sido repartida la primera sentencia que empezó a ejecutarse, lógicamente manteniendo el factor personal de competencia pues si el INPEC cambia el lugar de reclusión, la competencia necesariamente variará".

4. Es un hecho indiscutible que el procesado se encuentra descontando pena en la Cárcel la Picota de Santa Fe de Bogotá y a órdenes del Juez Cuarto de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de esta ciudad. En consecuencia y con base en lo expuesto, es a él a quien corresponde decidir sobre la extinción de la acción penal por prescripción en el susodicho proceso de extorsión.

5. La segunda instancia de las providencias adoptadas por los jueces de ejecución de penas, abstracción hecha del factor territorial, es asumida por "los superiores jerárquicos de los jueces que hayan dictado la sentencia condenatoria de primera instancia", según lo ordena el artículo 76 del C.P.P. Con base en esta premisa resulta que la Sala Penal del Tribunal Superior de Medellín siempre será funcionalmente el superior jerárquico del Juez de Ejecución de Penas que deba vigilar el trámite de la actuación que se realice con posterioridad a la ejecutoria de la sentencia en el proceso donde se ha generado la discusión que ahora estudia la Sala.

6. Con base en lo expuesto hay que señalar que en el *sub judice* el Juez colisionante no podía plantearle conflicto de competencia al Tribunal Superior de Medellín por expresa prohibición del artículo 98 de la Ley Procesal Penal. En este asunto las decisiones de la Corporación de Medellín se profieren en su condición de superior jerárquico que subordinan al Juez Cuarto de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de esta capital, según lo dispone el artículo 76 del Código de Procedimiento Penal.

7. Lo dicho es razón suficiente para que la Sala se abstenga de resolver la colisión planteada en este proceso.

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

RESUELVE:

Abstenerse de conocer sobre el conflicto negativo planteado, y en consecuencia ordena enviar al remitente la actuación, para que proceda de conformidad.

Comuníquese y cúmplase.

Jorge Enrique Córdoba Poveda, Fernando Arboleda Ripoll, Ricardo Calvete Rangel, Carlos Augusto Gálvez Argote, Jorge Aníbal Gómez Gallego, Edgar Lombana Trujillo, Carlos E. Mejía Escobar, Didimo Páez Velandia, Nilson Pinilla Pinilla.

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

TESTAFERRATO

El tipo penal denominado "testaferrato" remonta su establecimiento al artículo 6° del Decreto 1856 de 1989 (adoptado como legislación permanente por el 7° del Decreto Extraordinario 2266 de 1991), conjunto normativo aquél fundado en los siguientes considerandos, entre otros:

a. Que el estado de excepción fue declarado por "la acción persistente de grupos antisociales relacionados con el narcotráfico, que vienen perturbando gravemente el normal funcionamiento de las instituciones, en desafío criminal a la sociedad colombiana, con sus secuelas en la seguridad ciudadana, la tranquilidad y la salubridad pública y en la economía nacional".

b. Que "para reprimir el narcotráfico se hace necesario tomar medidas para disponer, en beneficio del Estado colombiano, el comiso de los bienes y efectos de toda clase vinculados directa o indirectamente a la ejecución de los delitos de narcotráfico y conexos o que provengan de ellos".

c. Que en la medida en que "la propiedad y los demás derechos sean adquiridos con el producto de actividades ilícitas, como el narcotráfico, no se puede extender a ellos" las garantías constitucionales.

Así surgió el tipo penal instituido en el citado artículo 6° del Decreto 1856 de 1989, que describe la conducta de quien presta su nombre para ocultar bienes producto del narcotráfico:

"Quien preste su nombre para adquirir bienes con dineros provenientes del delito de narcotráfico y conexos, incurrirá en prisión de cinco a diez años y multa de dos mil (2.000) a cinco mil (5.000) salarios mínimos mensuales, sin perjuicio del decomiso de los respectivos bienes".

Incurre en esta infracción quien bajo su nombre oculta el real dominio sobre bienes adquiridos con recursos provenientes de actividades penalmente previstas en el Estatuto Nacional de Estupefacientes y conexas, conociendo el origen de tales caudales, para de esta forma soterrar al verdadero titular de aquéllos. Se trata, como lo dijera esta corporación en auto de 9 de noviembre de 1990 (Rad. 5597, M.P. Dr.

Edgar Saavedra Rojas), de una infracción de conducta permanente, "porque el delito se perfecciona, como ya se dijo, en el momento en que por medio de contrato, escritura o cualquier otro medio legal, un bien pasa a figurar como propiedad de quien realmente no lo es, pues se trata simplemente de una persona que presta su nombre para que figuren en su cabeza bienes que en realidad pertenecen a terceras personas. Y este delito continúa perfeccionándose mientras subsista su condición de testaferro, puesto que el bien jurídico protegido por la norma continúa vulnerándose mientras dure la ilícita simulación".

En principio se observa que el bien jurídico tutelado es la administración de justicia, en la medida que se trata de una forma autónoma de encubrimiento, toda vez que el propósito perseguido por el narcotraficante al utilizar testaferros para que a nombre de éstos figuren bienes de su propiedad, disimulando la magnitud y el origen de su patrimonio y de esa manera engañar a las autoridades sobre sus ilícitas actividades y el lucro de ellas obtenido. Además, la infracción que se viene comentando se fundamenta en la necesidad de proteger otros bienes jurídicos, como la seguridad pública, en tanto la acumulación de fortunas por actividades vinculadas al narcotráfico resquebraja los cimientos de la sociedad, colocando inmensas cantidades de dinero en manos que han propiciado el terrorismo, el secuestro y otros comportamientos lesivos del orden público y de la indemnidad ciudadana.

La autónoma criminalización de esta grave manifestación del "testaferrato" pretende así mismo combatir los desajustes en la economía nacional, generados por la introducción descontrolada y masiva de moneda extranjera, con la consecuente distorsión en los niveles de adquisición de divisas, el régimen cambiario y las políticas antiinflacionarias, con negativos efectos en el mercado de bienes y servicios y el deterioro de las iniciativas empresariales lícitas pero menos rentables. También coadyuva a la afectación contra la salud pública, pues referido con el tipo penal de narcotráfico, sirve a los propósitos de éste; y al grave deterioro de la moral social (artículos 34 Const. y 2° num. 3° Ley 333/96), entre otras razones por la opulencia de capitales adquiridos en forma fácil, producto de actividades ilícitas que desalientan el trabajo honrado y la libre empresa como función social sana base del desarrollo, al igual que la propiedad y demás derechos adquiridos con justo título.

El tipo penal que se comenta debe entonces valorarse como una disposición autónoma de naturaleza pluriofensiva, que se integra al sistema de represión del narcotráfico y que, como se ha observado, protege distintos bienes jurídicos perfectamente diferenciados en la forma in-

dicada: la administración de justicia, la salud, la seguridad pública, la moral social, el orden económico, etc.

La solución de la controversia planteada encuentra respuesta en la especialidad de una norma respecto de otra u otras, pues estudiado el tipo penal previsto en el artículo 6° del Decreto 1856 de 1989 (convertido en legislación permanente por el 7° del Decreto Extraordinario 2266 de 1991), en la forma anotada, surge clara su vigente naturaleza autónoma y su mayor descripción típica, que por su identidad con el caso concreto hace preferente su aplicación frente a otras normas penales aparentemente configuradas.

Prestar el nombre para adquirir bienes con dineros provenientes del narcotráfico o de infracciones conexas con éste, mientras el verdadero titular de aquéllos permanece en la clandestinidad, evitando de esa manera la legítima persecución por la justicia, podría tenerse, en gracia de discusión, como comportamiento adecuado a uno de los verbos rectores de la receptación, pero la generalidad de este tipo penal, referido residualmente al encubrimiento sobre bienes de procedencia ilícita que la ley no sancione autónomamente, hace imprescindible descartarlo en el proceso de subsunción, para preferir aquél que, como quedó visto, contiene elementos que lo concretan, especializan y diferencian, mostrando una particular herramienta jurídica relacionada con el verdadero titular y origen de los caudales de la persona que pretende ser favorecida, entre otros medios, gracias a la falaz interposición del testaferro.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Santafé de Bogotá D.C., doce (12) de noviembre de mil novecientos noventa y ocho (1998).

Magistrado Ponente: Dr. *Nilson Pinilla Pinilla*

Proceso No. 14852

Aprobada Acta No. 170.

ASUNTO

De conformidad con la atribución que otorga el numeral 5° del artículo 68 del Código de Procedimiento Penal, define la Corte la colisión positiva de competencia suscitada entre un Juzgado Regional y el 17 Penal del Circuito, ambos de la ciudad de Cali, para conocer del proceso adelantado contra Laureano Rentería Castillo por la infracción al artículo 6° del Decreto 1856 de 1989.

ANTECEDENTES

1° El 15 de julio de 1997, la Fiscalía Delegada ante los Jueces Regionales de Cali profirió resolución de acusación contra Laureano Rentería Cas-

tillo por la infracción al artículo 6° del Decreto legislativo 1856 de 1989, precepto adoptado como legislación permanente por el 7° del Decreto Extraordinario 2266 de 1991, "testaferrato", toda vez que siendo "un simple empleado" de la sociedad "Agrícola Ganadera Burriga Ltda.", en los años de 1993 y 1994 se prestó para que activos de dicha empresa de propiedad de Juan Carlos Ramírez Abadía (a. "Chupeta"), condenado por narcotráfico, aparezcan a su nombre (fls. 4 a 27 cd. 8).

El defensor de Rentería Castillo apeló la referida resolución, planteando en uno de los motivos, que la actuación es nula en la medida que la Fiscalía Regional no era competente para adelantar la investigación y calificarla, pues en su opinión el delito de "testaferrato" no existe como tipo penal autónomo al haber sido "subrogado" por el artículo 31 de la Ley 190 de 1995, precepto que incluyó la hipótesis delictiva referida en el 6° del Decreto 1856 de 1989, estableciendo una circunstancia específica de agravación punitiva cuando los bienes que constituyan el objeto material del hecho punible provengan de los delitos de "secuestro, extorsión, o de cualquiera de los delitos a que se refiere la ley 30 de 1986", disposición que fue modificada nuevamente por la Ley 365 de 1997, fijándole una pena menor que por razón de aplicación "retroactiva por favorabilidad" es la que debe imperar en relación con las conductas atribuidas al incriminado, tipo penal (la receptación) de conocimiento de los jueces del circuito y no de los regionales (fls. 38 a 45 ib.).

El 24 de diciembre siguiente, la Fiscalía Delegada ante el Tribunal Nacional confirmó la resolución de acusación, afirmando para responder el anterior planteamiento de la defensa, que no es cierto que el artículo 177 del Código Penal, con las modificaciones que hiciera la Ley 190 de 1995 y la 365 de 1997, hubiera subrogado el tipo penal de "testaferrato" previsto en el artículo 6° del Decreto 1856 de 1989, ilicitud ésta que precisa una forma de atentar contra la administración de justicia, en tanto con una "*sui generis* simulación adquisitiva, se perturbaba las posibilidades de éxito de una investigación penal", generada como consecuencia del delito de narcotráfico o de las infracciones conexas con éste (fls. 4 a 20 cd. Corte).

2° Estando el asunto en trámite en el Juzgado Regional de Cali, el defensor de Rentería Castillo propone que se declare que no es competente para adelantar el proceso, y por consiguiente, provoque colisión negativa de competencia al Juez Penal del Circuito -reparto- de aquella ciudad, funcionario que considera es el llamado para conocer la actuación, petición que sustenta con los mismos argumentos que lo llevaron a pedir nulidad en la Fiscalía Delegada ante el Tribunal Nacional, esto es, que el delito de "testaferrato" no existe en forma autónoma, comportamiento que ahora regula la figura de la receptación, cuyo conocimiento está atribuido a los jueces penales del circuito y no a los regionales.

En auto de 17 de junio del año en curso, el Juzgado Regional de Cali declara infundada la petición del apoderado del acusado y, por tanto, no

provoca la colisión de competencias. Destaca en apoyo de sus determinaciones que comparte los argumentos que en su momento plasmó la Unidad de Fiscalía Delegada ante el Tribunal Nacional, pudiendo añadir que "prestar el nombre", núcleo rector que distingue la conducta denominada "testaferrato", en modo alguno puede entenderse subsumido dentro de las alternativas típicas del artículo 177 del Código Penal en los términos que fuera modificado por la Ley 190 de 1995, en atención a que si bien ocultar, asegurar o transformar produce efectos similares a la simulación o apariencia de titularidad, no es menos cierto que la descripción del "testaferrato" destaca una especial modalidad de ocultación, prestar el nombre para figurar como propietario de un bien que no le pertenece, esta conducta subsiste aún en vigencia de la Ley 190 de 1995, de manera que el precepto establecido en relación con la infracción materia de acusación no ha sido derogado expresa ni tácitamente (fls. 165 a 169 cd. 8).

3° Esta vez ante el Juez Penal del Circuito -reparto- de Cali, el defensor del acusado Rentería Castillo pide que el funcionario a quien corresponda se declare competente para conocer el proceso, y en consecuencia, provoque colisión positiva de competencia al Juez Regional, pues refiere que el artículo 177 del Código Penal (receptación) y el 6° del Decreto 1856 de 1989 ("testaferrato"), fueron "derogados" por el 31 de la Ley 190 de 1995, disposición que recogió para regular íntegramente, la totalidad de las descripciones típicas que aquellas referían, aún con la modificación establecida en la Ley 365 de 1997, planteamiento que lo lleva a sostener que el "tipo penal de testaferrato, como figura incriminadora autónoma, NO EXISTE dentro de nuestra legislación positiva vigente", razón por la cual la competencia para conocer de este asunto es de los Jueces penales del circuito y no de los regionales (fls. 325 a 334 ib.)

El Juez 17 Penal del Circuito de Cali, en auto de 6 de agosto siguiente accedió a la petición formulada por el defensor del implicado, razón por la cual propuso colisión de competencia positiva en caso de que el Juzgado Regional no compartiera su criterio. Este consiste en considerar que "no es el Decreto 1856 de 1989 adoptado como legislación permanente por el 2266 de 1991, aplicable a partir de la vigencia de la Ley 190 de 1995, porque en ella se contempló la conducta tipificada y sancionada en el artículo 6° de los citados Decretos (sic) y por lo tanto ellos, en lo pertinente, quedaron derogados como lo estipula el artículo 85 de la citada Ley 190" (fl. 364). Luego de algunos comentarios sobre los comportamientos a que se refieren las normas citadas, es del parecer que en este caso "nos encontramos frente al delito de Receptación que tipifica y sanciona el artículo 177 del C.P., con las modificaciones que le introdujo la Ley 190 de 1995 y que se entiende era la norma vigente al momento de la ilicitud (sic); ahora, nuevamente modificada por la Ley 365 de 1997; por lo tanto, por disposición expresa del artículo 72 del C. de P. P., modificado por la Ley 81 de 1993, es competencia de los Juzgados del Circuito el conocimiento de la causa..." (fl. 365 ib.).

4° Frente a los anteriores razonamientos, el Juzgado Regional de Cali en providencia del 12 de agosto sostiene que no los comparte, toda vez que el Juez 17 Penal del Circuito olvida que la conducta punible conocida como "testaferrato" surge con posterioridad a la vigencia del Código Penal de 1980 que en su artículo 177 establece la norma general de encubrimiento conocida como "receptación", mientras que aquélla a partir del Decreto 1856 de 1989 refiere norma especial caracterizada por la acción de prestar el nombre para adquirir bienes con dineros procedentes del narcotráfico, precepto que no fue tocado por el "Estatuto Anticorrupción" (Ley 190 de 1995), ni tampoco se produjo una derogación expresa; la "obvia conclusión" es la actual vigencia en la legislación nacional del tipo penal de "testaferrato".

Destaca que tampoco se presenta el fenómeno de la derogación tácita, si se recuerda que el artículo 72 del Código Civil señala que en tales casos mantiene su vigencia todo aquello que no pugna con la disposición de la nueva ley, por lo que permanece incólume el artículo 6° del Decreto 1856 de 1989, precepto que especifica el punible de "testaferrato", diferenciándolo del simple encubrimiento por receptación.

Además, no tendría sentido frente a la tesis de la derogación tácita, que disposiciones posteriores a la Ley 190 de 1995 citen el delito de "testaferrato" para efectos sustanciales y de procedimiento, ejemplo de ello son el numeral 3° del artículo 2° de la Ley 333 de 1996 que establece que "se entiende que son hechos que deterioran la moral social, los delitos contemplados en el Estatuto Nacional de Estupefacientes y las normas que lo modifiquen o adicionen, testaferrato, el lavado de activos, los delitos contra el orden económico social...", y en el artículo 14 de la Ley 365 de 1997 y su parágrafo, modificatorio del 340 del Código de Procedimiento Penal.

Dispuso que el proceso viniera a la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, para que dirima el enfrentamiento (fls. 367 a 372).

Consideraciones de la Corte

Razón tiene el Juez Regional al sostener su competencia para seguir conociendo del asunto, no sólo con base en la resolución de acusación, que se encuentra vigente con todos sus efectos, sino por lo siguiente:

1° El tipo penal denominado "testaferrato" remonta su establecimiento al artículo 6° del Decreto 1856 de 1989 (adoptado como legislación permanente por el 7° del Decreto Extraordinario 2266 de 1991), conjunto normativo aquél fundado en los siguientes considerandos, entre otros:

a. Que el estado de excepción fue declarado por "la acción persistente de grupos antisociales relacionados con el narcotráfico, que vienen perturbando gravemente el normal funcionamiento de las instituciones, en

desafío criminal a la sociedad colombiana, con sus secuelas en la seguridad ciudadana, la tranquilidad y la salubridad pública y en la economía nacional".

b. Que "para reprimir el narcotráfico se hace necesario tomar medidas para disponer, en beneficio del Estado Colombiano, el comiso de los bienes y efectos de toda clase vinculados directa o indirectamente a la ejecución de los delitos de narcotráfico y conexos o que provengan de ellos".

c. Que en la medida en que "la propiedad y los demás derechos sean adquiridos con el producto de actividades ilícitas, como el narcotráfico, no se puede extender a ellos" las garantías constitucionales.

Así surgió el tipo penal instituido en el citado artículo 6° del Decreto 1856 de 1989, que describe la conducta de quien presta su nombre para ocultar bienes producto del narcotráfico:

"Quien preste su nombre para adquirir bienes con dineros provenientes del delito de narcotráfico y conexos, incurrirá en prisión de cinco a diez años y multa de dos mil (2.000) a cinco mil (5.000) salarios mínimos mensuales, sin perjuicio del decomiso de los respectivos bienes."

Incurre en esta infracción quien bajo su nombre oculta el real dominio sobre bienes adquiridos con recursos provenientes de actividades penalmente previstas en el Estatuto Nacional de Estupefacientes y conexas, conociendo el origen de tales caudales, para de esta forma soterrar al verdadero titular de aquéllos. Se trata, como lo dijera esta corporación en auto de 9 de noviembre de 1990 (Rad. 5597, M.P. Dr. Edgar Saavedra Rojas), de una infracción de conducta permanente, "porque el delito se perfecciona, como ya se dijo, en el momento en que por medio de contrato, escritura o cualquier otro medio legal, un bien pasa a figurar como propiedad de quien realmente no lo es, pues se trata simplemente de una persona que presta su nombre para que figuren en su cabeza bienes que en realidad pertenecen a terceras personas. Y este delito continúa perfeccionándose mientras subsista su condición de testaferro, puesto que el bien jurídico protegido por la norma continúa vulnerándose mientras dure la ilícita simulación".

En principio se observa que el bien jurídico tutelado es la administración de justicia, en la medida que se trata de una forma autónoma de encubrimiento, toda vez que el propósito perseguido por el narcotraficante al utilizar testaferros para que a nombre de éstos figuren bienes de su propiedad, disimulando la magnitud y el origen de su patrimonio y de esa manera engañar a las autoridades sobre sus ilícitas actividades y el lucro de ellas obtenido. Además, la infracción que se viene comentando se fundamenta en la necesidad de proteger otros bienes jurídicos, como la seguridad pública, en tanto la acumulación de fortunas por actividades vinculadas al narcotráfico resquebraja los cimientos de la sociedad, colocando

inmensas cantidades de dinero en manos que han propiciado el terrorismo, el sicariato y otros comportamientos lesivos del orden público y de la indemnidad ciudadana.

La autónoma criminalización de esta grave manifestación del "testaferrato" pretende así mismo combatir los desajustes en la economía nacional, generados por la introducción descontrolada y masiva de moneda extranjera, con la consecuente distorsión en los niveles de adquisición de divisas, el régimen cambiario y las políticas anti-inflacionarias, con negativos efectos en el mercado de bienes y servicios y el deterioro de las iniciativas empresariales lícitas pero menos rentables. También coadyuva a la afectación contra la salud pública, pues referido con el tipo penal de narcotráfico, sirve a los propósitos de éste; y al grave deterioro de la moral social (arts. 34 Const. y 2° num. 3° Ley 333/96), entre otras razones por la opulencia de capitales adquiridos en forma fácil, producto de actividades ilícitas que desalientan el trabajo honrado y la libre empresa como función social sana base del desarrollo, al igual que la propiedad y demás derechos adquiridos con justo título.

El tipo penal que se comenta debe entonces valorarse como una disposición autónoma de naturaleza pluriofensiva, que se integra al sistema de represión del narcotráfico y que, como se ha observado, protege distintos bienes jurídicos perfectamente diferenciados en la forma indicada: la administración de justicia, la salud, la seguridad pública, la moral social, el orden económico, etc.

La solución de la controversia planteada encuentra respuesta en la especialidad de una norma respecto de otra u otras, pues estudiado el tipo penal previsto en el artículo 6° del Decreto 1856 de 1989 (convertido en legislación permanente por el 7° del Decreto Extraordinario 2266 de 1991), en la forma anotada, surge clara su vigente naturaleza autónoma y su mayor descripción típica, que por su identidad con el caso concreto hace preferente su aplicación frente a otras normas penales aparentemente configuradas.

Prestar el nombre para adquirir bienes con dineros provenientes del narcotráfico o de infracciones conexas con éste, mientras el verdadero titular de aquéllos permanece en la clandestinidad, evitando de esa manera la legítima persecución por la justicia, podría tenerse, en gracia de discusión, como comportamiento adecuado a uno de los verbos rectores de la receptación, pero la generalidad de este tipo penal, referido residualmente al encubrimiento sobre bienes de procedencia ilícita que la Ley no sancione autónomamente, hace imprescindible descartarlo en el proceso de subsunción, para preferir aquél que, como quedó visto, contiene elementos que lo concretan, especializan y diferencian, mostrando una particular herramienta jurídica relacionada con el verdadero titular y origen de los caudales de la persona que pretende ser favorecida, entre otros medios, gracias a la falaz interposición del testaferro.

Es claro entonces que frente al caso tratado la norma específicamente aplicable es la contenida en el artículo 6° del Decreto 1856 de 1989, adoptada como legislación permanente por el 7° del Decreto 2266 de 1991, que consagra un tipo penal autónomo y de especial cobertura, cuya vigencia es corroborada por disposiciones posteriores (numeral 3° del art. 2° de la Ley 333 de 1996 y el artículo 14 de la Ley 365 de 1997 y su parágrafo, modificatorio del 340 del Código de Procedimiento Penal), como bien lo destaca el Juez Regional.

Adicionalmente a lo anterior, se aprecia que de acuerdo con la resolución de acusación dictada en este asunto, se atribuye a Laureano Rentería Castillo que desde los años de 1993 y 1994 (y no en 1995 como parece entenderlo en forma equivocada el Juez 17 Penal del Circuito de Cali que propuso la extraña colisión), se prestó para que bienes de Juan Carlos Ramírez Abadía, adquiridos con dineros provenientes de actividades de narcotráfico, aparecieran a su nombre. La norma aplicable es la promulgada a través del artículo 6° del Decreto 1856 de 1989, precepto que adoptó como legislación permanente el 7° del Decreto 2266 de 1991, tipo penal que establece mayor gravedad punitiva frente al género y que además configura cobertura significativa en torno a los bienes jurídicos que busca tutelar, lo que de paso intensifica cualitativamente el desvalor que a la acción atribuyó el legislador; infracción de competencia de los jueces regionales, en cuanto así lo tiene establecido en forma expresa el numeral 4° del artículo 71 del Código de Procedimiento Penal.

De manera que el llamado para continuar conociendo del proceso seguido contra Rentería Castillo, acusado como quedó visto por la infracción al artículo 6° del Decreto 1856 de 1989, adoptado como legislación permanente por el 7° del Decreto especial 2266 de 1991, "testaferrato", es el Juzgado Regional de Cali, a donde se ordena devolver la actuación para lo de su cargo, dándose aviso de lo aquí decidido al Juzgado 17 Penal del Circuito de la misma ciudad.

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

RESUELVE:

1. DIRIMIR el conflicto positivo de competencias planteado, en el sentido de mantener el conocimiento del proceso seguido contra Laureano Rentería Castillo en el Juzgado Regional de Cali, a donde se remitirá la actuación para lo de su cargo.

2. Comuníquese esta determinación al Juzgado 17 Penal del Circuito de aquella ciudad y cúmplase.

Jorge Enrique Córdoba Poveda, Fernando Arboleda Ripoll, Ricardo Calvete Rangel, Carlos Augusto Gálvez Argote, Jorge Aníbal Gómez Gallego, Edgar

Lombana Trujillo, Carlos E. Mejía Escobar, Didimo Páez Velandia, Nilson Pinilla Pinilla.

Patricia Salazar Cuéllar. Secretaria.

CASACION DISCRECIONAL/ APELACION

La cita normativa de soporte argumental para el señor defensor, ciertamente contempla el deber del apelante de manifestar si la sustentación será oral o escrita; mas, también es verdad, que el inciso tercero del mismo artículo 196-B del C. de P.P. resta fuerza a ese imperativo en relación con la manifestación de que la sustentación se hará por escrito y se la concede a la que se pretenda realizar oralmente, al punto de que, en el evento de ser varios los apelantes, con uno solo de ellos que manifieste el propósito de apelar en forma oral, el recurso debe concederse inmediatamente y no se aplica respecto de los demás -es de entenderse que se refiere a los que manifestaron que sustentarían por escrito-, el procedimiento propio de esta forma -artículo 196-A C. de P.P.-:

"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 previsto en el inciso anterior".

El carácter excepcional del recurso de casación contemplado en el tercer inciso del artículo 218 del C. de P.P. cobija de manera excluyente a las especiales causales por las cuales autoriza a la Corte a concederlo, no pudiendo ésta, según el principio de limitación establecido en el artículo 228 del mismo estatuto, extender su potestad de eventual juez extraordinario a causales distintas de las autorizadas, sea que se presenten por el recurrente en forma expresa o bajo argumentaciones que igual conducen a esa falta de identidad.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Santafé de Bogotá, D.C., noviembre doce (12) de mil novecientos noventa y ocho (1998).

Magistrado Ponente: Dr. *Didimo Páez Velandia*

Proceso No. 14981

Aprobado Acta No.170

Decide la Corte sobre la procedencia del recurso de casación que con fundamento en el tercer inciso del artículo 218 del C. de P.P., impetra el defensor de los procesados Rafael Arango Vásquez, Constanza Chaparro

Medina, Maritza Jiménez Arizala y María Elena Muñoz Ceballos, contra la sentencia dictada el 23 de julio de 1998 por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, mediante la cual, por revocación de la de primera instancia, se les condena como coautores del delito de prevaricato por acción.

ANTECEDENTES

1. Refieren los autos que en enero de 1991 los ciudadanos Jorge y Nicolás Campo formularon solicitud al INCORA de adjudicación como baldío del predio llamado "La Aurora dos" y que ordenado el trámite legal de rigor establecido para esos casos en el Decreto 2275 de 1988: petición, aceptación de lo solicitado, publicación, inspección ocular y decisión mediante acto administrativo, éste se incumplió en su totalidad, comenzando por el de la fase publicitaria, que se cumplió antes de que se hubiera ejecutoriado la providencia de aceptación de la solicitud publicitaria.

Tramitado así en irregular forma el expediente, fue enviado a la oficina de Subprograma de baldíos en Cali, a cargo de la abogada Maritza Jiménez Arizala, quien pese a lo cual y a que en el mismo expediente obraba comunicación del Juzgado 4o. Civil del Circuito de Cali informando que en el proceso que allí había cursado contra los mismos peticionarios por demanda de Julia Campo Zúñiga se había ordenado el lanzamiento de aquellos del mismo predio "por ocupación de hecho y que esa decisión era oponible erga omnes", elaboró un proyecto de acto administrativo adjudicándolo a los solicitantes.

En este nuevo estado, el expediente fue remitido a la oficina de Adquisición y Dotación de Tierras, cuyo titular doctor Lorenzo Ochoa, al detectar las graves anomalías procedimentales redactó un memorando poniéndolas de presente y devolvió el asunto. Pero la doctora Jiménez, lejos de enmendarlas, optó por dirigirse al Jefe de la Sección Administrativa y Financiera, doctor Juan Carlos Bustamante, informándole que el nombrado doctor Ochoa había retenido el expediente estorbando de esta manera la celeridad del trámite, máxime existiendo ya la resolución adjudicataria.

Ante esta situación, el doctor Bustamante escuchó al sustanciador del trámite glosado, Octavio Trujillo Sandoval, y envió un oficio al Gerente Regional, doctor John Jairo Arcila Ramírez, informándole que el doctor Ochoa había destruido la resolución adjudicataria y que el expediente presentaba irregularidades en su tramitación.

Para examinar lo acontecido decidió el Gerente asesorarse de los abogados de la Sección de Tierras, doctores Rafael Arango, Constanza Chaparro Medina y María Elena Muñoz Ceballos, quienes a pesar de haber verificado la irregularidad procedimental -que incluía hasta falsedad documental-, le aconsejaron continuar adelante, y atendiendo su calificado criterio el Gerente Regional expidió la Resolución No. 2184 del 4 de noviembre de 1992 adjudicando a los señores Campo el predio conocido, decisión

que finalmente no tuvo cumplimiento porque fue objeto de la revocación directa por parte de la Gerencia General del INCORA, según Resolución 3181 del 22 de junio de 1994. Los hechos fueron denunciados penalmente por el Jefe de la Sección de Adquisición y Dotación de Tierras, doctor Ochoa.

2. Al calificar el mérito de la investigación iniciada, la Fiscalía de la primera instancia profirió resolución de acusación contra el sustanciador del trámite administrativo surtido a raíz de la solicitud de adjudicación, John Jairo Arcila Ramírez y contra los abogados Constanza Chaparro Medina, Maritza Jiménez Arizala, María Elena Muñoz Ceballos y Rafael Arango, el primero como autor material y los restantes como determinadores, del delito de prevaricato por acción. En favor del Gerente Trujillo Sandoval se ordenó preclusión de la instrucción (fls. 604 y ss. cd. 2). Esta calificación fue confirmada a integridad por la Fiscalía Delegada ante el Tribunal Superior del Distrito, mediante resolución del 28 de febrero de 1995 (fls. 725 y ss. cd. 2).

3. El Juzgado 21 Penal del Circuito, al que correspondió tramitar el juicio, celebró la audiencia pública y dictó sentencia absolutoria en favor de todos los acusados (fl. 1060 y ss. cd. 3).

4. Varios de los procesados y sus defensores se notificaron personalmente del fallo a quo, y también el Fiscal se notificó de la misma manera, colocando al lado de su firma la leyenda "Apelo", mientras la notificación a los restantes se hizo por edicto, que fue desfijado el 9 de septiembre de 1997 (fl. 1089 cd. 3).

5. El 15 de septiembre de la misma anualidad el Secretario del Juzgado rindió dos informes en el primero de los cuales registró como fecha de ejecutoria de la sentencia el día 12 de septiembre y en el segundo dejó constancia de que a partir del referido día 15 se dejaba el proceso por el término legal de cinco días con vencimiento a 19 de septiembre, a disposición del apelante, conforme a lo dispuesto en el artículo 27 de la Ley 81 de 1993 en concordancia con el artículo 196-A del C. de P.P. (fl. 1090 cd. 3).

6. Atento a ese término, el Fiscal 97 Seccional presentó memorial sustentatorio de su apelación el día 19, deprecando la revocación de la absolución.

7. Acogiendo el Tribunal los argumentos del recurrente profirió sentencia condenatoria contra todos los acusados por el delito de prevaricato por acción tipificado en el artículo 149 del C.P. antes de ser modificado por la Ley 190 de 1995, revocando de esta manera el fallo a quo y no otorgándoles el sustituto de la ejecución condicional. (fls. 1121 y ss. cd. 3).

8. Dentro del término legal los abogados sentenciados manifestaron el propósito de impugnar la sentencia de segundo grado a través del recurso discrecional de casación previsto en el tercer inciso del artículo 218 del C. de P.P. y constituyeron defensor común para ese efecto.

La Solicitud de Concesión del Recurso Extraordinario

Estima procedente la concesión del recurso extraordinario excepcional el señor defensor, porque en su criterio, la Corte debe garantizar el derecho fundamental al debido proceso, quebrantado en el caso concreto por tres razones que así enuncia:

"La primera porque la susodicha Corporación carecía de competencia para desatar el recurso de alzada.

"La segunda porque se afectó la libertad personal de los co-sindicados al negárseles el subrogado de la remisión condicional.

"La tercera y última, al no proyectar en sus operaciones intelectivas, una respuesta de fondo a las concretas posturas adoptadas por los letrados defensores.".

Introduce la explicación al cargo primero, haciendo específica referencia a la normatividad reguladora de la notificación y del trámite del recurso de apelación contra las sentencias, puntualmente a los artículos 187 del C. de P.P. y 323 del C. de P. C., así como a los 196, 196-A y 196 B, también del C. de P.P., explicando el significado de cada una de estas normas.

A continuación expone detalladamente el trámite cumplido por la secretaría del Juzgado fallador de la primera instancia, enfatizando en el hecho de que al notificarse de la sentencia el Fiscal anotó que apelaba, pero que se abstuvo de precisar si haría la sustentación de manera escrita u oral. Destaca igualmente cómo en informe secretarial del 15 de septiembre de 1997 se afirmó que el fallo quedó ejecutoriado el 12 de los mismos mes y año, sin embargo de lo cual la misma secretaria decidió, desconociendo el precepto del artículo 196-B parte in fine del C. de P.P., a partir de esa fecha, dejar el expediente por cinco días a disposición del apelante para que sustentara el recurso, no obstante haber éste callado de qué manera realizaría la sustentación, inventando con ello un procedimiento no autorizado para la tramitación de la alzada que facilitó al apelante la presentación de su alegato.

Entonces, al haber desatado el recurso el Tribunal, su sentencia violó "en forma ostensible el esquema del debido proceso", pues pretermitió:

"una clara carga procesal relacionada con la forma en que debe presentarse la apelación, por lo que, en rigor, debió declararse desierta ya que la Corporación jamás adquirió competencia para revisar la providencia absolutoria de primera instancia.

Sostiene que el recurso de apelación debe inadmitirse no solo cuando habiendo advertido el apelante que lo sustentará por escrito no lo hace oportunamente, sino también, cuando omitió indicar en qué forma realizaría la sustentación, porque "tal referencia marca el trámite siguiente".

Abundando en razones reitera la acusación y discurre ampliamente enfatizando sobre la notificación de las providencias y el respeto a los términos para la interposición y sustentación de los recursos; cuestiona la actividad surtida en la secretaría del Juzgado que en su sentir dio margen a la irregularidad y refuerza su argumentación con las citas jurisprudenciales que estima pertinentes.

El Cargo segundo lo hace consistir, como se dijo, en la también transgresión al derecho fundamental del debido proceso, esta vez, por virtud de la "motivación ilógica e incompleta y a la libertad personal al negar el subrogado de la condena de ejecución condicional".

Puntualiza que las normas que consagran los derechos que considera violados son los artículos 29 de la C.N. y 1o. del C. de P.P.; y los artículos 28.-7.2 de la Convención Americana aprobada por la Ley 16 de 1972, el 91 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos aprobado por al Ley 74 de 1968. Seguidamente explica que la vulneración del derecho a la libertad "es efecto directo del numeral 4o. de la parte resolutoria de la sentencia", en el que se deniega a los encausados el subrogado y se ordena su captura.

Indica que el punto de disenso se halla en la motivación expuesta para esa denegatoria y advierte que "la discrecionalidad no puede confundirse con la sinrazón", porque aunque reconoce que el juzgador cuenta con cierta libertad para evaluar la procedencia o no del sustituto de la ejecución condicional, esa libertad no traduce "tropelía o desafuero", que podría ocurrir cuando se niega el beneficio,

"mediante una motivación insuficiente o ilógica o cuando se efectúa una indebida ponderación de los bienes constitucionales en conflicto o cuando los argumentos demostrativos de la motivación no son el resultado de hechos probados".

Explica que la motivación que controvierte es "ilógica e incompleta", porque confunde en su argumentación los fines de la pena "al concluir que los procesados necesitan resocialización penitenciaria basado en razones de tipo preventivo y retributivo.

Estima que la motivación para denegar el subrogado "no es conforme a derecho" porque:

"apoya la conclusión (fin de resocialización) en unas premisas que son propias de otra finalidad punitiva (la retribución y la prevención) y por parte alguna de la motivación se aprecian las razones de hecho y de derecho que permitan inferir la necesidad de tratamiento penitenciario ordenada por el Tribunal".

Los argumentos del Tribunal, dice, aluden a la necesidad de retribuir y prevenir con el cumplimiento de la pena la falta cometida, al hacer relación a la condición de abogados de los procesados, a la gravedad y natura-

leza del delito, a la puesta en peligro de un derecho ajeno, pero el objetivo del tratamiento penitenciario según el artículo 142 de la Ley 65 de 1993 es "preparar al condenado para la vida en sociedad", y en la sentencia no se aprecia motivación alguna que explique por qué los procesados no están preparados para vivir en sociedad, de donde colige que la motivación de la sentencia incurre en el sofisma de argumentar "como si existiera ilación recíproca entre dos cosas que realmente no la tienen". Recuerda que este asunto se ha considerado jurisprudencialmente como violatorio del debido proceso, mencionando varios pronunciamientos a ese respecto y señalando que "como la consecuencia práctica de lo alegado "es la privación de la libertad de los procesados, por vía de negarles el subrogado ... salta a la cara la afectación de ese otro derecho fundamental.".

También en sus motivaciones el Tribunal, dice, "incurre en desproporción manifiesta al momento de ponderar los bienes constitucionales en conflicto", porque "aplicado el test de proporcionalidad" a la decisión que cuestiona, "no cumple con la exigencia de necesidad", porque existen otros medios para conseguir lo que se pretende "sin afectar tan drásticamente el derecho fundamental a la libertad personal".

Considera que de las motivaciones del Tribunal para denegar el subrogado lo único a deducir válidamente "es que los imputados no están preparados para el ejercicio de cargos públicos", pues ellas hablan de la "formación académica superior" de los procesados, del hecho de ejercer cargos de gran responsabilidad para cuando sucedieron los hechos, de que sus funciones exigían un notable grado de idoneidad ética, de su papel de abogados al servicio de un interés comunitario que les imponía un deber superior de no abusar de su función y de sus posiciones de poder, los cuales debían orientarse a la protección del interés general. Por eso, añade, "lo racional de la respuesta penal en ese contexto" era imponerles la interdicción de derechos y funciones públicas y conjetura que incluso pudo también el Tribunal haber ordenado la prohibición del ejercicio de la profesión de abogado, contrario a lo cual optó por ordenar la efectividad de la captura y ello, dice,

"constituye una medida desproporcionada a las circunstancias del caso concreto, pues el encarcelamiento es innecesario desde el momento que existen otros conductos menos lesivos de la libertad personal, destinados a preparar al condenado para la vida en sociedad. Más aún cuando la falta penal fue el indebido desempeño de un empleo público, situación que no se puede presentar en el futuro mientras se les prohíba ejercer cargo alguno, sin que obren en la sentencia razones que demuestren que es necesaria la privación efectiva de la libertad.".

De igual manera, considera, se violó el debido proceso por "falsa motivación o defecto fáctico en la valoración de la prueba".

En apoyo del reparo toma como punto de apoyo pronunciamientos de la Corte Constitucional según los cuales, precisa el recurrente,

"se viola el debido proceso cuando el fallador yerra en el juicio valorativo de las pruebas de manera ostensible, flagrante y manifiesta, siempre y cuando el error posea incidencia directa en la decisión".

Resalta que el Tribunal afirma, de una parte, que los procesados convirtieron el INCORA en un centro de corrupción administrativa al tomar partido por determinados intereses en desmedro de muchos, siendo esta una aserción que "carece en absoluto de respaldo probatorio" porque de esa degradante situación no hay prueba en el proceso. De tal manera con esa afirmación se desconoció el debido proceso, con relevante incidencia porque esa apreciación valorativa sirvió en gran manera para negar el subrogado, "con grave perjuicio para su derecho fundamental a la libertad personal".

De otro lado el Tribunal hizo una generalización de las condiciones profesionales de todos los procesados en oposición a la realidad objetiva que reposa en el expediente al afirmar que los encartados son personas "con formación académica superior, ya que son abogados titulados", no obstante carecer uno de ellos, John Jairo Arcila, de tales condiciones específicas, generándose así otra causa de transgresión del debido proceso con incidencia en la denegatoria del sustituto.

El Tercer Cargo lo constituye la violación al debido proceso porque el Tribunal se abstuvo de contestar "debidamente a los argumentos expuestos por los defensores en diligencia de audiencia pública. Y así la motivación ... es deficiente".

El debido proceso, indica, exige:

" ... que la segunda instancia responda a cabalidad a los argumentos expuestos por la defensa en primera instancia cuando la decisión ha sido favorable a ésta y resultó apelada por la parte contraria, aunque el interés favorecido no presente alegaciones ante la segunda instancia. Esto porque de lo contrario se crearía un desbalance frente a la defensa, al escuchar sólamente la inconformidad del apelante, resultando de ahí que las alegaciones de la primera instancia se proyectan necesariamente ante el superior jerárquico cuando haya de revisar la legalidad del fallo de primera instancia que se presume acertado y legal, ".

Y por parte del Tribunal no hubo respuesta a todas las alegaciones formuladas en la audiencia pública, pese a que en las consideraciones del fallo existe un acápite en apariencia dedicado a ese cometido. Precisando, puntualiza cómo nada respondió el Tribunal al alegato del abogado que representaba los intereses de María Elena Muñoz y Rafael Arango, que hacía referencia a la inexistencia del aspecto subjetivo del delito respecto de todos los implicados. Finaliza este segmento de la petición reiterando que con la falla advertida se quebró también el derecho fundamental al debido proceso, advirtiendo que "no es necesario ni prudente" abundar en

este momento procesal sobre el tema, porque sería de hacerlo en la demanda propiamente tal.

Cierra la alegación con la petición consecuente a sus planteamientos.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

No encuentra la Corte fundada razón para aceptar el recurso de casación excepcional que solicita el defensor, pues no avizora la necesidad de garantizar el derecho fundamental al debido proceso que él considera vulnerado en la sentencia de segunda instancia.

En relación al cargo primero, que hace consistir en la falta de competencia del Tribunal para desatar el recurso de apelación interpuesto por la Fiscalía contra la sentencia absolutoria dictada por el Juzgado 21 Penal del Circuito de Cali, irregularidad resultante del seguimiento por la secretaría del Juzgado, de un procedimiento no autorizado por la ley en el trámite del recurso, no aparece manifiesta la irregularidad preconizada.

El meollo del asunto planteado consiste en que el Fiscal al notificarse advirtió que apelaba, pero guardó silencio sobre la forma como realizaría la sustentación de su discrepancia, y que ya desfijado el edicto para notificar a los sujetos que no lo fueron personalmente, el Secretario del Juzgado dejó constancia de que el fallo había quedado ejecutoriado el día 12 de septiembre de 1997, pese a lo cual, a partir del día 15 imprimió a la manifestación del lacónico apelante, el trámite propio de la apelación que se sustenta por escrito, abriendo paso de esta manera a la intervención del Tribunal, que sin haber adquirido competencia, revisó la sentencia y la revocó, condenando a todos los acusados.

Estima el profesional que el incumplimiento del apelante, del mandato del primer inciso parte final, del artículo 196-B del C. de P.P., de manifestar cómo sustentaría el recurso, no autorizaba al Secretario del Juzgado a interpretar que la sustentación se surtiría por escrito y por tanto a hacer los traslados propios de esta clase de sustentación. Siendo la obligación del apelante expresar la forma en que sustentará el recurso, omitir la precisión implica que el recurso deba declararse desierto, cobrando así ejecutoria la sentencia de la primera instancia.

La cita normativa de soporte argumental para el señor defensor, ciertamente contempla el deber del apelante de manifestar si la sustentación será oral o escrita; mas, también es verdad, que el inciso tercero del mismo artículo 196-B del C. de P.P. resta fuerza a ese imperativo en relación con la manifestación de que la sustentación se hará por escrito y se la concede a la que se pretenda realizar oralmente, al punto de que, en el evento de ser varios los apelantes, con uno solo de ellos que manifieste el propósito de apelar en forma oral, el recurso debe concederse inmediatamente y no se aplica respecto de los demás -es de entenderse que se refiere a los que

manifestaron que sustentarían por escrito-, el procedimiento propio de esta forma -artículo 196-A C. de P.P.-:

"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 previsto en el inciso anterior".

De esta reglamentación legal fluye que el entendimiento dado por el Secretario del Juzgado a la tácita forma de sustentar seleccionada por el apelante de la sentencia, se ajustó al sentido de la ley y no originó con los traslados pertinentes a la sustentación escrita, quebranto alguno a la garantía del debido proceso.

De idéntica manera, tampoco violentó esa garantía al haber iniciado los traslados de que se habla a partir del día 15 de septiembre de 1997 y según informe de esta fecha -el edicto se había desfijado el día 9-, después de haber anotado en el primero de los informes del mismo día que la sentencia había quedado ejecutoriada el día 12, pues es claro que habiendo manifestado el Fiscal que apelaba, no podía el secretario por su propia iniciativa afirmar la ejecutoria sin que el juez fallador se hubiera pronunciado sobre los alcances de esa expresión y hasta ese día no lo había hecho. La ejecutoria de las providencias judiciales no dependen del capricho del Secretario, sino de los hitos procesales que se van estableciendo en el devenir de la acción penal.

Entonces, sustentado oportunamente el recurso, no había motivo para que se declarase desierto, y el Tribunal adquirió la competencia para examinar el fallo de la primera instancia en su calidad de superior jerárquico, como en efecto aconteció.

Atinente pues, al primer reparo, concluyese que ninguna garantía fundamental resultó violentada y por tanto, la Corte no halla procedente conceder el recurso extraordinario.

Fundamentando el cargo segundo de su solicitud, el censor sostiene que se transgredió el derecho fundamental del debido proceso al denegarse el subrogado de la ejecución condicional de la sentencia a los procesados con consideraciones contentivas de una motivación ilógica e incompleta, lo que trascendió al principio fundamental de la libertad personal, que también resultó vulnerado.

Pese a que el defensor encauza este reparo por la senda de la actividad procesal esforzándose por estructurar la causal excepcional que justifique su pretensión, es evidente que la objeción lo que realmente denuncia es una supuesta violación directa por interpretación errada, del artículo 68 del C.P., en la medida en que cuestiona la intelección que el Tribunal hizo de los factores contemplados en el numeral 2o. de esa norma, atinentes a la personalidad de los procesados, la naturaleza y la modalidad del hecho

punible para denegar el sustituto después de concluir que requerían tratamiento penitenciario.

El carácter excepcional del recurso de casación contemplado en el tercer inciso del artículo 218 del C. de P.P. cobija de manera excluyente a las especiales causales por las cuales autoriza a la Corte a concederlo, no pudiendo ésta, según el principio de limitación establecido en el artículo 228 del mismo estatuto, extender su potestad de eventual juez extraordinario a causales distintas de las autorizadas, sea que se presenten por el recurrente en forma expresa o bajo argumentaciones que igual conducen a esa falta de identidad.

El motivo de casación que refulge en este acápite de la petición de concesión del recurso, denuncia un error jurídico del Tribunal en el entendimiento de la significación y alcance del contenido de la norma que autoriza la concesión del subrogado de la ejecución condicional, y está contemplado como causal de la casación que ha dado en llamarse común, pero no para la excepcional, que se centra en la necesidad de desarrollo de la jurisprudencia o/y de garantizar derechos fundamentales.

Idéntica respuesta merece el motivo de casación que expone el peticionario con la afirmación de que existió "violación al debido proceso por falsa motivación o defecto fáctico en la valoración de la prueba", de un lado, porque la sentencia acusada afirmó para justificar la denegatoria del subrogado, sin que existiera prueba al respecto en el expediente, que los procesados "convirtieron el INCORA en un centro de corrupción", y del otro, porque atribuyó a todos la calidad de abogados, cuando uno de ellos -y no precisamente el poderdante del solicitante- carecía de ella.

En este tópico la censura denuncia supuestos errores judiciales en la apreciación de unas pruebas que de cara al contexto general del cargo segundo y del fallo acusado, no fueron las únicas consideradas para la denegación de la condena condicional y cuya apreciación, en el caso de haber sido efectivamente errónea, no puede acusarse como vicio de procedimiento para caracterizar la causal excepcional de casación orientada a la garantía de derechos fundamentales.

Luego si el motivo aducido para reclamar la discrecionalidad de la Corte en orden a conceder el recurso excepcional no encaja en las causales establecidas en el tercer inciso del artículo 218 antes mencionado, la petición devendrá impertinente, como así lo denota el segundo planteamiento que se examina.

Tampoco vislumbra la Corte la violación al debido proceso alegada en el tercer reproche, como para sentar la necesidad de propiciar esta garantía.

Afirma la solicitud que la sentencia no contestó "debidamente a los argumentos expuestos por los defensores en diligencia de audiencia públi-

ca", especificando a manera de ejemplo el caso relativo a la intervención del defensor de Rafael Arango y otra, el doctor Daniel Sinisterra, en la cual asegura el peticionario, se planteó en favor de todos los implicados la hipótesis de la inexistencia del aspecto subjetivo del delito.

La sentencia del Tribunal, vista por la Corte para decidir en torno a la petición, en el método de estudio que aplica, no ignora, como lo pregona el solicitante, las alegaciones de los defensores, sino que las responde tácitamente al avanzar en sus consideraciones de las que tampoco deja por puertas las diversas circunstancias del delito, y hasta hace específica desestimación de la causal de inculpabilidad respecto de todos los implicados -artículo 40-4 C. P.- (fl. 1164 cd. 3), alegada en la audiencia pública por el mencionado defensor doctor Sinisterra (fl. 996 cd. 3) con base en la interpretación que hace del pensamiento de la Fiscalía acusadora que así resume:

"El motivo de la violación a la ley no fue diferente a la costumbre que viene de tiempo atrás y a la simplista manera de adjudicar los predios y agotar los trámites, es por ello que ... se adjudicaban cientos de predios", apreciación ésta, que siendo válida, como lo dice el peticionario, respecto de todos los acusados, el Tribunal rechaza en el fragmento en que se refiere a la procesada Maritza Jiménez Arizala en estos términos:

"Frente a los cuestionamientos que el Fiscal investigador le propuso en sus distintas versiones ... la acusada sólo atinó a decir que ya era 'costumbre pasar por alto tales situaciones en el INCORA, con lo cual desconoció la funcionaria que en materia jurídica jamás la costumbre torna legal lo que abiertamente vulnera la constitución o la ley". (fl. 1158 cd. 3).

Significan estas precisiones tomadas por la Sala del contenido procesal, que la solicitud carece de solidez para motivar el surgimiento de la especial causal de casación invocada, y que por consiguiente, tampoco por este concepto procede petición.

Indemne como aparece el debido proceso en el caso en examen, se reitera, no hay causa eficiente para conceder el recurso extraordinario contra la sentencia del Tribunal, que así cobra su ejecutoria; y en tal sentido habrá de decidirse.

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

RESUELVE:

NO CONCEDER el recurso de casación discrecional solicitado por la defensa de los procesados Rafael Arango Vásquez, Constanza Chaparro Medina, Maritza Jiménez Arizala y María Elena Muñoz Ceballos, contra la sentencia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, mediante la

cual se les condena por el delito de prevaricato por acción. En firme, DEVUELVASE el expediente a la oficina de origen.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Jorge Enrique Córdoba Poveda, Fernando Arboleda Ripoll, Ricardo Calvete Rangel, Carlos Augusto Gálvez Argote, Jorge Aníbal Gómez Gallego, Edgar Lombana Trujillo, Carlos E. Mejía Escobar, Didimo Páez Velandia, Nilson Pinilla Pinilla.

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

TERMINACION ANTICIPADA DEL PROCESO/ SENTENCIA ANTICIPADA

El inciso tercero del artículo 37 del Código de procedimiento Penal es muy claro al ordenar al juez competente que "en el término de diez días hábiles dictará sentencia conforme a los hechos y circunstancias aceptados, siempre que no haya habido violación de garantías fundamentales", lo que indica que en este último caso debe abstenerse de hacerlo. De ahí mismo se infiere que como se trata de un trámite especial de terminación anticipada del proceso, paralelo a la actuación ordinaria que se venía adelantando, si él fracasa las diligencias deben volver a su curso normal y a poder del fiscal que venía instruyendo.

Ahora bien, como la excepción para que el juez no dicte sentencia es que advierta que se violaron garantías fundamentales, y el proceso se encuentra en la etapa del juicio, (si no fuera así no podría estar para fallo), la manera para que vuelva al sumario es declarando la nulidad que corresponda, pues no se puede olvidar que el acta que contiene los cargos es equivalente a la resolución de acusación, y la ejecutoria de ésta es material, lo que significa que para volver atrás se debe anular, y el que tiene la competencia para hacerlo durante el juicio es el juez.

Otro punto importante que corresponde precisar es que respecto de los hechos y circunstancias aceptados la sentencia no puede ser absolutoria, pues la manifestación del acusado releva al sentenciador de valoraciones de carácter probatorio, y justamente esa es una de las razones por las cuales se hace acreedor a una rebaja de pena.

Pero lo anterior no puede ser entendido en el sentido de que si el fiscal consideró que los hechos aceptados dan lugar a la tipificación de dos delitos, el juez, aunque crea que no se tipifica sino uno solo, ya sea porque concluye que el concurso es solo aparente, o porque se trata de un delito complejo etc., esté obligado a condenar en los términos de la acusación, pues eso sería creer que la norma le impone la obligación de violar la garantía fundamental del principio de legalidad, extremo al cual no puede llegar.

Y considerar que el juez no puede dictar la sentencia condenando por un delito y absolviendo por el otro porque la acusación fue por los dos, es poner al juzgador en una posición absolutamente pasiva frente a los cargos, con grave perjuicio para el procesado, quien si bien es cierto aceptó la responsabilidad en cuanto a los hechos imputados, y ello no se puede desconocer, no es aplicable el mismo rigor en lo relacionado con la tipicidad, pues para ello se necesitaría presuponer que el implicado es un experto en derecho penal, y poner sobre sus hombros una tarea que le corresponde a los funcionarios judiciales, quienes, es oportuno recordarlo, a veces tiene muchas dificultades para cumplirla a pesar de su formación jurídica.

De otra parte, concluir que en la situación en comento el juez debe limitarse a devolver el proceso, quién sabe para qué, pues esa diferencia de criterio no genera nulidad, es mutilar innecesariamente el propósito del legislador de que la sentencia anticipada sea una forma ágil de terminación del proceso, a la vez de un mecanismo eficaz de descongestión judicial.

Es lógico que en los casos de sentencia anticipada, respecto de los hechos y circunstancias aceptados por el acriminado, el juez no pueda dictar sentencia absolutoria, como sí puede hacerlo cuando no media dicha aceptación; pero no es razonable que ni siquiera pueda dictar sentencia condenatoria dentro del ámbito de sus facultades de juez, es decir, aplicando las normas que corresponden a los hechos y circunstancias aceptados, las cuales pueden no coincidir con las seleccionadas por el fiscal mientras no se rompa la congruencia entre la acusación y el fallo.

Si el fiscal o el ministerio público no comparten la decisión tomada pueden ejercer el derecho a impugnar interponiendo el recurso de apelación, que en la legislación vigente no tiene para ellos ninguna limitante, de manera que todos los temas resueltos en el fallo pueden ser cuestionados.

Cabe recordar que en el original artículo 37 del Procedimiento Penal, una vez efectuado el acuerdo entre el procesado y el fiscal éste no estaba facultado para recurrir, circunstancia que obligaba a que el juez solo podía dictar sentencia si se ajustaba estrictamente a la acusación, pues si le hacía alguna variación el fiscal no tenía posibilidad de protestar, de modo que resultaba afectado en sus garantías de sujeto procesal.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Santafé de Bogotá, D.C., noviembre doce de mil novecientos noventa y ocho (1998).

Magistrado Ponente: Dr. *Ricardo Calvete Rangel*

Proceso No. 14668

Aprobado Acta No. 170

VISTOS

Decide la Sala la colisión de competencia negativa suscitada entre el Juzgado Promiscuo del Circuito de Puerto Asís y un Juzgado Regional de Cali, en el proceso adelantado en contra de Gustavo Robolledo Ibañez por los delitos de concusión y violación al artículo 39 de la Ley 30 de 1986.

HECHOS

El Sargento Segundo Gustavo Robolledo Ibáñez confesó que fue asignado para un operativo en Orito (Putumayo) para controlar actividades de la guerrilla. En compañía de varios soldados, en el sitio denominado Las Brisas establecieron la presencia de una camioneta que transportaba insumos para la producción de cocaina, aprovechando la ocasión para exigir la suma de $15.000.000 los cuales fueron compartidos con los soldados voluntarios John Jairo Riascos Valencia y Hugo Alirio Sevillano Camacho. Posteriormente el sub oficial fue beneficiado con $3.000.000 por su "colaboración" y dias más tarde recibió $2.000.000 para que no informará a sus superiores de la existencia del laboratorio de cocaina.

ANTECEDENTES

La investigación la adelantó la Fiscalia Regional de Cali. Este despacho profirió medida de aseguramiento contra del Sargento y los soldados voluntarios ya mencionados.

El 17 de febrero de 1998 se llevó a cabo diligencia de audiencia de formulación de cargos para sentencia anticipada en la Fiscalia Regional, imputándosele a Gustavo Rebolledo Ibáñez responsabilidad por los delitos de concusión y violación al artículo 39 de la Ley 30 de 1986, la cual fue admitida por aquél.

Asignado el proceso a un Juez Regional de Cali declaró la nulidad parcial en lo relativo al cargo de violación a la Ley 30 de 1986, pues a su entender al procesado no se le podía atribuir responsabilidad por aquella infracción en la medida en que carecía de la cualificación jurídica exigida por el tipo para tener la calidad de sujeto activo. Como consecuencia de esta decisión, declaró la ruptura de la unidad procesal ordenando copias para la Fiscalia Regional con el objeto de hacer pronunciamiento sobre la atipicidad de la conducta y dispuso que la actuación válida fuera trasladada al Juez Penal del Circuito de Mocoa (Putumayo) por competencia, para que profiriera la sentencia anticipada en el delito de concusión.

El Juzgado Penal del Circuito de Mocoa remitió el asunto al Juzgado Promiscuo del Circuito de Puerto Asis por ser el funcionario con competen-

cia territorial para conocer de los hechos ocurridos en el municipio de Orito (P). Este juzgado, con providencia del 19 de junio del año en curso, aceptó el conflicto de competencia planteado por el Juez Regional con el siguiente análisis: a) El delito de concusión llegó a conocimiento del juez especial en razón de la conexidad, según el artículo 89 del C.P.P. y lo dispuesto por el artículo 9 de la Ley 81 de 1993, b) Estando atribuida la competencia por la ley no podía el juez despojarse de aquella por voluntad propia, y c) Si el funcionario colisionante consideraba que el acusado había aceptado responsabilidad en un hecho atípico, dando por existente el conexo, debió absolver por el primero y condenar por el segundo, pues en ese momento se tenía la facultad legal de decidir definitivamente.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. Como el conflicto se ha suscitado entre un Juez Regional y un Juez Promiscuo del Circuito, en asunto de naturaleza penal, el superior jerárquico que debe entrar a dirimir la colisión es la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia conforme a lo dispuesto por el numeral 5 del artículo 68 del estatuto procesal.

2. La discrepancia recae sobre la decisión tomada por el Juez Regional, pues a juicio del Juez promiscuo del Circuito aquél debió absolver o condenar, y no decretar la nulidad parcial y la ruptura de la unidad procesal, con lo cual dio lugar al cambio de competencia y a este incidente.

3. Lo primero que se observa en el caso en estudio es que en razón a que el pliego de cargos aceptado por el acriminado lo formuló un Fiscal Regional, la competencia funcional para dictar sentencia o abstenerse de hacerlo es del Juez Regional, y tratándose de una petición de sentencia anticipada, su facultad estaba restringida exclusivamente a una de esas alternativas, de manera que no podía romper la unidad procesal y enviar uno de los delitos para conocimiento de otra autoridad.

El inciso tercero del artículo 37 del Código de procedimiento Penal es muy claro al ordenar al juez competente que "en el término de diez días hábiles dictará sentencia conforme a los hechos y circunstancias aceptados, siempre que no haya habido violación de garantías fundamentales", lo que indica que en este último caso debe abstenerse de hacerlo. De ahí mismo se infiere que como se trata de un trámite especial de terminación anticipada del proceso, paralelo a la actuación ordinaria que se venía adelantando, si él fracasa las diligencias deben volver a su curso normal y a poder del fiscal que venía instruyendo.

Ahora bien, como la excepción para que el juez no dicte sentencia es que advierta que se violaron garantías fundamentales, y el proceso se encuentra en la etapa del juicio, (si no fuera así no podría estar para fallo), la manera para que vuelva al sumario es declarando la nulidad que corres-

ponda, pues no se puede olvidar que el acta que contiene los cargos es equivalente a la resolución de acusación, y la ejecutoria de ésta es material, lo que significa que para volver atrás se debe anular, y el que tiene la competencia para hacerlo durante el juicio es el juez.

4. Otro punto importante que corresponde precisar es que respecto de los hechos y circunstancias aceptados la sentencia no puede ser absolutoria, pues la manifestación del acusado releva al sentenciador de valoraciones de carácter probatorio, y justamente esa es una de las razones por las cuales se hace acreedor a una rebaja de pena.

Pero lo anterior no puede ser entendido en el sentido de que si el fiscal consideró que los hechos aceptados dan lugar a la tipificación de dos delitos, el juez, aunque crea que no se tipifica sino uno solo, ya sea porque concluye que el concurso es solo aparente, o porque se trata de un delito complejo etc., esté obligado a condenar en los términos de la acusación, pues eso sería creer que la norma le impone la obligación de violar la garantía fundamental del principio de legalidad, extremo al cual no puede llegar.

Y considerar que el juez no puede dictar la sentencia condenando por un delito y absolviendo por el otro porque la acusación fue por los dos, es poner al juzgador en una posición absolutamente pasiva frente a los cargos, con grave perjuicio para el procesado, quien si bien es cierto aceptó la responsabilidad en cuanto a los hechos imputados, y ello no se puede desconocer, no es aplicable el mismo rigor en lo relacionado con la tipicidad, pues para ello se necesitaría presuponer que el implicado es un experto en derecho penal, y poner sobre sus hombros una tarea que le corresponde a los funcionarios judiciales, quienes, es oportuno recordarlo, a veces tiene muchas dificultades para cumplirla a pesar de su formación jurídica.

De otra parte, concluir que en la situación en comento el juez debe limitarse a devolver el proceso, quién sabe para qué, pues esa diferencia de criterio no genera nulidad, es mutilar innecesariamente el propósito del legislador de que la sentencia anticipada sea una forma ágil de terminación del proceso, a la vez de un mecanismo eficaz de descongestión judicial.

Es lógico que en los casos de sentencia anticipada, respecto de los hechos y circunstancias aceptados por el acriminado, el juez no pueda dictar sentencia absolutoria, como sí puede hacerlo cuando no media dicha aceptación; pero no es razonable que ni siquiera pueda dictar sentencia condenatoria dentro del ámbito de sus facultades de juez, es decir, aplicando las normas que corresponden a los hechos y circunstancias aceptados, las cuales pueden no coincidir con las seleccionadas por el fiscal mientras no se rompa la congruencia entre la acusación y el fallo.

Si el fiscal o el Ministerio Público no comparten la decisión tomada pueden ejercer el derecho a impugnar interponiendo el recurso de apela-

ción, que en la legislación vigente no tiene para ellos ninguna limitante, de manera que todos los temas resueltos en el fallo pueden ser cuestionados.

Cabe recordar que en el original artículo 37 del Procedimiento Penal, una vez efectuado el acuerdo entre el procesado y el fiscal éste no estaba facultado para recurrir, circunstancia que obligaba a que el juez solo podía dictar sentencia si se ajustaba estrictamente a la acusación, pues si le hacía alguna variación el fiscal no tenía posibilidad de protestar, de modo que resultaba afectado en sus garantías de sujeto procesal.

5. Así las cosas, en este asunto la competencia le corresponde al Juez Regional, a quien se le remitirá el proceso para que tome las decisiones que permitan enderezar la actuación por los cauces previstos en la ley.

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

RESUELVE:

DIRIMIR la colisión negativa de competencia planteada, en el sentido de atribuirle el conocimiento de este proceso al Juez Regional de Cali, despacho a donde será remitido el expediente.

ENVIAR copia de esta decisión al Juzgado Promiscuo del Circuito de Puerto Asís para su información.

Cúmplase.

Jorge Enrique Córdoba Poveda, Fernando Arboleda Ripoll, con aclaración de voto: *Ricardo Calvete Rangel, Carlos Augusto Gálvez Argote, Jorge Aníbal Gómez Gallego, Edgar Lombana Trujillo, Carlos E. Mejía Escobar*, con salvamento de voto; *Didimo Páez Velandia*, con aclaración de voto; *Nilson Pinilla Pinilla*.

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

ACLARACION DE VOTO

De acuerdo con los términos en que ha sido resuelto el conflicto de competencias motivo de la intervención de la Corte en este asunto, me permito exponer las razones de esta aclaración de voto.

Nuestra respetuosa discrepancia dice relación con el criterio que se sugiere en el pronunciamiento, según el cual, en casos de terminación del proceso por sentencia anticipada, si el juez considera que los hechos que dieron lugar a la imputación de varios delitos por el fiscal y que hubieren sido aceptados por el procesado, tipifican un único delito porque concluye que el concurso es sólo en apariencia, o se trata de un delito complejo, puede absolver por aquel cuya tipicidad crea no concurrente y condenar por el otro u otros.

Como en anteriores ocasiones lo hemos sostenido (Rad.9.637), no nos parece que la acusación en el procedimiento abreviado de terminación por sentencia anticipada pueda ser disponible para el juez al momento de dictar sentencia, tal cual ocurre en el procedimiento ordinario, sin que ello conlleve desconocimiento a la diversa naturaleza a que corresponden estos dos tipos de proceso, y al carácter complejo que por la intervención del reo con su manifestación voluntaria de aceptar los cargos elevados en su contra por el fiscal, adquiere la acusación en el trámite para sentencia anticipada.

Lo anterior no implica, y en ello coincidimos con lo expuesto en la ponencia, que la actitud del juez, en caso de disentir de la tipicidad dada a los hechos por la fiscalía para efectos de la imputación, tenga que ser la de dictar inexorablemente sentencia de condena acorde con los cargos aceptados. Es su deber ejercer la función de garante en la observancia de las garantías fundamentales como condición previa a la emisión del fallo, tal cual se lo impone el propio artículo 37 del Código de Procedimiento, modificado por el 3° de la Ley 81 de 1993; garantías que obviamente resultan comprometidas si se afirma plurilipicidad de los hechos cuando de ellos no es predicable más de una tipicidad, como es aquí el punto materia de debate. El motivo de discrepancia, entonces, radica en que pueda el juez dar una solución a su desacuerdo con los términos de la imputación hecha por el Fiscal al margen del ejercicio de sus poderes de control dentro del ámbito de respeto a las garantías fundamentales.

La razón de apoyo traida por la providencia para sugerir la solución por la vía de la sentencia absolutoria, luego de negar que sea posible la anulación de un trámite así cumplido, en el sentido de que se estaría desconociendo el propósito legislativo de hacer de la sentencia anticipada una forma ágil de terminación del proceso, a la vez que un mecanismo eficaz de descongestión judicial, no parece afortunada. Sin desconocer que este tipo de procedimiento pueda servir a tales cometidos, no pueden ser los únicos ni los más relevantes. Antes que ellos está la aplicación de los principios fundamentales, a los cuales se debe acudir entre otras razones por la remisión que a su observancia hace la propia ley. Es en este sentido que creemos no posible una solución a la situación planteada, distinta de la estimar que fueron desconocidas las garantías fundamentales y proceder a aplicar los correctivos pertinentes, con lo cual no sólo es posible enmendar el trámite irregular con el mecanismo conforme a la índole del entuerto –la absolución es el resultado de un juicio de responsabilidad y no medio para la corrección de errores en la constitución del proceso–, sino que además se posibilitaría la construcción y desarrollo de la jurisprudencia acerca del contenido, ámbito y efectos de las garantías fundamentales en este tipo de trámites.

Fecha, *ut supra*

Fernando E. Arboleda Ripoll.

ADHIERO

Didimo Páez Velandia.

SALVAMENTO DE VOTO

Es evidente para el suscrito Magistrado que acá, en este asunto, se presenta una situación bien particular por los efectos de la ruptura de la unidad procesal.

La Fiscalía Regional trabajó y acusó sobre la base de que existían dos hipótesis delictivas: La infracción al artículo 39 de la Ley 30/86 y la concusión. Esas conductas, tanto en su dimensión fáctica como en la subsunción, fueron aceptadas por el procesado.

Sin embargo, el juzgado regional consideró atípica la conducta que otorgaba competencia a él, y por tanto también al Fiscal Regional. Dijo, entonces, que no podía dictar sentencia por ese delito dada la atipicidad. Ni por el otro, dada su incompetencia para conocer del delito de concusión. Y tras declarar la nulidad parcial de los cargos por violación a la Ley 30, devolviéndo copias a la Fiscalía Regional para que "haga el pronunciamiento de fondo" respecto de esa específica conducta (precluyendo, se entiende), remitió el original al Juzgado de Mocoa (y de allí pasó al de Puerto Asís por factor territorial) para que dictara sentencia por concusión.

Esa decisión fue notificada a los sujetos procesales, incluido el Fiscal que acusó. Y no fue impugnada, es decir, fue consentida. Y lo que era un proceso se convirtió en dos. El primero, tramitado ahora en el cuaderno de copias está en la Fiscalía Regional y nada se sabe de su suerte, es decir, si se precluyó la actuación o si se adecuó el trámite al ordinario (lo que también podría ocurrir); el segundo es éste y sólo cobija la pesquisa por delito de concusión, los cargos por el mismo y la aceptación que de ellos hizo el acusado.

Está para dictar sentencia por ese hecho y esa tipicidad. Y la Sala Resuelve: asignarle la competencia al Juez Regional de Cali "para que tome las decisiones que permitan enderezar la actuación por los cauces previstos en la ley".

Si como yo considero (y en eso comparto el fundamento de las aclaraciones de voto de los doctores Fernando Arboleda y Didimo Páez) no puede el Juez Regional absolver por el delito previsto en el artículo 39 de la Ley 30/86 incluso aun cuando tuviese razón en sus argumentos, ¿qué otro camino podría tomar?

¿Podrá afectar, por ejemplo, decisiones que eventualmente hayan hecho tránsito a cosa juzgada (la preclusión por el delito referido a la Ley 30) o que se estén tramitando por otros senderos (un procedimiento ordinario) en el evento de que el Fiscal no hubiese precluido y optare en cambio por ahondar probatoria y jurídicamente sobre el asunto?

Considero que hasta allá no podría llegar el Juzgado Regional y no debió haber llegado la Sala, simplemente, ante el hecho de que acá se juzga una concusión y que la competencia para producir el fallo corresponde exclusiva y privativamente al Juez del Circuito de Puerto Asís. A ese despacho debió asignarse la competencia, máxime si se advierte que la acusación fue proferida por funcionario competente, puesto que el factor conexidad le permitía al Fiscal Regional cubrir las hipótesis conexas.

Con todo respeto,

Carlos E. Mejía Escobar

CAMBIO DE RADICACION

Al tenor del artículo 68 numeral 8° del C. de P.P. es competencia de la Corte resolver los cambios de radicación cuando la solicitud se formula para cambio de un Distrito Judicial a otro y el proceso se halla en la fase de juicio, como sucede en el caso en examen.

El cambio de radicación, de conformidad con el artículo 83 del C. de P.P., es procedente cuando "en el territorio donde se está 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", vale decir, es una medida extrema instituida para preservar las garantías señaladas en la norma, de factores externos de cualquiera índole capaces de avasallarlas imposibilitando la gestión de la administración de justicia en condiciones de independencia e imparcialidad y la garantía de un proceso equilibrado y justo, del que es parte esencial obviamente la vida y la integridad personal del acusado.

De tal manera, los motivos alegados, deben convocar a una real necesidad y conveniencia de ese especial traslado del proceso, sin que pueda olvidarse que la ley de procedimiento tiene establecidos variados y eficaces medios de control sobre la actuación judicial que en estricto sentido velan por su imparcialidad, y que en cuanto a la garantía de la vida y la integridad del procesado detenido, como responsabilidad del Estado, existen también mecanismos legales de orden administrativo que deben ser agotados antes de pretenderse la erradicación de un proceso de un determinado Distrito Judicial para trasladarlo a otro.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Santafé de Bogotá, D.C., noviembre doce (12) de mil novecientos noventa y ocho (1998).

Magistrado Ponente: Dr. *Didimo Páez Velandia*

Proceso No. 15109

Aprobado Acta No. 170

Decide la Corte el incidente de Cambio de radicación de este proceso que por causas acumuladas adelanta el Juzgado 11 Penal del Circuito de Santafé de Bogotá contra Eradio Brayán Garrido López.

ANTECEDENTES

1. El 12 de febrero de 1996 la Fiscalía 138 Delegada de delitos contra la Fe pública y el Patrimonio económico de Santafé de Bogotá dictó resolución de acusación contra el procesado solicitante, por el concurso de delitos de Estafa agravada en perjuicio de "Molinos La Aurora de Santander Ltda." y Falsedad por uso de documento público falso. (fls. 380 y ss. cd. ppl. 1).

1.1. El Juzgado 25 Penal del Circuito asumió el juicio, celebró la audiencia pública y dictó sentencia de primera instancia que perdió su validez, pues al ser examinado el proceso en virtud de la apelación interpuesta, el Tribunal Superior del Distrito encontró grave irregularidad procedimental y el 24 de septiembre de 1997 declaró la nulidad desde inclusive la vista pública (fl. 100 cd. ppl. 2), devolviendo en consecuencia el asunto al Juzgado 11 Penal del Circuito, ahora cognoscente de este juicio.

2. El 11 de junio de 1997, la Fiscalía 150 de la misma unidad de delitos y de la misma ciudad, profirió resolución de acusación contra el mismo individuo, por los delitos de Falsedad material de particular en documento público agravada por el uso, Falsedad en documento privado, Falsedad personal, Concierto para delinquir y Estafa en detrimento patrimonial de la Corporación Cupocrédito, también en Santafé de Bogotá. (fls. 126 y ss. cd. orig. 2 juicio ppl.).

En los mismos hechos se vio involucrada la mujer FLOR ANGELA REINA, contra quien el Fiscal Seccional 149 profirió resolución de acusación el 13 de junio de 1997 (fls. 35 y ss. cd. orig. 2 juic. acum.).

3. Los tres juicios fueron acumulados por el Juzgado 11 Penal del Circuito, que por consiguiente, una vez equiparados en su estadio procesal, dispuso la celebración de la audiencia pública para el 5 de febrero de 1998 (fl. 176 cd. ppl. X2).

La ocurrencia de diversas situaciones procesales generadas por solicitudes de distinta índole de la parte acusada solo permitió que la vista pública se iniciara cuatro meses después de la fecha señalada, el 5 de junio (fls. 114, 121 y ss., 155 y ss., 167 y ss. cd. orig. 3).

En la cuarta sesión de la diligencia, corrida el 9 de julio de 1998, el defensor del procesado –que la Cárcel del Circuito de El Espinal, en donde se hallaba recluido puso a disposición del Juzgado en Santafé de Bogotá– solicitó la práctica de numerosas pruebas, y dado que el Juzgado no accedió, interpuso los recursos de reposición y apelación subsidiaria. De-

negada la impugnación horizontal, la apelación fue concedida y el Tribunal Superior del Distrito confirmó la decisión del Juzgado.

La situación de la diligencia sin embargo ha quedado estática, porque la cárcel de Espinal no remitió al procesado en la nueva fecha señalada para continuarla (fl. 192-A).

Es ahora en este momento procesal, cuando el acusado solicita a la Corte el cambio de radicación de su juicio para un Distrito Judicial diferente del de Santafé de Bogotá, en donde se adelanta.

4. Tras una extensa relación de situaciones en su sentir demostrativas de parcialidad en su contra por parte de los funcionarios instructores, acaecidas a lo largo de las investigaciones de los hechos que se le atribuyeron, concretándose ya en la fase de los juicios acumulados por el Juzgado 11 Penal del Circuito, sostiene, refiriéndose únicamente al asunto en que el Tribunal declaró la nulidad desde inclusive la audiencia pública, que el 18 de diciembre de 1997 solicitó la libertad provisional con base en el artículo 415-5 del C. de P.P., pero por respuesta el Juzgado denegó su petición y "sorpresivamente" señaló el 23 de enero subsiguiente como fecha para la celebración de la audiencia, mediante auto del que solo fue noticiado él cuando lo remitieron del centro carcelario para ese acto y que a su defensora se le informó por telegrama apenas tres días antes.

Considera "actitudes delictivas e inescrupulosas" las del juzgado que así se manifestó, y presume que "el ánimo de la juzgadora está viciado y que existe interés de venganza" porque él la recusó, la denunció penalmente y mediante tutela, y que por ende, "existe animadversión de la funcionaria" hacia él, lo que conjetura, incidirá en el fallo, con "detrimento de las garantías constitucionales y procesales" que lo cobijan. Corroborando su criterio añade que la Juez denegó la práctica de unas pruebas dentro de la audiencia.

También, dice, justifica el cambio de radicación, el despliegue publicitario dado a su captura y a la de los demás implicados porque a raíz de ello fue extorsionado por compañeros de reclusión en la cárcel Modelo de Santafé de Bogotá, en donde al llegar encontró también privados de la libertad a algunos individuos comprometidos en el secuestro del doctor Juan Fernando Ochoa según hechos de los que él fue parcialmente testigo, tuvo que ser trasladado de ese centro a la cárcel del Circuito de Espinal, alejamiento éste que ha contribuido a dificultarle su asistencia a las sesiones de la vista pública. Por este último motivo, estima que "sería procedente que el Juzgado ... ordenara mi remisión definitivamente para alguna de las cárceles de Bogotá para terminar con la audiencia pública... Empero se advierte gravosamente que ello es peligroso, puesto que ni aún en un pabellón de máxima seguridad mi seguridad o integración personal (sic) están garantizadas, no por lo menos en ninguno de los centros de reclusión de Santafé de Bogotá". Cierra la fundamentación de su solicitud con

un resumen reiterativo de sus razones y el señalamiento de las pruebas que considera pertinentes.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

Al tenor del artículo 68 numeral 8° del C. de P.P. es competencia de la Corte resolver los cambios de radicación cuando la solicitud se formula para cambio de un Distrito Judicial a otro y el proceso se halla en la fase de juicio, como sucede en el caso en examen.

El cambio de radicación, de conformidad con el artículo 83 del C. de P.P., es procedente cuando "en el territorio donde se está 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", vale decir, es una medida extrema instituida para preservar las garantías señaladas en la norma, de factores externos de cualquiera índole capaces de avasallarlas imposibilitando la gestión de la administración de justicia en condiciones de independencia e imparcialidad y la garantía de un proceso equilibrado y justo, del que es parte esencial obviamente la vida y la integridad personal del acusado.

De tal manera, los motivos alegados, deben convocar a una real necesidad y conveniencia de ese especial traslado del proceso, sin que pueda olvidarse que la ley de procedimiento tiene establecidos variados y eficaces medios de control sobre la actuación judicial que en estricto sentido velan por su imparcialidad, y que en cuanto a la garantía de la vida y la integridad del procesado detenido, como responsabilidad del Estado, existen también mecanismos legales de orden administrativo que deben ser agotados antes de pretenderse la erradicación de un proceso de un determinado Distrito Judicial para trasladarlo a otro.

En el caso que se examina, ninguno de los motivos argüidos tiene la magnificada significación que le atribuye el peticionario para demandar el cambio de radicación.

Los motivos que aduce atribuyéndolos al Juez de su causa –falta de oportuna notificación del auto que señaló fecha para audiencia, negativa a practicar algunas pruebas en audiencia– en manera alguna constituyen factor que impida la gestión de la administración de justicia en condiciones de independencia e imparcialidad en su proceso en el Distrito Judicial de Santafé de Bogotá, pues el C. de P.P. contempla los recursos y la recusación como herramientas para conjurar eso que considera desvíos del imparcial proceder judicial.

Tampoco la circunstancia de que los medios de comunicación hubieran divulgado ante la opinión pública su captura justifica el cambio de radicación, en primer término, porque esa publicación no guarda inme-

diata relación con el juicio que se le adelanta y no tiene la virtualidad de avasallar el ámbito de acción del Juez estatal. Así mismo, tampoco el alegado peligro para su seguridad e integridad personal convoca a la erradicación, porque, como él mismo lo reconoce, en guarda de ellas, fue cambiado de sitio de reclusión mediante traslado de la cárcel Modelo de Santafé de Bogotá a la del Circuito de Espinal; y el hecho de que alguna dificultad se hubiera presentado para acudir a la vista pública por razones de distancia no alcanza entidad suficiente para el fin propuesto, máxime si se tiene en cuenta que hasta ahora ha podido ser trasladado para las varias sesiones que se han celebrado de la audiencia.

Estas obligadas precisiones comportan por tanto, la denegatoria a la solicitud, que así se decidirá.

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

RESUELVE:

NEGAR el Cambio de radicación solicitado.

Copiese, notifíquese y cúmplase.

Jorge Enrique Córdoba Poveda, Fernando Arboleda Ripoll, Ricardo Calvete Rangel, Carlos Augusto Gálvez Argote, Jorge Aníbal Gómez Gallego, Edgar Lombana Trujillo, Carlos E. Mejía Escobar, Didimo Páez Velandia, Nilson Pinilla Pinilla.

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

RECUSACION

Los artículos 107 a 109 del Código de Procedimiento Penal establecen los pasos a seguir en los casos de recusación, los cuales difieren en razón a la aceptación o rechazo de los hechos en los que se funda aquélla. En esta ocasión el análisis se centrará en la eventualidad referida exclusivamente al caso de los Magistrados que no admiten la recusación, por ser el aspecto que concierne a la situación sub judice.

El artículo 109 del estatuto procesal señala que "Si la recusación versa sobre magistrado y el recusado no la acepture, decidirán los restantes magistrados de la Sala", pronunciamiento con el que termina el trámite, y respecto del cual no procede ningún recurso. (art. 117 ibidem).

Cuando la recusación se eleva contra toda la Sala de Decisión y los Magistrados no la aceptan, el trámite debe surtirse conjuntamente, como lo dispone el artículo 107 ibidem, pues por obvias razones ninguno de los integrantes de la Sala cuestionada puede ocuparse del motivo de la recusación, y en consecuencia le corresponde resolver a la Sala presidida por el Magistrado que le sigue en turno, cuya decisión es inimpugnable.

En síntesis, cuando se trata de recusación de Magistrados de tribunal que no es aceptada, la Corte no tiene ninguna intervención, y lo que quiso evitar el legislador ordenando que el asunto se resuelva en cada sede es precisamente la dilación de los procesos.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Santa Fe de Bogotá, D.C., noviembre doce (12) de mil novecientos noventa y ocho (1998)

Magistrado Ponente: Dr.: *Ricardo Calvete Rangel*

Proceso No. 15036

Aprobado Acta No. 170

VISTOS

Corresponde a la Corporación decidir sobre la recusación presentada contra la Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior de Santafé de Bogo-

tá, la que fuera propuesta por el defensor del procesado Francisco José Peñalosa Castro.

ANTECEDENTES

Contra Julio César Montañez Roa se tramitó causa por el delito de celebración de contrato sin el cumplimiento de los requisitos legales. La sentencia absolutoria de primera instancia fue revocada por la Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior de esta capital cuya recusación Resuelve ahora la Corte.

En la actuación referida en el acápite anterior estuvo vinculado como procesado Francisco José Peñalosa Castro. Al adquirir éste fuero para el juzgamiento por haber sido elegido Gobernador del Tolima se declaró la ruptura de la unidad procesal y se remitieron copias para que la Corte asumiera por competencia el conocimiento de la causa contra aquél. Desaparecido el hecho que generó el aforamiento regresaron las diligencias al Juzgado 31 Penal del Circuito, que profirió sentencia condenatoria por la celebración de contrato sin los requisitos de ley y absolvió por el prevaricato, decisión que revisa en segunda instancia la misma Sala que conoció de la alzada en el proceso contra Montañez Roa.

La recusación se planteó por el defensor del procesado en la audiencia de sustentación oral del recurso de apelación interpuesto contra la sentencia de primera instancia, manifestando que recusaba a todos "los integrantes de la Sala". Argumentó que en ellos concurren las causales de impedimento establecidas en los numerales cuarto y quinto del artículo 103 del C.P.P. Para el recusante el primero de los motivos invocados se da porque la Sala ha expresado su opinión y a raíz de ello tiene "prejuicios", pues dictó la providencia de segunda instancia que condenó a Julio César Montañez y allí "necesariamente se refirió a la conducta" de Peñalosa". Esta situación ha dado lugar a que su cliente tenga "sentimientos encontrados con la Sala Penal de conocimiento", estructurándose la otra causal que se alega para tachar la imparcialidad de los Magistrados que vienen conociendo del asunto.

La Sala resolvió no aceptar la recusación propuesta contra los integrantes de la misma por considerar que no se daban los supuestos de hecho de las normas invocadas como fundamento de aquella y ordenó remitir a esta Corporación la actuación para que decida el incidente.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. Los artículos 107 a 109 del Código de Procedimiento Penal establecen los pasos a seguir en los casos de recusación, los cuales difieren en razón a la aceptación o rechazo de los hechos en los que se funda aquella. En esta ocasión el análisis se centrará en la eventualidad referida exclusi-

vamente al caso de los Magistrados que no admiten la recusación, por ser el aspecto que concierne a la situación sub judice.

2. El artículo 109 del estatuto procesal señala que "Si la recusación versa sobre magistrado y el recusado no la aceptare, decidirán los restantes magistrados de la Sala", pronunciamiento con el que termina el trámite, y respecto del cual no procede ningún recurso (art. 117 *ibidem*).

3. Cuando la recusación se eleva contra toda la Sala de Decisión y los Magistrados no la aceptan, el trámite debe surtirse conjuntamente, como lo dispone el artículo 107 ibidem, pues por obvias razones ninguno de los integrantes de la Sala cuestionada puede ocuparse del motivo de la recusación, y en consecuencia le corresponde resolver a la Sala presidida por el Magistrado que le sigue en turno, cuya decisión es inimpugnable.

En síntesis, cuando se trata de recusación de Magistrados de tribunal que no es aceptada, la Corte no tiene ninguna intervención, y lo que quiso evitar el legislador ordenando que el asunto se resuelva en cada sede es precisamente la dilación de los procesos, que es lo que en este caso se ha propiciado enviando el expediente a la Corte sin razón ninguna. Este criterio ha sido expuesto en forma reiterada, entre otras providencias en la del 19 de agosto de 1993, con ponencia de quien aquí cumple igual tarea.

4. En consecuencia, la Sala de Casación se abstendrá de conocer y dispondrá que se devuelva el expediente a la oficina de origen para que proceda de conformidad con lo dicho.

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

RESUELVE:

ABSTENERSE de conocer de la recusación propuesta contra la Sala de Decisión del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Fe de Bogotá.

DEVUELVASE el proceso a la oficina de origen para que se proceda de conformidad con lo dicho en la parte considerativa.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Jorge Enrique Córdoba Poveda, Fernando Arboleda Ripoll Ricardo Calvete Rangel, Carlos Augusto Gálvez Argote, Jorge Aníbal Gómez Gallego, Edgar Lombana Trujillo, Carlos E. Mejía Escobar, Didimo Páez Velandia, Nilson Pinilla Pinilla.

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

En afortunada cita del a quo dijo esta Sala en la referida oportunidad:

"...Quiere esto significar que la LEY cuya favorable aplicación demandan la Constitución y los principios rectores del derecho, es concretamente aquella disposición o aquel conjunto de disposiciones que, formando parte de una cualquiera de las que se confrontan, regulan normativamente con mayor beneficio para el interesado, el hecho humano o jurídico generador del conflicto. Lo que no resulta valedero, como lo advierte la doctrina jurídico generador del conflicto. Lo que no resulta valedero, como lo advierte la doctrina universal y como esta misma Corporación lo ha manifestado (ver casación de julio 11/52 y auto de mayo 21/81) es tomar de una ley solamente lo que en determinado aspecto favorezca al procesado y de la otra lo que desde otro lo beneficia igualmente, porque en tal hipótesis el juzgador no estaría aplicando de las leyes enfrentadas la más favorable, sino creando una tercera con pedazos de aquélla, con lo que se convertiría arbitrariamente en legislador".

Tales reflexiones interpretan fielmente y con estrictez la Constitución y la ley, y sólo es dable agregar aquí que la "LEY" allí mencionada es, de un lado, el artículo 219 del Código Penal, (falsedad ideológica), del cual partió el Tribunal, como delito más grave, para dosificar la sanción, de conformidad con el artículo 26 Ibídem (fl. 64) y, del otro, el artículo 19 de la Ley 190 de 1995, modificatorio del artículo 133 del Código Penal, que tipifica el delito de peculado.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Santafé de Bogotá, D.C., doce (12) de noviembre de mil novecientos noventa y ocho (1998).

Magistrado Ponente: Dr. *Edgar Lombana Trujillo*

Proceso No. 15156

Aprobado Acta No. 170

Por apelación del procesado Juan de la Cruz Melo Ibáñez -recluido en la penitenciaría "La Picota"- revisa la Sala el auto de septiembre 4 último,

mediante el cual el Tribunal Superior de Distrito Judicial de Villavicencio no rebajó la pena impuesta a dicho sentenciado.

ANTECEDENTES

1. En fallo de fecha diciembre 16 de 1993 (fl. 49 cdno. Nro.2) la mencionada Corporación condenó a Melo Ibáñez (ex Juez 21 de Instrucción Criminal de Saravena -Arauca-, encargado) a 74 meses de prisión por los delitos de falsedad y peculado, consistentes en haberse apropiado de más de 200 mil pesos representados en varios títulos judiciales, previa falsificación de los mismos.

2. El condenado le argumentó al Tribunal que como el inciso 2° del artículo 19 de la Ley 190 de 1995 (mod. art.133 C.P.) ordenó disminuir la pena cuando el valor de lo apropiado no supere los 50 salarios mínimos mensuales, debe rebajarse la sanción a él impuesta, por tratarse de norma posterior favorable.

El Tribunal le respondió (fl. 228 id.) que es desacertada dicha consideración, ya que la mencionada norma de 1995, tomada en su integridad, resulta justamente más gravosa, pues de 2 a 10 años de prisión que traía el artículo 133 pasó la pena para el peculado de 6 a 15 años, no procediendo la referida rebaja de la Ley 190, pues si se resolviera en forma contraria "estaría la Sala creando una nueva norma y convirtiéndose por tanto en legislador" (fl. 230), y se apoyó en decisión de esta Sala fechada en diciembre 10 de 1981.

3. De dicha negativa apeló el condenado, quien cita los artículos 230 y 6° de la Carta Política y de Código de Procedimiento Penal, respectivamente, insiste en que la jurisprudencia es simple "auxiliar de la actividad judicial", y concreta que "el principio de favorabilidad por supuesto admite adiciones que perfeccionen su entidad, pero no puede, en principio, ser susceptible de recortes o supresiones a su modo de ser, ya que toda parte constitutiva de él es pieza fundamental de la necesaria garantía que deben tener los asociados en la aplicación de la justicia" (fls. 241 infra y 242).

Hace unas consideraciones sobre la dosificación de la pena en su caso concreto y reitera que los artículos precitados "no eliminan nunca la posibilidad de combinar normas, disposiciones o preceptos de distintos códigos" (fl. 243).

Pide a esta Corte "reponer" el auto que apeló (fl. 244).

SE CONSIDERA

En afortunada cita del *a quo* dijo esta Sala en la referida oportunidad:

"...Quiere esto significar que la LEY cuya favorable aplicación demandan la Constitución y los principios rectores del derecho, es concretamente aquella disposición o aquel conjunto de disposiciones que, formando parte de una cualquiera de las que se confrontan, regulan normativamente con mayor beneficio para el interesado, el hecho humano o jurídico generador del conflicto. Lo que no resulta valedero, como lo advierte la doctrina jurídico generador del conflicto. Lo que no resulta valedero, como lo advierte la doctrina universal y como esta misma Corporación lo ha manifestado (ver casación de julio 11/52 y auto de mayo 21/81) es tomar de una ley solamente lo que en determinado aspecto favorezca al procesado y de la otra lo que desde otro lo beneficia igualmente, porque en tal hipótesis el juzgador no estaría aplicando de las leyes enfrentadas la más favorable, sino creando una tercera con pedazos de aquella, con lo que se convertiría arbitrariamente en legislador".

Tales reflexiones interpretan fielmente y con estrictez la Constitución y la ley, y sólo es dable agregar aquí que la "LEY" allí mencionada es, de un lado, el artículo 219 del Código Penal, (falsedad ideológica), del cual partió el Tribunal, como delito más grave, para dosificar la sanción, de conformidad con el artículo 26 *ibidem* (fl. 64) y, del otro, el artículo 19 de la Ley 190 de 1995, modificatorio del artículo 133 del Código Penal, que tipifica el delito de peculado.

Entonces, al fundamentar sólo de modo secundario -o por razón del concurso- la tasación punitiva en el referido artículo 133, la argumentación del recurrente en cuanto al principio de favorabilidad deviene de entrada errónea, pues, conforme se dijo, el cotejo respectivo se haría entre dos leyes DIVERSAS: los nombrados artículos 219 y 19, y no sobra decir que la favorabilidad parte del presupuesto de que la norma posterior se refería a LA MISMA LEY.

Ahora bien: las consideraciones que hace el impugnante con respecto a la concreta dosificación de la pena, resultan igualmente equivocadas, pues la misma se exhibe intacta e inmodificable por haber ya hecho tránsito a cosa juzgada.

Las anteriores razones conducirán entonces a aprobar el proveído 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:

CONFIRMAR el auto apelado.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Jorge Enrique Córdoba Poveda, Fernando Arboleda Ripoll, Ricardo Calvete Rangel, Carlos Augusto Gálvez Argote, Jorge Aníbal Gómez Gallego, Edgar Lombana Trujillo, Carlos E. Mejía Escobar, Dídimo Páez Velandia, Nilson Pinilla Pinilla.

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

Tampoco es idónea para enervar el poder de convicción de los anexos y dejar sin demostrar la conducta imputada y el lugar y la fecha de su ejecución en los términos que lo exige el numeral 2° del artículo 551 del C. de P.P., dado que, la razón principal de este requisito es permitir a la Colegiatura establecer la existencia del principio de doble incriminación como fundamento del concepto, labor que cumple la Sala verificando objetivamente que la conducta particularizada encaje en alguno de los tipos penales previstos en nuestro Código Punitivo reprimido con prisión no inferior a cuatro años, y la que excluye cualquier posibilidad de valoración de los medios de prueba, como de manera impertinente lo pretende la impugnante, por ser esta una función de la exclusiva competencia de la jurisdicción del país reclamante.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Santafé de Bogotá D.C., diecisiete (17) de noviembre de mil novecientos noventa y ocho (1998).

Magistrado Ponente: Dr. *Edgar Lombana Trujillo*

Proceso No. 14557

Aprobado Acta No. 172

Vistos

Decide la Sala sobre el recurso de reposición interpuesto por la señora apoderada del solicitado en extradición Norberto Menéndez, contra la providencia que rechazó las pruebas que pidiera en la oportunidad prevista por el artículo 556 del Código de Procedimiento Penal.

Consideraciones de la Sala

1. En el libelo que sustenta el recurso, la señora apoderada del solicitado en extradición Norberto Menéndez relieva sus discrepancias con los argumentos que le sirvieron de soporte a la Sala para rechazar la petición de pruebas por ella elevada, consistentes en que según su parecer no fueron atendidos los términos exactos de su postulación, pues antes y ahora su pretensión no es otra que la de probar que el Gobierno de los Estados

Unidos de América deliberadamente omitió señalar con exactitud el lugar y la fecha de la realización de los hechos imputados y que la competencia para conocer de ellos recae en cabeza de la Jurisdicción Penal Británica; preterm isión, que afirma, comprobaría el desconocimiento de la preceptiva del numeral 2° del artículo 551 del Código Procesal Penal por tornar ineficaces probatoriamente los documentos que acompañan la demanda de extradición para evidenciar esa exigencia, y enervaría uno de los fundamentos del concepto que debe rendir la Corte, como es la validez formal de la documentación. Concluye solicitando sea resuelta su petición en los términos contenidos en el memorial inicial.

2. Pues bien, es cierto que en el memorial petitorio de pruebas la recurrente asevera que la documentación adosada a la demanda de extradición no tienen la fuerza demostrativa suficiente para acreditar el lugar y la fecha de la ejecución de los hechos atribuidos a su poderdante, pero también es claro que en él se expresa que el fin perseguido con su aducción, es patentizar que por los mismos hechos el señor Menéndez está siendo investigado por el Gobierno Británico y se han condenado a varias de las personas que figuran con él en los pliegos de cargos que acompañan la demanda, sin que se haya producido determinaciones judiciales significativas en su contra; razones jurídicas por las cuales juzga que el Estado Británico es a quien asiste jurisdicción y competencia para requerirlo y no a los Estados Unidos de América; argumentos que por supuesto fueron valorados por la Sala al instante de denegar los medios de prueba pedidos, y que hoy mantienen su vigencia.

En efecto, es evidente que la pretendida demostración de la invalidez formal de la documentación anexa a la demanda con las pruebas postuladas, no puede obtenerla con base en ellas, en virtud de que este fundamento del concepto de la Corte apunta es a constatar que los anexos de la petición de extradición fueron remitidos por vía diplomática o excepcionalmente por la consular o de gobierno a gobierno, expedidos conforme a la reglamentación del Estado requirente, y traducidos al español cuando es necesario.

Como tampoco es idónea para enervar el poder de convicción de los anexos y dejar sin demostrar la conducta imputada y el lugar y la fecha de su ejecución en los términos que lo exige el numeral 2° del artículo 551 del C. de P.P., dado que, la razón principal de este requisito es permitir a la Colegiatura establecer la existencia del principio de doble incriminación como fundamento del concepto, labor que cumple la Sala verificando objetivamente que la conducta particularizada encaje en alguno de los tipos penales previstos en nuestro Código Punitivo reprimido con prisión no inferior a cuatro años, y la que excluye cualquier posibilidad de valoración de los medios de prueba, como de manera impertinente lo pretende la impugnante, por ser esta una función de la exclusiva competencia de la jurisdicción del país reclamante.

En lo que concierne a la vulneración del *non bis in ídem* que aspira la impugnante poner de manifiesto con los medios de prueba rechazados, no es un propósito que pueda ser satisfecho por el trámite especial de extradición, como quiera que impuesta la Sala a constatar de manera objetiva la existencia de los requisitos contenidos en el artículo 558 del Código de Procedimiento Penal, y con base en su resultado conceptuar favorable o adversamente a la extradición; asoma exótico a él pretender que la Sala entre a cuestionar las decisiones adoptadas por los jueces extranjeros en el proceso origen de la reclamación, o proceder a sustituirlos, o actuar como instancia a fin de garantizar al reo sus derechos fundamentales, pues es ese el procedimiento en donde debe hacer valer sus derechos usando para el efecto los dispositivos legales dispensados por la legislación de los Estados Unidos de América; actos de esta laya constituyen una flagrante violación de la soberanía del país solicitante.

Además la prueba pedida tampoco es necesaria para plantear la prelación en la concesión de la extradición, en virtud de que tan solo existe la elevada por los Estados Unidos de América, y porque la competencia para decidir esta contingencia recae en el Gobierno Nacional, tal como lo regula el precitado artículo 561 de la Ley Procesal Penal.

Como si lo anterior fuera insuficiente, es incontrovertible que la conducta endilgada junto con las circunstancias que rodearon su ejecución, se hallan cabalmente descritas no sólo en pliego acusatorio sustituto proferido por el Tribunal de Distrito de los Estados Unidos para el Distrito de Puerto Rico el 16 de septiembre de 1993, sino también en las declaraciones juradas que en apoyo a la solicitud de extradición rindieron William Braun abogado litigante en la División Penal del Departamento de Justicia de los Estados Unidos de América y Michael D. Schwers agente especial de la Agencia Antidrogas del Departamento de Justicia de los Estados Unidos, adscrito a la Oficina de San Juan de Puerto Rico, División del Caribe.

Así pues, como las razones expuestas en la providencia atacada se mantienen incólumes debido a que los argumentos de la recurrente carecen de la virtualidad suficiente para diluirlos, se denegará la reposición pedida.

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

RESUELVE:

No reponer la providencia del diecisiete (17) de septiembre último, mediante la cual la Sala rechazó la práctica de las pruebas solicitadas por la señora apoderada del reclamado en extradición Norberto Menéndez.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Jorge Enrique Córdoba Poveda, Fernando Arboleda Ripoll, Ricardo Calvete Rangel, Carlos Augusto Gálvez Argote, Jorge Aníbal Gómez Gallego, Edgar Lombana Trujillo, Carlos E. Mejía Escobar, Didimo Páez Velandia, no; *Nilson Pinilla Pinilla,* no.

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

ACCION DE REVISION/ RECURSO DE HECHO

Los artículos 68 y 70 del Código de Procedimiento Penal no le asignan a la Corte, al Tribunal Nacional o a los tribunales superiores de distrito judicial competencia para conocer en segunda instancia de la acción de revisión. De igual manera, si bién es cierto que el numeral 3° del artículo 68 de la misma obra, faculta a la Sala de Casación Penal para conocer del recurso de hecho cuando se niega el de casación, el legislador nada dijo del auto que inadmite la acción de revisión.

Por lo anterior debe hacerse nuevamente claridad que la acción de revisión no es una prolongación del proceso penal, por lo que la norma en que se ampara el impugnante, esto es, el artículo 202 del C.de P.P., está referida a los pronunciamientos que se profieren dentro o las que ponen fin al diligenciamiento.

Respecto al tema concreto, es decir, sobre la irimpugnabilidad del auto que inadmite la demanda de revisión, ha dicho la Sala:

"Según el artículo 16 de la normatividad procesal vigente "toda providencia interlocutoria, podrá ser apelada, salvo las excepciones legales". Ello nos indica -por regla general- que las providencias que resuelvan cuestión de fondo de la actividad judicial, podrán ser examinadas por el superior, salvo que la ley disponga lo contrario. Es lo que sucede con el auto que niega la acción de revisión. Por voluntad del legislador se otorgó para su conocimiento una competencia única, según el proceso de que se trate. Si de su regencia estuvo encargado un juez del respectivo Distrito Judicial, conocerá el Tribunal correspondiente. En cambio, si se tratare de la sentencia ejecutoriada dictada en única o segunda instancia por la Corte, por el Tribunal Nacional o por los Tribunales Superiores de Distrito, el conocimiento de dicha acción corresponderá a esta colegiatura.

"Se habla de competencia única porque ni en el artículo 68 ni el artículo 70 del estatuto procedimental, se establece una segunda instancia para examinar la decisión tomada. Confirma lo anterior, el citado artículo 68 cuando, en su numeral 3°, le asigna a la Corte el conocimiento, únicamente, "del recurso de hecho cuando se deniega el recur-

so de casación". Queda excluido, por tanto, el auto por el cual, los Tribunales de Distrito, inadmiten la acción de revisión.

"Esta restricción no hace otra cosa que responder a la regla general que gobierna esta acción especialísima. Recuérdese que la providencia que decide si el proceso cuestionado amerita o no la revisión, queda ejecutoriada inmediatamente, sin que haya lugar a interponer apelación contra ella. Con mayor razón, el auto que niega la admisibilidad de la acción misma (argumento a fortiori), ha de sufrir igual suerte.

"Tal rigor es explicable, pues esta decisión no le cierra las puertas al interesado para acudir en un futuro a los despachos judiciales competentes, en procura de conseguir la revisión deseada del proceso" (providencias de febrero 10, julio 15 y octubre 14 de 1993, entre otras).

De manera que al ser claro que las actuaciones propias del desarrollo de la acción de revisión son de única instancia, resulta, entonces, obvio que el recurso de apelación interpuesto, cuya admisión se discute ahora por vía del de hecho, resulta improcedente, por lo que la Sala no lo concederá.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Santafé de Bogotá, D.C., diecisiete (17) de noviembre de mil novecientos noventa y ocho (1998).

Magistrado Ponente: Dr. *Jorge Córdoba Poveda*

Proceso No. 14949

Aprobado acta No. 170 (noviembre 12 de 1998)

VISTOS

Decide la Corte el recurso de hecho interpuesto por el defensor del procesado Abraham de Jesús Diosa Martínez, condenado por el delito de homicidio.

ANTECEDENTES

1. El defensor del procesado Diosa Martínez, mediante demanda presentada el 10 de agosto del presente año ante la Sala Penal del Tribunal de Manizales, pretendió ejercer la acción de revisión contra la sentencia ejecutoriada de primera instancia, por medio de la cual el extinto Juzgado Primero Superior de la misma ciudad, lo condenó por el delito de homicidio.

La Sala de Decisión Penal del mencionado Tribunal, mediante providencia del 3 de septiembre siguiente, la inadmitió por improcedente.

Contra el anterior proveído, el mencionado profesional del derecho interpuso el recurso de apelación, el cual no fue concedido por tratarse de

una actuación de única instancia, decisión contra la cual se interpuso como recurso principal el de reposición y, en subsidio, el de hecho.

SÍNTESIS DE LOS ARGUMENTOS

Asevera el recurrente que la providencia que inadmite la demanda de revisión no está contemplada dentro de las relacionadas en el artículo 197 del Código de Procedimiento Penal, lo que implica que no cobra ejecutoria una vez sea suscrita por el juez y, por ende, es susceptible del recurso de apelación.

Dice que el artículo 202 de la misma obra dispone que el recurso de apelación procede contra la sentencia y las providencias interlocutorias de primera instancia.

A renglón seguido agrega:

"No existe norma en nuestra ley penal que le asigne el carácter de trámite de única instancia a la acción de revisión. Sucede sí que cuando la competencia para tramitarla y resolverla le corresponde a la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia por haberla proferida en única o segunda instancia dicha Corporación, o el Tribunal Nacional, o los tribunales superiores de distrito, por no existir entidad judicial de mayor jerarquía, dicho trámite adquiere la calidad de 'única instancia'".

Dice que la decisión de la Corte de fecha 3 de agosto de 1995, contraría lo dispuesto en el artículo 29 de la Constitución Política, que garantiza el derecho a impugnar la "sentencia condenatoria".

Recalca que el fallo, cuya revisión se pretende, fue proferido por el entonces Juzgado Primero Superior de Manizales, y no fue impugnado.

Por consiguiente, solicita que se conceda el recurso de apelación contra la providencia que inadmitió la demanda de revisión.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

Múltiples son los pronunciamientos de esta Corporación en el sentido de que las decisiones que se tomen dentro de la acción de revisión no son susceptibles del recurso de apelación, en razón a que este trámite especial está asignado a una competencia única.

En efecto, los artículos 68 y 70 del Código de Procedimiento Penal no le asignan a la Corte, al Tribunal Nacional o a los tribunales superiores de distrito judicial competencia para conocer en segunda instancia de la acción de revisión. De igual manera, si bien es cierto que el numeral 3° del artículo 68 de la misma obra, faculta a la Sala de Casación Penal para conocer del recurso de hecho cuando se niega el de casación, el legislador nada dijo del auto que inadmite la acción de revisión.

Por lo anterior debe hacerse nuevamente claridad que la acción de revisión no es una prolongación del proceso penal, por lo que la norma en que se ampara el impugnante, esto es, el artículo 202 del C.de P.P., está referida a los pronunciamientos que se profieran dentro o las que ponen fin al diligenciamiento.

Respecto al tema concreto, es decir, sobre la inimpugnabilidad del auto que inadmite la demanda de revisión, ha dicho la Sala:

"Según el artículo 16 de la normatividad procesal vigente 'toda providencia interlocutoria, podrá ser apelada, salvo las excepciones legales'. Ello nos indica -por regla general- que las providencias que resuelvan cuestión de fondo de la actividad judicial, podrán ser examinadas por el superior, salvo que la ley disponga lo contrario. Es lo que sucede con el auto que niega la acción de revisión. Por voluntad del legislador se otorgó para su conocimiento una competencia única, según el proceso de que se trate. Si de su regencia estuvo encargado un juez del respectivo Distrito Judicial, conocerá el Tribunal correspondiente. En cambio, si se tratare de la sentencia ejecutoriada dictada en única o segunda instancia por la Corte, por el Tribunal Nacional o por los Tribunales Superiores de Distrito, el conocimiento de dicha acción corresponderá a esta colegiatura.

"Se habla de competencia única, porque ni en el artículo 68 ni el artículo 70 del estatuto procedimental, se establece una segunda instancia para examinar la decisión tomada. Confirma lo anterior, el citado artículo 68 cuando, en su numeral 3º, le asigna a la Corte el conocimiento, únicamente, 'del recurso de hecho cuando se deniega el recurso de casación'. Queda excluido, por tanto, el auto por el cual los Tribunales de Distrito, inadmiten la acción de revisión.

"Esta restricción no hace otra cosa que responder a la regla general que gobierna esta acción especialísima. Recuérdese que la providencia que decide si el proceso cuestionado amerita o no la revisión, queda ejecutoriada inmediatamente, sin que haya lugar a interponer apelación contra ella. Con mayor razón, el auto que niega la admisibilidad de la acción misma (argumento a fortiori), ha de sufrir igual suerte.

"Tal rigor es explicable, pues esta decisión no le cierra las puertas al interesado para acudir en un futuro a los despachos judiciales competentes, en procura de conseguir la revisión deseada del proceso" (providencias de febrero 10, julio 15 y octubre 14 de 1993, entre otras).

De manera que al ser claro que las actuaciones propias del desarrollo de la acción de revisión son de única instancia, resulta, entonces, obvio que el recurso de apelación interpuesto, cuya admisión se discute ahora por vía del de hecho, resulta improcedente, por lo que la Sala no lo concederá.

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

RESUELVE:

DECLARAR que estuvo bien denegado el recurso de apelación interpuesto por el defensor del sentenciado Abraham de Jesús Diosa Martínez contra la providencia del Tribunal Superior de Manizales, por medio de la cual inadmitió la demanda de revisión.

Comuníquese y cúmplase.

Jorge Enrique Córdoba Poveda, Fernando Arboleda Ripoll, Ricardo Calvete Rangel, Carlos Augusto Gálvez Argote, Jorge Aníbal Gómez Gallego, Edgar Lombana Trujillo, Carlos E. Mejía Escobar, Dídimo Páez Velandia, Nilson Pinilla Pinilla.

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

JUEZ NATURAL/ LEGALIDAD DEL PROCESO/ NULIDAD

Resulta desacertado el parecer del Juez Penal del Circuito de Aguachica, propincuo a que quien carece de competencia continúe realizando actos que están por fuera de su alcance legal, criterio este desconocedor de la garantía fundamental del Juez natural consagrado en el artículo 29 de la Carta Política, así como de otros principios cuyo desarrollo evocan los artículos 9, 13, 18 y 22 del C.P.P. que en un haz garantista permiten ver en el sistema vigente al Juez como pináculo prendario de la legalidad del proceso y por consiguiente obligado a constatar el adecuado e inconcuso encuadramiento típico de la conducta, entre otros efectos, para verificar su competencia.

Por lo precedente queda al desnudo que en el fondo lo querido por el Juez Penal del Circuito es apartarse del conocimiento del asunto so pretexto de conservar la estructura del procedimiento y la inmutabilidad de la relación jurídica demarcada por el Fiscal para el juicio; pero olvida que como repetidamente lo ha dicho esta Sala -proveídos de octubre 8 de 1996, M.P. Dr. Didimo Páez Velandia; 12 de noviembre de 1996, M.P. Dr. Jorge Aníbal Gómez Gallego; 12 de agosto de 1997, M.P. Dr. Fernando Arboleda Ripoll- el Juez puede declararse inhibido para conocer de determinados hechos delictivos sin que le concierna decretar nulidades dentro de la actuación procesal cuyo trámite precisamente resigna por ser extraño a su competencia, lo cual está en armonía con lo que al respecto establece el artículo 101 del C.P.P. cuando prescribe: "pero las nulidades a que hubiere lugar sólo podrán ser decretadas por el funcionario judicial en quien quede radicada la competencia".

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Santafé de Bogotá, D.C., noviembre dieciocho de mil novecientos noventa y ocho.

Magistrado Ponente: Dr. *Jorge Aníbal Gómez Gallego*

Proceso No. 14474

Aprobado Acta No. 173

VISTOS

Resuelve: la Sala la colisión negativa de competencias provocada entre un Juzgado Regional de Barranquilla y el Juzgado Penal del Circuito de Aguachica (Cesar). dentro del proceso que por los delitos de homicidio y porte ilegal de armas se sigue contra Diomar Carreño, Alvaro Ríos Alvarez y Héctor Julio Carvajalino.

ANTECEDENTES

Por los homicidios del odontólogo Ciro Antonio Uribe y su secretaria, perpetrados en el consultorio del profesional en Aguachica (Cesar) el 9 de julio de 1996. fueron retenidos en el Hotel "El Chalet" Diomar Carreño, Alvaro Ríos y Héctor Julio Carvajalino, quienes al momento de la captura portaban, entre otras armas, la pistola marca Pietro Beretta, semiautomática, calibre 9 mm. corto y/o 380, longitud de cañón 9, 5 cms. y capacidad para 9 cartuchos.

Escuchados en indagatoria los retenidos, el 29 de julio de 1996 la Fiscalía Regional de Barranquilla les impuso medida de aseguramiento por los delitos de Homicidio agravado, porte ilegal de armas de fuego y utilización ilícita de equipos transmisores o receptores.

Cerrada la investigación, vino la calificación del sumario en la que la Fiscalía Delegada ante el Tribunal Nacional al conocer en apelación de la providencia proferida por el Fiscal Regional decidió variarla acusando a los procesados por el concurso de los delitos de homicidio y porte ilegal de armas de uso privativo de las Fuerzas Militares; determinación que al quedar en firme habilitó al Juez Regional para avocar conocimiento del asunto hasta el 14 de abril hogaño cuando dijo: "Establecido como esta (sic) que una de las armas incautadas a los procesados es una pistola calibre 9.mm dotada de proveedor para alojar mas (sic) de nueve (9) cartuchos y no una 9.652, determínase la consecuencia jurídica de apartarnos del conocimiento del presente asunto que por (sic) delitos de porte ilegal de armas se sigue contra.(sic)", y de una vez propuso colisión negativa de competencias al Juzgado Penal del Circuito de Aguachica, a quien le remitió la actuación.

Este último despacho se mostró en desacuerdo con estos planteamientos sosteniendo al efecto que su discrepancia para asumir el conocimiento "es en cuanto a los lineamientos equivocados que siguió el Juez Regional, en el sentido de asir el argumento de la pistola y el cuantum (sic) de su mortal carga para proponer una olímpica colisión de competencia que no encaja dentro de los lineamientos qué (sic) consagra el Código de Procedimiento Penal".

Y agrega el Juez Penal del Circuito de Aguachica: "Acceder significaría avocar conocimiento del proceso por los delitos de HOMICIDIO SIMPLE Y PORTE ILEGAL DE ARMAS DE FUEGO DE DEFENSA PERSONAL; cuando

la Fiscalía Delegada ante el Tribunal Superior determinó que era HOMICIDIO Y PORTE ILEGAL DE ARMAS DE FUEGO DE USO PRIVATIVO DE LAS FUERZAS ARMADAS, llendo (sic) en contravía de lo decidido por ese ente fiscal y coadyuvando a violentar el sistema mixto imperante, pues todos sabemos que la calificación jurídica que hace la Fiscalía es provisional, pero se VUELVE DEFINITIVA, cuando el ente acusador modifica expresamente los cargos y en este evento "...se delimita el objeto de la relación jurídico procesal, que es INMUTABLE durante la etapa de juzgamiento". Y ante esa circunstancia solo quedan las posibilidades que se sugirió en este caso concreto, que no es otra que la nulidad o la absolución, en cuanto al PORTE ILEGAL DE ARMAS, que es motivo de controversia".

Con lo anterior concluye que "El competente es, y seguirá siendo el Juez regional que erróneamente propuso la colisión de competencia, mientras y mediante no acuda a los mecanismos legales establecidos en la ley y en la propia jurisprudencia que la Honorable Corte Suprema de Justicia a (sic) delineado para ello".

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

Aunque veladamente sostenga el Juez Penal del Circuito de Aguachica que la discusión sobre la competencia no surge propiamente del establecimiento de la adecuación típica de la conducta por las características particulares del arma de fuego incautada a los procesados de uso personal o de uso privativo de las Fuerzas Militares- sino de la forma como el Juez Regional hubo de separarse del asunto a través de la proposición de colisión negativa de competencia, es menester hacer algunas consideraciones que ponen de relieve lo contrario, destacando la verdadera postura asumida por aquél para declararse también incompetente.

En primer lugar surge como hecho incontrovertible que de acuerdo con el dictamen de balística visible a folios 308 y 309, la pistola Pietro Beretta, por ser semiautomática, con calibre inferior a 9.652 mm y una longitud de cañón de 9, 5 cms., según los artículos 8, literales a y b, y 11, literal a, del Decreto 2535 de 1993, es arma de defensa personal.

A esta conclusión se llega después de recordar diversos pronunciamientos de esta sala, entre otros los del 5 de mayo de 1994, M.P. Guillermo Duque Ruiz; 22 de febrero de 1996, M.P. Jorge Córdoba Poveda; 11 de junio de 1996 y 12 de agosto de 1997, M.P. Fernando Arboleda Ripoll; y 22 de agosto de 1996, M.P. Juan Manuel Torres Fresneda, en los cuales se precisaron los derroteros jurisprudenciales como consecuencia de una interpretación sistemática, para determinar la naturaleza de las armas de fuego y a partir de este dato señalar el competente para asumir el conocimiento del asunto.

En estas condiciones, correcta resultó entonces la postura asumida por el Juez Regional al declararse incompetente para continuar conocien-

do de la presente causa, dado que la competencia para el juzgamiento de los punibles de porte ilegal de armas de fuego de defensa personal y homicidio está asignada a los Jueces Penales del Circuito según el artículo 72, numeral 1, literal c, del C.P.P. reformado por el artículo 10 de la Ley 81 de 1993.

Por contera, resulta desacertado el parecer del Juez Penal del Circuito de Aguachica, propincuo a que quien carece de competencia continúe realizando actos que están por fuera de su alcance legal, criterio este desconocedor de la garantía fundamental del Juez natural consagrado en el artículo 29 de la Carta Política, así como de otros principios cuyo desarrollo evocan los artículos 9, 13, 18 y 22 del C.P.P. que en un haz garantista permiten ver en el sistema vigente al Juez como pináculo prendario de la legalidad del proceso y por consiguiente obligado a constatar el adecuado e inconcuso encuadramiento típico de la conducta, entre otros efectos, para verificar su competencia.

Por lo precedente queda al desnudo que en el fondo lo querido por el Juez Penal del Circuito es apartarse del conocimiento del asunto so pretexto de conservar la estructura del procedimiento y la inmutabilidad de la relación jurídica demarcada por el Fiscal para el juicio; pero olvida que como repetidamente lo ha dicho esta Sala -proveídos de octubre 8 de 1996, M.P. Dr. Dídimo Páez Velandia; 12 de noviembre de 1996, M.P. Dr. Jorge Aníbal Gómez Gallego; 12 de agosto de 1997, M.P. Dr. Fernando Arboleda Ripoll- el Juez puede declararse inhibido para conocer de determinados hechos delictivos sin que le concierna decretar nulidades dentro de la actuación procesal cuyo trámite precisamente resigna por ser extraño a su competencia, lo cual está en armonía con lo que al respecto establece el artículo 101 del C.P.P. cuando prescribe: "pero las nulidades a que hubiere lugar sólo podrán ser decretadas por el funcionario judicial en quien quede radicada la competencia".

En este orden de ideas, si el hecho punible cuya denominación jurídica se controvierte es el de porte ilegal de arma de fuego de defensa personal, la competencia para su juzgamiento está atribuida a los jueces penales del circuito y en este particular caso al de Aguachica, despacho que una vez asuma el conocimiento deberá adoptar las decisiones relativas a la vigencia de la legalidad del proceso.

En tal virtud, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia,

RESUELVE:

1. DECLARAR que la COMPETENCIA para conocer de este asunto corresponde al Juzgado Penal Del Circuito De Aguachica (Cesar), a donde se devolverá el expediente no sin antes enviar copia de esta decisión al Juzgado Regional de Barranquilla.

Cópiese, notifíquese y cúmplase

Jorge Enrique Córdoba Poveda, Fernando Arboleda Ripoll, Ricardo Calvete Rangel, Carlos Augusto Gálvez Argote, Jorge Aníbal Gómez Gallego, Edgar Lombana Trujillo, Carlos E. Mejía Escobar, Dídimo Páez Velandia, Nilson Pinilla Pinilla.

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

COMPETENCIA/
ERROR EN LA CALIFICACION JURIDICA

Cuando existe error en la calificación jurídica provisional, que varíe la competencia de la justicia ordinaria a la regional, debe proponerse inmediatamente la colisión de competencia, pudiendo la Corporación pronunciarse sobre la adecuación típica del hecho frente al recaudo probatorio, facultad de la que carece para hacer reflexiones sobre la materialidad del hecho y responsabilidad del procesado: porque de así actuar invadiría la órbita de competencia de la Fiscalía General de la Nación.

Si bien la función básica de instruir, calificar y acusar recae en la Fiscalía, si se evidencia la existencia de error en la calificación jurídica provisional de la acusación, que varíe la competencia de la Justicia Regional a la Ordinaria, o viceversa, debe el Funcionario inmediatamente proponer el conflicto para que sea resuelto por esta Corporación; situación desechada en los demás casos, en los que debe decretar la nulidad al momento de entrar el proceso para fallo, con el propósito de que los yerros sean corregidos por la Fiscalía.

De no actuar de esta suerte, el rito surtido con posterioridad sería irregular por falta de competencia del funcionario, lesionando el principio supremo del Juez natural y en consecuencia del debido proceso. Esta es la razón para que el art. 304 del C. de P.P. consagre la incompetencia como causal de nulidad en su numeral 1°., a decretar por el funcionario que la ostente.

El instituto jurídico de la colisión de competencias se vería desnaturalizado, dado que, ninguna utilidad reportaría que el proceso fuera conocido por esta Sala, si de antemano se conoce que sería asignado al Funcionario que deriva de la resolución de acusación, forzándolo a actuar dentro de un proceso del que ha renegado su competencia, atentando contra el Juez Natural.

Así entonces, para dirimir el conflicto es necesario valorar la calificación provisional impartida por la Fiscalía, de cara a los medios de prueba, sin abordar la Sala el análisis de la materialidad de los he-

chos, ni de la responsabilidad del sujeto activo, pues de hacerlo usurparía las funciones del Ente Acusador.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Santafé de Bogotá D. C., noviembre dieciocho (18) de mil novecientos noventa y ocho (1998).

Magistrado Ponente: Dr. *Edgar Lombana Trujillo*

Proceso No. 14698

Aprobado Acta No. 173

VISTOS

Decide la Corte sobre la colisión de competencias suscitada entre un Juzgado Regional de la ciudad de Santafé de Bogotá y el Juzgado Promiscuo Municipal de Tutazá (Boyacá), dentro del proceso adelantado contra Sanín Bello Cárdenas por el delito de Lesiones Personales.

ANTECEDENTES

1. El día 24 de junio de 1997, pasado el medio día se reunieron en el estadero " El kiosco " ubicado en el Municipio de Tutazá, varias personas con el objeto de tomar el almuerzo, entre los que se cuenta el alcalde municipal Alirio de Jesús Alarcón, el procesado Sanín Bello Cárdenas, su esposa Rosa Elba Durán, su hijo Javier Ricardo Bello, Gilberto Agustín Ravelo un comerciante de la región, el profesor Carlos Arturo Gómez, el ingeniero Parmenio Rojas Calderón y quienes atendían el establecimiento Juan De Los Santos Vega y Mircya Amado Castro. Una vez terminado el almuerzo algunos de los presentes se dedicaron a tomar bebidas embriagantes. Hacia las cuatro de la tarde hizo presencia el Personero Municipal Mario Silva Sissa con el propósito de entregar al ingeniero Parmenio Rojas un oficio en el cual lo citaba, para que en su condición de interventor lo acompañara a inspeccionar una obra que se realizaba en el municipio. El señor Personero hizo entrega del oficio y como los presentes se encontraban "entonados" lo invitaron a que se tomara un trago a lo cual aceptó.

Al rededor de las seis de la tarde, sin aparente motivo, el señor Personero Municipal Mario Silva Sissa fue objeto de un disparo de arma de fuego - revólver - que le hizo en la cara el señor Sanín Bello Cárdenas y que originó según dictamen médico una incapacidad de 60 días definitiva y como secuelas presenta perturbación funcional del órgano de la visión de carácter permanente y frente a otras secuelas se sugiere valoración por otros especialistas (fl. 365 cdno 1).

ACTUACIÓN PROCESAL

La investigación se inició con base en la denuncia formulada por la señora Flor Marina Velásquez Mayorga, mediante la cual pone en conoci-

miento los hechos sucedidos en el municipio de Tutazá el 24 de junio del año anterior en los cuales resultó herido su esposo Mario Silva Sissa, Personero Municipal de esa población, decretándose la apertura de instrucción por parte de la Fiscalía 7ª Delegada ante los Juzgados Penales del Circuito de Santa Rosa de Viterbo, disponiendo, entre otras diligencias, la vinculación del señor Sanín Bello Cárdenas a quien mediante resolución de agosto 13 de 1997, se declaró persona ausente.

Mediante resolución del 22 de agosto de esa anualidad, el funcionario instructor resolvió la situación jurídica del sindicado afectándolo con medida de aseguramiento en la modalidad de Detención Preventiva por el delito de Homicidio en grado de tentativa (fl. 168).

En resolución de noviembre 7 del mismo año la Fiscalía 7ª de Santa Rosa de Viterbo, con apoyo en jurisprudencia de esta Sala de la Corte, siendo ponente el Doctor Fernando Arboleda Ripoll (auto 29 de julio de 1997), consideró que atendiendo la condición del lesionado - Personero Municipal - y más con que su presencia en el establecimiento obedecía al cumplimiento de sus funciones, como que se desplazó hasta allí para entregar un oficio al ingeniero interventor de una obra y la charla con su agresor discurrió en torno a su función como Personero el delito debe ser agravado por el ordinal 8° del artículo 324 del Código Penal (fl. 317 cdno 1), y así la competencia para continuar con la investigación es de la Fiscalía Regional con sede en Sogamoso disponiendo la remisión de las diligencias a ese Despacho que en forma inmediata dispone su envío a la Dirección Regional de Fiscalías con sede en Santafé de Bogotá, siendo asignada finalmente a la Unidad de Terrorismo.

La Fiscalía Regional a cargo decretó el cierre de la investigación procediendo a impartir la calificación sumarial, acusando a Sanín Bello Cárdenas por el delito de Lesiones Personales agravadas ocasionadas al Personero Municipal Mario Silva Sissa con motivo de sus funciones de conformidad con lo establecido en el ordinal 8° del artículo 324 del Código Penal (fl. 394 cdno 1), modificando de esta manera la adecuación típica efectuada al momento de resolver la situación jurídica.

Ejecutoriada la providencia calificatoria, el Juzgado Regional al ocuparse del estudio del proceso en orden a imprimir el trámite de la causa, decide que no es competente para conocer de la misma, por cuanto del análisis de los medios de prueba existentes no encuentra la concurrencia del ingrediente normativo referente a los fines terroristas consagrado en el numeral 8° del artículo 324 del Código Penal, ordenando, en consecuencia, el envío de las diligencias al Juzgado Penal del Circuito de Santa Rosa de Viterbo, proponiéndole colisión de competencias negativa (fl. 3 cdno 2).

En cumplimiento de lo ordenado por el Juzgado Regional, correspondió el conocimiento de la causa al Juez Primero Promiscuo del Circuito de Santa Rosa de Viterbo, quien remite las diligencias al Juzgado Promiscuo

Municipal de Tutazá por ser el competente, en atención al tipo penal imputado a Bello Cárdenas.

El Juzgado Promiscuo Municipal de Tutazá en auto de julio 7 del presente año no acepta la colisión de competencias que le atribuye el Juzgado colisionante pues del examen del proceso se destaca que los hechos se desarrollaron por la especial investidura o especiales calidades de la victima "... ya que la presencia suya en el referido kiosco obedeció a la circunstancia de la entrega de un oficio al ingeniero Parmenio Rojas, para la inspección de una obra de este municipio, más no por departir bebidas alcohólicas..." (fl. 57 cdno 2) consecuente con dicha postura ordenó el envio de las diligencias a esta Sala de la Corte para dirimir el conflicto de competencias.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

Suscitado el conflicto negativo de competencia entre un Juez Promiscuo Municipal y uno Regional, corresponde a esta Sala de la Corte entrar a dirimirlo con arreglo a lo dispuesto en el numeral 5° del artículo 68 del Código de Procedimiento Penal.

1. Interesa precisar inicialmente, que la colisión de competencias fue trabada debidamente, por cuanto los colisionantes observaron a cabalidad los requisitos previstos en el art. 99 del Código de Procedimiento Penal, exponiendo los motivos por los cuales cada uno de ellos se niegan a conocer del proceso.

Es pertinente aclarar que si bien en un comienzo el Juzgado Regional equivocadamente propuso el conflicto al Juzgado Penal del Circuito de Santa Rosa, este Despacho, con acierto, además de resaltar el yerro por economía procesal dispuso el envio del expediente al Juzgado Promiscuo Municipal, quien inicialmente no trabó el conflicto sino que regresó el expediente al Juzgado Regional para que decretara la nulidad por incompetencia, sugerencia desechada por éste al requerirlo para que trabara el conflicto de disentir de sus argumentos, como en efecto ocurrió.

2. Esta Sala de la Corte, en algunas ocasiones ha dirimido este tipo de conflictos adjudicando la competencia al Funcionario resultante de la calificación de los hechos realizada en la resolución de acusación, a quien solo faculta para decretar la nulidad de lo actuado en el momento del fallo en el supuesto de no compartirla; tésis apoyada en las funciones básicas que la preceptiva del art. 250 de la Constitución Política atribuye a la Fiscalía General de la Nación, de investigar, calificar y acusar, cuyo desconocimiento evidenciaría la lesión a las formas propias del juicio y por consiguiente al debido proceso.

Así pues, el 12 de octubre de 1994 con ponencia del Mg. Doctor Didimo Páez Velandia, la Corte dirimió la colisión de competencias suscitada entre

dos Juzgados Penales del Circuito de diferente distrito judicial, expresando:

"Dicha acusación, por tanto, proviene de autoridad competente (Fiscalía General de la Nación) y se ajusta a las formalidades legales, razón suficiente para que deba ser respetada como ley del proceso que es, máxime si se tiene en cuenta que la ejecutoria de esa providencia marca el final del sumario y el comienzo del juicio, circunstancia que en un sistema penal acusatorio como el que rige en nuestro país, determina variación de la competencia, pues la investigación que venía siendo adelantada por un fiscal pasará desde ese momento a manos del juez competente para la causa".

Y con ponencia del Magistrado Dr. Ricardo Calvete Rangel, del 24 de febrero del corriente año la Sala dijo:

"El referido funcionario se niega a fallar la causa argumentando que en el presente evento también se configura la causal de agravación prevista en el numeral 8° del art. 324 del Código Penal, por lo que de conformidad con el art. 71 del estatuto procesal el conocimiento de las diligencias correspondería a los jueces regionales, planteamiento que no puede ser aceptado, pues ocurre que dicha circunstancia no fue imputada en la resolución de acusación, la cual se encuentra ejecutoriada, y no puede ser desconocida por el sentenciador.

El juez de la causa puede abstenerse de fallar si encuentra que el proceso está viciado por alguna irregularidad que amerite la declaratoria de nulidad, como sería si advierte que se incurrió en error en la denominación jurídica, pero no puede hacerlo simplemente porque a su juicio la acusación debía comprender causales de agravación que no fueron tenidas en cuenta, ya que como se acaba de explicar, esa es una responsabilidad exclusiva del fiscal que el juzgador no puede adicionar, ni desconocer, y mucho menos tomar su propio y marginal criterio como fundamento para declararse incompetente.

La Corte ha sido reiterativa al señalar que no todos los errores que se cometan en la resolución de acusación dan lugar a nulidad, y concretamente el dejar de imputar una causal de agravación no es motivo para invalidar la acusación, y así el juez tenga una opinión diferente no puede abstenerse de sentenciar por esa razón. El Ministerio Público y los demás sujetos procesales, si lo estiman pertinente, pueden interponer los recursos que sean viables contra el proveído calificatorio, de manera que si no lo hacen no es función del juez oponerse a la decisión del fiscal para lograr que se agregue la agravante."

Y en otras decisiones ha concretado que cuando existe error en la calificación jurídica provisional, que varíe la competencia de la justicia ordinaria a la regional, debe proponerse inmediatamente la colisión de competencia, pudiendo la Corporación pronunciarse sobre la adecuación típica del hecho frente al recaudo probatorio, facultad de la que carece para ha-

cer reflexiones sobre la materialidad del hecho y responsabilidad del procesado; porque de así actuar invadiría la órbita de competencia de la Fiscalía General de la Nación. Así se tiene que:

Con ponencia del Mg. Dr. Juan Manuel Torres Fresneda, el 13 de julio de 1995, la Corte argumentó, sobre las razones aducidas por uno de los Juzgados colisionantes:

"Para nada se refiere a las razones que le ofreció el proponente, pues eludiéndolas, trató a cambio de enervar la posibilidad de que una colisión pueda plantearse siempre que medie una resolución acusatoria, dado que la firmeza del enjuiciamiento restringe toda posibilidad en ese tema a la de proferir el fallo pertinente.

De conceder razón a este segundo planteamiento, fácil resultaría concluir en que la Corte no podría terciar en esta clase de conflictos, pues si su promoción tiene como obligado presupuesto el proferimiento de una resolución de acusación que ubica el caso bajo el conocimiento de los jueces, ineludiblemente bastaría con invocarla junto con su intangibilidad para inhibir cualquier análisis sobre los factores determinantes del conocimiento.

Por el contrario, es indudable que uno de los principios fundamentales anejos al debido proceso se refiere al adelantamiento del proceso por el juez natural y competente, al punto de que la causal primera de nulidad prevista en el art. 304 del C. de P.P. apunta justamente a la falta de competencia del funcionario judicial.

Siendo ello así, necio resultaría pretender que luego de descubrir su propia incompetencia, tuviera un funcionario que proseguir indefectiblemente con el adelantamiento de un determinado asunto, solo por la necesidad de obedecer un auto calificatorio en firme, inferencia que se opondría por lo demás a los artículo 305 y 306 del Código de Procedimiento Penal cuando en su orden autorizan al funcionario para que decrete la nulidad cuando la advierta, y a las partes para que la invoquen hasta el término de traslado común para preparar la audiencia, porque de lo contrario quedaría supeditada al recurso extraordinario de casación".

En decisión del 28 de agosto de 1.995 con ponencia del Mg. Dr. Fernando Arboleda Ripoll, en caso similar dijo la Sala:

"En nuestro actual sistema procesal penal la resolución de acusación determina el juez de conocimiento y también el marco fáctico y jurídico dentro del cual debe éste moverse. De allí que se le considere ley del proceso mientras conserve su vigencia.

Precisados estos aspectos, no queda duda que el competente para conocer de esta causa, de cara a la señalada calificación sumarial y mientras ésta se mantenga, es el juez regional de la ciudad de Barranquilla, competencia que la ley le difiere por incluir el pliego de cargos un delito que es de su conocimiento.

Ahora bien, no por disentir de la resolución de acusación puede el Juez de la causa negarse a conocer del proceso pretextando incompetencia. Esto solamente puede hacerlo cuando la discrepancia recae sobre la calificación jurídica de los hechos y la que habría de darse determina cambio de competencia, verbigracia si la acusación contiene cargos por un delito de conocimiento de la justicia ordinaria y el juez considera que la calificación debió hacerse por uno de competencia de la justicia especial regional, caso en el cual está obligado a proponer la colisión negativa sin festinar decisiones sobre la validez de la actuación (art. 101 C.P.P.).

Por fuera de esa hipótesis, el juez debe asumir el conocimiento del proceso, sea cual fuere la inconformidad suya con el pliego de cargos, para, en el curso del juicio, tomar la decisión que corresponda con arreglo a las soluciones que la ley procesal le ofrece, siempre y cuando no desconozca, al menos no antes de la sentencia, la valoración jurídico probatoria que la acusación contiene en relación con la materialidad del hecho y la responsabilidad del proceso, pues, de hacerlo, suplantaría al fiscal en el ejercicio de la función acusadora que, como es bien sabido, le pertenece."

Con esta misma vocación fueron proferidas las dos decisiones del 27 de agosto de 1996 cuyos Magistrados ponentes fueron los Doctores Carlos Gálvez Argote y Carlos Mejía Escobar.

Posición ésta que ratifica hoy la Sala, en virtud a que si bien la función básica de instruir, calificar y acusar recae en la Fiscalía, si se evidencia la existencia de error en la calificación jurídica provisional de la acusación, que varíe la competencia de la Justicia Regional a la Ordinaria, o viceversa, debe el Funcionario inmediatamente proponer el conflicto para que sea resuelto por esta Corporación; situación desechada en los demás casos, en los que debe decretar la nulidad al momento de entrar el proceso para fallo, con el propósito de que los yerros sean corregidos por la Fiscalía.

De no actuar de esta suerte, el rito surtido con posterioridad sería irregular por falta de competencia del Funcionario, lesionando el principio supremo del Juez natural y en consecuencia del debido proceso. Esta es la razón para que el art. 304 del C. de P.P. consagre la incompetencia como causal de nulidad en su numeral 1o., a decretar por el funcionario que la ostente.

Ahora bien, como la controversia gravita sobre la naturaleza del injusto penal imputado, para cumplir la Corte con su cometido debe revisar si la calificación jurídica de la conducta impartida por la Fiscalía es acertada frente a los medios de convicción, porque de restringirse a adjudicarla al funcionario competente conforme a la acusación, no estaría dirimiendo materialmente la colisión, conllevando a que la nulidad sea decretada al momento del fallo, vulnerando los valores superiores que impelen a los Jueces a impartir pronta y cumplida justicia, y a preferir el derecho material sobre el formal.

Además, el instituto jurídico de la colisión de competencias se vería desnaturalizado, dado que, ninguna utilidad reportaría que el proceso fuera conocido por esta Sala, si de antemano se conoce que sería asignado al Funcionario que deriva de la resolución de acusación, forzándolo a actuar dentro de un proceso del que ha renegado su competencia, atentando contra el Juez Natural.

Así entonces, para dirimir el conflicto es necesario valorar la calificación provisional impartida por la Fiscalía, de cara a los medios de prueba, sin abordar la Sala el análisis de la materialidad de los hechos, ni de la responsabilidad del sujeto activo, pues de hacerlo usurparía las funciones del Ente Acusador.

Siendo la condición de servidor público del sujeto pasivo de la conducta la que entrega a la justicia regional la competencia, es imprescindible que la calificación jurídica del hecho se haga integralmente, sin reducirse a la sola circunstancia de agravación, en razón a que se desconocería el apotegma traducido en que lo accesorio sigue a lo principal. Ahora, con las pruebas acopiadas se patentiza que el delito cometido fue el conato de homicidio y no el de lesiones personales; basta analizar el dictamen médico legal y la historia clínica del ofendido Silva Sissa, para llegar a esa conclusión, en efecto, de ellos se deduce que la víctima recibió un impacto de arma de fuego - elemento de letal potencialidad - que afectó el maxilar superior con fractura, piso de fosa nasal, malar izquierdo, pared lateral de la órbita izquierda, fístula oronasal, lesión del nervio óptico izquierdo, luxación de la pared del cristalino izquierdo y hematoma sub conjuntival del ojo izquierdo (fls. 28, 140 y 324 c. 1), lesiones que por su potencialidad dañina conducen a calificarlas de mortales.

De otro lado, la agravante encarna como elemento normativo la necesidad de que exista relación de causalidad entre el resultado y el cargo o las funciones desempeñadas por la víctima (numeral 8° del art. 324 del Código Penal); nexo causal que en este caso no se da, toda vez que si bien la discusión previa recayó sobre actos funcionales realizados por la víctima, la intención homicida surgió intempestivamente por la actitud que en ella asumieron los protagonistas, sin que en realidad el delito haya tenido su origen en la investidura de personero que a la sazón ostentaba la víctima, y menos en el ejercicio de las funciones.

Efectivamente, en el pliego de cargos, se afirma que por haber disparado el procesado con "dolo de ímpetu", solo puede hablarse de lesiones personales, razonamiento totalmente equivocado, pues la impulsividad o "falta de reflexión "que traduce dicho ímpetu", no tiene por qué excluir la voluntad del homicida, máxime en este caso, donde el "disparo impetuoso", resulta coherente con el estado de alicoramiento de los allí presentes; por tanto es patente que la competencia recae en la justicia ordinaria.

No obstante que el Juez Primero Promiscuo del Circuito de Santa Rosa de Viterbo, no terció en la colisión, la prevalencia del derecho material sobre el mero ritualismo, y la búsqueda de una pronta y cumplida justicia, inspiran a la Sala para asignarle la competencia de este asunto, con miras a que atienda las previsiones del canon 101 del C. de P.P., ya que de decidir enviar el proceso al Juzgado Promiscuo Municipal de Tutazá, su actuar se limitaría a darle traslado al Funcionario aludido, por carecer de competencia, demorando aún más el ya dilatado procedimiento.

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:

1. DECLARAR que la competencia para conocer de este proceso corresponde al Juzgado Primero Promiscuo del Circuito de Santa Rosa de Viterbo, a quien se le enviará el expediente para lo de su cargo.

2. Copia de esta decisión se remitirá a los Juzgados Regional de Santafé de Bogotá y Promiscuo Municipal de Tutazá, para su información.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Jorge Enrique Córdoba Poveda, Fernando Arboleda Ripoll, Ricardo Calvete Rangel, Carlos Augusto Gálvez Argote, Jorge Aníbal Gómez Gallego, Edgar Lombana Trujillo, Carlos E. Mejía Escobar, Dídimo Páez Velandia, Nilson Pinilla Pinilla.

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

TERMINO

Los términos legales apuntan al orden procedimental, la igualdad entre los sujetos procesales, la preclusión de las determinaciones y etapas en el trámite y la seguridad jurídica. Otorgan a la organización judicial y a los intervinientes en el proceso la oportunidad de realizar ciertos actos y confieren firmeza a las decisiones judiciales, produciendo efectos que deben ser respetados.

De otra parte, los yerros cometidos por los servidores públicos respecto al inicio, duración o vencimiento de los términos no tienen aptitud para modificar la ley, ni sirven de excusa de actuaciones tardías de las partes, a las cuales corresponde estar atentas y llevar las cuentas respectivas.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Santafé de Bogotá, D.C., noviembre dieciocho (18) de mil novecientos noventa y ocho (1998).

Magistrado Ponente: Dr. *Nilson Pinilla Pinilla*

Proceso No. 10349

Aprobado Acta No. 173

Asunto

Debería procederse a resolver el recurso de casación interpuesto contra la sentencia del Tribunal Superior de Bucaramanga que condenó a María Dassy Ramírez Ramírez, por hurto agravado y falsedad en documento privado, si no se observara un vicio de nulidad durante el trámite de la impugnación.

Antecedentes Procesales

El Juzgado Doce Penal del Circuito de Bucaramanga el 24 de agosto de 1994 condenó a María Dassy Ramírez Ramírez, por hurto agravado y falsedad en documento privado, a 44 meses de prisión (f. 73 y Ss., cd. 2°), fallo apelado y confirmado el 21 de octubre siguiente por el Tribunal Superior de dicha ciudad.

El correspondiente edicto de notificación de la sentencia de segunda instancia fue desfijado el 2 de noviembre de 1994 y el defensor interpuso el recurso de casación dentro de los quince días siguientes, los cuales vencieron el 25 de noviembre. Mediante auto de fecha 29 del mismo mes fue concedida la impugnación, decisión notificada personalmente al Procurador Judicial y el 2 de diciembre por estado. Ejecutoriado dicho auto, a partir del 9 de diciembre de 1994 comenzó a correr el término de 30 días para formular la demanda (f. 20 v. cd. Trib.), el cual venció el 10 de febrero de 1995. La demanda de casación la presentó el defensor el 13 de los mismos mes y año (f. 31 v. ib.).

Consideraciones de la Corte

Aunque la Secretaría del Tribunal Superior de Bucaramanga dejó constancia de que el lapso de 30 días, previsto en el artículo 224 del Código de Procedimiento Penal, empezó a correr el 9 de diciembre de 1994 y vencía el 13 de febrero de 1995 (lunes), "a las 6 de la tarde, en virtud a la vacancia judicial", se observa un error en el cómputo porque añadió un día más. Basta con contar el número de días hábiles transcurridos para observar que hasta esa fecha hay 31 y que fue el 10 de febrero (viernes) cuando venció el plazo respectivo.

Los términos legales apuntan al orden procedimental, la igualdad entre los sujetos procesales, la preclusión de las determinaciones y etapas en el trámite y la seguridad jurídica. Otorgan a la organización judicial y a los intervinientes en el proceso la oportunidad de realizar ciertos actos y confieren firmeza a las decisiones judiciales, produciendo efectos que deben ser respetados.

De otra parte, los yerros cometidos por los servidores públicos respecto al inicio, duración o vencimiento de los términos no tienen aptitud para modificar la ley, ni sirven de excusa de actuaciones tardías de las partes, a las cuales corresponde estar atentas y llevar las cuentas respectivas.

Como la demanda de casación fue presentada un día después de fenecido el plazo señalado por la legislación, el recurrente dejó vencer su oportunidad, con las consecuencias procesales que ello origina, por su extemporaneidad o no presentación a tiempo. El incumplimiento de esta carga constituye uno de los eventos de deserción del recurso extraordinario, que además impone que, por violación del debido proceso, al prorrogarse por error y sin facultad legal el término vencido, se declare la nulidad de todo lo actuado a partir del traslado a los no recurrentes, el cual no podía correrse al haber precluido la oportunidad para la presentación de la demanda y, en su lugar, ha debido declararse desierto el recurso extraordinario (art. 224 C. de P. P.), por no haberse formulado tal demanda dentro del preclusivo término, establecido legalmente y no a discreción de los funcionarios judiciales.

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

RESUELVE:

1° DECRETAR la nulidad de lo actuado a partir del traslado a los no recurrentes de la demanda de casación presentada en representación de la procesada María Dassy Ramírez Ramírez.

2° DECLARAR desierto el recurso extraordinario interpuesto.

Devuélvase el expediente a la oficina de origen.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Jorge Enrique Córdoba Poveda. Fernando Arboleda Ripoll. Ricardo Calvete Rangel, Carlos Augusto Gálvez Argote. Jorge Aníbal Gómez Gallego. Edgar Lombana Trujillo. Carlos E. Mejía Escobar. Didimo Páez Velandia, no firmó; *Nilson Pinilla Pinilla.*

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

JUEZ REGIONAL-Competencia/ **PORTE ILEGAL DE ARMAS**

De conformidad con el numeral 4° del artículo 71 del Código de Procedimiento Penal a los jueces regionales corresponde, entre otros, el conocimiento de los delitos a que se refiere el Decreto 2.266 de 1991, "con la excepción del simple porte de armas de fuego de defensa personal, ...", lo que significa que son de su competencia las conductas relativas a la importación, fabricación, transporte, almacenamiento, distribución, venta, reparación y suministro de armas de fuego de defensa personal, municiones o explosivos.

Según se afirmó en decisión de julio 19 de 1996, siendo ponente quien en ésta cumple el mismo cometido, "corresponde ... tener en cuenta el contenido fundamental de la acción, esto es, la voluntad del sujeto agente, en cuanto se refiere al porte del arma y de las municiones distintas a su carga normal, recurriendo para ello a todos los elementos probatorios que permitan determinar las circunstancias temporoespaciales, anteriores, concomitantes y posteriores al hecho, la cantidad, clase e identificación de las municiones y del arma, para así, colegir si concurren inequívocamente dos acciones óntica y jurídicamente separables o a contrario sensu, se elimina esa posibilidad por surgir en forma clara la integración del necesario y normal aprovisionamiento del arma, que no ha estado dirigido a un fin diverso que el de abastecería".

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Santafé de Bogotá D.C., dieciocho (18) de noviembre de mil novecientos noventa y ocho (1998).

Magistrado Ponente: Dr. *Carlos Augusto Gálvez Argote*

Proceso No. 14726

Aprobado: Acta No. 173

VISTOS

Dirime la Sala la colisión negativa de competencias suscitada entre el Juzgado Segundo Penal del Circuito de La Dorada y uno Regional de Medellín.

ANTECEDENTES

1. El día 30 de mayo de 1995, como resultado de un retén realizado por unidades de la Fuerza Aérea en Puerto Salgar, fue capturado el señor Jesús Antonio Maya Pinto al haberse hallado dentro de su vehículo, sin salvoconducto, un revolver Smith & Wesson, calibre 38, junto con 56 cartuchos para el mismo.

2. Adelantada la respectiva investigación, la Fiscalía Seccional de Guaduas calificó su mérito mediante resolución de agosto 22 de 1.995 acusando al procesado Maya Pinto por el delito de porte ilegal de armas de que trata el Decreto 2.266 de 1991, asumiendo la subsiguiente etapa del juicio el Juzgado Segundo Penal del Circuito de La Dorada, el cual, a través de providencia de mayo 11 del año en curso, se consideró carente de competencia en cuanto habiéndose incautado un número de proyectiles que supera la carga natural del revólver también decomisado, el punible no es solamente el de porte de armas, sino además de municiones cuyo conocimiento está asignado por el artículo 71 del Código de Procedimiento Penal a los Juzgados Regionales a donde por tanto, remitió las diligencias proponiendo a la vez colisión negativa de competencias.

3. El Juzgado Regional, aceptando la colisión propuesta y declarándose también sin competencia, fundamenta su aserto en la imposibilidad de escindir las conductas de porte del arma y porte de municiones toda vez que son comportamientos que teniendo una vinculación absoluta y una conexidad evidente, el tratarlos como lo hace el juez del circuito "sería adecuar el tipo infringido dentro de las características del concurso de hechos punibles, olvidando que el porte de las municiones propias del arma queda subsumido en el porte ilegal del arma de defensa personal, por depender aquél del desarrollo que se hace de éste y ser de mayor entidad en la esfera penal".

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

1. De conformidad con el numeral 4° del artículo 71 del Código de Procedimiento Penal a los jueces regionales corresponde, entre otros, el conocimiento de los delitos a que se refiere el Decreto 2.266 de 1991, "con la excepción del simple porte de armas de fuego de defensa personal, ...", lo que significa que son de su competencia las conductas relativas a la importación, fabricación, transporte, almacenamiento, distribución, venta, reparación y suministro de armas de fuego de defensa personal, municiones o explosivos.

2. Como quiera que al acusado Maya Pinto le fue decomisada no solamente el arma de defensa personal, según se deduce de sus características y del dictamen pericial rendido en el proceso, sino además munición para la misma en cantidad de 56 proyectiles, resulta claro para la Corte

que este número no responde al concepto valorativo de carga natural integrado a la noción de arma de fuego, tal como lo viene precisando la Sala desde agosto 3 de 1995 con ponencia del Magistrado Dr. Fernando Arboleda Ripoll.

3. Por ende, según se afirmó en decisión de julio 19 de 1996, siendo ponente quien en ésta cumple el mismo cometido, "corresponde ... tener en cuenta el contenido fundamental de la acción, esto es, la voluntad del sujeto agente, en cuanto se refiere al porte del arma y de las municiones distintas a su carga normal, recurriendo para ello a todos los elementos probatorios que permitan determinar las circunstancias temporo-espaciales, anteriores, concomitantes y posteriores al hecho, la cantidad, clase e identificación de las municiones y del arma, para así, colegir si concurren inequívocamente dos acciones óntica y jurídicamente separables o a contrario sensu, se elimina esa posibilidad por surgir en forma clara la integración del necesario y normal aprovisionamiento del arma, que no ha estado dirigido a un fin diverso que el de abastecerla".

En consecuencia, las circunstancias en que se produjo el decomiso, las explicaciones del propio procesado, la clase de arma incautada y el número de proyectiles conducen a la inequívoca conclusión de que la conducta no fue solamente la de porte de arma de defensa personal, sino también la de porte de municiones de la cual deviene, sin duda alguna, la competencia del Juez Regional de Medellín a donde, se remitirá el expediente para que con sujeción al debido proceso asuma su conocimiento tomando las decisiones a que haya lugar y que consulten las normas relativas a competencia para instruir, calificar y acusar ante dichos despachos judiciales.

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

RESUELVE:

1. ASIGNAR la competencia para conocer de este asunto al Juzgado Regional de Medellín. Por Secretaría de la Sala remítasele el expediente.

2. Por la misma Secretaría expídase copia de esta decisión y envíese al Juzgado Segundo Penal del Circuito de La Dorada, para su información.

Cópiese, devuélvase y cúmplase.

Jorge Enrique Córdoba Poveda, Fernando Arboleda Ripoll, Ricardo Calvete Rangel, Carlos Augusto Gálvez Argote, Jorge Aníbal Gómez Gallego, Edgar Lombana Trujillo, Carlos E. Mejía Escobar, Dídimo Páez Velandia, Nilson Pinilla Pinilla.

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

CAMBIO DE RADICACION

Una vez más debe reiterar la Sala que el cambio de radicación de un proceso penal, como excepción a las reglas de competencia por el factor territorial, procede cuando se acredita, en debida forma, que en el lugar en donde se ventilan las diligencias existen 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, tal como lo contempla el artículo 83 del Código de Procedimiento Penal.

Igualmente se ha dicho que la labor del peticionario habrá de consistir en demostrar, de manera clara y evidente, cualesquiera de las circunstancias anteriormente citadas para que la Corte, en cumplimiento de lo normado en el numeral 8° del artículo 68 de la misma obra, se pronuncie sobre la viabilidad o no del cambio de radicación solicitado.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Santafé de Bogotá, D.C., veintitrés (23) de noviembre de mil novecientos noventa y ocho (1998).

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

Proceso No. 14940

Aprobado Acta No. 177

Vistos

Resuelve: La Corte la solicitud de cambio de radicación que ha elevado la procesada, doctora Gloria Suárez de Castellanos, en el diligenciamiento que cursa en su contra por los delitos de invasión de tierras y hurto.

Fundamentos de la Petición

La doctora Gloria Suárez de Castellanos solicita el cambio de radicación del proceso que en su contra se adelanta en el Juzgado Promiscuo Municipal de Anapoima (Cundinamarca), ya que, en su criterio, concurren las circunstancias previstas en los artículos "83 y concordantes" del Código de Procedimiento Penal.

Como sustento de su petición, relata una serie de circunstancias que han ocurrido tanto dentro como fuera del citado proceso, las que pueden sintetizarse así:

Arguye que el día 4 de agosto del año en curso, recibió una llamada del señor José Agustín Niño Sastoque, en la cual le exigió la entrega del predio en litigio, dándole para el efecto un término perentorio, además de que le recordó las personas que han muerto en el municipio de La Mesa, "tales como el hermano del señor Emigdio Pérez, según su comentario, en la finca Teodoberta le quitaron la cabeza, y el fallecimiento reciente del Dr. Elser Torres en la misma región, de quien dijo textualmente: 'El abogado Elser Torres que se dejó ganar la diligencia de lanzamiento en la finca, también murió'. Yo le pregunté ¿murió? y él me contestó como con risa: 'Lo mataron hace como mes y medio, ahí van cayendo".

Las anteriores expresiones, a su juicio, constituyen una amenaza o extorsión con el fin de que entregue la finca, la cual no es suya ni del citado señor.

Asevera que en el expediente consta que José Agustín Niño Sastoque fue a la finca a sacar a la entonces cuidandera y haber disparado un arma de fuego, lo que no ha sido objeto de investigación por parte de la justicia.

Señala que la querella por ocupación de hecho instaurada en la alcaldía de La Mesa se soportó en documentos falsos y afirmaciones calumniosas, "sobre la cual los funcionarios que conocieron, DENEGARON JUSTICIA".

Igualmente, dice que el accidente de tránsito que le ocurrió el 9 de septiembre de 1990 entre Santafé de Bogotá y La Mesa, le impidió hacer entrega del predio a la legítima propietaria, quien le iba a cancelar "el dinero gastado en su cuidado y recuperación mediante la compra de la posesión a los señores Luis Ernesto Castillo y Ana Joaquina Suárez. Este es un hecho de público conocimiento, no obstante lo cual, allego la prueba suministrada por la Clínica Palermo".

Manifiesta que de la explicación dada por el señor Luis Ernesto Castillo en la diligencia de indagatoria, rendida ante el Juzgado Penal Municipal de La Mesa, se deduce que existe un propósito "de proceder contra mí, es claro. Lo considero una causal válida y una razón más para solicitar el cambio de radicación del proceso".

De otra parte, refiere que lo expuesto hasta ahora "encaja perfectamente dentro de los presupuestos de la norma invocada, porque afectan el orden público, la imparcialidad o la independencia de la administración de justicia y las garantías procesales", éstas últimas claramente transgredidas dentro del proceso penal por parte del Fiscal Delegado ante los Tribunales de Santafé de Bogotá y Cundinamarca, "quien por alguna circunstancia que advertimos, pero que desconocemos, sin restricción al-

guna se limitó a acoplar todo cuanto el abogado recurrente manifestó en su escrito de alzada para revocar y, en su lugar, proferir resolución acusatoria..."

Luego de reseñar desde su personal óptica la historia del inmueble respecto a su propietario, solicita que el proceso que en su contra se adelanta sea trasladado a un juez de Santafé de Bogotá, por cuanto en esta ciudad tiene su residencia y goza de mayor número de garantías procesales.

Aporta como pruebas unas fotocopias de varias escrituras públicas y otros documentos.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

Una vez más debe reiterar la Sala que el cambio de radicación de un proceso penal, como excepción a las reglas de competencia por el factor territorial, procede cuando se acredita, en debida forma, que en el lugar en donde se ventilan las diligencias existen 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, tal como lo contempla el artículo 83 del Código de Procedimiento Penal.

Igualmente se ha dicho que la labor del peticionario habrá de consistir en demostrar, de manera clara y evidente, cualesquiera de las circunstancias anteriormente citadas para que la Corte, en cumplimiento de lo normado en el numeral 8° del artículo 68 de la misma obra, se pronuncie sobre la viabilidad o no del cambio de radicación solicitado.

Planteadas así las cosas, se advierte fácilmente que el escrito presentando por la solicitante, doctora Gloria Isabel Suárez de Castellanos, no contiene claras y definidas explicaciones que le permitan a la Corte concluir en el necesario cambio de radicación del diligenciamiento que en su contra se adelanta.

En efecto, los argumentos que exhibe la memorialista consisten en haber recibido una llamada amenazante por parte del señor Niño Sastoque buscando la devolución de un predio; el haber ido a la finca el citado ciudadano a "sacar a la cuidandera y a sus hijos" por medio de disparos de arma de fuego; la denegación de justicia que se presentó en la tramitación de la querella instaurada ante la alcaldía de La Mesa por ocupación de hecho; el accidente de tránsito que sufrió; las manifestaciones que hizo un coprocesado en la diligencia de ampliación de indagatoria, las cuales tilda de amenazantes; la decisión que adoptó el fiscal de segunda instancia al proferir resolución de acusación en contra de los sindicados y la falta de garantías procesales en razón a que José Agustín Nieto Moreno no es querellante legítimo.

Todas estas circunstancias, a su juicio, se enmarcan dentro de las causales que estableció el legislador para solicitar el cambio de radicación del proceso penal. Sin embargo, examinadas y cotejadas con las pruebas aportadas, no observa la Corte que las mismas configuren los motivos para adoptar decisión favorable a la solicitud.

Sin entrar a calificar de reales o no tales denuncias, lo cierto es que la peticionaria no demostró cómo tales circunstancias tienen incidencia y pueden afectar el orden público de la región, la imparcialidad o la independencia de la justicia o las garantías procesales, observándose que en el relato de la mayoría de ellas guarda silencio respecto de la actuación con relación a la cual pretende el cambio de radicación.

De otra parte, que el fiscal de segunda instancia hubiese revocado la preclusión para, en su lugar, proferir resolución de acusación, y que el señor Nieto Moreno no sea querellante legítimo, son aspectos procesales que no solo carecen del alcance establecido por la ley frente al cambio de radicación, sino que deben, por su naturaleza jurídica, discutirse al interior del diligenciamiento conforme a los instrumentos que para el efecto consagra la ley.

En conclusión, como la procesada se quedó en el simple señalamiento de las citadas irregularidades, sin entrar a demostrar la incidencia de las mismas frente a las causales en que se soporta su petición, la Sala no accederá a la misma.

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

RESUELVE:

NO CONCEDER el cambio de radicación del proceso que se adelanta en el Juzgado Promiscuo Municipal de Anapoima (Cund.), solicitado por la doctora Gloria Isabel Suárez de Castellanos.

Notifíquese y cúmplase.

Jorge Enrique Córdoba Poveda, Fernando Arboleda Ripoll, Ricardo Calvete Rangel, Carlos Augusto Gálvez Argote, Jorge Aníbal Gómez Gallego, Edgar Lombana Trujillo, Carlos E. Mejía Escobar, Didimo Páez Velandia, Nilson Pinilla Pinilla.

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

INDICIO

1. Por su naturaleza y estructura complejas y sus características como medio probatorio, los indicios que necesariamente son la resultante del juicio lógico que se consolida a partir de la verdad revelada en un hecho conocido, esto es que se funda básicamente en una prueba objetivamente cierta y que sirve para argumentar otro hecho ignorado, imponen una correlación valorativa conjunta determinada por el vínculo de concordancia y convergencia a través del cual se logra que la inferencia pase de la probabilidad a la certeza.

2. Debido a esta conformación interdependiente de la prueba indiciaria y al hecho de que mediante ella el procedimiento que debe emplearse en la búsqueda de la verdad es diverso del que comúnmente se utiliza cuando es descubierta a través de elementos persuasivos de distinto origen y características, ha distinguido la jurisprudencia de la Sala con estricta sujeción al fundamento teórico y legal del extraordinario recurso, que en materia casacional depende la orientación del ataque al fallo recaído sobre este medio de si el cuestionamiento se dirige contra el hecho indicador, lo cual implica censurar directamente las probanzas que lo sustentan, esto es, la fuente indiciaria misma, que debe hacerse a través de la proposición de errores de hecho y de derecho en los distintos falsos juicios que teóricamente se admiten, o si por el contrario es la inferencia el objeto del reparo, caso en el cual por faltarse a un razonamiento válido para inferir el indicio o lo que es igual por alterarse el curso de la inferencia al extremo de desconocerse los principios lógicos y las reglas de la experiencia, se culmina tergiversando su sentido, es propio de este defecto en el análisis acudir al error de hecho pero por falso juicio de identidad.

Por la complejidad que de suyo presenta la valoración de los juicios lógicos elaborados por el juez con miras a descubrir la verdad, máxime cuando sólo ante un evidente desconocimiento de las leyes de la experiencia, la ciencia y la racionalidad se hace posible su cuestionamiento, ha destacado en múltiples oportunidades la Corte las dificultades que tiene el ataque casacional de este extremo de la prueba indiciaria, pues en la mayoría de los casos, a la dialéctica del

sentenciador suelen anteponerse los subjetivos criterios apreciativos del demandante.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Santafé de Bogotá, D.C., veintitrés (23) de noviembre de mil novecientos noventa y ocho (1998).

Magistrado Ponente: Dr. *Carlos Augusto Gálvez Argote*

Proceso No. 10998

Aprobado Acta No. 177

VISTOS

Resolverá la Sala el recurso extraordinario de casación interpuesto por el defensor del procesado José Tito Rodríguez Calderón (a. Tito Jay Risner), contra la sentencia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cartagena de fecha 20 de abril de 1995, que confirmó el fallo de primera instancia pronunciado por el Juzgado Sexto Penal del Circuito de la misma ciudad el 9 de diciembre de 1994, por medio del cual se impuso a este procesado y a Jairo Hernández Pachón la pena principal de 20 y 10 años de prisión como determinador y cómplice, respectivamente, del delito de homicidio agravado.

HECHOS Y ACTUACIÓN PROCESAL

El 4 de julio de 1990 a eso de las seis y treinta minutos de la tarde, cuando la señora Patricia Gómez de Risner regresaba acompañada de su progenitora de dar un paseo por la ciudad de Cartagena, a donde había llegado procedente de esta capital después de viajar de vacaciones desde los Estados Unidos de Norteamérica en compañía de su esposo José Tito Rodríguez Calderón (a. Tito Jay Risner) y sus dos pequeños hijos, frente al Edificio "El Mirador" ubicado en el sector de "El Laguito", fue sorpresivamente abordada por un hombre, quien después se estableció respondía al nombre de Raúl Ramírez Montoya, recibiendo de éste un disparo en la cabeza que le produjo la muerte en forma instantánea.

De estos hechos, conoció inicialmente el Juzgado Cuarto de Instrucción Criminal de Cartagena, vinculando mediante indagatoria a Raúl Ramírez Montoya y Yolanda Zuluaga Vélez, quienes habrían sido aprehendidos por los policiales Iván Herazo Acevedo y Julio César Durango Miranda en los instantes posteriores a la comisión del punible, calificándose el mérito del proceso después de allegarse al mismo prueba de distinta índole, mediante resolución acusatoria por el delito de homicidio, fechada el 21 de mayo de 1.991, que confirmó el Tribunal Superior el 17 de octubre posterior (fl. 115 c.o.1).

Como de las diligencias adelantadas se infería la eventual participación en el delito contra la vida de otras personas, concretamente los infor-

mes policiales que daban cuenta de la actitud del cónyuge de la víctima cuando pese a ya estar enterado de su fallecimiento, citado al día siguiente a las instalaciones de la SIJIN manifestó desconocer los motivos de su declaración (fl. 9 c.o.1), y la afirmación que en su indagatoria hiciera el procesado Ramírez Montoya, según la cual "frente al Hotel estaba el esposo de Patricia Gómez de Risner cuando ocurrieron los hechos", pudiendo por consiguiente corroborar que una persona distinta a él habría sido quien accionó el arma de fuego (fl. 29 c.o.1), de donde para el Juez se desprendía claramente que el hecho no fue fortuito "sino premeditado en el que tiene mucho que ver el señor Tito Jay Risner" (fl. 110 c.o.1), en este proveído se ordenó compulsar copias de todo lo actuado, incluyéndose dentro de éstas la comunicación remitida al Juez el 31 de agosto de 1991 por Annette Vanden Broek como representante para América Latina de la Agencia de Investigación de Seguros Internacional "First Field Investigative Services IND. Firts International. Coles Reports", en la que se informa sobre la cobertura del seguro de vida con el que contaba la occisa y de conformidad con el cual "Las cinco compañías que nosotros representamos, han expedido pólizas por un gran total aproximado de U.S. $1'730.000.oo [$1.121'040.000.oo pesos mcte), para el esposo de la muerta, el señor TITO RISNER, designado como beneficiario" (fl. 116 c.o.1).

Siendo competente para ello, de inmediato el mismo Juez instructor que venía tramitando el proceso, por auto del 12 de diciembre decidió abrir la investigación (fl. 173.c.o.1), vinculando como personas ausentes a Tito Jay Risner y a Jairo Hernández Pachón que se estableció era sobrino de aquél y quien sirviera de contacto con los autores materiales del hecho, habiéndose hospedado con éstos en el "Hotel Bellavista" de Cartagena, de acuerdo con los distintos libros de registro y cancelado todos los gastos de sostenimiento mientras permanecieron en la ciudad (fl. 118 c.o.1), resolviéndoseles su situación jurídica con medida de aseguramiento de detención preventiva por el delito de homicidio, mediante resoluciones de 22 de febrero (fl. 215 c.o.2) y 13 de julio de 1.993 (fl. 273 c.o.2), respectivamente.

Practicada abundante prueba de distinta naturaleza como testimonial y documental, la Fiscalía 21 Seccional de Cartagena que para dicho momento era la que adelantaba la investigación, calificó su mérito mediante resolución acusatoria proferida contra Rodríguez Calderón como determinador del homicidio de su esposa, la señora Patricia Gómez de Risner y como cómplice de este mismo hecho a Jairo Hernández Pachón (fl. 344 c.o. 2).

Ejecutoriado el calificatorio el 16 de enero de 1994, esto es, al quedar en firme el auto mediante el cual se declaró desierto el recurso de apelación impetrado contra dicho proveído (fl. 380 c.o. 2) el Juzgado Sexto Penal del Circuito abrió el juicio a pruebas, practicándose aquellas solicitadas por los distintos sujetos procesales, siendo allegada al proceso fotocopia de

la tarjeta decadactilar perteneciente a José Tito Rodríguez Calderón (a. Tito Jay Risner), natural de Anzoátegui (Tol.) a donde habría nacido el 6 de febrero de 1944 y de estado civil casado (fl 561 c.o.3), y disponiéndose enseguida la realización de la audiencia pública, en cuyo trámite fueron traducidos diversos documentos contentivos de la investigación adelantada por la "First International" que fueran remitidos al juéz *a quo*, profiriéndose las sentencias de primera y segunda instancias en los términos señalados en precedencia.

DEMANDA

Cargo único

Con sustento en el cuerpo segundo de la causal primera del artículo 220 del Código de Procedimiento Penal, un solo cargo propone el defensor de Rodríguez Calderón contra el fallo impugnado, por haber incurrido el sentenciador en diversos errores de hecho al momento de deducir los indicios que le sirvieron de fundamento para proferir la condena.

Refiere en primer término que el fallador no tuvo en cuenta "yerro de existencia", que Rodríguez Calderón "no iba a ser tan irracional de escoger el propio umbral de la vivienda familiar para asesinar (por determinación suya) a su cónyuge", pues, sostiene, "resulta francamente ilógico" que pese a poder realizar el hecho en "cualquier otra parte", como en los Estados Unidos siendo "mejor, todavía para él", lo haya venido a hacer "delante de todo el mundo...incluso de policías", apreciación que entiende "excluye, de suyo, la responsabilidad de Rodríguez Calderón en la muerte de su esposa".

Habría ignorado también el fallador "segundo error de existencia", que de acuerdo con la constancia obrante al folio 277 del proceso, los beneficiarios del millonario seguro de vida eran "sus menores hijos y el procesado", lo que desvirtúa el móvil que sobre esta base se pretendió establecer, perdiendo así toda incidencia en su "responsabilidad".

En tercer lugar, no habría tenido en cuenta el Tribunal que el testigo Antonio Rafael Porras Gutiérrez, afirmó que "la pareja homicida" habló con "la pareja víctima", lo que entiende "toma ilógica la determinación" que se le atribuye a su defendido, pues a contrario sensu, resulta "lógico" que si se trataba en verdad de sicarios, habrían tenido plenamente identificada a la víctima.

Ahora, poniendo de presente que de conformidad con lo dispuesto por el artículo 300 del Estatuto Procesal Penal, el indicio parte de un hecho indicador del cual se infiere lógicamente la existencia de otro y que de acuerdo con la jurisprudencia de la Sala cuando se "rompe dicha lógica", se incurre en falso juicio de identidad, bajo este supuesto, procede a enunciar otros errores de hecho, así:

El sentenciador tomó como "hecho indicador" la "actitud extraña" del procesado al pretender que no se siguiera una investigación por la muerte de su esposa y él viajar a los Estados Unidos al otro día de producirse sus funerales, perdiéndose de vista que el "ser humano es insondable en sus comportamientos" y que por tratarse de una persona que residía en el exterior esa "cultura" resultaba diversa por sus valores y sentimientos "a la del habitante latinoamericano o 'subdesarrollado'", por lo que "no puede un Juez Colombiano pretender que seres de otras culturas y valores actúen 'a su imagen y semejanza', con idénticos parámetros a los que moverán a una persona latinoamericana".

En el mismo sentido, acota, la decisión de "irse del país" fue la que estimó mejor para él y sus menores hijos, seguramente pensando que "con este alejamiento material quizás vendría también el alejamiento espiritual", en fin, concluye interrogándose, si acaso la investigación penal "le regresaría a Patricia al mundo de los vivos?".

Ahora, respecto a la mención que el autor material del homicidio hiciera de Rodríguez Calderón y que para el Tribunal compromete a éste en el hecho punible, sostiene el actor que tal apreciación "falta a la lógica" pues lo verdaderamente "racional" es entender que se trató de un mecanismo de defensa empleado por aquél al señalar en su apoyo a alguien que estaba libre de sospecha, como lo era el esposo de la víctima.

La anterior hipótesis explicativa del porqué Ramírez Montoya mencionó a su representado, asegura, sirve también para responder el indicio fundado en el hecho de ser Hernández Pachón consanguíneo del procesado, pues "no tenemos que responder por lo que hagan o dejen de hacer nuestros parientes: esto es de una logicidad suma" y si bien aquél pudo planear el homicidio, esta intervención delictual habría sido desconocida por Rodríguez Calderón.

Finalmente, sobre la "doble identidad" que se dice asumió el procesado, enfatiza el actor que Rodríguez Calderón vive fuera del país desde hace 25 años, lo que hacía "lógico" que procediera a cambiar su nombre y en su lugar "ilógico" que dicho cambio se hubiera producido teniendo como meta el asesinato de su esposa máxime cuando la toma del seguro de vida también fue muy posterior a su nueva identidad.

Con base en lo expuesto y advirtiendo previamente que por estar edificada la sentencia exclusivamente en prueba indiciaria "el sentenciador debe ser extremadamente cauto y prudente, pues la equivocidad inherente a muchos hechos-fuente entraña un aterrador peligro de que se condene a un inocente", solicita se case el fallo absolviendo a su procurado, pues con los argumentos dados el proceso arroja como mínimo la duda que conduce a dicha decisión.

ALEGATO DE LA PARTE CIVIL COMO NO RECURRENTE

Para el representante de la parte civil, no tienen fundamento los distintos errores de hecho propuestos por el defensor del procesado Rodríguez Calderón, en razón a que en ningún yerro de esta índole habría incurrido el sentenciador, lo que por anticipado lo lleva a solicitar se deseche el recurso extraordinario interpuesto.

De este modo, sobre los yerros de existencia, se ocupa en primer término del referido al hecho de que no habría sido tan "irracional" el procesado como para venir hasta nuestro país a cometer el homicidio o hacerlo al frente del lugar en que se encontraban residenciados en dicho momento, estimando que el argumento no resulta en manera alguna claro, pues obviamente dentro del plan criminal concebido no estaba que se producirían capturas ni por supuesto, que a partir de ellas podría surgir una incriminación en contra de aquél; tampoco concurre error alguno en considerar que el móvil económico signó la realización del punible, habida cuenta de los cuantiosos seguros adquiridos, pues efectivamente el primer beneficiario lo era el propio procesado, siendo quien por demás tenía la patria potestad sobre sus hijos; mucho menos estima concurrente el error relativo a no haberse considerado la versión de un testigo que creyó observar la existencia de una previa conversación entre victimarios y víctima, pues con nitidez el proceso demostró que el ataque fue sorpresivo y que, desde luego, en ningún momento medió comunicación entre aquéllos antes de producirse el disparo letal.

Para el no recurrente tampoco le asiste razón al actor en las acusaciones por falso juicio de identidad propuestas, de acuerdo con los siguientes motivos:

En primer término, sobre la asimilación de una cultura distinta por parte del procesado que lo habría llevado a sugerir a la familia de su esposa que no se promoviera la investigación penal y su rápido abandono del país, además de replicar el hecho de que precisamente estando ya adulto fue que viajó fuera de Colombia teniendo que haber reconocido los valores propios, enfatiza la parte civil que en cualquier sociedad del mundo lo normal es que se propugnara por averiguar hasta sus últimas consecuencias la muerte de una persona, más aún cuando se trata de un familiar cercano; también estima inane el reparo relacionado con el hecho de que Ramírez Montoya refiriera como testigo del homicidio a Rodríguez Calderón, pues al contrario de lo argumentado por el actor respecto a que se trató de una simple coartada, lo que este hecho traduce como acertadamente lo entendió el Tribunal, es que se conocían con anterioridad; en iguales condiciones estaría la impugnación referente al indicio derivado del parentesco existente entre los coprocesados, el que entiende como correctamente apreciado "porque demostrada la intervención de Hernández Pachón en la forma establecida en autos de acompañar a los autores ma-

teriales, alojarse con estos y proveer los gastos necesarios, resultaría extraña e inexplicable su actuación, con conocimiento pleno de las actividades de su pariente Rodríguez Calderón y de su familia, si no es por su relación directa con éste y su conexión con los hechos"; por último, si bien es cierto que Rodríguez Calderón se habría cambiado su nombre hace varios años y no precisamente con ocasión de punible, como tampoco después de tomar los seguros de vida, lo verdaderamente relevante es que este hecho, sin motivos que lo justifiquen siempre le fue ocultado a su esposa.

En consecuencia, al no concurrir ninguno de los errores acusados, y siendo que "Por el contrario, las pruebas indiciarias, con plena demostración, subsisten totalmente en su validez y llevan en conjunto a la conclusión de responsabilidad declarada por los falladores", pide se rechace la solicitud de "invalidación de la sentencia".

Concepto del Procurador Primero Delegado en lo Penal

Para el representante del Ministerio Público, los planteamientos que en el caso concreto hace el casacionista revelan una disparidad de criterios sobre aspectos probatorios que conocidos y admitidos en el proceso dentro del serio análisis conjunto que de ellos hiciera el Tribunal, arrojaron por su concordancia y convergencia el mérito suficiente para tener al procesado como determinador de la muerte de su esposa, sin que desde luego este criterio pueda ser atacado en casación bajo un esquema de simple confrontación apreciativa de las pruebas, lo que conduce a solicitar con base en los siguientes fundamentos el rechazo de sus pretensiones.

Frente al primer error de hecho y no obstante la anterior premisa, parte el Ministerio Público de reconocer que efectivamente pudo el sentenciador no haber tenido en cuenta que resultaba "ilógico" que el procesado determinara la muerte de su esposa frente a su propia residencia, lo que en todo caso explica empleando para ello varios supuestos hipotéticos.

Así, por el comportamiento que la hermana de la víctima Gloria Gómez dijo asumió el procesado en la tarde de autos, esto es que insistentemente se paseó por las ventanas desde donde se podía observar la calle, dice, se entiende que el "sujeto agente necesitaba verificar personalmente la ocurrencia efectiva del hecho"; pero también pudo perpetrarse el homicidio en ese sitio por no haber tenido los sicarios "otra oportunidad" para hacerlo; o, finalmente porque precisamente allí se preocuparían más por la víctima que por la captura de los autores.

Sobre el aspecto atinente a quién era el beneficiario de los millonarios seguros de vida, destaca cómo la constancia obrante al folio 116 señala directamente al procesado, además de que si el mayor porcentaje no le

habría correspondido, esto se debe al resultado que arrojaron las investigaciones adelantadas por las diferentes compañías de seguros.

Con respecto a la declaración de Antonio Rafael Porras Gutiérrez, de creer haber observado un intercambio de palabras entre la víctima y los homicidas, es evidente que lo dicho por aquél fue lo que le pareció ver desde el lugar distante en que se hallaba y sin escuchar nada, pues quien directamente estuvo en la escena de los hechos, como lo fue la señora Lastenia Meléndez de Gómez, enfáticamente demuestra que de ninguna manera existió conversación entre aquéllos.

Ahora, en lo tocante a los presuntos errores de hecho por falso juicio de identidad propuestos, responde en primer término el que tiene que ver con la conducta asumida por el procesado en los minutos y días posteriores a la comisión del delito, para descartar las afirmaciones defensivas del demandante que pretenden justificarla, pues para el Procurador Delegado su rápida salida del país se debió precisamente al ánimo de eludir cualquier explicación a las autoridades sobre su doble identidad, su anterior estado civil, la relación de parentesco con Hernández Pachón, su conducta previa y postrer a los hechos, la mención que como testigo a favor de él hiciera el homicida Ramírez Montoya, etc.

Tampoco resulta admisible su origen o costumbres como motivo para pretender que se obviara cualquier investigación, toda vez que probado quedó que era originario de nuestro propio país, como bien lo resaltó el Tribunal y mucho menos puede justificarse su proceder como respuesta al supuesto estado de alteración emocional del acusado, pues además de no obrar ninguna constancia procesal sobre el mismo, cuando llegó a los Estados Unidos su única y exclusiva preocupación lo fue por el cobro del seguro de vida.

En lo concerniente con el señalamiento que de Rodríguez Calderón hiciera el homicida y que para el actor es perfectamente lógico como medio defensivo, estima el Delegado que sólo tiene explicación en el entendido de que se conocieran con anterioridad, pues no es comprensible que con tanta seguridad Ramírez Montoya sostuviera que aquél estaba en capacidad de declarar que él era ajeno al crimen.

A su turno, sobre el parentesco existente entre Rodríguez Calderón y Hernández Pachón, que entiende el censor no puede conducir a responsabilizar al primero por la conducta de este último, en concepto del Procurador, esto sería admisible siempre y cuando no existiese una cadena indiciaria tan sólida sobre la determinación en el crimen por parte del primero y la colaboración que para su realización prestó el segundo, pues además de que llegaron en la misma fecha a la ciudad de Cartagena, Hernández Pachón abandona justamente algunas horas antes de los hechos el hotel en el cual se hospedaba junto con los homicidas, habiendo

incluso sostenido "relaciones íntimas con la procesada Yolanda Zuluaga, según lo informara ella misma desde un comienzo" en su indagatoria.

En lo atinente con la "doble identidad" del procesado, tal y como lo hiciera el fallador, se pregunta el Delegado si este hecho no tuviera directa relación con el homicidio y un gran vínculo con el proceder de Rodríguez Calderón, cuál habría sido el motivo para mantenlo oculto a su esposa?

Con base en lo anterior, solicita, finalmente, no casar la sentencia impugnada.

CONSIDERACIONES

1. Por su naturaleza y estructura complejas y sus características como medio probatorio, los indicios que necesariamente son la resultante del juicio lógico que se consolida a partir de la verdad revelada en un hecho conocido, esto es que se funda básicamente en una prueba objetivamente cierta y que sirve para argumentar otro hecho ignorado, imponen una correlación valorativa conjunta determinada por el vínculo de concordancia y convergencia a través del cual se logra que la inferencia pase de la probabilidad a la certeza.

2. Debido a esta conformación interdependiente de la prueba indiciaria y al hecho de que mediante ella el procedimiento que debe emplearse en la búsqueda de la verdad es diverso del que comúnmente se utiliza cuando es descubierta a través de elementos persuasivos de distinto origen y características, ha distinguido la jurisprudencia de la Sala con estricta sujeción al fundamento teórico y legal del extraordinario recurso, que en materia casacional depende la orientación del ataque al fallo recaído sobre este medio de si el cuestionamiento se dirige contra el hecho indicador, lo cual implica censurar directamente las probanzas que lo sustentan, esto es, la fuente indiciaria misma, que debe hacerse a través de la proposición de errores de hecho y de derecho en los distintos falsos juicios que teóricamente se admiten, o si por el contrario es la inferencia el objeto del reparo, caso en el cual por faltarse a un razonamiento válido para inferir el indicio o lo que es igual por alterarse el curso de la inferencia al extremo de desconocerse los principios lógicos y las reglas de la experiencia, se culmina tergiversando su sentido, es propio de este defecto en el análisis acudir al error de hecho pero por falso juicio de identidad.

3. Así, en aparente cumplimiento de estos derroteros técnicos, el defensor de Rodríguez Calderón sustenta un único cargo contra la sentencia impugnada, proponiendo de una parte diversos errores de hecho por falso juicio de existencia por omisión probatoria y de otra, yerros de igual naturaleza pero por falso juicio de identidad, estos últimos con el objeto de demostrar la ilogicidad manifiesta de los distintos indicios en que básicamente se fundó el fallo.

4: Como yerro de existencia califica el actor el hecho de que el fallador no hubiese tenido en cuenta que el procesado "no iba a ser tan irracional de escoger el propio umbral de la vivienda familiar" para cometer el delito, lo que en concepto suyo habría podido hacer en lugar distinto, incluso en los Estados Unidos en donde residían y mucho menos que el homicidio se produjera, inclusive, en presencia de agentes del orden.

Este alegato, en manera alguna corresponde al falso juicio de existencia por omisión probatoria enunciado, pues siendo que se afirma el desconocimiento de la materialidad de la prueba, inexorable resultaba para el actor individualizar el medio que en su tangible realidad fue ignorado por el sentenciador, al ser esta la única posibilidad de establecer el fundamento en que se apoya el reparo.

No obstante, suple el censor la concreción de la prueba presuntamente omitida, por una típica especulación argumental que parte de lo que en su "lógica" habría podido concebir el procesado como más seguro a la realización del crimen de su esposa, empleando para ello un criterio ex post al hecho, que hace "irracional" e "ilógico" a partir de la captura de los autores materiales la manera como el mismo se llevó a cabo, en donde hasta la presencia casual de los agentes del orden surge como un elemento adverso al devenir racional de los sucesos.

En verdad, y al margen de la falta de relación existente entre el error acusado y su desarrollo, lo que constituye motivo suficiente para desecharlo, importa a la Sala destacar que si se parte de la base, como procede el actor, de que Rodríguez Calderón (a. Tito Jay Risner) fue el instigador de la muerte de la señora Patricia Gómez de Risner, surge perfectamente claro entender que fuera de todo cálculo habría estado en la mente de los criminales que la casual presencia de los agentes del orden Herazo Acevedo y Durango Miranda propiciaría la captura de los materiales intervinientes en el hecho y a través suyo del descubrimiento de los inductores, por lo que ni siquiera como una hipotética reflexión el argumento del recurrente resultaría aceptable.

5. También como yerro de existencia afirma el censor que el sentenciador habría ignorado que de acuerdo con la constancia obrante al folio 277 del proceso, los beneficiarios del millonario seguro de vida eran "sus menores hijos y el procesado", con lo cual se desvirtúa, en su criterio, el móvil delictivo construido sobre este hecho y la consiguiente responsabilidad de Rodríguez Calderón.

En la medida en que las sentencias de primera y segunda instancia se fundamentaron en copiosa prueba indiciaria, valiéndose como hecho indicador con miras a construir el indicio de móvil, de las informaciones en que se da cuenta de la existencia de cuantiosos seguros de vida tomados por "Risner" en favor de su esposa, fácilmente se constata que las diversas

comunicaciones obrantes en el proceso sobre el particular, efectivamente habrían sido valoradas por el juzgador, con lo cual se descarta por infundado el error de omisión propuesto.

Así, se refirió en primer término el Juzgado Sexto Penal del Circuito, a la misiva remitida el 30 de agosto de 1991 ante el juez instructor de Cartagena por la señora Annette Vanden Broek, en su condición de representante para América Latina de la Agencia de Investigación de Seguros Internacional "First Field Investigative Services IND. Firts International. Coles Reports", en la que informara sobre la existencia de 5 pólizas contratadas con distintas compañías de seguros por parte del señor "Risner", en una cuantía superior al millón y medio de dólares, apareciendo en todas ellas éste como su beneficiario.

Pero también en el propósito de fortalecer tal indicio, relacionó el *a quo* específicamente la información contenida en la comunicación obrante al folio 277 a que se refiere el censor, proveniente de la oficina de abogados "Storey Armstrong Steger & Martin", mediante la cual "se informa la situación legal creada por aquél (Risner), en razón a que las aseguradoras negaron los pagos, lo que provocó por parte del precitado que las demandara ante la Corte Federal de la capital mencionada (Dallas)". Haciendo lo propio con la correspondencia en la que se hace saber "que el litigio emprendido por Rodríguez Calderón (Risner) estaba a punto de culminar por arreglo extra-judicial en el que se otorga a los hijos habidos de su unión con la occisa el 85% de los fondos, hasta que ellos cumplieran la mayoría de edad; mientras tanto el dinero sería depositado en un fideicomiso y a los niños se les nombraría un 'guardián ad litem'".

De suerte que al margen de las decisiones que podrían adoptar los jueces Norteamericanos con ocasión de las acciones legales emprendidas por "Risner" en el Estado de Dallas para lograr los fondos de todas las pólizas contratadas, e independientemente de que se hubiere convenido, para hacer efectivo su pago, que el mayor porcentaje correspondería a sus menores hijos, de donde se deduce la participación que habrían de tener como beneficiarios, esta circunstancia, en manera alguna puede desvirtuar la finalidad lucrativa del crimen, que como designio personal motivó su ejecución.

6. En la omisión por parte del Tribunal del testimonio de Antonio Rafael Porras Gutiérrez, hace residir el demandante otro error de hecho, concretamente en cuanto a la afirmación según la cual antes de disparar sobre Patricia Gómez de Risner la "pareja homicida" habría intercambiado con ésta algunas palabras, de donde, asegura se "torna ilógica la determinación" atribuída al procesado, pues no hay duda de que si se hubiese tratado de "sicarios" éstos conocerían por anticipado a su víctima.

Si bien debe aceptarse que efectivamente los sentenciadores no tuvieron en cuenta lo expuesto por este testigo y en particular lo relacionado

con las circunstancias de modo en que se produjo el ataque criminal, según afirma pudo observarlo, esto se debe sencillamente a que con base en la declaración de la señora Lastenia Meléndez de Gómez, quien acompañaba a su hija al ser agredida, se conoció que el hecho fue súbito, absolutamente repentino, sin mediar comunicación alguna con los homicidas ni de estos con aquéllas, no ofreciéndose sobre el particular el menor resquicio de duda.

Además, aun cuando desde el punto de vista técnico nada obsta para que a partir de un hecho conocido, como lo sería en este caso la revelación del testigo cuya omisión se afirma, pudiera deducirse o descartarse la existencia de un hecho oponible al que se ha querido demostrar con base en elementos probatorios distintos, creando así una categoría de contraindicio excluyente del juicio lógico aceptado, resulta de todas maneras imperioso, evidenciar cuál es la trascendencia que tendría esta prueba frente al fallo impugnado, lo que no hace el actor probablemente por las dificultades que este cometido le imponía, y se limita simplemente a asegurar que el hecho aludido por el deponente "torna ilógica la determinación" como forma de participación que le fuera atribuida a Rodríguez Calderón, sin dar razón de su dicho, pues el mismo se sustenta en otra conjetura más, como es aquella de estimar que de haberse tratado de "sicarios", no habrían hablado con su víctima antes de dispararle, lo que en estas condiciones debe ser rechazado igualmente por carecer de una verdadera relevancia probatoria.

7. Ahora, en relación con los aducidos errores de hecho por falso juicio de identidad, que también propone el casacionista, debe recordar la Sala que cuando estos tienen por cometido atacar la prueba indiciaria, esto es, la inferencia como proceso intelectivo conducente a probar un hecho que es desconocido, el cual se logra a partir de los distintos medios persuasivos obrantes en el expediente, es imperativo supuesto establecer la ilogicidad en que ha incurrido el sentenciador, es decir, demostrar que ha fallado el raciocinio del juez al momento de valorar cada uno de los juicios de probabilidad o el conjunto de todos ellos en la búsqueda de la certeza.

Por la complejidad que de suyo presenta la valoración de los juicios lógicos elaborados por el juez con miras a descubrir la verdad, máxime cuando solo ante un evidente desconocimiento de las leyes de la experiencia, la ciencia y la racionalidad se hace posible su cuestionamiento, ha destacado en múltiples oportunidades la Corte las dificultades que tiene el ataque casacional de este extremo de la prueba indiciaria, pues en la mayoría de los casos, a la dialéctica del sentenciador suelen anteponerse los subjetivos criterios apreciativos del demandante, que en estas condiciones resultan claramente deleznables.

Esta es, precisamente, la falencia que se observa en los distintos errores fácticos que propone el defensor de Rodríguez Calderón, sin lograr de-

mostrar en la necesaria individualidad de su estructura ni en el conjunto indiciario, porque la generalización que compromete en este caso demostrar la responsabilidad penal a través de juicios correlativos de valor, ha desbordado los principios en los que debió fundarse el Juez.

8. Para el Tribunal Superior en perfecta armonía con el criterio del *a quo*, fuera de todo razonable y común proceder, es que Rodríguez Calderón hubiese manifestado en la declaración rendida ante la Policía Judicial al día siguiente de muerta su esposa, que ignoraba el motivo de la diligencia, como también que recomendara a la familia de la víctima que no se adelantara ninguna investigación por el hecho ni contratara un abogado con este propósito e igual que abandonara presurosamente el país apenas hubo de dársele sepultura a aquélla.

Omitiendo referirse a la conducta del procesado presentada ante la SIJIN, respecto de las demás características de su comportamiento a que se refiere el sentenciador, aduce el recurrente que Rodríguez Calderón llevaba residiendo en el exterior muchísimos años, por lo que había asumido como propias reglas de convivencia distintas a las del "habitante latinoamericano o 'subdesarrollado'", conforme a las cuales cobra lógica y natural explicación las recomendaciones dadas a los familiares de Patricia Gómez y marcharse con sus menores hijos del país.

Con base en la regla de experiencia que enseña que ante la muerte violenta de un ser querido como la investigada en este proceso, es lo normalmente esperado que se preste la mayor colaboración a fin de descubrir hasta sus últimas consecuencias a los responsables del hecho, para el juzgador la actitud del procesado frente a la pesquisa policiva resulta más propia de "criminales avezados o aquellos sobre quienes pesa una sindicación o un señalamiento"; en efecto, su respuesta defensiva era por manera sugestiva de la molestia que le producía la averiguación sobre el crimen, conducta apenas armónica con los insólitos e injustificados consejos dados a la familia y con el raudo abandono del país.

De ningún modo puede calificarse el proceder del implicado como "lógico" y razonable, menos con el argumento de la presunta adopción de patrones culturales y reglas del espíritu diversos, pues no era ciertamente la sólida cultura anglosajona o americana, como lo destaca el Tribunal, la predicable de quien aducía ser originario de España y llamarse "Tito Jay Risner", pues como quedó demostrado respondía al nombre de José Tito Rodríguez Calderón, natural de Anzoátegui (T.), en donde vivió hasta su edad adulta, aun cuando se desplazara con posterioridad al extranjero y asumiera una nueva identidad, pues razón asiste a la réplica de la parte civil cuando acota "que en cualquier sociedad civilizada o aún primitiva, se procura el castigo de quienes quebrantan sus normas y valores esenciales, sus derechos, como es en este caso el de la vida, especialmente si se trata de personas allegadas al estrecho círculo familiar. No puede por tan-

to aparecer como normal en forma alguna su deseo de que se prescindiera de activar la investigación legal y ausentarse sin interés ninguno para que se estableciera este hecho criminal que lo afectaba y que resultaba sin explicación valedera", lejos pues de ajustado a la lógica es la crítica a este indicio formulada.

9. Tampoco soporta ningún sustento de validez, el reparo que el actor hace al indicio construido a partir de lo expresado por Raúl Ramírez Montoya en su indagatoria, pues mientras que para el Tribunal al sostener el homicida que el propio esposo de la víctima estaba en capacidad de respaldar su dicho ya que habría observado que quien efectivamente le disparó a su cónyuge fue una persona distinta a él, esto tiene "como única explicación lógica que se conocían, que se habían tratado con anterioridad a los acontecimientos y que existía el vínculo criminoso", para el demandante este hecho permite columbrar que era lógico esgrimir dicha coartada, si se tiene en cuenta que debía conocer por anticipado a la víctima y a su familia; afirmación que no solamente propugna por una alternativa de inferencia polémica con el criterio del fallador sin lograr desvirtuar las premisas de su reflexión, sino que pasa de defender el crimen como un hecho aislado y casual, según lo manifestado en acápite precedente para explicar la conversación que el testigo Antonio Rafael Porras Gutiérrez dijo sostuvieron atacantes y agredidos, a un suceso preconcebido y metódicamente ejecutado. En estas condiciones, es evidente que el yerro acusado no concurre.

10. Aunado a los anteriores, construyó el Tribunal un indicio más, a partir de la constatación del vínculo de consanguinidad existente entre José Tito Rodríguez Calderón y Jairo Hernández Pachón, el cual se analiza en los términos siguientes:

"En autos viene demostrado que Jairo Hernández Pachón, se hospedó en el Hotel Bellavista junto con Raúl Ramírez Montoya y Yolanda Zuluaga, autores materiales del Homicidio de Patricia Gómez, que fue éste además quien canceló la cuenta del Hotel y aparecía como Jefe del grupo, también viene acreditada la familiaridad de Jairo Hernández Pachón con José Tito Rodríguez Calderón y la labor por éste desempeñada durante los días que éste último junto con su esposa Patricia, y otros familiares estuvieron en Cartagena, todo lo cual permitió que los autores materiales pudieran identificar perfectamente a la víctima. Presentándose Hernández Pachón, como el intermediario entre Rodríguez Calderón y los autores materiales...El parentesco de Hernández Pachón con Rodríguez Calderón, dadas las probanzas, no puede ser indiferente para la investigación y permite colegir que actuaban coordinadamente."

Esta inferencia no desconoce ni menos se opone, como lo insinúa el casacionista, al derecho penal de acto, de conformidad con el cual la responsabilidad es individual e intransmisible, no pudiéndose, por ende, atribuírsele al procesado "actos de los demás, así se trate de conductas

realizadas por los propios parientes", pues aquí no se pretende, ni siquiera remotamente, imputársele por vías de facto y desconociendo tan fundamental principio del saber penal demoliberal, que como es conocido tiene fuente constitucional entre nosotros, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 29 de la Carta Política. El fenómeno es otro, trátase de relievar el parentezco en punto de la prueba indiciaria, en la medida en que correspondiendo esta relación parental a un hecho probado, de ella se puede inferir, como lo hizo el *ad quem*, que con base en las máximas de experiencia antropológicas y estrictamente sociales, los medios de comunicabilidad, de vida cotidiana, de comunidad de factores biológicos, vivenciales y afectivos, crean una mayor aproximación para posibilitar su comprensión y fijar metas solidarias para fines acordados como comunes, facilitándose en mejor forma el acuerdo criminal, que entratándose de personas absolutamente desconocidas.

Así, es claro que cada persona responde individualmente por lo que ha realizado, esto es, por sus propias acciones y que el hecho de que el vínculo consanguíneo entre dos personas, como lo es en este caso entre Rodríguez Calderón y Hernández Pachón, adquiera trascendencia probatoria por ser uno de los factores que posibilitó ejecutar la conducta homicida, no está significando el trastoque de la individualidad que prima en la responsabilidad penal, sino que se constituye en un elemento de prueba para demostrar la exteriorización de lo que cada uno realizó, más aún cuando en procesos como el presente no ha sido este sólo hecho el que ha permitido solventar la prueba indiciaria, sino que aunado a los demás supuestos indicadores, es evidente la dinámica que cumple frente al universo indiciario en el que cada uno ocupa un trascendental protagonismo en el crimen de la infortunada mujer, sin que en tales condiciones pueda sostenerse que para el uxoricida era por completo desconocida la intervención en el homicidio por parte de aquél, como no sea con una absoluta indiferencia frente a las constataciones probatorias.

11. Finalmente, si bien para el libelista es "lógico" que al haber abandonado Rodríguez Calderón el país desde hacía 25 años se hubiese cambiado el nombre, a contrario sensu estima "ilógico" que dicha modificación se produjese desde tal época con el propósito de ordenar la ejecución de su esposa muchísimos años después bajo una identidad distinta.

Por la manera como se presenta este argumento por parte del censor, aun sin mencionar la regla de experiencia en que se funda la consideración de ser ajustado al común discurrir que después de abandonar una persona su país de origen deba asumir una nueva identidad, sería dable reconocer que dicha circunstancia pudo no ser específicamente contemplada en la realización del homicidio.

No obstante, la verdad es que los juzgadores no interpretaron esta doble identidad desde la perspectiva en que interesadamente lo hace el

recurrente. El *ad quem*, además de dejar en claro que dentro de dicho concepto debería incluirse también que de acuerdo con la tarjeta decadactilar del procesado, éste era de estado civil casado con Fronny Avillán, y que si bien "Este hecho aislado no permitiría vinculación alguna con el hecho investigado hoy, pero si a ello unimos el que esta doble identidad fue ocultada ante la víctima muy a pesar de haberse casado con ella y tener dos (2) hijos en común, lo que resulta extraño al comportamiento que generalmente se adopta ante situaciones análogas, salvo que la vida anterior obligue a su ocultamiento; o que las actividades que se pretenden desarrollar obliguen a ello, pudiendo luego refugiarse en su verdadera identidad".

El error de hecho así expuesto, también es infundado.

12. Así las cosas, siendo irrefutable la gravedad y la especial conexidad o convergencia presente entre todos los indicios que a partir de las pruebas obrantes en el proceso sirvieron de fundamento a los sentenciadores para el proferimiento de la condena, cobrando particular significación el último al que debe referirse la Corte pues solo tangencialmente de él se ocupó la impugnación extraordinaria, esto es, el hecho de haber tomado el procesado diversas y cuantiosas pólizas de seguro a favor de su esposa, siendo su beneficiario, sin que de acuerdo con la actividad profesional de ella (se desempeñaba como enfermera) ni la capacidad económica de la familia este hecho pudiese aceptarse como habitual y no como estratégicamente preconcebido hacia una proclive finalidad, carece de cualquier idoneidad el último de los alegatos del actor en donde llama la atención sobre la "equivocidad" en abstracto de algunos indicios, pero sin menguar la fuerza suasoria de los que con el grado de certeza comprometen la responsabilidad de su asistido.

La demanda debe desestimarse.

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 el fallo impugnado.

En consecuencia, devuélvase el proceso al Tribunal de origen y cúmplase.

Jorge Enrique Córdoba Poveda, Fernando Arboleda Ripoll, Ricardo Calvete Rangel, Carlos Augusto Gálvez Argote, Jorge Aníbal Gómez Gallego, Edgar Lombana Trujillo, Carlos E. Mejía Escobar, Didimo Páez Velandia, Nilson Pinilla Pinilla.

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

CARTILLA DECADACTILAR/ INDIVIDUALIZACION/ EMPLAZADO

La apreciación del demandante, en el sentido de que el proceso de individualización e identificación del imputado, con miras a su emplazamiento para ser escuchado en indagatoria, debe necesariamente apoyarse en su cartilla decadactilar, porque es allí donde aparecen registrados los rasgos y características físicas de la persona, es equivocada.

La normatividad procesal penal no hace esta clase de exigencias, ni del contenido de su artículo 356 resulta posible inferirlas. En esta materia rige el principio de libertad probatoria, de acuerdo con el cual cualquier medio de prueba es apto para la demostración de los diferentes aspectos de la investigación, salvo que la ley expresamente requiera uno especial.

La prohibición que la norma contiene de emplazar personas que no estén plenamente identificadas, persigue evitar la vinculación y condena de sujetos indeterminados, siendo condición necesaria para poder hacer uso de este mecanismo supletorio, que se tengan datos ciertos sobre su identidad, sin que se exija, como parece entenderlo el casacionista, una particular forma de comprobación, o un específico elemento probatorio para establecerlo.

No puede desconocerse la importancia que la cartilla decadactilar tiene en el proceso de comprobación de la identidad plena de una persona, pero este no es el único medio idóneo para lograrlo. Los registros personales que este documento contiene, pueden ser obtenidos a través de otros elementos de prueba (testimoniales, técnicas, documentales, fotográficas, etc), y serán suficientes para soportar el emplazamiento del imputado, si de ellos surge seguridad sobre su individualidad personal.

Lo importante, realmente, es que la información allegada al proceso permita distinguir al imputado de sus congéneres, de manera que su emplazamiento se funde en la certeza de ser la persona requerida para que se presente a rendir indagatoria, inconfundible y específica, y no alguien indeterminado.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Santa Fe de Bogotá, D. C., veintitrés de noviembre de mil novecientos noventa y ocho.

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

Proceso No. 10416

Aprobado acta No. 177

Resuelve: la Corte el recurso extraordinario de casación interpuesto contra la sentencia de agosto 2 de 1994, mediante la cual el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cúcuta condenó a los procesados Vilmar Jesús Gómez Lázaro y Jairo Omar Rodríguez Castro a 25 y 26 años de prisión, respectivamente, como coautores responsables del delito de homicidio, en concurso con porte ilegal de armas de fuego de defensa personal para el último.

HECHOS Y ACTUACIÓN PROCESAL

El sábado 3 de julio de 1993, siendo las 5:30 de la tarde aproximadamente, tres sujetos que se movilizaban en un vehículo renault 12, color amarillo mostaza, llegaron hasta frente a la residencia de la familia Galvis Ojeda, ubicada en el barrio La Victoria de la ciudad de Cúcuta, donde se encontraban Luis Felipe Galvis Ojeda, su hermana Ana Helena, su compañera permanente Carmen Yolanda Vargas Merchán, y Jacqueline Rojas Contreras, amiga.

El pasajero que ocupaba la parte delantera del automotor, a quien los testigos presenciales distinguen como "el catire", descendió rápidamente dejando ver un revólver en la pretina del pantalón. Su actitud alertó a Luis Felipe, quien decidió salir corriendo para ir a refugiarse en una de las casas del vecindario. El sujeto disparó varias veces en su contra, sin lograr impactarlo.

Al escuchar las detonaciones, José Angel Galvis Ojeda (hermano de Luis Felipe) salió del interior de la residencia a indagar por lo que estaba acurriendo, habiendo recibido un disparo del agresor al intentar enfrentarlo. Armado de cuchillo, José Angel persiguió a su atacante durante un largo trayecto, pero recibió nuevas heridas con arma de fuego del sujeto que ocupaba la parte trasera del vehículo, quien le disparó por la espalda. Victimarios y conductor huyeron del sitio tomando direcciones distintas.

Gravemente herido, José Angel fue llevado al hospital Departamental de Cúcuta, donde falleció el 16 de julio. En charlas con algunos de sus familiares, les hizo saber que en el enfrentamiento que sostuvo con el "catire", había logrado apuñalarlo (fls. 172, 225, 248-1).

Al denunciar los hechos, Luis Felipe sindicó a los integrantes de la banda de Juan Bautista León Sanabria, para entonces detenido en la cár-

cel modelo de la ciudad de Cúcuta, explicando que dicho sujeto se hallaba privado de la libertad por haber dado muerte a su hermano Gustavo Galvis Ojeda el 20 de mayo anterior, y que la banda se encontraba molesta por haber declarado en contra suya dentro de la referida investigación. Además, porque al "mono" o "catire" lo había visto antes en compañía de Juan Bautista, en una motocicleta RZ-250; por esto, está en condiciones de identificarlo plenamente, no obstante no conocer su nombre, aún cuando le informaron que se llamaba "Richard".

Describe los autores del atentado de la siguiente manera: conductor del vehículo: moreno, de 35 a 40 años, pelo negro. Ocupante del puesto delantero: catire, de 25 a 28 años de edad, 1.70 a 175 de estatura, de cabello largo atrás y rasurado a los lados, con bigote, algo fornido. Ocompañante del puesto trasero: joven, de 18 a 20 años, pelo negro lacio, de tez morena (fls. 3 y 8-1).

El 22 de julio siguiente, Luis Felipe amplió su denuncia para precisar que la persona que ocupaba el puesto de atrás del automotor respondía al nombre de Jairo Omar Rodríguez Castro, según identificación lograda con la ayuda de Agentes de la Fiscalía y del Departamento Administrativo de Seguridad (DAS) que le han venido brindando protección (fl. 27).

En la misma fecha, el Fiscal instructor dictó resolución de apertura del sumario y ordenó la captura de Rodríguez Castro con el fin de escucharlo en declaración indagatoria. Horas después, sería aprehendido y puesto a su disposición, junto con el informe respectivo, donde se hace constar que en el trayecto hacia las instalaciones del DAS, manifestó que el individuo que ocupaba la parte delantera del vehículo respondía al nombre de "Alonso", residía en la urbanización "Tasajero", y había sido herido en la espalda con arma cortopunzante el día de los hechos (fls. 35, 43 y 44).

Esta información fue posteriormente ratificada bajo juramento por Gilberto Cárdenas Castaño, Gerardo Joya González y Hever Alexánder Duarte Vargas, detectives del Departamento Administrativo de Seguridad que participaron en el operativo, agregando que ese día, en compañía del capturado, visitaron la urbanización Tasajero, donde les señaló la vivienda de Alonso, pero después, al tratar de verificar la información, descubrieron que no coincidía. También les dijo que el otro acompañante no se llamaba Richard, sino Alonso, quien es medio mono, de pelo largo atrás y rasurado a los lados, de 30 a 35 años de edad, profesión "carnicero", compinche de Juan Bautista León Sanabria, y que el único Richard amigo de ellos que conocía era un raponero del sector del barrio Motilones (fls. 125, 134 y 168).

En indagatoria, Jairo Omar Rodríguez Castro se mostró ajeno a los hechos. Aseguró no tener amigos llamados "Alonso", ni haberles dicho a los detectives del DAS que los tuviera. Tampoco que en el barrio Tasajero vivieran amigos suyos. El 3 de julio, desde el medio día hasta las seis de la

tarde, permaneció en compañía de su papá, ayudándolo en el trabajo. Tiene 19 años de edad, piel trigueña, 1.65 de estatura aproximadamente, cabellos lacios color castaño oscuro, contextura delgada (fls. 48 y 55 1).

En la audiencia pública aceptó sin embargo haber acompañado a los detective del DAS al barrio Tasajero, y haberles señalado personalmente la residencia de Alonso: "Sinceramente les indiqué el sitio donde se encontraba él, o sea Alonso, no sé el nombre de él" (fls. 571).

En reconocimiento en fila de personas con la intervención de la testigo Ana Elena Galvis Ojeda, el indagado fue identificado como quien ocupaba la parte trasera del vehículo y disparó por la espalda contra la víctima (fls.225 y 240). Idéntico señalamiento le hizo la testigo Carmen Yolanda Vargas Merchán en su declaración, después de haberlo visto coincidencialmente en el mismo despacho (fls. 51 y ss-1).

Llamado a declarar Juan Bautista León Sanabria para que dijera si conocía alguna persona llamada "Richard" o "Alonso", manifestó distinguir a "Richard Rodríguez", de 1.68 de estatura aproximadamente, trigueño, pelo negro, residente en el barrio La Victoria, de profesión zapatero. También a "Alonso Gómez", su patrón, quien tiene una moto RZ-250, vendedor de carne, residente en la urbanización Tasajero, de pelo larguito, catire, grueso, de piel blanca, hijo de Carlos Gómez, con puesto de venta de carne en los mercados de la calle 4a con avenida sexta (fls.164).

Oído este último en declaración bajo juramento, aceptó tener un hijo llamado Alonso Gómez Lázaro, de 26 años de edad "en promedio", nacido en Abrego, de profesión carnicero, de 1.71 de estatura aproximadamente, de cabello largo amarillón, hijo de Damaris Lázaro. Preguntado por su paradero, afirmó que desde hacía como dos meses se hallaba en Arauca (su testimonio tiene fecha septiembre 8 de 1993), a donde viajó a comprar ganado, pero estaba demorándose mucho (fls. 217).

Después de reiterados operativos orientados a obtener la captura de Alonso Gómez, sin que hubiera sido posible su localización, la Fiscalía, por auto de 9 de septiembre de 1993, dispuso su emplazamiento para indagatoria, con fundamento en los datos registrados hasta ese momento en el proceso (fls.220).

El edicto emplazatorio, es del siguiente tenor: "EL SUSCRITO SECRETARIO COMUN DE LA UNIDAD ESPECIALIZADA DE FISCALIAS DE LA CIUDAD DE CUCUTA, NORTE DE SANTANDER, GRUPO DE VIDA, CITA, LLAMA Y EMPLAZA: A Alonso Gómez Lázaro, hijo de Carlos Gómez Peñaranda y Damaris Lázaro, natural de Abrego, de aproximadamente 26 años de edad, estudios tercero de primaria, ocupación carnicero, estatura 1.71 mts. aproximadamente, mono, pelo largo en la parte de atrás raspado a los lados, acorpado (sic), residente en la urbanización tasajero, sin más datos conocidos en autos, para que en el término de cinco días hábiles, compa-

rezca ante el Despacho del Fiscal Seccional 263008 de la Unidad Primera de Vida, a fin de que rinda diligencia de indagatoria dentro del proceso 3823, por el delito de homicidio y tentativa de homicidio, en perjuicio de José Angel Galvis Ojeda y Luis Felipe Galvis Ojeda" (fls. 262).

Por auto de 17 de septiembre siguiente, el fiscal instructor declaró persona ausente al emplazado y dispuso continuar el proceso con un defensor de oficio (fls.263). Dos días después, el abogado doctor José Adid Villasmil Quintero aportó al proceso un memorial suscrito ante notario por Vilmar Gómez Lázaro, identificado con la cédula de ciudadanía No.13'477.594 de Cúcuta, mediante el cual le otorgaba poder para que lo asistiera y representara dentro del proceso (fls. 296).

Con el propósito a hacer claridad sobre el nombre del imputado, se escuchó en ampliación de testimonio a su progenitor Carlos Gómez Peñaranda, quien explicó que su hijo fue registrado recién nacido con el nombre de Vilmar DE Jesús, pero como la familia al enterarse manifestó inconformidad, decidieron seguirlo llamando Alonso, y así es conocido públicamente (fls. 336). Complementariamente se aportó al proceso copia del registro civil de nacimiento de Vilmar Jesús Gómez Lázaro (fls. 320, 371), y certificado de la Registraduría Nacional del Estado Civil en el sentido de haberle sido expedida la cédula número 13'477.594 (fls. 318).

Mediante resoluciones de 27 de julio y 8 de octubre de 1993, la Fiscalía resolvió la situación jurídica de los procesados con medida de aseguramiento de detención preventiva, por los delitos de homicidio en Juan Angel Galvis Ojeda y porte ilegal de armas de fuego de defensa personal (fls.107 y 358).

La investigación logró establecer que el 3 de julio de 1993, día de los hechos, siendo las 18:30 de la tarde, ingresó al centro médico "Santa Fe" de la ciudad de Cúcuta, el señor "Wilmer Alonso Gómez Lázaro", identificado con cédula de ciudadanía No.13'477.594, presentado heridas con arma cortopunzante, en donde permaneció en observación durante 24 horas, después de haber sido atendido, habiendo evolucionado satisfactoriamente (fls. 398).

Se demostró, así mismo, que a nombre de Vilmar Gómez Lázaro, con c.c. No.13'477.594, aparece registrado en los kárdex de la Industria Militar, un arma de fuego tipo revólver, calibre 38 largo (fls.383, 513). A nombre del procesado Jairo Omar Rodríguez Castro, no se encontró registrada ninguna clase de arma (fl.127).

Del proceso hacen también parte los testimonios de Jacqueline Rojas Contreras (fl. 121), Teresa Ovallos Ascanio (fl. 199) y María Cecilia Galvis Ojeda (fl. 257), el acta de levantamiento del cadáver de José Angel Galvis

Ojeda (fl. 59), el registro civil de defunción (fls.146), y el protocolo de necropsia (fls.222), entre otros medios de prueba.

Cerrada la investigación, se la calificó el 17 de noviembre de 1993 con resolución acusatoria por el delito de homicidio, en concurso con porte de armas de fuego de defensa personal, conforme a lo previsto en los artículos 29 de la Ley 40 de 1993, y 1º del Decreto 3664 de 1986, acogido como legislación permanente por el 2266 de 1991, respecto de ambos procesados. Adicionalmente, se dispuso expedir copias para investigar la conducta del conductor del vehículo (fl. 400). Esta decisión causó ejecutoria el 16 de diciembre siguiente (fl. 453).

En el capítulo correspondiente a la filiación de los acusados, la decisión calificatoria hizo las siguientes precisiones en relación con el declarado reo ausente: Vilmar Jesús Gómez Lázaro, nació el 19 de julio de 1965 en el Municipio de Abrego, Norte de Santander, hijo de Carlos Gómez Peñaranda y Damaris Lázaro de Gómez, conocido con el nombre de Alonso, identificado con la cédula de ciudadanía No. 13'477.594 de Cúcuta, 28 años de edad, sin más datos conocidos en autos" (fls.408).

Rituada la causa, el Juzgado de conocimiento, mediante sentencia de 1º de junio de 1994, condenó a Jairo Omar Rodríguez Castro a la pena principal de 26 años de prisión como autor responsable de los delitos de homicidio y porte ilegal de armas de fuego de defensa personal, y al procesado Vilmar Jesús Gómez Lázaro a 25 años de prisión, como coautor responsable del delito de homicidio, siendo absuelto por el de porte ilegal de armas. Como penas accesorias les impuso la de interdicción de derechos y funciones públicas por un tiempo igual a la principal. Finalmente dispuso compulsar copias para investigar la participación que hubiera podido tener en los hechos Juan Bautista León Sanabria (fl. 593).

Apelado este fallo por los defensores de los acusados, el Tribunal Superior, mediante el suyo que ahora recurre en casación el apoderado de Vilmar Jesús Gómez Lázaro, lo confirmó en todas sus partes, excepto en lo relativo a la duración de la pena accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas, que redujo a diez (10) años (fls. 5 y ss-2).

La demanda

Con fundamento en la causal tercera de casación, el demandante acusa la sentencia impugnada de haber sido dictada en un juicio viciado de nulidad, por violación del de los artículos 29 de la Constitución Nacional y 1º del Código de Procedimiento Penal, que consagran el debido proceso.

Demanda de la corte la anulación de la actuación procesal a partir inclusive de la resolución que dispuso el emplazamiento del imputado Alonso Gómez Lázaro, por estimar que no se reunieron los requisitos procesales para hacerlo, en cuanto que su identificación e individualización no se

hizo con fundamento en la cartilla decadactilar, único documento donde aparecen los "rasgos y distintivos físicos" de la persona.

Además de las ya mencionadas disposiciones normativas, el funcionario instructor violó también el artículo 356 del Código de Procedimiento Penal, que señala los requisitos que deben cumplirse para proceder al emplazamiento de una persona con el fin de ser escuchada en indagatoria. Dicho quebrantamiento, surge de los siguientes hechos:

-Creer los juzgadores de instancia que con el emplazamiento de "Alonso Gómez Lázaro", quien es presentado como "catire y alto" por los hermanos de la víctima, y de quien no se tiene precisión de su condición física, se cumplía este rito procesal.

-Confirmar el Tribunal de Cúcuta la sentencia condenatoria, sin haber sido vinculado legalmente a la investigación "Vilmar Jesús Gómez Lázaro", a través de emplazamiento, declaratoria de persona ausente y medida delentiva.

-Creer equivocadamente el Tribunal Superior que el emplazamiento de una persona se puede obviar con el poder otorgado por ésta ante notaría. Este mecanismo tiene por objeto dotar de abogado de confianza al imputado, no suplantar el rito procesal del emplazamiento.

-Hacer el Tribunal caso omiso "tanto de la injurada de Jairo Omar Rodríguez Castro, en que afirma que no conoció, ni conocía a Alonso Gómez, menos aún a Vilmar Jesús Gómez Lázaro, como de las versiones de los detectives que lo capturaron, en que se afirma que Rodríguez Castro identificó la vivienda de Alonso Gómez, y habló de heridas en la espalda de Vilmar Jesús, cuando ni lo uno ni lo otro tienen veracidad probatoria al expediente, como se evaluó en la etapa respectiva" (fls.62-2).

En síntesis, Vilmar Jesús Gómez Lázaro jamás adquirió la condición de sujeto procesal, puesto que nunca fue emplazado, situación que determina la ineficacia de toda la actuación, desde el irregular emplazamiento de Alonso Gómez. Pide, en consecuencia, reponer la actuación a partir de ese momento procesal, para que Vilmar Jesús Gómez Lázaro pueda ser vinculado en legal forma.

CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

El Procurador Tercero Delegado solicita a la Corte no casar la sentencia impugnada, pues considera que el emplazamiento de Vilmar Jesús Gómez Lázaro se cumplió con acatamiento pleno de las normas constitucionales y legales vigentes, y sin que existan dudas o confusiones sobre la identidad de la persona vinculada al proceso.

Tratar de estructurar un cargo aduciendo que el citado procesado no fue suficientemente individualizado e identificado dentro de la investiga-

ción, sería desconocer múltiples actuaciones y evidencias aportadas legalmente al informativo, que permitieron saber cuál era la persona que había participado en el homicidio de José Angel Galvis Ojeda, revelando paulatinamente su verdadera identidad, y sin que la Fiscalía se precipitara a vincular una persona no individualizada plenamente.

Hace un recuento amplio de la manera como la investigación procesal fue recogiendo información sobre las características del sujeto que inició el ataque contra los hermanos Galvis Ojeda, hasta llegar a su individualización e identificación, para mostrar que en ningún momento hubo dudas sobre los factores que permitieron su vinculación, ni posibilidad alguna de que se le estuviera confundiendo con otra persona.

En las condiciones anotadas, no puede aceptarse que el emplazamiento de Alonso Gómez Lázaro corresponda a persona distinta de Vilmar Jesús Gómez Lázaro, o que este hecho instrascendental afecte de nulidad el proceso, pues es claro que se encontraba plenamente individualizado, en cuanto que existía todo un acervo de elementos de juicio sobre su descripción física, la actividad desarrollada, las amistades que normalmente frecuentaba, el vehículo en que se movilizaba, el nombre de sus padres, y su posible lugar de residencia, que lo distinguían de cualquier otra persona.

Sostener que hubo violación del artículo 356 del Código de Procedimiento Penal porque en el emplazamiento se consignó el nombre de Alonso Gómez Lázaro y no el de Vilmar Jesús Gómez Lázaro, no deja de ser una apreciación fuera de contexto de la norma, porque lo pretendido a través del emplazamiento y posterior declaración de persona ausente, no es reproducir con exactitud la identidad del imputado, sino enterarlo de la sindicación que se le hace para que disponga lo necesario en orden a su defensa.

De esta manera, cuando el funcionario cuenta con elementos de juicio suficientes que permitan individualizar la persona requerida, sin posibilidad de ser confundida con otra, bien puede ordenar su emplazamiento, aunque carezca de los datos civiles de identificación, como podrían ser su cédula de ciudadanía o el registro civil.

Pretender, de otro lado, estructurar el cargo en la consideración de que el Tribunal hizo caso omiso de las manifestaciones del procesado y de los detectives del DAS, no deja de ser una simple afirmación, sin demostración alguna, razón por la cual la censura cae en el vacío por falta de verificación.

Destaca, finalmente, el análisis realizado por el Tribunal de las circunstancias fácticas que permitieron obtener la identificación del procesado Vilmar Jesús Gómez Lázaro, y la certeza de su responsabilidad en los hechos investigados.

SE CONSIDERA

La apreciación del demandante, en el sentido de que el proceso de individualización e identificación del imputado, con miras a su emplazamiento para ser escuchado en indagatoria, debe necesariamente apoyarse en su cartilla decadactilar, porque es allí donde aparecen registrados los rasgos y características físicas de la persona, es equivocada.

La normatividad procesal penal no hace esta clase de exigencias, ni del contenido de su artículo 356 resulta posible inferirlas. En esta materia rige el principio de libertad probatoria, de acuerdo con el cual cualquier medio de prueba es apto para la demostración de los diferentes aspectos de la investigación, salvo que la ley expresamente requiera uno especial.

La prohibición que la norma contiene de emplazar personas que no estén plenamente identificadas, persigue evitar la vinculación y condena de sujetos indeterminados, siendo condición necesaria para poder hacer uso de este mecanismo supletorio, que se tengan datos ciertos sobre su identidad, sin que se exija, como parece entenderlo el casacionista, una particular forma de comprobación, o un específico elemento probatorio para establecerlo.

No puede desconocerse la importancia que la cartilla decadactilar tiene en el proceso de comprobación de la identidad plena de una persona, pero este no es el único medio idóneo para lograrlo. Los registros personales que este documento contiene, pueden ser obtenidos a través de otros elementos de prueba (testimoniales, técnicas, documentales, fotográficas, etc), y serán suficientes para soportar el emplazamiento del imputado, si de ellos surge seguridad sobre su individualidad personal.

Lo importante, realmente, es que la información allegada al proceso permita distinguir al imputado de sus congéneres, de manera que su emplazamiento se funde en la certeza de ser la persona requerida para que se presente a rendir indagatoria, inconfundible y específica, y no alguien indeterminado.

En el caso de estudio, cierto es que el nombre con el cual fue emplazado el imputado no corresponde al que aparece en su registro civil de nacimiento, pero esta imprecisión resulta irrelevante si se toma en cuenta que en su lugar fue registrado el nombre con el cual es conocido públicamente, y que en el edicto respectivo fueron también consignadas sus características físicas, edad aproximada, lugar de nacimiento, grado de instrucción, profesión y nombre de sus padres, datos que interrelacionados no dejan espacio a dudas sobre la identidad de la persona que estaba siendo llamada a ser escuchada en indagatoria.

Tanto es así, que inmediatamente después de haber sido declarado persona ausente, Vilmar Jesús o Alonso Gómez Lázaro otorgó poder ante notario a un abogado para que asumiera su defensa, circunstancia que de

suyo muestra la eficacia y el carácter inequívoco del requerimiento. Por lo demás, nadie desconoce, ni siquiera el casacionista, que quien fue condenado es la persona requerida en el proceso.

Un argumento adicional para desestimar el cargo lo constituye la circunstancia de haber cumplido el emplazamiento la finalidad para la cual estaba destinado como acto procesal, pues permitió al imputado enterarse de que en su contra se adelantaba un proceso penal por el atentado de que fueron víctimas los hermanos Galvis Ojeda, y de proveer lo necesario para su defensa, de suerte que aún aceptando que adolece de indeterminación, lo cual no es cierto, no habría lugar a declarar la nulidad planteada por expresa prohibición legal (art. 308.1 C.P.P.).

Es de precisarse, finalmente, que el recurrente termina su alegación entremezclando indebidamente ataques susceptibles ser invocados solo dentro del ámbito de la causal primera, al entrar a cuestionar las conclusiones de los juzgadores de instancia en cuanto dice relación con la prueba que compromete la responsabilidad del procesado en los hechos.

Estas consideraciones, y las consignadas por el Procurador Tercero Delegado en su concepto, que la Sala comparte íntegralmente, resultan suficientes para desechar las pretensiones del demandante.

El cargo no prospera.

OTRAS DECISIONES

Advierte la Corte que los funcionarios judiciales encargados de la investigación y juzgamiento, no hicieron pronunciamiento alguno en relación con el atentado contra la vida de que fue objeto Luis Felipe Galvis Ojeda, del cual logró salir ileso. Por consiguiente, se ordenará que este hecho sea investigado dentro de la averiguación penal que el Juez de primera instancia dispuso adelantar con el fin de establecer la responsabilidad de Juan Bautista León Sanabria en los mismos.

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

RESUELVE:

1. NO CASAR la sentencia impugnada.

2. ORDENAR que en la averiguación que se adelante para establecer la responsabilidad de Juan Bautista León Sanabria en los hechos, se investigue también el atentado de que fue objeto Luis Felipe Galvis Ojeda.

Devuélvase al Tribunal de origen. Cúmplase.

Jorge Enrique Córdoba Poveda, Fernando Arboleda Ripoll, Ricardo Calvete Rangel, Carlos Augusto Gálvez Argote, Jorge Aníbal Gómez Gallego, Edgar Lombana Trujillo, Carlos E. Mejía Escobar, Didimo Páez Velandia, Nilson Pinilla Pinilla.

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

REPARACION DEL DAÑO/ REDENCION DE PENA

La rebaja de pena procede cuando el acriminado restituye el objeto material o su valor, e indemniza los perjuicios causados, pues el sentido de la norma es beneficiar a la víctima atrayendo al delincuente a que asuma esa actitud a cambio de la disminución punitiva, de manera que si la condición señalada en la norma no se cumplió no hay lugar a su aplicación.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Santa Fe de Bogotá, D. C., veintitrés de noviembre de mil novecientos noventa y ocho.

Magistrado Ponente: Dr. *Ricardo Calvete Rangel*

Proceso No. 10211.

Aprobado Acta No. 177

Santa Fe de Bogotá, D.C., noviembre veintitrés de mil novecientos noventa y ocho.

VISTOS

Procede la Corte a resolver sobre la demanda de casación presentada por el defensor del procesado Luis Guillermo Escobar Castaño, contra la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Medellín, confirmatoria de la dictada por el Juzgado Veintinueve Penal del Circuito de Medellín, que condenó al aquí recurrente a la pena principal de sesenta (60) meses de prisión y a la accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas por el mismo término, por los delitos de hurto calificado y agravado y porte ilegal de armas de fuego de defensa personal.

1. HECHOS

Fueron resumidos por el Tribunal así:

"Consta en la foliatura que el lunes 26 de julio de 1993 a las una y media de la tarde, aproximadamente, el señor Heriberto de Jesús Espinal Arboleda fue asaltado por dos individuos en el instante en que, tripulante en su carro Nissan Patrol rojo y blanco, placas LFC 305, modelo 82, marcaba parada en

la gasolinera Los Almendros situada en la carrera 76 con la Avenida 33 de este municipio; uno de ellos, revólver en mano, lo abordó por el lado izquierdo, mientras que el otro lo hizo por el derecho, exigiéndole la entrega del carro para "hacer un trabajo", no sin antes amenazarlo de muerte; Espinal les entregó las llaves del vehículo, más antes de apearse desconectó la corriente al botón de encendido; los individuos intentaron huir con el automotor, pero su propósito se frustró al no prender el vehículo, no obstante su insistencia en conseguirlo: optaron, entonces, por tomar una manicartera propiedad del asaltado y trataron de desaparecer del sitio.

"Pero, para entonces la víctima ya había alertado a la ciudadanía con voces de auxilio, acudiendo varias personas, algunas de ellas, al parecer armadas, las cuales salieron en persecución de los antisociales; sin solución de continuidad y cerca al teatro de la acción, fue inmovilizado Luis Guillermo Escobar Castañeda, quien tenía consigo un revólver 38 largo, marca Ruger, con seis proyectiles en el tambor, color plata, cachas antihuellas; mientras tanto su asociado logró llegar un poco más lejos y se guareció en un edificio en construcción, momentos en los cuales hizo aparición una patrulla de la policía que había recibido aviso al respecto, produciéndose su retención; fue encontrada en su poder la manicartera de propiedad del ofendido, dentro de ésta un revólver Smith Wesson calibre 38, con seis proyectiles y salvoconducto, unas gafas y documentos, todo propiedad del aludido ciudadano Espinal Arboleda. La segunda persona retenida dijo responder al nombre de Bayron Giovany Pastor Muñetón."

II. Actuación Procesal

La fiscalía 46 de Medellín abrió la investigación y luego de oír en indagatoria a los retenidos les resolvió la situación jurídica con medida de aseguramiento consistente en detención preventiva.

Cerrada la investigación, la Fiscalía calificó el mérito probatorio del sumario en providencia de febrero 8 de 1994, con resolución de acusación contra Luis Guillermo Escobar Castañeda y Bayron Giovanny Pastor Muñetón por los delitos de hurto calificado y agravado, y porte ilegal de armas de defensa personal.

Ejecutoriada la resolución de acusación, el proceso pasó al conocimiento del Juzgado Veintinueve Penal del Circuito que dispuso lo pertinente para la etapa del juicio, durante la cual se comprobó la muerte del procesado Bayron Giovanny Pastor Muñetón, por lo que se declaró la extinción de la acción penal respecto de él.

Practicada la audiencia pública se dictó sentencia condenatoria en los términos antes indicados, la que fue confirmada por el Tribunal al resolver el recurso de apelación interpuesto contra ella.

III. La Demanda

El impugnante invoca la causal primera de casación, cuerpo primero y acusa la sentencia de segunda instancia por violación directa de la ley sustancial.

Cita como normas infringidas los artículos "22 C. P.C y 374 C.P.P.", porque no se dio aplicación al beneficio de rebaja cuando se cumplió con el requisito de la indemnización y el delito mayor no fue consumado sino tentado.

En el desarrollo del cargo aduce que el hecho que originó esta investigación se frustró "por la acción de su propietario quien al verse atracado desconectó el suiche" por lo que el automotor no arrancó, "dándose en este caso concreto la TENTATIVA sobre el vehículo automotor, por ser el delito mayor, y de más riqueza descriptiva, fue ese hurto lo que motivó la acción".

Estima que se trata de un hurto de uso porque los autores del hecho manifestaron a la víctima que necesitaban el carro y ya se lo entregaban. La "manicartera a lo sumo es una contravención de Policía considerándolo en su valor".

La exigencia de indemnizar se cumplió a plenitud. La manifestación concretada por el mismo ofendido obra en el proceso, y si se suscitare duda, debió haberse dado aplicación del indubio pro reo, pero ninguna duda queda viniendo de una manifestación del mismo ofendido. No es facultad del fallador determinar el monto y cuestionar la expresión del interesado de haberse indemnizado o encontrarse a paz y salvo, se trata de un hecho real de indemnización y sobre todo que le resarcieron sus perjuicios.

Dice que su defendido se hace acreedor al beneficio que la ley le otorga y "esa es la otra parte de la violación. Si se habla de indemnizar inequívocamente se entenderá la intención buena del agente que ocasiona el punible y así mismo el reintegro o reparo, una inexacta redacción no puede restar la importancia frente a un acontecimiento que en efecto se concretó".

Solicita que se revoque la pena de prisión de 60 meses contenida en la sentencia y se defina nuevamente la pena a imponer.

IV. Concepto del Ministerio Público

El Procurador Tercero Delegado en lo Penal sugiere a la Corte que no se case la sentencia impugnada, con base en las siguientes argumentaciones:

Es evidente la falta de técnica de la demanda, pues al inicio se aduce como fundamento de sus cargos la causal primera cuerpo primero de ca-

sación, y en el desarrollo no se respetan los hechos que declaró probados el sentenciador, introduciendo así una inconsistencia irresoluble en su escrito.

El Tribunal afirmó sin ambages que el delito de hurto calificado y agravado que es objeto de la decisión debe entenderse como un hecho consumado. De modo antitécnico el libelista en oposición a la tesis del sentenciador pretende que se declare que el delito contra el patrimonio económico solamente alcanzó el grado de tentativa, lo que implica una discusión sobre los hechos del proceso y reclama de parte del libelista la invocación de una violación indirecta de la ley sustancial y la denuncia de errores de hecho o de derecho cometidos en la apreciación de las pruebas determinantes de la infracción a la norma de derecho sustancial.

No puede pretenderse la aplicación del artículo 22 del Código Penal que gobierna la tentativa cuando el Juzgador ha declarado que los procesados se apoderaron de los bienes objeto del hurto, pues tal afirmación de la sentencia impide que la infracción de la norma se tome como un quebranto directo, en tanto que ésta se encuentra establecida para aquellos casos en los cuales la consumación del delito no se logra por circunstancias ajenas a la voluntad del actor, lo que necesariamente remite al campo de la violación indirecta para demostrar que no se logró apropiación sancionada en el tipo penal respectivo.

Si el demandante estima que el hecho punible cometido por su poderdante fue de hurto de uso, mal puede fundamentar su alegación exclusivamente en la violación directa del artículo 22 del C.P., pues tal supuesto le exigía atacar también la adecuación típica, en tanto que es jurídicamente diferente -y más en función de la pena cuya reducción persigue el censor- que se trata de una tentativa de hurto calificado agravado [artículos 22 y 352 del C.P.], caso este último en el que la sanción es significativamente inferior a la primera de las infracciones citadas.

Resulta también elemento de confusión, que no es susceptible de enmienda por la Corte, afirmar que "la manicartera a lo sumo es un contravención de policía considerándola en su valor", porque tal expresión, conjugada con sus anteriores aseveraciones de tentativa sobre el automotor y de hurto de uso, está aludiendo el censor a otro tipo de yerro, esta vez in procedendo, en la medida en que se pregona que ha debido romperse la unidad procesal para que las autoridades correspondientes juzgaran la contravención especial.

Lo alegado por el recurrente no permite identificar una sólida línea de alegación si se cuenta con la demostración que las normas procesales exigen para cada uno de los cargos formulados en la demanda.

En el siguiente sector de la demanda el censor insiste en sus falencias porque comienza por reclamar validez a las afirmaciones del ofendido en

relación con la indemnización -aspecto aceptado por el Juzgador- y a renglón seguido aduce que este hecho no puede ser desconocido en la sentencia y que el espíritu del legislador al incluir en el C.P. la norma 374, "está determinado por la intención de el encartado de arrepentirse", argumento idéntico al que fuera tenido en cuenta por el Tribunal al negar la rebaja punitiva que ahora se pretende.

Lo único que pone en evidencia el casacionista es su coincidencia con los argumentos de la sentencia, y por ende, ningún yerro de ella logra demostrar, quedando su inconformidad en el mero planteamiento, inadecuado por lo demás, sin que permita a la Corte abordar el examen de la pretendida violación directa de la ley sustancial.

La sentencia por este aspecto no sería susceptible de casación oficiosa en tanto que no se advierte quebranto a las garantías fundamentales, pues si bien es cierto que la rebaja punitiva está consagrada en el artículo 374 del C.P., también lo es que ella no opera automáticamente en todo caso de reparación, pues la ley dispone que la disminución sea discrecional del Juez teniendo en cuenta los criterios fijados en el Libro Primero, Título IV, Capítulo II, del C.P., esto es, los previstos en relación con las circunstancias del delito.

El cargo resulta insuficiente para casar la sentencia y debe desestimarse.

V. Consideraciones de la Corte

1. El libelista en la presentación del cargo plantea dos temas que ha debido tratar de manera separada, pues la rebaja de pena por indemnización, y la posibilidad de que el hurto no haya sido consumado sino tentado son completamente independientes, y por lo tanto a cada uno le corresponde su propia fundamentación.

Para mayor confusión, en el desarrollo introduce dos temas más, como son la afirmación de que el hurto que se tipifica es el de uso, y que el apoderamiento de la manicartera constituye una contravención, los cuales también debían ser presentados en capítulos aparte.

2. Al margen de lo anterior, se advierte que la tesis de la tentativa prácticamente carece de sustento, pues lo único que afirma el defensor es que se da esa figura porque el automotor no prendió, no arrancó, debido a que su propietario antes de entregar las llaves desconectó la corriente del encendido.

También cabe anotar que la respuesta del Tribunal a esa objeción formulada en la apelación es muy imprecisa y evasiva, pues dice que la propuesta de la defensa "es inasible si se confronta lo establecido en el expediente; es más, objetivamente se hablaría de un delito consumado respec-

to a los objetos hurtados a Espinal Arboleda, arma de fuego, gafas, documentos, manicartera de cuero los cuales obviamente salicron de su esfera de dominio y percepción y de una eventual tentativa en el caso específico del automotor, el cual no pudieron movilizar los asaltantes por circunstancias ajenas a su voluntad (la previsiónde l propietario al desconectar el cable del encendido) lo que, bajo esa óptica, configuraría un concurso de hechos; más, como bien lo explicaba ya el instructor al resolver la situación jurídica de los indagados, la figura de mayor entidad y arriago (sic) de acuerdo con la calidad de la prueba aportada, subsume la secundaria o de menor entidad y por eso se habla de un delito del hurto, modalidad perfecta y con las características de calificación y agravación definidas por las circunstancias en que el mismo hecho se cumplió."

La explicación del instructor, que acoge el *ad quem*, es contradictoria, pues una cosa es que el hurto consumado de unos bienes subsuma el tentado de otros, pero lo que no puede aceptarse es que so pretexto de que lo subsume lo vuelva consumado, que fue lo que este caso a juicio del juez ocurrió respecto del vehículo.

En lo que acierta el sentenciador es en no aceptar que se dio la tentativa, pero la razón era muy sencilla, pues de acuerdo con los hechos declarados probados el propietario del Nissan Patrol fue despojado de ese bien y de los demás objetos que llevaba en su interior, y luego de requisarlo le permitieron que se fuera corriendo, luego la consumación ya se había dado y no dependía de que para el aseguramiento posterior pudieran encenderlo, o se lo llevaran empujado, o en grúa, etc.

El Procurador delegado estima que el cuestionar que el delito no se consumó sino que quedó en el grado de tentativa implica discutir los hechos, y que por lo tanto el cargo no podía ser por violación directa de la ley sustancial, pero esa posición es equivocada, pues sobre la base de los mismos hechos tenidos en cuenta por el juzgador se puede alegar que ellos no constituyen un punible consumado sino tentado, con una argumentación puramente jurídica, que es lo que en este asunto correspondía hacer al libelista.

3. La sentencia reconoce que en el folio 67 obra un escrito firmado por el ofendido en el cual dice: "ME DOY POR INDEMNIZADO INTEGRAMENTE, de todos los perjuicios tanto del orden material como moral que se causaron con la infracción que se investiga.". Luego agrega que él llamó en forma espontánea al abogado de BYRON Pastor Muñetón para expresarle la intención de desistir de todo tipo de acción, pero éste le explicó que no procedía el desistimiento.

Al procesado Escobar Castañeda se le negó la rebaja de pena del artículo 374 del Código Penal porque nunca ha exteriorizado su arrepentimiento por la acción cometida, y la voluntariedad de restitución de los

objetos hurtados o su valor, aunque ello sea imposible debido a la oportuna recuperación que hizo la policía.

El recurrente simplemente pretende que la consecuencia obligada de esa constancia era la rebaja de pena del artículo 374, y que el Tribunal no podía entrar en otras consideraciones relativas al monto o a la intención del acusado.

Lo que la Sala observa es que los argumentos del *ad quem* no solo son muy discutibles sino que además no eran necesarios, pues lo primero que se tenía que constatar era si los procesados habían restituido el objeto material del delito o su valor, e indemnizado los perjuicios ocasionados al ofendido o perjudicado, para lo cual la respuesta es negativa, pues el denunciante explica que la afirmación "ME DOY POR INDEMNIZADO INTEGRAMENTE" fue tomada por su propia iniciativa, de tal forma que llamó al abogado de otro de los acusados a expresarle su intención de desistir, lo cual significa que no le indemnizaron los perjuicios, sino que él renunció a ellos, de donde se infiere que no hay ningún motivo para que los implicados resultaran beneficiados de ese gesto del ofendido, y mucho menos cuando ellos ni siquiera manifestaron su voluntad de indemnizar.

La rebaja de pena procede cuando el acriminado restituye el objeto material o su valor, e indemniza los perjuicios causados, pues el sentido de la norma es beneficiar a la víctima atrayendo al delincuente a que asuma esa actitud a cambio de la disminución punitiva, de manera que si la condición señalada en la norma no se cumplió no hay lugar a su aplicación, y en este aspecto la sentencia acertó.

4. La pretensión de que el hurto cometido corresponde al de uso si implica una controversia sobre las pruebas, de ahí que el censor en la breve referencia se apoya en que se ha debido dar validez a la manifestación de que querían el vehículo "para hacer un trabajo", de manera que un cargo de esa naturaleza, además de tener que presentarse en capítulo aparte, la causal a invocar es la primera, pero por violación indirecta de la ley.

5. La aseveración de que el apoderamiento de la manicartera constituye una contravención conlleva un ataque sobre la competencia, de ahí que ese tipo de cargos se deben plantear por la causal tercera de casación con la correspondiente sustentación, lo que en síntesis significa que no solo fue desacertada la presentación del reparo en el contexto de otro, sino al amparo de la causal primera.

Lo dicho es suficiente para desestimar 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 impugnada.

Comuníquese y devuélvase al Tribunal de origen. Cúmplase.

Jorge Enrique Córdoba Poveda, Fernando Arboleda Ripoll, Ricardo Calvete Rangel, Carlos Augusto Gálvez Argote, Jorge Aníbal Gómez Gallego, Edgar Lombana Trujillo, Carlos E. Mejía Escobar, Didimo Páez Velandia, Nilson Pinilla Pinilla.

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

REPARACION DEL DAÑO/ REDENCION DE PENA

Antes de entrar a determinar si el supuesto fáctico recogido por el artículo 374 del Código Penal ha tenido concreción en el presente caso, varias son las precisiones que debe hacer la Corte sobre la naturaleza y alcance del referido precepto:

1. Es un mecanismo de reducción de pena, no una atenuante de responsabilidad. La rebaja en ella establecida no se deriva de una circunstancia concomitante al hecho punible, que pueda incidir en la tipicidad, antijuridicidad o culpabilidad, o en los grados o formas de participación, sino de una actitud posdelictual del imputado, de carácter procesal, que para nada varía el juicio de responsabilidad penal, y que como tal sólo puede afectar la pena una vez ha sido individualizada.

Siendo ello así, la disminución punitiva allí prevista debe entenderse referida a la dosificación judicial, no a los límites establecidos en cada uno de los tipos penales que conforman el capítulo de los delitos contra el patrimonio económico, como pareciera insinuarlo la redacción del precepto, razón por la que, para el presente caso, se habilita el interés para recurrir, tratándose de sentencia anticipada.

La concreción y modificación de los extremos punitivos es de competencia del legislador, no del Juez, luego mal puede pensarse que la rebaja prevista en la norma, siendo de aplicación judicial (EL JUEZ podrá disminuir, reza el precepto), modifica los mínimos y máximos punitivos señalados en cada una de las citadas disposiciones penales.

Obsérvese que cuando el legislador introduce este tipo de modificaciones, lo hace directamente (arts. 22, 24, 30, 60 C. P.), y si en esta oportunidad no lo hizo, sino que defirió la aplicación de la rebaja al Juzgador, es porque no fue su voluntad afectar dichos topes.

En consecuencia, las rebajas establecidas en la citada disposición, en cuanto no comprometen los límites punitivos señalados en el tipo penal que define el delito realizado, no pueden afectar el término de prescripción de la acción penal, ni incidir en la determinación de la

pena máxima para efectos de establecer la procedencia del recurso de casación.

Corte Suprema de Justicia, , Sala de Casación Penal. Santa Fe de Bogotá, D. C., veintitrés de noviembre de mil novecientos noventa y ocho.

Proceso No. 9657

Aprobado acta No.177

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

Derrotada la ponencia presentada por el Magistrado doctor Nilson Pinilla Pinilla, Resuelve: la Corte el recurso extraordinario de casación interpuesto contra la sentencia anticipada de 25 de marzo de 1994, mediante la cual el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá condenó a los procesados Alpidio Ramírez Reyes, Carlos Aníbal Pineda Peña y Jose Vicente Cruz Cruz, a la pena principal de 30 meses y 20 días de prisión, como coautores responsables de los delitos de hurto calificado agravado, y porte ilegal de armas de fuego de defensa personal.

HECHOS Y ACTUACIÓN PROCESAL

El día 29 de octubre de 1993, en las horas de la mañana, unidades de la Policía Nacional, alertadas por una llamada telefónica que informaba de la presencia de varias personas sospechosas en la residencia distinguida con el No.104-49 de la transversal 38 de Santa Fe de Bogotá, se dirigieron al lugar, en donde después de un enfrentamiento de disparos, lograron la captura de Alpidio Ramírez Reyes, Carlos Aníbal Pineda Peña y José Vicente Cruz Cruz, en cuyo poder fueron encontradas una pistola Browing, una pistola C-Z, una pistola de fulminantes, y cartuchos adicionales para las primeras (fls.1).

En el interior de la residencia las autoridades hallaron a Evidalia Gil Hernández, empleada del servicio doméstico de 54 años de edad, atada y amordazada, y enseres varios, avaluados en 2.5 millones de pesos, listos para ser retirados del lugar. Otros bienes por valor de doscientos mil pesos, consistentes en joyas y relojes, lograron ser objeto de apoderamiento por el grupo de asaltantes.

Iniciada la investigación, la Fiscalía escuchó en declaración indagatoria a los capturados, quienes afirmaron no haber tenido participación en los hechos, y definió su situación jurídica con medida de aseguramiento de detención preventiva, por los delitos de hurto calificado agravado, y porte ilegal de armas de fuego de defensa personal (fls. 17, 18, 22, 26 y 43-1).

En declaración bajo juramento, Luis Fernando Lara Rodríguez, propietario de la residencia, avaluó los daños y perjuicios causados en doscien-

tos cincuenta mil pesos, discriminados así: doscientos mil correspondientes al valor de las joyas y relojes sustraídos, y cincuenta mil pesos en razón de dos tejas plásticas que los asaltantes destruyeron en su huída (fls.41-1).

Con el propósito de indemnizar al sujeto pasivo de la infracción, y lograr la libertad provisional de los indagados, la defensa aportó al proceso un título de depósito judicial por el valor señalado (fls.61 y 63-1). La Fiscalía reconoció el pago, pero negó la libertad de los procesados, argumentando que no concurrían las exigencias requeridas para suspender condicionalmente la pena en el evento de una sentencia condenatoria (fls. 64-1).

Previo el cumplimiento del trámite previsto en el artículo 37 del Código de Procedimiento Penal (modificado por los artículos 3° de la Ley 81/93 y 11 de la Ley 365/97), la Fiscalía formuló anticipadamente cargos a los procesados por los delitos de hurto calificado agravado, y porte ilegal de armas, conforme a lo establecido en los artículos 350 numerales 1°, 2° y 3°, 351 numeral 10° y 372 numeral 1° del Código Penal, y artículo 1° del Decreto 3664 de 1986 (Decreto 2266/91, art. 1°,) siendo aceptados por éstos. Al término de la diligencia, el defensor solicitó aplicar, además de la rebaja de pena de una tercera parte por sentencia anticipada, la prevista en el artículo 374 del Código Penal, por reparación de perjuicios (fls.77-1).

Mediante sentencia de 21 de enero de 1994, el Juzgado Segundo Penal del Circuito condenó a los acusados a la pena principal de 30 meses y 20 días de prisión, y la accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas por el mismo término, como coautores responsables de los delitos de Hurto calificado agravado y "fabricación y tráfico de armas de fuego o municiones", conforme a los cargos imputados por la Fiscalía y aceptados por ellos. También, al pago de doscientos cincuenta mil pesos por concepto de daños y perjuicios, y les negó el subrogado de la condena de ejecución condicional.

Al dosificar la pena, el Juez aplicó la rebaja establecida en el artículo 37 del Código de Procedimiento Penal (arts. 3° de la Ley 81/93 y 11 de la Ley 365/97), por haberse acogido los acusados a sentencia anticipada, pero negó la prevista en el artículo 374 del Código Penal por reparación de perjuicios, argumentando que para acceder a ella era necesario que los procesados hubieran demostrado un sincero arrepentimiento, y que este requisito no se cumplía en el presente caso (fls. 87 y ss-1).

El defensor de los procesados apeló este fallo con el propósito de obtener la rebaja de pena negada por el juzgador de primer grado, y el otorgamiento del subrogado de la condena de ejecución condicional, pero el Tribunal, mediante el suyo que ahora recurre en casación Alpidio Ramírez Reyes, negó sus pretensiones, reafirmando, en decisión de mayoría, la tesis expuesta por el *a quo*, y citando, al efecto, doctrina de la Corte (fls. 4. 11 vto. y 17-2).

LA DEMANDA

Con fundamento en la causal primera de casación, el censor acusa la sentencia impugnada de ser violatoria de la ley sustancial, por aplicación indebida, en razón a no haberse tenido en cuenta por los juzgadores que los procesados, en la diligencia de formulación y aceptación de cargos, hicieron expresas e inequívocas manifestaciones de arrepentimiento, y que no fueron presionados por nadie cuando consignaron el valor de la reparación, todo lo cual los hacía acreedores a la rebaja de pena establecida en el artículo 374 del Código Penal.

Argumenta que si bien es cierto los sindicados negaron inicialmente su participación en los hechos, no puede perderse de vista que todo imputado tiene derecho a asumir una estrategia defensiva, y que de acuerdo con el artículo 33 de la Constitución Nacional, nadie puede ser obligado a declarar contra sí mismo o contra su cónyuge, compañero permanente, o parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil.

Afirma, apoyado en interpretaciones doctrinales, y en el salvamento de voto del Magistrado disidente, que lo buscado a través del artículo 374 es obtener un rápido y efectivo resarcimiento de los perjuicios ocasionados con la infracción, haciendo menos nocivas las consecuencias que ha acarreado la conducta ilícita, y que estas finalidades han sido cumplidas a cabalidad en el presente caso.

Pide a la Corte, en consecuencia, casar el fallo impugnado, y dictar el que en derecho corresponde (fls. 57-2).

CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

El Procurador Segundo Delegado en lo Penal es del criterio que el cargo debe prosperar, pues considera que el artículo 374 del Código Penal consagra una aminorante de pena meramente objetiva, sin más condicionamientos que la restitución del objeto material del delito, su valor, o la indemnización de los perjuicios, y que en el presente caso este presupuesto ha sido satisfecho.

Reconoce que el escrito impugnatorio adolece de imprecisiones en la concreción inicial del reparo, pero sostiene que de su desarrollo argumentativo es posible extraer con claridad que lo pretendido por el actor es denunciar una violación directa del artículo 374 del Código Penal "en el sentido de errónea interpretación, que condujo a su falta de aplicación".

Califica como equivocada la postura de la Sala mayoritaria del Tribunal, al negar la rebaja de pena por reparación apoyándose en una jurisprudencia de la Corte "que no ha tenido eco", y exigiendo para su proce-

dencia requisitos subjetivos que la norma no impone. Más aún, haciendo depender la ausencia de arrepentimiento en los procesados, de haber negado en indagatoria su participación en los hechos, haber solicitado la libertad provisional, y acudido a la sentencia anticipada, instituciones todas que constituyen derechos consagrados en su favor, y cuyo ejercicio no puede calificarse de oportunismo o falta de arrepentimiento.

Solicita, por tanto, casar parcialmente el fallo impugnado, y reconocer en favor de los procesados la reducción de pena prevista en el multicitado artículo 374 del Código Penal (fl.255 del cuaderno de la Corte).

SE CONSIDERA

Aspecto técnico de la demanda

Aunque la demanda no concreta la forma de violación de la ley sustancial, si directa o indirecta, razón le asiste al Procurador Segundo Delegado cuando sostiene que de su contenido y desarrollo puede establecerse sin dificultades que la pretensión del casacionista es denunciar una violación directa del artículo 374 del Código Penal.

No puede compartir la Sala, sin embargo, la precisión complementaria que la Delegada hace, en el sentido de que a la infracción de la norma sustancial se habría llegado por interpretación errónea y falta de aplicación. Principios de técnica casacional enseñan que estos conceptos de la infracción de la ley no pueden ser concurrentes, pues mientras el primero presupone aplicación de la norma violada, el segundo implica inaplicación de ella, siendo en consecuencia contradictorio invocar estos dos sentidos de la violación en relación con un mismo precepto sustancial.

La Corte entiende, y así lo ha sostenido en oportunidades anteriores, que a la aplicación indebida o inaplicación de una norma legal puede llegarse porque el juzgador malinterpreta su alcance, pero la concreción del sentido de la violación no puede hacerse depender de las razones que determinaron el error, sino del error mismo, es decir de su realización en las equivocadas apreciaciones jurídicas.

Por eso, en eventos como el que se analiza, donde el actor demanda la aplicación de un precepto sustancial que los juzgadores de instancia no aplicaron, siendo el llamado a regular el caso, el concepto o sentido de la violación a invocar deberá ser falta de aplicación, independientemente de los motivos que hayan podido haber determinado ese yerro.

RESPUESTA A LA CENSURA

Antes de entrar a determinar si el supuesto fáctico recogido por el artículo 374 del Código Penal ha tenido concreción en el presente caso, varias son las precisiones que debe hacer la Corte sobre la naturaleza y alcance del referido precepto:

1. Es un mecanismo de reducción de pena, no una atenuante de responsabilidad. La rebaja en ella establecida no se deriva de una circunstancia concomitante al hecho punible, que pueda incidir en la tipicidad, antijuridicidad o culpabilidad, o en los grados o formas de participación, sino de una actitud posdelictual del imputado, de carácter procesal, que para nada varía el juicio de responsabilidad penal, y que como tal solo puede afectar la pena una vez ha sido individualizada.

Siendo ello así, la disminución punitiva allí prevista debe entenderse referida a la dosificación judicial, no a los límites establecidos en cada uno de los tipos penales que conforman el capítulo de los delitos contra el patrimonio económico, como pareciera insinuarlo la redacción del precepto, razón por la que, para el presente caso, se habilita el interés para recurrir, tratándose de sentencia anticipada.

La concreción y modificación de los extremos punitivos es de competencia del legislador, no del Juez, luego mal puede pensarse que la rebaja prevista en la norma, siendo de aplicación judicial (EL JUEZ podrá disminuir, reza el precepto), modifica los mínimos y máximos punitivos señalados en cada una de las citadas disposiciones penales.

Obsérvese que cuando el legislador introduce este tipo de modificaciones, lo hace directamente (arts. 22, 24, 30, 60 C. P.), y si en esta oportunidad no lo hizo, sino que defirió la aplicación de la rebaja al Juzgador, es porque no fue su voluntad afectar dichos topes.

En consecuencia, las rebajas establecidas en la citada disposición, en cuanto no comprometen los límites punitivos señalados en el tipo penal que define el delito realizado, no pueden afectar el término de prescripción de la acción penal, ni incidir en la determinación de la pena máxima para efectos de establecer la procedencia del recurso de casación.

2. Como norma imperativa, no es de aplicación facultativa por el Juez. La expresión "podrá disminuir" que contiene el precepto, no significa, como ha sido entendido en algunas instancias judiciales, que su aplicación sea discrecional, de suerte que aún cumpliéndose la condición en ella establecida, pueda el juzgador negar la rebaja.

Las normas penales, como la mayoría de los mandamientos jurídicos, son por esencia de carácter imperativo, de suerte que cumplida la condición en ella fijada para su operancia, el funcionario judicial no tiene alternativa distinta de aplicar la consecuencia jurídica. En materia penal no existen normas que confieran al Juez la facultad de optar por su no aplicación, habiendo sido cumplido el supuesto fáctico en ella previsto.

La inflexión verbal "podrá", a la cual se ha hecho alusión, está referida a la facultad que tiene el Juez de reducir la pena de la mitad a las tres cuartas partes, es decir, a la posibilidad de fijar el *quantum* entre los límí-

tes mínimo y máximo que la propia norma consagra, teniendo por norte los criterios establecidos en los artículos 61 y siguientes del Código Penal.

Con dicha directriz sólo se pretendió fijar un marco de racionalidad en la aplicación de la consecuencia jurídica, en manera alguna condicionar al criterio del juzgador la procedencia de la norma misma.

3. Es de carácter eminentemente objetivo, en cuanto que el supuesto fáctico que recoge puede ser constatado por el funcionario judicial sin necesidad de tener que recurrir a valoraciones subjetivas.

Para la operancia de la rebaja, la norma solo exige que el responsable restituya el objeto materia del delito o su valor, e indemnice los perjuicios ocasionados al ofendido o perjudicado. Las motivaciones que hayan podido haber determinado su decisión, o los sentimientos que haya experimentado al hacerlo, no son aspectos que determinen la aplicación o no de la consecuencia jurídica. De allí que su exigencia sea ilegítima.

Si lo pretendido a través de la rebaja consagrada en el norma fue crear un mecanismo de estímulo para que el procesado haga cesar los efectos de la conducta delictiva mediante el reintegro del objeto material del delito o su valor, y la indemnización al ofendido o perjudicado; dicho propósito resultaría comprometido con las exigencias adicionales anotadas, ante la certeza de que aún reparando el daño, la retribución anunciada (reducción de pena) podría terminar siendo desconocida.

4. Es de condición alternativa supletoria. Esto significa que cuando la restitución del objeto material es posible, es ésta la que debe hacerse por el procesado, y que solo cuando sea irrealizable, porque el objeto material ha desaparecido, o ha sido destruido, o el imputado no está en condiciones de recuperarlo, puede acudirse a la restitución por equivalencia, que se concreta, según lo establece la norma, en el pago del valor del objeto. En ambos casos (restitución natural y por equivalencia), el responsable debe indemnizar al ofendido los perjuicios causados.

Es de precisarse que si el objeto material fue recuperado, o no alcanzó a ser objeto de apoderamiento como acontece en las tentativas, la reducción se obtiene si el responsable indemniza los perjuicios causados con el hecho punible, de acuerdo con la estimación que de ellos haga bajo juramento el perjudicado, o la que pericialmente se realice (art. 295 C. P. P.).

5. La reparación debe ser integral. Esto significa que las restituciones e indemnizaciones deben ser totales, no parciales. Los resarcimientos incompletos, solo ameritan el reconocimiento de la circunstancia genérica de atenuación prevista en el artículo 64.7 del Código Penal.

6. Tiene aplicación extensiva, en cuanto que la consecuencia jurídica (rebaja de pena) debe ser aplicada a todos los procesados, sea cual fuere de ellos quien haya realizado la restitución o asumido el pago.

En el caso que es objeto de estudio se tiene que los procesados consignaron la suma de doscientos cincuenta mil pesos a título de reparación de perjuicios, teniendo en cuenta la estimación que de ellos hizo el ofendido bajo juramento: doscientos mil pesos correspondientes al valor de los relojes y las joyas no recuperadas; y, cincuenta mil pesos más por los daños materiales causados (ruptura de dos tejas plásticas).

Ningún reclamo presentó el ofendido por razón de perjuicios morales, razón por la que debe entenderse, en sana lógica, que los consideró inexistentes, no siendo del resorte del funcionario judicial entrar a cuestionar su pretensión indemnizatoria, pues la facultad de presentar objeciones solo la tienen en esta concreta hipótesis los sujetos procesales (art.295 C.P.P.). De allí que los juzgadores hayan decidido acoger la estimación realizada por el ofendido, sin entrar a hacer agregaciones.

Esta realidad fáctico procesal indica que, en el presente caso, hubo reparación integral, y que la rebaja de pena dispuesta en el citado artículo 374 del Código Penal, resultaba obligatoria, según las premisas que vienen de ser establecidas, en las cuales se precisan criterios jurisprudenciales anteriores de la Corte en relación con los alcances del mencionado precepto.

Por tanto, se casará el fallo impugnado para aplicar a la pena impuesta por el delito de hurto, una rebaja del mínimo establecido en la norma (la mitad), en razón de la gravedad, circunstancias y modalidades del hecho punible (art.374.2 C.P.). Siguiendo los parámetros de dosificación aplicados por los juzgadores de instancia, la pena a imponer sería la siguiente:

Veinticuatro meses por el hurto calificado (art. 350 C.P.); cuatro meses más por la agravante del artículo 351.10; y, ocho meses adicionales por la cuantía (art.372), para un subtotal de treinta y seis meses de prisión. A este guarismo aplicamos la rebaja de pena por restitución (la mitad), para un total de dieciocho meses de prisión, que vendría a ser la pena correspondiente al delito contra el patrimonio económico.

Por el concurso, el juzgador de primer grado incrementó 10 meses, los que sumados a la pena por el delito de hurto, totalizan meintiocho meses. Finalmente debe hacerse la rebaja de la tercera parte por sentencia anticipada, para una pena definitiva de dieciocho meses, veinte días de prisión.

Esta decisión se hará extensiva a los procesados no recurrentes, conforme a lo establecido en el artículo 243 del estatuto procesal.

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:

1. CASAR la sentencia impugnada.

2. CONDENAR a los procesados Alpidio Ramírez Reyes, Carlos Aníbal Pineda Peña y José Vicente Cruz Cruz, a la pena principal de dieciocho (18) meses y veinte (20) días de prisión. En un término igual queda fijada la pena accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas. En lo demás, el fallo se mantiene incólume.

Notifíquese y devuélvase al Tribunal de origen.

Cúmplase.

Jorge Córdoba Poveda, Fernando E. Arboleda Ripoll, Ricardo Calvete Rangel, Luis Bernardo Alzate G. Conjuez; *Jorge Aníbal Gómez Gallego, Edgar Lombana Trujillo, Carlos E. Mejía Escobar, Dídimo Páez Velandia, Nilson Pinilla Pinilla,* salvamento de voto.

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

SALVAMENTO DE VOTO

Con el respeto debido hacia las determinaciones de la mayoría, me permito transcribir y reiterar a continuación algunos de los planteamientos relevantes de la ponencia que presenté ante la Sala, que no encontraron acogida y motivaron la elaboración de otro proyecto por el señor Magistrado siguiente, con el cual se decidió el asunto con mi disentimiento:

1. Tratándose de la sentencia anticipada, el interés para recurrir se encuentra limitado respecto del sindicado y su defensor, por el ordinal 4° del artículo 37B del Código de Procedimiento Penal, ya que únicamente pueden impugnar lo referente a la dosificación punitiva, el subrogado de la ejecución condicional de la pena, la extinción del dominio y la condena a la indemnización de perjuicios.

Estas restricciones emergen de la aceptación libre y voluntaria de la responsabilidad sobre el hecho imputado y tienden a superar retractaciones del procesado, sin perjuicio de que en el evento de haberse vulnerado de manera grave e insubsanable verdaderas garantías fundamentales, el juez se abstenga de dictar sentencia y adopte el correctivo pertinente.

La dosificación de la pena se dirige a su delimitación cuantitativa para el asunto concreto, encontrándose establecida la fase cualitativa (selección de la clase de sanción). Está encaminada a la determinación entre los topes mínimo y máximo, establecidos los factores que impongan modificar los extremos punitivos de acuerdo con lo consagrado en normas como los artículos 22, 24 a 28, 30 y 60 del Código Penal y materializando lo que sea pertinente de la parte especial de dicho estatuto para cada situación específica, a la que finalmente serán aplicados los criterios instituidos por el artículo 61 *ibídem*.

Como la circunstancia del artículo 374 *ibídem* es un mecanismo de reducción de la pena a imponer en los delitos contra el patrimonio económico, su reconocimiento recortado o su no otorgamiento en la sentencia anticipada sí genera interés para recurrir, que también existe, por ejemplo, cuando con posterioridad a la aceptación, pero dentro de la oportunidad legal, se da cumplimiento a los requisitos fijados por el artículo 374 citado y el juez se abstiene de considerar esta situación o deniega o restringe la disminución.

La norma que se comenta no tiene aplicación en abstracto ni afecta el tipo básico, lo cual descarta que incida en determinaciones de la punibilidad para efectos como la prescripción de la acción penal o el interés para recurrir regularmente en casación.

En el caso concreto, durante el desarrollo de la diligencia prevista en el artículo 37 del Código de Procedimiento Penal, el defensor comentó que tal atenuante se presentaba y correspondía al juez resolver lo pertinente. La Fiscalía guardó silencio sobre el tema, apareciendo tácitamente que, como era lo indicado, se defirió al sentenciador la adopción de la decisión respectiva, quien en el fallo consideró que no había lugar al otorgamiento, lo cual confirma que el procesado y su defensor tienen interés para recurrir contra el punto específico, al no ser concedido un beneficio con incidencia en la dosificación de la pena, que competía al fallador reconocer o no.

2. Se aprecia que la demanda de casación no es específica en señalar si la violación de lo dispuesto por el artículo 374 del Código Penal en la cual, según su criterio, incurrió el Tribunal, fue directa o indirecta, aunque pueda colegirse, como lo hace el Ministerio Público con expresa connotación distinta, que acudió a la primera para tratar de establecer que "APLICO INDEBIDAMENTE LA LEY" (f. 63 cd. Trib.).

Esa imprecisión ostensible en la sustentación del recurso, que ciertamente no constituye "un modelo de lo que debe ser la demanda de casación", también en términos de la Procuraduría Delegada (f. 258 cd. Corte), mengua sus posibilidades de prosperidad, malogramiento que se acentúa al no especificar el demandante ni demostrar apropiadamente cómo se configura el error que trata de endilgarle al fallo, aplicándose sólo en la insistencia de que sus clientes "consignaron el valor de los perjuicios", repitiendo los apartes en que cada uno de ellos manifiesta estar "muy arrepentido" y transcribiendo la mayor parte del salvamento parcial de voto del Magistrado del Tribunal, el cual procura oponer a la decisión mayoritaria pero sin explicar con solidez por qué ha de preponderar aquél sobre ésta.

El fallo de los juzgadores de instancia fue emitido de conformidad y en consonancia "a los hechos y circunstancias aceptadas" (art. 37 C. de P. P.), entre los cuales no figuró el mecanismo de reducción de pena previsto por el artículo 374, apenas mencionado por el defensor.

Habiéndose proferido así la sentencia anticipada, con sujeción a los cargos formulados por la Fiscalía en la resolución de la situación jurídica y aceptados libremente por los procesados, lo que de suyo les significa una importante rebaja de pena, mal se pretende forzar un beneficio adicional, que podía conceder el juez en su razonado criterio, siempre y cuando se den las condiciones que lo hacen otorgable, ausentes en el presente caso según la motivación vertida, contra la cual ningún error propiciador de la casación demuestra el actor.

De aceptarse, como sugiere la Procuraduría Delegada, que el cargo a la sentencia deba entenderse formulado como falta de aplicación por errónea interpretación del artículo 374, aunque aplicación indebida es lo mencionado en la demanda, el censor debió comenzar por plantear y demostrar que se daban los presupuestos objetivos de dicha norma, a saber, la restitución del objeto material del delito o su valor y la indemnización de los perjuicios a los ofendidos, a lo cual se le haya reconocido por el fallador un sentido equivocado, debiendo explicitar en que consistió éste y cómo y por qué se estima que le fueron truncados los efectos jurídicos correspondientes.

Esto no se logra simplemente afirmándolo (fl. 65 cd. Trib.), sino que hay que sustentarlo y en ello también falla la demanda.

3ª. Si bien es cierto que Luis Fernando Lara Rodríguez señaló $200.000 como valor de las joyas y relojes cuya sustracción se alcanzó a consumar y $50.000 por la ruptura de dos tejas plásticas (fls. 41 y 42 ib.), no especifica el casacionista por qué esa suma, que de su iniciativa "los sindicados han indemnizado" (f. 62 ib.), según expresó la defensora de entonces al presentar el título por $250.000 consignados por Plutarco Alfonso Pineda Peña, resulta suficiente no sólo para restitución del "objeto materia del delito o su valor", sino también como indemnización de "los perjuicios ocasionados al ofendido o perjudicado", en los términos del artículo 374 del Código Penal, que evidentemente va más allá del simple daño material directo y no excluye el quebranto moral, el cual aparecía sensible, por ejemplo, a consecuencia del grave ataque contra la empleada del servicio doméstico Evidalia Gil Hernández, a quien sometieron con armas, amenazaron de muerte, amarraron y "metieron un trapo en la boca" (f. 39 ib.).

Lo anterior no se desvirtúa por el hecho, no argumentado por el impugnante, de que la sentencia de primer grado asumiese los $250.000 como tasación de los perjuicios a indemnizar, dejando por fuera de estimación por lo menos el daño moral, cuya indemnización ostensiblemente dejó de atenderse, quedando los diferentes damnificados en libertad de perseguirla en acción civil separada, junto con la parte que consideraren no cubierta de los perjuicios materiales, siendo que tal acción privada no fue ejercida dentro del proceso penal.

A pesar de la falta de prueba sobre el monto de los perjuicios, que llevó a tener como punto de referencia la declaración de Luis Fernando Lara Rodríguez, no es acertado afirmar que su cuantía la fijó el ofendido, porque este deponente, como hijo de los dueños de los bienes sustraídos y de las tejas rotas, no podía renunciar a la indemnización cabal ni considerar inexistentes los daños, en lo que correspondía a otros.

Mal puede centrarse la determinación en el desposeimiento puramente material resultante y desdeñar el desvalor de la acción, siendo las mo-

dalidades del ataque las que llevaron a configurar como agravado y calificado el hecho punible ejecutado y sólo parcialmente consumado.

Tampoco puede pregonarse que no es atinente al funcionario judicial cuestionar el monto de la indemnización pretendida, debido a que precisamente el artículo 295 del Código de Procedimiento Penal señala que la cuantía "podrá ser la que fije el perjudicado bajo la gravedad del juramento". Los damnificados pueden valorar erradamente los perjuicios, frecuentemente por exceso pero también algunas veces en forma recortada, y como se deriva de lo dispuesto por la preceptiva fundamental y, entre otros, por los artículos 9°, 14 y 20, normas rectoras del estatuto procesal penal, los servidores públicos de la Administración de Justicia deben procurar la verdad y la efectividad del derecho sustancial, evitar el enriquecimiento ilícito y adoptar todas las medidas necesarias para que el restablecimiento del derecho sea real y efectivo.

Cabe recordar que frente a situación claramente equiparable al caso bajo estudio, se pronunció esta Sala en casación del 22 de junio de 1988, M.P. Dr. Guillermo Dávila Muñoz:

"No obstante lo anteriormente expresado, podría argüirse que el procesado consignó la suma señalada en la sentencia en comento, como perjuicios y que esto indicaba su ánimo de resarcimiento, lo que hacía posible la reducción comentada. A este respecto son pertinentes las razones expuestas por la Procuraduría 3a. Delegada, ya que no existiendo parte civil -se reitera- y siendo incompleta la tasación efectuada, ... puesto que se prescindió de los perjuicios morales, no puede darse por satisfecho este requisito. Lo cual no ocurrirá, si habiendo intervenido el perjudicado en tal calidad no hubiera reclamado, pudiéndose entender que se conformaba con el señalamiento de perjuicios con la limitación indicada".

Las naturales dificultades que en procesos que culminen con sentencia anticipada, prescindiéndose por ende buena parte de la actuación, se presentan para la demostración y estimación del valor de los perjuicios tanto materiales como morales irrogados con el hecho punible, suelen forzar al juzgador a basarse en comprobaciones insuficientes en lo relacionado con la naturaleza de los daños y su cuantificación, sin haber tenido la oportunidad de contar con la intervención de un perito. Es probablemente esta dificultad, que corresponde al Fiscal superar haciendo uso de la facultad de practicar pruebas (inciso 2° del artículo 37 C. de P. P.), la que ha llevado al legislador, contrariando la Carta Política (art. 12-5 L. 365/97, Corte Constitucional, C-277, junio 3/98, M. P. Vladimiro Naranjo Mesa), a intentar excluir de determinación lo referente a la responsabilidad civil en procesos penales que culminen con sentencia anticipada.

4°. Tampoco tiene razón el recurrente en la alusión que hace al numeral 7° del artículo 64 del Código Penal, como si también insinuara

inaplicación de esta norma, cuando resulta evidente que la pena fue tasada, con palmaria indulgencia, partiendo "del mínimo que enseña el canon 350 *ibidem*, es decir veinticuatro meses..." (fl. 93 cd. inicial).

5°. La disminución punitiva consagrada en el artículo 374 citado no es un imperativo categórico. Dicha norma no le impone al juez la obligación de reconocer la reducción a pesar de que en apariencia se reúnan los requisitos fijados. Se trata de un precepto facultativo, en el sentido de conferir al funcionario judicial la potestad equitativa de atenuar o no la pena.

Considerar que el juez ante el fingido resarcimiento o el acomodaticio oportunismo está obligado a reconocer la reducción del artículo 374 del Código Penal, es seguir una interpretación que conduce a tener la inflexión verbal "podrá" como un agregado sin sentido ni trascendencia, concluyendo en la misma situación que se daría de no haber sido expresamente incluida. Por el contrario, siendo válida la existencia de normas que otorgan al juzgador la facultad de aplicar o no lo previsto, de acuerdo con su razonado análisis, y no existiendo en la ley palabras ociosas, lo imperativo es tomar en cuenta que "poder" no es obligación, sino autorización o potestad de realizar algo.

El empleo de dicho verbo da un giro evidente al texto normativo, hasta el punto de mutar el carácter del precepto, que deja de ser obligante para convertirse en facultativo, cambio que no ha de ser ignorado en la interpretación de la norma, porque con ello se estaría quebrantando su clara literalidad.

Lo anterior, en cuanto el precepto que se analiza no reviste oscuridad ni ambigüedad y, por ende, procede cumplir lo determinado por el inciso 1° del artículo 27 del Código Civil: "Cuando el sentido de la ley sea claro, no se desatenderá su tenor a pretexto de consultar su espíritu".

Tal norma no confiere un derecho inalienable, como para que se burlen de la facultad punitiva del Estado los responsables de un agravado y calificado delito contra el patrimonio ajeno, que por la oportuna intervención policial sólo en mínima parte consumaron no obstante su artero propósito, además de la infracción contra la seguridad pública. Cuando el restablecimiento del derecho es tan sólo aparente, el juzgador tiene la facultad de no conceder la disminución, con el debido sustento y entendiendo la ostensible diferencia que hay entre las locuciones "el juez podrá disminuir" y "el juez disminuirá".

Es claro que el legislador precavió, para apartarse de la redacción sugerida por las Comisiones, como en seguida se comentará, eventos en los cuales resultaba injustificado reconocer tan significativa disminución punitiva (de la mitad a las tres cuartas partes) y por ello varió la naturaleza del precepto, para dotar al juez de una facultad que le permitiera decidir discrecionalmente sobre dicha materia. Un carácter general e indefectible

de la norma podría llevar a la lenidad y a argucias en delitos graves pero sólo en mínima parte consumados, como es evidente en el presente caso; de ahí que finalmente, en el Decreto 100 de 1980, se haya preferido que fuera el juzgador quien, con el conocimiento de las circunstancias en que hayan sido realizados el hecho y la eventual restitución e indemnización, conceda o no la reducción de pena, no de manera arbitraria sino razonadamente, de acuerdo con criterios que se desprenden del propio Código Penal (tentativa con o sin perjuicios, mayor o menor lesión contra el bien jurídico tutelado, situación económica de la víctima, etc.), de los principios generales del derecho, de la justicia entendida como valor supremo que nutre la interpretación de la normatividad, y de la equidad (art. 230 Const.), operante frente a aspectos no necesariamente previstos por la ley, pero sí reclamados para la preservación de la propia integridad social.

La variación en lo dispuesto por el legislador se confirma si se aprecia que, al contrario de lo que disponía el artículo 429 del anterior Código Penal ("...se disminuirá..."), y lo propuesto por las comisiones redactoras de los proyectos de Código Penal de 1974 (art. 398) y 1978 (art. 534, "...se disminuirán..."), mantenido por la comisión revisora de 1979, el Decreto 100 de 1980 usó en su artículo 374 una fórmula claramente discrecional ("...podrá disminuir..."), cambiando en la redacción la obligatoriedad a que tenía que someterse el Juez, por la facultad de otorgar la reducción punitiva, que en el Código vigente se aumentó, para que, si fuere el caso, se concediese "de la mitad a las tres cuartas partes", procurando incentivar así el verdadero restablecimiento del derecho.

No todos los preceptos penales son imperativos; los hay excepcionalmente facultativos y no sólo el mencionado artículo 374, sino otros a los cuales el legislador les ha dado tal característica, aún con autonomía que genera mayor inquietud en algunos casos, como ocurre, por ejemplo, con lo estatuido en el artículo 320 del Código Penal, que otorga al juez la potestad de declarar exentos de pena a los injuriantes recíprocos "o a cualquiera de ellos".

También se corrobora lo anterior con la constatación de la distinta terminología, esa sí imperativa y no discrecional, que continúa usando el legislador frente a otros casos, por ejemplo y para no ir más lejos, en el artículo 373 del Código Penal, inmediatamente anterior al que se estudia: "Las penas señaladas en los capítulos anteriores se disminuirán de una tercera parte a la mitad ..."

Las anteriores consideraciones debieron ser suficientes para desestimar la impugnación.

Respetuosamente,

Nilson E. Pinilla Pinilla

Magistrado. (Fecha: *ut supra*)

ABUSO DE CONFIANZA/ CASACION/ PENA

Se tiene que el delito de abuso de confianza, consagra una pena que oscila entre uno y cinco años de prisión, pero como la agravante propuesta y deducida en la sentencia de primera instancia, permite incrementar la pena de una tercera parte (1/3) a la mitad (1/2), significa que el máximo imponible pasaría de cinco (5) años a siete (7) años seis (6) meses de prisión.

Esta Sala de la Corte, de manera pacífica y reiterada ha señalado los parámetros que permiten cuantificar la pena máxima a imponer a efecto de alcanzar el recurso extraordinario de casación, tal como se puntualizó en pronunciamiento de enero 31 de 1997, en proceso cuya conducción estuvo a cargo del Doctor Ricardo Calvete Rangel:

"... el requisito legal en cuanto al monto de la pena para acceder al recurso extraordinario es la sanción punitiva máxima que contempla el respectivo tipo penal para el delito que se imputa, atendidas las circunstancias de agravación y atenuación modificadores de la punibilidad que concurran y no la impuesta en la sentencia..."

Ahora bien, tal como señala el artículo 137 del Código de Procedimiento Penal, ante la presentación simultánea de dos impugnaciones con diferente orientación, esto es, la interpuesta por el procesado y la de su defensor correspondía al Tribunal darle prelación a la segunda y sobre la misma determinar si los requisitos anteriormente establecidos se presentaban para definir la procedencia del recurso extraordinario de casación, haciendo el respectivo análisis sobre el máximo de la pena imponible.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Santafé de Bogotá, D. C. veintitrés (23) noviembre de mil novecientos noventa y ocho (1998).

Magistrado Ponente: Dr. *Edgar Lombana Trujillo*

Proceso No. 15017

Aprobado Acta No. 177

VISTOS

Conoce la Sala del recurso de hecho interpuesto por el defensor del procesado Alonso Nereo Camargo Jimenez, contra el auto del 7 de septiembre de 1998, mediante el cual el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, inadmitió el recurso extraordinario de casación interpuesto contra el fallo que confirmó la sentencia condenatoria por los delitos de abuso de confianza agravado por la cuantía en concurso con fraude a resolución judicial.

ANTECEDENTES

El Juzgado Catorce Penal del Circuito de Santafé de Bogotá, condenó al procesado Alonso Nereo Camargo Jiménez a la pena de 30 meses de prisión por los delitos de abuso de confianza agravado por la cuantía en concurso con fraude a resolución judicial.

Apelada la sentencia, la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santafé de Bogotá, la confirmó originando la impugnación por parte del procesado y su defensor, el primero por vía de la casación discrecional (fl. 19 cdno anexo) y el segundo con invocación del recurso extraordinario de casación (fl. 21 cdno. anexo).

El Secretario de dicha Corporación pasa al despacho el proceso anunciando expresamente las dos impugnaciones contra la sentencia, es decir, el recurso extraordinario de casación discrecional accionado por el procesado Camargo Jiménez y el extraordinario de casación incoado por su defensor (fl. 22 cdno. anexo).

El Tribunal Superior en auto de diciembre 2 de 1997, remite a esta Sala de la Corte la actuación para que se decida el recurso de casación discrecional (fl. 23 cdno anexo) que no tuvo éxito según pronunciamiento de la Sala de marzo 6 del presente año (fl. 55 cdno Corte).

Insiste el profesional del derecho en el reconocimiento de la impugnación por él interpuesta ante el Tribunal Superior, originando auto interlocutorio de septiembre 7 de 1998, (fl. 37 cdno anexo), mediante el cual no concede el recurso de casación común con el argumento de que "... siguiendo el criterio de la Corte Suprema de Justicia, es decir, 'los delitos por los cuales fue condenado su asistido no admiten tal clase de impugnación', negará la petición del memorialista y con mayor razón cuando el fallo de segunda instancia cobró ejecutoria material al quedar en firme la providencia de aquella alta Corporación, a través de la cual no se concedió el recurso extraordinario de casación que por vía discrecional invocó el procesado, quien por ser abogado titulado podía sustentar el pedimento del recurso de casación excepcional", decisión igualmente impugnada en recurso de hecho que ubica las diligencias en esta Corporación.

Oportunamente el impugnante sustentó ante esta Corporación el recurso de hecho, señalando que su representado fue condenado por el delito de abuso de confianza agravado punitivamente por el artículo 372 del Código Penal y como el artículo 218 del Código de Procedimiento Penal, ordena que el recurso de casación común procede para los delitos que tengan señalada pena privativa de la libertad cuyo máximo sea o exceda de seis (6) años, requisito que se cumple, pues el total de pena a imponer con la agravación punitiva es de 7 años y medio, destacando que la providencia impugnada a la fecha no ha cobrado ejecutoria, dado que el recurso de casación solicitado no ha sido resuelto aún, y "... que no es prudente afirmar que la providencia quedó ejecutoriada cuando se negó el recurso de casación discrecional elevado por el sindicado, puesto que el Tribunal no se había pronunciado sobre la solicitud de casación elevada por la defensa y sólo hasta la fecha lo hace...".

Al amparo del artículo 209 del Código de Procedimiento Penal, este Despacho dispuso la práctica de diligencia de inspección judicial sobre la actuación, en orden a incorporar algunas piezas procesales imprescindibles para resolver el recurso de hecho motivado por el defensor del procesado, así:

1. A folio 21 del cuaderno de la Corte, obra copia íntegra de la sentencia de primer grado proferida por el Juzgado Catorce Penal del Circuito el 21 de abril de 1997, en la que para efectos de la dosificación de pena se dedujo la agravante específica para el delito contra el patrimonio económico consagrada en el artículo 372 del Código Penal, que aumenta la pena de una tercera parte (1/3) a la mitad (1/2).

2. De igual manera se allegó a las diligencias copia de la totalidad de la actuación surtida en esta Corporación con ocasión a la remisión que hiciera el Tribunal Superior de Santafé de Bogotá para que se estimara la viabilidad del recurso de casación discrecional interpuesto por el procesado Alonso Nereo Camargo Jiménez.

3. En la diligencia de inspección judicial se logró establecer que el Tribunal no dio el trámite previsto en el artículo 224 del Código de Procedimiento Penal, previsto para esta impugnación, pronunciándose tan solo en la providencia que se recurriera de hecho.

Consideraciones de la Sala

1. Atendiendo la preceptiva del artículo 218 del Código de Procedimiento Penal, se desprende que dos son los requisitos de procedibilidad que se deben cumplir para el recurso extraordinario de casación:

1.1. La impugnación debe intentarse contra sentencias proferidas, en segunda instancia, por el Tribunal Nacional, los Tribunales Superiores de Distrito Judicial o el Tribunal Penal Militar.

1.2. Que el delito porque se procede tenga señalada pena privativa de la libertad cuyo máximo sea o exceda de seis (6) años, aún cuando la sanción impuesta haya sido una medida de seguridad. El recurso se extiende a los delitos conexos aunque la pena prevista para estos sea inferior a la señalada anteriormente.

Naturalmente, la impugnación debe impetrarse dentro de la ejecutoria formal del fallo de segunda instancia.

2. De acuerdo con el fallo impugnado, el señor Alonso Nereo Camargo Jiménez fue acusado y condenado por los delitos de abuso de confianza en concurso con fraude a resolución judicial, siendo el primero de ellos agravado en razón de la cuantía (artículos 358, 372-1 y 184 del Código Penal).

3. Se tiene que el delito de abuso de confianza, consagra una pena que oscila entre uno y cinco años de prisión, pero como la agravante propuesta y deducida en la sentencia de primera instancia, permite incrementar la pena de una tercera parte (1/3) a la mitad (1/2), significa que el máximo imponible pasaría de cinco (5) años a siete (7) años seis (6) meses de prisión.

Esta Sala de la Corte, de manera pacífica y reiterada ha señalado los parámetros que permiten cuantificar la pena máxima a imponer a efecto de alcanzar el recurso extraordinario de casación, tal como se puntualizó en pronunciamiento de enero 31 de 1997, en proceso cuya conducción estuvo a cargo del Doctor Ricardo Calvete Rangel:

"... el requisito legal en cuanto al monto de la pena para acceder al recurso extraordinario es la sanción punitiva máxima que contemple el respectivo tipo penal para el delito que se imputa, atendidas las circunstancias de agravación y atenuación modificadores de la punibilidad que concurran y no la impuesta en la sentencia..."

3. Ahora bien, tal como señala el artículo 137 del Código de Procedimiento Penal, ante la presentación simultánea de dos impugnaciones con diferente orientación, esto es, la interpuesta por el procesado y la de su defensor correspondía al Tribunal darle prelación a la segunda y sobre la misma determinar si los requisitos anteriormente establecidos se presentaban para definir la procedencia del recurso extraordinario de casación, haciendo el respectivo análisis sobre el máximo de la pena imponible en el presente caso, como quedara establecido anteriormente, pues el presupuesto del órgano jurisdiccional que proveyó en segunda instancia se cumplió con la sentencia que se pretende impugnar en esta sede, y así haber impreso el trámite correspondiente.

4. En consecuencia, por haber sido interpuesto en tiempo hábil por el representante de la defensa técnica, se concede el recurso de casación y así se resolverá.

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:

ADMITIR el recurso de hecho, en consecuencia, conceder el recurso extraordinario de casación interpuesto por el defensor del procesado Alonso Nereo Camargo Jiménez contra la sentencia del dieciséis de octubre de mil novecientos noventa y siete, mediante la cual el Tribunal Superior de Santafé de Bogotá confirmó la de primera instancia.

Remítase la actuación al Tribunal de origen a fin de que se dé trámite a los traslados previstos en el artículo 224 del Código de Procedimiento Penal.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Jorge Enrique Córdoba Poveda, Fernando Arboleda Ripoll, Ricardo Calvete Rangel, Carlos Augusto Gálvez Argote, Jorge Aníbal Gómez Gallego, Edgar Lombana Trujillo, Carlos E. Mejía Escobar, Dídimo Páez Velandia, no firmó; *Nilson Pinilla Pinilla.*

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

CASACION-Quántum punitivo

1. Repetidamente ha sido dicho por la Sala, que el artículo 218 del Código de Procedimiento Penal, modificado por el 35 de la Ley 81 de 1993, señala dos hipótesis sobre las cuales el recurso de casación puede ser admitido:

1.1. En el inciso primero, la disposición que viene de citarse prevé la vía directa o común; para impugnar en sede extraordinaria los fallos proferidos en segunda instancia por el Tribunal Nacional, los tribunales superiores de distrito judicial y el Tribunal Penal Militar; por delitos que tengan señalada pena privativa de libertad cuyo máximo sea o exceda de seis años.

De esta preceptiva, se establece que son tres los presupuestos exigidos en la ley de rito, los cuales deben cumplirse íntegramente para que el instrumento excepcional resulte procedente:

1.1.1. El primero, relacionado con la naturaleza de la decisión recurrible en casación, la cual indefectiblemente ha de corresponder a una sentencia de segunda instancia, sea que a ese estadio haya llegado por vía de apelación o en cumplimiento del grado jurisdiccional de consulta.

1.1.2. El segundo, relacionado con el órgano que la produjo, esto es que haya sido proferida por el Tribunal Nacional, los tribunales superiores de distrito judicial o el Tribunal Penal Militar.

1.1.3. El tercero, relativo al quántum máximo de pena privativa de libertad, previsto como sanción para el delito por el cual fue proferida la sentencia, que debe ser igual o superior a seis (6) años de prisión o arresto, así hubiese sido impuesta una medida de seguridad o el fallo sea de carácter absolutorio, e independientemente de la pena individualizada por el juzgador.

Pues "bastante se ha dicho por esta Corte en relación con la estimación del quántum punitivo para la procedencia de la casación, de tal manera que no se tiene como tal la cantidad de punición impuesta en la sentencia, porque entonces tal factor estaría en contravía del reco-

nocimiento del recurso en relación con las sentencias absolutorias y en lo que atañe a las que no imponen penas sino medidas de seguridad; tampoco lo es la sanción máxima del delito in género; pero sí es la resultante de una operación en abstracto que involucra la pena prevista para el tipo básico o especial y para los factores o circunstancias legales de intensificación o de reducción de la misma, que es en últimas el delito por el cual se procede (el hecho medular con todas sus circunstancias específicas).

La Sala no ha sido ajena a la problemática generada por la errada concepción que del instrumento aun poseen algunos sujetos procesales no obstante los Antecedentes referidos, y a fin de salvaguardar el cumplimiento del principio de prevalencia del derecho sustancial sobre el adjetivo, y buscar preferentemente su efectividad, en sesión llevada a cabo el 20 de noviembre de 1997, según de ella da cuenta el acta número 144 de esa fecha, trató el tema relativo a la solución que debía darse a aquellos casos en los cuales los impugnantes erradamente interpusieran recurso de casación excepcional cuando el procedente fuera el común, decidiendo que en tales eventos el pronunciamiento no podría consistir en el rechazo de la pretensión, como se venía haciendo, sino la adecuación del trámite a los preceptos establecidos para la vía regular del recurso extraordinario.

Se dijo entonces, que si el Tribunal de Segunda Instancia advierte el yerro del recurrente y lo corrige concediendo el recurso de casación por la vía común, habría de ser acogida la adecuación del trámite llevada a cabo y proceder la Corte a pronunciarse en relación con la admisibilidad formal de la demanda que hubiere sido presentada.

Pero si el Tribunal, atendiendo la voluntad del impugnante de acudir a la casación discrecional, no obstante proceder la común resuelve remitir las diligencias a la Corte para que decida si lo admite o rechaza, en estos casos lo procedente es devolver el diligenciamiento a la Corporación de origen para que proceda a pronunciarse sobre la concesión o no del recurso común de casación.

A ello ha de agregarse, que si el recurso de casación se interpone contra un fallo de segundo grado proferido por un juez penal del circuito, independientemente de si el impugnante aclara o no cuál es la vía de interposición a la que acude, una vez vencidos los quince días siguientes a la última notificación de la sentencia, a dicho funcionario no le queda otra alternativa que remitir las diligencias a la Corte para proveer sobre la admisibilidad o no del recurso de casación discrecional, por ser ésta la única posibilidad de impugnación en sede extraordinaria contra esta clase de sentencias, como ya ha sido expuesto.

De lo dicho surge, entonces, que también compete al Tribunal Nacional, los tribunales superiores de distrito judicial, y al Tribunal Penal Militar, en la oportunidad debida, introducir los correctivos al trámite de casación correspondiente según la vía que resulte aplicable al caso, en aquellos eventos en que el impugnante en casación escoja el camino equivocado, sin esperar para ello el pronunciamiento de la Corte.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Santa Fe de Bogotá, D. C., veintitrés (23) de noviembre de mil novecientos noventa y ocho (1998).

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

Proceso No. 14994

Aprobado acta No. 177

Se pronuncia la Corte sobre la concesión del recurso extraordinario de casación discrecional, interpuesto por el defensor del procesado Jose Humberto Rodriguez Arevalo con fundamento en el inciso tercero del artículo 218 del Código de Procedimiento Penal, contra la sentencia emitida el 23 de julio de 1998 por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Tunja, confirmatoria de la proferida por el Juzgado Cuarto Penal del Circuito de la misma ciudad, en la cual se le condenó a cinco años y nueve meses de prisión por el concurso de delitos de homicidio y lesiones personales, todos en la modalidad culposa, y le negó el subrogado de la condena de ejecución condicional.

ANTECEDENTES

El 29 de octubre de 1994, a la altura del sitio denominado "La Peña" en comprensión municipal de Tunja (Boy.), sobre la carretera que se comunica con Santa Fe de Bogotá, colisionaron el bus de la empresa Coflonorte de placas XIC 869 conducido por José Gabriel Castro, y la tractomula de placas R11790 al mando de José Humberto Rodríguez Arévalo, en cuyo incidente perdieron la vida José Gabriel Castro Puerto, Luis Olmedo Sánchez Orjuela, Juan Carlos León Gómez y Silverio Pabón, al tiempo que resultaron heridos Augusto Velásquez, Gustavo Alberto Rojas, Migdonia Alfonso, María Riquelda Arciniegas de Rodríguez, Olga Lucía Bolívar Sandoval y Sonia Shirley Bernal Sánchez.

Abierta la instrucción por la Fiscalía Séptima de la Unidad Previa y Permanente de Tunja (fl. 44), la Décima Especializada, a donde fueron reasignadas las diligencias, vinculó mediante indagatoria a y Rodríguez Arevalo (fl. 125) contra quien posteriormente profirió medida de aseguramiento de detención preventiva (fls. 172 y ss.).

Previa clausura del ciclo instructivo (fl. 525), el veintinueve de octubre de mil novecientos noventa y siete, en su contra se profirió resolución acusatoria por el concurso de delitos de homicidio y lesiones personales,

todos en la modalidad culposa (fls. 543 y ss.), decisión que adquirió ejecutoria en esa instancia.

Asumido el conocimiento del juicio por el Juzgado Cuarto Penal del Circuito, llevó a cabo la vista pública (fls. 580 y ss.) y culminó la instancia condenando al procesado a las penas principales de cinco años y nueve meses de prisión, y suspensión en el ejercicio de la profesión de conductor por el término de cinco años, mediante sentencia que el Tribunal Superior confirmó en lo sustancial -salvo la modificación introducida en la condena al pago de los perjuicios morales y materiales, y la orden de expedir copias para la investigación de las lesiones ocasionadas a Antonio Giraldo y Juan Hernández- al revisarla por vía de la apelación interpuesta por la defensa (fls. 16 y ss. cno. Tribunal), y que ahora es objeto del recurso extraordinario de casación.

Las Razones Del Impugnante

En oportunidad, ante el ad quem, el defensor elevó su petición de concesión del recurso extraordinario de casación discrecional, "de conformidad con lo previsto en el inciso tercero del artículo 218, Capítulo Octavo, Título Cuarto del Código de Procedimiento Penal", en la que expone haber sido conculcada la prohibición de reformatio in pejus, "y además se vulneraron derechos fundamentales del procesado, aspecto este último que se analizará en detalle en la Demanda Formal de Casación", aunque anticipa que con la interposición de la solicitud persigue la garantía de los "derechos fundamentales violados al señor José Humberto Rodríguez Arévalo, entre ellos el derecho al debido proceso, el principio de legalidad de la pena, principio del derecho de defensa, el derecho de impugnación y contradicción probatoria, principio de presunción de inocencia, principio de la reformatio in pejus, (artículos 1, 2, 7, 17, del C.P.P., artículos 29 y 31 de la Constitución Nacional)".

Considera que la vía excepcional cumple los presupuestos de admisibilidad, pues el recurso se interpone contra un fallo de segundo grado, proferido por un Tribunal Superior de Distrito Judicial, "y además la pena impuesta es inferior a seis años de prisión", pues "si la pena impuesta hubiese sido de seis años o superior a ésta, la vía correcta hubiese sido la casación ordinaria".

De otro lado, sostiene, la impugnación fue presentada dentro de los quince días siguientes a la última notificación, existe legitimación para la interposición del recurso, y es sustentada "en debida forma por medio de las razones y argumentos que aquí se expresan" (fls. 38 y ss. cno. Tribunal).

Atendida la naturaleza de la impugnación propuesta, por auto proferido el veintidós de septiembre de mil novecientos noventa y ocho, el Tribu-

nal dispuso la remisión del expediente a la Corte para que se pronunciara sobre su admisibilidad (fl. 52).

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

1. Repetidamente ha sido dicho por la Sala, que el artículo 218 del Código de Procedimiento Penal, modificado por el 35 de la Ley 81 de 1993, señala dos hipótesis sobre las cuales el recurso de casación puede ser admitido:

1.1. En el inciso primero, la disposición que viene de citarse prevé la vía directa o común, para impugnar en sede extraordinaria los fallos proferidos en segunda instancia por el Tribunal Nacional, los tribunales superiores de distrito judicial y el Tribunal Penal Militar, por delitos que tengan señalada pena privativa de libertad cuyo máximo sea o exceda de seis años.

De esta preceptiva, se establece que son tres los presupuestos exigidos en la ley de rito, los cuales deben cumplirse íntegramente para que el instrumento excepcional resulte procedente:

1.1.1. El primero, relacionado con la naturaleza de la decisión recurrible en casación, la cual indefectiblemente ha de corresponder a una sentencia de segunda instancia, sea que a ese estadio haya llegado por vía de apelación o en cumplimiento del grado jurisdiccional de consulta.

1.1.2. El segundo, relacionado con el órgano que la produjo, esto es que haya sido proferida por el Tribunal Nacional, los tribunales superiores de distrito judicial o el Tribunal Penal Militar.

1.1.3. El tercero, relativo al quántum máximo de pena privativa de libertad, previsto como sanción para el delito por el cual fue proferida la sentencia, que debe ser igual o superior a seis (6) años de prisión o arresto, así hubiese sido impuesta una medida de seguridad o el fallo sea de carácter absolutorio, e independientemente de la pena individualizada por el juzgador.

Pues "bastante se ha dicho por esta Corte en relación con la estimación del quántum punitivo para la procedencia de la casación, de tal manera que no se tiene como tal la cantidad de punición impuesta en la sentencia, porque entonces tal factor estaría en contravía del reconocimiento del recurso en relación con las sentencias absolutorias y en lo que atañe a las que no imponen penas sino medidas de seguridad; tampoco lo es la sanción máxima del delito in génere; pero sí es la resultante de una operación en abstracto que involucra la pena prevista para el tipo básico o especial y para los factores o circunstancias legales de intensificación o de reducción de la misma, que es en últimas el delito por el cual se procede (el hecho medular con todas sus circunstancias específicas).

"Tal es el criterio jurisprudencial expuesto en los autos de 21 de junio y 9 de septiembre de 1957, reiterado en la providencia del 24 de julio de 1980, al

decir la Corte que "...el quántum se determina en el artículo constitutivo del delito o de cada uno de los delitos por los cuales se dictó la sentencia que se pretende impugnar, y la señalada en los artículos que estructuran las circunstancias específicas que se tuvieron en cuenta para aumentar y disminuir la sanción con los aumentos máximos o disminuciones mínimas que pudieran computarse. Todo lo cual dará por separado la sanción máxima imponible en cada delito" (auto casación, oct. 30/96. M. P. Dr. Gómez GALLEGO).

Si estos presupuestos de procedencia no resultan satisfechos, ha de concluirse que el recurso extraordinario de naturaleza común es inadmisible, siendo obligatorio así declararlo mediante decisión judicial.

1.2. La vía excepcional o discrecional, es establecida por el Código Procesal en el inciso tercero de la disposición que se analiza, mediante la cual fueron ampliadas las posibilidades de interposición del recurso extraordinario en relación con aquellas sentencias de segundo grado que, habiendo sido proferidas por el Tribunal Nacional, los tribunales superiores de distrito judicial y el Tribunal Penal Militar, fueron dictadas por delitos que prevén pena privativa de libertad inferior a seis (6) años. También, cuando los fallos tengan origen en los juzgados penales del circuito, caso en el cual, independientemente de la pena prevista para el delito por el cual se procede, igualmente es indispensable que la decisión sea de segundo grado.

Respecto de esta modalidad excepcional de casación, lo ha precisado la jurisprudencia de la Corte, el recurrente -quien no puede ser distinto del Procurador, su delegado, el procesado o el defensor, únicos sujetos legitimados para ello-, debe interponer el recurso dentro de los quince días siguientes a la última notificación, como igual se exige para la vía común, pero a diferencia de ella, cuando se invoca esta especial modalidad, se tiene la obligación de precisar, dentro de ese mismo lapso que corresponde al término de ejecutoria de los fallos de segundo grado, si el fundamento de la impugnación se encuentra en la necesidad de un desarrollo jurisprudencial sobre determinado tema que por lo oscuro merezca ser aclarado, o en procura de restaurar derechos fundamentales transgredidos con el proferimiento del fallo, únicos motivos por los cuales puede ser admitido el recurso.

En todo caso, al amparo de la vía excepcional subsiste la carga de efectuar una fundamentación lógica y jurídica de las razones que animan acudir al uso del instrumento, de cara a la realidad que el proceso ofrece y acorde con uno de esos dos motivos de procedencia o de ambos, a fin de que la Corte, en ejercicio de su discrecionalidad, tenga elementos de juicio suficientes que le permitan decidir si lo acepta o rechaza.

En el evento de que el recurso excepcional sea admitido, el expediente retornará al tribunal o juzgado de origen, a fin de que allí se dé cumplimiento al trámite previsto para la casación común de que tratan los

artículos 224 y siguientes del Código de Procedimiento Penal, dentro del cual la demanda que se presente, necesariamente debe guardar relación con el motivo o motivos por los que se concedió el recurso, y desarrollada como lo exige el artículo 225 *ejusdem*.

2. Lo anterior para significar, que no obstante tener la casación común y la discrecional puntos de coincidencia, existen otros que le otorgan autonomía, para hacerlas excluyentes al extremo de contemplar la legislación un trámite distinto para cada cual.

Precisamente debido a esta autonomía, y por tratarse en todo caso el recurso de casación de un medio de impugnación rogado, la Corte tiene establecido que es de cargo del impugnante señalar de manera inequívoca el camino de impugnación extraordinaria al cual pretende acudir, de acuerdo con el que corresponde seguirse en cada caso concreto atendiendo los parámetros que vienen de ser precisados, a efectos de que el trámite subsiguiente sea el adecuado y la decisión sobre la admisibilidad del recurso proferida por el órgano competente.

3. No obstante los derroteros ampliamente señalados por la jurisprudencia, y por ende conocidos, la omisión de su cumplimiento por parte de los sujetos procesales que aspiran que la Corte en sede extraordinaria se pronuncie sobre la legalidad del fallo de segundo grado, ha dado al traste con sus expectativas, con ineludible compromiso de la posibilidad de reconocimiento de los derechos de quienes han sido agraviados con la sentencia, dando lugar a que ésta adquiera ejecutoria material.

Es así como, por haberse equivocado los recurrentes en la escogencia de la vía de impugnación en sede extraordinaria, sea porque la procedente era la común y sin embargo optaron por orientar el ataque a través de la discrecional, o viceversa, originando con ello un trámite no correspondiente a la naturaleza del respectivo proceso, reiteradamente la Corte ha tenido que rechazar los recursos extraordinarios así indebidamente presentados (cfr. autos de octubre 30 de 1996. M.P. Dr. Jorge Aníbal Gómez Gallego. Radicación 12192, abril 29 de 1997. M. P. Dr. Ricardo Calvete Rangel. Radicación 12791, abril 22 de 1997. M. P. Dr. Juan Manuel Torres Fresneda. Radicación 12916, mayo 6 de 1997. M. P. Dr. Fernando E. Arboleda Ripoll. Radicación 12458, agosto 28 de 1997. M. P. Dr. Carlos E. Mejía Escobar. Radicación 13404).

4. La Sala no ha sido ajena a la problemática generada por la errada concepción que del instrumento aun poseen algunos sujetos procesales no obstante los Antecedentes referidos, y a fin de salvaguardar el cumplimiento del principio de prevalencia del derecho sustancial sobre el adjetivo, y buscar preferentemente su efectividad, en sesión llevada a cabo el 20 de noviembre de 1997, según de ella da cuenta el acta número 144 de esa fecha, trató el tema relativo a la solución que debía darse a aquellos casos en los cuales los impugnantes erradamente interpusieran recurso de ca-

sación excepcional cuando el procedente fuera el común, decidiendo que en tales eventos el pronunciamiento no podría consistir en el rechazo de la pretensión, como se venía haciendo, sino la adecuación del trámite a los preceptos establecidos para la vía regular del recurso extraordinario.

Se dijo entonces, que si el Tribunal de Segunda Instancia advierte el yerro del recurrente y lo corrige concediendo el recurso de casación por la vía común, habría de ser acogida la adecuación del trámite llevada a cabo y proceder la Corte a pronunciarse en relación con la admisibilidad formal de la demanda que hubiere sido presentada.

Pero si el Tribunal, atendiendo la voluntad del impugnante de acudir a la casación discrecional, no obstante proceder la común Resuelve: remitir las diligencias a la Corte para que decida si lo admite o rechaza, en estos casos lo procedente es devolver el diligenciamiento a la Corporación de origen para que proceda a pronunciarse sobre la concesión o no del recurso común de casación.

A ello ha de agregarse, que si el recurso de casación se interpone contra un fallo de segundo grado proferido por un juez penal del circuito, independientemente de si el impugnante aclara o no cual es la vía de interposición a la que acude, una vez vencidos los quince días siguientes a la última notificación de la sentencia, a dicho funcionario no le queda otra alternativa que remitir las diligencias a la Corte para proveer sobre la admisibilidad o no del recurso de casación discrecional, por ser ésta la única posibilidad de impugnación en sede extraordinaria contra esta clase de sentencias, como ya ha sido expuesto.

De lo dicho surge, entonces, que también compete al Tribunal Nacional, los tribunales superiores de distrito judicial, y el Tribunal Penal Militar, en la oportunidad debida, introducir los correctivos al trámite de casación correspondiente según la vía que resulte aplicable al caso, en aquellos eventos en que el impugnante en casación escoja el camino equivocado, sin esperar para ello el pronunciamiento de la Corte.

En acatamiento de los parámetros establecidos, esta solución ha sido dada en proveído de la Sala de cuatro de febrero de la corriente anualidad, actuando como Magistrado Ponente quien ahora funge igual cometido, dentro del proceso radicado en la Corte con el número 12688, y en auto de sustanciación del dieciséis de febrero de mil novecientos noventa y ocho, proferido por el Honorable Magistrado Doctor Jorge E. Córdoba Poveda, dentro del proceso radicado con el número 14110, entre otros.

5. En el caso de autos, el ciudadano José Humberto Rodríguez Arévalo fue acusado y condenado en segunda instancia mediante fallo que ahora se recurre en casación, por el delito de homicidio culposo (artículo 329 C.P.) el cual tiene prevista pena máxima de seis años de prisión, siendo por tanto procedente la casación común y no la excepcional como erradamente ha sido expuesto por el defensor.

Entendiéndose, entonces, que obedeció a una simple equivocación la apreciación del recurrente en torno al quántum punitivo determinante de la vía de impugnanción en sede extraordinaria, deberá ordenarse la devolución del expediente al Tribunal de origen, para que se pronuncie sobre la concesión del recurso de casación común.

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

RESUELVE:

ABSTENERSE DE PRONUNCIARSE en relación con el recurso extraordinario de casación discrecional intentado por el defensor del procesado José Humberto Rodríguez Arévalo dentro del presente asunto, y DISPONER LA DEVOLUCION del expediente al Tribunal de origen para que se pronuncie sobre la concesión del recurso extraordinario de casación común, que es el procedente en este caso.

Comuníquese y cúmplase.

Jorge Enrique Córdoba Poveda, Fernando Arboleda Ripoll, Ricardo Calvete Rangel, Carlos Augusto Gálvez Argote, Jorge Aníbal Gómez Gallego, Edgar Lombana Trujillo, Carlos E. Mejía Escobar, Didimo Páez Velandia, no firmó; *Nilson Pinilla Pinilla.*

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

REDENCION DE PENA/ COMPETENCIA

Debe señalarse inicialmente que resulta extraño para la Sala el hecho de que un Juez de Ejecución de Penas esté haciendo reconocimientos de redención al aquí procesado, quien está a órdenes de esta Corporación en virtud del efecto suspensivo en que se desenvuelve el recurso de casación que en la actualidad se tramita. Es de entender entonces que la competencia es exclusiva de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia por tratarse de "la autoridad que está conociendo de la actuación al momento de presentarse la solicitud" y por ende es la indicada para decidir, y sólo para esos efectos, del abono provisional de pena por trabajo, estudio y enseñanza relativo a las peticiones de libertad bajo los preceptos del artículo 415 del Código de Procedimiento Penal, o para el beneficio administrativo de las 72 horas.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Santafé de Bogotá, D.C., noviembre veinticinco (25) de mil novecientos noventa y ocho (1998).

Magistrado Ponente: Dr. *Carlos E. Mejía Escobar*

Proceso No. 11769

Aprobado Acta No. 179

VISTOS

Resuelve la Sala la solicitud de libertad elevada por el procesado Robinson Rafael Gómez Gutiérrez.

ANTECEDENTES Y CONSIDERACIONES

El Juzgado Sexto Penal del Circuito de Valledupar condenó a Gómez Gutiérrez a la pena de 10 años de prisión por el delito de homicidio simple, mediante providencia del dos de octubre de 1995, decisión que fue confirmada por el Tribunal Superior de la misma ciudad el cuatro de diciembre del mismo año, mediante fallo contra el cual se interpuso recurso de casación.

El procesado fundamenta su petición en el artículo 72 A del Código Penal pues considera que ha superado las tres quintas partes de la pena

que le fue impuesta teniendo en cuenta el tiempo que lleva en detención, más las redenciones de pena que le ha reconocido el Juez de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Valledupar.

Debe señalarse inicialmente que resulta extraño para la Sala el hecho de que un Juez de Ejecución de Penas esté haciendo reconocimientos de redención al aquí procesado, quien está a órdenes de esta Corporación en virtud del efecto suspensivo en que se desenvuelve el recurso de casación que en la actualidad se tramita. Es de entender entonces que la competencia es exclusiva de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia por tratarse de "la autoridad que está conociendo de la actuación al momento de presentarse la solicitud" y por ende es la indicada para decidir, y sólo para esos efectos, del abono provisional de pena por trabajo, estudio y enseñanza relativo a las peticiones de libertad bajo los preceptos del artículo 415 del Código de Procedimiento Penal, o para el beneficio administrativo de las 72 horas.

Como quiera que la competencia atribuida por la ley a tales funcionarios es respecto de sentencias ejecutoriadas, situación que aún no se ha producido en el caso en examen, es evidente que la actuación surtida por el Juez de Ejecución de Penas de Valledupar es nula, por adecuarse a la situación descrita en el numeral 1° del artículo 304 del Código de Procedimiento Penal, esto es, falta de competencia del funcionario judicial.

De otra parte, conforme a lo normado en la Ley 65 de 1995, para efectos de los descuentos de pena sólo es posible su verificación mediante los certificados expedidos por las autoridades carcelarias. Como a la petición solo allegó constancia que acredita las horas laboradas en el lapso comprendido entre septiembre y noviembre del año en curso, será ésta la única que se tendrá en cuenta para resolver el pedimento.

El régimen bajo el cual invoca el procesado el beneficio de la libertad es el aplicable en estos casos, teniendo en cuenta que el delito por el que resultó condenado no fue exceptuado del mismo. Sin embargo, aún no acredita las tres quintas partes de la pena que le fue impuesta y que equivale a 72 meses de prisión.

Se tiene entonces que Gómez Gutiérrez se encuentra privado de la libertad desde el 14 de octubre de 1994, por lo que a la fecha lleva en detención 1.480 días es decir, 49 meses y 10 días. Según el certificado de fecha noviembre 17 de 1998, acredita que ha trabajado un total de 504 horas o 31 días, lo que sumado al factor anterior arroja un total de 50 meses y 11 días.

La solicitud, en consecuencia, deberá ser despachada desfavorablemente y comunicada al Juez de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Valledupar, para que proceda de conformidad.

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

RESUELVE:

1. ANULAR la providencia de fecha septiembre 21 de 1998 por medio de la cual el Juez de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Valledupar reconoció al procesado Robinson Rafael Gómez Gutiérrez redención de pena de 21 meses y 28 días, a quien se le comunicará lo decidido de acuerdo a lo razonado en precedencia.

2. NO CONCEDER el beneficio de libertad impetrado por el procesado Robinson Rafael Gómez Gutiérrez, por lo expuesto en la parte motiva de esta decisión.

Notifíquese y Cúmplase.

Jorge Enrique Córdoba Poveda, Fernando Arboleda Ripoll, Ricardo Calvete Rangel, Carlos Augusto Gálvez Argote, Jorge Aníbal Gómez Gallego, Edgar Lombana Trujillo, Carlos E. Mejía Escobar, Didimo Páez Velandia, Nilson Pinilla Pinilla.

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

REDENCION DE PENA/ COMPETENCIA

Debe advertírsele al procesado que los descuentos de pena por trabajo, estudio o enseñanza sólo pueden ser tenidos en cuenta por el juez del conocimiento para establecer el cumplimiento total de la sanción impuesta, o para conceder la libertad provisional, con fundamento en el numeral 2° del artículo 415 del C. de P.P. o para efectos del permiso de las 72 horas, por haberse cumplido la tercera parte de la misma, al tenor del Decreto 1542 del 12 de junio de 1997.

Fuera de estos eventos, los descuentos de pena de que trata el artículo 530 del C. de P.P., no pueden ser concedidos por los jueces de conocimiento, sino exclusivamente por los jueces de ejecución de penas, en la fase de cumplimiento de las mismas.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Santafé de Bogotá D.C., veintiséis (26) de noviembre de mil novecientos noventa y ocho (1998).

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

Proceso No. 13565

Aprobado Acta No. 180

VISTOS

Decide la Sala la solicitud de redención de pena presentada por el procesado Jimmy Rodríguez Lozano quien se encuentra recluido en la Cárcel del Distrito Judicial de Manizales.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

1. Solicita el procesado se le conceda la redención de pena, dado su buen comportamiento y la conducta que ha mostrado en el lapso que lleva privado de la libertad. Para el efecto, adjunta certificación de trabajo de reciente expedición.

2. Debe advertírsele al procesado que los descuentos de pena por trabajo, estudio o enseñanza solo pueden ser tenidos en cuenta por el juez del conocimiento para establecer el cumplimiento total de la sanción impues-

ta, o para conceder la libertad provisional, con fundamento en el numeral 2° del artículo 415 del C. de P.P. o para efectos del permiso de las 72 horas, por haberse cumplido la tercera parte de la misma, al tenor del Decreto 1542 del 12 de junio de 1997.

Fuera de estos eventos, los descuentos de pena de que trata el artículo 530 del C. de P.P., no pueden ser concedidos por los jueces de conocimiento, sino exclusivamente por los jueces de ejecución de penas, en la fase de cumplimiento de las mismas.

Como en el presente caso, el procesado ha superado ampliamente el monto de la tercera parte de la sanción impuesta, no se le puede reconocer redención de pena para efectos del permiso de las 72 horas, quedando sólo por analizar si reúne las dos terceras partes de la sanción impuesta, para los fines del numeral 2° del artículo 415 del C. de P.P.

Es así como habiendo descontado, hasta el presente, 73 meses y 13 días, derivados de la sumatoria de 56 meses y 3 días por concepto de reclusión física, dada su captura el 23 de marzo de 1.994, más 17 meses y 10 días, por razón de las eventuales rebajas de que trata la Ley 65 de 1.993, al haberse acreditado 1455 horas de estudio y 6384 horas de trabajo, no podría estudiarse el factor subjetivo de que trata el artículo 72 del C.P., como quiera que no se reúnen las dos terceras partes de la pena, monto éste que asciende a 74 meses y 20 días, pues la impuesta fue de 112 meses de prisión, luego de haberlo hallado responsable de infracción al artículo 44 de la Ley 30 de 1986.

Por consiguiente, y en mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Penal, se ABSTIENE de conceder la rebaja de pena solicitada por el procesado Jimmy Rodríguez Lozano.

Notifíquese y cúmplase.

Jorge Enrique Córdoba Poveda, Fernando Arboleda Ripoll, Ricardo Calvete Rangel, Carlos Augusto Gálvez Argote, Jorge Aníbal Gómez Gallego, Edgar Lombana Trujillo, Carlos E. Mejía Escobar, Didimo Páez Velandia, no firmó; *Nilson Pinilla Pinilla*.

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

VIOLACION DIRECTA DE LA LEY/ PERSONALIDAD/ TERMINACIÓN ANTICIPADA DEL PROCESO/ SENTENCIA ANTICIPADA

La sistemática de las disposiciones contenidas en los artículos 37 y siguientes del Código de Procedimiento Penal (modificados por las Leyes 81 de 1993 y 365 de 1997) pone de presente el propósito inequívoco del legislador de posibilitar por esta vía el proferimiento anticipado de fallos de condena exclusivamente.

Los incisos 4° y 5° del artículo 37 (modificado por el 3° de la Ley 81 de 1993 y 11 de la Ley 365 de 1997), primero, tercero y último del 37A (modificado por el 4° de la Ley 81 de 1993), y los numerales 1° y 4° del 37B (art.5° de la Ley 81 de 1993 y 12 de la Ley 365 de 1997), son expresión inobjetable de esa voluntad, en cuanto contienen regulaciones relativas a la consonancia que debe existir entre los cargos aceptados -que no solamente imputados- y la decisión de mérito, las rebajas de pena aplicables, el otorgamiento de la condena de ejecución condicional, los aspectos impugnables, y la condena por perjuicios (Sentencia C-277/98), propias todas de una decisión de carácter condenatorio.

Las razones de política criminal que inspiraron la creación de dichos institutos, entre las que resulta oportuno destacar la consagración del ejercicio del derecho de conformidad, y la aspiración de lograr mayor eficacia y celeridad en la administración de justicia, y en la sanción de los delitos, a partir de la cooperación del procesado, tampoco dejan espacio para pensar en la posibilidad de que a través suyo pueda llegarse a una decisión de carácter absolutoria respecto de los hechos y circunstancias que hubiesen sido objeto de aceptación o acuerdo.

Lo dicho no significa que los cargos o convenios realizados por la Fiscalía vinculen indefectiblemente al Juez, o que este trámite procesal deba necesariamente concluir en fallo de condena. Si el juzgador, al examinar la actuación, advierte que no se cumplen los presupuestos de orden sustancial para dictar sentencia condenatoria, porque está plenamente demostrado que el hecho no ha existido, o que el procesado no lo ha cometido, o que la conducta es atípica, o que está amparada por una causal de justificación o inculpabilidad, todo esto dentro

del marco de la violación de las garantías fundamentales, debe abstenerse de dictar sentencia, e invalidar la actuación, para retornarla al procedimiento ordinario, ante la imposibilidad de poder absolver por los hechos y circunstancias aceptados por el procesado.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Santa Fe de Bogotá, D. C., veintiséis de noviembre de mil novecientos noventa y ocho.

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

Proceso No. 10044

Aprobado acta No. 180

Resuelve: la Corte el recurso extraordinario de casación interpuesto contra la sentencia anticipada de 27 de julio de 1994, mediante la cual el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cúcuta condenó al procesado Nelson Alexis Bautista Villamizar a la pena principal de 28 meses de prisión como autor responsable del delito de hurto calificado y agravado.

HECHOS Y ACTUACIÓN PROCESAL

Al caer la tarde del día 25 de febrero de 1994, frente a su residencia demarcada con el No. 8-94 de la calle 7a de la ciudad de Cúcuta, Ciro Antonio Ortega Ortiz fue sorprendido por dos sujetos que luego de intimidarlo con un arma de fuego tipo revólver y sustraerle las llaves de su automóvil marca Toyota de placas XUT-222 que se hallaba parqueado frente a dicho lugar, se apoderaron de éste.

Minutos después, unidades de la Policía Nacional adscritos a la Sijin, alertados de lo sucedido, lograron ubicar el mencionado vehículo, iniciándose una persecución que terminó con la captura de sus dos ocupantes: Nelson Alexis Bautista Villamizar y Nelson Mora Silva, de nacionalidad venezolana y colombiana, respectivamente (fls. 2, 3, 4, 9 y 15).

Iniciada la investigación, la fiscalía escuchó en indagatoria a los detenidos y resolvió su situación jurídica con medida de aseguramiento de detención preventiva por el delito de hurto calificado y agravado, conforme a lo previsto en los artículos 350, 351 numerales 6° y 9° (sic) y 372 del Código Penal (fls. 18, 30, 36, 71-1).

A instancias del procesado Nelson Alexis Bautista Villamizar, la fiscalía formuló anticipadamente cargos en su contra por los delitos de hurto calificado agravado y porte ilegal de armas de fuego de defensa personal, conforme a lo establecido en el artículo 37 del Código de Procedimiento Penal (modificado por los artículos 3° de la Ley 91 de 1993 y 11 de la Ley 365 de 1997), habiendo sido aceptados sin objeciones por Bautista Villamizar (fls. 132, 133, 148-1).

Cumplido este trámite, el Juzgado Cuarto Penal del Circuito de Cúcuta, mediante sentencia de 17 de mayo de 1994, absolvió al procesado por el delito de porte ilegal de armas por considerar que existían dudas en torno de la tipicidad de la conducta, y lo condenó a la pena principal de 28 meses de prisión por el ilícito contra el patrimonio económico, negándole el subrogado penal de la condena de ejecución condicional (fls.164-1).

Inconforme con esta última decisión, la defensa apeló el fallo, pero el Tribunal Superior, mediante el suyo que ahora es objeto de recurso extraordinario, lo confirmó en dicho aspecto (fls.178 y 184-1 y 7 del cuaderno del Tribunal).

En el trámite casacional la Corte otorgó al procesado Bautista Villamizar la libertad provisional por haber cumplido en detención preventiva la pena privativa de la libertad impuesta en la sentencia, conforme a las previsiones del artículo 415.2 del estatuto procesal, modificado por el 55 de la Ley 81 de 1993 (fls.130 y ss. del cuaderno de la Corte).

La Demanda

Con fundamento en la causal primera de casación, cuerpo primero, el demandante acusa la sentencia impugnada de violar directamente el artículo 68 del Código Penal (modificado por el artículo 1° del Decreto 141 de 1980), por interpretación errónea, debido a un "falso juicio de convicción".

Sostiene que el Tribunal Superior erró en el entendimiento del precepto, al sostener que el procesado requería de tratamiento penitenciario "por el género de vida que llevaba, las circunstancias que vincularon su conducta a la realización del hecho punible a él atribuido junto con otro, las sindicaciones en su contra en Venezuela por lesiones personales y usurpación de funciones, y una en esta ciudad por un hecho punible semejante al *sub judice* y en la misma modalidad" (fls.37).

Considera que los factores subjetivos previstos en el referido artículo 68 en nada se oponen a la concesión del subrogado, puesto que Bautista Villamizar no registra sentencias condenatorias en su contra, ni ha sido examinado por el juez ni por un sicólogo o siquiatra para aducir una personalidad perversa, ni las modalidades del hecho lo revelan como un delincuente habitual o profesional.

En cuanto a la personalidad, afirma que esta no fue estudiada conforme a las reglas de la sicología y la sicopatología, como corresponde hacerlo, para determinar si se trataba de una persona sociopática, neurótica o tal vez obsesiva, lo cual hubiera conducido a la hipótesis de estar frente a un inimputable, a quien habría de someterse a tratamiento especial.

Es más. La investigación desconoció el contenido del artículo 334.5 del estatuto procesal, al no haber hecho indagación sobre las condiciones so-

ciales, familiares o individuales del imputado, su conducta anterior, sus Antecedentes judiciales, de policía y sus condiciones de vida, lo cual presuponía la realización de una anamnesis e incluso de un sicoanálisis.

El error del Tribunal en este punto consistió en confundir los Antecedentes judiciales, el género de vida que llevaba el acusado y las sindicaciones que registraba con la personalidad misma, todo lo cual condujo a entender equivocadamente el numeral 2° del artículo 68 y a denegar la suspensión condicional de la pena.

En referencia a la naturaleza del hecho, precisa que el hurto, en sí mismo, no es un hecho que conmueve a la sociedad, pudiéndose afirmar, sin forzar la lógica ni la razón, que hoy por hoy se hurta para sobrevivir. Se trata de un delito que pulula en todas las esferas y que por tanto ya no sorprende a nadie.

Si bien es cierto el hurto de automotores ha tomado hoy incidencia y constituye un verdadero peligro para los bienes y la propia vida, el hecho que genere zozobra y ansiedad social, no es razón para que se le otorgue entidad desproporcionada al punto de negar la condena de ejecución condicional.

En relación con las modalidades del hecho, sostiene que en el caso *sub judice* no se presentaron lesiones en la humanidad de la víctima, ni torturas, ni algazara, sino la incursión delictiva de unos jóvenes díscolos, dirigida más a la notoriedad pública que a la satisfacción de objetivos protervos.

Considera que las apreciaciones del *ad quem* en el sentido de que "la naturaleza y modalidades del hecho se oponen a los halagadores supuestos sobre la inocuidad de la pena" son equivocadas, porque van en contravía de una sana política criminal, dejando entrever que en Colombia aún existe la influencia de la escuela positiva, ya superada por la criminología crítica.

De otra parte, fundamentar la negativa del subrogado en la existencia de sindicaciones penales, es volver a los preconceptos de otrora y a la responsabilidad objetiva, descartada por nuestra legislación. Finalmente, no es cierto que el sometimiento a sentencia anticipada impida al procesado gozar del sustituto de la condena.

Apoyado en estas consideraciones solicita a la Corte casar parcialmente la sentencia impugnada para otorgar al procesado la condena de ejecución condicional.

CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

El Procurador Tercero Delegado en lo Penal sostiene que el subrogado de la condena de ejecución condicional es un instituto jurídico que tiene la doble calidad de beneficio y derecho, por lo que su concesión está determi-

nada por criterios de política criminal previamente definidos y sometida al cumplimiento de precisos requisitos de orden objetivo y subjetivo.

Reproduce el contenido del artículo 68 del Código Penal y agrega que el juicio en torno a la procedencia de tratamiento penitenciario es evidentemente un pronóstico sobre la forma como el imputado puede llegar a comportarse, no siendo esta una facultad arbitraria del Juez, sino el resultado de un estudio previo de las condiciones que de acuerdo con la norma deben fundamentarlo.

Recuerda que los supuestos configurantes del factor subjetivo (personalidad, naturaleza y modalidades) como criterio determinador de la concesión del subrogado son independientes y autónomos, y que por esta razón, con fundamento en uno cualquiera de ellos, o en todos, puede llegarse a su denegación.

La personalidad no puede abrirse a caprichosas especulaciones, sino que debe ser examinada racionalmente dentro de los márgenes de discrecionalidad que la ley le otorga al juzgador, análisis que no exige la realización previa de complejas elucubraciones sicológicas o siquiátricas, sino una fundamentación acorde con los requisitos legales y las condiciones materiales conocidas en el proceso.

Las simples consideraciones en el sentido de que la pena impuesta no supera los tres años de prisión, que el procesado no registra Antecedentes penales, que el tiempo de detención cumplida es justa retribución del hecho punible cometido, o que la personalidad resulta ser una categoría inasible, no bastan para fundamentar la procedencia del subrogado.

Tampoco es verdad, como lo sostiene el actor, que la personalidad a que se refiere el artículo 68 sea aquella compleja estructura mental, sensorial y de raciocinio que sólo permite el internamiento intramural cuando presente rasgos característicos de patología o verdaderos procesos morbosos de desarrollo, colindantes incluso con el campo de la siquiatría.

Lo que exige la norma, es un juicio racional del juez sobre los datos que logra recaudar en el proceso y que permiten conocer "los aspectos integradores del ser sico-social que se exteriorizan en el comportamiento cotidiano y que están ligados a la vida de relación privada y pública, y desde luego, a la influencia que esa situación personal ha tenido sobre el hecho punible realizado", según doctrina de la Corte.

De esta manera, bien puede negarse el sustituto con fundamento en las notas características de la vida del procesado que revelen, racionalmente, su desapego a las normas sociales de la convivencia pacífica, como lo reclama el estado democrático de derecho.

Aplicados estos postulados teóricos al caso *sub judice*, se tiene que el proceso no ofrece datos concretos que permitan una evaluación cierta,

positiva o negativa, en torno a la personalidad del imputado, pues se desconocen sus Antecedentes sociales, condiciones de vida, y si bien es cierto registra sindicaciones por delitos leves en Venezuela, no se estableció si corresponden a la misma persona ni las modalidades de su ejecución. Luego, por este aspecto, razón le asiste al demandante.

No acontece lo mismo en relación con los otros factores. La naturaleza del hecho, impone el examen de las características particulares de la forma de delincuencia, no en función de las específicas condiciones en las cuales se desarrolló la acción, "sino en tanto hecho que ha sido considerado por la ley como digno de un reproche penal, la importancia que, de acuerdo con el momento histórico-político, reviste tal tipo de conductas para la comunidad, la magnitud de la pena prevista por el legislador, la potencialidad de ocasionar un daño social y la real vigencia de la prohibición dentro de la comunidad".

Dicho factor deberá estudiar la necesidad de un efectivo cumplimiento de la sanción, fundamentalmente desde la óptica de las funciones preventiva y protectora de la pena, en cuanto las condiciones que a tal factor pertenecen, apuntan a la percepción social de la conducta y a las consecuencias estimables que la clase del delito objeto de juzgamiento tiene en las relaciones sociales, en la transmisión de valores culturales y morales y en la forma como se afecta la comunidad.

Por su parte, en las modalidades de la conducta, que son las específicas formas de comisión, entran en consideración "todos los aspectos atinentes a la actividad del procesado al momento de la realización del delito, así como aquellos que, exteriores a su autor, contribuyen a determinar una mayor o menor gravedad del comportamiento frente a las situaciones concretas y específicas del hecho".

Todo para sostener que en el caso analizado el Tribunal consideró los dos últimos factores (naturaleza y modalidades) como particularmente graves, incorporando así a las condiciones jurídicamente establecidas las propias de la realidad particular, sin que quepa por ello predicar equivocada interpretación del precepto.

Se consideró, en efecto, que más que una conducta propia de "díscolos jóvenes ávidos de notoriedad social", constituía la manifestación de una industria ilícita que aprovecha las condiciones sociales propias de frontera internacional para obtener mayores ventajas de la actividad delictiva, con alto grado de zozobra social y valiéndose de armas de fuego, elementos todos reveladores de la necesidad de un fortalecimiento de los mecanismos de represión en procura de disminuir esta manifestación criminal.

Estas motivaciones generales y las particulares derivadas de la conducta en concreto (asalto en la propia residencia, utilización de arma de fuego, aprovechamiento del estado de indefensión de la víctima y ejecución

de la conducta en presencia de menores de edad), son razones ciertas y perceptibles, que fueron apreciadas por el *ad quem* sobre la base de elementos de crítica racionales, y que por tanto no admiten ataque alguno como muestra de una errada interpretación de la norma penal.

Apoyado en estos planteamientos, concluye que la censura debe desestimarse.

SE CONSIDERA

Al plantear el casacionista violación directa de la ley sustancial por interpretación errónea del artículo 68 del Código Penal, equivoca el sentido de la infracción, pues si el referido precepto no fue tomado en cuenta por los juzgadores de instancia, siendo el llamado a presidir el caso, ha debido proponer falta de aplicación.

Reiteradamente ha sido dicho por la Corte que la falta de aplicación y la aplicación indebida se diferencian de la interpretación errónea porque mientras en aquéllas el fallador yerra en la selección del precepto, porque aplica el que no corresponde o deja de aplicar el que concierne, en la última acierta en su escogimiento, y lo aplica, sólo que dándole un alcance distinto del que jurídicamente le pertenece. En síntesis, mientras en las primeras subyace un error en la selección del precepto, en la última el vicio es sólo de exégesis, pues se parte del supuesto de que la norma aplicada es la correcta.

No se discute que a la aplicación indebida e inaplicación de un precepto sustancial puede llegarse porque el juzgador malinterpreta su alcance, pero no son las razones que determinaron el desafuero legal, sino el error mismo, concretado en las equivocadas apreciaciones jurídicas, lo que determina el sentido de la violación.

Los desaciertos de la demanda no se agotan en esta incorrección técnica, en principio irrelevante si se da en considerar que la censura es clara en su pretensión de que se aplique el referido precepto, pues detrás del anunciado juicio de contenido jurídico que presupone el planteamiento del cargo por la vía de la violación directa, el actor se dedica a cuestionar los supuestos fácticos y probatorios de la decisión impugnada, y la valoración que de algunos de estos elementos hicieron los juzgadores de instancia en la sentencia, cuando no a denunciar vicios de actividad procesal, que hacen que el reproche no pueda ser examinado por difuso, contradictorio e ininteligible.

La afirmación en el sentido de que en el proceso no existen los elementos de prueba necesarios para asumir un juicio sobre la personalidad del procesado porque la investigación no se preocupó de recoger datos que permitan su definición, y que la decisión del Tribunal carece, por tanto, de respaldo material u objetivo, es una clara muestra de la equivocidad de la

censura, como quiera que no logra entenderse si lo planteado es un error de actividad procesal por quebrantamiento del principio de investigación integral, o uno de hecho *in iudicando* por suposición de prueba, ninguno de los cuales tendría cabida dentro del marco del error denunciado.

En el primer supuesto, la vía de ataque sería la causal tercera, por tratarse de un error *in procedendo*; en el segundo, la causal primera, pero dentro del ámbito de la violación indirecta, puesto que el yerro, siendo de juicio, habría tenido motivación probatoria. Esto imponía demostrar una cualquiera de dos situaciones, según el caso: que los funcionarios fueron negligentes en el adelantamiento de la actividad demostrativa, lo cual resultaría insostenible si se toma en cuenta que el acusado renunció a ella para acogerse al instituto de la sentencia anticipada; o que el juzgador supuso las pruebas que sirvieron de soporte a la decisión, lo cual ni siquiera intenta.

Otro tanto acontece cuando reclama como único medio de prueba apto para establecer los caracteres de la personalidad del procesado una pericia psiquiátrica, pues si consideraba que los tenidos en cuenta por los juzgadores de instancia no lo eran, ha debido plantear, por la vía de la violación indirecta, un error de derecho por falso juicio de convicción, con indicación de las disposiciones legales que establecen esa prevalencia, y que habrían dejado de ser aplicadas en el proceso de valoración probatoria, como corresponde hacerlo cuando se propone desconocimiento de las normas que tasan el valor de una determinada prueba o su eficacia legal.

No menos alejadas del enunciado inicial de la censura, resultan las afirmaciones del casacionista en el sentido de que un estudio científico de la personalidad del procesado habría conducido ineludiblemente a la afirmación de su inimputabilidad, si se toma en cuenta que el instituto de la condena de ejecución condicional, cuyo reconocimiento demanda, sólo puede tener aplicación respecto de imputables, no de inimputables, con cuya condición jurídico personal resulta incompatible.

Una incorrección más, igualmente relevante, radica en pretender desquiciar la estructura fáctica de la sentencia con fundamento en apreciaciones estrictamente subjetivas, carentes en no pocos casos de lógica y sentido, como cuando se alude a los altos índices de criminalidad en el campo de los delitos contra el patrimonio económico para tratar de minimizar la gravedad del hecho e incluso justificarlo, o se le resta trascendencia ilícita por la sola circunstancia de no haber sido afectados otros bienes jurídicos al momento de su ejecución, olvidando que el error susceptible de ser alegado en casación surge de la disconformidad existente entre la sentencia y la ley, no del enfrentamiento que pueda llegar a presentarse entre el criterio del Juez y el de las partes.

Razón, por tanto, le asiste a la Delegada cuando sostiene que del estudio de la sentencia no se advierte una errada aprehensión del alcance de

la norma, que hubiera llevado a su inaplicación, sino una situación valorada de manera distinta a aquella que pretende el demandante, lo cual no puede erigirse en fundamento legal para la ruptura del fallo.

Además, si el disentimiento surgía de la apreciación probatoria, el cargo ha debido ser desarrollado por los cauces de la violación indirecta, con indicación de los errores cometidos en la evaluación de las pruebas, su naturaleza y trascendencia, mas no por los de la violación directa, como equivocadamente se hizo, en cuanto que una alegación por esta vía presupone conformidad absoluta con los supuestos fácticos y probatorios del fallo.

Aun cuando lo anotado resulta suficiente para desestimar la censura, considera de Sala necesario hacer las siguientes precisiones:

1. El estatuto procesal no exige un medio de prueba específico para la acreditación de la personalidad del procesado. En materia penal rige, por el contrario, el principio de libertad probatoria, de acuerdo con el cual cualquier elemento de prueba es apto para la demostración de los distintos aspectos de la investigación. Por tanto, el reproche fundado en el hecho de no haber sido realizado un examen científico previo, además de las equivocaciones de que adolece en su proposición, ya referenciadas, carece de idoneidad sustancial para obtener el desquiciamiento de la sentencia en el aspecto impugnado.

Algunos, ha sido dicho por la Corte "quieren hacer de la 'personalidad' para los efectos de la dosificación de la pena (art. 61 C.P.) o de la concesión del subrogado (art. 68 ibidem) algo abstruso, inserto en los meandros de una ciencia inasible o sólo manejable por especialistas en sicología, siquiatría, caracterología, etc., o de profanos que atiendan mansamente los dictados emitidos por esta clase de científicos. La ley no es tan escrupulosa ni tan utopista. Le bastan interpretaciones más a la mano, de fácil manejo, de verificación más posible y real, de alcances más generales y valorables por el común de las gentes, con la formación corriente que suele acompañar a víctimas y victimarios, o abogados de defensa y de parte civil o integrantes del Ministerio Público, o en fin al nivel de formación básica de los integrantes de la judicatura. Intentar cambiar estos derroteros tan sencillamente ideados por el legislador, sería dar ocasión a que el proceso de negación o de otorgamiento de la condena de ejecución condicional, fuese labor más complicada de la que concentra el descubrimiento de un delito, la demostración del ente infraccional y la conclusión en un juicio de reproche y de condena. Y daría lugar a inacabables debates, con posiciones irreconciliables, en donde cada cual según el interés que le mueva, encontraría, parapetado en una tesis, la personalidad del procesado incompatible con este subrogado o, por el contrario, abiertamente subsumible en los factores que gobiernan su concesión" (Cas. abril 24/92. Mag. Pte. Dr. Gómez Velásquez).

2. La personalidad del procesado no es el único factor que debe ser tenido en cuenta por los juzgadores de instancia al decidir sobre la suspensión condicional de la condena. También deben serlo la gravedad y modalidades del hecho, aspectos cuyo análisis en el presente caso se halla precedido de consideraciones serias, fundadas en elementos de prueba aportados al proceso, y en elementos de crítica racionales.

De suerte que aún aceptando la hipótesis planteada por la demanda, en el sentido de que el recaudo procesal no posibilitaba un estudio siquiera aproximado de los rasgos de la personalidad del acusado, lo cual no es literalmente cierto, el diagnóstico adverso de los otros factores resultaba suficiente para la denegación del sustituto.

El cargo no prospera.

CASACIÓN OFICIOSA

1. La naturaleza jurídica de los instrumentos de terminación anticipada del proceso, su configuración legal, y las razones de política criminal que determinaron su incorporación en el ordenamiento jurídico, repelen la posibilidad de que a través suyo el juzgador pueda llegar a una decisión absolutoria respecto de los hechos y circunstancias que han sido objeto de aceptación o acuerdo por el procesado.

En repetidas oportunidades la Corte ha sostenido que la sentencia anticipada y la audiencia especial son actos de disposición del desarrollo la acción penal, en cuanto le permiten al sindicado renunciar a parte del trámite procesal, con miras a una definición pronta del juicio de responsabilidad penal, obteniendo, a cambio, una sustancial rebaja de pena que no lograría por los trámites del proceso ordinario.

Son instituciones jurídicas que se fundan en la conveniencia de que el procesado pueda tomar parte en la definición de su responsabilidad, asintiendo la acusación o conviniendo los términos de la condena, y renunciando a la actuación procesal subsiguiente al acto de aceptación o acuerdo, cualquiera que sea, a fin de que el juez entre a dictar sentencia.

Esta dinámica procesal sólo tiene sentido si la decisión de mérito ha de ser de condena, pues para llegar a una de absolución el Estado no necesita la aquiescencia del procesado; mucho menos que acepte su responsabilidad en los hechos objeto de investigación. Estas exigencias, y la renuncia del Estado a continuar con el sumario o el juicio, solo resultan compatibles con una pretensión punitiva.

La sistemática de las disposiciones contenidas en los artículos 37 y siguientes del Código de Procedimiento Penal (modificados por la Leyes 81 de 1993 y 365 de 1997) pone de presente el propósito inequívoco del legislador de posibilitar por esta vía el proferimiento anticipado de fallos de condena exclusivamente.

Los incisos 4° y 5° del artículo 37 (modificado por el 3° de la Ley 81 de 1993 y 11 de la Ley 365 de 1997), primero, tercero y último del 37A (modificado por el 4° de la Ley 81 de 1993), y los numerales 1° y 4° del 37B (art. 5° de la Ley 81 de 1993 y 12 de la Ley 365 de 1997), son expresión inobjetable de esa voluntad, en cuanto contienen regulaciones relativas a la consonancia que debe existir entre los cargos aceptados -que no solamente imputados- y la decisión de mérito, las rebajas de pena aplicables, el otorgamiento de la condena de ejecución condicional, los aspectos impugnables, y la condena por perjuicios (Sentencia C-277/98), propias todas de una decisión de carácter condenatorio.

Las razones de política criminal que inspiraron la creación de dichos institutos, entre las que resulta oportuno destacar la consagración del ejercicio del derecho de conformidad, y la aspiración de lograr mayor eficacia y celeridad en la administración de justicia, y en la sanción de los delitos, a partir de la cooperación del procesado, tampoco dejan espacio para pensar en la posibilidad de que a través suyo pueda llegarse a una decisión de carácter absolutoria respecto de los hechos y circunstancias que hubiesen sido objeto de aceptación o acuerdo.

Lo dicho no significa que los cargos o convenios realizados por la Fiscalía vinculen indefectiblemente al Juez, o que este trámite procesal deba necesariamente concluir en fallo de condena. Si el juzgador, al examinar la actuación, advierte que no se cumplen los presupuestos de orden sustancial para dictar sentencia condenatoria, porque está plenamente demostrado que el hecho no ha existido, o que el procesado no lo ha cometido, o que la conducta es atípica, o que está amparada por una causal de justificación o inculpabilidad, todo esto dentro del marco de la violación de las garantías fundamentales, debe abstenerse de dictar sentencia, e invalidar la actuación, para retornarla al procedimiento ordinario, ante la imposibilidad de poder absolver por los hechos y circunstancias aceptados por el procesado. Sobre este particular, dijo la Corte en fallo de 12 de agosto del presente año:

"Aquí no se viola el principio constitucional de la presunción de inocencia ni su correlativo de la carga de la prueba como misión del Estado, simplemente el primero se desvirtúa por parámetros legales diferentes, como son la renuncia del procesado a refutar la acusación y al acopio de las pruebas, la explícita aceptación de los cargos y la constatación de que no existen los presupuestos para la preclusión o la cesación. En otras palabras, para efectos de estas formas de terminación anticipada, basta verificar y controlar la aceptación de responsabilidad y la seguridad de que no está plenamente comprobado que el hecho no ha existido, o que el sindicado no lo ha cometido, o que la conducta es atípica, o que no es antijurídica o que el sujeto no es culpable, o que la actuación no podía iniciarse o no puede proseguirse. En presencia de una cualquiera de estas causas negativas de un juicio de responsabilidad penal, a la vez suficiente fundamento para precluir la investiga-

ción o cesar el procedimiento, el Juez que examine la aceptación de responsabilidad por vía de sentencia anticipada no tiene alternativa diferente de anularla para regresar al procedimiento ordinario, pues sólo así se respeta el debido proceso.

"Así pues, el sustento de la condena en el juicio especial de sentencia anticipada radica, de un lado, en la posición directa y genuina del procesado de aceptar la acusación y, de otra parte, en la valoración del mérito negativo sobre los requisitos de la preclusión de investigación o cesación de procedimiento" (Mag. Pte. Dr. Jorge Aníbal Gómez Gallego).

En tratándose, desde luego, de causales objetivas de improcedibilidad de la acción penal, como prescripción o muerte del procesado, debe seguirse el criterio general, de antiguo establecido por la jurisprudencia de la Corte, en el sentido que puede ser decretada por el funcionario judicial que esté conociendo del proceso, siendo por tanto el Juez encargado de proferir el fallo anticipado, el de segundo grado, o el de casación, competente para declarar su ocurrencia.

Es de precisarse que la Sala, en decisión de mayoría, ha sostenido que la imposibilidad de llegar a una sentencia absolutoria debe entenderse referida a los hechos y circunstancias aceptados por el indagado, sobre los cuales el Juez carece de facultad de disposición, no a la calificación jurídica de la conducta, en relación con la cual goza de una relativa disponibilidad, pudiendo apartarse de la tipificación dada, en la medida que no comprometa la estructura básica de la acusación, facultad que le permitiría absolver por delitos que han sido imputados autónomamente, pero que sólo constituyen elementos o circunstancias estructurantes de uno de mayor riqueza descriptiva, por el que también ha sido proferida acusación, o un concurso aparente, siempre y cuando se profiera sentencia de condena por el que jurídicamente corresponde (Cfr. Auto de 12 de noviembre último. Mag. Pte. Dr. Ricardo Calvete Rangel).

En síntesis, en las hipótesis de terminación anticipada del proceso, el Juez carece de disponibilidad sobre los hechos y circunstancias aceptados o acordados por el procesado en desarrollo del trámite, no siendo posible, por tanto, que al dictar sentencia, lo haga absolviendo por todos o parte de ellos.

2. Visto que la base fáctica del cargo admitido o convenido es intangible, y que el juzgador no puede en estos casos proferir fallo absolutorio sobre el supuesto de que el hecho no ha existido, o que el procesado no lo ha cometido, o que la conducta es atípica, o que está amparada de una causal de justificación o inculpabilidad, se concluye que la sentencia impugnada se encuentra afectada parcialmente de nulidad, en cuanto que el Juez de primer grado, pretextando desconocimiento de las características del revólver utilizado para cometer el ilícito contra el patrimonio econó-

mico, resolvió absolver al procesado por este hecho, apartándose del contenido fáctico del cargo aceptado, y contrariando el debido proceso.

En ejercicio de la facultad oficiosa que le confiere el artículo 228 del estatuto procesal, la Corte casará entonces la sentencia solo en lo relativo a la absolución de que fue objeto el procesado, para que el Juez de primer grado proceda a dictar sentencia conforme a los hechos y circunstancias aceptados por el procesado, o invalide el acta de formulación de cargos por este hecho si realmente considera que la conducta es atípica, a fin de que por el procedimiento ordinario se tome la decisión que en derecho corresponde.

En lo demás, el fallo se mantiene incólume. La nulidad, por ser de carácter parcial, determina la ruptura de la unidad procesal, de acuerdo a lo establecido en el artículo 90 del estatuto procesal, modificado por el 14 de la Ley 81 de 1993. Por consiguiente, se ordenará expedir copias para que por separado se continúe el trámite en relación con el delito de porte ilegal de armas.

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

RESUELVE:

1. DESESTIMAR la demanda de casación presentada por el defensor del procesado Nelson Alexis Bautista Villamizar.

2. CASAR PARCIALMENTE la sentencia impugnada. Decretar la nulidad del fallo de primer grado en cuanto dice relación con la absolución de que fue objeto el procesado por el delito de porte ilegal de armas de fuego de defensa personal.

3. Disponer que el Juez de primer grado compulse copias de la actuación para que por separado reasuma el trámite procesal por el delito de porte ilegal de armas, en los términos indicados en la parte considerativa.

Notifíquese y devuélvase al tribunal de origen. Cúmplase.

Jorge Enrique Córdoba Poveda, Fernando Arboleda Ripoll, aclaró voto; *Ricardo Calvete Rangel, Carlos Augusto Gálvez Argote, Jorge Aníbal Gómez Gallego, Edgar Lombana Trujillo, Carlos E. Mejía Escobar*, aclaró voto; *Didimo Páez Velandia, Nilson Pinilla Pinilla*.

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

ACLARACION DE VOTO

Mi respetuosa aclaración del voto a la decisión adoptada en este asunto, se contrae a la reiteración que en ella se hace del criterio según el cual, en los casos de terminación del proceso por sentencia anticipada, el juez puede absolver por uno o varios hechos y condenar por otro u otros, cuando considere que las varias tipicidades deducidas de los hechos por el fiscal para efectos de hacer la imputación aceptada por el reo, corresponden a una sola, o en cualquier caso a un número inferior de las consideradas en la formulación y aceptación de los cargos.

Como lo hemos venido sosteniendo (Cfr. Rad. 9637 y 14668), no nos parece posible que el juez pueda disponer de la acusación contenida en el acta de formulación y conformidad con los cargos en el trámite de terminación por sentencia anticipada, tal y como si se tratara de un procedimiento ordinario, sin que con ello esté desconociendo la diversa naturaleza a que corresponde cada uno de estos procesos, o el carácter complejo que la acusación adquiere por la intervención del procesado con su aceptación voluntaria de allanarse a los cargos, en los eventos del procedimiento abreviado.

En este sentido, creemos que en los eventos en que el juez discrepe de la tipicidad a la cual se llevan los hechos por el fiscal, necesariamente debe acudir al ejercicio del control en la observancia de las garantías fundamentales que el propio artículo 37 del C. de P. P., modificado por el 3°. de la Ley 81 de 1993, le impone, y proceder a aplicar los correctivos pertinentes, vía por la cual no solo se enmienda el entuerto a través del mecanismo correspondiente -en opinión nuestra la absolución es resultado de un juicio de responsabilidad y no medio para la corrección de errores en la constitución del proceso-, sino que se posibilitaría la producción y desarrollo de la jurisprudencia acerca del contenido, ámbito y efecto de las garantías fundamentales en este tipo de trámites.

Fernando E. Arboleda Ripoll

Fecha *ut supra*.

ACLARACION DE VOTO

Adhiero a la anterior aclaración de voto reiterando y evocando una más amplia exposición de la postura de minoría hecha en el salvamento de voto de mayo de 1997 Cas. 9637 (M. P. Dr. Jorge Aníbal Gómez Gallego).

Carlos E. Mejía Escobar

APELACION-Sustentación/ CASACION

Resulta evidente que el recurso de casación interpuesto por el defensor del procesado no puede ser concedido. En primer lugar, como bien lo anotó el Tribunal Superior de Manizales, no fue tenido como apelante de la sentencia de primera instancia al sustentar extemporáneamente el recurso, y en dicha circunstancia no existió ningún examen de sus argumentos en el fallo de segundo grado. Si a ello se suma que en este último pronunciamiento no resultó modificada desfavorablemente la situación de su representado e igualmente que la no sustentación en tiempo de la apelación no obedeció a ausencia de defensa técnica o a algún trámite procesal irregular, es claro que carece de interés para acudir al recurso extraordinario, como reiteradamente lo ha venido señalando la Sala.

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal, Santafé de Bogotá D.C., noviembre treinta (30) de mil novecientos noventa y ocho (1998).

Magistrado Ponente: Dr. *Carlos Eduardo Mejía Escobar*

Proceso No. 15123

Aprobado Acta No. 182

VISTOS

Se pronuncia la Corte sobre el recurso de hecho interpuesto por el defensor del procesado José Honorio Mahecha, contra la decisión del 18 de agosto de 1998, mediante la cual el Tribunal Superior de Manizales no accedió a concederle el recurso de casación.

ANTECEDENTES

El Juzgado 2° Penal del Circuito de La Dorada (Caldas), mediante pronunciamiento de mayo 5 de 1998, condenó al procesado, por los hechos punibles culposos de homicidio y lesiones personales, a 48 meses de prisión, multa de $2.000.oo y suspensión en el ejercicio de la profesión de conductor por 2 años. Adicionalmente, en forma solidaria con el tercero civilmente responsable José De Los Santos Huepa, lo condenó a pagar los daños y perjuicios causados con los delitos.

Dicha providencia fue recurrida en apelación por la apoderada de la parte civil y por el defensor. A éste último sin embargo, no se le concedió el recurso debido a que lo sustentó de manera extemporánea.

El Tribunal Superior de Manizales se pronunció sobre los temas propuestos por la impugnante mediante sentencia del 18 de agosto de 1998. Decidió confirmar "...el numeral 3° de la parte resolutiva del fallo de condena ..., referente al pago de perjuicios, ACLARANDO que los rubros allí indicados hacen referencia sólo a la afectación meramente moral"; y revocar "...el numeral 7° de la parte resolutiva del mismo fallo, en lo inherente a la medida cautelar de embargo y secuestro de un inmueble de propiedad del señor José De Los Santos Huepa (tercero civilmente responsable), medida que, en consecuencia, queda vigente. Los demás extremos del fallo quedan incólumes, por no haber sido objeto de impugnación".

Dentro del término legal el apoderado del procesado interpuso contra esa decisión el recurso extraordinario de casación. Y el Tribunal de Manizales, sustentado en diversos pronunciamientos de esta Sala de Decisión, no se lo concedió por considerar que carecía de legitimidad, en atención a que no había apelado el fallo de primer grado y a que la sentencia de segunda instancia para nada varió la situación del procesado. Contra dicha determinación el defensor interpuso el recurso de hecho, el cual sustentó ante la Corte dentro del término legal señalando que el tercero civilmente responsable, al fallecer el abogado que lo venía representando, quedó sin defensa dentro del proceso, en tales condiciones tuvo ocurrencia la audiencia pública y resultó condenado en la sentencia, conculcándose de esa manera el debido proceso e incurriéndose por lo tanto en una causal de nulidad. Dice que la legitimidad para interponer el recurso de casación la deriva del numeral 3° del artículo 218 del Código de Procedimiento Penal, que faculta al defensor para plantear el recurso de manera excepcional para la garantía de los derechos fundamentales.

Consideraciones de la Sala

Resulta evidente que el recurso de casación interpuesto por el defensor del procesado no puede ser concedido. En primer lugar, como bien lo anotó el Tribunal Superior de Manizales, no fue tenido como apelante de la sentencia de primera instancia al sustentar extemporáneamente el recurso, y en dicha circunstancia no existió ningún examen de sus argumentos en el fallo de segundo grado. Si a ello se suma que en este último pronunciamiento no resultó modificada desfavorablemente la situación de su representado e igualmente que la no sustentación en tiempo de la apelación no obedeció a ausencia de defensa técnica o a algún trámite procesal irregular, es claro que carece de interés para acudir al recurso extraordinario, como reiteradamente lo ha venido señalando la Sala.

Admitir los argumentos suministrados por la defensa en la sustentación del recurso de hecho, significaría el desconocimiento de principios básicos de procedimiento penal. Como apoderado del procesado pretende derivar su interés para recurrir en casación del supuesto de que a otro sujeto procesal, el tercero civilmente responsable, se le violó un derecho fundamental, cuando es notable en tal hipótesis que la situación de su defendido no se vería perjudicada y en ello radica la falta de interés para recurrir. Esta se encontraría igualmente ausente si el caso admitiera el recurso de casación excepcional, como parece darlo a entender de manera equivocada el defensor al invocar el inciso 3° del artículo 218 del Código de Procedimiento Penal.

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

RESUELVE:

Declarar bien negado el recurso de casación interpuesto por el defensor del procesado José Honorio Mahecha.

Cúmplase.

Jorge Enrique Córdoba Poveda, Fernando Arboleda Ripoll, Ricardo Calvete Rangel, Carlos Augusto Gálvez Argote, Jorge Aníbal Gómez Gallego, Edgar Lombana Trujillo, Carlos E. Mejía Escobar, Didimo Páez Velandia, Nilson Pinilla Pinilla.

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

CALIFICACION DEL MERITO DEL SUMARIO/ REAPERTURA DE LA INVESTIGACION/ CESACION DE PROCEDIMIENTO

El artículo 473 del Código de Procedimiento Penal de 1987 (Decreto 050), modificado por el artículo 25 del Decreto 1861 de 1989, disponía:

"Reapertura. Cuando no exista prueba para ordenar cesación de procedimiento o para formular resolución de acusación, el juez ordenará reapertura de la investigación por un término que no podrá exceder de un (1) año y señalará las pruebas que deban practicarse. Vencido este término, cerrará la investigación, correrá traslado a las partes; acto seguido decretará cesación de procedimiento si no hubiere mérito para formular resolución de acusación.

"La apelación del auto de reapertura de investigación no suspenderá la instrucción del proceso, pero el inferior no podrá hacer nueva calificación antes de que el superior resuelva".

Ocurre que la segunda parte del inciso 1° de la modificación, correspondía al inciso 2° del texto original del artículo 473, previsión de la cual la Sala ha dicho que consagró una verdadera nueva causal de cesación de procedimiento, esto es, "una sui generis exclusión de la punibilidad en abstracto, como quiera que el Estado renuncia a su potestad punitiva y de juzgamiento y averiguación, para quienes se encuentran en esas específicas circunstancias, aún cuando la inocencia no aparezca de manera inconcusa" (auto junio 28 de 1988. M. P. Gustavo Gómez Velásquez).

De este modo, si se llegaren a constatar los presupuestos de la norma citada, hasta el punto que no se hayan recaudado otras pruebas de cargo durante el periodo de reapertura y perviva valorativamente la situación de duda planteada en la primera calificación, indudablemente el procesado habría adquirido el derecho a una cesación de procedimiento que no se podría haber negado ni aún en vigencia del Decreto 2700 de 1991 (aunque con la nueva denominación de preclusión). En otras palabras, no es meramente el menor o mayor tiempo que se pudiera utilizar en la segunda calificación sumarial lo

que favorece o desfavorece al procesado, de acuerdo con el estatuto procesal anterior o el vigente, sino la subsistencia de un estado de duda que, a pesar de haberse agotado el limitado tiempo de instrucción adicional, no se pudo remover con lo recaudado dentro de él; no es la oportunidad o extemporaneidad de la decisión, porque, temprano o tarde, la declaración de duda no puede soslayarse.

Si lo alegado es la supuesta violación de una garantía fundamental de orden constitucional y legal, como es la favorabilidad, la Sala de oficio ofrecerá un análisis de lo relacionado con el tema en este proceso y también una profundización del alcance del modificado texto del artículo 473 del Decreto 050 de 1987. Así:

Es patético el exceso del término de reapertura de investigación previsto en la norma (un año), porque la respectiva providencia quedó ejecutoriada el 20 de mayo de 1991 (fls. 129v.), lo cual significa que el período instructivo adicional podía extenderse legalmente hasta el 20 de mayo de 1992, y el nuevo cierre de instrucción apenas se produjo el 3 de diciembre de 1993 (fl. 214).

Con todo, de acuerdo con la norma examinada, no basta el vencimiento del irrebasable término un (1) año de reapertura de la investigación para tener derecho a la cesación de procedimiento, pues esta decisión está condicionada a que "no hubiere mérito para formular resolución de acusación". Si el funcionario reabre la investigación, lógicamente se supone que echa de menos pruebas que deben practicarse, pero nótese que ese nuevo procedimiento de cierre de investigación, traslado a los sujetos procesales y segunda calificación, no está supeditado a que realmente se produzcan los medios de convicción anunciados, sino sólo al vencimiento del término. Es decir, logradas las pruebas anheladas dentro del término legal o no obtenidas por cualquier causa, de todas maneras el funcionario tiene que volver a evaluar el conjunto del material probatorio para establecer si existe mérito para dictar resolución de acusación o, en caso negativo, profiere cesación de procedimiento.

La disposición no introduce salvedades, en el sentido de ponerla a decir que, si no se practican las pruebas extrañadas, indefectiblemente debe producirse la cesación de procedimiento; no, el precepto sin distinción prevé que dicha decisión (cesación) se dictará "si no hubiere mérito para formular resolución de acusación", expresión esta que lógicamente supone una nueva evaluación de la prueba, tanto de la que ya existía como de la que se llegare a recaudar en el lapso complementario, pues, al fin y al cabo, todo hace parte de la investigación.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Santafé de Bogotá, D. C., diciembre dos de mil novecientos noventa y ocho.

Magistrado Ponente: Dr. *Jorge Aníbal Gómez Gallego*

Proceso No. 11075

Aprobado Acta No. 185

VISTOS

Se va a decidir el recurso extraordinario de casación interpuesto en contra de la sentencia fechada el 23 de junio de 1995, por medio de la cual el Tribunal Superior de Buga condenó al procesado William Carrillo Bacarez, en segunda instancia, quien fuera acusado por el delito de homicidio culposo cometido en la persona del profesor Hernando Antonio Castillo Castillo.

A la impugnación se le ha dispensado el trámite de rigor y cuenta la Sala con el concepto del Procurador Tercero Delegado en lo Penal.

HECHOS

Aproximadamente a las 7:00 horas de la noche del día 7 de junio de 1990, en el kilómetro 3 del carreteable que conduce de Andalucía a Bugalagrande, concretamente en el sitio conocido como la "Y", comprensión territorial del segundo municipio, en el departamento del Valle del Cauca, la buseta de servicio público de placas VA 6740, afiliada a la empresa "Transportes Cunchipá S. A.", conducida por William Carrillo Bacarez, chocó con la motocicleta marca Honda, de placas TYP 60, manejada por su dueño Hernando Antonio Castillo Castillo, un educador del colegio "Julián Trujillo" del corregimiento Robledo (Trujillo-Valle), que entonces viajaba del lugar de trabajo a su residencia en la población de Tuluá, y quien perdió la vida en la aparatosa colisión.

El hecho y sus consecuencias se han atribuido a imprudencia del conductor del vehículo de servicio público, razón por la cual fue legalmente vinculado al proceso.

ACTUACIÓN PROCESAL

El siniestro fue atendido inicialmente por el Inspector de Tránsito y la Policía del municipio de Bugalagrande, autoridades que después remitieron las diligencias que, por reparto, correspondieron al Juzgado Noveno de Instrucción Criminal de Tuluá (fls. 1 y 5). Este despacho, con fundamento en el informe policial y otras diligencias practicadas por los mismos funcionarios administrativos, abrió la instrucción el 11 de junio de 1990 y ordenó vincular por medio de indagatoria al imputado William Carrillo Bacarez (fl. 21).

La señora Marisel Vargas Hernández, esposa del finado, presentó demanda de constitución de parte civil, en su propio nombre y en represen-

lación de sus dos menores hijas, y fue aceptada en tal condición por el juzgado instructor (fls. 30 y 36).

Se recibió indagatoria al imputado el 26 de julio de 1990 y la situación jurídica quedó resuelta el 2 de agosto siguiente, por medio de interlocutorio en el cual el instructor comisionado se abstiene de proferir medida de aseguramiento en relación con el sindicado (fls. 73 y 81).

Cerrada la investigación, el juzgado calificó el mérito sumarial el 9 de mayo de 1991, por medio de auto de reapertura de la misma, con el fin de practicar otras pruebas dentro el término de seis (6) meses, de conformidad con el artículo 25 del Decreto 1861 de 1989 (fls. 124).

El despacho instructor dictó el auto del 12 de mayo de 1992, en respuesta a una petición de cierre de la investigación introducida por el apoderado de la parte civil, a través del cual ordenó otras pruebas que en ese momento echaba de menos (fls. 163v.).

El 13 de agosto de 1992, en razón del cambio en la estructura del proceso penal, el expediente quedó radicado en la Fiscalía y, apenas el 2 de diciembre siguiente, asumió el conocimiento la Fiscal 27 Delegada ante los Jueces Penales del Circuito de Tuluá (fls. 167 y 168).

El día 3 de diciembre de 1993, fue cerrada nuevamente la investigación y, por medio de resolución fechada el 14 de enero de 1994, la fiscal instructora calificó por segunda vez el mérito sumarial, acto en el cual dispuso la detención preventiva del sindicado Carrillo Bacarez, con derecho a libertad provisional, a la vez que emitió resolución acusatoria en contra del mismo, como autor del hecho punible de homicidio culposo, de conformidad con el artículo 329 del Código Penal (fls. 214 y 224).

Ejecutoriada la resolución de acusación, asumió el conocimiento el Juez Tercero Penal del Circuito de Tuluá. A continuación, la secretaría del juzgado de conocimiento dejó constancia del traslado ordenado en el artículo 446 del C. de P. P. (fls. 240 y 242).

El apoderado de la parte civil presentó demanda contra la empresa "Transportes Cunchipá S. A.", representada por su gerente Néstor Raúl Rodríguez Espinosa, por estimarla como tercero civilmente responsable, y así fue admitida por el juzgado en el auto del 18 de mayo de 1994 (fls. 303 y 312).

El 18 de octubre de 1994, el juez de conocimiento llevó a cabo la audiencia pública (fls. 360), pero, en lugar de dictar la correspondiente sentencia, advirtió que se había incurrido en nulidad al coartar el ejercicio de la defensa por parte del tercero civilmente responsable, razón por la cual decretó la invalidez de lo actuado a partir de la notificación del 2 de junio de 1994, con el fin de que se rehiciera dicho acto y facilitar así la respuesta de aquél por medio de aportación de pruebas que pudieran fundamentar su posición frente al problema planteado (fls. 328v. y 382).

Tanto el apoderado del tercero civil, como la defensora del procesado, solicitaron la cesación de procedimiento, desde el interés de cada parte, pero el juzgado la negó en el auto del 7 de diciembre de 1994 (fls. 389, 392 y 394).

Nuevamente se fijó fecha y hora para la audiencia pública que se llevó a cabo el 21 de marzo de 1995 (fls. 413). Cumplido este presupuesto procesal, el juez de conocimiento dictó fallo de primer grado el 4 de abril de 1995, por cuyo medio condenó al procesado William Carrillo Bacarez a la pena principal de dos (2) años de prisión, multa en cuantía de un mil pesos ($1.000.00) y suspensión en el ejercicio de la profesión de motorista por el término de un (1) año, todo por cuanto previamente lo declaró responsable del hecho punible de homicidio culposo, agotado en la persona de Hernando Antonio Castillo Castillo.

En la misma decisión, el funcionario de instancia dedujo la sanción accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas, por igual período al de la principal; también condenó al procesado y a la empresa "Transportes Cunchipá S. A.", en forma solidaria, a pagar la suma de $35.036.022 y el equivalente en moneda nacional a 200 gramos-oro, por concepto de perjuicios materiales y morales, en favor de la señora Marisel Vargas Hernández y sus hijas Yuli Fernanda y Paola Andrea Castillo Vargas (fl. 437).

De igual manera, el juzgado condenó a la compañía aseguradora "Colseguros S. A." a pagar a las perjudicadas la suma de $ 4.000.000.00 de pesos, por concepto de daños irrogados, suma que, en caso de hacerse efectiva, sería deducible de la fijada a cargo del procesado y el tercero civil. Se ordenó también el comiso de la buseta que sirvió de instrumento para cometer el hecho y, finalmente, el juez concedió al condenado el subrogado de la condena de ejecución condicional.

Examinado el proceso en segunda instancia, en razón de la apelación interpuesta por la defensa del procesado, el Tribunal Superior de Buga confirmó el sentido y la mayor parte de las determinaciones la sentencia del a quo, pero fijó los perjuicios materiales en la suma $58.287.143.00 (fl. 492).

Contenido de la Demanda

La defensora del procesado ensaya tres cargos fundamentales en contra de la sentencia del tribunal, por medio de igual número de causales de casación, y los presenta de la siguiente manera:

1. Aduce como primer motivo la nulidad, por cuanto según su criterio se ha quebrantado el debido proceso, por el sentido de que en mayo de 1991, el instructor ordenó la reapertura de la investigación, por un lapso de seis (6) meses, plazo que venció el 15 de noviembre de 1991, sin que se

hubiera producido la segunda calificación sumarial. Explica que sólo el 14 de enero de 1994, transcurridos dos (2) años y dos (2) meses, a partir del vencimiento del término, se dictó una resolución de acusación, sin haber acopiado la prueba que variara la situación prevista en la primera calificación sumarial, cuando lo procedente era el proferimiento de una cesación de procedimiento, de conformidad con los decretos 050 de 1987 y 1861 de 1989, vigentes para la época de los hechos.

Así entonces, como el tribunal no aplicó los decretos mencionados, se ha violado no sólo el debido proceso sino también el principio de favorabilidad.

2. El segundo cargo lo refiere como violación indirecta de la ley sustancial, consistente en que se han apreciado erróneamente las pruebas, lo que ha lugar a la conculcación de los artículos 247, 248, 253, 300, 301, 302 y 303 del Código de Procedimiento Penal y también a la transgresión indirecta de los artículos 2°, 3°, 4° y 329 del Código Penal. Esta censura la desmembra en el señalamiento de tres (3) supuestos errores de hecho, los cuales ofrece del siguiente modo:

2.1. El juzgador ha ignorado la prueba indiciaria, como medio que sirvió para establecer el estado de embriaguez que afectaba a la víctima al momento de los hechos.

2.2. El tribunal desconoce la existencia de la prueba técnica que obra a folios 183 y 184, por medio de la cual el perito Julio Alberto Ramírez Idárraga, adscrito al Departamento Administrativo de Tránsito y Transporte de Tuluá, hace saber que la buseta se desplazaba a una velocidad aproximada de 67,61 kilómetros por hora, promedio que le permitía al conductor sortear cualquier imprevisto en la vía. En el fallo se hace alusión a esa medida del desplazamiento del automotor, que se relaciona en el dictamen, pero ningún esfuerzo asoma para confrontar y verificar el respaldo científico de la versión del procesado.

2.3. El otro error de hecho, se refiere a la supuesta tergiversación de la prueba testimonial, haciéndole producir efectos que no emanan de su contexto.

El informe de accidentes elaborado y ratificado por el agente Gustavo Gálvez Gálvez, apoyado por el respectivo croquis, señala claramente que cuando el conductor de la buseta avistó las luces de la motocicleta se movilizaba por su carril, porque la huella de frenada empieza en su propio sendero y se desplaza hacia la izquierda, en la medida que se ve obligado a eludir al pequeño automotor que invadió su vía y se vino de frente. Así entonces, resulta erróneo atribuir impericia al procesado por el hecho de no haber guiado el vehículo hacia la derecha, ya que ese era el mismo carril ocupado arbitrariamente por el otro automotor.

Afirma la actora que el fallador no tuvo en cuenta la huella de frenada e hizo ver en la valoración de la mencionada prueba aspectos diversos y distorsionados de aquellos que realmente refleja.

Además, desconoce el Tribunal que el testigo Giovanny Peláez también fue citado en el informe policivo, y efectivamente declaró en el proceso, solo que abusivamente se le negó toda credibilidad por su vinculación laboral con la empresa afiliadora.

También dice la demandante que se distorsiona la información suministrada en la declaración de Omaira Narváez, cuando el tribunal le niega a la testigo la posibilidad de percibir los movimientos del vehículo sin la utilización del órgano de la visión.

Igualmente, se incurre en error de hecho por la diversa apreciación del testimonio de Víctor Obdulio Caro Herrera, pues desde el lugar donde él iba en la buseta sí podía observar lo dicho, en la medida que la luz opuesta de la motocicleta se lo facilitaba y en el horizonte de su visión no existían obstáculos.

3. El tercer cargo se refiere a un error de lógica jurídica, consistente en una interpretación errónea de los artículos 5°, 35, 37 y 329 del Código Penal, cuando el tribunal confirma la improcedente valoración y calificación dada a la conducta del procesado por el juez de primera instancia.

Aduce la actora que no hubo negligencia, imprudencia, impericia ni violación de reglamentos en la conducta desarrollada por el acusado, porque éste oportunamente empezó a controlar su vehículo e hizo las maniobras suficientes para evitar el choque con la motocicleta que venía hacia él.

Dentro de este mismo cargo, la demandante señala como segundo desfase la interpretación errónea del artículo 107 del Código Penal, porque si bien el juez de primera instancia respetó las previsiones del dictamen pericial para soportar la condena por perjuicios, el tribunal hizo eco de una certificación aportada por la parte civil, después del dictamen pericial, e incrementó arbitrariamente el monto de los daños materiales. De esta manera, refuerza la actora, se han vulnerado los principios de contradicción y lealtad.

Ocurre que el artículo 107 sólo se aplica para los casos en que no se haya constituido parte civil, porque corresponde a ésta demostrar los montos de la indemnización en el curso del proceso, demostración que la obligada sólo hizo hasta cierta cantidad en su debida oportunidad.

Finalmente, y a manera de conclusión de todos los reparos, la censora dice que en este proceso no hubo aplicación del artículo 445 del Código de Procedimiento Penal, que dispone imperativamente la resolución de toda duda en favor del procesado.

CONCEPTO DE PROCURADURÍA

El Procurador Tercero Delegado estudia las censuras en el siguiente orden:

1. Apoya por tener vocación de éxito el primer cargo planteado en la demanda, que se relaciona con la nulidad por violación del debido proceso, dado que en esta actuación debió aplicarse el artículo 25 del Decreto 1861 de 1989, norma de evidente contenido sustancial cuya aplicación favorable se imponía.

En efecto, establecido que los hechos ocurrieron el 7 de junio de 1990, la cuestión procesal alcanzó a regirse primero por el Decreto 050 de 1987 (anterior Código de Procedimiento Penal), modificado en lo pertinente por el Decreto 1861 de 1989, y después por el vigente Decreto 2700 de 1991, modificado por la Ley 81 de 1993.

Ocurre que cerrada la investigación, notoriamente vencido el término previsto en el artículo 354 del Decreto 050, se calificó por primera vez el 9 de mayo de 1991, oportunidad en la cual el juzgado instructor reabrió la instrucción por el término de seis (6) meses, con fundamento en el artículo 473 del C. de P. P. de 1987, modificado por el 25 del Decreto 1861 citado.

Atendido el momento de la ejecutoria de la providencia que ordenó la reapertura, el término indicado venció el 20 de noviembre de 1991, de modo que el instructor debió proceder a cerrar de nuevo la investigación, correr traslado a los sujetos procesales y calificar por segunda y última oportunidad el mérito del sumario, por medio de un auto de cesación de procedimiento, ya que no existía fundamento para formular acusación.

Para la fecha de vencimiento del término de reapertura de investigación, agrega, apenas se habían recaudado los testimonios de la señora Omaira Narváez Gómez, citada como testigo presencial de los hechos, y de los señores Pedro Nel Correa Victoria y Nelson Duque Osorio, quienes intervinieron como peritos en la diligencia de levantamiento del cadáver. La primera, en lugar de comprometer la responsabilidad del procesado, lo favorece cuando dice que la buseta se desplazaba a velocidad normal y que el motociclista, en cambio, avanzaba zigzagueante a alta velocidad, en sentido contrario, y que el primero trató siempre de esquivarlo. Los dos expertos, de otra parte, no aportaron relatos que tengan relación con la ocurrencia de los hechos.

Sostiene, de igual modo, que el calificatorio del 9 de mayo de 1991 no expresa claramente las razones para que el funcionario se abstuviera de proferir acusación, pero la lógica interna de una reapertura indica que el instructor tenía dudas respecto de los hechos y la responsabilidad del procesado. De manera que, frente a los adversos resultados probatorios posteriores, para el 20 de noviembre de 1991, cuando se ha debido calificar por segunda vez el mérito de la investigación, se imponía la cesación de

procedimiento porque entonces no existía mérito para dictar resolución acusatoria.

En estos términos apreciada la situación particular del procesado, en el sentido de que para la fecha indicada no existía fundamento probatorio para proferir acusación en su contra, le resultaba más favorable la aplicación del artículo 25 del Decreto 1861 de 1989, que alcanzó a gobernar las incidencias de este proceso, en lugar del artículo 42 de la Ley 81 de 1993, que modificó el artículo 329 del vigente Código de Procedimiento Penal, a cuyo tenor la instrucción correspondiente debía calificarse dentro de los ocho (8) meses siguientes a la vigencia de la nueva legislación, como en realidad lo hizo el fiscal, dado que el periodo investigativo ya se había extendido por 40 meses.

A pesar de que había precluido el término de reapertura de la instrucción, el funcionario la continuó y ordenó la práctica de pruebas en providencias del 12 de mayo de 1992 y 13 de septiembre de 1993, conducta irregular que lo llevó a la providencia acusatoria del 14 de enero de 1994 "con más elementos de juicio de los que válidamente se podían incorporar al expediente, los que determinaron una decisión adversa al acusado, pruebas estas que se allegaron a la investigación por virtud del desconocimiento de las normas que regulaban la actuación, esto es, con violación del principio del debido proceso" (fl. 16 del concepto).

El artículo 473 del C. de P. P. de 1987, modificado por el artículo 25 del Decreto 1861 de 1989, dispone que, vencido el término de reapertura, el funcionario cerrará la investigación, correrá traslado y acto seguido dictará cesación de procedimiento, si no hubiere mérito para formular resolución de acusación. Como la disposición es perentoria y tiene trascendencia favorable en la situación jurídica del procesado, indudablemente el juzgador ha violado el debido proceso y, por la misma razón, se ha incurrido en la causal de nulidad prevista en el numeral 2° del artículo 304 del Código de Procedimiento Penal.

El aspecto sustancial y más benigno del artículo 25 del Decreto 1861 de 1989, dice el Ministerio Público, se colige de las manifestaciones hechas por la Corte en los autos del 20 de abril, 4 de agosto y 7 de diciembre de 1987, 20 de abril; 30 de mayo y 28 de junio de 1988. De este último proveído extrae que el mencionado precepto no contempla una simple medida procesal, sino "una verdadera causal de cesación de procedimiento, cuando en la reapertura de la investigación no se han logrado obtener nuevas pruebas, encaminadas a la resolución de acusación. Hay allí una *sui generis* exclusión de la punibilidad en abstracto, como quiera que el Estado renuncia a su potestad punitiva y de juzgamiento y averiguación, para quienes se encuentran en esas específicas circunstancias, aun cuando la inocencia no aparezca de manera inconcusa" (M. P. Gustavo Gómez Velásquez. El resalto pertenece a la cita).

Propone el Ministerio Público, en consecuencia, que se case la sentencia para decretar la nulidad de la actuación a partir del auto del 28 de abril de 1992, por medio del cual el Juzgado Noveno de Instrucción Criminal negó el nuevo cierre de investigación pedido, a pesar de que estaba vencido el término de reapertura, a fin de que por este medio el expediente regrese a la Fiscalía y allí se califique el mérito de la instrucción.

2. En relación con el segundo cargo expone:

Se ha objetado por la actora un falso juicio de existencia por omisión de la prueba indiciaria relacionada con la supuesta embriaguez de la víctima, pero el reparo no se apoya en las decisiones de instancia, ya que el mencionado hecho no fue ignorado sino negado por el sentenciador con fundamento en medios de convicción diversos a los citados por la Casacionista. Así entonces, en este punto la inconformidad se reduce a la exposición de criterios valorativos distintos a los presentados por el juzgador, actitud inadmisible en sede de casación, si se tiene en cuenta que las probanzas no están regidas por tarifa legal alguna.

Otro error de hecho, como falso juicio de existencia, se quiere mostrar en relación con la prueba técnica que acredita la probable velocidad del automotor conducido por el procesado y la posibilidad de maniobrarlo para evitar el accidente. Esta prueba, dice el Ministerio Público, no se ha omitido por el fallador, por el contrario, la analizó juntamente con los demás elementos de convicción y determinó que el vehículo causante del siniestro entró irregularmente en la vía, por el centro de la calzada, y lo hacía a una velocidad no permitida de cara al lugar y la hora. Además, la demandante no demostró ningún error, ni la trascendencia del mismo para romper la sentencia, pues simplemente se limitó a proponer la forma como el juzgador debió interpretar el dictamen rendido por el perito.

La tercera observación, referida también a un error de hecho, mas ahora en la modalidad de falso juicio de identidad, advierte el Procurador que tampoco puede prosperar. En lo que atañe al informe elaborado por el agente Gustavo Gálvez Gálvez, la recurrente solamente recoge un aspecto técnico del dictamen -origen y dimensión de la huella de frenada-, con el fin de darle una interpretación que a su talante debe ser la acogida por la Corte. Olvida la censura que el tribunal se aplicó a un examen integral de la indagatoria, echó de menos los rastros de alcohol en la necropsia y capitalizó la indicación del lugar donde quedaron los residuos del parabrisas, todo con el fin de desvirtuar las explicaciones del procesado.

Por el mismo camino desacertado, acota el Procurador, se refiere la impugnante a la estimación del testimonio de Giovanny Peláez, reprobando la actitud del sentenciador al restarle mérito por sus vínculos laborales con la empresa de transporte, pero tal modo de impugnar ingresa en los terrenos propios del error de derecho por falso juicio de convicción, vía

inadmisible porque se carece en Colombia de valoración tarifaria y, por contrario modo, rige en su extensión debida el sistema de la sana crítica.

La misma impropiedad en el ataque aparece a la hora de cuestionar la valoración de los testimonios rendidos por Omaira Narváez y Víctor Obdulio Caro, pues, a partir de sus propias consideraciones, la demandante quiere atribuir errores en la sentencia que no logra demostrar.

3. En cuanto al tercer cargo, el Ministerio Público advierte:

Sobre el tema de la violación del artículo 329 del Código Penal, lo primero que olvida la censora es que por esta vía ha menester aceptar los hechos y omitir referencias a la prueba, porque la discusión se plantea sólo sobre la norma de derecho sustancial que le dio sustento a la decisión. Además, en este nivel es deber del demandante indicar el sentido de la violación del precepto mencionado, esto es, precisar si el equívoco comprometió la selección correcta del precepto o si se le dio un alcance que no le correspondía.

En relación con el quebranto del artículo 107 del Código Penal, el Delegado dice que la actora no define cuáles fueron las consecuencias extrañas atribuidas a la norma por el sentenciador, como para predicar de esa manera una interpretación errónea de la norma. Además, tal como se presenta la acusación, la demandante parte de la equivocada concepción de que, producido el dictamen pericial, el fallador debe acogerlo obligatoriamente, cuando la verdad es que en el sistema probatorio colombiano no se contemplan pruebas con valor absoluto.

Agrega que el equívoco se incrementa con la invocación de los principios de contradicción y lealtad, que la recurrente estima violados, actitud con la cual ingresa en el terreno de la causal tercera de casación, pero por tal vía tampoco se logra demostrar ni presentar un cargo estructurado para atacar la sentencia.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

A. Examen de la Nulidad.

El artículo 473 del Código de Procedimiento Penal de 1987 (Decreto 050), modificado por el artículo 25 del Decreto 1861 de 1989, disponía:

"Reapertura. Cuando no exista prueba para ordenar cesación de procedimiento o para formular resolución de acusación, el juez ordenará reapertura de la investigación por un término que no podrá exceder de un (1) año y señalará las pruebas que deban practicarse. Vencido este término, cerrará la investigación, correrá traslado a las partes; acto seguido decretará cesación de procedimiento si no hubiere mérito para formular resolución de acusación.

"La apelación del auto de reapertura de investigación no suspenderá la instrucción del proceso, pero el inferior no podrá hacer nueva calificación antes de que el superior resuelva".

Ocurre que la segunda parte del inciso 1° de la modificación, correspondía al inciso 2° del texto original del artículo 473, previsión de la cual la Sala ha dicho que consagró una verdadera nueva causal de cesación de procedimiento, esto es, "una *sui generis* exclusión de la punibilidad en abstracto, como quiera que el Estado renuncia a su potestad punitiva y de juzgamiento y averiguación, para quienes se encuentran en esas específicas circunstancias, aun cuando la inocencia no aparezca de manera inconcusa" (auto junio 28 de 1988, M. P. Gustavo Gómez Velásquez).

De este modo, si se llegaren a constatar los presupuestos de la norma citada, hasta el punto que no se hayan recaudado otras pruebas de cargo durante el período de reapertura y perviva valorativamente la situación de duda planteada en la primera calificación, indudablemente el procesado habría adquirido el derecho a una cesación de procedimiento que no se podría haber negado ni aún en vigencia del Decreto 2700 de 1991 (aunque con la nueva denominación de preclusión). En otras palabras, no es meramente el menor o mayor tiempo que se pudiera utilizar en la segunda calificación sumarial lo que favorece o desfavorece al procesado, de acuerdo con el estatuto procesal anterior o el vigente, sino la subsistencia de un estado de duda que, a pesar de haberse agotado el limitado tiempo de instrucción adicional, no se pudo remover con lo recaudado dentro de él; no es la oportunidad o extemporaneidad de la decisión, porque, temprano o tarde, la declaración de duda no puede soslayarse.

Si en estos términos se aprecia la situación de favorabilidad que supuestamente han desconocido los jueces en este proceso, no es la nulidad el camino adecuado para remover el agravio en sede de casación, porque en tal hipótesis el fallador habría omitido la aplicación de una especial "causal excluyente de la punibilidad en abstracto" y "verdadera nueva causal de cesación de procedimiento", prevista en el artículo 473 del Decreto 050 de 1987 (norma sustancial en ese sentido), aplicable ultractivamente por su mayor benignidad, que tenida en cuenta en su oportunidad por los juzgadores habría dado lugar a un auto de cesación de procedimiento, en vez de las sentencias condenatorias atacadas.

De este modo, como está vigente la sentencia condenatoria proferida por el tribunal, la motivación correcta para incoar el recurso de casación era la correspondiente a la violación directa por falta de aplicación del artículo 473 del Código de Procedimiento Penal de 1987, norma sustancial para los procesados que a la fecha de su vigencia se hallaban en las específicas circunstancias allí previstas. Entonces, por la vía insinuada ya no sería necesario que la Corte regresara la actuación a través de una nulidad, pues bastaría que constate los presupuestos de la norma en cuestión, y, sin que haya lugar a un fallo de reemplazo, de una vez se decretaría la cesación de procedimiento.

La inconsistencia en la propuesta de nulidad radica en que la Corte no podría invalidar la actuación procesal para propiciar de nuevo la se-

gunda calificación, pues como tal en esta oportunidad el funcionario competente tiene dos opciones (acusación y preclusión), dado que sería abiertamente ilegal recomendar o sugerirle al calificador que sólo podría determinarse por la segunda forma, que en últimas es el objetivo buscado en este caso con la proposición del recurso extraordinario.

Sin embargo, si lo alegado es la supuesta violación de una garantía fundamental de orden constitucional y legal, como es la favorabilidad, la Sala de oficio ofrecerá un análisis de lo relacionado con el tema en este proceso y también una profundización del alcance del modificado texto del artículo 473 del Decreto 050 de 1987. Así:

Es patético el exceso del término de reapertura de investigación previsto en la norma (un año), porque la respectiva providencia quedó ejecutoriada el 20 de mayo de 1991 (fls. 129v.), lo cual significa que el período instructivo adicional podía extenderse legalmente hasta el 20 de mayo de 1992, y el nuevo cierre de instrucción apenas se produjo el 3 de diciembre de 1993 (fls. 214).

Con todo, de acuerdo con la norma examinada, no basta el vencimiento del irrebasable término un (1) año de reapertura de la investigación para tener derecho a la cesación de procedimiento, pues esta decisión está condicionada a que "no hubiere mérito para formular resolución de acusación". Si el funcionario reabre la investigación, lógicamente se supone que echa de menos pruebas que deben practicarse, pero nótese que ese nuevo procedimiento de cierre de investigación, traslado a los sujetos procesales y segunda calificación, no está supeditado a que realmente se produzcan los medios de convicción anunciados, sino sólo al vencimiento del término. Es decir, logradas las pruebas anheladas dentro del término legal o no obtenidas por cualquier causa, de todas maneras el funcionario tiene que volver a evaluar el conjunto del material probatorio para establecer si existe mérito para dictar resolución de acusación o, en caso negativo, profiere cesación de procedimiento.

La disposición no introduce salvedades, en el sentido de ponerla a decir que, si no se practican las pruebas extrañadas, indefectiblemente debe producirse la cesación de procedimiento; no, el precepto sin distinción prevé que dicha decisión (cesación) se dictará "si no hubiere mérito para formular resolución de acusación", expresión esta que lógicamente supone una nueva evaluación de la prueba, tanto de la que ya existía como de la que se llegare a recaudar en el lapso complementario, pues, al fin y al cabo, todo hace parte de la investigación.

En esa revaloración probatoria que hizo la Fiscalía en la resolución del 14 de enero de 1994, es precisamente cuando advierte que existe la prueba fundante para dictar resolución de acusación en contra del procesado, sin necesidad de acudir a los medios de convicción practicados por fuera del perentorio término legal de reapertura (fls. 224 y ss.).

Fácilmente puede verificarse que la fiscal evaluó, de un lado, los testimonios de Giovanny Peláez Alvarán (25 de julio de 1990, fls. 67f.), Omaira Narváez Gómez (2 de octubre de 1991, fl. 154) y José Wilson Vélez Parra (25 de julio de 1990, fl. 66) y la indagatoria William Carrillo Bacarez (26 de julio de 1990, fls. 73). De otra parte, la instructora examinó la diligencia de inspección judicial y las fotografías obtenidas en el acto (29 de noviembre de 1990, fl. 108), con el fin de mostrar la mentira del primer grupo de pruebas que se tildan de exculpatorias, al igual que hizo la interpretación racional de la huella de frenada dispuesta en el croquis adjunto al informe policivo (11 de junio de 1990, fl. 8) y analizó en el mismo nivel el testimonio del carretillero Sigifredo Cifuentes Castaño (29 de noviembre de 1990, fl. 111).

Así entonces, la funcionaria que calificó por segunda vez el sumario advirtió un error en la primera calificación, en el sentido de que ésta pasó sin detenerse en la incidencia del testimonio del señor Cifuentes Castaño, dado que se trataba de una prueba "que con más claridad y precisión que un formado profesional, imprime la lógica real a los sucesos motivo de investigación, pues se confirma con ella lo que las circunstancias de modo, tiempo y lugar estaban evidenciando: La imprudencia del sindicado en la conducción de su vehículo..." (fl. 230).

Así vista la situación, a pesar de que se había superado con creces el término de reapertura de la investigación, no estaba presente el presupuesto sustancial para adoptar la cesación de procedimiento, dado que en este caso sí existía mérito para proferir resolución acusatoria, no sólo una vez constatado el vencimiento del lapso sino desde antes, sin necesidad de acudir a las pruebas practicadas extemporáneamente.

Como no se daban todos los requisitos del artículo 473 citado, ha de saberse que para la fecha del segundo calificatorio subsistía la acción en este proceso, por ende, no era aquélla una norma que debiera prevalecer en su aplicación por favorabilidad, razón por la cual el deber de la Fiscalía era calificar el mérito del sumario dentro del término previsto en el parágrafo transitorio del artículo 329 del Código de Procedimiento Penal, esto es, ocho (8) meses contados a partir de la vigencia de la Ley 81 de 1993 (2 de noviembre), dado que para esa fecha habían transcurrido 40 meses y 21 días después de haberse iniciado la instrucción (11 de junio de 1990).

No prospera la objeción.

B. Segundo Cargo:

Al amparo de la presunta violación indirecta de la ley sustancial, la actora plantea tres errores de hecho que se estudian del siguiente modo:

1. Dice la recurrente que se ha ignorado la existencia de la prueba indiciaria, por medio de la cual se evidencia el estado de embriaguez de la víctima al momento de los hechos. En este punto la censura muestra una

ostensible confusión, pues no se aportan razonamientos para saber si la omisión tuvo que ver con la prueba testimonial, documental o pericial que soportaba el hecho indicador de la ebriedad, o si el silencio del fallador se produjo en el momento de hacer la evaluación racional para obtener la inferencia lógica de lo desconocido.

Además, la censura se refiere directamente a la plena demostración de que el profesor Castillo Castillo, desde temprana hora, participó de una fiesta en el colegio y estuvo desaparecido del lugar por algún tiempo, como lo sostiene la testigo Ana Nory Restrepo Becerra, y también al hecho de que el testimoniante Giovanny Peláez Alvarán oyó decír a una mujer que viajaba en la buseta que el finado estaba ebrio, porque venía de un festejo del día del estudiante en el colegio de Ricaurte. De estos datos, según la censora, puede hacerse la inferencia lógica de la ebriedad, porque la experiencia enseña que en reuniones de aquélla índole se libera el espíritu y el hombre tiende a las bebidas embriagantes, pero la demanda no se ocupa de los juicios del sentenciador sobre el tema, pues, al fin y al cabo, tal es el objeto de ataque en casación y sólo después, o simultáneamente, se debe hacer la confrontación de esas estimaciones con la prueba supuestamente ignorada o distorsionada, porque, si son razonables las exclusiones o deméritos del sentenciador, carece de sentido alentar una indefinida competencia de apreciaciones racionales.

No acudir primero y directamente a los contenidos valorativos de la sentencia, ha expuesto la Sala, significa caer en el error de no mostrar la razón suficiente.

2. Otro yerro de hecho manifestado en la censura tiene que ver con la omisión de la prueba técnica que aparece a folios 183 y 184, de acuerdo con la cual el perito Julio Alberto Ramírez Idárraga, calificado como idóneo y de amplia experiencia en cuestiones de tránsito, expone que el automotor de servicio público se desplazaba a una velocidad aproximada de 67.61 kilómetros por hora, aceleración que está dentro de los rangos permitidos legalmente y, por ende, facilitaba al conductor sortear los imprevisto que se presentaran en el recorrido.

La actora dice que dicha prueba técnica fue mencionada en el fallo, mas no valorada, actitud que equivale a ignorarla. Sin embargo, si el propósito es que el fallo hubiese aceptado la capacidad de manipulación del conductor, por lo moderado de la velocidad, no queda claro cuáles serían las benéficas consecuencias a las que aspira con esa denotación la demandante, porque la sentencia echa de menos las huellas de esos cambios de dirección alegados para presuntamente esquivar la motocicleta que avanzaba en zigzag, y además le advierte al procesado que, de ser ciertas las maniobras que aduce, no resultaba lógico que lo hubiese hecho hacia el lado izquierdo y no por el flanco derecho, fuera de la vía, espacio que no sólo era propicio sino que conjuraría más eficazmente los peligros de semejante evasión.

3. El tercer yerro se refiere a la presunta tergiversación del informe policial suscrito por Gustavo Gálvez Gálvez y el croquis adjunto, lo mismo que los testimonios de Luis Fernando Sánchez, Giovanny Peláez Alvarán, Wilson Vélez, Omaira Narváez y Víctor Obdulio Caro Herrera.

Fácilmente se notará que, en relación con las mencionadas pruebas, el reparo no se desarrolla realmente como un arbitrario incremento o recorte del contenido fáctico de las mismas (tergiversación), sino que básicamente se refiere a discrepancias con la valoración que las instancias hicieron de ellas. Esta irregular tendencia puede advertirse, por ejemplo, cuando en lo que atañe al informe policial y el croquis, la demandante reprocha que "es erróneo atribuir impericia al incriminado por no haber guiado su vehículo hacia la derecha porque era el mismo carril ocupado por la motocicleta" (fl. 546); o cuando asevera que el sentenciador "interpretó la información suministrada por el croquis en forma contraria a la ley..." (idem); o en el aparte en el cual se duele de que el tribunal desconozca "que Giovanny Peláez citado en el informe policivo como Yohany Peláez, también declaró, pero al valorarse su declaración se le niega todo valor por tener vínculos laborales con la empresa afiliadora... Es erróneo negarle toda credibilidad a un testigo por razones de subordinación, estos son aspectos valorables de acuerdo a la forma en que la declaración sea rendida, además de consultar el sustento o respaldo en otros medios probatorios..." (*ibidem*); también cuando en relación con el testimonio de Omaira Narváez dice que "se tergiversa la información por ella suministrada, se limitan sus alcances, al negarle a esta testigo la posibilidad de captar los movimientos del vehículo sin la utilización de sus órganos de la visión..." (fl. 547); o en el momento que afirma un error de hecho "al apreciar en forma diversa su verdadero valor, la declaración de Víctor Obdulio Caro Herrera, al considerar que su ubicación en la buseta, le impedía observar los vehículos que en sentido contrario se desplazaban..." (*idem*).

En relación con este tema, se ha dicho con insistencia por la Sala que, mientras el examen crítico-probatorio del juzgador no tenga las trazas de una abierta irrazonabilidad, no es posible rediscutir el mérito probatorio en sede de casación, porque sería quebrantar caprichosamente la jurisdiccionalidad y carácter definitivo del fallo de segundo grado, particularmente asistido por una soberanía reglada en materia de apreciación probatoria, método cuya violación sólo aparece por lo inexistente o absurdo del examen judicial, en cuyo caso sí cabe el reproche por un error de hecho como falso juicio de identidad.

De otra parte, proclamar al final de este acápite que se violaron los artículos 249 y 333 del Código de Procedimiento Penal, que atañen al principio de imparcialidad o de la investigación integral, comporta un acercamiento inmotivado a la causal tercera de casación, porque, dejar de averiguar lo favorable o desfavorable al procesado, constituye una actitud odiosa que lesiona gravemente el debido proceso.

Es improcedente la objeción.

C. Tercer Cargo

En la primera parte de esta censura, la demandante se refiere a la violación directa, por interpretación errónea, de los artículos 5, 35, 37 y 329 del Código Penal, dado que en el caso examinado la culpa en el homicidio requeriría un actuar con negligencia, imprudencia, impericia o inobservancia de los reglamentos, órdenes y normas.

Basta la lectura de la presentación del cargo para captar la contrariedad en sus propios términos, porque el alegato de violación directa es incompatible con quejas inmediatas y ni siquiera marginales relacionadas con el aspecto fáctico demostrado por la judicatura o las pruebas que lo sustentan. Se nota esta incongruencia cuando la demanda reivindica las condiciones personales y la experiencia del procesado y otros datos probatorios, con el fin de pregonar que no hubo culpa en la realización de su conducta.

Para afirmar que no hubo imprudencia en el actuar del procesado, es necesario lógicamente recorrer primero un camino de demostración que sólo puede hacerse a través de las pruebas, y tal inquietud para nada tiene que ver con una mutación caprichosa del sentido de las normas citadas, que es lo que se invoca en la demanda.

La segunda parte de este cargo se refiere a una interpretación errónea del artículo 107 del Código Penal, porque, según lo entiende la censora, una vez constituida la parte civil dentro del proceso penal, corre a su cargo enteramente la demostración del monto de los perjuicios, máxime que en este caso la variación de la cuantía de los mismos se hizo en segunda instancia, sin oportunidad de controversia, y cuando ya existía un dictamen pericial inobjetado.

Se aduce, además, que la certificación sobre los ingresos que percibía la víctima, dato que dio lugar a la intensificación de la medida de los perjuicios por petición de la parte civil a la segunda instancia, fue aportada después del peritaje que ya estaba en firme.

Es importante destacar que la certificación sobre sueldos percibidos por la víctima no se introdujo sorpresivamente y sin remedio en este proceso, porque se aportó antes de la audiencia pública de juzgamiento y la oportunidad hacía suponer su conocimiento por todos los sujetos procesales (fl. 339). El juez de primera instancia cometió un error al hacer la liquidación de los perjuicios con base a un supuesto salario mínimo legal, sin parar mientes en el certificado oficial, pero el tribunal hizo justicia al introducir la respectiva modificación.

Ahora bien, es cierto que tal ajuste en el valor de los perjuicios sólo se hizo en segunda instancia, una vez detectado el error por la parte civil,

pero el derecho de contradicción en esas condiciones no sufría mengua alguna, ya que su garantía se evidencia por la controversia planteada sobre el tema en esta sede extraordinaria, sólo que frente a una certificación pública como la referenciada ni siquiera se ha insinuado su falsedad.

De otra parte, se recuerda que la interpretación errónea de una norma de derecho sustancial supone lógicamente que el precepto ha sido aplicado, aunque el fallador hubiese evadido su verdadero sentido, mas en este caso el tribunal ni siquiera hizo uso del artículo 107 del Código Penal, dado que contaba con todos los elementos de juicio suficientes para hacer la liquidación de los perjuicios, entre ellos, la certificación de salarios expedida por el empleador.

Finalmente, no puede olvidarse que, de conformidad con el artículo 55 del Código de Procedimiento Penal, una vez demostrada la existencia de los perjuicios, la liquidación de los mismos corresponde al juez, tarea para la cual "podrá disponer la intervención de un perito según la complejidad del asunto...". De modo que el experto en este caso, como en todas sus intervenciones que se tienen previstas en el proceso penal, se comporta como un auténtico auxiliar de la justicia, con más veras si su llamamiento está mediatizado por la discrecionalidad del funcionario judicial.

Por lo demás, el dictamen como cualquier otra prueba, no constituye un fin en sí mismo dentro del proceso, pues está sujeto a la posterior apreciación racional del juez y por ello no puede contener verdades reveladas, indiscutibles o inamovibles (C. P. P., art. 273).

Vale la pena aclarar, sólo por la apreciación equivocada que se asoma en una afirmación del Ministerio Público, que la vulneración de los principios de contradicción y lealtad en la formación y desenvolvimiento de la prueba, por tener incidencia directa en la validez y eficacia de la misma, no es asunto que pueda controvertirse por la vía de la nulidad sino por la causal primera, como violación indirecta de la ley sustancial por error de derecho, en la modalidad de falso juicio de legalidad, dado que la equivocación radical y última se sitúa en la estimación de lo inexistente.

Tampoco puede prosperar el cargo.

Por lo expuesto, en 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 de fecha, origen y naturaleza indicados en la motivación.

Cúmplase y devuélvase.

Jorge Enrique Córdoba Poveda, Fernando Arboleda Ripoll, Ricardo Calvete Rangel, Carlos Augusto Gálvez Argote, Jorge Aníbal Gómez Gallego, Edgar Lombana Trujillo, Carlos E. Mejía Escobar, Didimo Páez Velandia, no firmó; *Nilson Pinilla Pinilla*.

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

VIOLACION INDIRECTA DE LA LEY/ INTERDICCION DE DERECHOS Y FUNCIONES PUBLICAS

1. En el caso materia de estudio la discusión que plantea la demanda es de orden probatorio y pertenece, por tanto, al ámbito de la violación indirecta de la ley sustancial, no a la directa que precisa el actor, en la medida en que el reclamo se hace consistir en que el Tribunal no consideró "la condición personal y circunstancias" en que actuó la procesada. Es obvio que esas condición y circunstancias sólo pueden verterse al proceso a través de los medios de convicción legalmente autorizados y al no estudiarlos, el Tribunal habría omitido considerar la prueba en relación con ellas y que por ese motivo, constitutivo de error de hecho en la apreciación de la prueba, dedujo en cabeza de la mencionada acusada, la culpabilidad dolosa propia de los delitos contra la fe pública.

Confusión conceptual de tal naturaleza es suficiente para la desestimación del cargo, por razones de la lógica que en el orden técnico gobierna el recurso, pues la prueba no puede aceptarse y rechazarse simultáneamente y bajo el mismo punto de vista, y a la Corte no le es dado interpretar caprichosamente la demanda, en desconocimiento del principio de igualdad de las partes reconocido en la ley de procedimiento.

2. El fallador de la primera instancia impuso a la procesada (...) la pena accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas por el término de tres (3) años, cuando la pena de prisión deducida fue de seis (6) años, como responsable del concurso de delitos de Falsedad ideológica, tipificada en el artículo 219 del C. P., sin que en su revisión el Tribunal hubiera corregido el error.

A voces del artículo 52 del C.P., cuando la interdicción de derechos y funciones públicas tiene el carácter de pena accesoria, su duración es igual a la de la pena principal de prisión, siempre y cuando no sobrepase el límite de diez años establecido en el artículo 44 de la misma codificación.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Santafé de Bogotá, D.C., diciembre dos (2) de mil novecientos noventa y ocho (1998).

Magistrado Ponente: Dr. *Jorge Enrique Córdoba Poveda*

Proceso No. 12188

Aprobado Acta No. 185

Decide la Corte el recurso de casación incoado contra la sentencia del 26 de febrero de 1996 proferida respecto de diez (10) causas acumuladas, en la que el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cúcuta, con parcial modificación de la de primera instancia, condena a Víctor Julio Santander Peñaranda a la pena principal de nueve (9) años de prisión, multa de doscientos mil pesos e interdicción de derechos y funciones públicas por seis (6) años; también condena a Beatriz Mora De Alvarez a la pena principal de seis (6) años de prisión y a la accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas por tres (3) años, en calidad, el primero, de autor responsable del concurso de delitos de Peculado por apropiación en cuantía superior a quinientos mil pesos y de coautor, junto con la mencionada mujer, del concurso de delitos de Falsedad ideológica.

Hechos y Actuación Procesal

1. Por los años de 1982 y 1983, la Procuraduría General de la Nación adelantó indagaciones de su competencia en relación con hechos irregulares atribuidos a quienes por esa época se desempeñaron como Jefe de Auditoría Interna de la Administración de Impuestos Nacionales de Cúcuta en el área de Impuesto a las Ventas, Víctor Julio Santander Peñaranda y como Técnica Administrativa de la misma dependencia oficial, Beatriz Mora De Alvarez, pues se estableció que, el primero expidió resoluciones ordenando la devolución de impuesto de Ventas en elevadas cuantías, a supuestos establecimientos comerciales que adujeron haber efectuado pago de impuestos de exportaciones que nunca llevaron a cabo; mientras que la mujer, cumpliendo las comisiones impartidas por aquél fingió practicar las visitas tendientes a verificar el lleno de todos los requisitos necesarios para acceder a las peticiones y suscribió las actas correspondientes registrando en ellas datos irreales sobre la existencia y lugar de funcionamiento de las firmas beneficiadas, a pesar de que numerosas de esas "visitas" se efectuaron en la oficina particular del Contador público Luis Alfredo Bacca y bajo la supervisión permanente de este particular y de su inescrupuloso jefe.

2. Para investigar los hechos fueron abiertos numerosos procesos penales en diversos Juzgados de Cúcuta, los que se radicaron bajo los números 5333, 0137, 5334, 5337, 044, 0120, 0137, 2297, 230 y 047 y en todos los cuales fueron comprometidos en juicio mediante resolución de acusación uno o ambos sindicados mencionados, algunas veces junto con las personas particulares dueñas de las firmas a las que favorecieron con su ilícito proceder:

Caso a), Rad. 5333, Proceso matriz.- Los hechos punibles tuvieron ocurrencia en septiembre de 1982. Con resolución de acusación proferida el 28 de abril de 1992 se imputó a Santander Peñaranda el concurso de delitos de peculado por apropiación agravado y falsedad en documento público y a los particulares Saúl Suárez y Ricardo Camargo la complicidad en estos mismos hechos.

Considerando el Juzgado cognoscente de las causas acumuladas, el 3° Penal del Circuito de Cúcuta, que para cuando se calificó el mérito sumarial ya había prescrito la acción penal para los cómplices, así lo declaró y ordenó la cesación de procedimiento. (fls. 841 y ss. cd. 4 proceso matriz).

Caso b), Rad. 0137.- Acaecieron los hechos el 17 de noviembre y el 7 de diciembre, ambos de 1982. El mérito sumarial fue calificado con resolución de acusación del 5 de mayo de 1992, contra Santander Peñaranda por los delitos de falsedad ideológica y Peculado por apropiación.

Caso c), Rad. 5334. Hechos sucedidos el 10 de diciembre de 1982. Por resolución de acusación del 14 de mayo de 1992 se comprometió en juicio a Santander Peñaranda como autor del concurso de Peculado por apropiación agravado y Falsedad ideológica, y al particular Jairo A. Pabón como cómplice de los mismos delitos, respecto de quien la acción se declaró prescrita el 11 de octubre de 1994. (fls. 843 y ss. cd. 4 proceso matriz).

Caso d), Rad. 5337.- El compromiso penal en este asunto cobijó, según resolución de acusación del 5 de agosto de 1992, emanada de la Fiscalía Delegada ante el Tribunal, a Santander Peñaranda en calidad de autor del delito de Peculado agravado por apropiación y coautor de Falsedad ideológica, a Beatriz Mora De Alvarez como coautora de Falsedad ideológica, y, a los particulares Luis Alberto Merchán y Florinda Quiroz como coautores de estafa.

Bajo la consideración de inexistencia de este último hecho punible, el Juzgado del conocimiento ordenó la cesación de procedimiento en favor de los referidos particulares, en la misma providencia del 11 de octubre de 1994. (fl. 845 cd.4 proc. matriz).

Caso e), Rad. 044. Hechos sucedidos el 23 de marzo y el 27 de abril, ambos de 1982. La resolución de acusación fue dictada en este asunto el 12 de mayo de 1992 contra Santander Peñaranda como coautor de peculado agravado por apropiación y Falsedad ideológica, y, contra los particulares Jesús Castellanos, Ciro Alberto Peralta y Carlos Saul Montañez como coautores de la Falsedad y Estafa.

Bajo la consideración de haber prescrito las acciones penales antes de que se calificase el mérito sumarial, respecto de los dos últimos el mismo despacho judicial ordenó cesar procedimiento, extendiendo esta deter-

minación a Santander Peñaranda por Falsedad, en el mismo aludido auto del 11 de octubre de 1992 (fl. 847 cd. 4 proc. matriz).

Caso f), Rad. 0120).- Los hechos acontecieron el 11 de febrero y el 17 de marzo, ambos de 1982 y la resolución de acusación fue proferida el 25 de mayo de 1992, imputando a Santander Peñaranda la coautoría de los delitos de Falsedad ideológica y Peculado agravado por apropiación.

En la tantas veces referida providencia el Juzgado declaró la prescripción de la acción por el atentado contra la fe pública, bajo el criterio de que haberse operado antes de que se calificara el mérito sumarial.

Caso g), Rad. 0137 .- Los hechos atribuidos a Santander Peñaranda tuvieron ocurrencia el 17 de noviembre y el 7 de diciembre, ambos de 1982 y fueron calificados como Falsedad ideológica y Estafa en resolución de acusación del 5 de mayo de 1992.

Considerando el Juzgado del conocimiento que se trató de una tentativa de Estafa, ordenó la cesación de procedimiento respecto de este hecho, en la providencia del 11 de octubre de 1992, tantas veces mencionada (fls.849-850 cd. 4 proc. matriz), por estimar que la prescripción ocurrió antes de la calificación sumarial.

Caso h), Rad. 2297.- Tentativa de estafa y Falsedad ideológica fueron los cargos que se imputaron a Santander Peñaranda y, Falsedad ideológica a Beatriz Mora de Alvarez en este proceso, en el que la resolución de acusación, dictada en segunda instancia fue dictada el 23 de octubre de 1992.

En relación con el atentado contra el patrimonio económico el Juzgado declaró la prescripción de la acción y ordenó cesar el procedimiento, aduciendo que aquélla ocurrió antes de la calificación sumarial, en el conocido auto del 11 de octubre de 1992 (fls. 850-851 cd. 4 proc. matriz).

Caso i), Rad. 230.- En este asunto se acusó a Santander Peñaranda de Peculado agravado por apropiación y Falsedad ideológica en resolución dictada el 19 de mayo de 1992. Los delitos fueron cometidos el 7 de diciembre de 1981 y el 22 de enero de 1982, por lo que el Juzgado, considerando que la acción penal había prescrito antes del acto acusatorio, declaró el 11 de octubre de 1992 la prescripción en relación con el delito contra la fe pública.

Caso j), Rad. 047.- Aquí los hechos tuvieron ocurrencia el 28 de junio y el 30 de julio, ambos de 1982, y fueron calificados el 21 de mayo de 1992 como Falsedad ideológica y Peculado agravado por apropiación para Santander Peñaranda y como Falsedad en documento privado y Falsedad de particular en documento público y uso de documento público falso y Estafa para el particular José Jaime Gaviria, por lo que, advirtiendo como acaecida la prescripción de la acción antes de que se calificara el sumario

por Falsedad para el particular, y considerando inexistente el delito contra el patrimonio económico que también se le atribuyó, el Juzgado ordenó respecto de él la cesación de procedimiento (fls. 853-855 cd. 4 proc. matriz).

3. Transcurrida la etapa del juicio se dictó la sentencia de primera instancia, en la que se condenó a los dos ex-empleados oficiales acusados en los términos antes relacionados, pues al desatar la apelación el Tribunal Superior del Distrito únicamente modificó la cuantía de la multa impuesta a Santander Peñaranda.

4. Dentro del término legal, los defensores interpusieron el recurso de casación que ocupa la atención de la Sala.

Las Demandas

1. A Nombre de Victor Julio Santander Peñaranda

Aduciendo como causal de casación la 3a. del artículo 220 del C. de P.P., sostiene la defensa que el fallo del Tribunal se dictó en juicio viciado de nulidad por transgresión a las garantías de legalidad del proceso y del debido proceso.

Habiendo sucedido los hechos delictivos en el año de 1982, época en que se hallaba vigente el C. de P.P. de 1971 (D. 409 de 1971) que consagraba un sistema investigativo distinto del que contempla el actual C. de P.P. porque la instrucción corría por cuenta de los jueces de conocimiento o de los de instrucción comisionados, el proceso resultó afectado de nulidad porque, tanto en la etapa de la instrucción como en la del juicio intervinieron los Fiscales creados para el actual régimen procesal, en detrimento del acusado.

También se transgredieron estas garantías con la aplicación que realizó el Tribunal, del artículo 40 de la Ley 153 de 1887, porque la actual C. N. en ninguna parte autoriza esa aplicación legislativa, que al hacerse, resultó improcedente. Tampoco el principio de legalidad del proceso consagrado en el C. de P. P. contempla autorización para la aplicación de esa ley, por lo que, precisa:

"... se dio en la actuación procesal, en toda su extensión, la existencia de irregularidades sustanciales que afectaron el debido proceso, y por ende, como consecuencia natural, se violó el Derecho de Defensa, pues se hizo más difícil ésta, desconociendo de paso la favorabilidad".

Finalizando el discurso, solicita que la Corte case la sentencia y ordene:

"... que se reponga la actuación, obrando conforme al Decreto 409 de 1971, a partir del auto de cierre de la investigación, inclusive ...".

II. A nombre de Beatriz Mora de Alvarez.

Dos son las censuras contenidas en este escrito:

Primera. La sentencia es violatoria, en forma directa, de la ley sustancial, por falta de aplicación del artículo 40, numeral 4o. del C.P. y correlativa aplicación indebida del artículo 219 del mismo estatuto.

Considera el Casacionista, luego de dedicar extenso párrafo a transcribir apartes de un fallo de esta Corporación sobre el tema de la inculpabilidad, que la procesada actuó víctima de error por carecer de la capacidad de conocer la antijuridicidad de su comportamiento, en cuanto se trataba de una persona inepta para el cumplimiento de las funciones que le impuso su superior jerárquico por su falta de versación en materia contable y su pobre personalidad, que estuvo convencida de acoplar su actuar a la ley y al reglamento interno de la dependencia para la cual laboraba obedeciendo las instrucciones de aquél y en definitiva fue manipulada "como simple instrumento de colaboración o idiota útil" por Santander Peñaranda y el Contador Bacca Quintero.

Así la acusada incurrió en insuperable error de interpretación "de la situación fáctica y jurídica ... con absoluta ausencia de dolo y demostrada buena fe", más aún si se considera que la legislación referente al Contador público, es decir, la Ley 145 de 1960 y el Decreto 2821 de 1974, establecen que el Contador público habilitado, como lo era Bacca Quintero, está autorizado para dar fe de los libros y la contabilidad de una persona natural o jurídica "asimilándosele a funcionario público".

Precisa que el error en que incurrió su patrocinada fue "por lo menos" de carácter culposo por faltar al deber de cuidado, siendo esta circunstancia suficiente para predicar su inculpabilidad, porque la falsedad es hecho punible doloso.

Consecuente, solicita la casación parcial de la sentencia y se absuelva del cargo a su cliente.

Segunda. En subsidio, la defensa acusa el fallo de ser violatorio, también en forma directa, esta vez, del artículo 299 del C. de P.P., y de los artículos 61, 64, 65, 66 y 67 del C.P., por falta de aplicación.

Desde su primera versión en el proceso la acusada confesó haber realizado las visitas en sitios distintos a los que mencionaba en las actas y todas las demás irregularidades que determinaron su compromiso penal, con lo que facilitó, en criterio del censor, las investigaciones y se hizo acreedora a la rebaja de pena que el Tribunal omitió aplicar.

Así mismo, el Tribunal omitió las consideraciones en torno a la pobreza de la personalidad de la implicada, y a la naturaleza y modalidades de los hechos punibles, que de haber sido tenidos en cuenta habrían llevado a concluir que ella no requería tratamiento penitenciario y a una dosifica-

ción punitiva muy benigna, que rebajada en la proporción autorizada por confesión, la hacían merecedora al sustituto de la ejecución condicional de la pena.

Como corolario, solicita la casación parcial del fallo y el reconocimiento del subrogado en virtud de que la pena quedaría reducida a treinta y cinco meses de prisión.

El Ministerio Público

Adverso se muestra el señor Procurador Tercero Delegado en lo Penal, a la pretensión Casacional del defensor de Santander Peñaranda.

Encuentra inconsistente el reparo, advirtiendo la imposibilidad de revivir hoy las competencias de los funcionarios encargados de conocer de las distintas clases de delito atribuidas al procesado -falsedad y peculado; además considera carente de demostración el aducido vicio de procedimiento, más aún con el conjetural argumento de que la intervención del Fiscal que contempla la Ley actual de procedimiento es perjudicial a los intereses del acusado. Así mismo, es imprecisa, dice, la objeción, dice, al no señalar en cuál de los procesos acumulados se habría cometido la falla que aduce y al no tener en cuenta el tránsito que tuvo el C. de P. P. de 1987 en el proceso al cual se acumularon todos los demás levantados contra el implicado.

Recuerda, de otro lado, la imperativa vigencia inmediata de las normas de procedimiento y cómo en el caso en estudio, no habiéndose iniciado la audiencia pública para cuando entró a regir el Decreto 2700 de 1991, por disposición legal éste era el estatuto aplicable a la culminación del juicio. Finalmente, glosa con severidad el reparo en el aspecto de cuestionar la aplicación del artículo 40 de la Ley 153 de 1887 y tras aludir al carácter propio de las normas procesales sugiere la desestimación de la censura.

Ocupándose de la demanda presentada a nombre de Beatriz Mora de Alvarez advierte el funcionario que el primer cargo aparece sustentado contradictoriamente en relación con su enunciado porque aduciendo la violación directa de la ley sustancial rechaza y desconoce los supuestos probatorios atendidos en el fallo, transfiriendo el asunto al campo de la violación indirecta. Para reforzar su criterio desestimatorio de la demanda adelanta detenido examen de los argumentos del Casacionista, concluyendo que ni técnica ni sustancialmente el reparo puede prosperar.

Aludiendo al cargo segundo, observa que fue formulado como violación directa de la ley sustancial, no obstante que el Tribunal no aceptó la prueba de confesión de la acusada, de donde concluye que el reparo debió basarse en la violación indirecta, para que en la sede Casacional se enmendara el supuesto yerro en la apreciación de la indagatoria y se aplica-

ra la norma reclamada. Considera, abundando en razones, que la indagatoria en mención carece de condiciones para ser catalogada como confesión porque en definitiva, no aceptó en su totalidad los hechos y las circunstancias de los delitos por los que se le condenó.

Referente a la dosificación de la pena, estima también que debió formularse la censura como violación indirecta de la ley sustancial, y no como violación directa, demostrando que al evaluar las circunstancias a tener en cuenta hubo error en el correspondiente estudio probatorio. Recuerda además, que el artículo 61 del C.P. confiere discrecionalidad al fallador para sopesar las condicionantes de la pena y que para atacar el fallo en este aspecto se requiere la demostración de los errores cometidos por el funcionario, no siendo suficiente, por ende, como impugnación extraordinaria el simple desacuerdo con el criterio judicial al respecto.

Consideraciones de la Corte

Efectivamente, como lo sostiene en su concepto el Ministerio Público, ninguna de las demandas alcanza mérito para remover la sentencia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cúcuta, pues según en seguida se verá, no solo se apartan en su contexto de las bases técnicas que gobiernan el recurso extraordinario, sino que carecen de solidez en su fundamentación, esto, sin perjuicio de la parcial casación oficiosa que habrá de hacerse del fallo en relación, únicamente con la procesada Beatriz Mora De Alvarez, respecto de la dosificación de la pena accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas.

Las objeciones que conforman la demanda a nombre de Victor Julio Santander Peñaranda no pasan de ser mera especulación, si se tiene en cuenta, como aparece de bulto, que siendo diez (10) los procesos acumulados, en todos los cuales se acusa a este individuo, el escrito en comentario omite la precisión indispensable del asunto o los asuntos en los cuales pudieron haberse presentado las irregularidades que pregona. Esta falencia de por sí, resta seriedad a la impugnación.

Por otro lado, el escrito refleja un palmar desconocimiento por parte del distinguido profesional demandante, de básicos principios generales del derecho, específicamente de los relativos a la interpretación de la ley y a la sustanciación y ritualidad de los procesos, que en garantía de orden, de estabilidad y de seguridad jurídica aparecen consagrados en la Ley 153 de 1887, vacío este a partir del cual se formulan planteamientos dislocados, más tendientes a demorar la terminación del proceso que a desquiciar el fallo de las instancias.

No otra cosa puede pensarse de aducir violación del principio de legalidad cuestionando la competencia del instructor sin tener en cuenta los tránsitos legislativos acaecidos desde la comisión de los delitos en la temática procesal con gran incidencia en el aspecto de la competencia y sin

consultar la actuación procesal, según se infiere de factores tales como la enfatizada imprecisión, el silencio respecto del paso del C. de P. P. de 1987 bajo cuya égida se calificó el llamado proceso matriz -Rad. 5333- que por lo tanto no podía estar sujeto al régimen del reclamado Código de 1971, y, de la ninguna referencia a la fecha de iniciación de la audiencia pública, como hitos para un eventual estudio de la cuestión.

A lo anterior añádese el singular cuestionamiento de que la Constitución Nacional actual no contempla expresamente la vigencia de la Ley 153 de 1887, desconociendo que la finalidad de esa Codificación superior es establecer de manera general los principios y garantías que han de regir la colectividad sin otorgar vigencia expresa a codificaciones legales de ninguna índole, porque es a través de ellas que justamente encuentra su desarrollo.

En suma, lo que definitivamente refleja el contexto de la alegación, es una notable confusión que se materializa de manera insalvable al señalar la garantía supuestamente violada, pues que aparece denominada ya como legalidad del proceso, ora como debido proceso, también como derecho de defensa, o bien como favorabilidad, lo cual genera una situación que impide a la Corte conocer la causa concreta de la objeción y la incidencia de las aludidas supuestas fallas en la decisión de la cual se aparta el censor.

Bajo este presupuesto y porque la observancia del principio de limitación consagrado para el recurso de casación en el artículo 228 del C. de P.P., no permite a la Corte corregir los yerros de cualquiera índole que afecten la demanda, que en el caso en estudio son insalvables y numerosos, se desestimará el cargo que conforma la que es materia de atención.

Yerros de similar naturaleza, como se advirtió, impiden por igual el éxito de la demanda presentada a nombre de Beatriz Mora de Alvarez.

Los dos cargos que la configuran se hallan signados de insalvables yerros de técnica Casacional en la medida en que aparecen propuestos por una vía conceptual equivocada, acarreando, por tanto la anunciada desestimación, en efecto:

En el primero, el censor acusa el fallo de ser violatorio en forma directa, por falta de aplicación, del artículo 40, numeral 4o. del C.P., porque el Tribunal no reconoció que la procesada obró sin culpabilidad dolosa, debido a su incursión en el error doctrinariamente denominado de tipo, resultante de su pobre personalidad, su falta de versación en asuntos contables y la circunstancia de hallarse convencida de que obedeciendo las órdenes de su superior jerárquico cumplía con sus deberes funcionales.

Olvidó el Casacionista que cuando se aduce la violación directa de la ley sustancial, es indispensable la aceptación de los supuestos probatorios analizados por el fallador y sus conclusiones, porque el disenso se centra únicamente en la selección normativa sustancial, o en la interpre-

tación de ese precepto, respecto de las cuales ocurrió el yerro, bien por aplicación indebida, por falta de aplicación, o por errónea interpretación: y, que si la divergencia emerge de la adopción de una realidad probatoria distinta de la del fallo o estriba en la conclusión plasmada en éste al respecto, la clase de violación de la ley sustancial es la indirecta. Siendo en ambos casos esencial la demostración del error y de su incidencia en la sentencia acusada.

En el caso materia de estudio la discusión que plantea la demanda es de orden probatorio y pertenece, por tanto, al ámbito de la violación indirecta de la ley sustancial, no a la directa que precisa el actor, en la medida en que el reclamo se hace consistir en que el Tribunal no consideró "la condición personal y circunstancias" en que actuó la procesada. Es obvio que esas condición y circunstancias solo pueden verterse al proceso a través de los medios de convicción legalmente autorizados y al no estudiarlos, el Tribunal habría omitido considerar la prueba en relación con ellas y que por ese motivo, constitutivo de error de hecho en la apreciación de la prueba, dedujo en cabeza de la mencionada acusada, la culpabilidad dolosa propia de los delitos contra la fe pública.

Confusión conceptual de tal naturaleza es suficiente para la desestimación del cargo, por razones de la lógica que en el orden técnico gobierna el recurso, pues la prueba no puede aceptarse y rechazarse simultáneamente y bajo el mismo punto de vista, y a la Corte no le es dado interpretar caprichosamente la demanda, en desconocimiento del principio de igualdad de las partes reconocido en la ley de procedimiento.

Pero es que tampoco por lo intrínseco del reclamo -y haciendo caso omiso del aspecto técnico destacado- este tendría éxito, pues el aducido error de hecho en relación con la personalidad y motivaciones de la procesada para delinquir no fue cometido en la sentencia, dado que justamente a ellas se refirió en la parte motiva. Basta observar cómo al folio 119 del cuaderno del Tribunal se puntualiza:

"De otra parte, a pesar de que Beatriz .... quiere posar de ingenua, es claro que por su experiencia en el cargo y en otros que había desempeñado en la Administración ..., debía saber que ... era preciso notificar personalmente al contribuyente y, si no se podía después de hacer lo humanamente indispensable, se pasaba el informe correspondiente, para proceder a negar la devolución. No hizo esto, sino que además pretende no haber detectado la irregularidad ..., también aparentemente pareció no sospechar que al realizarse todas las visitas donde los Contadores ... se estaba vulnerando todo el procedimiento".

Mientras que al folio 140, aludiendo previamente a la conducta de otro de los empleados de la Administración de Impuestos y comparando su actitud con la de la procesada, dijo:

"Actitud ésta contraria a la asumida por Beatriz ... quien, si como ella pretende justificarse, no tenía ilustración o capacidad para realizar la visita especial, con mayor razón debió negarse a realizarla. Pero es que no es menester mayor sabiduría para entender que si la visita se legalizaba mediante un auto comisorio ... era obvio que el texto de tal auto era la clave legal de la visita ...".

Frente a la deficitaria situación del reparo, lo imperativo es pues, su desestimación.

Idéntica situación a la anterior, se presenta en relación con el cargo segundo, introducido como subsidiario.

En este, el Casacionista acusa la sentencia también de ser violatoria en forma directa, esta vez del artículo 299 del C. de P. P. y de los artículos 61 y 64 a 67 del C. P. y al efecto asegura que su patrocinada confesó los delitos de los cuales se la acusó procesalmente pero que el Tribunal "hizo caso omiso de tal confesión" y que por su personalidad, no merecedora de ser privada de la libertad, es acreedora del subrogado de la ejecución condicional de la pena.

Pues bien, la misma falla que llevó a la desestimación del primer reparo afecta a éste, porque la clase de violación aducida imponía al Casacionista aceptar el aspecto probatorio considerado en la sentencia. Al afirmar que el Tribunal omitió tener en cuenta esa prueba, le está endilgando un error de hecho por falso juicio de existencia, que debió tratar a través de la violación indirecta de la ley sustancial. Sustentada la censura en los términos aludidos, desconoció los parámetros técnico-lógicos de la demanda de casación.

También los desconoció al afirmar que el fallador hizo "caso omiso de la personalidad de la procesada, de la naturaleza y modalidades del hecho punible", pues nuevamente ingresa al campo de la discusión probatoria, además de que, falta a la objetividad ya que, según lo revelan los apartes transcritos del análisis que adelantó el Tribunal sobre la conducta de su procurada, esos factores fueron examinados para la formulación del juicio de responsabilidad y por esa vía, para la sumatoria punitiva.

No prospera el cargo.

Por lo demás, no pasa desapercibido a la Corte, el equívoco del señor Juez Tercero Penal del Circuito de Cúcuta, al declarar, cuando aún no se había operado, en el auto del 11 de octubre de 1994 (fls. 841 y ss.cd. 4 matriz) la prescripción de las acciones penales seguidas en los procesos números 044, 0120 y 230 por los delitos de falsedad ideológica (artículo 219 C. P.), -penalizada con una sanción máxima de diez años de prisión- contra Víctor Julio Santander Peñaranda, sin tener en cuenta que tratándose de un empleado oficial, el término para la ocurrencia de ese fenómeno

jurídico de acuerdo a lo previsto en el artículo 82 del C.P. "se aumentará en una tercera parte".

DE LA CASACIÓN OFICIOSA

El fallador de la primera instancia impuso a la procesada Beatriz Mora de Alvarez la pena accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas por el término de tres (3) años, cuando la pena de prisión deducida fue de seis (6) años, como responsable del concurso de delitos de Falsedad Ideológica, tipificada en el artículo 219 del C. P., sin que en su revisión el Tribunal hubiera corregido el error.

A voces del artículo 52 del C.P., cuando la interdicción de derechos y funciones públicas tiene el carácter de pena accesoria, su duración es igual a la de la pena principal de prisión, siempre y cuando no sobrepase el límite de diez años establecido en el artículo 44 de la misma codificación.

Significa lo anterior, que la pena accesoria en referencia, para la señora Mora de Alvarez, no podía, por imperativo legal, ser inferior al lapso de su pena principal, esto es, seis 6) años. No hallándose bajo la discrecionalidad otorgada al Juez para la tasación punitiva esta clase de sanción, fuerza es reconocer la transgresión a la garantía de la legalidad del proceso a través del desconocimiento de la legalidad de la pena, como irregularidad que debe ser enmendada en esta sede extraordinaria, en atención a lo previsto en los artículos 228 y 219-1 del C. de P.P..

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

RESUELVE:

1. DESESTIMAR LAS DEMANDAS DE CASACIÓN presentadas en este proceso.

2. CASAR PARCIALMENTE Y DE OFICIO la sentencia recurrida, en el sentido de disponer que la pena accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas que corresponde purgar a la sentenciada Beatriz Mora De Alvarez, es de seis (6) años; en lo restante, queda sin modificaciones el fallo impugnado.

En firme, DEVUELVASE el expediente a la oficina de origen.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Jorge Enrique Córdoba Poveda, Fernando Arboleda Ripoll, Ricardo Calvete Rangel, Carlos Augusto Gálvez Argote, Jorge Aníbal Gómez Gallego, Edgar Lombana Trujillo, Carlos E. Mejía Escobar, Didimo Páez Velandia, no firmó; *Nilson Pinilla Pinilla*.

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

DEMANDA DE CASACIÓN / DEFENSA TECNICA

Como de manera acertada lo destaca la Delegada en su Concepto, la Jurisprudencia ha sido prolija en señalar que todas las causales de casación poseen su propia autoriamía, obedecen a fenómenos lógico-jurídicos distintos, y traen consecuencias diversas para el proceso, de modo que de no seleccionarse adecuadamente frente al desacierto del fallador tildicando qué se busca poner de presente en la demanda, o incumplirse el deber estricto de realizar un raciocinio acorde con la naturaleza y alcance del motivo aducido, ha de entender el juez de casación que se halla en frente de un alegato que debió surtirse en las instancias, en donde la informalidad en la presentación de los argumentos contra las decisiones judiciales es su rasgo más sobresaliente, no ante una demanda de casación, sometida al cumplimiento de precisos requisitos de forma y contenido.

De esta suerte, cuando el actor aduce la causal tercera de casación, es de su cargo señalar, de una parte, que en el trámite del proceso se incurrió en una irregularidad de carácter sustancial, de tal entidad que socavó las bases fundamentales de la investigación o el juzgamiento, o que se presentó violación del derecho de defensa u otra garantía fundamental, o que los funcionarios judiciales carecían de competencia para conocer del asunto; y, de otra, de qué manera el defecto denunciado repercutió de modo negativo en el proferimiento del fallo cuya invalidación se persigue.

Esto para indicar que al estar amparado el fallo de segundo grado de la doble presunción de acierto y legalidad, y ser la casación el recurso extremo y extraordinario para desvirtuarla, el demandante se halla obligado no solamente a exponer su raciocinio de manera lógica y ordenada, sino a respetar en su discurso el contenido y alcance de la causal que aduce en apoyo de su pretensión invalidatoria.

También corresponde a la realidad procesal, como se alude en la demanda, que (...) rindió dos diligencias de versión ante la Sección de Policía Judicial e Investigación, en las cuales estuvo asistido de personas que no ostentaban la calidad de ser abogados titulados, pero ello, como atinadamente lo destaca el Procurador, no comporta ningu-

na clase de irregularidad, de una parte, porque el imputado manifestó no tener defensor a quien nombrar, y, de otra, en esa época la asistencia para dicha diligencia podía ser confiada a "cualquier ciudadano honorable siempre que no sea empleado público", conforme estaba dispuesto en el artículo 139 del Decreto 050 de 1987 por entonces vigente, de donde surge que no existe motivo válido para demandar su invalidación.

Pero, aun si se admitiera que pudo haberse presentado alguna clase de irregularidad en las citadas diligencias, no puede ser la causal tercera de casación la adecuada para denunciar su existencia, pues un desacierto de esta factura sólo podría encontrar apoyo al amparo de la causal primera de casación por violación indirecta de la ley sustancial, por haber otorgado el fallador valor probatorio a un medio de prueba incorporado al proceso con transgresión de las formalidades prescritas para su aducción, desacierto que hace patente la particular manera del demandante de concebir el instituto al cual acude.

Este mismo predicamento resulta enteramente válido, para responder la inquietud propuesta por el Casacionista, en el sentido de haberse fundado el fallo en los informes suscritos por los miembros de la Policía Nacional, sin que, a su criterio, se hubiere tenido en cuenta la necesidad de haberlos rendido bajo juramento, pues al estar referida la censura a la validez de un medio de prueba, el camino correcto no puede ser al amparo de la causal tercera de casación, sino de la primera como ya ha sido expuesto.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Santa Fe de Bogotá, D.C., dos de diciembre de mil novecientos noventa y ocho.

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

Proceso No. 12880

Aprobado acta No. 185

Resuelve: la Corte el recurso extraordinario de casación interpuesto contra la sentencia de diciembre veintinueve de mil novecientos noventa y cinco, mediante la cual el Tribunal Nacional condenó a los procesados Víctor Hugo Gil Calle y Víctor Hugo Calle Henao por el concurso de delitos de infracción al artículo 12 del Decreto 180 de 1988 (empleo o lanzamiento de sustancias u objetos peligrosos), homicidio y lesiones personales.

HECHOS Y ACTUACIÓN PROCESAL

Aproximadamente a las cinco y treinta minutos de la tarde del siete de junio de mil novecientos noventa, en los camiones de la Policía Nacional identificados con los números 01264 y 02855, se transportaban un oficial, dos suboficiales y diecinueve agentes, pertenecientes al Grupo Escorpión

del Comando Especial Conjunto, los cuales se dirigían hacia la ciudad de Medellín luego de cumplir actividades propias del servicio sobre la vía que de esa ciudad conduce a Bogotá.

Según se consignó en el informe suscrito por el Subteniente Juan Carlos Hernández Roldán, Comandante de la Compañía de uniformados (fl. 13 copias), al haber observado que sobre el citado trayecto, en un estadero ubicado en el sitio "El Retiro" se hallaban tres sujetos y una moto de color rojo, y que posteriormente unos tres kilómetros adelante uno de ellos, quien se movilizaba en una motocicleta de similares características a las referidas, alcanzó y sobrepasó los automotores de la policía, y que cinco kilómetros después fue observado desplazándose a alta velocidad en sentido contrario, ordenó como medida de seguridad reducir la velocidad y guardar prudente distancia entre los camiones.

Al pasar el convoy por el sitio El Salado de la Vereda Carrizales, comprensión del Municipio El Retiro (Ant.), en una humilde vivienda ubicada al borde de la carretera, hizo explosión un artefacto compuesto por aproximadamente cincuenta kilos de dinamita, ocasionando daños materiales a varias casas ubicadas por cercanías del sector, los dos vehículos de la policía y el bus de placas TO 1276 afiliado a la Empresa Transportes Unidos de La Ceja que cruzaba en ese instante.

En el hecho perdieron la vida los niños Nelson Alexánder Vásquez y Felipe Botero, y resultaron heridos, entre otras personas, la menor Paula Andrea Romero Vásquez y el señor Jesús Cardona Jurado, a quienes se le dictaminó diez y siete días de incapacidad, respectivamente -fls. 55 y 218-1-, todos ellos residentes en el sector.

Ante el informe radiotelefónico sobre lo ocurrido suministrado por los uniformados, en el cual además se dio cuenta sobre las características del individuo que se desplazaba en motocicleta, momentos más tarde miembros de la policía adscritos al Centro de Atención Inmediata "Los Sauces", capturaron a Víctor Hugo Gil Calle, retuvieron la moto Yamaha de color rojo, identificada con las placas GWG97 en la cual se movilizaba, y encontraron en su poder varias tarjetas con números telefónicos, entre otros elementos.

El Juzgado Promiscuo Municipal de El Retiro, autoridad que asumió el inmediato conocimiento del asunto, practicó inspección judicial al lugar de los hechos, realizó el levantamiento del cadáver del menor Nelson Alexánder Vásquez, y recibió las declaraciones de los lesionados Paula Andrea Romero Vásquez y Jesús Cardona Jurado, así como de algunos residentes en el lugar de los hechos, los cuales coincidieron en referir que la vivienda, donde explotó el artefacto, era de propiedad del señor Fabio de Jesús Jaramillo Patiño, quien pocos días antes la había vendido de contado por la suma de siete millones de pesos, a un personaje que se hacía

llamar Carlos Herrera Espinosa y que allí permanecía un sujeto que hacía las veces de celador.

Entre estos testimonios, se destaca el de la menor Paula Andrea Romero Vasquez (fl. 61-1-), quien refirió que la casa donde explotó la bomba era custodiada por un señor "gordo, grande, blanco, de pelo crespo y negro, de nariz como la de usted (narigón), de ojos café, se ponía camisa azul y pantalón negro, de boca grande, tenía pelos en la boca, o sea que tenía mucho bozo"; "yo no se como se llamaba ese señor pero era un trabajador que arreglaba cosas adentro, hacía en la cocina, tendía la cama".

Que la tarde de los hechos se encontraba jugando en frente de esa casa con su hermano Nelson Alexánder Vásquez y Felipe Botero, cuando al sitio llegó un señor en una moto roja de la cual no se bajó, y enseguida se devolvió por donde venía, y una vez pasaron los policías explotó la bomba.

Con ocasión del procedimiento adelantado por la policía, también fueron capturados José Augusto Henao Mejía, Carlos Arturo Gómez Pereañez y César Tulio Sierra Henao.

El nueve de junio de mil novecientos noventa, ante la Sección de Policía Judicial e Investigación de Medellín, con unas pocas horas de intervalo el capturado Victor Hugo Gil Calle rindió dos diligencias de versión: La primera (fl. 14), para la cual se designó como su defensor al señor Naut Santamaría Restrepo, en la que aceptó haber estado montando en motocicleta por la vía transitada por la policía, haber adelantado los vehículos en que se transportaban los uniformados y devuelto con el propósito de surtirse de gasolina, negando de esta manera cualquier participación en los hechos. La segunda (fl. 15), esta vez asistido por el señor Guillermo León Vélez Cardona, apoderado designado de oficio, comentó haber conocido a un sujeto a quien identifica con el alias "El Chino", con quien coordinó la realización del atentado dinamitero contra el Cuerpo Elite de la Policía, el cual se llevaría a cabo una vez le diera la señal cuando pasaran los policías por ese lugar. La tarde de los hechos, una vez divisó los camiones policiales, prendió su moto y se trasladó hacia el sitio donde "El Chino" estaba listo con los explosivos y le dijo que ya venían los camiones y abandonó el lugar. Los siguientes son los términos de su intervención:

"Estando por mi casa hablé con un tipo que le dicen El Chino, era de unos 22 años, moreno, estatura media, vestido de camisa gris, blue jean y tenis, iba en una moto 125 sport negra, no le se las placas, hablamos a la vuelta de mi casa él pasaba y me encontraba en la esquina sentado esperando que el mecánico me cuadrara la moto, él me dijo que si íbamos a Llanogrande por los lados de La Ceja, me dijo que subiéramos a Llanogrande, yo lo conocí hace por ahí cuatro o cinco meses como espectadores de una carrera de motos, él es como muy aficionado a eso a ver el motociclismo o las carreras y como yo soy corredor de motos éste se acercaba a mí y hablamos temas relacionados con

el motociclismo y fue así como hablando más confianza entre los dos, el día miércoles seis, en horas de la tarde estuvimos hablando y me comentó que lo acompañara a Llanogrande ya que él tenía o sabía que por este sitio normalmente estaban haciendo retén los policías del grupo Elite, fue así como ese mismo día nos trasladamos por el lado de llanogrande cada uno en las respectivas motos, mas exactamente a las últimas partidas para La ceja, pero ese día no vimos policías del élite que estuvieran por ese lado, asimismo yo coordiné con él y quedamos de que al otro día por la tarde yo me debía hacer en ese sitio para poder realizar el atentado a los policías del élite, una vez yo diera la señal. Al día siguiente, él arrimó por mi al colegio como a las 12:15 horas y me dijo listo subamos pues al sitio que yo le dije, ah, recuerdo que este tipo me ofreció una liguila, es decir que me daba dinero, pero no me dijo cuanto exactamente, también me dijo que lo que iban a hacer no era difícil, ni peligroso; fue así como salimos para el sitio del acontecimiento, es decir donde se llevaría a cabo el atentado, llegamos al sitio antes indicado por ahí faltando un cuarto o diez minutos para la una de la tarde y desde esa hora estuvimos pendientes hasta que pasaron los policías élites, es decir en ese tiempo yo me iba y me tomaba una gaseosa, almorcé en uno de los negocios que quedan por ahí, ah también recuerdo que él me dijo que yo no tenía que encender la mecha, ni nada del explosivo, ya que éste era el que lo iba a accionar y que tranquilo que no me pusiera nervioso que no me pasaría nada, ahí fue cuando quedamos que yo le daría la señal, cuando pasaran los policías del Elite, también recuerdo que respecto a la liga o dinero que me iba a dar, me lo daba después de que hiciéramos la vaina contra la policía, fue así como le recordé que no me fuera a quedar mal con la plata que me iba a dar, que se acordara de mí, dándole a entender que las cosas no se hacían gratis. después de volver a hablar esto quedamos en que yo le avisaba mejor cuando pasaran los camiones para yo no involucrarme en eso y fue así como a las cinco y veinte más o menos, divisé los camiones prendí la moto de mi propiedad y me trasladé al sitio donde estaba listo mi amigo el que le dicen El Chino con el explosivo y le dije ahí vienen los dos camiones, es decir me referí a los camiones del Elite, ahí fue cuando el hombre me dijo ábrase o váyase de aquí, que yo después lo busco para la liga".

Asumido el conocimiento del asunto por el Juzgado Sexto de Orden Público, con sede en la ciudad de Medellín, el diecinueve de junio de mil novecientos noventa abrió la investigación (fl. 24) y vinculó mediante indagatoria a los capturados José Augusto Henao Mejía (fl. 72), Víctor Hugo Gil Calle (fl. 76), César Tulio Sierra Henao (fl. 80) y Carlos Arturo Gómez Pereañez (fl. 83).

En dicha diligencia, Víctor Hugo Gil Calle quien contó con la asistencia de un profesional del derecho contratado particularmente, dijo que el día de los hechos estaba entrenando en su motocicleta por los sectores de El

Retiro, Llanogrande y Las Palmas, en donde, luego de haber dialogado con unos amigos a quienes se encontró en el sitio "Pakita", estuvo hasta cerca de las cinco y diez minutos de la tarde. Recuerda igualmente haber visto en su trayecto dos camiones de la policía, los cuales adelantó, y posteriormente se encontró con un muchacho a quien le dicen "El Chino", al cual había conocido con ocasión de las competencias motociclísticas, quien lo interrogó sobre si había visto policía por el lugar, y le respondió "que lo único que había visto por ahí eran dos camiones de policías", luego siguió entrenando, surtió de gasolina la moto y se devolvió por la misma vía hasta donde fue capturado.

Aclaró que los días anteriores al atentado terrorista, aproximadamente a la misma hora, estuvo montando en motocicleta por el lugar donde ocurrieron los hechos, y que evidentemente la tarde del insuceso "me tuvieron que haber visto en el sitio donde explotó eso, porque ahí fue donde me encontré con el muchacho ese, con El Chino".

Cuando se le interrogó sobre el contenido de la diligencia de versión rendida ante las autoridades de policía judicial, afirmó "yo lo que dije fue lo que dije ahora, que él me había preguntado que si había visto ley por ahí y yo le dije que dos carros de la policía, no es cierto eso de la señal, yo no sabía que él iba a hacer una cosa de esas".

Mediante providencia del diez de julio de mil novecientos noventa, el Juzgado Sexto de Orden Público resolvió la situación jurídica de los procesados, con medida de aseguramiento de detención preventiva Contra Víctor Hugo Gil Calle, a quien le imputó la realización de los tipos penales de terrorismo, homicidio agravado, lesiones personales y daño en bien ajeno, definidos por los artículos 1o. del Decreto 180 de 1988, 323, 324-4, 331, 332 y 370 del Código Penal; se abstuvo de proferirla en relación con José Augusto Henao Mejía, Cesar Tulio Sierra Henao y Carlos Arturo Gómez Pereañez, al tiempo que ordenó la captura de Víctor Hugo Calle Henao (fl. 137), quien posteriormente fue emplazado mediante edicto (fl. 210), declarado persona ausente (fl. 211) y afectado con medida de aseguramiento de detención preventiva por los delitos de terrorismo, homicidio agravado, lesiones personales y daño en bien ajeno (fl. 229).

Del proceso también hacen parte los testimonios de Clara Inés Gómez Quintero (fl. 86), Luis Gildardo Palacio Builrago (fl. 88), Carlos Alberto Acevedo (agente), (fl. 89 vto.), María de Jesús Restrepo (fl. 90 vto.), Martha Lucía Hernández Chaverra (92), Nelson Darío Jaramillo (fl. 93 Vto.), Raúl Botero Sánchez (fl. 94 vto.), Diana Gladys Londoño Jaramillo (fl. 96), Marco Antonio Restrepo Vargas (fl. 97 vto.), María Eugenia Restrepo Jaramillo (fl. 99 vto.), Beatriz Elena Tangarife Restrepo (fl. 101), Hernán Darío Gallego Cárdona (fl. 103), El Agente de Policía José Martínez Martínez (fl. 104), Jorge Perez Uribe (fl. 105), Pedro Zuluaga (fl. 106), Oscar Hugo Flórez Londoño (fl. 107), Blanca Ruby Quintero Correa (fl. 108), Jorge Hernando

Botero García (fl. 110), Blanca Nancy Correa Vanegas (fl. 122), Marco Vinicio Uribe Toro (fl. 161), María Elena Calle Vélez (fl. 162 vto.), Sandra Elena López Herrera (fl. 172), Clara Inés Grisales Vargas (fl. 173 vto.), Alfonso León Hincapié Botero (fl. 175), Luz Aide Monsalve (fl. 177 vto.), Ovidio de Jesús Ospina Vargas (fl. 401-2) y Carlos Alberto Acevedo Londoño (fl. 403-2).

Cerrada la investigación por un Juzgado de Instrucción de Orden Público de Medellín, al cual correspondió proseguir el trámite del asunto por competencia (fl. 236), el trece de junio de mil novecientos noventa y uno calificó el mérito probatorio del sumario con resolución de acusación contra Víctor Hugo Gil Calle y Víctor Hugo Calle Henao "como autores materiales del delito descrito en el artículo 10 del Decreto 180 de 1988, inciso primero y segundo" (Disparo de arma de fuego y empleo de explosivos contra vehículos), ordenó la reapertura de la investigación respecto de José Augusto Henao Mejía y cesó todo procedimiento en favor de César Tulio Sierra Henao y Carlos Gómez Pereañez (fl. 260).

El juicio correspondió tramitarlo inicialmente a un Juzgado de Conocimiento de Orden Público de Medellín, autoridad que en ejercicio de la facultad contenida en el artículo 501 del Decreto 050 de 1987, modificado por el artículo 32 del Decreto Ley 1861 de 1989, mediante proveído de veintinueve de noviembre de mil novecientos noventa y uno, varió la calificación provisional de la conducta imputada a los enjuiciados, "en el sentido que la resolución de acusación proferida a los señores Víctor Hugo Gil Calle y Víctor Hugo Calle Henao, no es por la violación al art. 10 del Decreto 180 -88, sino por el art. 12 del mismo decreto (convertido en legislación permanente por el Decreto 2266 de 1991, aclara la Corte) en concurso con el doble homicidio de que trata el libro II, Título XIII, Capítulo I del C. P., también de las lesiones personales del Libro II. Título XIV, Capítulo VIII" (fl. 280), decisión que fue mantenida al resolverse los recursos de reposición (fl. 292), y apelación (fl. 66 cno. Tribunal Nacional).

Rituada la etapa de la causa por un Juzgado Regional de Medellín, al cual correspondió proseguir con el trámite, mediante sentencia proferida el once de julio de mil novecientos noventa y cinco, absolvió a los procesados Víctor Hugo Calle Henao y Víctor Hugo Gil Calle de los cargos formulados en el pliego enjuiciatorio (fls. 637-2).

Al revisar esta decisión por vía del grado jurisdiccional de consulta, el Tribunal Nacional mediante fallo proferido el veintinueve de diciembre de mil novecientos noventa y cinco, la revocó parcialmente y en su lugar condenó a Víctor Hugo Gil Calle y Víctor Hugo Calle Henao a las penas principales de treinta (30) años de prisión y multa equivalente a ochenta (80) salarios mínimos legales mensuales, y la accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas por el término de diez años, por encontrarlos penalmente responsables del delito contemplado en el artículo 12 del De-

creto 180 de 1988 (empleo o lanzamiento de sustancias u objetos peligrosos), en concurso con homicidio y lesiones personales; los condenó al pago solidario del equivalente a mil ochocientos gramos oro en favor de Luz Alba Vásquez Agudelo y otro tanto en favor de Beatriz Elena Botero García, por concepto de perjuicios morales y materiales ocasionados por la muerte de los menores Nelson Alexánder Vasquez y Felipe Botero; y los condenó a pagar a cada uno de los lesionados Paula Andrea Romero Vásquez y Jesus Cardona Jurado, el equivalente a ciento cincuenta gramos oro por concepto de los perjuicios morales y materiales a ellos ocasionados con el ilícito, al tiempo que confirmó la absolución por el delito de daño en bien ajeno (fls. 83 y ss. cno. Tribunal).

En oportunidad, el defensor de los Procesados Víctor Hugo Gil Calle y Víctor Hugo Calle Henao, interpuso recurso extraordinario de casación, el cual fue concedido por el *ad quem* (fls. 121 y 161), y, dentro del término legal, el abogado de Gil Calle presentó la correspondiente demanda de casación, en tanto no hizo lo mismo el defensor de Calle Henao, cuyo recurso fue declarado desierto por el Tribunal (fl. 170).

La Demanda

Con fundamento en las causales tercera y primera de casación, el demandante acusa el fallo de haber sido proferido en un juicio viciado de nulidad, por existir irregularidades sustanciales que afectan el debido proceso y por haber incurrido el juzgador en violación indirecta de la ley sustancial, por errores de hecho en la apreciación y valoración de la prueba, así:

Cargo Primero. Nulidad

Aduce al respecto que las irregularidades procesales que denuncia, las cuales determinan la invalidación de lo actuado, son las siguientes:

- No obstante el procesado Victor Hugo Gil Calle haber sido capturado el 7 de junio de 1990, solamente hasta el 19 siguiente vino a ser puesto a disposición del Juzgado de Orden Público, no sin antes haber sido sometido a dos diligencias de versión ante la Policía Nacional, sin que al efecto se le hubiere enterado de sus derechos, y sin haber estado asistido por abogado en dichas diligencias.

- En la diligencia de indagatoria rendida el 21 de junio la funcionaria dejo constancia de que "tiene una cicatriz de las esposas en la muñeca, y junto al codo del brazo derecho una cicatrices como de quemao o aporriones" (sic), de lo cual el actor "infiere" que fue maltratado y "presumiblemente" torturado, por los miembros de la policía que le dieron captura y adelantaron irregularmente las diligencias preliminares de investigación, lo que "constituye un evidente y grave atentado no sólo contra el debido proceso y el derecho de defensa, sino contra la propia dignidad humana".

- También constituye violación al debido proceso el hecho de no haber sido rendidos bajo juramento los informes suscritos por los miembros de la policía sobre la captura de varias personas, entre ellas su asistido, ni haber comparecido los oficiales a ratificarse, lo cual genera violación a los artículos 279 y 316 del Código de Procedimiento Penal.

Al no haber rendido los informes bajo juramento, sostiene, procedía haberlos escuchado en declaración, lo cual no se hizo, no obstante, a tales documentos se aludió reiteradamente en los fundamentos del fallo como pruebas determinantes de la responsabilidad del procesado Gil Calle.

- No se practicó diligencia de reconocimiento en fila de personas, sin tener en cuenta que "las más elementales previsiones investigativas hacían recomendable y necesaria, por cuanto se trataba de miembros de la Fuerza Pública, afectados y posibles testigos, que afirmaban haber identificado o estar en capacidad de identificar al autor o autores de los hechos", con lo cual se inobservó el contenido del artículo 367 del Código de Procedimiento Penal y, con ello, se violó el debido proceso.

- Existen "otras gravísimas irregularidades de la investigación que aparecen reseñadas en ilustrado alegato de conclusión" presentado por el anterior defensor, las cuales "podrán ser examinadas por la H. Sala de Casación de la Corte en virtud de la potestad oficiosa que le asiste frente a la causal de que se trata".

- La irregularidad más grave, atentatoria del debido proceso según indica, es el hecho de haber variado el Juzgado de Conocimiento la calificación jurídica de la conducta, pues si bien es cierto el artículo 501 del Código de Procedimiento Penal vigente para la época, permitía hacerlo, no se tuvo en cuenta que era ley más favorable a los intereses del procesado el contenido del artículo 10 del Decreto 180 de 1988, no solamente por comprender todas las conductas imputadas, sino porque el *quantum* de la pena sería menor frente al concurso del artículo 12 del mismo estatuto, con los de homicidio, lesiones personales y daño en bien ajeno.

- En la providencia mediante la cual el Juzgado de conocimiento introdujo la variación a la calificación jurídica de la conducta, no se analizó el grado de participación de los procesados en el hecho, si como autor, cómplice o encubridor, como tampoco la clase de homicidio y lesiones, si eran simples o agravados, dolosos o culposos, máxime si ello no se incluía en el contexto del artículo 12 del Decreto 180 de 1988, lo cual era necesario precisar dado que "era por lo menos posible la discusión en el sentido de si pudiera tratarse de homicidios y lesiones personales culposos, teniendo en cuenta que el presunto acto terrorista había afectado a terceras personas que no eran propiamente su objetivo".

- Insiste en sostener que la norma aplicable al evento imputado, es el artículo 10 del Decreto 180 de 1980, no el artículo 12 ejusdem por el cual

se irrogó condena, porque según la propia relación de los hechos que contiene la sentencia atacada, y las consideraciones formuladas por el Juzgado de Orden Público, al calificarse el sumario no hubo inadecuada calificación jurídica de la conducta, con lo cual se violó el artículo 29 de la Constitución Nacional, "en cuanto que bajo el rótulo de una discusión de competencias se echó por tierra una calificación que resultaba no sólo más jurídica frente a la hipótesis delictiva de que se trata, sino más favorable para los intereses jurídicos de los procesados".

Con fundamento en este reproche, solicita de la corte Casar la sentencia impugnada, y declarar la nulidad de la actuación a partir del auto mediante el cual se cerró la investigación.

Cargo Segundo. Violación Indirecta de la Ley.

Luego de transcribir algunos apartes del fallo censurado, referidos a la prueba en la cual se sustentó la decisión de condena, anuncia advertir el censor a simple vista "que ninguna de las pruebas enunciadas acredita la participación activa del procesado en el hecho, ni precisa su condición de autor, cómplice o encubridor del mismo, pero mucho menos la relación de causalidad como presupuesto del juicio de culpabilidad".

En el capítulo que denomina "demostración del segundo cargo", alude que el fallador incurrió en error de hecho en la apreciación y valoración del hecho indicador del indicio de presencia en el lugar del mismo, deducido del informe rendido por la Policía, por cuanto la sola circunstancia de haber observado al procesado en cercanías al lugar de los hechos, como este mismo lo refiere al mencionar que se encontraba practicando el deporte de motociclismo y haber visto los camiones de la policía, si bien permite afirmar su presencia en el lugar, no acredita la tenencia de objeto o elemento alguno que de lugar a afirmar su participación activa en los punibles investigados.

- También incurrió el fallador en error de hecho, al apreciar y valorar el hecho indicador constitutivo del presunto indicio de mentira, relacionado con la referencia a haber dialogado con un sujeto apodado "El chino", por cuanto, no empece considerar el fallador que la descripción suministrada fue vaga y sin aclarar dónde podía ser localizado, en el expediente obrá el informe suscrito por el Capitán Edgar Humberto Torres Barón, según el cual este sujeto responde al nombre de Luis Fernando Gaviria Patiño, al parecer es el jefe de la Banda La Cumbre, y tiene su radio de acción delincuencial en el sector norte del Municipio de Bello, con lo cual "queda claro que la versión del procesado sí tiene soporte procesal y que en consecuencia no puede tenerse tal afirmación como indicio de mentira en su contra".

- Erró el fallador al considerar como hecho indicador constitutivo del indicio de mentira, la afirmación del procesado y de su progenitora de no

faltar a clases en el Colegio, la cual contrasta con la certificación del Rector del Gimnasio Tagore en el sentido de no haber concurrido al plantel durante los días 4, 5, 6, y 7 de junio, ya que el propio sindicado sostuvo que por la época se hallaba dedicado a la labor de entrenamiento y preparación para una competencia motociclística.

- Incurrió en error el fallador al calificar como graves contradicciones, algunas imprecisiones existentes entre el testimonio del procesado y las declaraciones de Sandra Helena López Herrera, Clara Inés Grisales, y Luz Aide Monsalve, por cuanto no tuvo en cuenta que "en lo fundamental sus afirmaciones son concordantes con las del procesado, pero que, además, tales testimonios fueron rendidos varios días después de ocurridos los hechos lo cual obviamente dificultaba a las testigos la exacta evocación de horas y lugares".

- El fallador incurrió en error de hecho en la apreciación y valoración del testimonio del mecánico Alfonso León Hincapie Botero, quien afirmó que Gil Calle estuvo en su taller el jueves 7 de junio, pues no fue tenido en cuenta que no se le hizo ninguna precisión horaria "cuando además son pocos minutos los que se requieren para que cualquier motociclista con alguna habilidad pueda desplazarse entre ese taller y la vía que conduce al lugar de los hechos".

- Incurrió en error el Tribunal al apreciar y valorar el testimonio de Pedro Zuluaga, dueño del Estadero La Fe, quien asegura haber visto el día anterior al atentado y el día del mismo, a un muchacho cuya descripción concuerda con los rasgos físicos de Gil Calle, específicamente en lo que tiene que ver con el aditamento de ortodoncia que lleva en su boca, y su corte de cabello, por cuanto estas dos aparentes coincidencias son insuficientes para establecer la identidad de una persona, máxime si en su testimonio no obstante coincidir en el color de la moto que dicho sujeto conducía, no sucede lo mismo sobre el número de placa ya que difiere en el último número de la utilizada por el procesado. Y si éste se movilizaba en su propia motocicleta, y el rodante portaba la respectiva placa de identificación, "no es esa la conducta que generalmente asumen quienes actúan al margen de la ley".

- Por las mismas razones, erró el Tribunal en la apreciación y valoración del testimonio de Luis Gildardo Palacio Buitrago, de la cual solo se puede afirmar que era costumbre del procesado realizar prácticas de motociclismo por la vía que conduce al lugar donde ocurrieron los hechos.

- En últimas el fallador hizo referencia a coincidencias y sospechas, pero no a demostraciones objetivas que permitan afirmar en grado de certeza la condición de autor, cómplice o encubridor de los hechos, por parte del procesado.

- De no haber incurrido la sentencia en los errores que son puestos de presente, sostiene el actor, procedía la absolución del procesado, si bien

no por haberse demostrado su inocencia, "por lo menos si en acatamiento al principio universal y legal in dubio pro reo, que obligaba a mantener la vigencia de la presunción de inocencia constitucional y legalmente establecida.

Con fundamento en lo expuesto, solicita de la Corte casar la sentencia impugnada y absolver al procesado de los cargos por los cuales se profirió fallo de condena.

Concepto del Ministerio Público.

El señor Procurador Primero Delegado en lo Penal considera que ninguno de los cargos propuestos dentro de la demanda de casación, está llamado a prosperar. Sin embargo, como petición oficiosa solicita se declare la prescripción de la acción contravencional respecto de las lesiones personales causadas a Paula Romero y Jesús Cardona; consecuencialmente, se decrete la cesación de procedimiento y se haga el ajuste punitivo respectivo. Los siguientes son, en síntesis, sus planteamientos.

Causal Tercera

No obstante argumentarse que la sentencia fue proferida en un juicio viciado de nulidad por violación del debido proceso incluida la transgresión del derecho de defensa, la jurisprudencia tiene establecido que cuando se invoca la causal tercera a propósito de la casación, es de cargo del actor señalar con toda claridad la clase de nulidad invocada, indicando sus fundamentos y citando las normas que se estimen infringidas; en este sentido, cuando se alegue violación del debido proceso, se debe establecer la comprobada existencia de una irregularidad sustancial; y cuando se invoque transgresión del derecho de defensa, el demandante debe especificar la actuación procesal lesiva, indicando la norma violada y determinando cómo la transgresión incidió desfavorablemente en la parte resolutiva del fallo.

El actor en este caso, no se ajusta a los parámetros que vienen de exponerse, pues no demuestra la clase de nulidad invocada, ni determina cómo las circunstancias por él anotadas, dan lugar a la invalidación del proceso por haber transgredido garantías fundamentales. A pesar de estas falencias de orden técnico que la demanda acusa, la Delegada considera que los aspectos que el libelista destaca, no constituyen violación del debido proceso.

No obstante haberse practicado la diligencia de versión con la asistencia de una persona honorable que carecía de la condición de ser abogado titulado, por la época de su realización se encontraba vigente el artículo 139 del Decreto 050 de 1987, según el cual el cargo de defensor para la indagatoria, podía ser confiado a cualquier ciudadano honorable cuando no hubiere abogado inscrito, disposición que fue mantenida por el artículo 148 del Decreto 2700 de 1997, y continuó vigente hasta el 8 de febrero de

1996 cuando fue declarada inexequible. Además, el procesado Víctor Hugo Gil Calle, durante la etapa de instrucción, y todo el juzgamiento, estuvo asistido de defensor designado por él, de donde se tiene que en todo tiempo se garantizó su defensa técnica.

Y el hecho de no existir constancia sobre que una vez fue aprehendido Gil Calle se le hubiere enterado de los derechos del capturado, es apenas una informalidad que por sí sola no vulnera el derecho de defensa ni el debido proceso, pues con posterioridad a la diligencia de versión libre, contó con la asistencia de un defensor.

En transgresión del principio de autonomía de las causales, el demandante pretende demostrar una supuesta nulidad, con argumentos que corresponden a la causal primera, pues al aducir que no fueron ratificados bajo juramento los informes policivos, esto correspondería a un ataque por falso juicio de legalidad, que debió haber planteado y demostrado de manera separada. Y, aunque los citados informes de policía sobre la captura del procesado no fueron ratificados por sus autores, su aptitud probatoria deriva de lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 252 del Código de Procedimiento Civil, y por ello, con fundamento en lo establecido por el artículo 254 del Código de Procedimiento Penal, puede ser apreciado por el juzgador de acuerdo con las reglas de la sana crítica.

Tampoco el debido proceso ha sido vulnerado por no haberse practicado las diligencias de reconocimiento en fila de personas que el actor echa de menos, pues el funcionario judicial tiene libertad para practicar las pruebas que considere necesarias para esclarecer los hechos investigados, y, además, el Casacionista no llega a demostrar su afirmación de modo claro y preciso, limitándose solamente a enunciar el cargo sin que se ocupe de fundamentarlo.

Agrega igualmente la Delegada, que estuvo ajustada a derecho la variación de la calificación jurídica de la conducta atribuida al procesado Víctor Hugo Gil Calle, introducida por el Juzgado de Orden Público de Medellín por auto proferido el 29 de noviembre de 1991, pues, de una parte, se fundamentó en lo dispuesto por el artículo 501 del Decreto 050 de 1987, modificado por el artículo 32 del Decreto 1861 de 1989, y, de otra, las pruebas allegadas demuestran que los hechos corresponden a la conducta tipificada en el artículo 12 del Decreto 180 de 1988, toda vez que la bomba fue colocada previamente en un inmueble, y a consecuencia de su explosión perdieron la vida dos personas y resultaron heridas otras dos.

De otra parte, estima el Representante del Ministerio Público en su concepto, que el Casacionista discrepa es de la calificación jurídica de la conducta, no del surgimiento de una nueva disposición que hubiere dado tratamiento punitivo más benigno para el mismo comportamiento, hipótesis bajo la cual no tiene cabida el pregonado principio de favorabilidad.

Por lo anterior, solicita rechazar los cargos formulados por nulidad.

Causal Primera

En cuanto tiene que ver con los ataques formulados por error de hecho por falso juicio de identidad frente a la prueba indiciaria, destaca el Procurador que la demanda ofrece defectos técnicos, pues el actor orienta la censura contra el indicio de manera global, no contra los elementos que lo estructuran como correspondía hacerlo, para incursionar en el campo de la valoración probatoria, lo cual no resulta permitido en sede de casación.

Y si bien el actor parte de sostener que el sentenciador erró en la apreciación y valoración del hecho indicador, tampoco demuestra que hubiese sido tergiversado el contenido objetivo de la prueba que lo acredita, limitándose solamente a expresar que la simple presencia del procesado cerca al lugar de los hechos no demuestra su participación activa en la realización de la conducta investigada.

Alude igualmente que el demandante no precisa tampoco cómo pudo haber tergiversado el contenido objetivo de los testimonios que menciona, y en lugar de proceder a cumplir esta carga propia del ataque por el aludido concepto, lo que hace es anteponer su personal criterio al análisis y valoración de los testimonios de Sandra López, Clara Grisales, Luz Monsalve, Alfonso León Hincapié, Pedro Zuluaga, y Luis Palacios, actitud impropia en sede de casación pues la valoración probatoria compete al fallador dentro de las reglas de la sana crítica, y si sus conclusiones no coinciden con las del recurrente, no por ello la sentencia ha de ser casada, pues el excepcional instrumento no constituye una nueva oportunidad para debatir los medios de prueba, sino para examinar la legalidad de la sentencia.

Y si no existen los errores de hecho alegados por el actor, carece igualmente de fundamento la petición que este hace de aplicar en favor del procesado el principio de la duda, que no existió en el sentenciador.

Finalmente, de manera oficiosa solicita la delegada declarar la prescripción de la acción contravencional por las lesiones personales de que fueron objeto Paula Romero y Jesús Cardona, pues al haber ocurrido los hechos el 7 de junio de 1990, y dictaminarse que sus incapacidades son de 10 y 7 días, respectivamente, transcurrió un término superior a dos años, fijado por el artículo 10 de la Ley 23 de 1991 para que opere dicho fenómeno.

SE CONSIDERA

Por corresponder el orden de los cargos contenidos en la demanda al criterio de prioridad con que su estudio debe ser abordado por la Corte, en ese mismo sentido se dará cabal respuesta a cada una de las censuras formuladas.

Cargo Primero. Nulidad.

Como de manera acertada lo destaca la Delegada en su Concepto, la Jurisprudencia ha sido prolija en señalar que todas las causales de casación poseen su propia autonomía, obedecen a fenómenos lógico-jurídicos distintos, y traen consecuencias diversas para el proceso, de modo que de no seleccionarse adecuadamente frente al desacierto del fallador indicando qué se busca poner de presente en la demanda, o incumplirse el deber estricto de realizar un raciocinio acorde con la naturaleza y alcance del motivo aducido, ha de entender el juez de casación que se halla en frente de un alegato que debió surtirse en las instancias, en donde la informalidad en la presentación de los argumentos contra las decisiones judiciales es su rasgo más sobresaliente, no ante una demanda de casación, sometida al cumplimiento de precisos requisitos de forma y contenido.

De esta suerte, cuando el actor aduce la causal tercera de casación, es de su cargo señalar, de una parte, que en el trámite del proceso se incurrió en una irregularidad de carácter sustancial, de tal entidad que socavó las bases fundamentales de la investigación o el juzgamiento, o que se presentó violación del derecho de defensa u otra garantía fundamental, o que los funcionarios judiciales carecían de competencia para conocer del asunto; y, de otra, de qué manera el defecto denunciado repercutió de modo negativo en el proferimiento del fallo cuya invalidación se persigue.

Esto para indicar que al estar amparado el fallo de segundo grado de la doble presunción de acierto y legalidad, y ser la casación el recurso extremo y extraordinario para desvirtuarla, el demandante se halla obligado no solamente a exponer su raciocinio de manera lógica y ordenada, sino a respetar en su discurso el contenido y alcance de la causal que aduce en apoyo de su pretensión invalidatoria.

El defensor del procesado Víctor Hugo Gil Calle alude que su asistido fue puesto a disposición del Juzgado Instructor solamente doce días después de haber sido aprehendido por la policía, y luego de haber rendido dos versiones en las cuales estuvo asistido por personas que no ostentaban el título de abogado, lapso durante el cual, según infiere, fue maltratado y "presumiblemente torturado".

Si bien el proceso indica que el señor Víctor Hugo Gil Calle fue capturado la misma fecha en que tuvieron lugar los hechos materia de investigación, es decir el siete de junio de 1990, según de ello da cuenta el informe suscrito por el Mayor Henry Torres Sánchez (fl. 11 cno. copias), y que fue puesto a disposición del Juzgado de Orden Público solamente hasta el día 19 siguiente, no ve la Corte cómo esta irregularidad pueda tener la virtualidad de desquiciar el contenido del fallo proferido en su contra, pues a lo sumo podría dar lugar a averiguación penal o disciplinaria de los funcionarios que procedieron de esta manera, o en su momento a remediarla mediante el cumplimiento de las previsiones del artículo 409 del Código de

Procedimiento Penal por entonces vigente, o el ejercicio del derecho de *habeas corpus*, sin que por ello pueda comprometerse la validez de la actuación surtida.

También corresponde a la realidad procesal, como se alude en la demanda, que Víctor Hugo Gil Calle rindió dos diligencias de versión ante la Sección de Policía Judicial e Investigación, en las cuales estuvo asistido de personas que no ostentaban la calidad de ser abogados titulados, pero ello, como atinadamente lo destaca el Procurador, no comporta ninguna clase de irregularidad, de una parte, porque el imputado manifestó no tener defensor a quien nombrar, y, de otra, en esa época la asistencia para dicha diligencia podía ser confiada a "cualquier ciudadano honorable siempre que no sea empleado público", conforme estaba dispuesto en el artículo 139 del Decreto 050 de 1987 por entonces vigente, de donde surge que no existe motivo válido para demandar su invalidación.

Pero, aun si se admitiera que pudo haberse presentado alguna clase de irregularidad en las citadas diligencias, no puede ser la causal tercera de casación la adecuada para denunciar su existencia, pues un desacierto de esta factura solo podría encontrar apoyo al amparo de la causal primera de casación por violación indirecta de la ley sustancial, por haber otorgado el fallador valor probatorio a un medio de prueba incorporado al proceso con transgresión de las formalidades prescritas para su aducción, desacierto que hace patente la particular manera del demandante de concebir el instituto al cual acude.

Este mismo predicamento resulta enteramente válido, para responder la inquietud propuesta por el Casacionista, en el sentido de haberse fundado el fallo en los informes suscritos por los miembros de la Policía Nacional, sin que, a su criterio, se hubiere tenido en cuenta la necesidad de haberlos rendido bajo juramento, pues al estar referida la censura a la validez de un medio de prueba, el camino correcto no puede ser al amparo de la causal tercera de casación, sino de la primera como ya ha sido expuesto.

Cuando el defensor del procesado Gil Calle alude que durante el trámite no fueron practicadas las diligencias de reconocimiento en fila de personas, como no lo dice expresamente pareciera que se enfoca por denunciar transgresión del principio de investigación integral, pero en esa medida era de esperarse que se ocupara de demostrar cómo de haberse recaudado las pruebas que echa de menos habrían conducido a una solución distinta y opuesta a la adoptada en la parte resolutiva del fallo que cuestiona, cosa que por parte alguna siquiera intenta siendo de su cargo hacerlo.

Sin embargo, dejando la Corte expuesto, tal y como certeramente lo destaca el Procurador, que el funcionario judicial goza de autonomía para practicar aquellas pruebas que considere necesarias en orden al esclarecimiento de los hechos sometidos a su conocimiento, a ello solamente ha

de agregar que en este caso tales reconocimientos no habrían conducido a nada distinto de aquello que el mismo procesado reconoció en el curso de sus intervenciones, esto es, que los días anteriores al hecho, y en la misma fecha y hora de su ocurrencia, estuvo presente en el teatro de los acontecimientos al extremo de haber permanecido en algunos establecimientos públicos de la zona, montando en motocicleta por la ruta seguida por el convoy policial, al cual sobrepasó, y haber acudido momentos antes de la explosión al sitio donde ella se llevó a cabo.

En cuanto tiene que ver con el reparo que el libelista plantea, en el sentido de haberse incurrido en irregularidad de índole sustancial por variarse la calificación jurídica de la conducta hecha en la providencia mediante la cual se convocó a su asistido a responder en juicio, por otra que considera desfavorable, a ello ha de responder la Corte, en primer lugar, que esta posibilidad se encontraba regulada por el artículo 501 del Código de Procedimiento Penal por entonces vigente, modificado por el artículo 32 del Decreto 1861 de 1989, como el mismo Casacionista conviene en reconocerlo, de suerte que por este motivo no existe ninguna razón para elevar protesta invalidatoria; en segundo término, al estar referida la censura a la falta de aplicación de una disposición que se considera aplicable al caso (art. 10 Dto. 180 de 1988), y la aplicación indebida de otra (art. 12 ejusdem), no podía ser la causal tercera de casación el camino correcto para denunciar este presunto desacierto, pues al haberse proferido la acusación y su posterior modificación por hechos punibles que afectan la seguridad y tranquilidad públicas, así como la vida, integridad personal y el patrimonio económico, estaría la Corte facultada para producir un fallo de sustitución en caso de demostrarse el yerro, siendo entonces la causal primera la que ha debido esgrimirse en apoyo de su denuncia.

En tercer lugar, al haberse acreditado que el artefacto explosivo fue puesto en un bien inmueble, que a consecuencia de ese atentado fallecieron dos personas y al menos dos más resultaron heridas, conductas que corresponden a la imputación jurídica por la cual se irrogó condena no se observa cómo la variación de la calificación tuvo las repercusiones que pretenden ser denunciadas. De otro lado, al haber estado vigentes al momento de ocurrencia del hecho las dos disposiciones en comento, resulta inocua la pregonada aplicación del principio de favorabilidad de la ley penal, toda vez que con la entrada en vigencia del Decreto 2266 de 1991, la conducta imputada en la modificación introducida a los cargos, se mantuvo intacta, así como los límites mínimos y máximos de la sanción por su realización.

También advierte la Corte, que el auto proferido el veintinueve de noviembre de mil novecientos noventa y uno por el Juez de Conocimiento de Orden Público, mediante el cual modificó la calificación jurídica de la conducta hecha en el pliego enjuiciatorio, se ocupó solamente de este tema

como era de su competencia hacerlo, sin que en el pronunciamiento tuviera que analizar lo concerniente al grado de participación de los procesados en el hecho, pues ya había sido dicho en la resolución de acusación que Víctor Hugo Gil Calle y Víctor Hugo Calle Henao, debían responder "como autores materiales" de la conducta a ellos atribuida, circunstancias bajo las cuales inane resultaba cualquier otra consideración al respecto por el funcionario de conocimiento.

Y si se toma en cuenta que por parte alguna de la acusación siquiera se sugiere que la muerte de los dos menores y las lesiones ocasionadas a las otras dos personas, hubiere sido consecuencia de un resultado que no fue previsto, o que el estallido ocurrió de modo accidental, y que en la providencia mediante la cual se introdujo la variación de la calificación jurídica de la conducta se precisó que las disposiciones penales imputadas como realizadas a los procesados, tuvieron lugar "por la voluntad de quienes hoy son investigados por considerarles autores materiales e intelectuales del atentado que causó estupor y repudio en todos los niveles sociales de Antioquia y del país" (fl. 284), sin dificultad alguna se advierte que carece de estribo la protesta que en tal sentido eleva el Casacionista.

Para abundar en razones, basta solamente con recordar que el Tribunal Nacional, al conocer por vía de la apelación interpuesta por el defensor contra el proveído mediante el cual fue introducida la variación de la calificación jurídica de la conducta, fue claro al precisar que "está suficientemente probado dentro del plenario que el atentado dinamitero origen de la investigación se realizó con propósitos terroristas y estaba dirigido contra el grupo de agentes de la Policía Nacional que a la hora del mismo pasaba por el lugar en varios vehículos; y además, que ese acto fue idóneo para crear zozobra entre los habitantes del sector, por el impacto trágico exteriorizado en las muertes y lesiones sufridas por menores de edad, amén de los daños causados en los bienes de las personas que resultaron afectadas con el atentado" (fl. 70 cno. Tribunal), con lo que cualquier consideración sobre la presunta ambigüedad del grado de culpabilidad carece de total sentido.

Es que ni siquiera de ser cierto que en la acusación y su modificación no fue precisado si la imputación por las muertes y lesiones se realizó a título doloso o culposo, la denuncia en casación no podría ser formulada al amparo de la causal tercera. Esto porque aún de probarse esa eventualidad, la Corte estaría facultada para proferir fallo de sustitución, y en caso extremo, de acreditarse que la pregonada ambigüedad dificultó el derecho de defensa, la invalidación de lo actuado no podría ser total como lo persigue el demandante, sino referida exclusivamente a los punibles respecto de los cuales se presentó el desacierto.

El cargo, por tanto, no está llamado a prosperar.

Cargo Segundo. Violación Indirecta de la Ley Sustancial

La Corte tiene establecido que cuando en casación se denuncia la violación indirecta de la ley sustancial por errores de hecho por falso juicio de identidad en la apreciación probatoria, corresponde al actor demostrar qué dice de manera objetiva el medio de prueba, que dijo de él el sentenciador, cómo lo distorsionó o tergiversó el fallador poniéndolo a decir aquello que objetivamente no refiere, y de qué manera, de no haberse cometido el desacierto, habría conducido a la adopción de un fallo sustancialmente distinto, tomando en cuenta al respecto la valoración de los medios hecha por el juzgador sobre los cuales no incurrió en yerro.

Aunque el censor en este caso no indica de modo expreso que el Tribunal cometió errores de hecho por falso juicio de identidad en la apreciación de la prueba, al decir que ninguna de las pruebas que menciona el juzgador " acredita participación activa del procesado en el hecho, ni precisa su condición de autor, cómplice o encubridor del mismo, pero mucho menos la relación de causalidad como presupuesto del juicio de culpabilidad" con nitidez se desprende que el sentido anunciado es el que persigue darle a la censura.

Pero lo que no puede desconocer la Corte, es la falta de claridad en el planteamiento del reproche que se propone, así como la ausencia de fundamentación, cuando al introducirse el impugnante en el campo del cuestionamiento al mérito persuasivo otorgado a los medios de prueba por el juzgador, no lo demuestra, lo cual, por supuesto, determina la improsperidad de la censura.

Repetidamente ha sido dicho por la jurisprudencia de esta Corte "que cuando la apreciación de la prueba se funda en la sana crítica, como ocurre con la testimonial, los eventuales errores que el juzgador pueda cometer en el proceso de valoración de su grado de verosimilitud, son de naturaleza fáctica, siendo obligación del impugnante demostrar que la evaluación que de ellas se hizo en la sentencia difiere de la que imponen la lógica, la experiencia o la ciencia, y que de no haberse presentado este yerro, las conclusiones de ésta serían sustancialmente distintas".

"No basta, pues, para la correcta presentación de la censura y su consiguiente estudio, la confrontación de criterios personales acerca de la forma como debió haberse valorado la prueba, ni las afirmaciones genéricas sobre la incidencia del supuesto yerro en la parte dispositiva del fallo. Es necesario que el actor precise de qué manera la valoración hecha por eljuzgador desconoce los principios que informan la sana crítica, y cómo en relación con el conjunto probatorio, el error desquicia la decisión impugnada" (Sentencia Cas. junio 24/97. M. P. Dr. Arboleda Ripoll).

Cuando el demandante anuncia que el sentenciador incurrió en errores de hecho en la apreciación probatoria, relacionados con los indicios de

presencia del procesado en el teatro de los acontecimientos y de mentira al rendir su exposición con ocasión del proceso, nada dice sobre qué refiere de manera objetiva el hecho indicador, que dijo de él el juzgador, cómo estructuró el indicio, cuál su mérito persuasivo, qué implicaciones tuvo en la sentencia, ni en qué parte del proceso de inferencia se presentó el desacierto.

En lugar de precisar sobre cuáles aspectos de los referidos indicios orienta su censura, de manera errada lo dirige contra su globalidad, lo cual no permite desentrañar el sentido de la propuesta y en cambio se da lugar a sostener que el ataque se funda en su valoración, que tampoco concreta.

Pero de otro lado, también el presunto defecto probatorio denunciado, no constituye sino la reiteración de lo dicho por el propio procesado, pues a pesar de que el indicio de presencia en el lugar de los hechos sea descartado por vía de inferencia, la prueba directa, fundada en las exposiciones del sentenciado en las cuales acepta haber estado montando en motocicleta el día y hora de los hechos por el lugar en que estos fueron llevados a efecto, haberse percatado de la presencia de los camiones de policía e informado de ello al sujeto que identifica con el alias de "el Chino", no es otra cosa que la confirmación de lo expuesto por el informe policial que critica, y por el juzgador en el fallo, de donde surge la absoluta irrelevancia del reproche.

Otro tanto acontece con afirmar que el juzgador incurrió en error al considerar falaz la afirmación del procesado sobre la existencia real del sujeto apodado "el chino" porque, a criterio del Casacionista, el informe policial de inteligencia sobre la identificación de ese personaje, es claro en señalar que su nombre es Luis Fernando Gaviria Patiño. En este sentido, es de destacarse que el presunto desacierto denunciado, ninguna incidencia tendría frente a las conclusiones del fallo, pues de corresponder el citado nombre al personaje con quien Gil Calle "coordinó" el atentado terrorista que finalmente llevaron a efecto, según sus propias palabras, no se llegaría sino a establecer la identidad de otro de los autores del hecho, para efectos de adelantar un proceso penal en su contra, pero nada más, sin que el establecimiento de su individualización tenga la virtualidad de desdibujar el compromiso penal del procesado en cuyo favor se recurre.

Ahora, que el procesado hubiere dicho o no que faltaba a sus clases en el Colegio Tagore en el cual se hallaba matriculado junto con el otro de los sentenciados, o que hubiere afirmado encontrarse practicando motociclismo el día de los hechos para justificar su ausencia al establecimiento educativo, ninguna repercusión tiene frente al hecho cierto, aceptado por el mismo procesado, de haber estado en cercanías del lugar y momento en que el atentado terrorista se llevó a cabo, pues además de que varios testigos dan cuenta de su presencia en el sector, el procesado Gil Calle afirmó categórt-

camente en la indagatoria "me tuvieron que haber visto en el sitio donde explotó eso, porque ahí fue donde yo me encontré con el muchacho ese, con El Chino", sobre lo cual el libelista se cuida en guardar silencio.

Lo expuesto sirve para significar que si el proceso demuestra nítidamente la presencia de Gil Calle en el sitio, día y hora del atentado terrorista por el cual se le irrogó condena, ninguna trascendencia tiene frente al fallo los presuntos errores de apreciación probatoria que el Casacionista intenta denunciar frente a la valoración que el juzgador hizo de los testimonios de Sandra Helena López, Clara Inés Grisales, Luz Aide Monsalve, Alfonso Leon Hincapié, Pedro Zuluaga y Luis Gildardo Palacio Buitrago, ninguno de los cuales da lugar a sostener la inocencia del procesado en el hecho a él imputado, como tampoco, y en medida extrema, el fenómeno de la duda probatoria como lo pregona.

Así las cosas, al no haber demostrado el Casacionista los errores de identidad en la apreciación probatoria, y trasladar su cuestionamiento al campo de la valoración probatoria, sobre la cual el juzgador goza de relativa discrecionalidad, limitada sólo por las reglas de la sana crítica cuya transgresión tampoco se demuestra en el libelo impugnatorio, a la Corte no le queda otro camino que declarar la improsperidad del cargo.

Casación Oficiosa

a) Nulidad Parcial por incompetencia.

Los acusados Víctor Hugo Gil Calle y Víctor Hugo Calle Henao, fueron condenados por el delito de lesiones personales de que tratan los artículos 331 y 332 inc. 1o. del Código Penal, vigentes por la época de los hechos, ocasionadas a Paula Andrea Romero Vásquez, a quien le fue diagnosticada una incapacidad provisional de diez (10) días (fl. 74), y el señor Jesus Cardona Jurado, respecto de quien se le diagnosticó incapacidad de siete (7) días (fl. 158). Este ilícito fue convertido en contravención especial por la Ley 23 de 21 de marzo de 1991, correspondiéndole inicialmente su conocimiento a las autoridades de policía y ahora a los Jueces Municipales y Promiscuos Municipales (art. 16 Ley 228 de 21 de diciembre de 1995).

Mayoritariamente la Sala ha sostenido que la unidad procesal por razón de la conexidad no puede mantenerse cuando el vínculo sustancial o procesal entrelaza delitos y contravenciones, por encontrarse derogado el artículo 90 del Decreto 522 que lo permitía, y existir, en cambio, el artículo 18.1 del Decreto 800 de 1991, que contrariamente prevé esta eventualidad como motivo de escisión procesal.

Esto significa que al causarse la referida subrogación de la conducta delictiva a contravención, el funcionario judicial que venía conociendo de ella perdió competencia para seguir haciéndolo, y que la actuación cumplida desde entonces, en relación con este concreto hecho punible, se en-

cuentra viciada de nulidad, debiendo la Corte, en ejercicio de la facultad oficiosa que le defiere el artículo 228 del Código de Procedimiento Penal, entrar a decretarla (art. 229.1, ejusdem), lo cual hará a partir de del proveído de noviembre veintinueve de mil novecientos noventa y uno mediante el que se varió la calificación jurídica de la conducta, pues para este momento, el juzgador ya carecía de competencia.

Consecuencia necesaria de esta decisión, sería la compulsación de copias para ante la autoridad competente a fin de que asuma el conocimiento del asunto en relación con esta conducta contravencional; sin embargo, como es evidente la prescripción de la acción, dado el tiempo transcurrido desde la ejecutoria de la resolución acusatoria (julio 5 de 1991) -fenómeno cuya ocurrencia no fue advertida por los juzgadores de instancia no obstante haber operado incluso para la fecha de proferimiento del fallo de primer grado-, la Corte se abstendrá de hacerlo.

b) Dosificación punitiva.

La extinción de la acción contravencional por las lesiones personales ocasionadas a Paula Andrea Romero Vásquez y Jesús Cardona Jurado, por las cuales fueron condenados Víctor Hugo Gil Calle y Víctor Hugo Calle Henao, obliga a modificar la pena tasada en la sentencia, así:

Víctor Hugo Gil Calle y Víctor Hugo Calle Henao fueron condenados a la pena principal de treinta (30) años de prisión. Respecto de ellos la sentencia se mantiene por el delito definido en el artículo 12 del Decreto 180 de 1988, en concurso con homicidio de Nelson Alexander Vásquez y Felipe Botero.

Puesto que del contenido de la sentencia no es posible determinar el aumento de pena por razón de la conducta prescrita, la Corte, teniendo en cuenta que no pudo haber sido superior a cuatro meses, por ser pena tope, en consideración a que a los citados enjuiciados se les imputó la realización del delito previsto en el por entonces vigente inciso primero del artículo 332 del Código Penal, dadas la gravedad y pluralidad de los restantes delitos, la reducirá en dicho monto, para un total de veintinueve (29) años y ocho (8) meses de prisión, que es la pena privativa de la libertad que en definitiva deben purgar.

Como quiera que el juzgador de segundo grado condenó a los procesados al pago en concreto de daños y perjuicios por razón de las lesiones personales de que fueron víctimas Paula Andrea Romero Vásquez y Jesús Cardona Jurado, la Corte invalidará también esta decisión.

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:

PRIMERO. DESESTIMAR la demanda de Casación presentada por el defensor del procesado Víctor Hugo Gil Calle.

SEGUNDO. CASAR PARCIALMENTE, de oficio, la sentencia impugnada, con el fin de tomar las siguientes decisiones:

a) Decretar la nulidad de lo actuado en este proceso, en relación con la contravención especial de lesiones personales, a partir de la providencia de noviembre veintinueve de mil novecientos noventa y uno, proferida por el Juzgado de Conocimiento de Orden Público, dejando sin efecto todas las determinaciones relacionadas con ella, según se precisó en la parte motiva.

b). Como consecuencia de la decisión tomada en el numeral anterior, la pena privativa de la libertad en relación con los Procesados Víctor Hugo Gil Calle y Víctor Hugo Calle Henao, será de veintinueve (29) años y ocho (8) meses de prisión para cada uno de ellos, como autores penalmente responsables del concurso de delitos de infracción al artículo 12 del Decreto 180 de 1988 y homicidio de Nelson Alexander Vásquez y Felipe Botero.

TERCERO. ABSTENERSE de expedir copias para continuar la investigación respecto de la contravención especial de lesiones personales, por los motivos señalados en la parte considerativa.

En lo demás, la sentencia recurrida conserva su validez.

Notifíquese y devuélvase al Tribunal de origen.

Cúmplase.

Jorge Enrique Córdoba Poveda, Fernando Arboleda Ripoll, Ricardo Calvete Rangel, Carlos Augusto Gálvez Argote, Jorge Aníbal Gómez Gallego, Edgar Lombana Trujillo, Carlos E. Mejía Escobar, aclaración de voto; *Didimo Páez Velandia, Nilson Pinilla Pinilla.*

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

ACLARACION DE VOTO

Como desde tiempo atrás he sostenido, no me parece que en estos eventos de lesiones personales contravencionales, el Decreto 800/91 reglamentario de la Ley 21 del mismo año, pudiera derogar el 522/71 que tenía naturaleza legislativa, y por esa vía modificar normas de procedimiento penal para terminar las disposiciones sobre unidad procesal. Sin embargo, es evidente que el Tribunal cometió el error de haber dado a la conducta constitutiva de lesiones tratamiento de delito pese a su naturaleza contravencional.

Con todo respeto,

Carlos E. Mejía Escobar

JUSTICIA REGIONAL/ REBELION/ REDENCION DE PENA/ SECUESTRO

Se equivoca el actor al pretender que la Sala aplique el principio de excepción de inconstitucionalidad respecto de normas que ya fueron declaradas exequibles por la Corte Constitucional. En esta materia rige también el principio de cosa juzgada, de acuerdo con el cual tales decisiones tienen carácter obligatorio y efecto erga omnes (arts. 243 C. N. y 48 de la Ley 270 de 1996, estatutaria de la administración de Justicia), sin que resulte pertinente demandar de la autoridad judicial la aplicación de este principio a partir del desconocimiento de la decisión de exequibilidad, como lo hace el impugnante en el presente caso.

Plurales han sido los pronunciamientos de la Corte Constitucional sobre temas y aspectos relacionados con la justicia regional, donde ha llevado a cabo el análisis de sus disposiciones frente a los principios, derechos y garantías fundamentales cuyo quebrantamiento denuncia genéricamente el impugnante, sin haber encontrado entre ellos incompatibilidad. Para mencionar unos ejemplos, pueden citarse las Sentencias C-053/93, C-093/93, cuyo texto en buena parte transcribe el Procurador Delegado en su concepto, y la C-040/97.

Para que una determinada irregularidad procesal pueda viciar de nulidad la actuación, es necesario que sea sustancial, y afecte las garantías de los sujetos procesales, o desconozca las bases fundamentales de la instrucción y el juzgamiento, aspectos cuya demostración corresponde al peticionario (artículo 308.2 del estatuto procesal).

La eximente de pena consagrada en el artículo 127 del Código Penal, hoy excluido del ordenamiento jurídico por haber sido declarado contrario a la Constitución Nacional (Sentencia No. C-456/97), comprendía únicamente los hechos punibles (delitos y contravenciones) cometidos en combate, siempre que no constituyeran actos de ferocidad, barbarie o terrorismo.

Esto significa que los realizados fuera de combate, o los que, habiendo sido cometidos dentro de éste, entrañaren actos de crueldad, atrocidad, barbarie, o terrorismo, no quedaban cobijados por las bondades

de esta preceptiva, debiendo ser considerados, en consecuencia, tipicidades autónomas, sujetas a las reglas establecidas para el concurso de hechos punibles.

El secuestro de personas civiles ajenas al conflicto armado interno, está proscrito por el derecho internacional humanitario como medio o método de guerra, razón por la cual su ejercicio deviene ilegítimo. De allí que no pueda ser catalogado como actividad propia de la empresa subversiva, ni como acto de combate.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Santa Fe de Bogotá, D. C., dos de diciembre de mil novecientos noventa y ocho.

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

Proceso No. 11346

Aprobado acta No. 185

Resuelve: la Corte el recurso extraordinario de casación interpuesto contra la sentencia de 29 de diciembre de 1994, mediante la cual el Tribunal Nacional condenó a los procesados José Darío Avellaneda Tovar (a. John Jairo Chávez) y Carlos Alberto Salgado Marín (a. Robinson) a la pena principal de 21 años de prisión y multa de un mil diez salarios mínimos mensuales, como autores responsables de los delitos de rebelión y secuestro extorsivo.

HECHOS Y ACTUACIÓN PROCESAL

El día sábado 12 de septiembre de 1992, en las horas del medio día, en el sitio denominado "Matazarza", comprensión del Municipio de Une (Cund.), varios sujetos armados que dijeron pertenecer a la delincuencia común, vestidos de civil, secuestraron al hacendado Teodomiro Romero Dimaté, cuando en compañía de Marco Antonio López Sánchez se dirigía a la finca "El Chamizal" en el vehículo de su propiedad. Con este último, los plagiarios enviaron una nota a los familiares de Romero Dimaté haciéndoles saber que se trataba de un secuestro, y exigiendo la suma de cien millones de pesos por su liberación (fls. 1 y 99-1).

Ocho días después, en desarrollo de un operativo adelantado en el área rural del Municipio de Une, unidades del Batallón Timanco del Ejército Nacional rescataron al secuestrado, detuvieron a José Darío Avellaneda Tovar y Carlos Alberto Salgado Marín, e incautaron el siguiente material de guerra: un (1) fusil AK 47 No. 364042, una (1) pistola Bernardelli calibre 7.65 mm, dos (2) proveedores para fusil AK 47, un (1) proveedor para pistola 7.65mm, siete (7) cartuchos 7.65 mm., ciento veintitrés (123) cartuchos 7.62X39 (AK 47) y tres (3) granadas de mano de fabricación israelí (fls. 4 y 21-1).

En sus indagatorias, los imputados manifestaron pertenecer al Frente "Pardo Leal" de las Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia (FARC-EP), de cuyos jefes recibieron la orden de trasladarse, junto con tres unidades más, a un lugar del Municipio de Une, a donde llegaron un domingo a las 9 de la noche, siendo recibidos por Alvaro y Efraín, también guerrilleros, quienes les informaron que su misión era cuidar al secuestrado que se encontraba en su poder, de nombre Teodomiro, retenido el día anterior, encargo que cumplieron hasta el sábado siguiente, en las horas de la mañana, cuando se presentó el operativo del ejército y escucharon los primeros disparos. Inmediatamente abandonaron el sitio en compañía del secuestrado, pero debido a las dificultades del terreno y el acoso de los militares, cada quien tomó direcciones distintas. Los dos fueron capturados el día siguiente en una casa ubicada cerca del lugar de los acontecimientos, a donde llegaron, por separado, después de haber permanecido escondidos toda la noche. Ambos ocultaron sus armas antes de su captura, pero después las entregaron al ejército junto con unos documentos que se hallaban dentro de una caleta (fls. 13 y 16-1).

En declaración juramentada, Teodomiro Romero Dimaté relata los pormenores de su retención, cautiverio y liberación, indicando, en relación con esta última, que los plagiarios lo dejaron abandonado en la huida. Sostiene que en el lugar fueron encontradas armas, municiones, ropa militar y lecturas subversivas. A través de fotografías, reconoció a José Darío Avellaneda Tovar y Carlos Alberto Salgado Marín como las personas que lo cuidaban y se encargaban de la alimentación durante su secuestro (fls. 1, 162-1 y 5-2).

Además de Avellaneda Tovar y Salgado Marín, al proceso fueron vinculados mediante indagatoria, Josélyn Ardila Pastor (fls. 51-1) y Jorge Enrique Sanabria Melo (fls. 71-1), bajo la imputación de ser auxiliadores de la columna "Pardo Leal" de la guerrilla, y haber estado implicados directa o indirectamente en el secuestro de Romero Dimaté (fls. 42 y 100-1).

Resuelta la situación jurídica de los indagados y cerrada la investigación, la Fiscalía Regional calificó el 2 de septiembre de 1993 el mérito probatorio del sumario con preclusión de investigación para Josélyn Ardila Pastor y Jorge Enrique Sanabria Melo, y resolución acusatoria respecto de José Darío Avellaneda Tovar y Carlos Alberto Salgado Marín, por los delitos de secuestro agravado y rebelión, conforme a lo establecido en los artículos 22 y 23 del Decreto 180 de 1988, y 8° del Decreto 1856 de 1989 (fls. 237-1). Esta decisión fue confirmada por la Fiscalía Delegada ante el Tribunal Nacional mediante resolución de 7 de diciembre siguiente, señalando como normas aplicables los artículos 1° del Decreto 1857 de 1989 y 6° del Decreto 2790 de 1990, no los artículos 22 y 23 del Decreto 180 de 1988, por no existir propósito terrorista (fls. 37-3).

Rituada la causa, un Juzgado Regional de Santa Fe de Bogotá, mediante sentencia de 28 de septiembre de 1994, condenó a los procesados a

la pena principal de 21 años de prisión y multa de 1010 salarios mínimos mensuales cada uno, y la accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas por el mismo término, como autores responsables de los delitos rebelión y secuestro extorsivo, conforme a los cargos imputados en la resolución acusatoria (fls. 317-1).

Apelado este fallo por los defensores de los procesados, el Tribunal Nacional, mediante el suyo que ahora es objeto de recurso de casación, redujo a 10 años la duración de la pena accesoria, confirmándolo en las demás partes (fls. 3-3).

LAS DEMANDAS

Demanda a nombre del procesado José Darío Avellaneda Tovar:

En un primer capítulo que titula "excepción de inconstitucionalidad", el censor afirma la inexequibilidad de las normas que consagran y regulan la jurisdicción "de orden público", argumentando que son contrarias a los principios demoliberales consagrados en la Carta Política, y violatorias del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y la Convención Americana de Derechos Humanos, fundamentalmente de los principios de igualdad, publicidad, Juez natural, contradicción, libertad, presunción de inocencia, y derecho de defensa.

Reconoce que la Corte en decisión dividida declaró ajustadas a derecho dichas normas de excepción, pero sostiene que este pronunciamiento, aunque debe ser respetado, no puede compartirse por resultar contrario a la Constitución Nacional y los Tratados Internacionales.

Concluye diciendo que la defensa planteó insistentemente durante el proceso esta excepción de inconstitucionalidad, sin que este planteamiento hubiera ameritado respuesta de los funcionarios judiciales, razón por la cual la actuación se encuentra afectada de nulidad por vicios de procedimiento.

En seguida plantea dos cargos contra la sentencia impugnada, uno al amparo de la causal primera de casación, cuerpo primero, que presenta como principal, y otro con fundamento en el inciso segundo *ibidem*, con carácter subsidiario.

Cargo principal

Violación directa de la ley sustancial por interpretación errónea y falta de aplicación de los artículos 125 (modificado por el D.L. 1857/89, art. 1°) y 127 del Código Penal, 3° de la Ley 5ª de 1960 (aprobatoria de los convenios de Ginebra) y 91 de la Constitución Nacional, que llevaron a los juzgadores de instancia a condenar al procesado por un concurso de hechos punibles, con desconocimiento del carácter complejo del delito de rebelión.

En el desarrollo del cargo reflexiona in extenso sobre los siguientes aspectos: naturaleza política del delito de rebelión, características, condición de delito complejo, diferencias con el delito común, rebelión y terrorismo, configuración político militar de las Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia, conflicto interno y derecho internacional humanitario, las modalidades de lucha de los grupos insurgentes colombianos, y el tratamiento político jurídico que históricamente han recibido los grupos desmovilizados, para concluir de la siguiente manera:

"*Con fundamento en la demanda de casación presentada y probada en debida forma de conformidad a la realidad procesal, consultada la experiencia nacional e internacional, en la materia se exige de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, que se dicte la sentencia que corresponde en derecho, vale decir, se plasme el criterio jurisprudencial sobre el delito de rebelión el día de hoy, acorde con la normatividad vigente y se condene a los señores Carlos Alberto Salgado Marín y José Darío Avellaneda Tovar, como integrantes de las FARC-EP, por el delito de Rebelion únicamente y a la pena mínima establecida en el artículo 125 del Código Penal, o sea a cinco (5) años de prisión y multa de 100 salarios mínimos vigentes para la época de los hechos*".

Cargo subsidiario

Violación indirecta de la ley sustancial debido a errores de hecho y de derecho en la apreciación de la totalidad de las pruebas que integran el acervo probatorio, a saber: denuncia, testimonio y reconocimiento del señor Teodomiro Romero Dimaté, testimonio de Marco Antonio López, informe rendido por el Teniente Coronel Carlos Alfonso Velásquez Romero sobre la captura de los sindicados, y las confesiones de Carlos Alberto Salgado Marín y José Darío Avellaneda Tovar.

Cita como normas violadas los artículos 125 (modificado por el D.L.1857/89), 127 y 24 del Código Penal, 3° de la Ley 5ª de 1960, 91 de la Constitución Nacional, y 296, 299 y 370 de Código de Procedimiento Penal. Luego, en capítulo separado, se refiere a los siguientes aspectos:

1. FLAGRANCIA. Afirma que esta situación no se presenta en el caso sub judice porque los procesados no fueron capturados cometiendo el delito, es decir en el momento de la liberación del secuestrado, sino al día siguiente, y que por tanto no se cumple el requisito de INMEDIATEZ que doctrinaria y jurisprudencialmente se exige para su configuración.

El Tribunal puso a decir a la norma lo que ella no expresa, aparte de que hace un análisis probatorio que no corresponde a la verdad procesal, incurriendo de esta manera en errores de hecho y de derecho, cuya existencia se comprueba con la transcripción de las normas pertinentes, comparándolas con la indagatoria de Avellaneda Tovar y los argumentos expuestos por el ad quem sobre el particular.

2. CONFESION. Sostiene que el procesado en indagatoria, ante funcionario judicial competente y en presencia de su defensor, confesó su militancia política en las FARC-EP, y su participación en el secuestro de Romero Dimaté, cumpliendo órdenes de la agrupación subversiva.

Esto, sumado al hecho de que no fue sorprendido en situación de flagrancia por las razones ya expuestas, imponía el reconocimiento de la atenuante de una tercera parte de la pena, conforme a lo previsto en el artículo 299 del Código de Procedimiento Penal, cuyo claro texto no requería de interpretaciones.

3. CUMPLIMIENTO DE UN DEBER. Después de hacer precisiones sobre la estructura organizativa y jerárquica de las Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia, afirma que el acusado intervino en el secuestro de Romero Dimaté cumpliendo una orden directa de sus superiores dentro de la agrupación subversiva, y que de acuerdo con lo establecido en el artículo 29, numerales 1° y 2° del Código Penal, no puede ser penado por este delito, si son aplicadas por igual las normas que regulan las relaciones de los militares.

4. COMPLICIDAD. Es claro que Avellaneda Tovar no planeó el secuestro de Romero Dimaté, ni participó en su captura, y que solo vino a enterarse de esta acción el día siguiente. En estas condiciones, su conducta se enmarca en el artículo 24 del Código Penal, en cuanto que solo ayudó o prestó una colaboración posterior al hecho.

Afirma que el Tribunal confunde el tratamiento de la delincuencia común con la delincuencia política, y que probatoriamente no está demostrado que existiera acuerdo previo de voluntades y distribución de funciones. En este punto se comete otro grave error por parte del juzgador, al hacer aparecer probatoriamente algo que no existe, y hacer decir al artículo 24 lo que no reza.

Con fundamento en estas argumentaciones, pide a la Corte condenar al procesado como autor del delito de rebelión, y cómplice en el de secuestro (fls. 36-4).

Demanda a nombre del procesado Carlos Alberto Salgado Marín.

Tres cargos al amparo de la causal primera de casación, cuerpo primero, y dos con fundamento en la tercera, presenta el demandante contra la sentencia impugnada.

Causal primera

Cargo primero: Violación directa de la ley sustancial por interpretación errónea del artículo 125 del Código Penal, que tipifica el punible de rebelión.

Argumenta que el fallo desconoce el carácter complejo del delito de rebelión, que hace que conductas consideradas aisladamente como ilícitos comunes, queden incluidas en él. En este error se incurrió al haber sido proferida sentencia de condena por un concurso de hechos punibles, desconociendo los juzgadores que el secuestro se integraba al delito de rebelión. De esta manera se restringió el alcance del precepto, en perjuicio del procesado.

Para respaldar sus afirmaciones incluye citas de doctrina y jurisprudencia sobre al carácter complejo del delito de rebelión, precisando que mientras la conexidad supone pluralidad de infracciones, la complejidad entraña una sola infracción de carácter pluriofensivo, que lesiona el bien político y el bien particular.

Afirma que históricamente el secuestro ha sido considerado objeto de subsunción en el delito político, y motivo de indultos y amnistías, con excepción de las Leyes 40 y 104 de 1993, que vinieron a negar esta conexidad, pero cuando se cometió el delito tales disposiciones no estaban en vigor, razón por la que debe ser aplicada, por virtud del principio de favorabilidad, la tesis entonces vigente.

Pide casar la sentencia y condenar al procesado por el delito de rebelión únicamente, aplicando la pena mínima.

Cargo segundo: Violación directa de la ley sustancial por exclusión evidente del artículo 24 del Código Penal, que define al cómplice.

Es verdad procesal inobjetable que Salgado Marín no participó en la retención del señor Romero Dimaté, ni tuvo conocimiento previo de la ejecución del hecho punible, habiendo sido su misión cuidar y suministrar alimentación al secuestrado. Por lo anterior, es un hecho cierto que solo prestó una colaboración en el desarrollo del delito, que se traduce en simple complicidad.

Sería autoría, si hubiere convenido previamente la realización del hecho, comprometiéndose de antemano a cuidar al secuestrado, pero es claro que su participación no fue producto de un compromiso de esta naturaleza. Si en este caso no es reconocida la complicidad, ¿en qué eventos podría entonces predicarse?

Pide, en consecuencia, reconocer esta forma de participación, reduciendo la pena prevista para el delito de secuestro a la mitad, tomando en cuenta que Salgado Marín es un joven sin Antecedentes penales, y no concurren circunstancias de agravación punitiva

Cargo tercero: Violación directa de la ley sustancial por falta de aplicación del artículo 299 del Código de Procedimiento Penal, que establecía una rebaja de pena de una tercera parte por confesión.

Es un hecho cierto que el sindicado confesó su militancia en las Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia (FARC) y su colaboración en el secuestro. También es un hecho demostrado que en su captura no intermedió la figura de la flagrancia; por consiguiente, debe proceder la rebaja de pena.

No existió flagrancia porque los procesados solo fueron capturados el día siguiente de haber sido rescatado el secuestrado. Obsérvese que no lo fue en el momento de la liberación, ni inmediatamente después, como lo exige la norma, sino que se necesitó un día para que el ejército ejecutara la captura.

Para que exista flagrancia, se requiere la concurrencia de dos situaciones: el sorprendimiento y la captura. Cuando una persona es vista cometiendo una actividad ilícita y no es capturada en ese momento, o inmediatamente después, bajo ninguna circunstancia y para ningún efecto procesal puede ser considerada en una tal situación.

De la definición de flagrancia que trae el artículo 370 del Estatuto Procesal, se concluye que los procesados no pueden ser considerados incursos en ella, puesto que no fueron sorprendidos cometiendo delito alguno, ni portando objetos, instrumentos o huellas de los cuales se pueda deducir que lo estaban ejecutando. Tampoco fueron detenidos en persecución, pues cuando la captura se produjo ya habían evadido a la autoridad y salido del área de combate. ¿En dónde está entonces la actualidad exigida por la jurisprudencia?.

El Tribunal Nacional reconoce que los procesados fueron retenidos el día siguiente de haberse efectuado el operativo militar. No obstante, considera que esta captura debe ser entendida en situación de flagrancia, negando por ello la aplicación del artículo 299 del Código Penal. Si no hubiera incurrido en este error, habría aplicado la rebaja de pena de la tercera parte, establecida para entonces en la norma.

Causal tercera

Cargo primero: Nulidad por violación al debido proceso, en razón de no haber sido solicitado por el fiscal instructor el registro civil de nacimiento del procesado, con el fin de establecer su verdadera edad, y así poder determinar el juez competente.

Sostiene que esta solicitud la presentó el 30 de diciembre de 1992 (fls.180-1), pero la Fiscalía omitió pronunciarse sobre ella, dejando de establecer un aspecto fundamental de la investigación. Esta irregularidad es constitutiva de nulidad, y afecta la validez de la actuación desde la clausura del sumario.

Cargo segundo: Nulidad por violación de las formas propias del juicio y el derecho de defensa, debido a que el Fiscal, al proferir resolución

acusatoria, ignoró el alegato precalificatorio presentado dentro del término legalmente establecido para hacerlo, violando de este modo lo dispuesto en los artículos 29 de la Carta Política y 442 del Estatuto Procesal.

Para la defensa es necesario que el funcionario judicial asuma una posición frente a sus planteamientos, pues solo así pueden tener real vigencia las garantías procesales. Si no lo hace, el abogado no podría conocer el criterio del fiscal acusador, ni adelantar una adecuada defensa.

Pide, por tanto, decretar la nulidad planteada, dejando sin valor la sentencia, y ordenar la libertad del procesado (fls. 91-4).

CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

El Procurador Tercero Delegado en lo Penal analiza inicialmente los cargos que no son comunes a las demandas, y después, de manera unificada, los que guardan total identidad.

1. Excepción de inconstitucionalidad. En relación con esta censura la Delegada acusa la demanda de no señalar las disposiciones de la justicia regional que habiendo sido aplicadas en este caso, contrarían abiertamente el orden normativo superior, generando irregularidades constitutivas de violación al debido proceso. Así mismo, de no concretar las violaciones a dichos mandatos, razón por la que resulta imposible su confrontación con los preceptos que gobiernan el sistema de justicia regional.

Además de esto, el escrito pasa por alto que buena parte de las normas aplicables por la justicia regional han sido declaradas exequibles por la Corte Constitucional, en sentencias que tienen efectos *erga omnes*, siendo de obligatorio cumplimiento, según lo establecen los artículos 243 de la Carta Política, y 48 de la Ley 270 de 1996, estatutaria de la administración de justicia.

Transcribe apartes del fallo de exequibilidad C-083 de 27 de febrero de 1993, para sostener que frente a la claridad de este pronunciamiento, y los defectos técnicos de la demanda, sería necio ocuparse de citar otras muchas decisiones relacionadas con aspectos específicos de rito procesal, descripción de hechos punibles y competencia de fiscales y jueces de orden público.

No procede, en consecuencia, acceder a la solicitud del libelista ni a la declaratoria de nulidad correspondiente.

2. Irregularidades sustanciales que afectan el debido proceso y el derecho de defensa. Respecto del ataque por no haber sido aportado al proceso el registro civil de nacimiento del acusado Salgado Marín, argumenta que esta prueba no era necesaria puesto que el propio acriminado en indagatoria afirmó haber cumplido 19 años de edad, siendo, por consiguiente, destinatario de la ley penal, y hábil para responder por las infracciones

cometidas, conforme a lo previsto en el artículo 34 del Código Penal, modificado por los artículos 28 y 165 del Decreto 2737 de 1990. Y como la edad del procesado puede ser acreditada por cualquier medio de prueba, ninguna irregularidad es posible afirmar por la no aportación del referido documento al proceso.

En relación con el cargo fundado en el hecho de no haberse dado respuesta en la acusación a los alegatos de la defensa, sostiene que si bien es cierto la irregularidad se presentó, no fue debido a una actitud deliberada del funcionario instructor, sino a que Secretaría no incorporó oportunamente el memorial al proceso, pero advertida la anomalía, el defensor procedió a impugnar la decisión, habiendo tenido el *ad quem* oportunidad de pronunciarse sobre sus argumentos precalificatorios.

En las anotadas condiciones debe forzosamente concluirse que no existe motivo alguno que afecte la validez del proceso, puesto que a través de la apelación, el defensor logró respuesta de la judicatura a sus alegaciones, convalidándose de esta manera la actuación irregular.

3. La rebelión como delito complejo. Afirma que si la condición determinante de la exclusión de pena para los delitos distintos de la rebelión, según lo establecido en el artículo 127 del Código Penal, es su comisión en combate, el secuestro imputado a los procesados no puede ser cobijado por la citada disposición, puesto que no se realizó dentro de una situación de enfrentamiento armado entre las fuerzas regulares y de oposición, ni bajo la modalidad de guerra de guerrillas, que hacen de la acción subversiva una particular manera de atentar contra el régimen a partir de un proceso de sorpresa.

La retención de Romero Dimaté se ejecutó, por el contrario, en desarrollo de un plan preconcebido y dirigido contra un civil, no contra un combatiente, comportamiento que es contrario a las normas del derecho internacional humanitario, en concreto al literal b) del numeral 1° del artículo 3°, común a los Convenios de Ginebra, que prohíbe a las fuerzas en conflicto la toma de rehenes, así como dirigir sus ataques contra la población civil y los no combatientes.

Estas disposiciones impiden toda legitimación política o jurídica de conductas ilícitas dirigidas contra la población civil, y de comportamientos y estrategias de guerra que, siendo admitidos, superen las necesidades o condiciones mismas del combate. Así, el secuestro de civiles como conducta criminal, en cuanto no se produce como consecuencia ni como medio para realizar un acto de enfrentamiento contra las fuerzas del régimen vigente, e instrumentaliza al hombre tomándolo como medio para el logro de los objetivos político económicos, y lo priva de su dignidad intrínseca, está prohibido como medio y como método de guerra, de manera que constituye una acción ajena a la rebelión, atentatoria de un bien jurídico de la

población civil, que debe ser sancionado por fuera de los marcos políticos, ideológicos y jurídicos de los llamados delitos políticos.

En consecuencia, la privación de la libertad de civiles no involucrados en el conflicto, es una conducta ilícita que no puede configurar un delito político, aún cuando se le motive políticamente, porque es una forma de lucha proscrita internacionalmente, que ataca bienes jurídicos esencialmente individuales, y constituye una forma de financiación que lesiona la dignidad humana, configurando, por ello, un atentado a sus derechos, no cobijado por la unidad punitiva prevista en el citado artículo 127.

No se desconoce la complejidad de los llamados delitos políticos, ni la posibilidad de que jurídica y políticamente algunas otras conductas queden sancionadas por la rebelión, pero estos comportamientos deben guardar una estrecha relación con el delito político, y responder a las "necesidades" del mismo, ser reflejo del combate, o constituir acciones de indispensable realización para el logro de los objetivos políticos propuestos, como por ejemplo el porte de armas, o los homicidios y lesiones cometidos durante el enfrentamiento.

Termina diciendo que las referencias sociológicas y políticas que trae uno de los demandantes en apoyo de su posición personal, encuentran oposición en las normas del derecho internacional humanitario, situación que no fue advertida por el libelista, quien se limitó a recoger múltiples opiniones inconexas y descontextualizadas que solo en apariencia respaldan a la indemostrada tesis de la complejidad del delito político y la subsunción en él del secuestro.

Considera que el cargo no debe prosperar.

4. La confesión como presupuesto de una rebaja de pena. Asegura que los artículos 28 y 32 de la Constitución Nacional precisan claramente la separación que existe entre las nociones de flagrancia y captura en nuestro sistema jurídico, en contraposición a la tesis planteada por los demandantes, quienes afirman su indisolubilidad.

Estos preceptos, no establecen una correlación intrínseca y conceptual según la cual flagrancia implique captura o signifique lo mismo que ella. Por el contrario, separan nítidamente lo que es un estado de sorprendimiento en el delito de lo que es la captura, para establecer entre ellas una relación de causa a efecto. En esta forma se concluye que flagrancia, captura, y captura en flagrancia, son situaciones diversas, que tienen efectos distintos.

Esta diferenciación es reafirmada por el derecho procesal penal, al atribuir a cada una de estas situaciones efectos procesales diversos. De acuerdo con lo previsto en el artículo 370, la flagrancia traduce sorprendimiento en la comisión del hecho punible, sin que esta sorpresa

esté condicionada a que quien advierte la realización de la conducta ilícita sea representante del poder estatal. Es una situación material, independiente de la presencia de la autoridad.

La relación que se establece, es por tanto entre el delincuente, su conducta y la percepción que de ésta hace un tercero -sea víctima o no del delito-. Es una situación de hecho regida por los criterios de actualidad, individualización y valoración. La primera, referida a la simultaneidad que debe existir entre la percepción del tercero y la conducta; la segunda, a la posibilidad de que éste identifique al autor; y, la última, al conocimiento que el tercero debe tener de la ilicitud de la conducta.

Esto permite concluir que la razón en el presente caso está de parte de los juzgadores, quienes negaron la rebaja de pena prevista en el artículo 299 del Código de Procedimiento Penal, no con fundamento en la inexistencia de la confesión, sino por haber sido sorprendidos los procesados en situación de flagrancia.

Cierto es que Romero Dimaté no reconoció a los indagados como quienes lo aprehendieron una semana atrás de su rescate, pero esta situación no desvirtúa la flagrancia, ya que es evidente que las personas que impedían sus desplazamientos, entre quienes se cuentan los procesados, se encontraban en situación de flagrancia respecto de la víctima. Por tanto, el cargo no debe prosperar.

5. Participación de los procesados a título de cómplices. Sostiene que este ataque se fundamenta en una visión equivocada de los hechos, en cuanto se apoya en la afirmación de que los procesados no participaron en la aprehensión del ofendido, sino que simplemente lo cuidaron y le suministraron alimentación, de suerte que su compromiso con este atentado solo puede ser reprochado a título de complicidad.

Esta proposición, además de adolecer de fallas técnicas en su formulación, es inadmisible frente a lo probado en el proceso. Los acusados bien pudieron haber permitido la liberación del secuestrado durante el tiempo que permaneció en su poder, pero resolvieron prolongar ilícitamente su privación de libertad.

El cuidado sin calificativos que alegan los recurrentes, no es otra cosa que la vigilancia del ofendido; la acción de los procesados iba más allá de su simple asistencia; era una función de vigilancia para que el secuestrado no escapara del dominio del grupo subversivo, de manera que entrañaba la realización de conductas propias de la retención de una persona, dirigidos a mantener a Romero Dimaté privado de su libertad, y por tanto la realización del hecho punible.

Su participación, por tanto, no puede entenderse como simple colaboración en el hecho ajeno, pues aceptaron ejecutar la conducta aportando su voluntad, conocimiento y capacidades físicas e intelectuales a la em-

presa común de limitar la libertad individual de una persona, dominando el hecho en una de sus fases ejecutivas, sin impedir la lesión del bien jurídico.

Respecto de la pretensión de uno de los censores en el sentido de que se aplique la justificante prevista en el numeral 1° del artículo 29 del Código Penal, la califica de desaguisada, en tanto que parte de la base de equiparar la legitimidad de las fuerzas regulares del Estado, a una no reconocida ni reconocible legitimidad de los grupos insurgentes.

Aparte de la imposibilidad jurídica de esta equiparación, cabría decir que a ningún resultado favorable podría conducir su aceptación, si se tiene en cuenta que la exención de responsabilidad, en tratándose del cumplimiento de órdenes superiores de autoridades competentes, no opera en relación con aquellos comportamientos que objetivamente implican la realización de un hecho punible, en tanto que un mandato que conduzca a la lesión de bienes jurídicos no constituye una orden legítima. Por lo demás, los subversivos no están revestidos de condiciones que les permitan el ejercicio de la fuerza legitimada.

Afirma la impertinencia de los argumentos de la acusación, y la consecuente improsperidad de la censura.

Se Considera

Siguiendo el orden lógico que impone el principio de prioridad de las causales en casación, la Sala analizará primero los cargos planteados al amparo de la tercera, para después aprehender el estudio de los propuestos con apoyo en la primera, agrupando los reproches que son comunes en las dos demandas.

Nulidades

1. Excepción de inconstitucionalidad.

Se equivoca el actor al pretender que la Sala aplique al principio de excepción de inconstitucionalidad respecto de normas que ya fueron declaradas exequibles por la Corte Constitucional. En esta materia rige también el principio de cosa juzgada, de acuerdo con el cual tales decisiones tienen carácter obligatorio y efecto *erga ommnes* (arts. 243 C. N. y 48 de la Ley 270 de 1996, estatutaria de la administración de Justicia), sin que resulte pertinente demandar de la autoridad judicial la aplicación de este principio a partir del desconocimiento de la decisión de exequibilidad, como lo hace el impugnante en el presente caso.

Plurales han sido los pronunciamientos de la Corte Constitucional sobre temas y aspectos relacionados con la justicia regional, donde ha llevado a cabo el análisis de sus disposiciones frente a los principios, derechos y garantías fundamentales cuyo quebrantamiento denuncia genéri-

camente el impugnante, sin haber encontrado entre ellos incompatibilidad. Para mencionar unos ejemplos, pueden citarse las sentencias C-053/93, C-093/93, cuyo texto en buena parte transcribe el Procurador Delegado en su concepto, y la C-040/97.

Aparte de lo expuesto, suficiente de suyo para sustentar la desestimación del reparo, comparte la Sala la apreciación de la Delegada, en el sentido de que su estudio resultaría imposible de ser realizado, puesto que el actor se distrae en disquisiciones teóricas, sin precisar las disposiciones respecto de la justicia regional que habiendo sido aplicadas en el presente caso, son incompatibles con los mandamientos constitucionales superiores, generando violaciones al principio del juez natural, el derecho de defensa o el debido proceso.

El cargo no prospera.

2. Incorporación del registro civil de nacimiento de Carlos Alberto Salgado Marín.

Cierto es que el defensor, mediante escrito de 30 de diciembre de 1992, visible a folios 180 del cuaderno original, solicitó al fiscal instructor allegar al proceso el registro civil de nacimiento de Carlos Alberto Salgado Marín, o remitirlo al instituto de medicina legal, con el propósito de establecer su edad, y que esta petición no mereció respuesta del funcionario, pero esta omisión no genera invalidación del proceso.

Para que una determinada irregularidad procesal pueda viciar de nulidad la actuación, es necesario que sea sustancial, y afecte las garantías de los sujetos procesales, o desconozca las bases fundamentales de la instrucción y el juzgamiento, aspectos cuya demostración corresponde al peticionario (artículo 308.2 del estatuto procesal).

Este requerimiento es desatendido por el censor, quien se limita a denunciar la omisión, sin demostrar la pertinencia de la prueba dejada de practicar, ni esforzarse en precisar de qué manera la no incorporación del documento, o la no práctica de la pericia, afectaron el principio del juez natural, que es hacia donde pareciera orientarse el cargo, según puede inferirse de la afirmación que hace en el sentido de que este medio probatorio era indispensable para establecer fehacientemente la edad del procesado, y el juez de su causa.

Además de esta inconsistencia técnica, la censura sería sustancialmente irrelevante, puesto que Salgado Marín en su injurada, de fecha 29 de septiembre de 1992, aseguró tener diecinueve (19) años de edad, sin que en el proceso exista elemento de juicio alguno que permita poner en duda sus afirmaciones en este sentido (fls. 13-1).

Y si lo pretendido por el censor es cuestionar la eficacia probatoria de su dicho, ha de recordarse que en materia penal rige el principio de liber-

tad probatoria, de acuerdo con el cual todo medio de prueba es idóneo para establecer los aspectos de la investigación, no siendo en consecuencia necesario que los atañederos a la edad deban ser acreditados con prueba documental o pericial, como parece insinuarlo el recurrente.

Se reafirma, entonces, la improsperidad de la censura.

3. Desconocimiento del alegato precalificatorio.

Al igual que en el cargo anterior, el demandante tiene razón en cuanto a la existencia de la informalidad, pero no respecto de su trascendencia, aspecto que por igual omite demostrar, limitando sus alegaciones a la afirmación de la nulidad como consecuencia jurídica.

Examinada la actuación procesal, se advierte que el censor presentó oportunamente en la Sección de Recepción de Correspondencia de la Secretaría Colectiva, un escrito de alegaciones precalificatorias, pero que su incorporación al expediente solo se hizo después de haberse proferido la decisión respectiva (fls. 223, 237, 248-1).

No obstante ello, ninguna afectación concreta llegó a tener esta informalidad en el derecho de defensa. De una parte, porque el demandante recurrió en apelación la resolución acusatoria, permitiendo que el superior estudiara y respondiera sus alegaciones, habiéndose convalidado por este modo la irregularidad, y porque las tesis jurídicas planteadas en su escrito fueron de todas formas analizadas por el a quo, por ser coincidentes con las expuestas por el Ministerio Público y el defensor del otro procesado.

Totalmente intrascendente, por tanto, resulta también este reparo.

Causal primera

1. Errónea interpretación del artículo 125 del Código Penal (Decreto 2266/91, art.8°, sub.1°) y falta de aplicación del 127 *ejusdem*.

La tesis expuesta por los Casacionistas en el sentido de que entre los delitos de rebelión y secuestro extorsivo de personas civiles ajenas al conflicto armado, existe una relación de extensión comprensión, en razón de que el primero recoge al segundo, debiéndose aplicar solo la pena prevista para el delito político, es jurídicamente insostenible.

La eximente de pena consagrada en el artículo 127 del Código Penal, hoy excluido del ordenamiento jurídico por haber sido declarado contrario a la Constitución Nacional (Sentencia No. C-456/97), comprendía únicamente los hechos punibles (delitos y contravenciones) cometidos en combate, siempre que no constituyeran actos de ferocidad, barbarie o terrorismo.

Esto significa que los realizados fuera de combate, o los que, habiendo sido cometidos dentro de éste, entrañaren actos de crueldad, atrocidad,

barbarie, o terrorismo, no quedaban cobijados por las bondades de esta preceptiva, debiendo ser considerados, en consecuencia, tipicidades autónomas, sujetas a las reglas establecidas para el concurso de hechos punibles.

El secuestro de personas civiles ajenas al conflicto armado interno, está proscrito por el derecho internacional humanitario como medio o método de guerra, razón por la cual su ejercicio deviene ilegítimo. De allí que no pueda ser catalogado como actividad propia de la empresa subversiva, ni como acto de combate.

Además de esto, constituye un hecho atroz e inhumano, que enerva cualquier posibilidad de aplicación del citado artículo 127 del Código Penal, aún en el evento de llegarse a aceptar que esta ilícita y cruel actividad delictiva constituye un acto de guerra, propio de la contienda política.

El carácter atroz de esta conducta ilícita ha sido afirmado por la propia ley (art. 14 ley 40 de 1993), y destacado por la Corte Constitucional en repetidos pronunciamientos de exequibilidad de normas relacionadas con ella, como puede ser apreciado en el siguiente aparte de la Sentencia C-069/94:

"El delito de secuestro puede considerarse como uno de los más graves que lesionan la sociedad, así, en principio, sus víctimas sean uno o varios individuos en particular. El Estado de indefensión en que se coloca a la víctima y el efecto de inestabilidad social que genera, sumados a la amplia gama de derechos fundamentales que se ven violados con la comisión de este delito, ameritan que se le califique, con razón, como un delito atroz y un crimen de lesa humanidad. En efecto, además de poner en peligro el más preciado de los derechos humanos, el derecho a la vida y de atentar contra el derecho a la libertad (arts. 12, 13, 28) y a la dignidad del hombre, el secuestro vulnera otros muchos derechos fundamentales, como son el derecho a la seguridad (art. 21), el derecho a la familia (arts. 5 y 42), el derecho a la intimidad (arts. 15 y 42), el derecho al libre desarrollo de la personalidad (art. 16), el derecho a la libre circulación (art. 24), el derecho al trabajo (art. 25), el derecho a la participación (art. 40) y toda una gama de derechos conexos con los anteriores. Siendo pues un delito atroz nada justifica que se lo pueda considerar como delito político, ni que sea excusado por motivación alguna, pues contra el hombre como sujeto de derecho universal no puede haber actos legitimizados.

"El medio empleado en el delito de secuestro siempre será desproporcionado, así se alegue como pretexto para cometerlo un fin honesto. Y ello porque la acción directa afecta el bien más esencial del hombre, junto con la vida, que es su libertad. Además, torna en condicional el derecho a la vida, y todos sus derivados jurídicos. Es, en definitiva, cosificar a la persona humana, lo que, a todas luces, constituye un atentado contra su dignidad y el orden jurídico total. Si se relativiza la dignidad humana, fin esencial del Estado Social de Derecho (arts. 1° y 2° C.P.) todo el derecho pierde consistencia y se torna en

contingente, variable con las disposiciones de turno, con lo cual la objetividad necesaria del ordenamiento jurídico desaparecería".

Estas consideraciones y las expuestas por el Procurador Delegado en su concepto, que la Sala comparte, resultan suficientes para concluir que los juzgadores de instancia no cometieron error alguno al condenar a los procesados José Darío Avellaneda Tovar y Carlos Alberto Salgado Marín por un concurso de hechos punibles, absteniéndose de dar aplicación a lo establecido en el artículo 127 del Código Penal.

No puede la Corte dejar de precisar que en la actualidad, ante la declaratoria de inexequibilidad de la referida disposición penal, y el contenido de la decisión del órgano de control constitucional, los comportamientos delictivos que no sean elemento o circunstancia integrante de la configuración típica del delito de rebelión, deben, sin excepción, recibir tratamiento de hechos punibles concursales.

El cargo no prospera.

2. Reducción de pena por confesión.

Para que pueda tener operancia la rebaja de pena establecida en el artículo 299 del Código de Procedimiento Penal (modificado por el 38 de la Ley 81/93), es requisito indispensable que el confesante no haya sido sorprendido en flagrancia, y que la confesión sea eficaz, de suerte que a la decisión de condena se haya llegado por razón de ella, constituyéndose en soporte esencial e imprescindible de dicho pronunciamiento.

Se entiende que existe sorprendimiento en flagrancia cuando el autor o partícipe del hecho ha sido visto e identificado en cualquiera de las situaciones fácticas señaladas en el artículo 370 *ejusdem*, o cuando en iguales circunstancias se produce su captura, según lo ha venido sosteniendo la Sala en criterio reiterado de mayoría (Cfr. Casación de agosto 19 de 1997, Magistrado Ponente Dr. Jorge E. Córdoba Poveda, entre otras).

La configuración de esta situación es negada por los demandantes, quienes sostienen que Avellaneda Tovar y Salgado Marín no fueron aprehendidos en el momento mismo de la liberación de la víctima, sino el día siguiente, y que dentro del marco de estas concretas circunstancias fácticas no es posible sostener que su apresamiento sobrevino en flagrancia.

Esta apreciación de los hechos es incompleta, pues los Casacionistas se limitan a destacar el tiempo transcurrido entre estos dos episodios, dejando de lado el examen de las circunstancias que precedieron el acto final de las capturas, y desconociendo los supuestos fácticos de la decisión impugnada.

La aprehensión de los procesados no fue un acto desvinculado de la acción iniciada el día anterior, sino el resultado de la operación militar, que comprendió varios hechos (toma de la vivienda, retención de elemen-

tos, liberación del secuestrado y capturas), todos secuenciales, llevados a cabo en la misma zona, donde los sindicados no tenían cómo justificar su presencia, y la adversidad de las circunstancias y la presión militar, hicieron que abandonaran sus improvisados refugios para entregarse a las autoridades.

Dentro de este contexto fáctico, no cabe duda que los procesados Avellaneda Tovar y Salgado Marín fueron apresados dentro de una de las circunstancias previstas en el citado artículo 370 del Código de Procedimiento Penal, concretamente en situación de cuasiflagrancia, que se presenta cuando después de haber sido realizado el delito, los autores o partícipes son perseguidos por la autoridad, o cuando por voces de auxilio se pide su captura, según ha sido precisado por la jurisprudencia de la Corte (Cfr. Casación citada).

Un argumento adicional para rechazar la rebaja de pena pretendida por los impugnantes, es que la confesión no constituyó fundamento esencial de la sentencia, como es lo exigido para que opere la diminuente, aspecto al cual se refiere expresamente el Juez de primera instancia, en los siguientes términos: "...la Honorable Corte Suprema de Justicia ha sostenido que para que opere la rebaja de pena por confesión es indispensable que esta figura sea la base de la sentencia lo cual no sucede en el presente caso, ya que si esta no hubiese existido necesariamente hubiesen sido condenados por la demás prueba que obra al expediente legalmente producida" (fls.335-1. Negrillas de la Sala).

Se desestima por tanto la censura.

3. *Justificación del hecho*

El planteamiento del cargo en los términos en que lo hace el impugnante, causa perplejidad. Los dirigentes de los grupos subversivos no tienen la condición de autoridad legítima, ni quienes militan en estas organizaciones cumplen deberes legales, como para pensar que los procesados actuaron amparados por las causales de justificación previstas en los numerales 1° y 2° del artículo 29 del Código Penal, al ejecutar los hechos investigados.

El recurso extraordinario de casación por lo demás, ha sido instituido como mecanismo de protección y defensa de la ley, de la normatividad jurídica positiva (función nomofiláctica), no de salvaguarda del delito ni la ilegalidad.

El cargo no puede prosperar.

4. *Complicidad*

Cierto es que los procesados no participaron en el acto de aprehensión de la víctima del secuestro, ni tuvieron conocimiento previo de su

realización, pero esto no significa que no sean autores de este delito, como lo sostienen los demandantes en sus escritos.

El delito de secuestro no solo lo cometen quienes apresan o arrebatan a la víctima; también lo realizan quienes la mantienen privada de libertad, así no hayan participado en el acto de aprehendimiento, ni hayan tenido conocimiento del mismo, pues el secuestro es un tipo penal de conducta alternativa, siendo la retención una de ellas.

En los secuestros realizados por los grupos subversivos, o la delincuencia común organizada, es normal que el acto de aprehensión de la víctima se ejecutado por personas distintas de las que intervienen en la retención, o que en esta segunda fase del decurso criminal se presenten relevos de personal por seguridad o conveniencia, sin que ello quiera decir que solamente los primeros ejecutaron la conducta típica.

En el presente caso, se tiene que Avellaneda Tovar y Salgado Marín no solo desarrollaban actividades de asistencia y manutención de la víctima, como pretenden hacerlo ver los recurrentes en el propósito de defender la tesis de la complicidad, sino que ejecutaban autónomamente actos de retención, en cuanto eran los encargados de su vigilancia y custodia, comportamiento que los ubica como coautores indiscutibles del hecho delictivo.

Se desestima el cargo.

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

RESUELVE:

NO CASAR la sentencia impugnada.

Devuélvase al tribunal de origen. Cúmplase.

Jorge Enrique Córdoba Poveda, Fernando Arboleda Ripoll, Ricardo Calvete Rangel, salvo parcialmente el voto; *Carlos Augusto Gálvez Argote, Jorge Aníbal Gómez Gallego, Edgar Lombana Trujillo, Carlos E. Mejía Escobar, Didimo Páez Velandia, Nilson Pinilla Pinilla.*

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

ACLARACION DE VOTO

Como comparto la decisión que se toma, me limito a aclarar el voto en cuanto al concepto de sorprendimiento en flagrancia sin captura, pues como he expresado en otras oportunidades, creo que para que la flagrancia produzca los efectos jurídicos que se le atribuyen debe estar acompañada de la captura.

La sustentación de ese planteamiento la he repetido en varios salvamentos de voto, por lo tanto a ellos me remito.

Ricardo Calvete Rangel

Magistrado

Fecha *ut supra*

TERMINACION ANTICIPADA DEL PROCESO/ SENTENCIA ANTICIPADA-Interés para recurrir/ NULIDAD

Podrá reconocerse e insistirse, entonces, en que le asiste facultad e interés a la defensa para interponer en casación y bajo la causal tercera un cargo de nulidad de la actuación, cuando ésta ha culminado bajo la aplicación del artículo 37 del Código de Procedimiento Penal, mas, siempre y cuando que bajo el mismo no se pretenda apenas disimular un vedado propósito de rectificar o recoger la aceptación libre y válida de cargos, bajo la cual llegó a proferirse el fallo anticipado de condena.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Santafé de Bogotá, D.C., dos (2) de diciembre de mil novecientos noventa y ocho (1998).

Magistrado Ponente: Dr. *Edgar Lombana Trujillo*

Proceso No. 11741

Aprobado por Acta No.185

Decide la Corte el recurso extraordinario de casación interpuesto por el defensor de Carlos de Jesús García Gómez contra la sentencia anticipada de diciembre 17 de 1.994, mediante la cual el Tribunal Nacional condenó a dicho procesado a 13 años y 8 meses de prisión por los delitos de homicidio -agravado- y porte ilegal de armas de defensa personal.

ANTECEDENTES

1. En el sector de Belén, carrera 76 con calle 20 de la ciudad de Medellín, fue muerto de varios disparos de revólver el agente de la Policía Nacional -F-2- Julio Roberto Pedraza Cadena. El homicida, Carlos de Jesús García Gómez, salió corriendo portando aún -y sin salvoconducto- en una de sus manos el respectivo revólver. Agentes uniformados que estaban en dicho sector, le dieron captura, admitiendo el aprehendido que había cometido el hecho por 10 o 15 mil pesos, ya que "necesitaba para el vicio".

El agredido Pedraza Cadena falleció instantes después en la clínica del lugar.

2. La Fiscalía Regional de Medellín abrió investigación (fl. 50), escuchó al imputado en indagatoria (fl. 51) y éste negó ser el autor del homicidio, diciendo que el mismo lo cometió un individuo apodado "Pocho", no obstante, acepta que él sí tenía el revólver que le fue incautado.

Decidida la detención preventiva de García Gómez (fl. 57), se practicaron otras pruebas y, en trámite de ejecutoria del auto de cierre de la instrucción (fl. 186), sindicado y defensor pidieron sentencia anticipada (fl. 190); el juez Regional celebró la correspondiente audiencia de admisión(fl. 211), en la que el procesado, asistido de su defensor aceptó que con un revólver sin salvoconducto, aquél había matado al agente Pedraza Cadena, porque necesitaba "para el vicio" los 15 mil pesos que le dieron al efecto.

El 10 de febrero de 1994 el Juzgado Regional dictó sentencia en armonía con la acusación y condenó al procesado a la pena principal de 13 años y 8 meses de prisión (fl. 222), fallo que, apelado por el defensor de García Gómez, fue enteramente confirmado por medio del que es objeto del recurso extraordinario (fl. 6 cdno. Tribunal).

DEMANDA

Primer cargo

Al amparo de la causal de nulidad prevista en el artículo 220-3 del Código de Procedimiento Penal el Casacionista afirma que "el proceso fue tramitado y fallado por funcionarios judiciales que carecían de competencia para ello" (fl. 32 cdno. Nro.3) y agrega que "en cuanto hace relación a la etapa del juicio, la nulidad por incompetencia abarca tanto el aspecto territorial como el funcional" (fl. 34).

Anota que en el presente caso "ninguna prueba avala" (fl. 36) la conclusión del sentenciador en el sentido de que el homicidio en el policía Julio Pedraza haya sido cometido "en razón de su cargo y enmarcado dentro del plan terrorista que afecta la ciudad de Medellín" (fl. cit.), pues la afirmación del procesado en el sentido de que ni siquiera conocía al referido agente, está corroborada por la realidad procesal, cayendo, pues "por su propia base la finalidad terrorista en la acción homicida que se le endilga a mi asistido" (fl. 37 supra), además de que, como dicen los agentes que capturaron al acusado, éste "les manifestó que le habían pagado diez mil pesos para matarlo, los mismos que destinaría para la compra del vicio que lo esclavizaba hasta extremo tan degradante" (fl. cit.).

Concluye entonces en que se "erró en la denominación jurídica de la conducta atribuida a mi asistido" (fl. 38), como que no hay fines terroristas, reiterando la nulidad al tenor del artículo 304-1 del Código de Procedimiento Penal.

Segundo cargo

Este reproche lo hace dentro del marco del referido artículo 220-1, cuerpo 1° y precisa que "cuando el juez de primera instancia, en orden a agravar la pena de mi pupilo, califica la modalidad de su acción como particularmente grave, no sólo no ajusta su razonamiento a los postulados de la sana crítica, sino que incurre en falso juicio de existencia, en tanto predica ese estado de sorpresa especial del agente Pedraza, sin prueba alguna que lo respalde" (fl. 41), y entra el censor en una personal apreciación probatoria al respecto, y concluye que "este error de hecho impregna la decisión del ad quem" (fl. 42) y añade que dicho error se enmarca dentro "del cuerpo segundo de la causal primera del artículo 220 del C.P.P." (fl. cit.).

A continuación se refiere al falso juicio de existencia cometido por ignorar el fallador la prueba sobre "la condición de drogadicto de su asistido, lo cual desconoce "la presencia en este caso de la causal de atenuación contenida en el numeral 4° del artículo 64 C.P." (fl. cit).

Sin solución de continuidad el actor menciona la violación directa del mencionado artículo 30 (decreto 180 de 1.988), porque no obstante aceptar el hecho tal como lo planteó la judicatura, censura la interpretación que le dio a la disposición. (fl. 43).

Demanda entonces el Casacionista que se case el fallo y

1. Se decrete la nulidad a partir de la clausura investigativa enviando el proceso a los jueces del Circuito de Medellín y,

2. Que, subsidiariamente, "se ajuste la pena a los límites que manda la justicia y la equidad" (fl. 44).

CONCEPTO DE LA PROCURADURIA

El señor Procurador Segundo Delegado en lo Penal advierte primeramente que, como en este caso se dictó sentencia anticipada, "la impugnación por parte de la defensa se encuentra limitada" (fl. 10 concepto) y cita en apoyo la sentencia de casación de marzo 8 de 1996 (M.P. Dr. Jorge Enrique Córdoba Poveda), limitación que atañe a "discusiones de dosificación de la pena, subrogado de la condena de ejecución condicional y la extensión del dominio sobre bienes".

Anota que en la demanda se discute inicialmente la nulidad por falta de competencia, discusión que "apareja" con consideraciones con respecto a la calificación delictual, al sostener que el procesado García Gómez no procedió "con ánimos terroristas" y agrega que frente a esa alegación el Casacionista "carece de legitimidad para recurrir, en tanto que sus reproches se ubicaron en la discusión relativa de aspectos de adecuación típica; dialécticas que se salen de los puntuales (sic) intereses para recurrir

de acuerdo a la norma referenciada", artículo 37B-4 del Código de Procedimiento Penal (fl. 13).

Dice que, no obstante, el censor en este primer cargo mezcla alegaciones que corresponden a otras causales de nulidad del artículo 304 del Código de Procedimiento Penal, como la vulneración del debido proceso y del derecho de defensa.

En su sentir, pues, el cargo no debe prosperar.

"Del cargo subsidiario" (fl. 14 id.).

Opina que como el Casacionista discute la aplicación de la agravante contenida en el artículo 66-5 del Código Penal, tiene legitimidad para recurrir (fl. 15.), pero "como quiera que el fallador no hace referencia a una normativa particular, esta circunstancia puede tomarse dentro de los criterios generales señalados en el artículo 61 del Estatuto Penal, para fijar la pena, por lo que la censura del libelista queda fuera de contexto" (fl. cit.).

En cuanto a la no aplicación de la atenuante contemplada en el artículo 64-4 del Código en mención ("la influencia de apremiantes circunstancias personales o familiares en la ejecución del hecho"), por estar, a juicio del actor, demostrado que el procesado era un drogadicto cuando delinquió, en criterio de la Delegada esa pretensión no debe prosperar, ya que "no se puede decir que la necesidad por consumir sustancias farmacodependientes, lleve necesariamente a quitarle la vida a un semejante para obtener dinero para este fin. Si bien es cierto que la dependencia en la mayoría de los casos es inevitable, no por esto puede excusar o atenuar una conducta tan grave como el homicidio. Diferente sería la situación si se tratara de un hurto simple, por ejemplo, pues hay que considerar también, la proporcionalidad de los intereses o bienes jurídicos que intervienen, e igualmente se debe concluir que no se pueden equiparar desde ningún punto de vista, la necesidad por satisfacer un vicio, con el preciado bien de la vida" (fl. 16).

Cree que la interpretación que hizo el sentenciador del artículo 30 del Decreto 180 de 1988, es correcta, pues basta que se reconozca la existencia de una sola causal de agravación, para que se pueda imponer el tope máximo de la respectiva pena.

Pide entonces a la Corte no casar el fallo.

Consideraciones de la Corte

Primer cargo

Es evidente en la formulación de esta primera censura la falta de interés del Casacionista para acusar el fallo de segundo grado, como bien lo

estima el Ministerio Público, pues de la revisión del texto pertinente de la demanda, y en su cotejación con el proceso, lo que de bulto asoma es la voluntad de controvertir ahora, sin lealtad para con la justicia, y so pretexto de una nulidad por falta de competencia, hechos y valoraciones expresa y libremente admitidos por el procesado y su defensor con ocasión de la diligencia de aceptación de cargos para sentencia anticipada.

En efecto, fácil resulta descubrir que la causal de nulidad invocada -incompetencia- tendría como supuesto una variación en la estructura misma del delito, porque mientras que el auto de detención, el cargo, su aceptación y la sentencia, parten de la adecuación del hecho a la descripción típica prevista en el artículo 29 del Decreto 180 de 1988, adoptado como legislación permanente por el Decreto 2266 de 1991, en su artículo 4o., el impugnante busca la variación de esa calificación a la del artículo 323 y 324 del Código Penal.

Como de la disímil adecuación de la conducta derivaría el cambio de competencia pretendido, no ofrece dificultad alguna identificar los verdaderos fines perseguidos por el Casacionista, quien al dar por supuesto lo que le correspondería probar se hallaría incurso en una verdadera petición de principio.

Por ello, y acorde con la crítica del Ministerio Público se observa cómo el esfuerzo del censor se aplica no a demostrar que de los hechos debieron conocer y juzgar los jueces ordinarios a cambio de los de orden público, sino ante todo a objetar los medios probatorios sobre los cuales reposa la calificación de la conducta, lo que devela el verdadero interés del Casacionista por desconocer y controvertir aquello que junto a su representado había reconocido en la diligencia de aceptación de cargos.

En efecto, si se repasa el acta de aquella diligencia llevada al folio 211 y siguientes del expediente, pronto se encuentra que frente a la ubicación del hecho y redacción de los cargos bajo la descripción legal del artículo 29 del Decreto 180 de 1988 "nominado como homicidio con fines terroristas", en concurso con la violación al Decreto 3664 de 1986, artículo primero, el procesado respondió "Si, los acepto, si acepto los cargos", a lo que adicionó su defensor "estimo que los cargos formulados están conformes al estado probatorio del sumario y que la aceptación de mi defendido ha sido libre y voluntaria."

Luego tratar ahora, so pretexto del planteamiento de una nulidad, ni más ni menos que de rectificar aquella aceptación, la que por ministerio de la ley no se admite revocable, resulta un acto ajeno a las facultades e interés de la defensa tanto en el recurso de apelación como en el extraordinario que ahora intenta, por lo que en ocasión que el Ministerio Público recuerda, ya había advertido esta Sala de Casación Penal que,

"...*la consagración normativa que se hace en precedencia (artículo 37-B del C. de P.P., numeral 4) es producto de una lógica interrelación de los prin-*

cipios orientadores referidos, pues no sería entendible y mucho menos razonable que aceptada libre y voluntariamente la responsabilidad penal, con sus consecuencias jurídicas, posteriormente sobrevenga su propia negación, lo que sin discusión no sólo contraría el instituto referido, sino que al mismo tiempo lo haría inoperante

Ahora bien ello no descarta que el desarrollo de este abreviado trámite queden eventualmente expuestos derechos y garantías fundamentales que la Carta Política contempla por encima de cualquier actuación judicial, razón por la cual el mismo instituto prevé la posibilidad de no dictar sentencia cuando el juez advierta violación de garantías fundamentales. Si ellas son desconocidas, inmediatamente surge el interés para recurrir. Por ejemplo: por inasistencia del defensor a la diligencia de formulación de cargos, incompetencia del juez, vicios en el consentimiento del procesado (error, fuerza), incongruencia entre la sentencia y los cargos admitidos, etc.". (sent. marzo 8 de 1996 M.P. Dr. Córdoba Poveda).

Podrá reconocerse e insistirse, entonces, en que le asiste facultad e interés a la defensa para interponer en casación y bajo la causal tercera un cargo de nulidad de la actuación, cuando ésta ha culminado bajo la aplicación del artículo 37 del Código de Procedimiento Penal, mas, siempre y cuando que bajo el mismo no se pretenda apenas disimular un vedado propósito de rectificar o recoger la aceptación libre y válida de cargos, bajo la cual llegó a proferirse el fallo anticipado de condena.

El cargo, por lo expresado, no prospera.

Segundo cargo

Este reproche subsidiario se hace al amparo del artículo 220-1, cuerpo 1° del Código de Procedimiento Penal, pero si bien se aduce la violación directa de la ley, y en un comienzo las consideraciones sobre la pena y su graduación dejan entrever que argumenta una interpretación errónea de los artículos 61 y ss. y 324 del Código Penal, abruptamente se desvía hacia la crítica probatoria, esto es hacia la violación indirecta de la ley, ya que cuando se refiere a los 2 años que inicialmente aumentó el juzgador" porque tomó a la víctima sorpresivamente, sin posibilidad de defenderse", dice que con tal consideración la sentencia "no se ajusta a los postulados de la sana crítica, sino que incurre en un falso juicio de existencia, en tanto predica ese estado especial de sorpresa del agente Pedraza, sin prueba alguna que lo respalde" (fl. 41 cdno. Tribunal) y a continuación se dedica a hacer apreciaciones probatorias subjetivas para concluir diciendo que se aplicó indebidamente el artículo 66-5 del Código Penal por "error de hecho que impregna la decisión del *ad quem*" (fl. 42 supra), lo cual se ciñe a lo dispuesto en el "cuerpo segundo de la causal primera del art. 220 del C.P.P." (Id).

Como se ve, en un mismo cargo o capítulo mezcla dos motivos diversos y excluyentes de casación, ya que -es de sobra sabido por lo insistentes

que han sido la doctrina y jurisprudencia al respecto- la violación directa de la ley, como su nombre lo indica, entraña un error sobre ella misma, sin que medie en ese proceso equivocado referencia crítica a la estimación de la prueba, pues cuando esto último ocurre, la violación es indirecta o mediata, porque (el medio para arribar a la violación de la ley sustancial sería aquí los medios probatorios.

Luego el discurso continúa (fl. 42) sobre la dicha violación indirecta, sosteniendo que no se tuvo en la cuenta el peritaje que rindió Medicina Legal sobre el acusado, dejándole de reconocer al mismo la atenuante genérica del artículo 64-4 del Código Penal, sin reparar en que el sentenciador sí consideró expresamente dicho dictamen que concluyó la imputabilidad del acusado (fl. 234 cdno. N°.1).

En este mismo reproche vuelve el censor a pasar a la violación directa del artículo 30 del Decreto 180 de 1988 (homicidio agravado por precio o promesa remuneratoria) y señala que "censuramos la interpretación que se le dio a la disposición" (fl. 43 se subraya).

Sin perjuicio de las fallas "de técnica" anotadas, no sobra decir que lo que el Casacionista no comparte es que el sentenciador, con base en esa sola agravante (literal e, art. 30 cit) haya aumentado la pena hasta su tope máximo, es decir, en una quinta parte, aspecto sobre el cual el ad quem argumentó a folios 13 y 14 del fallo impugnado:

"Así tenemos que en el caso de autos el a quo, podía agravar la pena con base en cualquiera de las causales, una o varias, hasta en una quinta parte de la pena. De otra parte, la Corporación estima sano el criterio de dosificación hecho por el Juez ya que la circunstancia del "precio o promesa remuneratoria" en el homicidio denota un grado supremo de insensibilidad en el delincuente que justifica especial reproche. El asesinar no puede convertirse en un lucrativo negocio y la vida no puede depender de uno o varios billetes que cualquier asesino deposite en manos de un individuo en quién pudo más la torpe necesidad del vicio, que el respeto a la vida de un servidor de la patria".

Mas, sin que la simple discrepancia de criterio del impugnante con el fallador se halle constituida en causal de casación, con la improsperidad de este cargo deviene el fracaso de la demanda, por lo que la sentencia recurrida, no se casará.

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

RESUELVE:

NO CASAR el fallo impugnado. En firme esta providencia, devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

Cópiese y cúmplase.

Jorge Enrique Córdoba Poveda, Fernando Arboleda Ripoll, Ricardo Calvete Rangel, Carlos Augusto Gálvez Argote, Jorge Aníbal Gómez Gallego, Edgar Lombana Trujillo, Carlos E. Mejía Escobar, Didimo Páez Velandia, no firmó; *Nilson Pinilla Pinilla*.

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

LIBERTAD PROVISIONAL/
LIBERTAD CONDICIONAL/ ANTECEDENTES

Desde ya debe la Sala precisar que la negativa de la libertad provisional o del subrogado de la libertad condicional, no constituye una circunstancia de agravación punitiva, y menos que las razones que llevan al juzgador para afirmar el necesario tratamiento penitenciario por la totalidad de la pena, implique un doble juzgamiento por la gravedad y modalidades del hecho punible. En realidad, no es cosa distinta que la verificación y declaración por ausencia de los requisitos legales que debe cumplir quien aspira a una liberación anticipada, pues como lo ha puntualizado reiteradamente la Corte "el otorgamiento de la libertad condicional cuyo análisis provisional se busca entre a repercutir aquí en la excarcelación del procesado, implica la coincidencia de una doble labor de diagnóstico y pronóstico sobre el penado, recayendo la primera sobre la reunión de las exigencias de personalidad, buena conducta carcelaria y antecedentes de todo orden, y presuponiendo la segunda un juicio de valor sobre la readaptación social y buena conducta futura".

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Santafé de Bogotá, D.C., dos (2) de diciembre de mil novecientos noventa y ocho (1998).

Magistrado Ponente: Dr. *Edgar Lombana Trujillo*

Proceso No. 12509

Aprobado Acta No. 185

El defensor del procesado Juan Diego Patiño Congote, quien se halla detenido en la Cárcel del Distrito Judicial de Medellín "Bellavista", solicita que se le otorgue a su representado la libertad provisional, pues considera que reúne todos los requisitos objetivos y subjetivos para ser acreedor al beneficio consagrado en el artículo 72 del Código Penal.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

1° Un Juzgado Regional de Medellín, mediante sentencia de fecha 28 de julio de 1995, condenó a Patiño Congote a la pena privativa de la libertad de noventa y nueve (99) meses de prisión y multa equivalente a treinta

(30) salarios mínimos mensuales como autor de la infracción descrita en el artículo 33 de la Ley 30 de 1986, agravada conforme al artículo 38 *ibidem*, sanción que fuera confirmada por el Tribunal Nacional en fallo calendado el 13 de diciembre siguiente.

El procesado fue privado de su libertad el 21 de junio de 1994, permaneciendo inicialmente bajo custodia policial en las habitaciones 508 y 516 de la Clínica Soma en Medellín (fl. 2), dictándose en su contra medida de aseguramiento de detención preventiva sin beneficio de excarcelación con Resolución de fecha 6 de julio siguiente (fl. 78), es decir, a la fecha ha permanecido en detención efectiva cincuenta y tres (53) meses y once (11) días.

En oportunidad pasada Patiño Congote acompañó a similar solicitud de excarcelación certificado de trabajo por el periodo comprendido entre el mes de octubre (parcial) de 1997 y junio del corriente año, acreditando durante dicho lapso 1.704 horas en lavandería (fl. 11), labor que también cumplió durante los siguientes meses de julio a octubre (fl. 64), acreditando 832 horas adicionales para un total de 2.536, las que de conformidad con lo previsto en el artículo 82 de la Ley 65 de 1993 le representan una redención de pena equivalente a cinco (5) meses y ocho (8) días. Por estudio se le certifican 2.964 horas correspondientes al periodo de mayo de 1995 a octubre (parcial) de 1997 (fl. 51), las que de conformidad con lo previsto en el artículo 97 *ibidem* le permiten una rebaja equivalente a ocho (8) meses y siete (7) días, para un acumulado de sesenta y seis (66) meses y veintiséis (26) días, superiores en esta oportunidad a las dos terceras partes de la pena impuesta en las sentencias de instancia que corresponden a sesenta y seis (66) meses de prisión.

Acreditado el requisito cuantitativo de la pena a que se refiere el artículo 72 del Código Penal, se tiene que Patiño Congote ha observado buena conducta durante el tiempo en reclusión y que no presenta Antecedentes penales ni contravencionales, no obstante lo cual, su personalidad no permite realizar un pronóstico favorable de su readaptación social, lo que hace necesario su tratamiento penitenciario hasta el cumplimiento total de la sanción impuesta.

Patiño Congote el 21 de junio de 1994 fue trasladado a la Clínica Soma en Medellín, con lesiones producidas por la explosión que se presentara en el inmueble ubicado en la calle 63 No. 80 A 89 del Barrio Robledo, sitio en el cual fue hallada base de coca, recipientes de metal y plástico, químicos como ácido clorhídrico, alcohol etílico, amoniaco, acetona, 5 hornos microondas, elementos todos propios del procesamiento de estupefacientes (cocaína), es decir, que allí funcionaba un laboratorio para esa finalidad, lo que indica una clara industria destinada al narcotráfico y a su comercialización, lo que de suyo hace improcedente la pretensión liberatoria del libelista en favor de su representado.

Afirma la defensa que Juan Diego Patiño Congote "ha sido una persona honesta y de bien, que toda la vida ha demostrado interés por el trabajo lícito. muestra de lo anterior es su hoja de vida que carece de Antecedentes penales y de policía y que durante el tiempo que ha estado detenido ha tratado de adaptarse a las normas establecidas por el centro penitenciario, dedicando la mayor parte del tiempo al estudio, al trabajo y a colaborar solidariamente con los eventos que organiza el centro carcelario".

"Con los elementos de juicio descritos en acápites anteriores está usted señor Magistrado en las condiciones establecidas por la norma que se pretende darle aplicación, y deberá concedérsele a mi defendido LA LIBERTAD PROVISIONAL por cuanto se reúnen a cabalidad todos los requisitos necesarios para ello (fls. 60 y 61).

Con relación a lo anteriormente planteado por el libelista, debe la Corte hacer énfasis en que la documentación aportada, si bien demuestra un progreso en su resocialización para la vida en libertad, no resulta suficiente para modificar su ya reiterado pensamiento frente a la personalidad del reo, cuya evaluación corresponde exclusivamente al Juez, pues la labor cumplida por las autoridades carcelarias, constituye en esencia la razón de las distintas fases del tratamiento penitenciario y la concesión por vía administrativa de los beneficios especiales contemplados en la Ley 65 de 1993.

En manera alguna, el concepto de las autoridades carcelarias debe imponerse sobre la valoración que por mandato legal corresponde al Juez, ya que los institutos de la libertad provisional y libertad condicional, se rigen conforme a lo previsto en el artículo 55 de la Ley 81 de 1993 y el artículo 72 del Código Penal, es decir, que no solamente deben ser tenidos en cuenta el tiempo efectivo en reclusión, sino también la conducta durante el mismo lapso, sus Antecedentes de todo orden y lo más importante, su personalidad.

Desde ya debe la Sala precisar que la negativa de la libertad provisional o del subrogado de la libertad condicional, no constituye una circunstancia de agravación punitiva, y menos que las razones que llevan al juzgador para afirmar el necesario tratamiento penitenciario por la totalidad de la pena, implique un doble juzgamiento por la gravedad y modalidades del hecho punible. En realidad, no es cosa distinta que la verificación y declaración por ausencia de los requisitos legales que debe cumplir quien aspira a una liberación anticipada, pues como lo ha puntualizado reiteradamente la Corte "el otorgamiento de la libertad condicional cuyo análisis provisional se busca entre a repercutir aquí en la excarcelación del procesado, implica la coincidencia de una doble labor de diagnóstico y pronóstico sobre el penario, recayendo la primera sobre la reunión de las exigencias de personalidad, buena conducta carcelaria y Antecedentes de todo orden, y presuponiendo la segunda un juicio de valor sobre la readaptación social y buena conducta futura".

Para el caso concreto, siendo de obligatoria referencia el estudio de los 'antecedentes de todo orden' que pueda registrar el acusado y que en particular han de revelarse al interior del expediente, no cumpliría la judicatura su función si se mostrase ajena a la necesidad de consultarlos, lo que la obliga a tomar particular interés en el análisis conjunto de los rasgos de personalidad y Antecedentes individuales, familiares y sociales de comportamiento, con miras a determinar si ha operado en realidad una rehabilitación y por lo mismo un cambio en los factores que condujeron a la comisión del delito y justificaron la imposición de pena, para animar a la cesación de su efectivo cumplimiento, o si por el contrario esas condiciones permanecen invariables o constituyen todavía un factor de riesgo que interfiera para el reacomodamiento social del procesado con provecho tanto para la comunidad como para él mismo, caso éste último en el que se tendría que mantener su estatus de interno.

Lo anterior, por consiguiente, "...impide que sobre la sola base de unas bondadosas referencias personales pueda operar esa valoración integral, y sobre todo prescindiendo de las condiciones bajo las cuales se llegó a cometer la infracción juzgada, porque jamás podrá equipararse esta valoración para los casos de un delito pasional u ocasional, con las que se refieren a un delito cuya comisión ha implicado el montaje de una verdadera empresa que no desaparece por el solo hecho de la entrega o captura de uno o algunos de sus integrantes, dado que en éste último caso, es responsabilidad del juez ante la ley y la comunidad, la de tomar certeza y contar con garantía en cuanto aquella organización preparada para la actividad ilícita haya desaparecido real y radicalmente, o distanciado por lo menos e irrevocablemente de su actividad al sentenciado, ya que de otro modo, flaco servicio se le prestaría a la sociedad y al cumplimiento de los fines de la pena, con simplemente anticipar la posibilidad de que el sentenciado se reincorpore a aquel ambiente y retome aquellos medios y propósitos que lo habían llevado a la comisión de su infracción".

Ya la Sala en casos similares ha puntualizado y ahora reitera su criterio, según el cual "...con el complejo montaje de una actividad de producción, comercialización y exportación de sustancias estupefacientes que involucran la actividad de todo un grupo muy bien seleccionado, organizado y disciplinado de individuos que en sus diversas escalas se dedican al cultivo de las plantas, a la recolección de las cosechas, luego al proceso de elaboración e industrialización de los productos vedados, posteriormente a su almacenamiento y transporte y por último a su distribución y mercadeo, sin descontar -se infiere de la prolongación de esa actividad en el tiempo- el compromiso de autoridades corruptas".

"Tan complejas organizaciones y actividades, elaboradas y cuidadosamente concebidas y ejecutadas, es racionalmente comprensible que tengan hundidas profundamente sus raíces, sin que hagan fácil, por lo mismo, su desmonte y desvertebramiento, circunstanciando, obviamente, dentro del aná-

lists de esos 'Antecedentes de todo orden' la complejidad que representa en casos como el presente la valoración del pronóstico de que se hiciera cita en un inicio" (auto del 16 de marzo de 1995 - Mag. ponente Dr. Juan Manuel Torres Fresneda).

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema De Justicia, Sala De Casación Penal, NIEGA al procesado Juan Diego Patiño Congote la libertad provisional demandada por su defensor.

Notifíquese y cúmplase.

Jorge Enrique Córdoba Poveda, Fernando Arboleda Ripoll, Ricardo Calvete Rangel, Carlos Augusto Gálvez Argote, Jorge Aníbal Gómez Gallego, Edgar Lombana Trujillo, Carlos E. Mejía Escobar, Didimo Páez Velandia, no firmó; *Nilson Pinilla Pinilla.*

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

JURAMENTO / INDAGATORIA

El libelista interpreta el artículo 357 del Código de Procedimiento Penal en forma literal, esto es, en el sentido de que después del juramento el deponente debe repetir nuevamente todo que dijo, cuando la norma lo que busca es simplemente que para darle tratamiento de testimonio se le vuelva a interrogar sobre ese punto bajo juramento, y una manera de hacerlo es preguntándole si se ratifica en todo lo dicho contra la otra persona.

Es absurdo sostener que para preservar el derecho de contradicción el Juez tenía que volver a interrogar al acusado sobre lo dicho por la declarante, cuando el implicado iba a tener más adelante, como en efecto tuvo, la oportunidad de referirse a todas las pruebas recaudadas. Es de anotar también que al enjuiciado se le interroga primero que a los testigos porque es el orden que establece la ley, pero así mismo él y su defensor son los últimos que hacen uso de la palabra, de manera que pueden cuestionar todo lo ocurrido en la audiencia.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Santa Fe de Bogotá, D.C., diciembre dos de mil novecientos noventa y ocho.

Magistrado Ponente: Dr. *Ricardo Calvete Rangel*

Proceso No. 9849

Aprobado Acta No. 185

VISTOS

Procede la Sala a pronunciarse sobre la demanda de casación presentada por el defensor del procesado Franco Cuéllar Naveros, contra la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Neiva, confirmatoria de la dictada por el Juzgado Quinto Penal del Circuito de Garzón que condenó al aquí recurrente y a Gabriel Morales Murcia a la pena principal de cuarenta (40) años de prisión y la accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas por el término de diez años, como coautores del delito de homicidio agravado, y les impuso la obligación de pagar los perjuicios ocasionados con la infracción.

I. Hechos

Fueron resumidos por el Procurador así:

"En los primeros días del mes de abril de mil novecientos noventa y tres, fué visto con vida, por última vez, Javier Roa Cruz cuando departía con Gabriel Morales Murcia, en la población de Acevedo.

"Más tarde fue hallado un cadaver decapitado, con amputación total de la mano derecha y los genitales, y parcial de la mano izquierda, cuerpo que posteriormente se identificó como el de Roa Cruz.

"Procesalmente se logró determinar que el occiso, junto con Gabriel Morales Murcia, acudieron a la casa de Franco Cuéllar Naveros en el caserío de Pueblo Viejo y allí fue ultimado por aquel, en acto concertado con éste, para después ser lanzado al río Suaza a altas horas de la noche, donde fue hallado".

II. Actuación Procesal

El Juzgado Promiscuo Municipal de Suaza (Huila) ordenó la formal apertura de la investigación. Oído en indagatoria Gabriel Morales Murcia se le resolvió la situación jurídica con detención preventiva. Luego fue vinculado mediante injurada Franco Cuéllar Naveros, a quien la Fiscalía Dieciocho de Garzón le resolvió la situación jurídica con medida de aseguramiento de detención preventiva.

El Fiscal Seccional Dieciocho de Garzón dispuso el cierre de la investigación y en providencia de septiembre 1o. de 1993 calificó el mérito probatorio del sumario con resolución de acusación contra Gabriel Morales Murcia y Franco Cuéllar Naveros por el delito de homicidio agravado.

Le correspondió adelantar la etapa del juicio al Juzgado Quinto Penal del Circuito de Garzón, despacho que después de surtido el debate público, dictó sentencia condenatoria en los términos antes relatados, la cual fue confirmada por el Tribunal.

III. La Demanda

El Casacionista formula un "CARGO UNICO" en el que acusa la sentencia de segunda instancia de incurrir en violación indirecta de los arts. 323 y 324 numeral 7o. del C.P., proveniente de errores de hecho y de derecho.

A-. ERROR DE DERECHO: Lo radica en que se otorgó valor probatorio a la declaración rendida por el procesado Gabriel Morales Murcia durante la audiencia pública, en la cual hizo cargos en contra de Franco Cuéllar, sin que se cumpliera la formalidad esencial legal ordenada en el art. 357 del C. de P.P., porque ante los cargos formulados no se volvió a interrogar al declarante bajo la gravedad del juramento sobre esos puntos.

Reconoce que el funcionario judicial luego de recepcionar el juramento, preguntó al procesado si se ratificaba en los cargos formulados, más no se efectuó el subsiguiente interrogatorio ordenado en la norma procesal, ilegalidad manifiesta que transciende a la nulidad de la prueba de conformidad con lo previsto en el art. 29 inciso 4o. de la C.N., que consagra la nulidad "de pleno derecho" de las pruebas obtenidas con violación del debido proceso.

Destaca que la declaración de Morales Murcia fue importante en el fallo, en la medida en que se constituyó en prueba de la responsabilidad penal de Franco Cuéllar.

B. ERRORES DE HECHO en la apreciación de la declaración de Aracely Morales Murcia recibida en la audiencia pública.

a) De conformidad con el art. 29 del C.N. y 1o. C.de P.P., el procesado tiene derecho a controvertir las pruebas que se alleguen en su contra, y cuando no ha tenido la oportunidad de controvertir una de ellas, carece de eficacia, "por lo cual no se le puede oponer al principio de inocencia que le favorece, según el art. 29 de la Carta Política, reiterado por el art. 2o. del C. de P.P.".

El Tribunal incurrió en el error de darle eficacia a la declaración de Aracely Morales Murcia, recibida en la audiencia pública, siendo que se recepcionó después de la ampliación de indagatoria que Franco Cuéllar rindió en la audiencia pública, sin que hubiera existido una oportunidad posterior en la cual el mismo procesado pudiera controvertirla.

Este testimonio incidió en forma importante en el fallo, ya que de él se dedujo el acuerdo criminal entre los procesados con sustento en la declaración mencionada.

b) En forma subsidiaria y sobre esta misma prueba señala los siguientes errores de hecho.

b.1. El Tribunal incurre en falso juicio de identidad pues colige de la declaración "conversación a solas entre los dos procesados", cuando la declarante ha hablado de conversación, pero no a solas, ya que según el texto de ella, la charla se realizó mientras estaban presentes otras personas (Gabriel, Javier Roa, Rafael González y Juan de la Cruz Morales).

b.2. El fallador tergiversó la prueba porque de ella deduce Que Franco afiló el arma blanca con que Gabriel mató a Javier cuando en verdad la testigo no ha identificado arma afilada con arma usada en el crimen. La testigo precisó que el machete que amoló Franco era el que había adentro y que era el de Gabriel, mientras que al referirse al arma ensangrentada aludió fue a una peinilla. El genero masculino o femenino ayuda a la identificación del arma dentro del contexto de dicha declaración.

b.3. Otro error por falso juicio de identidad sobre la misma prueba lo constituye la aseveración del fallador según la cual la declarante alude a

la "conversación distractora de la testigo", cuando en realidad ella expresa que Franco "la llamó para que fuera por la grabadora y que puso música a alto volumen y fue cuando se puso a ponerle conversa (sic) y quedaron los tres conversando". Salta a la vista que la razón de llamar Franco a Aracely fue para que llevara la grabadora pero no se refleja una intención clara de distraer ni a ella ni a su padre". En síntesis, el Tribunal dedujo una calidad a tal conversación, que en ningún momento se refleja en la declaración de la testigo.

b.4. Destaca otro falso juicio de identidad cuando se concluye del referido testimonio que se presentó un "alejamiento y distracción de los testigos", cuando la declarante no habló ni de alejamiento ni de distracción. Recuerda en términos generales el contenido de la declaración para sostener que existen situaciones explicables de las cuales no se podía inferir ningún ánimo de distracción y alejamiento de los testigos.

Aduce que los precedentes errores son trascendentes en la sentencia, pues con apoyo en el testimonio citado el Tribunal dedujo el acuerdo criminal entre los dos procesados siendo que la testigo "en ningún momento habla de conversación a solas, ni de haber afilado Franco precisamente el arma blanca utilizada en el crimen, ni de haber existido conversación distractora promovida por el procesado Cuéllar Naveros ni de haber alejado a quienes pudieron ser testigos, del interior de la casa, (tanto Rafael González como Juan de la Cruz Morales han expresado su propia razón personal, voluntaria y espontánea para ausentarse de la casa de Franco); ni de haber utilizado la grabadora con un claro ánimo de distraer testigos. Y mucho menos, cuando el crimen se cometió en momentos en los que en la casa de Franco solo estaban éste, Aracely, Gabriel y el occiso, pues los otros dos familiares de los Morales se habían ausentado".

b.5. Denunció otro error de hecho por falso juicio de identidad en relación con la apreciación del testimonio de Jaime Muñoz porque de él se dedujo que Franco Cuéllar asumió como propia la acción de Morales Murcia (y esta es la incidencia del error en el fallo), lo que no se desprende ni se puede deducir de la declaración.

Anota que el testigo dijo "que Franco Cuéllar afirmó 'quién es ese hijueputa que va allá, pásame la peinilla'" (fls. 62, 67 y 191). La versión corresponde a momentos posteriores en que el cadáver había sido dejado en el río, por lo que las expresiones del declarante deben asumirse dentro de una actividad para borrar las huellas del crimen, por lo tanto ubicable dentro de un encubrimiento para quien no hubiera causado la muerte.

C. Plantea error derivado de la falta de apreciación conjunta de las pruebas y de ajustar su apreciación a las reglas de la lógica y de la experiencia (sana crítica - art. 254 del C. de P.P.).

a. El Tribunal infiere una motivación suficiente en los celos de Franco Cuéllar por haber encontrado a Roa Cruz en casa de aquel, en compañía

de Gabriel, y en la inclinación afectiva del occiso hacia Aracely, para atribuir al mismo Franco la acción de emaculación, sin apreciar en conjunto las pruebas de acuerdo con la sana crítica.

Sobre la posible existencia de celos que pudieran motivar la conducta delictiva de Franco se tiene: José Alejandro Gómez afirma que Javier Roa le contó que la hermana de Gabriel le ponía bolas a él y que Gabriel le hacía cuarto (fl. 8). Gabriel Morales el día de la audiencia respondió a la pregunta sobre supuestas pretensiones de Javier para con Aracely: "Eso es falso, él sí me dijo que le gustaba una muchacha de la vereda de Pueblo Viejo, pero nunca mencionó nombre alguno" (fl. 239). Aracely al responder sobre si Roa la piropeaba afirmó: "No señor, nunca, era un hombre serio, nunca me llegó a insinuar algo, únicamente el saludo, nada más" (fl. 246). Franco Cuéllar afirma que con su compañera Aracely "íbamos a completar tres meses juntos y nunca hubo un reclamo por nada".

No aparece demostrado ningún hecho que hubiera sido conocido por Franco Cuéllar y que tuviera la potencialidad de preocuparlo afectivamente. El hecho de que en alguna ocasión hubiera ido Javier Roa a casa de Franco a buscar a Gabriel Morales en donde ésta realmente se encontraba vistiéndose (fl. 246) y a Franco no le gustaba encontrarlo allí y por eso discutiera ese día con Aracely, no alcanza a configurar un hecho suficiente para deducir un estado permanente de celos, "porque la experiencia demuestra que en ocasiones los amantes se ponen celosos con algún incidente, pero si este es pasajero, no alcanza a cimentarse el estado emocional o el pasional de los celos criminógenos".

b. Fuera de la ineficacia señalada anteriormente, que torna inoponible la declaración de Aracely Morales contra Franco Cuéllar, se encuentra también que el Tribunal al estimar este testimonio incurrió en el error de no apreciarlo en conjunto con las otras pruebas sobre el mismo aspecto y en falta de aplicación de los principios de la sana crítica, pues no tuvo en cuenta que el día anterior Franco había acusado a Gabriel hermano de la declarante, lo que motivó su solidaridad para con su consanguíneo, acusando a su turno a su compañero.

Se queja además de la falta de lógica en el análisis de la declaración de la citada señora cuando el sentenciador deduce de ella una prueba de coautoría, por el hecho de que el procesado amoló su peinilla en presencia de la víctima y de testigos inocentes, hecho que no se compagina con las reglas de la experiencia que enseñan que el homicidio no se prepara frente a la víctima, por que se puede poner sobreaviso y frustrar el plan delictivo. De la misma manera, del testimonio no se podía concluir que el arma afilada hubiera sido el instrumento del crimen, porque eso no se afirma.

En opinión del censor, Aracely Morales incurrió en contradicción sobre las situaciones de celos y amolada de la peinilla. En cuanto a lo primero, porque inicialmente asegura que Franco poco la iba con Javier "por celos",

pero después sostiene que ella con este no había tenido relación diversa al saludo y que Roa era un hombre serio, por lo que no existía ningún motivo para que Franco la celara con él.

En cuanto a lo segundo destaca que cuando la testigo "acepta que la afilada de la peinilla era (según ella cree) para matar a ese señor, está respondiendo una pregunta capciosa del señor Juez", quien parte de la base de que por tratarse de un cultivo de tomate ese día no había utilizado la peinilla y no la iría a utilizar al día siguiente porque se iría a vender el tomate en el mercado. Quien acredita que en el cultivo de tomate no se utiliza la peinilla?. En ese cultivo se cortan pedazos de cuerdas para amarrar las matas y se cortan varas para extender las cuerdas en las que se efectúa dicho amarre. Por algo el declarante Rafael González expresa que Franco dejó la peinilla encima de la piedra cuando llegó del trabajo. Si el Tribunal hubiera analizado estos dos testimonios en conjunto, se habría percatado de que "la peinilla sí había sido usada ese día en el trabajo".

Si se hubiera analizado en conjunto el dicho de Gabriel Morales, Juan de la Cruz y Aracely, había encontrado que sólo esta última habla de la afilada de la peinilla, y no habría recibido sin beneficio de inventario la versión de ella sobre la afilada. Finalmente agrega que de haber sido lógico el Tribunal había aceptado que no hay prueba de que una peinilla solamente se amole cuando se va a cometer un homicidio, pues es costumbre de los campesinos mantener sus utensilios de labor dispuestos para ello.

Estima que si el Tribunal hubiera cotejado cada prueba testimonial e indiciaria con los mandatos de la lógica, no había podido deducir ni la motivación criminológica en los celos que nunca se acreditaron con hechos, ni la preparación del instrumento del crimen por parte de Franco y la única acción que se le había podido deducir a este procesado, habría sido la de encubrimiento.

c. Errores sobre la prueba indiciaria: Expresa que los indicios de presencia, oportunidad para delinquir y mala justificación fueron tenidos en cuenta en la resolución de acusación pero influyeron también en la sentencia, como quiera que el Tribunal los citó como refuerzo de sus apreciaciones en el fallo. Tales indicios ya no podían ser apreciados porque entre la calificación y la sentencia se recaudó la confesión de Gabriel Morales de haber sido el autor de la muerte por motivo propio, pues alega una legítima defensa ante el ataque del occiso, aseveración esta con la que los indicios hasta entonces deducidos desaparecen.

d. En relación con el indicio de ausencia de motivo, sostiene que en el expediente no se acreditó que Franco sintiera celos con respecto al occiso, ni que Javier pretendiera a Aracely, quien niega toda relación amorosa con él, luego no existía un motivo suficiente para que Franco colaborara en la muerte de Roa y sí un indicio de inocencia.

El Tribunal ha debido concretarse a examinar el comportamiento de Franco a partir de la muerte que no ayudó a causar pero que sí quiso ocultar incurriendo entonces en el delito de encubrimiento.

No reclama la nulidad por indebida calificación porque este fenómeno del encubrimiento solo se vino a establecer en la audiencia pública.

Solicita a la Corte casar la sentencia y dictar la que en derecho corresponda.

IV. Concepto del Ministerio Público

El Procurador Tercero Delegado en lo Penal sugiere a la Sala no casar la sentencia impugnada por las siguientes razones:

1. Error de Derecho

La aparente irregularidad destacada por la ausencia de nuevo interrogatorio bajo juramento al sindicado, no puede otorgársele capacidad suficiente como para anular por ilegal la prueba testimonial surtida por uno de los incriminados al momento de su interrogatorio.

Es cierto que el art. 357 del C. de P.P. establece que si el indagado declara contra un tercero, "se le volvería a interrogar sobre aquél punto bajo juramento, como si se tratara de un testigo", con lo cual prima facie se puede colegir que la norma impone al funcionario la obligación de dirigir una serie de interrogantes al indagado que declare contra un tercero, luego la recepción del juramento, con el propósito de explorar las condiciones de percepción y conocimiento de los hechos materia de declaración, factores estos que posteriormente serán base de la crítica testimonial.

Pero, también es interpretación que se desprende de la norma en cita, que la imposición de la gravedad del juramento es el factor legal de la prueba, en tanto que el fin perseguido en ella no es el de establecer nuevos criterios para la evaluación de la prueba, sino el de exigir un apremio que motive al indagado a no faltar a la verdad y lo lleve a declarar solamente lo ajustado a ello, so pena de las sanciones que puedan desviar de sus falsas aseveraciones.

Concluye que es condición de legalidad de la prueba testimonial rendida por el imputado, sindicado o acusado, el que se le reciba el juramento de ley como supuesto de validez, más no que se le haga un interrogatorio posterior a tal formalidad, pues si en el acto procesal respectivo ya se han auscultado los criterios de valoración probatoria, un nuevo cuestionamiento sobre las condiciones del hecho materia de declaración no conduce más que a una interacción dentro de la actuación.

Según esta interpretación de la norma, lo fundamental es vincular al declarante con el juramento como prenda de garantía de que dice la verdad en las acusaciones que lanza contra un tercero, no un nuevo interro-

gatorio que repita los cuestionamientos ya hechos. La finalidad de la norma es el establecimiento de condiciones que conduzcan a poder examinar la norma como testimonio, lo que se satisface con la declaración bajo juramento.

Vale tanto hacer el interrogatorio bajo juramento desde un principio, como hacer ratificar lo dicho bajo la gravedad del mismo, finalidad que en la actuación se cumplió.

Desde esta perspectiva, ha de concluirse que no se produjo vicio de legalidad de la prueba, con lo que el error denunciado resulta inexistente y por lo tanto, en este punto debe desestimarse la demanda.

2. Error de Hecho

a) El censor incurre en un planteamiento equivocado, en tanto que la existencia del error sobre la falta de contradicción de la prueba no conduciría a la aceptación de la comisión de un falso juicio de existencia o de la tergiversación de la prueba, sino a la vulneración del derecho a la defensa del acusado.

La falta de contradicción posteriormente se pretende edificar como una condición de ilegalidad de la prueba, pues se plantea que el juzgador no ha debido estimar como tal ante la falta de un nuevo interrogatorio al acusado sobre los hechos declarados por Aracely Morales.

El ataque se construye sobre una contradicción que la Corte no puede resolver -nulidad de la actuación e ilegalidad de la prueba-, a la par que sobre bases que responden a un inadecuado entendimiento de lo que es el principio de contradicción probatoria.

El derecho que tiene el sindicado a que se le interrogue con posterioridad a su indagatoria sobre aspectos, que aparecidos en otras pruebas, puedan modificar su situación procesal, no implica en todo caso de aparición de condiciones procesales adversas al procesado que deba agotarse un nuevo interrogatorio con el incriminado, pues ni es esta la única forma de ejercer el derecho, ni ella es siempre necesaria.

En el caso en estudio, es forzoso referir como se practicó el debate público cumpliendo las formalidades que para tal diligencia dispone el art. 451 del estatuto procesal penal, con la práctica de las pruebas (testimonios de Rafael González y Aracely Morales), seguida de la intervención ordenada de las partes: Fiscal, Ministerio Público, sindicados y defensores. Estos, que participaron durante todo el debate público, conocieron antes de su intervención el contenido de las pruebas allí practicadas y así como el acusado, tuvieron oportunidad de solicitar, si lo estimaban conducentes, la ampliación de indagatoria de Franco Cuéllar, la que no se mostraba como indispensable para el juez conductor de la audiencia, dadas las características del recaudo probatorio hasta ese momento cumplido.

El testimonio no se quedó sin controversia efectiva, como quiera que según puede constarse en el acta correspondiente, el defensor de Cuéllar Naveros en su alegación, se refirió a él y de esta forma, no se observa vulneración a la garantía constitucional de defensa.

b. Se pretende constituir presuntos errores de hecho por falso juicio de identidad sobre el testimonio rendido por Aracely Morales, sobre la base de la personal interpretación que el censor le da a la declaración citada, no a partir de las incidencias procesales mismas.

I. Transcribe un aparte del testimonio referido para concluir que es el contexto de la narración el qué evidentemente proporciona el dato de la conversación a solas. Nótase que la declarante viene narrando un episodio en el cual toman parte su madre, su hermano, su compañero Franco y Rafico; pero a renglón seguido si bien utiliza la expresión "ellos conversaron" -que podía indicar que todos los presentes entraron en conversación-, aclara la testigo que el pronombre ellos se refiere exclusivamente a Franco y a Gabriel, a través de la expresión "es decir, Franco y Gabriel", no dejando lugar a la interpretación que del pasaje hace ahora el recurrente.

De lo anterior surge claro que la conversación entre los procesados ocurrió a solas entre ellos, sin la presencia de un tercero.

II. Transcribe otro aparte de la declaración de Aracely Morales, para destacar que de su contenido el recurrente piensa sacar avante su posición valiéndose de la indiscriminada utilización de los vocablos peinilla y machete que usa la testigo para referirse al arma homicida, pretendiendo confundir al analista de la prueba acerca de lo que, en opinión del Procurador está claro: que el procesado Franco Cuéllar Naveros afiló el arma que luego utilizara el acusado Gabriel Morales en la muerte de Javier Roa, pues ello se desprende del contexto de la declaración en su parte citada.

Aceptar la interpretación que de estas expresiones hace el libelista, sería quitar al sentenciador la posibilidad de analizar el contenido probatorio en conjunto, a partir de una diferencia meramente semántica que encuentra su explicación no solo en la forma misma de su expresión, sino también en sus relaciones con las demás pruebas aportadas al expediente.

III y IV. Los errores que aquí se atribuyen a la sentencia son aún más deleznables e intranscendentes que los anteriores. La crítica está dirigida en contra del calificativo distractor que el juzgador atribuyó a la conversación sostenida entre Franco Cuéllar, la testigo y su padre, así como al funcionamiento de la grabadora a "harto volumen", mientras el otro procesado entraba a la casa donde se encontraba la víctima, momento en el cual se produjo, según conclusiones probatorias, el primer ataque en contra de Javier Roa.

El recurrente pretende conducir la discusión hacia el objetivo que surge no de la expresión manifiesta de la testigo, sino de la condición que a través del análisis de la prueba hace el juzgador para quien, sin esfuerzo, se advierte que si los dos procesados estaban de acuerdo para la comisión del homicidio, si ambos se atribuyeron el trabajo criminal, se debían asegurar que los moradores de la casa en ese momento no advirtieron su acción, resultaba lógico que uno de ellos distrajera a Aracely y a su padre mientras el otro llevaba a cabo el plan criminal y que se valiera de un medio adecuado para acallar los eventuales gritos o ruidos que se podrían producir en el momento mismo del ataque a la víctima.

No se demuestra una distorsión del contenido probatorio, sino que se disiente del calificativo mediante una explicación simplista de lo ocurrido y sin apoyo alguno, lo que no puede configurar tergiversación probatoria alguna.

C. El siguiente error de hecho relacionado con el testimonio de Jaime Muñoz, revela aún más claramente que la acusación se dirige contra las conclusiones del sentenciador, porque se considera como distorsión del testimonio el hecho de que de él hubiera deducido el Tribunal el acuerdo criminal entre los procesados, inferencia que fluye evidente del diálogo escuchado por el testigo, quien narró que después de cometido el homicidio escuchó a Gabriel Morales decir a Franco Cuéllar: "tiene que comprobar que lo mate", expresión que unida al hecho de haber visto el testigo a los sindicados dentro de la quebrada, permite colegir, junto con las demás pruebas recaudadas, el acuerdo criminal entre los hoy sentenciados.

Olvida el libelista, que esta prueba no fue tomada en forma aislada por el sentenciador, sino que su contenido se armonizó con la declaración de Aracely, quien también relata hechos relacionados con la coautoría de los procesados, declaración que también fue examinada y valorada por el tribunal, a más de las circunstancias que permiten concluir probatoriamente que Cuéllar Naveros no era un simple encubridor del homicidio, sino coautor de él.

Concluye que el recurrente, no logra demostrar la existencia de los errores ni la importancia de ellos -en caso de haber existido realmente- en el fallo acusado.

3. *Nuevos Errores de Derecho*

a) Discrepa la Delegada de la posición asumida por la defensa en relación con los celos como presunto motivo del homicidio, en tanto que ellos se encuentran comprobados como sentimiento que alguna vez motivara la acción del procesado, tal como se aprecia en la misma declaración de Aracely quien contó al funcionario que en más de una ocasión hubo de enfrentarse con su compañero, quien para esos momentos, se hallaba poseído por los celos.

Pero, aún más, en el caso de Javier Roa existió un antecedente concreto, cuando el procesado Cuéllar Naveros lo encontró en su casa dentro de la cocina, actitud que encontró inadmisible.

Por otra parte, no afirmó el sentenciador que este fuera el único motivo o que sin él tendría que predicarse la inocencia del acusado o la falta de demostración de su culpabilidad; por el contrario, este hecho que se puede fácilmente deducir de las pruebas recaudadas, no fue invocado más que como un refuerzo de las demás probanzas que a juicio del Tribunal permiten imputar el homicidio en grado de coautoría al hoy recurrente.

La censura se torna así irrelevante y carece de sustento, sin que se ofrezcan razones atendibles que destruyan las presunciones de acierto y legalidad de que viene acompañada la sentencia.

b) El censor regresa sobre el testimonio de Aracely Morales, esta vez para denunciar la comisión de errores de derecho provenientes de falsos juicios de convicción, pues en su entender un análisis de este testimonio ajustado a las reglas de la sana crítica, permitiría llegar a conclusiones diferentes a las expuestas por el juzgador.

Esta forma de proceder está actualmente proscrita del recurso de casación, pues siendo que el sentenciador goza de una amplia discrecionalidad para la valoración de las pruebas, regido exclusivamente por la observancia de los preceptos de la sana crítica, sus conclusiones no se hallan atadas a una tarifa legalmente establecida y no pueden por ello, ser materia de impugnación con el único argumento de que los contenidos probatorios indican también, una conclusión diversa a la del juzgador.

4. Errores sobre la Prueba Indiciaria

a) Una extraña forma de razonar se advierte en la primera parte de la acusación, "ya que el libelista pretende que la prueba indiciaria se descarte por la existencia de una prueba testimonial que la confirme, sin tener en cuenta que la sentencia lo que hace al respecto es poner de presente que aquellos indicios que fueron sustento de la resolución de acusación, encontraron una prueba de mayor fuerza de convicción, y por tanto, cobran una mayor entidad frente al juicio de responsabilidad que se hace en la sentencia".

b) El que el censor llama indicio de inocencia, que construye a partir de la ausencia de motivos, no tiene la incidencia suficiente como para desvirtuar las pruebas que sirvieron de fundamento a la condena, ni constituye en realidad tal clase de prueba indiciaria. Aún suprimiendo el motivo del hecho, subsisten pruebas demostrativas de la responsabilidad penal del recurrente en grado de coautor del homicidio; ellas se encuentran determinadas en la sentencia impugnada, y algunas fueron objeto de ataque en este recurso, el que se estima impróspero.

Tampoco constituye prueba indiciaria a favor del acusado, en tanto que la ausencia de móvil no es más que aparente, pues en el expediente si se halla probado que Cuéllar Naveros sintió celos -que no pasajeros del occiso Roa, quien indudablemente sentía alguna inclinación afectiva por Aracely Morales. No resulta procedente adentrarse en mayor análisis sobre este punto, toda vez que el libelista no logra transcender del ámbito de la mera especulación.

Es error general de la demanda el invocar la comisión de un delito de encubrimiento, no de homicidio, pero no demostrar el porqué se llega a tal conclusión, la que se sostiene con meras afirmaciones de que no se halla probada la coautoría, sin detenerse a fundamentar una adecuada crítica sobre ella.

La demanda debe ser desestimada.

V. Consideraciones de la Corte

1. Error de Derecho

Es evidente que el ataque que presenta el censor carece por completo de fundamento, pues en el acta de la audiencia pública consta que ante los cargos formulados por el sindicado Morales Murcia contra Franco Cuéllar se le tomó juramento, y acto seguido manifestó que se ratificaba en todo lo dicho contra él.

Lo que ocurre es que el libelista interpreta el artículo 357 del Código de Procedimiento Penal en forma literal, esto es, en el sentido de que después del juramento el deponente debe repetir nuevamente todo que dijo, cuando la norma lo que busca es simplemente que para darle tratamiento de testimonio se le vuelva a interrogar sobre ese punto bajo juramento, y una manera de hacerlo es preguntándole si se ratifica en todo lo dicho contra la otra persona.

2. Errores de Hecho

a) Realmente carece de seriedad afirmar que se violó el derecho del procesado a controvertir las pruebas, porque en la audiencia pública se recibió la declaración de Aracely Morales Murcia después de la ampliación de indagatoria de Franco Cuéllar, sin que éste pudiera volver a referirse a esa versión, cuando en el acta aparece que terminada la intervención de la Fiscal se le concedió la palabra al acusado Cuéllar, quien se limitó a expresar "yo lo único que digo es que yo no lo maté ni le ayudé a matarlo a él", y el último que intervino fue su defensor.

Es absurdo sostener que para preservar el derecho de contradicción el Juez tenía que volver a interrogar al acusado sobre lo dicho por la declarante, cuando el implicado iba a tener más adelante, como en efecto tuvo, la oportunidad de referirse a todas las pruebas recaudadas. Es de anotar

también que al enjuiciado se le interroga primero que a los testigos porque es el orden que establece la ley, pero así mismo él y su defensor son los últimos que hacen uso de la palabra, de manera que pueden cuestionar todo lo ocurrido en la audiencia.

Es evidente que el reparo no corresponde a la realidad procesal.

b) La declaración de Aracely Morales, respecto de la cual el impugnante dice que el Tribunal incurrió en falso juicio de identidad, es del siguiente tenor:

*"Esa noche, yo eran cosas que yo no me imaginaba sobre lo que iba a suceder, ellos llegaron, o sea mi hermano Gabriel, el condor, y Rafico y mi papá llegaron a mi casa en donde estaba con Franco, entonces ellos dentraron y yo les ofrecí tinto, luego ellos aceptaron el tinto, le ofrecieron un trago a Franco y entonces él se entró a recibirlo porque él estaba trabajando ahí afuera en la casa, **entonces ellos conversaron con mi hermano Gabriel, es decir, Franco y Gabriel, pero no supe sobre qué**, entonces Franco en ese momento sacó la grabadora para un llanito que queda frente a la casa, entonces me llamó, y como mi iba (sic) se iba a ir entonces Rafael salió por detrás de la casa, luego mi papá salió or el lado del frente, se fueron para la casa de ellos, y Rafael dijo que se iba a comprar unos cigarrillos, eso lo dijo él, pero entonces mi hermano Gabriel quedó ahí dentro de la sala, **en eso Franco se puso a amolar una peinilla, pero el condor quedó tomando tinto, entonces Franco me llamó para que fuera por la grabadora y entonces él puso música a harto volumen, se puso a ponerme conversa Franco y mientras tanto Gabriel se entró nuevamente a la casa mía en donde estaba el condor**, luego estaba yo ahí, cuando aclaro, que mi papá ya se había ido, estábamos los tres conversando, o sea Franco mi papá y yo, porque Rafael ya se había ido a comprar los cigarrillos, en ese momento salió mi hermano Gabriel con una peinilla untada de sangre y se la limpió a Franco en el buzo que tenía puesto, adentro había un machete, o sea que ese era de Gabriel, el mismo que afiló Franco, y Franco cogió otro machete que había ahí en la casa, entonces mi papá se fue de la casa al ver eso que hizo Gabriel con Franco, y como Gabriel estaba borracho, yo le pregunté sobre lo que había pasado, y entonces él me dijo que nada y no dejaba entrar, me decía que me estuviera acá afuera, luego ellos se entraron o sea Franco y Gabriel y entonces yo pues me puse a llorar sola acá en el llano...". (Negrilla fuera de texto).*

Los supuestos errores del sentenciador consisten en haber afirmado que la conversación entre Franco Y Gabriel fue a solas; que el arma con la que Gabriel mató a Javier fue la que afiló Franco; y, que Franco alejó y distrajo a su suegro y a Aracely.

Para la Sala son acertadas las conclusiones del Tribunal, pues es claro que el relato de la testigo refiere una conversación entre Franco Cuéllar y su hermano Gabriel que ella no alcanzó a escuchar, es decir, que fue

para ellos solamente, a lo cual siguió la distracción de los presentes alejándolos un poco y poniéndoles tema de conversación para que Gabriel ejecutara el hecho criminal, plan que se desarrolló cabalmente.

En cuanto al machete o peinilla utilizado para el homicidio Aracely es muy precisa a señalar que fue el amolado por Franco, de modo que no tiene ningún asidero pretender confundir la situación por el hecho de que unas veces lo llame machete y otras peinilla, y mucho menos cuando el propio homicida afirma que el arma que empleó para el crimen la recibió de manos de Franco Cuéllar.

Es cierto que los términos "a solas" y "conversación distractora" no son exactamente los mismos utilizados por la declarante, pero también lo es que lo que ella dijo significa lo mismo. Como ya se dejó transcrito sus palabras fueron: "entonces ellos conversaron con mi hermano Gabriel, es decir, Franco y Gabriel, pero no supe sobre qué"; "Franco me llamó para que fuera por la grabadora y entonces él puso música a harto volumen, se puso a ponerme conversa Franco y mientras tanto Gabriel se entró nuevamente a la casa mía en donde estaba el condor..."(léase la víctima).

Además de que es ostensible que la incorrecta es la interpretación que hace el defensor del relato de Aracely, adopta la táctica de apreciarlo de manera aislada, es decir, al margen de las otras pruebas, con lo cual sus comentarios se quedan en el ámbito de simples opiniones que desconocen el conjunto probatorio que sirvió de base al fallo, las cuales sí realmente tergiversan el contenido material del testimonio cuestionado.

Como más adelante en un nuevo ataque contra la credibilidad reconocida al testimonio el censor dice que no fue apreciado en conjunto con las otras pruebas, es oportuno responder de una vez que en el intento de demostración lo que hace no es relacionar la versión de Aracely con los demás elementos de juicio, sino elaborar una serie de especulaciones y suposiciones que en nada afectan el mérito probatorio de la versión. Es así que pretende que el Tribunal ha debido desconocer la declaración de la compañera permanente de Franco Cuéllar calificándola de reacción contra él por haber acusado a su hermano, cuando en realidad ese relato en nada favorecía a Gabriel, antes por el contrario comprometió seriamente su responsabilidad.

En ese mismo orden de desacierto aspiraba a que no obstante el contexto en que se desarrolló la acción, el Tribunal no infiriera que el machete fue amolado para matar a Javier Roa (a. Cóndor), sino para cortar las cuerdas y las varas para amarrar el cultivo de tomate; que dejara de lado los incidentes ocurridos entre la pareja por los celos de Franco, y que en lugar de interpretar esos hechos probados con la detallada exposición de la mujer como motivo para el crimen, los mirara como indicio de inocencia.

No hay duda de que el demandante en lugar de probar el error anunciado, lo que hace es enfrentar el criterio del fallador con sus opiniones, en

las que por cierto incurre en las fallas que le atribuye al Tribunal, pues si el juzgador hubiera llegado a esas conclusiones desconociendo la realidad que aporta el conjunto probatorio, ahí sí se podría afirmar que tergiversó las pruebas y violó las reglas de la sana crítica.

Con razón el Procurador Delegado concreta su concepto en los siguientes términos: "**No se denuncia aquí una distorsión del contenido probatorio, sino que se disiente del calificativo mediante una explicación simplista de lo ocurrido y sin apoyo alguno, lo que no puede configurar tergiversación probatoria alguna. Una crítica que no pasa de ser un esfuerzo más por sacar avante una posición defensiva, sin que pueda demostrarse la existencia de una distorsión del contenido del testimonio**". (Negrilla fuera de texto).

c) Jaime Muñoz sostiene en su testimonio, que Franco Cuéllar al advertir su presencia en momentos en que trataba de deshacerse del cadáver de Javier le pidió a Gabriel que le pasara el arma, diciéndole "quién es ese hijueputa que va allá, paseme la pcinilla", hecho que el Tribunal toma como indicador de que Franco asumió el homicidio como obra propia, lo cual es una inferencia lógica, pues de otra manera no tenía por qué reaccionar en esa forma al verse descubierto.

Pero además no es solamente con ese hecho que se demuestra la coautoría, pues sobre el punto muy claras son las versiones de Aracely y su hermano Gabriel, versión ésta última que el demandante da por ilegal para tomar en forma aislada la de la mujer, y así tratar de imponer sus especulaciones sobre las conclusiones del fallo.

En síntesis, el censor no demuestra los errores que anuncia, simplemente se dedica a hacer una crítica de las pruebas en forma aislada y fuera de contexto, con lo cual llega a la conclusión de que su cliente fue encubridor, pero pese a ello solicita sentencia absolutoria, remate que corona los desaciertos de la demanda, la cual en consecuencia debe ser 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, comuníquese, y cúmplase.

Jorge Enrique Córdoba Poveda, Fernando Arboleda Ripoll, Ricardo Calvete Rangel, Carlos Augusto Gálvez Argote, Jorge Aníbal Gómez Gallego, Edgar Lombana Trujillo, Carlos E. Mejía Escobar, Didimo Páez Velandia, no firmó; *Nilson Pinilla Pinilla.*

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

DEMANDA DE CASACION / INTERPRETACION ERRONEA DE LA LEY

Si lo pretendido era la condena de la procesada, el cargo se ha debido enunciar y orientar por la falta de aplicación del artículo 356 del C. P. y no por su interpretación errónea, pues, como lo ha reiterado en múltiples ocasiones la Sala, si como consecuencia de la errónea interpretación de la norma, ésta se deje de aplicar; el error es de selección, ya que lo que importa es el resultado (inaplicación), y no los motivos que pudieron haber llevado al juzgador al mismo.

Así también, se está denunciando la interpretación errónea no de la ley sustancial sino de un concepto, el de simulación, lo que no tiene cabida en casación, pues a través de este recurso extraordinario, lo que se cuestiona es la vulneración del precepto de esa naturaleza, bien por falta de aplicación, por aplicación indebida o por interpretación errónea.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Santafé de Bogotá, D.C., dos (2) de diciembre de mil novecientos noventa y ocho (1998).

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

Proceso No. 10641

Aprobado Acta No. 185

VISTOS

Resuelve: la Sala el recurso de casación interpuesto contra la sentencia de 16 de enero de 1995, por medio de la cual el Tribunal Superior de Santafé de Bogotá, al revocar la del Juzgado 32 Penal del Circuito de la misma ciudad, absolvió a la procesada Cilena Quintero Cabal del cargo de tentativa de estafa que le había sido formulado en la resolución de acusación.

HECHOS

El juzgador de primera instancia los resumió así:

"Son denunciados por el señor Jaime Ignacio García Aguirre en su calidad de apoderado de la señora Alicia Pedraza De Francesconi quien pone en

conocimiento de la autoridad que para el año de 1980 la señorita Beatriz Francesconi Pedraza sirvió de fiadora en una transacción comercial cuyo valor no se canceló oportunamente al señor Jairo Jiménez Ruiz; ante el incumplimiento del deudor, le iniciaron un proceso ejecutivo que se tramitó en el Juzgado 18 Civil del Circuito de Santafé de Bogotá, y como consecuencia de éste, se dispuso el embargo de los muebles y enseres que le correspondían como socia de la entidad 'Heliógrafo Santa Marta', ubicado en la carrera 6 No. 14-48 oficinas 206 al 209, edificio Antonio Nariño. Como el inmueble también era de propiedad de los tres (3) socios, Beatriz Francesconi, de su hermana Rosa Tulia Francesconi y Alfonso Hernández en su calidad de heredero de Luis Felipe Maldonado en proporción de una tercera (1/3) parte para cada uno, y Beatriz Francesconi temerosa de que el embargo fuera a recaer sobre el inmueble de su propiedad, luego de consultar con amigos qué debía hacer, resolvió realizar escritura de venta de confianza a su cuñada Cilena Quintero Cabal en razón a que Alvaro Quintero Cabal hermano de Cilena hacía vida marital con Beatriz Francesconi.

"La venta de confianza referida se protocolizó con la escritura No. 5631, el 14 de octubre de 1980, de la Notaría Sexta de Bogotá, en la cual se hace constar que la venta del inmueble se realizó por la suma de ciento cincuenta mil pesos ($150.000).

"Fallecida la supuesta vendedora, el 7 de agosto de 1987, días después se obtiene por parte de Cilena la inscripción de la transacción en la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de Bogotá, para lo cual se utiliza la segunda y la tercera copia de la Escritura, ya que la primera copia no la poseía, en virtud de que la hoy difunta no se la había entregado, porque la venta no había sido real sino ficticia y en confianza; es así como se apropia del inmueble en la parte que correspondía a la señora Beatriz Francesconi y se le reconoce en el juicio de sucesión como parte".

ACTUACIÓN PROCESAL

El Juzgado Tercero de Instrucción Criminal, luego de una indagación preliminar, con pronunciamiento del 2 de diciembre de 1988, abrió la correspondiente investigación y ordenó vincular mediante indagatoria a Cilena Quintero Cabal.

La situación jurídica se le resolvió con medida de aseguramiento de caución prendaria, por el delito de estafa.

Cerrada la investigación, el mérito del sumario se calificó, el 4 de marzo de 1991, con resolución de acusación contra la procesada, por los delitos de estafa y fraude procesal, se le impuso medida de aseguramiento de detención preventiva y se le negó la excarcelación.

Apelada la anterior decisión, el Tribunal Superior de Santafé de Bogotá revocó la acusación y, en su lugar, ordenó la reapertura de la investigación y le otorgó a Cilenia Quintero la libertad provisional.

Cerrada nuevamente la instrucción, la Fiscalía 210 de la Unidad Novena de Patrimonio Económico que, para entonces, ya conocía de las diligencias, mediante providencia del 4 de mayo de 1993 profirió resolución de acusación contra la procesada, por los delitos de fraude procesal y estafa en grado de tentativa.

La Fiscalía Delegada ante los Tribunales de Cundinamarca y Santafé de Bogotá, al conocer del recurso de apelación, confirmó en su integridad la anterior providencia, el 7 de enero de 1994.

La etapa de juzgamiento le correspondió al Juzgado 32 Penal del Circuito de Santafé de Bogotá que luego de declarar la prescripción de la acción penal por el delito de fraude procesal, celebró la audiencia de juzgamiento y pronunció la sentencia de primera instancia, el día 30 de septiembre de 1994, en la que condenó a Cilena Quintero Cabal a la pena principal de 9 meses y 15 días de prisión, como autora del delito de estafa en grado de tentativa, y le impuso una multa equivalente a $50.000 a favor del Tesoro Nacional.

Igualmente, la condenó a pagar los perjuicios materiales y morales causados con la infracción y ordenó a la Oficina de Instrumentos Públicos la cancelación de los registros correspondientes.

Apelado el fallo, el Tribunal Superior de Santafé de Bogotá al desatar el recurso, revocó la condena y, en su lugar, absolvió a la procesada del cargo que por el delito de estafa en el grado de tentativa se le había formulado en la resolución de acusación.

La Demanda de Casación

Primer cargo

El apoderado de la parte civil formula dos cargos contra la sentencia de segunda instancia. El primero, al amparo de la causal primera de casación, cuerpo primero, violación directa de la ley sustancial por "errónea interpretación del concepto civil de simulación y del artículo 356 del Código Penal", por cuanto considera que la Sala mayoritaria del Tribunal Superior de Santafé de Bogotá manifestó en el fallo recurrido que no se podía hablar de simulación en la contratación, ya que la jurisdicción civil no se había pronunciado al respeto y que, por tal motivo, no era procedente la imputación del delito de estafa.

Agrega, luego de transcribir una porción del salvamento de voto, que "La simulación no es aquí elemento estructurante del tipo penal de estafa que define el artículo 356 del Código Penal. Hay que escudriñar minuciosamente el proceso penal para determinar si hubo engaño mediante artificios o no; todo ésto con independencia de la decisión civil, pues en estas materias, reitérase, la autonomía del juzgador penal no tiene esos pretensos límites que le endilga el fallo recurrido".

Dice que el juez penal debió entonces establecer si "en realidad Beatriz Francesconi vendió a la procesada Cilena Quintero los derechos de propiedad sobre las cuatro oficinas a que aluden los autos, o si apenas se trató de una maniobra de la nombrada Beatriz Francesconi para evitar que sobre esos derechos recayera el embargo del juzgado 18 Civil del Circuito."

Reconoce que la justicia penal no tiene competencia para declarar que un contrato es simulado o no, pero sí la tiene para "afirmar que el contrato es simulado y que justamente se utilizó para engañar al juez de la sucesión (el fraude procesal que prescribió) y tratar de vulnerar el patrimonio económico de los Francesconi."

Concluye afirmando:

"*Suficiente lo dicho para ver claramente que al exigir la sentencia impugnada una decisión previa a la de índole penal, en orden a la estructuración del delito de estafa, incurrió en un flagrante yerro respecto de la ley, debiéndose entonces por este aspecto, corregir por parte de la Corte Suprema este error mediante la casación correspondiente*".

Segundo cargo

El segundo reproche que el libelista formula a la sentencia de segunda instancia, lo hace al amparo de la causal primera de casación, cuerpo segundo, "violación indirecta del artículo 356 del Código Penal, por inaplicación del mismo", ya que se ignoró la prueba, "yerro que comporta un error de hecho por dicha razón. En unos eventos el sentenciador ignoró totalmente la probanza, al afirmar que no estaba ésta en el proceso, y en otros casos realizó una grosera interpretación de la prueba, cosa que equivale a distorsionarla, incurriendo por este modo en un falso juicio de idéntidad, como lo tiene dicho la jurisprudencia de la Corte Suprema, cuando se hacen esas evaluaciones por vías ciertamente de hecho."

Como fundamento de la causal invocada expone que en el fallo recurrido se argumentó, para descartar la simulación, que la procesada, desde 1984, en su declaración de renta, afirmaba que eran de su propiedad los derechos sobre las oficinas objeto del contrato formalizado en la referida escritura pública N° 6531, pero para el Casacionista, esta actitud lo que revela es "la premeditación delictual".

En efecto, con apoyo en el salvamento de voto, arguye que "la procesada, 4 años después de que 'adquirió' la propiedad en mención, de seguro que, planeando desde entonces su delincuencia, decidió arrogarse la calidad de dueña que no le correspondía. Desde ya recuérdese que la procesada es hermana del amante-compañero de Beatriz Francesconi, Alvaro Quintero Cabal, quien -en profusa y creíble prueba que al respecto reposa en el expediente y que el fallo atacado no cuestiona- le daba a la citada Beatriz pésimo trato, humillándola y golpeándola". "De suerte que no exhi-

be nada insólito que la hermana de ese personaje cavilara desde tiempo la estafa, de golpe previniendo el fallecimiento de Beatriz, que ya daba muestras de enfermedad".

Lo anterior para el libelista constituye un error de hecho en la apreciación probatoria, "por basto desdibujamiento de la misma".

Sobre la aseveración del Tribunal de que en las copias que se allegaron al proceso provenientes del Juzgado 18 Civil del Circuito no aparece que se hubiera decretado el embargo de los bienes de Beatriz Francesconi "causa impelente de la simulación", advierte, con apoyo en otra porción del salvamento de voto, que ello constituye "una equivocación de hecho por pasar por allo la evidencia que hace ver el funcionario que salvó el voto."

Se refiere luego al argumento del Tribunal en el que calificó de "nada serias" y carentes de "contundencia y claridad" las declaraciones de quienes sostuvieron que el contrato de compraventa era simulado, con relación al cual dice, citando apartes del fallo de primera instancia y del salvamento de voto, que se está en presencia de un falso juicio de identidad "o si se quiere también, de una pasada muy por alto de las declaraciones de los testigos que son determinantes, errores ambos de hecho".

Acusa igualmente al sentenciador de segunda instancia de haber ignorando el testimonio de Marieta Benincore Vda. de Cipagauta, quien manifestó, como se reseña en el salvamento de voto, que Beatriz Francesconi siempre actuó como señora y dueña de la parte que le correspondía en las oficinas vendidas a Cilenia Quintero, lo que configura un error de hecho.

La afirmación del Tribunal de que transcurrieron 7 años "y no se elaboró una 'contraescritura' que en determinado caso revelara la simulación del mencionado contrato de compraventa y que durante todo ese tiempo Beatriz Francesconi no les contó a su madre y a su hermana la aparente contratación", constituye un falso juicio de identidad, "ya que el embargo que justamente trató de conjurar con la simulación, provenía de haber respaldado a su ex amante Jairo Jiménez y -es importante- la simulación del contrato la hacia con la hermana de su nuevo amante Alvaro Quintero Cabal: a los ojos -aún mojigatos y 'moralistas', como buena parte de los demás ojos- de sus familiares tal conducta permisiva resultaba francamente reprochable, de donde se exhibe lógico que Beatriz haya callado, además debió confiar sincera y plenamente en la buena fe de la hermana del hombre que a la sazón amaba".

En el acápite que denominó "examen global de la prueba", transcribe un aparte de la declaración de Carlos Olano Riofrio en la que éste sostuvo que Beatriz Francesconi le había comentando que iba a hacerle a Cilena una escritura de confianza, por cuanto ella vivía con un hermano de ésta.

Igualmente cita apartes de las declaraciones de Ana Francisca Pedraza Lancheros, Antonio José Villa Triviño y del abogado Cristóbal Alzate, en

las cuales se sostiene, de una u otra manera, que fue de confianza la venta realizada entre la señora Beatriz Francesconi y la procesada Cilena Quintero Cabal.

Agrega el Casacionista que resulta muy diciente el contrato de sociedad de hecho celebrado entre Beatriz Francesconi y sus otros socios, su hermana Rosa Tulia y el referido Alfonso Hernández, en el que "se afirma sin ambages dueña de los derechos que justamente sostiene la procesada (y demás amigos y parientes suyos) Beatriz le vendió realmente a ella".

De lo expuesto colige que en el proceso existe 'plena' y válida prueba de que el referido contrato fue simulado "y de que éste lo intentó utilizar la procesada para estafar a los Francesconi".

Finaliza el reproche transcribiendo algunas porciones del salvamento de voto, en las que se hace referencia a la tipicidad de la conducta (estafa), a la culpabilidad de la procesada y al documento en donde se plasma la sociedad de hecho de "Rosa Tulia, Beatriz Francesconi y Alfonso Hernández".

Solicita a la Corte casar el fallo recurrido "y que, en su lugar, quede vigente el proferido en primer grado por el Juzgado 32 Penal del Circuito (fls.110 y ss.-4), éste sí justo, prolijo y responsablemente dictado".

Concepto del Procurador Delegado

Primer cargo

Los múltiples errores de técnica que exhibe el libelo imponen que las pretensiones del recurrente no puedan ser acogidas, ya que la censura se dirige por la causal primera de casación, violación directa de la ley sustancial, sin que la mencionada tenga tal calidad.

En efecto, el concepto civil de simulación "que según el recurrente fue violado por interpretación errónea del mismo, no es norma de derecho sustancial, razón por la cual no puede fundar por sí sola un cargo en casación con apoyo en la causal primera".

Sobre la interpretación errónea del artículo 356 del Código penal, opina "que tampoco le asiste la razón al demandante porque lejos de la interpretación errónea de la norma mencionada, el juzgador -con base en la prueba recaudada-, ajustó su razonamiento a la inexistencia del punible de estafa.".

Segundo cargo

Considera como infundados lo errores de hecho generados por falsos juicios de existencia y por falsos juicios de identidad, por cuanto el actor no precisó de qué manera el fallador omitió considerar alguna prueba o pruebas o las tergiversó, "aspectos estos que son propios de los errores de facto alegados", ni tampoco "sobre cuáles, en su sentir, recaen los presun-

tos errores de hecho del juzgador", ni de qué manera fueron desbordados los principios de la sana crítica.

Así las cosas, el Procurador Primero Delegado en lo Penal solicita a la Corte no casar la sentencia recurrida.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

Primer cargo

El reproche que el libelista formula contra la sentencia de segunda instancia, al amparo de la causal primera de casación, violación directa de la ley sustancial, "por interpretación errónea del concepto civil de simulación y del artículo 356 del C. P.", adolece de protuberantes errores de técnica por lo cual, desde ya, se anuncia su fracaso.

En efecto, si lo pretendido era la condena de la procesada, el cargo se ha debido enunciar y orientar por la falta de aplicación del artículo 356 del C. P. y no por su interpretación errónea, pues, como la ha reiterado en múltiples ocasiones la Sala, si como consecuencia de la errónea interpretación de la norma, ésta se deje de aplicar, el error es de selección, ya que lo que importa es el resultado (inaplicación), y no los motivos que pudieron haber llevado al juzgador al mismo.

Así también, se está denunciando la interpretación errónea no de la ley sustancial sino de un concepto, el de simulación, lo que no tiene cabida en casación, pues a través de este recurso extraordinario, lo que se cuestiona es la vulneración del precepto de esa naturaleza, bien por falta de aplicación, por aplicación indebida o por interpretación errónea.

En tercer lugar, y aceptando que lo alegado es la inaplicación del artículo 356 del C.P, tampoco demuestra cuál fue el error de juicio en que incurrió el legislador y que lo llevó a su inaplicación, ya que su argumento lo limita a cuestionar la afirmación hecha en la sentencia recurrida, en el sentido de que la competencia para declarar si un negocio es o no simulado, es del Juez Civil, aseveración que perdió toda trascendencia cuando el mismo Tribunal examinó la prueba allegada en torno a la existencia de tal fenómeno y decidió sobre él, concluyendo que los elementos de juicio obrantes no tenían "la entidad y contundencia" que pudiera mostrar "de modo indudable" su alegada existencia y, en consecuencia, que no podía sostener "con certeza", que se utilizó ese acto para hacer incurrir en error al Juez Sexto Penal del Circuito y así obtener provecho ilícito, con detrimento del patrimonio económico de los herederos de la señora Beatriz Francesconi.

Textualmente, en alguno de sus apartes, el Tribunal consideró:

"Sin mayor esfuerzo, como se vió desde la primera calificación, y luego con la prueba aportada posteriormente, el caudal probatorio muestra a sin-

ple vista la deficiencias y falta de idoneidad, de tal manera que resulta más apto para conducir a la duda que a la certeza, acerca de la real existencia o no del hecho punible y de la responsabilidad de la procesada. Hemos venido observando cómo se ha hecho especial hincapié en la existencia de un proceso ejecutivo singular contra Jairo Jiménez Ruiz y su fiadora Beatriz Francesconi, por el incumplimiento en el pago de algunos pasajes aéreos por parte de aquél; y que según el denunciante, sería la causa para que Beatriz Francesconi quisiera efectuar la venta simulada de la cuota parte de sus oficinas, para evitar que sobre ellas no recayera una posible medida de embargo.

"Pero en las fotocopias que dan cuenta de la real existencia de aquél diligenciamiento en el Juzgado 18 Civil del Circuito se observa que con fecha de 1° de octubre de 1990, dicho Juzgado decretó el desembargo de todos los bienes trabados en la litis, es lo cierto que no aparece por parte alguna, como ya se dijo, ni la diligencia de embargo y secuestro, ni determinación que afecte las oficinas cuya venta es el objeto de la Escritura 5631-80. Es decir, ya el Juzgado civil había dictado las medidas cautelares, embargando bienes muebles para garantizar el pago de aquella obligación, y no existe allí actuación que pudiera hacer pensar en otra orden de embargo por la misma deuda. De modo que no se ve claro, por qué Beatriz Francesconi quisiera acudir a tan riesgosa maniobra de ceder sus inmuebles a través de una supuesta Escritura de confianza, para salvarlos de una medida o riesgo que no aparece por parte alguna.

"También se ha señalado como comportamiento que denota la actividad simuladora, el hecho de que la procesada Cilena Quintero Cabal, sólo acudió a registrar la citada Escritura después de haber muerto la señora Beatriz. La Sala no quiere presentar ese hecho como trasparente, pero es preciso hacer esta reflexión: si la supuesta venta simulada tenía como finalidad sustraer esos bienes para que no fuesen blanco de posibles medidas de embargo por parte del Juzgado 18 Civil Circuito, cómo podía esa venta ficticia cumplir el irregular propósito, si la Escritura no fue registrada, y de esa manera nada impedía que las citadas oficinas fuesen embargadas en cualquier momento?. Eso resulta contradictorio ya que si ese negocio jurídico se hubiese celebrado con aquélla finalidad, lo primero era registrar la simulada venta para que las oficinas, saliendo en forma aparente del dominio de Beatriz Francesconi, no pudiesen ser embargadas en el objetivo seguido en su contra.

"Al respecto dijo la procesada que efectuó el registro de tal escritura después de la muerte de Beatriz Francesconi en primer lugar, porque le había prestado la primera copia a la propia Beatriz para tomar unos datos para la declaración de renta, pero luego cuando se la reclamó, Beatriz le dijo que se le había perdido. En segundo término porque considera normal hacer el registro cuando uno lo considera conveniente. Por eso ella registró la segunda copia de la Escritura en ese momento, previa autorización de la Oficina de Registro, para poder reclamar sus derechos en la sucesión.

"Ahora, aparte de las deficiencias anotadas, es preciso preguntarse, cómo aceptar en sana lógica, que Beatriz Francesconi hubiese celebrado ese contrato ficticio de compraventa de la cuota parte de sus oficinas, con el grave riesgo que ello implica, y no hubiese elaborado ninguna contraescritura o documento privado que pusiese a salvo sus propiedades, y lo más sorprendente es que a través de 7 años hubiese guardado silencio acerca de la venta 'ficticia', sin expresárselo ni siquiera a su progenitora ni hermanos.

"También se trae a colación para demostrar la simulación, aquél documento suscrito tiempo después de firmada la Escritura, entre la hoy extinta Beatriz Francesconi y sus socios del Heliógrafo Santa Marta, sobre la constitución de la sociedad de hecho que lleva el mismo nombre. Según dicho documento, los citados socios habrían firmado como propietarios tanto de las oficinas con del Heliógrafo.

"Lo que primero se observa es que estamos frente a una copia de documento privado, que aunque puede tenerse como un indicio contingente, no puede utilizarse por sí solo, como contra-prueba de una Escritura Pública que goza de la presunción legal de autenticidad. Y de otro lado, como ya se ha hecho notar, se trata de una fotocopia escrita irregularmente en dos tipos de máquina y que carece de autenticación. Cabe anotar que según ese escrito, Cilena Quintero no figura como socia y por tanto no aparece firmándolo, de modo que no puede ser prueba contundente en su contra.

"Pero lo más importante frente a este hecho, es que en la declaración de renta de la procesada Cilena Quintero Cabal, correspondiente al año gravable de 1984, es decir, varios años antes de morir la señora Beatriz, ya figuraban como bienes de propiedad de la procesada, las mencionadas oficinas, por valor de $150.000 (Fl. 464 vuelto).

"Frente al análisis probatorio realizado se llega a la conclusión que no existen elementos de convicción con la entidad necesaria que permitan despejar la duda acerca de si realmente existió o no la alegada simulación del contrato de compraventa mencionado, y por consiguiente, no se puede afirmar que exista plena prueba que acredite la materialidad del punible de estafa, en el grado de tentativa".

Así las cosas, no le asiste la razón al recurrente, pues el fallador de segunda instancia, al efectuar el proceso de adecuación típica concluyó, de manera motivada y lógica, que no estaba acreditada la existencia del delito de estafa, en el grado de tentativa, en razón a que no se estableció, fehacientemente, que la venta que se celebró entre Beatriz Francesconi y la procesada Cilena Quintero Cabal hubiera sido simulada.

Segundo cargo

El libelista al amparo de la causal primera de casación, cuerpo segundo, acusa al sentenciador de segunda instancia de haber cometido varios errores de hecho en la apreciación de la prueba.

Si bien es cierto que en el desarrollo de la censura enlista algunos medios de prueba que, a su juicio, fueron tergiversados u omitidos en el juicio valorativo, sin embargo, lo que pretende es hacer prevalecer la opinión del magistrado disidente sobre la sentencia de segunda instancia, sin demostrar ningún desatino del fallador.

Así, en los ataques que dirige a la prueba indiciaria de la que el Tribunal dedujo la no responsabilidad de la acusada, lo que pretende, sin demostrar que se hubiera tergiversado el curso lógico del indicio, o las reglas de la experiencia, es que se infiera la responsabilidad, esto es, que del indicante de haber declarado desde 1984 los inmuebles sobre los que versó la venta, no se dedujera la propiedad de la procesada, sino que desde entonces venía plancando el delito; y que de los hechos que durante 7 años no hubiera informado a sus familiares que la contratación era aparente y que no hubiera elaborado una contraescritura que revelara la simulación, se concluyera no que la venta había sido real, sino que quiso ocultar la relación de amante que mantenía con un hermano de Cilena Quintero.

En otros reproches se desvía hacia el error de derecho por falso juicio de convicción, que no tiene cabida cuando se trata de pruebas no sometidas en cuanto su valoración al método de la tarifa legal sino de la sana crítica, como es la testimonial, cuando ataca al fallador por haber considerado como nada serias y carentes de contundencia y claridad las declaraciones de quienes aseveraron que el contrato de compraventa era simulado.

En cuanto al error de hecho que denuncia por haberse ignorado algunos médios de convicción, se trata de un simple enunciado, que no demuestra ni tampoco su incidencia en el fallo. Así, en lo atinente a la presunta omisión del testimonio de la señora Marieta Benincore de Cipagauta, el Casacionista se remite a transcribir apartes del salvamento de voto y a concluir que: "El haberse ignorado esa prueba, nitidamente configura un error de hecho", sin hacer la más mínima demostración al respecto.

Sin embargo, sobre este aspecto la Sala debe precisar que no es exacto, como lo afirma el censor, que el testimonio citado hubiera sido omitido por el Tribunal al realizar el examen conjunto del caudal probatorio, pues para el sentenciador resultó evidente que los medios allegados y tendientes a demostrar la simulación, y por ende, el engaño al Juez Civil del Circuito y la estafa tentada, carecían de la fuerza probatoria suficiente para formar un juicio de certeza sobre aquella.

Textualmente el fallador de segundo grado dijo:

"Aparte de la clara inconducencia que en materia probatoria presenta la prueba testimonial para desvirtuar una Escritura Pública, conviene señalar además, que las declaraciones que militan en el proceso, insistimos, carecen

de la contundencia y claridad necesarias para formar la convicción del juez acerca de la alegada simulación. Así quedó demostrado desde la oportunidad anterior, cuando el Tribunal efectuó aquel pormenorizado estudio de tales medios probatorios para concluir que "pese al detenido examen que ha realizado de todas y cada una de las piezas procesales no ha encontrado la prueba idónea que respalde las afirmaciones del denunciante, de su esposa y demás personas ya mencionadas".

Por lo anteriormente expuesto, el cargo se rechazará.

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

RESUELVE:

NO CASAR la sentencia impugnada.

Cópiese y devuélvase al Tribunal de origen.

Jorge Enrique Córdoba Poveda, Fernando Arboleda Ripoll, Ricardo Calvete Rangel, Carlos Augusto Gálvez Argote, Jorge Aníbal Gómez Gallego, Edgar Lombana Trujillo, Carlos E. Mejía Escobar, Didimo Páez Velandia. no firmó: *Nilson Pinilla Pinilla.*

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

INDAGATORIA

1. Ha sido entendida la indagatoria como un medio probatorio básico dentro del cual la persona imputada ejercita la defensa material, a fin de que pueda explicar libremente la conducta que se le atribuye con la alternativa posibilidad de aceptarla o negarla, total o parcialmente e inclusive de mentir o hasta de guardar silencio y así demostrar su inocencia o responsabilidad.

2. Por tanto, puede en dicho acto procesal reconocer o no el imputado la verdad del hecho delictivo que se le imputa, si lo primero, aceptará espontáneamente su participación, siendo determinante es este caso que dicha declaración tenga implicaciones y produzca efectos en el campo de su responsabilidad penal.

3. Sin embargo, sólo excepcionalmente la indagatoria conduce al voluntario reconocimiento del hecho investigado, lo que bien puede explicarse en razón a que esta circunstancia apareja al imputado unas consecuencias que en principio le son perjudiciales. Cuando esto sucede, aun cuando la indagatoria no abandone por este motivo su objetividad óntica, debe observarse que como categoría ontológica tendría un contenido de confesión, que sin embargo no se confunde con la diligencia que la contiene.

De esta manera, la indagatoria no solamente constituiría un mecanismo de vinculación procesal que como medio probatorio posibilitaría la defensa del imputado, sino que al optar por admitir consecuencias en el campo de la responsabilidad frente a lo que es objeto de la investigación, dicho contenido cuando es de confesión, admite válidamente una conceptualización fáctica distinta, jurídicamente capaz de producir efectos igualmente diversos.

4. Dentro de este marco conceptual, estima la Sala que frente a las exigencias de la técnica Casacional, teóricamente no presenta mayor complejidad reconocer que si el juzgador, habida cuenta de su naturaleza jurídica, no desconoce la existencia de la indagatoria como medio probatorio, pueda sin embargo ignorar el contenido de confesión que ella tiene y así, desconocer las consecuencias que como elemento de

confesión puede producir al momento de graduarse la sanción, si además, desde luego, concurren todos los requisitos legalmente exigidos para que pueda servir de paliativo a la pena.

5. Por ello, encuentra la Sala que es acertada la proposición del único cargo que el actor ha formulado contra la sentencia impugnada y que el señor Procurador Delegado avala en atinado criterio, pues plantea precisamente el fenómeno según el cual, pese a no poderse sostener que los sentenciadores habrían ignorado la indagatoria, sería ostensible el desconocimiento de la confesión, como contenido de aquélla, pero con entidad probatoria y fáctica independientes, con miras a definir si mediando su existencia, era o no procedente la consecuencial rebaja punitiva.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Santafé de Bogotá, D.C., dos (2) de diciembre de mil novecientos noventa y ocho (1998).

Magistrado Ponente: Dr. *Carlos Augusto Gálvez Argote*

Proceso No. 10525

Aprobado Acta No. 185

VISTOS:

Decide la Corte el recurso de casación interpuesto por el defensor de Carlos Julio Ortiz, contra el fallo proferido el 28 de noviembre de 1994 por el Tribunal Superior de esta capital, que confirmó la sentencia dictada en primera instancia por el Juzgado 53 Penal del Circuito, mediante la cual se condenó a este procesado como determinador del delito de falsedad material de empleado oficial en documento público, agravado por el uso, a la pena principal de 42 meses de prisión, como también por el mismo punible a Martha Lucía Monroy Rodríguez y Carlos Arturo Fandiño Torres como coautora y determinador, respectivamente, a la pena principal de 36 meses de prisión.

HECHOS Y ACTUACIÓN PROCESAL

El 19 de febrero de 1.992 el rector del Colegio Distrital "Bravo Páez" de esta ciudad, señor Jesús Evelio Gómez Gómez, denunció que el día 11 de ese mismo mes se presentó ante la rectoría Carlos Julio Ortiz con el propósito de solicitar la expedición de un certificado de estudios correspondiente al grado décimo que adujo haber cursado en 1990, adjuntando para ello fotocopia de una constancia anterior. No obstante, al revisar los libros de calificaciones de dicho año, logró establecerse que Ortiz no había sido alumno del plantel, razón por la cual se requirió al joven explicara su origen, manifestando haberlo comprado a través de su amigo Carlos Arturo Fandiño Torres a la señora "Martha", refiriéndose a Martha Lucía Monroy Rodríguez,

quien hasta el día 15 de abril de 1991 prestara sus servicios en el colegio como secretaria académica, lográndose así establecer que el espurio documento habría sido utilizado por Ortiz en 1991 para acreditar ante la Fundación Instituto Tecnológico del Sur ese grado de estudios y así cursar undécimo como culminación de su bachillerato.

Con base en la denuncia y su posterior ampliación, el 20 de marzo de 1992 el Juzgado 42 de Instrucción Criminal de entonces abrió la investigación, vinculando mediante diligencia de indagatoria a Martha Lucía Monroy Rodríguez, quien mostrándose ajena al hecho, sostuvo que correspondía a la secretaria Lucena Torres elaborar dichos certificados, reconociendo no obstante que la firma contenida en el de autos sí era la suya.

Fueron escuchados los testimonios de Lucena Torres Quesada y Francisco Arturo Jiménez, rector del Colegio Distrital "J.F. Kennedy", como también allegada certificación del "Instituto Técnico Industrial Piloto", en donde se hace constar que el joven Ortiz habría cursado durante el año de 1.990 el curso décimo habiéndolo reprobado.

Vinculado mediante indagatoria, Carlos Julio Ortiz precisó en detalle las circunstancias de modo, tiempo y lugar que mediaron para la consecución del certificado falso, comenzando por narrar que al haber perdido el grado décimo, conversó con su amigo Arturo Fandiño, quien le manifestó estar en posibilidad a través de un pariente de Martha Monroy de conseguirle un certificado del Colegio "Bravo Páez" en el que constara la aprobación de ese curso. En efecto, por el pago de $55.000.00 en mayo de 1991 le fue entregado el documento, presentándolo en el "Instituto Tecnológico del Sur", a donde gracias al mismo pudo culminar sus estudios secundarios. En febrero de 1992, cuando por tres oportunidades su progenitora se acercara al Colegio "Bravo Páez" a solicitar un nuevo certificado, que le fue negado al no encontrarse inscrito en los libros, decidió ir personalmente, siendo entonces preguntado por el Rector sobre el origen de la fotocopia que llevaba consigo, narrándole los hechos precedentes.

Con medida de aseguramiento consistente en detención preventiva, fue resuelta la situación jurídica de Martha Monroy y Carlos Julio Ortiz el 3 de marzo de 1993, por los delitos de falsedad material de empleado oficial en documento público la primera, y como determinador de este delito, agravado por el uso, al segundo.

Una vez remitido al proceso el original del espurio documento por parte del rector del "Instituto Tecnológico del Sur" e igualmente certificado sobre la aprobación del grado undécimo por parte de Ortiz en dicho plantel, fue oído en injurada Carlos Arturo Fandiño Torres, cerrándose la investigación y calificándose su mérito el 12 de enero de 1994 por la Fiscalía Seccional 140, mediante el proferimiento de resolución acusatoria contra Martha Lucía Monroy delito de falsedad material de empleado oficial en documen-

to público y a Fandiño Torres y Ortiz como determinadores de dicho punible, para el último agravado por el uso.

Tramitada la etapa del juicio y celebrada la audiencia pública, se profirieron las sentencias de primera y segunda instancia, interponiéndose por el defensor del procesado el recurso extraordinario de casación que ahora decide la Sala.

DEMANDA

Con respaldo en el cuerpo segundo de la causal primera del art. 220 del C. de P.P., el defensor de Carlos Julio Ortiz propone un cargo contra la sentencia impugnada, por violación indirecta de la ley sustancial por error de hecho en que dice incurrió el Tribunal al haber ignorado la confesión del procesado pese a cumplir con las exigencias establecidas por el art. 296 ibidem, conforme se desprende de la indagatoria.

En los siguientes términos, fundamenta el demandante la censura:

"El error de hecho se configura en este proceso por cuanto el señor Juez 53 Penal del Circuito, no tuvo en cuenta la confesión de mi defendido al momento de valorar las pruebas para proferir la sentencia que estoy impugnando. Como consecuencia de haber ignorado el juzgador la confesión, le desconoció a Carlos Julio Ortiz el beneficio consagrado en el artículo 299 del Código de Procedimiento Penal, más concretamente la reducción de la pena en una sexta parte.

Del análisis total del proceso se desprende que no existió flagrancia y que por el contrario Carlos Julio Ortiz colaboró de manera eficaz para una pronta y cumplida Administración de Justicia, pues desde la investigación prejudicial realizada por el Rector del Colegio 'Bravo Páez' de la jornada nocturna (lo cual se demuestra con el libelo de la denuncia folio 3 y 4), y obvio ya dentro del desarrollo del proceso en especial en su indagatoria (folios 187 a 190), en la cual de manera expresa, clara y detallada mi defendido no solo confiesa, sino que denuncia a los demás partícipes y proporciona los datos necesarios para ayudar a orientar al Administrador de Justicia. Lo anterior es más que suficiente para que el juzgador le hubiere reconocido los beneficios consagrados por el legislador en favor de los sindicados confesos y que colaboren con la justicia.

Al guardar silencio, al ignorar, al no tener en cuenta la confesión y colaboración del señor Carlos Julio Ortiz, al momento de fijar la pena desconoció sin motivos legales la existencia de la misma (la confesión), violando de esta manera las normas procesales referidas a la confesión (artículos 296-297-298 y 299), y de paso violando de manera obstensible la Constitución Nacional en su artículo 29 que contempla el debido proceso".

Solicita, en consecuencia, casar el fallo impugnado atenuando la pena de acuerdo con lo previsto por el art. 299 del C. de P.P.

CONCEPTO DEL PROCURADOR
TERCERO DELEGADO EN LO PENAL

Para el Procurador Delegado, aun cuando en principio la proposición del cargo parecería equivocada, en la medida en tanto la sentencia de primera como de segunda instancias hicieron expresa referencia al contenido de la indagatoria, lo que de suyo descartaría su presunta omisión, la verdad es que ninguno de los juzgadores habría advertido que Carlos Julio Ortiz reconoció desde su primera versión ante la autoridad judicial competente y con el lleno de las exigencias legales, su participación en el hecho investigado, razón por la cual no se ocuparon en ningún momento de su incidencia frente a la pena, según lo prevé el art. 299 del C. de P.P.

Colige de lo anterior el representante del Ministerio Público, apoyándose en algunos apartes de las sentencias, que:

"... *que la indagatoria, como medio de vinculación procesal y como medio de defensa fue apreciada por los juzgadores; empero no se advirtió que ella, por su contenido, no constituía simplemente ese acto procesal de trascendental importancia, sino que configuraba una prueba prevista como tal en las normas probatorias colombianas que, en casos como el presente, dan a la indagatoria una categoría jurídica especial que la convierte en un medio de prueba denominado confesión, regida por particulares disposiciones una de las cuales le atribuye consecuencias punitivas favorables a su autor.*

De esta manera, aun cuando materialmente no se ignoró la prueba, sí se omitió su consideración como categoría jurídica especial y por tanto, puede admitirse lo correcto de la proposición del libelista".

Siendo ello así, pide a la Corte casar el fallo procediendo a atenuar la pena impuesta al procesado, concediéndole como consecuencia el beneficio de la condena de ejecución condicional, por ser claro que no requiere de tratamiento penitenciario.

CONSIDERACIONES:

1. Ha sido entendida la indagatoria como un medio probatorio básico dentro del cual la persona imputada ejercita la defensa material, a fin de que pueda explicar libremente la conducta que se le atribuye con la alternativa posibilidad de aceptarla o negarla, total o parcialmente e inclusive de mentir o hasta de guardar silencio y así demostrar su inocencia o responsabilidad.

2. Por tanto, puede en dicho acto procesal reconocer o no el imputado la verdad del hecho delictivo que se le imputa, si lo primero, aceptará espontáneamente su participación, siendo determinante en este caso que dicha declaración tenga implicaciones y produzca efectos en el campo de su responsabilidad penal.

3. Sin embargo, sólo excepcionalmente la indagatoria conduce al voluntario reconocimiento del hecho investigado, lo qué bien puede explicarse en razón a que esta circunstancia apareja al imputado unas consecuencias que en principio le son perjudiciales. Cuando esto sucede, aun cuando la indagatoria no abandone por este motivo su objetividad óntica, debe observarse que como categoría ontológica tendría un contenido de confesión, que sin embargo no se confunde con la diligencia que la contiene.

De esta manera, la indagatoria no solamente constituiría un mecanismo de vinculación procesal que como medio probatorio posibilitaría la defensa del imputado, sino que al optar por admitir consecuencias en el campo de la responsabilidad frente a lo que es objeto de la investigación, dicho contenido cuando es de confesión, admite válidamente una conceptualización fáctica distinta, jurídicamente capaz de producir efectos igualmente diversos.

4. Dentro de este marco conceptual, estima la Sala que frente a las exigencias de la técnica Casacional, teóricamente no presenta mayor complejidad reconocer que si el juzgador, habida cuenta de su naturaleza jurídica, no desconoce la existencia de la indagatoria como medio probatorio, pueda sin embargo ignorar el contenido de confesión que ella tiene y así, desconocer las consecuencias que como elemento de convicción puede producir al momento de graduarse la sanción, si además, desde luego, concurren todos los requisitos legalmente exigidos para que pueda servir de paliativo a la pena.

5. Por ello, encuentra la Sala que es acertada la proposición del único cargo que el actor ha formulado contra la sentencia impugnada y que el señor Procurador Delegado avala en atinado criterio, pues plantea precisamente el fenómeno según el cual, pese a no poderse sostener que los sentenciadores habrían ignorado la indagatoria, sería ostensible el desconocimiento de la confesión, como contenido de aquélla, pero con entidad probatoria y fáctica independientes, con miras a definir si mediando su existencia, era o no procedente la consecuencial rebaja punitiva.

6. A este propósito imperativo es recordar cómo, conforme lo manifestara en la denuncia y sus posteriores ampliaciones el rector Jesús Evelio Gómez Gómez, cuando el 11 de febrero de 1.992 Carlos Julio Ortiz se presentó en el Colegio "Bravo Páez" con el propósito de que se le expidiera con base en una fotocopia de un certificado anterior, un nuevo documento en el que se acreditara igualmente que había cursado décimo grado, al ser interrogado sobre el origen del mismo, no solamente reconoció de inmediato que en verdad no había estudiado en dicho plantel, sino que señaló a "la señora Martha" refiriéndose a la secretaria académica de esa época Martha Lucía Monroy Rodríguez, como la persona que por una suma de dinero lo había elaborado. Además, de informar la dirección de su residencia y el número telefónico de ella.

7. Acá, es claro entonces que, en primer término, las pesquisas se encausaron, indiscutiblemente, a partir de esta asunción de responsabilidad por parte de Ortiz y de la precisa información que en dicho momento suministrara al rector, al punto de que la denuncia se presentó teniendo por básico y casi exclusivo sustento los hechos narrados por aquél.

8. Las averiguaciones que en estas condiciones se adelantaron, tuvieron por fuente única el reconocimiento extrajudicial que de su participación en los hechos hiciera Ortiz, cuya espontaneidad es indiscutible, redundando sus determinantes efectos favorables para la investigación, no solamente en el descubrimiento de la verdad que propiciaría su condena, sino también para la responsabilidad que con origen en la misma conducta delictiva se predicara de Martha Lucía Monroy Rodríguez y Carlos Arturo Fandiño Torres.

9. Así, el documento espurio con el cual Ortiz hizo valer como aprobado en el Colegio "Bravo Páez" el curso décimo ante el "Instituto Tecnológico del Sur", fue recuperado en este centro educativo, lográndose establecer igualmente al constatar la versión de aquél, que en efecto, la obtención del certificado tuvo como propósito colmar ante la primera institución ese grado de estudio al haberse reprobado el que cursara en el Instituto Técnico Industrial Piloto. Además, gracias a los datos suministrados por Ortiz, fue vinculada mediante diligencia de indagatoria Matha Lucía Monroy Rodríguez.

10. En estas condiciones, cuando el propio Ortiz es llamado a rendir indagatoria se excusa por haber tenido una "calamidad doméstica", fijándose una nueva fecha en la que por carecer de defensor y no poder la Fiscalía proveerlo de uno de oficio, es nuevamente postergada la diligencia, que finalmente se realiza el 8 de febrero de 1993.

Ya en su injurada, el procesado brinda una información más detallada sobre los hechos, reconociendo la participación que habría tenido en ellos, comenzando por la necesidad que tuvo de acreditar la aprobación del grado décimo para poder cursar el último año de bachillerato, narrando cómo entró en conversaciones con su amigo Carlos Arturo Fandiño Torres - a quien se vinculara mediante indagatoria gracias a la información dada por Ortiz -, precisando las sumas de dinero que éste dijo haberle entregado a un familiar de Martha Lucía Monroy, quien se encargaría a la postre de suministrarle el documento falso con el cual pudo terminar, finalmente, sus estudios.

11. Con base en estas pruebas, tanto el Juez de primera instancia, como el Tribunal, encontraron demostrados los requisitos exigidos por el artículo 247 del C. de P.P., para el proferimiento de la sentencia condenatoria. No obstante, es indiscutible que a pesar de afirmar su concurrencia y de tomar en la globalización del análisis de las pruebas, como le resultaba inevitable, algunos de los aspectos que solamente pudieron ser conoci-

dos a través de la indagatoria, la verdad es que se ignoró su contenido, pues si no lo hubiere hecho, necesariamente se habría pronunciado sobre los elementos que configuran la atenuante punitiva por razón de la confesión.

12. De lo precedentemente expuesto, no cabe duda de que asiste razón al Casacionista y de contera al Ministerio Público, en considerar que efectivamente concurren los presupuestos legales para la reducción de pena por confesión del procesado, toda vez que esta surge en su primer versión ante el funcionario judicial competente, sin que en este caso sea predicable una circunstancia de flagrante delito, pues debe recordarse que el procesado fue acusado y condenado por hechos sucedidos con antelación al momento en que acude ante el rector Jesús Evelio Gómez Gómez a solicitarle la expedición de un nuevo certificado, no dejando pasar por alto que, desde luego, a la condena se llega en virtud de la aceptación de responsabilidad que el acusado hiciera en la indagatoria e inclusive, desde la etapa prejudicial de este proceso.

13. En consecuencia, como efecto de la prosperidad de la censura, se reconocerá en favor del sentenciado la disminución de la pena de prisión que a cuarenta y dos (42) meses le fuera irrogada en la sentencia, en una tercera parte, habida cuenta de que esta era la proporción señala en el texto original del art. 299 del C. de P.P., es decir, antes de ser modificada por el art. 38 de la Ley 81 de 1993, la cual queda en 28 meses de prisión, como determinador del delito de falsedad material de empleado oficial en documento público agarvada por el uso.

Ahora bien, como es indiscutible que, en este caso, dicho cuantum punitivo no supera los 36 meses, cumpliéndose así con el primer requisito que el art. 68 del C. P. establece el otorgamiento del subrogado de la condena de ejecución condicional y además que por tratarse Carlos Julio Ortiz de una persona joven respecto del cual no existen elementos de juicio que censuren su personalidad y entendiendo que la naturaleza y modalidades que rodearon el hecho punible no pueden calificarse de graves, considera la sala que se hace acreedor a este subrogado.

Por consiguiente, se suspenderá la ejecución de la sentencia por un periodo de prueba de dos (2) años a condición que cumpla las obligaciones previstas en el artículo 69 y en especial la de presentarse cada treinta (30) días y las veces que fuere requerido ante el funcionario de conocimiento, cuyo cumplimiento garantizará con la prestación de una caución juratoria, bajo los mismos términos en que lo hiciera al momento de otorgársele la libertad provisional de que viene gozando.

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

RESUELVE:

1. CASAR la sentencia impugnada.

2. En consecuencia, reconocer al procesado Carlos Julió Ortiz una rebaja de pena por confesión de catorce (14) meses, quedando por tanto condenado a la de veintiocho (28) meses de prisión como determinador responsable del delito de falsedad material de empleado oficial en documento público agravada por el uso.

3. Conceder el subrogado penal de la condena de ejecución condicional a Carlos Julio Ortiz, por el término y bajo las condiciones previstas en la motivación de este fallo.

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

Jorge Enrique Córdoba Poveda, Fernando Arboleda Ripoll, Ricardo Calvete Rangel, Carlos Augusto Gálvez Argote, Jorge Aníbal Gómez Gallego, Edgar Lombana Trujillo, Carlos E. Mejía Escobar, Didimo Páez Velandia. no firmó; *Nilson Pinilla Pinilla.*

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

TERCERO INCIDENTAL/ DEMANDA DE CASACION

Es preciso aclarar que el trabajador oficial, al igual que el empleado estatal, es una especie de la categoría de servidores públicos, acorde con el artículo 63 del Código Penal, modificado por el artículo 18 de la Ley 190 de 1995, que bien puede ser sujeto activo del delito de peculado, si se establece que los bienes distraídos se le habían confiado para su administración, tenencia o custodia o los manejaba con ocasión de sus funciones.

En relación con las peticiones de la firma (...), Comisionista de Bolsa, fácil es advertir que su apoderado, aprovechando indebidamente el espacio de los no recurrentes, se propuso elevar irregularmente solicitudes, como si se tratara de una demanda de casación, para tratar de satisfacer su interés de que los títulos valores en los cuales aparecía aquélla como última beneficiaria regresaran al proceso ejecutivo y se cumpliera su pretensión dineraria en relación con el Banco de la República.

Esa actitud de un tercero incidental, que por su calidad además no estaría legitimado para proponer el recurso de casación, desborda la dialéctica propia de la impugnación extraordinaria, pues si bien el término que se les concede a los no recurrentes puede aprovecharse para apoyar o atacar la sentencia impugnada, no puede olvidarse que dicha pretensión ya debe canalizarse a través de las demandas de casación, pues, con toda razón, temporalmente primero se otorga la oportunidad a los recurrentes para que sustenten el recurso por medio de la demanda, y después se confiere el traslado a los no impugnantes (art. 224 C. P. P.). De este modo, la demanda de casación no sólo se constituye en la medida de la decisión de la Corte, sino que también se erige en el límite de las propuestas de los no recurrentes.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Santafé de Bogotá, D. C., dos de diciembre de mil novecientos noventa y ocho.

Magistrado Ponente: Dr. *Jorge Aníbal Gómez Gallego*

Proceso No. 13539

Aprobado Acta No. 185

VISTOS

En relación con la sentencia del 1° de octubre de 1996, proferida en segunda instancia por el Tribunal Superior de Santafé de Bogotá, interpusieron el recurso extraordinario de casación el procesado Eduardo Ancízar Gómez Cortés, los defensores de los acusados Napoleón García Cortés y Xavier Beltrán González y los apoderados de las firmas Bermúdez y Valenzuela S. A. y Servivalores S. A., Comisionistas de Bolsa.

Por medio de auto fechado el 14 de febrero de 1997, el Tribunal concedió los recursos interpuestos en favor de los tres acusados y, en providencia separada de la misma fecha, se rechazaron las impugnaciones propuestas por los apoderados de las compañías Bermúdez y Valenzuela S. A. y Servivalores S. A., debido a que tales partes actuaron como terceros incidentales en el curso del proceso y, por ende, carecían de legitimación para acudir en casación, de acuerdo con el artículo 222 del Código de Procedimiento Penal (cuaderno original N° 2, segunda instancia, fls. 1-4).

En tiempo fueron presentadas las tres demandas de sustentación de los recursos concedidos y, dentro del término otorgado a los no recurrentes, presentaron sendos escritos el abogado de la firma Bermúdez y Valenzuela y el apoderado de la parte civil.

Sobre el mérito de todas las intervenciones ha conceptuado previamente el Procurador Tercero Delegado en lo Penal.

HECHOS Y ACTUACIÓN PROCESAL

A finales del año de 1990, el doctor Eduardo Ancizar Gómez Cortés, subdirector financiero de la entidad Instituto De Fomento Industrial-Concesión De Salinas, empresa industrial y comercial del Estado con domicilio en esta capital, le ordenó a la tesorera Mariela Arias Rivera una inversión de recursos en el mercado financiero por valor de seiscientos ochenta millones de pesos ($ 680.000.000.00), por medio de las siguientes operaciones:

En primer lugar, el 23 de octubre se adquirió directamente por la entidad el título de depósito a término N° 020469 en la Corporación Financiera del Transporte, por valor de cien millones de pesos ($100.000.00), certificado cuyo vencimiento se estimó para el 23 de enero de 1991. El 30 de noviembre siguiente, en segundo lugar, por intermedio de la firma "Servivalores S. A.", se compraron diez (10) títulos de participación clase B expedidos por el Banco de la República, por un valor individual de treinta y ocho millones ($ 38.000.000.00), con vencimiento el 28 de febrero de 1991, y cuyos consecutivos correspondían a los números 0114380, 0114391, 0114395, 0114396, 0114397, 0114399, 0114402, 0114403, 0114405 y 0114408. Y, finalmente, para el 4 de diciembre, con el concurso de la mis-

ma intermediaria de valores, se tomaron dos títulos más de la naturaleza últimamente indicada, cuya identificación corresponde a los números 0114503 y 0114507, por valor de cien millones de pesos ($100.000.000.00) cada uno, y que vencían el 21 de enero de 1991.

La escogencia de la intermediaria Servivalores S. A. la hizo el subdirector financiero, dado que a través de un comentario de su tío Aníbal Gómez, se enteró de la relación de éste con Gonzalo María Palau Rivas, uno de los socios de la firma corredora de valores.

Todos los títulos valores fueron guardados en una caja de seguridad que se mantenía para dichos efectos en la tesorería de la entidad beneficiaria, depósito al cual tenían acceso la tesorera Mariela Arias Rivera, el cajero Napoleón García Cortés y la auxiliar de caja Edilma Yarnuth Carranza Vargas.

Ocurre que el 13 de diciembre de 1990, se recibe una carta en las oficinas de la Corporación Financiera del Transporte, supuestamente firmada por la tesorera del IFI-Concesión de Salinas, por medio de la cual ésta cedía el certificado de depósito a término por valor de cien millones de pesos ($100.000.000.00) a la empresa "Minera del Caribe". Y el 17 de diciembre siguiente, acude a la entidad depositaria un individuo que se identifica como Roberto Topaga Briceño, arguye que es el subgerente de la compañía cesionaria, llevando consigo el título endosado y una carta de instrucciones para fraccionarlo en cinco nuevos (5) títulos por valor de veinte millones de pesos (20.000.000.00) cada uno, en favor de la nueva titular, pretensión que logró gracias a la atención de la empleada Marcela Poveda Cabezas, quien, sin confirmar dicha operación con la presunta cedente, le extendió los certificados cuya designación corresponde a los números 21160, 21161, 21162, 21163 y 21165.

En posesión de estos últimos certificados, el sujeto Francisco Montoya se presenta a "Servivalores S. A." y consigue que esta firma los venda rápidamente en el mercado, dado que no era la primera vez que uno y otra se relacionaban comercialmente, pues, para el mismo tiempo en que la empresa IFI-Concesión de Salinas constituía los títulos, el mencionado individuo había estado en la sede de la intermediaria, entró en contacto con el señor Xavier Beltrán González, socio de la misma, le aseveró que era el propietario de la compañía "Minera del Caribe", mas que no figuraba en la nómina de la compañía por razones de seguridad, y le propuso entonces varias transacciones que finalmente sólo se concretaron en la venta de unas cédulas hipotecarias. A raíz de aquella negociación, que incluyó la extensión de nuevos certificados, el banco Extebandes adquirió tres (3) títulos por un valor total de $45.504.000.00; el Círculo de Viajes Universal obtuvo otros dos (2) por valor de $35.000.000.00; Sandra Piedrahita un título por la suma de $4.530.000.00; Rómulo Campo otro por valor de $470.000.00; Protegiendo Ltda. un título por $7.248.000.00 y Sergio Fran-

co e Hijos otro por la suma de $7.248.000.00. Se estableció, además, que la mencionada empresa minera adquirente estuvo inactiva por varios años y fue reactivada precisamente por la misma época de las transacciones millonarias.

El mismo individuo Roberto Topaga Briceño acudió a la compañía "Bermúdez y Valenzuela S. A.", corredores de bolsa, el día 3 de enero de 1991, oportunidad en la cual presentó los diez (10) títulos de participación del Banco de la República, cuyo titular era el IFI-Concesión Salinas, por valor de 38 millones cada uno, endosados en favor de Minera del Caribe, con el fin de introducirlos al mercado bursátil y logró cambiarlos en su mayoría por aceptaciones bancarias. Ya convertidos estos instrumentos se llevaron posteriormente a la empresa "Servivalores S. A.", esta vez por el sujeto que se identificó como Francisco Montoya, nombre usado por el mismo Topaga Briceño ante otras entidades, con el fin de canjearlos por certificados de cambio que prontamente se hicieron efectivos en beneficio de Minera del Caribe y algunos de ellos, inclusive, fueron cobrados por ventanilla.

Pues bien, sólo en el mes de enero de 1991, se descubrió que todos los certificados de valores habían sido sustraídos de las arcas del IFI-Concesión Salinas y cambiados cuidadosamente por otros tipo imitación, pues, el día 16, el subdirector financiero de la entidad ordenó la reinversión de los otros dos títulos de participación por valor de cien millones de pesos (100.000.000.00) cada uno, por medio de Servivalores, pero el 22 de enero siguiente fueron devueltos sin operación alguna por el Banco de la República, entidad que adujo la falsedad en los documentos exhibidos. Ante esta noticia, la mencionada empresa estatal remitió al banco emisor los otros diez (10) títulos de participación y el CDT por valor de cien millones de pesos (100.000.000.00) a la Corporación Financiera del Transporte, mas ambas instituciones igualmente los regresaron por ser espurios.

En razón de la denuncia puesta por la entidad afectada, el Juzgado Décimo de Instrucción Criminal ordenó de inmediato la retención de los títulos genuinos que aún no habían sido pagados por el Banco de la República, así como de aquellos que resultaron en el fraccionamiento del original expedido por la Corporación Financiera del Transporte.

Algunos beneficiarios finales de los títulos, ante la negación de pago de aquellos en los que era obligada la Corporación Financiera del Transporte, sostuvieron un proceso ejecutivo en el Juzgado Veintiocho Civil del Circuito, pero fue desestimada la pretensión del Banco Extebandes de Colombia y el Círculo de Viajes Universal, siendo enviados los documentos originales al funcionario instructor, debido a que se contaba la orden judicial de retención. Con todo, la intermediaria Servivalores salió al saneamiento de sus operaciones y le compró los certificados a los mencionados tenedores.

En relación con cuatro (4) de los diez (10) títulos de participación clase B, que habían sido adquiridos por el Banco Cafetero, quedaron a disposición en este proceso, pero los seis (6) restantes los compró la firma Bermúdez y Valenzuela, por vía de saneamiento, ya que había sido la mediadora en la bolsa de valores, y después promovió con ellos un juicio ejecutivo en el Juzgado Veintinueve Civil del Circuito, que terminó con sentencia de ejecución.

En razón de la denuncia presentada por Mariela Arias Rivera, tesorera del Instituto de Fomento Industrial-Concesión de Salinas, se intentó primero una investigación previa y después, el 6 de marzo de 1991, fue abierta formalmente la instrucción (fls. 10 y 642, cuaderno principal No. 1).

La entidad afectada presentó demanda de constitución de parte civil y fue admitida como tal en el auto del 14 de marzo de 1991, dictado por el Juzgado 102 de Instrucción Criminal Ambulante (cuaderno principal N° 2, fls. 1-20 y 31).

Fueron legalmente vinculados a la investigación los imputados Eduardo Ancízar Gómez Cortés, Napoleón García Cortés, Mariela Arias Rivera, Edilma Yarnuth Carranza Vargas, Gonzalo María Palau Rivas, Xavier Beltrán González y Marcela Poveda Cabezas.

El 30 de marzo de 1992, el juzgado instructor calificó el mérito del sumario y determinó que se había establecido la existencia de los siguientes hechos punibles: un concurso homogéneo de delitos de falsedad en documento privado, que se cometieron al imitar servilmente tanto los títulos de depósito a término como los de participación, y además cuando se endosaron falsamente los certificados originales (art. 221 C. P.); falsedad de particular en documento público agravada por el uso, debido a la utilización de cédulas de ciudadanía espurias en las transacciones de los títulos (arts. 220 y 222 idem); falsedad material de empleado oficial o de particular en documento público por la creación falsa de la misiva del 13 de diciembre de 1990; y peculado tanto por apropiación como culposo, dado que el objetivo último de quienes se concertaron era apoderarse de los recursos oficiales, con la aclaración de que la intervención de los particulares sólo podía sancionarse a título de complicidad y, además, algunos servidores oficiales debían responder por la negligencia en la custodia de los títulos valores sustraídos (arts. 133 y 137 *ibídem*). Así entonces, el instructor decidió acusar a los sindicados Mariela Arias Rivera, Napoleón García Cortés, Edilma Yarnuth Carranza Vargas y Marcela Poveda Cabezas, por el delito de peculado culposo; reabrió la investigación en relación con Eduardo Ancízar Gómez Cortés y Xavier Beltrán González, vinculados por los delitos de peculado por apropiación y falsedades en documentos públicos y privados, y, finalmente, ordenó la cesación de procedimiento en favor de Gonzalo María Palau Rivas, a quien se le atribuían los mismos hechos punibles que acaban de mencionarse (cuaderno N° 4, fls. 313-372).

En virtud del recurso de apelación interpuesto, le correspondió examinar la acusación en segunda instancia a la Unidad de Fiscalía ante los Tribunales de Santafé de Bogotá y Cundinamarca, célula judicial que proveyó en la resolución del 20 de noviembre de 1992, por medio de la cual dispuso que los títulos valores expedidos tanto por el Banco de la República como por la Corporación Financiera del Transporte tenían la calidad de documentos públicos y, por ende, de tal naturaleza eran las falsedades cometidas en relación con ellos. De ese modo, previas las consideraciones y modificaciones de rigor, acusó a Eduardo Ancízar Gómez Cortés por un concurso de delitos de peculado por apropiación y falsedades de particular en documento público, agravadas por el uso (arts. 133, inc. 2°, 220 y 222 C. P.); igual atribución le hizo a Napaleón García Cortés, cajero y tesorero encargado del IFI Concesión de Salinas; a Xavier Beltrán González y Gonzalo María Palau Rivas, socios de Servivalores S. A., les dictó resolución acusatoria por complicidad en el delito de peculado por apropiación y coautoría en las falsedades públicas; y, en relación con Edilma Yarnuth Carranza Vargas, auxiliar de caja en aquella entidad, ordenó la reapertura de investigación. En cuanto a la tesorera titular Mariela Arias Rivera, se confirmó la acusación por el delito de peculado culposo (cuaderno 2ª instancia de la Fiscalía, fls. 25-55).

El juicio fue adelantado por la Juez Veintiséis Penal del Circuito y culminó en primera instancia con el fallo del 30 de enero de 1996, por medio del cual se condenó a Eduardo Ancízar Gómez Cortés y Napoleón García Cortés a la pena principal de 6 años y 8 meses de prisión y multa de cien mil pesos para cada uno, como coautores de un concurso de hechos punibles de peculado por apropiación y falsedades materiales de particular en documento público, agravadas por el uso. Gonzalo María Palau Rivas y Xavier Beltrán González fueron condenados a la pena principal de 5 años y 5 meses de prisión y multa de setenta y cinco mil pesos a cada uno, como cómplices del delito de peculado por apropiación y coautores de las falsedades materiales de particular en documento público, agravadas por el uso. Y, en relación con Mariela Arias Rivera y Marcela Poveda Cabezas, el juzgado declaró que eran responsables del delito de peculado culposo y, por consecuencia, se les impuso la pena principal de 8 meses de arresto y multa por valor de diez mil pesos, a la primera, y 7 meses de arresto y multa en cuantía de cinco mil pesos, a la segunda. De igual manera, se determinó la pena accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas, por igual período al de la pena privativa de la libertad.

Se decidió, además, que los condenados, excepto Marcela Poveda Cabezas, debían pagar solidariamente los perjuicios ocasionados al Instituto de Fomento Industrial -Concesión de Salinas-, en cuantía de $ 200.000.000.00, y a la vez se ordenó la entrega al mismo ente del título judicial N° K51966739, por valor de $ 243.458.750.00, que había consignado la Corporación Financiera del Transporte.

También se dispuso que el Banco de la República entregaría a la entidad afectada el valor de los títulos de participación clase B, más los intereses legalmente causados, a la vez que se negó la entrega de los mismos instrumentos negociables a los terceros incidentales.

Por último, el juzgado concedió el subrogado de la condena de ejecución condicional a las sentenciadas Mariela Arias Rivera y Marcela Poveda Cabezas, y lo negó en relación con los demás condenados (cuaderno N° 6, fls. 203 y ss.).

En contra del fallo de primer grado interpusieron recurso de apelación los defensores de los procesados Eduardo Ancízar Gómez Cortés, Gonzalo María Palau Rivas, Mariela Arias Rivera y Xavier Beltrán González; al igual que los apoderados de los terceros incidentales Servivalores S. A. Y Bermúdez Y Valenzuela S. A. El 1° de octubre de 1996, el Tribunal Superior de Santafé de Bogotá produjo entonces la sentencia de segundo grado, por medio de la cual se adoptan las siguientes determinaciones:

1. Revocar la sentencia condenatoria en todos los aspectos relacionados con el procesado Gonzalo María Palau Rivas y Mariela Arias Rivera, a quienes en lugar se absuelve de los cargos formulados por los delitos de peculado y falsedad documental, el primero, y peculado culposo, la segunda.

2. En relación con Eduardo Ancízar Gómez Cortés y Napoleón García Cortés, se confirmó el fallo condenatorio como coautores de los delitos de peculado por apropiación y falsedad material de particular en documento público, agravada por el uso, pero con la modificación consistente en que éste último hecho punible sólo se refería a la mistificación de una carta supuestamente enviada por la tesorería de la empresa afectada y la cédula que se usó para cobrar los títulos, porque la adulteración de éstos quedó establecida como falsedad privada múltiple y no falsedad en documento público, según se había deducido en la sentencia revisada. En virtud de tal variación, el Tribunal situó para ellos la pena privativa de la libertad en seis (6) años de prisión.

3. En relación con el procesado Xavier Beltrán González, se dispuso que era acreedor a la pena de cuatro (4) años y nueve (9) meses de prisión, como cómplice del delito de peculado por apropiación, en concurso con los delitos de falsedad material de particular en documento público, agravada por el uso, y falsedad en documento privado, éstas a título de coautor.

4. Dispuso adicionar la sentencia para que el Juzgado Veintinueve Civil del Circuito remitiera los títulos que servían de soporte al juicio ejecutivo promovido por Bermúdez y Valenzuela S. A. en contra del Banco de la República. Además, que se compulsaran copias con destino a la Fiscalía, a fin de investigar la conducta de los promotores de dicha acción ejecu-

tiva. De igual manera, que los responsables debían pagar los intereses legalmente causados por los diez (10) títulos de participación clase B, cuya cuantía es de $380.000.000.00, desde su vencimiento hasta la fecha en que se produjera el pago; y que el Banco de la República contaba con el término de seis (6) días para entregar el valor de los títulos en favor del IFI Concesión Salinas.

LAS DEMANDAS DE CASACIÓN

1. En favor de Napoleón García Cortés:

La defensora del procesado García Cortés propone seis (6) cargos en contra de la sentencia impugnada, cinco (5) de ellos por vía de violación indirecta de la ley sustancial, y el último por violación directa. Los explica del siguiente modo:

1.1 El concurso de delitos de peculado y falsedad atribuidos a García Cortés implica que los títulos de la Corporación Financiera del Transporte hubiesen sido sustraídos antes del 13 de diciembre de 1990, época en la cual estaba como tesorera la titular Mariela Arias Rivera, quien sólo pidió permiso para ese día y ni siquiera salió de Santafé de Bogotá, porque no hubo lugar a la fiesta a la que pretendía asistir en Upín. De modo que es incorrecta la afirmación de que su defendido en ese entonces se desempeñaba como tesorero encargado, porque se da en este caso un error de hecho, dado que se olvidan el acta de entrega, el memorando de vacaciones de Napoleón y Mariela y la indagatoria de ésta, pruebas que indican lo contrario.

Se supone, además, que los títulos del Banco de la República fueron sacados antes del 3 de enero de 1991 y, si bien es cierto que García Cortés estuvo encargado de la tesorería en días precedentes a esa fecha, lo cierto es que el Tribunal ignora la prueba que indica cómo Mariela Arias Rivera igualmente estuvo en esa función entre los días 17 y 22 de diciembre de 1990, fechas igualmente Antecedentes a la indicada.

De otra parte, la carta apócrifa que autorizaba la transferencia del título de la C. F. T. tiene una fecha que es incierta, porque además no tiene nota de recibo, como para establecer que realmente fue remitida el 13 de diciembre, cuando la negociación se produjo el 17 de diciembre, según se desprende de la inspección judicial y de la declaración de Marcela Poveda Cabezas, pruebas que sugiere también fueron desconocidas.

1.2 La segunda censura la refiere como error de derecho porque injustificadamente se le atribuyó la calidad de servidor público, idónea para imputarle el delito de peculado, cuando las pruebas demuestran que sólo era un trabajador oficial de una empresa industrial y comercial del Estado. Tal yerro condujo a que el Tribunal aplicara indebidamente los artículos 63 y 133 del Código Penal, el primero de los cuales define cuáles

son los servidores públicos y el segundo regula el delito de peculado por apropiación.

Agrega que se dejaron de aplicar los Decretos 1050, 2400 3130 y 3135 de 1968, 1950 de 1973 y 130 de 1976, de acuerdo con los cuales las actividades comerciales de empresas estatales de esa índole, como el IFI Concesión Salinas, quedan sujetas el régimen de derecho privado y así, servidores del nivel operativo como Napoleón García Cortés, no tienen la calidad de empleados oficiales sino de trabajadores oficiales.

Dice que no fueron estimados como prueba los estatutos de la sociedad, el contrato de trabajo celebrado con García Cortés y el Reglamento de trabajo, medios documentales que indicaba su condición de trabajador oficial y no de empleado público. La desatención de estos elementos de convicción, agrega, constituye un error de derecho, dado que el trabajador oficial en estas entidades oficiales, por su nivel operativo, no tiene facultades de disponibilidad sobre los bienes, porque en razón de su cargo no es administrador, ni custodio ni tenedor jurídico de los mismos.

1.3 El tercer cargo lo denomina "violación indirecta de la prueba, por error de observación de ella", por cuanto el único indicio que sustenta la sentencia de condena -el de oportunidad-, es igualmente predicable de un círculo amplio de autores, entre los que se cuentan Mariela Arias Rivera, Napoleón García Cortés, Edilma Yarnuth Carranza, Alfredo Umbarila Bivilla, Mauricio Mora, Pedro Nel Méndez, Carlos Rivera y Eduardo Ancízar Gómez Cortés, como que todas estas personas tenían acceso a la caja donde se conservaban los títulos.

Como en este caso el dato indicador tenía una multiplicidad de relaciones con varias personas, no era posible excluir el vínculo para todas ellas menos para una, pues por tal vía se infringen los artículos 301 y 445 del Código de Procedimiento Penal, según los cuales esa variedad no puede romperse por razones científicas, ni de lógica ni de experiencia, y debe resolverse en favor del procesado.

1.4 Sobre la base de la tergiversación de la indagatoria de Napoleón García Cortés, se ha construido un indicio de mentira inexistente, pues, mientras el indagado afirmó que no usó el sello seco y tampoco se percató dónde lo dejaban, la sentencia concluye que aquél afirmó "que nunca supo de él".

Agrega que si se pudiera hablar de un indicio de mentira, tampoco éste constituye un hecho separado del de la oportunidad, como que todo ello apunta a demostrar que el procesado tenía acceso a los documentos en su trámite y, por ende, eventualmente podía ser el autor de las falsedades.

1.5 La prueba grafológica señala que las grafías de Napoleón García Cortés no están consignadas en ninguno de los documentos dubitados.

razón por la cual lo excluye del delito de falsedad. De haber tenido en cuenta esta peritación, sin duda se hubiera desvirtuado el indicio de oportunidad como única prueba de responsabilidad.

De modo que el sentenciador, según lo dice la impugnante, no examinó las pruebas de descargo y tampoco lo hizo en conjunto, como lo exige el artículo 254 del Código de Procedimiento Penal.

1.6 La última censura se presenta como violación directa de la ley sustancial, en el sentido de que el sentenciador reconoció un estado de duda, pero a la vez negó la consecuencia que era la aplicación del artículo 445 del Código de Procedimiento Penal.

En efecto, dice que el Tribunal le reprochó al juez de primera instancia por inferir el indicio de la oportunidad del hecho de que Napoleón García cortés contara con más tiempo de acceso a las oficinas y a la caja de seguridad, cuando tal inferencia debe hacerse rectamente del dato de haberse desempeñado como tesorero encargado. Como este último señalamiento también equivale al indicio de oportunidad, significa que el fallador de segunda instancia se contradice y tal contradicción encierra la duda que tenía para fallar, a pesar de lo cual no le dio aplicación a la norma pertinente.

Agrega que "si bien no hay la manifestación de duda como estado de conocimiento del sentenciador de manera expresa, sí existe exteriorizada con nitidez a través de la contradicción conceptual en el razonamiento que se acaba de señalar".

2. En Favor de Eduardo Arcizar Gómez Cortés:

La defensora del procesado presenta como único cargo la violación indirecta de la ley sustancial, ocurrida por medio de un error de hecho en la valoración probatoria, que condujo a la indebida aplicación de los artículos 133, 220, 221 y 222 del Código Penal.

En efecto, el Tribunal fundamentó su decisión en tres (3) indicios y en todos ellos se incurrió en diversos yerros, a saber:

2.1 El primer indicio es el de la mentira o mala justificación que se delineó en tres fases: la declaración del doctor Lucas Jaime Gnecco Pimienta, a quien el juzgador le dio credibilidad en contra de lo afirmado por Eduardo Gómez Cortés; que éste además mintió sobre la manera como tuvo conocimiento de la existencia de Servivalores; y que también faltó a la verdad cuando dijo que hizo una ponderada gestión para escoger la firma corredora de bolsa.

Con base en el testimonio del doctor Lucas Jaime Gnecco, Director General del IFI-Concesión de Salinas, se dijo en la sentencia que el procesado Gómez Cortés mintió al decir que había obtenido la autorización de aquél para hacer las inversiones en títulos por medio de Servivalores. Mas

no puede edificarse el indicio sobre la base de un testimonio que el mismo Tribunal reconoce como poco claro y contradictorio.

Después de hacer las transcripciones pertinentes, con el fin de demostrar la contradicción en dicho testimonio, concluye que el Director mutó sus versiones iniciales, no en favor o en contra de Gómez Cortés, sino para autoprotegerse y no aparecer comprometido en una operación bursátil que, previamente autorizada por él, arrojó un nefasto resultado por la pérdida de una cuantiosa suma de dinero.

El Tribunal afirma que también mintió Gómez Cortés sobre la forma como obtuvo conocimiento de la existencia de Servivalores, pues invocó que Oscar Villada le había recomendado a Gonzalo Palau, corredor de bolsa y representante de aquella firma, pero el invocado desconoce tal recomendación y sólo admite que hubo una referencia al oficio de intermediación financiera que desempeñaba Palau. El juzgador dice que el procesado igualmente faltó a la verdad en lo atinente a la intervención de su tío Aníbal Gómez, quien además era amigo de Palau, pues en una ocasión sostuvo que no fue necesaria la mediación de su pariente, pero después la pone en un punto de importancia tal que fue éste quien contactó a Palau.

Que es igualmente falaz el procesado cuando afirma que hizo ponderada gestión para escoger la compañía corredora de bolsa, pues todas sus actividades se circunscribieron a un círculo de amigos compuesto por Aníbal Gómez, Oscar Villada, Gonzalo Palau y el mismo acusado.

Estos dos últimos argumentos, junto con el testimonio de Gnecco Pimienta, sirvieron al Tribunal para construir el hecho indicador del indicio de la mala justificación, pero ocurre que ellos son excluyentes y contradictorios entre sí, pues, de acuerdo con el primero, Villada, Palau y Gómez no constituyeron la fuente de información y guía para que el procesado escogiera la firma Servivalores, pero, conforme con el segundo, las actividades para dicha elección no fueron tan ponderadas porque las consultas se redujeron a esas personas.

2.2 El segundo indicio se hace consistir en la rapidez con que actuó el doctor Gómez Cortés para escoger a Servivalores, pero en tal evento el Tribunal incurrió en un falso juicio de existencia, ya que omitió apreciar la prueba documental que demandaba una actuación en esos términos. En efecto, de un lado, la doctora Fanny Santamaría Tavera, tesorera general de la nación, por medio de oficio del 23 de noviembre de 1990, le comunicó al subdirector financiero del IFI Concesión Salinas sobre la existencia del Decreto 2771 del 16 de noviembre de 1990, según el cual, a partir de la vigencia de dicho estatuto, las entidades públicas del orden nacional sólo podrían invertir sus excedentes de liquidez en títulos representativos de deuda pública emitidos por la Nación o en títulos emitidos por el Banco de la República. De otra parte, como la Concesión de Salinas tenía inversio-

nes en dos C.D.T. del Banco Internacional y el Banco Colpatria, por valor de $150.000.000.00 y $498.639.456.00, respectivamente, que vencían el 30 de noviembre de 1990, era necesario ordenar la operación con Servivalores en la forma ágil que lo hizo el procesado, según comunicación del día 29 de noviembre de 1990.

Si el Tribunal hubiese tenido en cuenta la mencionada prueba documental, relacionada con el vencimiento próximo de los títulos y la comunicación de la tesorería general de la nación, sin duda concluye que la rapidez con que actuó el procesado estaba plenamente justificada y no podría ser indicio de responsabilidad penal.

2.3 El tercer hecho indicante se hizo consistir en que la opción por Servivalores se habría tomado desde antes, y dentro del contexto probatorio dicha elección tiene marcada importancia en razón del papel cumplido por dicha firma en la secuencia final de los acontecimientos (allí llegaron los documentos auténticos para su negociación); pero, según la demandante, el Tribunal incurre en falso juicio de existencia porque supone la prueba de esa inferencia.

La petición se concreta en casar la sentencia y, en lugar, absolver de los cargos formulados.

3. En Favor de Xavier Beltrán González

El defensor de Beltrán González estima que el fallo del Tribunal ha incurrido en una violación indirecta de la ley sustancial, a través de un error de hecho en la apreciación de las pruebas. Por tal razón, solicita que se case la sentencia atacada y se reemplace por otra de carácter absolutorio.

El sustento es el siguiente:

3.1 Por preterminisión de las reglas de la sana crítica, dado que las pruebas no han sido evaluadas en conjunto, ni tampoco se ha exhibido el mérito de cada prueba en particular.

3.2 La sentencia de primera instancia conformó un triángulo probatorio con la situación jurídica de Eduardo Ancizar Gómez Cortés, Gonzalo María Palau Rivas y Xavier Beltrán González, en la medida que las actitudes de los dos primeros se comprometían recíprocamente; pero igualmente la del primero involucraba la de Beltrán González, sabido que era socio de Palau en la firma Servivalores. El fallador de primer grado llegó hasta el punto de afirmar que "los comportamientos no aislados sino ligados de principio a fin, desarrollados por los Comisionistas Palau y Beltrán indefectiblemente se constituyen en piezas claves para la defraudación del IFI" (citado fls. 99, cuaderno Tribunal N° 2. El énfasis lo hace el demandante).

3.3 La sentencia de segunda instancia critica el método de análisis probatorio utilizado por el juez de primer grado, en relación con Gómez Cortés, pero de todas maneras lo condena, y curiosamente absuelve a Palau Rivas, cuya actuación supuestamente confirmaba la confabulación con aquél, mas no hace lo mismo con su socio Beltrán González, a quien igualmente condena.

3.4 Se ocupa el censor enseguida de las reflexiones que hizo el Tribunal para absolver a Palau Rivas, tales como que la actuación de éste estuvo ceñida a las normas y reglamentos aplicables a la operación de bolsa que por encargo se adelantaba; que el contacto entre el IFI Concesión Salinas y Servivalores provino de la iniciativa del subdirector financiero Gómez Cortés y no de Palau Rivas; que la anuencia de éste para negociar unos títulos surgidos del fraccionamiento de un CDT expedido por otra entidad financiera, aunque el juzgado lo vio como un indicio grave, el Tribunal no lo apreció así al acoger la "vehemente refutación" del defensor de aquél, hasta el punto que ni siquiera lo menciona como tal; que el giro de un cheque por un valor superior a $40.000.000.00 de pesos en favor del enigmático "Roberto Topaga", sin restricción alguna para su cobro, si bien constituye un acto irregular que "podría en comienzo colocarlo en situación similar a la de Beltrán...", se trata de una inferencia aislada sin poder suficiente para generar certeza.

Según lo expuesto por el Tribunal, continúa el demandante, "el contacto de Eduardo Ancizar Gómez Cortés con 'Servivalores' y la relación de éste con Palau Rivas, como la anuencia de éste para efectuar los negocios que se hicieron, constituyen indicios contra Gómez Cortés, pero no contra Palau, rompiendo así parte del triángulo conformado por la juez *a quo*" (fls. 162, cuaderno Tribunal N° 2).

3.5 En relación con Xavier Beltrán González, se dice en la sentencia que sin duda "Servivalores" fue escogida como intermediaria desde que se gestó la acción criminal; que en las instalaciones de dicha compañía, el fingido gerente de la "Minera del Caribe" entró en contacto con aquél (aunque también lo hizo con Palau, agrega el demandante); y que si bien Gómez Cortés trazó vínculos con Palau Rivas en la intermediaria de bolsa, lo cierto es que a ésta llegaron todos los papeles surgidos de la ilícita negociación de los títulos originales, lográndose una nueva participación destacada de Beltrán González para por su acción colocar en la bolsa los certificados de depósito a término en que se fraccionó el título inicial de $100.000.000.00 de pesos.

Recuerda el impugnante que la negociación de los títulos fruto del fraccionamiento, corresponde a un hecho irrelevante para el Tribunal, en tratándose de la conducta examinada del procesado Palau Rivas, tal vez por acoger la sugerencia de su defensor de que pudo haber sido utilizado como instrumento, pero "así como Palau no podía saber sobre la operación de fraccionar el CDT de cien millones, pues ello se hizo en la Financiera del

Transporte, y si allí irregularmente se aceptó un endoso ello no caía bajo el dominio de 'Servivalores', entonces, debería concluirse con que tampoco lo tenía que saber Xavier Beltrán, pues lo cierto es que los certificados llegaron a 'Servivalores' legítimos y genuinos y, en este orden de ideas, los socios y la firma no fueron cómplices sino instrumentos para darle a todo el convenio mercantil visos de legalidad. Pero no es este el raciocinio del Tribunal en el caso de Xavier Beltrán, pues el Tribunal afirma que si bien "corresponde a la realidad que los certificados eran auténticos, esta circunstancia no debilita los cargos que han mantenido en contra de Xavier Beltrán" (cita fls. 163, cuaderno Tribunal N° 2. La negrilla pertenece al texto).

Aprecia el demandante que los mismos hechos que se atribuyen a los socios Palau Rivas y Beltrán González tuvieron alcances diferentes: absolución para el primero y condena para el segundo. Mas el error de la sentencia no lo halla el impugnante en la absolución de uno sino en la condena del otro.

Si las pruebas relacionadas con Beltrán González se hubiesen apreciado conforme con las reglas de la sana crítica, concluye el actor, la determinación final tendría que haber sido absolutoria.

3.6 Ha sido un hecho destacado por la sentencia que el supuesto representante de "Minera del Caribe", quien se identificó como "Francisco Topaga", llegó a Servivalores y preguntó por Beltrán, dato basado en los testimonios de las empleadas Ana Yolanda Cárdenas Ramírez y Fabiola García Garrido, pero se ignora por el Tribunal que éstas jamás han afirmado que los dos personajes se conocían con antelación. Al respecto, el demandante trae a colación diversas citas de dichas testificaciones.

3.7 Enuncia a continuación una serie de hechos que pueden desvirtuar el compromiso de su asistido: si Palau o Beltrán fueran cómplices de Montoya o Topaga para la consumación de la cuantiosa defraudación, dada su experiencia y conocimientos en la materia, sin duda no se iban a exponer con el uso de sus propias firmas; el riesgo de una operación irregular era evidente para la firma servivalores, pues le correspondía salir al saneamiento de las transacciones y por ello fue perjudicada de primera mano; en este orden de ideas, no bastaba estar de acuerdo con quienes se presentaban a negociar en nombre de "Minera del Caribe", sino que también era indispensable un convenio con los que manejaban los títulos; si Beltrán no tuvo contactos con Gómez Cortés, cómo podría el primero aparecer como cómplice de un delito de peculado por apropiación imputado al segundo; y, por último, que en ningún momento Palau Rivas acusa a Beltrán de deslealtad o de actuar como rueda suelta en Servivalores.

Como lo que se destaca hizo falta en la evaluación de los indicios, significa que el Tribunal incurrió en falso juicio de identidad por menoscabo a los principios de la sana crítica, según se expone en la sentencia de

casación del 13 de febrero de 1995, cuya ponencia correspondió al magistrado Carlos Eduardo Mejía Escobar.

Sostiene igualmente que la acusación de coautoría en las falsedades también constituye un error garrafal, pues para qué se inmiscuía el corredor en esa tarea si le bastaba negociarle los títulos a Montoya o Topaga. Además, argüir una falta de cuidado en las actuaciones que realizó, como elemento facilitador de las falsedades, no es más que una imputación culposa que dogmáticamente es imposible en esa clase de delito.

3.8 Finalmente, el actor argumenta que el Tribunal desatendió variada prueba documental y testimonial que demuestra cómo Xavier Beltrán actuó conforme con las normas imperantes en el mercado de títulos en bolsa de valores. Refiere y estudia a ese propósito un conjunto de medios de convicción, los cuales pueden enunciarse así: certificación de la Bolsa de Bogotá (fls. 280, cuaderno 2); respuesta de la secretaría de la Bolsa de Bogotá (fls. 202, idem); certificado de existencia y representación legal de Minera del Caribe (fls. 273, ibidem); y declaración el Presidente de la Bolsa de Bogotá (fls. 70, ejusdem).

INTERVENCIÓN DE NO RECURRENTES

1. El apoderado de la firma Bermúdez y Valenzuela S. A., Comisionista de Bolsa, en su condición de tercero incidental, presenta un escrito que contiene los siguientes acápites: una reseña de lo decidido en la "sentencia recurrida en casación"; el resumen de los "hechos"; la "actuación procesal"; y la "invalidez jurídica de la sentencia acusada por vía del recurso extraordinario de casación".

1.1 En la síntesis de la actuación procesal, el no recurrente se cuida de relacionar las insistentes peticiones que se hicieron para el levantamiento de la orden de retención y el no pago de los títulos que estaban incorporados al proceso penal y de los que tenía en su poder la firma Bermúdez y Valenzuela. Advierte que, en principio, tales solicitudes se hicieron por la vía incidental, pero que no fueron resueltas como objeto de una definición del incidente sino que hubieron de esperar hasta la sentencia, en contraposición a lo dispuesto en el artículo 65 del Código de Procedimiento Penal.

Sostiene que la sentencia impugnada se extralimitó porque ordenó la recuperación de los títulos con los cuales Bermúdez y Valenzuela ejecutaba al Banco de la República en el Juzgado 29 Civil del Circuito, a sabiendas de que el proceso civil ya había sido fallado y la decisión ejecutiva en favor de su poderdante estaba ejecutoriada.

La extralimitación de la Sala Penal del Tribunal Superior de Santafé de Bogotá, agrega, dio lugar a una contradicción evidente entre las decisiones civil y penal, razón por la cual el Banco de la República acudió a

una acción de tutela para que se definiera el beneficiario del pago que a la entidad le incumbía, si lo era Bermúdez y Valenzuela, como lo decía la primera, o si correspondía al IFI Concesión de Salinas, como lo determinaba la segunda. Aunque la Sala Penal del Tribunal, en primera instancia, decidió invalidar la sentencia civil y cumplir el fallo penal, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, por vía de apelación, revocó el mencionado fallo de tutela, dejó sin efecto sus órdenes y no accedió al amparo solicitado por la entidad solicitante.

1.2 En el acápite destinado a la invalidez de la sentencia impugnada, el tercero incidental afirma que dicha decisión, "en cuanto se refiere a los intereses económicos afectados a la firma Comisionista Bermúdez y Valenzuela, S. A., está afectada de nulidad por incurrir en irregularidades sustanciales que afectan el debido proceso (art. 304 C. de P. P.)".

Explica que las sentencias penales desconocieron el debido proceso establecido en el artículo 449 del C. de P. C., con motivo de la orden de pago al IFI de los títulos de participación del Banco de la República. Además, que dichos fallos ignoraron normas sustanciales del Código de Comercio como son los artículos 619, 626, 627, 628, 629, 647, 651, 652, 780, 782, 784, 785, 804, 806, 819 y 820.

De otra parte, en contravía de lo dispuesto en el artículo 217 del C. de P. P., la sentencia de segunda instancia fue más allá de lo impugnado, pues, por encima de lo dispuesto en el fallo de primer grado sobre el pago de los títulos al IFI Concesión de Salinas, ordenó además que dichos papeles, que en ese momento cursaban ante la justicia civil, de inmediato fueran materialmente remitidos a la Sala Penal del Tribunal, no obstante estar ejecutoriado el fallo de la jurisdicción civil y no estarlo, en cambio, la sentencia penal.

1.3 Concluye que "la sentencia que ha sido recurrida en Casación, en cuanto toca con los intereses fundamentales de la firma Bermúdez y Valenzuela, S. A., Comisionista de Bolsa, incurrió en vicios de procedimiento ('in procedendo') y en errores de juicio ('in judicando') que invalidan la sentencia a la luz de los arts. 220 y 229 del C. de P. P." Pide, en consecuencia, casar el fallo "para de esta manera restablecer el derecho vulnerado, amparar el imperio de la ley e impedir una injusticia de carácter material" (cuaderno Tribunal N° 2, fls. 131 y 132).

2. El apoderado de la parte civil no está de acuerdo con las demandas de casación y las refuta en el siguiente orden:

2.1 En relación con la demanda presentada en nombre de Eduardo Ancizar Gómez Cortés, expone:

2.1.1 De acuerdo con el artículo 303 del Código de Procedimiento Penal, los indicios deben evaluarse en conjunto, no de la manera individual

o aislada que sugiere el demandante, como si fueran simples circunstancias azarosas o contingentes.

2.1.2 De otra parte, la técnica de casación exige, sobre todo cuando se acude a la causal primera, que el ataque se dirija contra todas y cada una de las partes de la sentencia impugnada, pues, en el caso concreto, el fallo del Tribunal se refiere a otros indicios distintos de los tres que se estudian aisladamente en la impugnación.

En efecto, la demanda guarda silencio sobre varios hechos indiciarios más destacados en el fallo protestado: la sustracción de los títulos de la caja fuerte del IFI-Concesión de Salinas; el rompimiento de la costumbre o norma de conveniencia por parte del subdirector Gómez Cortés, en el sentido de consultar previamente las inversiones con el Director, y no después como ocurrió con la constitución del depósito a término por $100.000.000.00 en la Corporación Financiera del Transporte; el cambio de la explicación de Gómez Cortés acerca del conocimiento de la sociedad Servivalores y de su gerente Gonzalo Palau Rivas.

2.1.3 De igual manera, olvida la demandante que no es posible alegar simultáneamente todos los sentidos del error de hecho en la apreciación probatoria, pues si se aduce que la prueba fue desconocida, sería ilógica reprochar a la vez que fue tergiversada o supuesta.

2.2 Sobre la demanda aducida en favor de Napoleón García Cortés, objeta:

2.2.1 La técnica sustancial y formal del recurso de casación exige que se citen, singularizándolos, los textos legales que se estiman infringidos, requisito que se echa de menos en la sola lectura de los cargos tercero, cuarto, quinto y sexto de la demanda, argumento que por sí solo tornaría inane el ataque.

2.2.2 Cuando se acusa la sentencia de distintos errores de hecho en la apreciación o valoración probatoria, resulta necesario unirlos y referirse a todos y cada uno de esos yerros, pues si alguno de ellos queda por fuera de la censura, bien puede continuar como sustento eficaz de la decisión impugnada, la cual se ha entendido que ingresa al recurso extraordinario revestida de la presunción de acierto.

Así entonces, como defectos de la demanda, la omisión se advierte en el cargo tercero, pues la sentencia impugnada no se apoyó únicamente en el denominado indicio de las relaciones entre varias personas, sino que tuvo en cuenta otras circunstancias probatorias no mencionadas en la censura. Igualmente, el cargo cuarto sólo menciona el uso de un "sello seco" como hecho indicador, pero ignora los demás aspectos traídos a colación en el fallo. El cargo quinto se basa en una figura extraña al recurso de casación, cual es la de "violación indirecta de la prueba", amén de que la censura se presenta como subsidiaria dentro de una misma causal. Y el

sexto cargo se formula por la vía directa, lo cual supone que se dejan en pie las conclusiones fácticas del sentenciador, mas ocurre que en su desarrollo contradictoriamente el actor penetra en una situación de duda obviamente relacionada con lo fáctico y probatorio y no con lo meramente jurídico.

2.2.3 Los cargos por error de hecho no sólo deben involucrar una demostración de la gravedad y trascendencia de la anomalía, sino que es deber del censor presentar la contraevidencia que haga notorio el yerro cometido por el Tribunal. Pues bien, en los cargos uno y dos el actor no menciona cuál es la evidencia alternativa a las conclusiones fácticas del sentenciador, pues apenas se tejen suposiciones sobre las fechas en que el procesado ejerció o no lo hizo como tesorero encargado del IFI-Concesión de Salinas, en reemplazo de la titular Mariela Arias Rivera y, además, en el segundo ni siquiera señala la norma de valoración probatoria quebrantada, como para alcanzar a decir de tal manera que se ha cometido un error de derecho.

2.3 En lo que atañe a la demanda presentada en nombre de Xavier Beltrán González responde:

2.3.1 El cargo único se ha edificado sobre la causal de violación indirecta de la ley sustancial, como consecuencia de un error de hecho, pero la demanda no define si la ofensa provino de un falso juicio de existencia o de identidad y, en la primera hipótesis, tampoco se precisó bien la ignorancia ora la suposición de la prueba.

Resulta antitécnica la demanda y por ello propone su rechazo.

2.3.2 Adicionalmente, debe objetarse que la vía de la violación indirecta reclama un ejercicio de impugnación de todas y cada una de las motivaciones y pruebas tenidas en cuenta en la sentencia, aspecto que omite el Casacionista cuando soslaya los siguientes indicios:

El hecho demostrado de que, a partir del 17 de diciembre de 1990, la persona que se hizo pasar como representante de la "Minera del Caribe", empezó a visitar las instalaciones de Servivalores y entró en contacto con Xavier Beltrán; que éste puso en la bolsa los 5 títulos fraccionados que venían de la C. F. T. y procuró su conversión en certificados de cambio, documentos que por ser al portador son de rápida convertibilidad en moneda legal; la falta de precauciones del mismo en la relación con el extraño "Francisco Montoya", quien evidenció comportamientos que de inmediato levantan sospecha, y también en el manejo de los distintos papeles.

2.3.3 Por último, la técnica del recurso requería que las motivaciones y la apreciación probatoria se hicieran de cara a la condena impuesta a Xavier Beltrán, y no frente a la absolución de Gonzalo Palau, como erróneamente se hizo en la demanda.

Finalmente, este no recurrente le solicita a la Corte que mantenga todas las disposiciones de instancia sobre el restablecimiento del derecho, pues en ninguna de las demandas se ensayan cargos sobre el particular, además de que lo resuelto se ajusta al mandato del artículo 250 numeral 1 de la Constitución Política.

CONCEPTO DEL PROCURADOR

Por medio de un estudio completo sobre cada una de las demandas de casación, el Procurador Delegado contesta el traslado en los siguientes términos:

1. En cuanto a la situación de Napoleón García Cortés, la demanda presentada en su nombre encierra seis cargos que tienen como denominador común un ataque a la prueba indiciaria que sirvió de sustento a la sentencia condenatoria.

1.1 El primer cargo, tal como lo observa uno de los no recurrentes, se refiere a un solo indicio y deja de lado otros de suma importancia que, aun sin la presencia del censurado, serían suficientes para mantener la sentencia.

El actor menciona como pruebas un acta de entrega, un memorando de vacaciones de Napoleón García y Mariela Arias, así como la indagatoria de la última, para concluir que el Tribunal supuso el encargo del procesado en la función de tesorero. Sin embargo, no se dice cuál es la expresión contenida en dichos medios probatorios, como para demostrar así que el sentenciador no los tuvo en cuenta, aspecto éste necesario para hacer evidente el error de hecho.

De otra parte, en la enunciación del cargo se habla de falso juicio de existencia por omisión, pero su desarrollo corresponde a otro en la modalidad de suposición.

Cuando alega que la tesorera Mariela Arias estuvo en el cargo antes del 3 de enero de 1991, hace sus propias consideraciones y un particular análisis probatorio para concluir que su prohijado no fungía en esa ocasión, tratando de enfrentar criterios de valoración como metodología que no puede tener eco en sede de casación.

1.2 En la segunda censura observa una deficiencia conceptual, pues se postula como error de derecho dentro de la violación indirecta, la noción equivocada del término servidor público. Para poder acomodar las cosas a la vía indirecta, la actora debe recurrir al señalamiento de las normas jurídicas, que servirían para definir el caso, como pruebas de la existencia de tal calidad.

Lo que se advierte es una desviada propuesta de la violación directa por exclusión evidente de las disposiciones jurídicas mencionadas. En efecto,

decir que la sentencia extendió indebidamente el concepto de servidor público a quien apenas se desempeñaba como trabajador oficial, es un supuesto que no cabe dentro de la noción general de error de derecho, sino que tal vez obedece a una falsa adecuación típica de las circunstancias a los contenidos de la ley.

El problema no atañe a unas pretendidas pruebas que acreditaran la forma de vinculación laboral del procesado, sino al contenido y alcance del artículo 63 del Código Penal respecto de los servidores del IFI-Concesión de Salinas, tema que es estrictamente de derecho.

Sin embargo, aunque originalmente su empleo era el de auxiliar II de contabilidad, no puede olvidarse que entre el 21 de diciembre de 1990 y el 22 de enero de 1991, el procesado se desempeñó como tesorero encargado, puesto en el cual tenía responsabilidades de manejo, guarda, administración y recaudo de los títulos valores, todas muy propias de su órbita funcional. El encargo otorgado a García Cortés le entregaba facultades inherentes a la función, pero también lo hacía sujeto responsable de las obligaciones que generaba la misma.

1.3 El tercer cargo también evidencia una falla técnica, en la medida que no pone de presente el contenido propio del dictamen supuestamente ignorado, pues sólo con esa expresión clara podría aspirarse a desvirtuar el indicio de la oportunidad.

Ahora bien, la afirmación de que varias personas tenían igual acceso a la tesorería y la caja fuerte donde estaban los títulos valores, así como al sello seco que se impuso a la comunicación apócrifa, no constituye más que otra perspectiva para abordar el examen de la prueba, método que es inadmisible en casación merced a la presunción de acierto y legalidad de que están precedidas las sentencias de grado.

1.4 La cuarta censura no encierra ninguna demostración, porque lo que hace el impugnante es tomar fuera de contexto una expresión de la sentencia, cuando dice que el procesado mentirosamente quiere convencer de que "nunca supo" del sello seco, cuando lo cierto es que se trataba de un objeto muy visible por su tamaño y que estaba expuesto en la oficina de tesorería. Todo cuanto da a entender el fallo, en su texto pertinente, es que el procesado quiere a toda costa desligar la utilización del sello de su actividad funcional.

1.5 La respuesta es similar para el quinto reparo, porque no existe argumentación orientada a mostrar un error sobre la apreciación del dictamen grafológico, ni tampoco se señalan las normas sustanciales quebrantadas. El actor simplemente valora esa prueba técnica, desde su propio ángulo, y le otorga un grado de persuasión tal que lo conduce a solicitar absolución por el delito de falsedad.

1.6 No existe en la sentencia del Tribunal la contradicción señalada en la sexta censura, sencillamente porque el fallo de segundo grado advir-

tió que era más contundente el indicio de la oportunidad, en relación con García Cortés, si se reparaba que la suplantación de los documentos y la transferencia del certificado a depósito se produjeron durante el período de encargo en la tesorería.

Ahora bien, en cuanto al motivo para demandar por la vía directa, supuesto que el fallador reconoció una duda insalvable y no definió el proceso en consecuencia, no basta una apreciación sutil o cualquier ingeniosa elucubración del demandante para ver la perplejidad en el fallo, sino que es necesario algo tan protuberante que no requiera una sopesada disquisición del actor.

Concluye que no puede prosperar la demanda.

2. La demanda para defender la situación de Eduardo Ancízar Gómez Cortés, se basa en la controversia de tres indicios estimados por el Tribunal: la mentira o mala justificación, la rapidez con la que aquél eligió a la firma Servivalores y la decisión anticipada que tenía para contratar dicha compañía intermediaria.

2.1 En lo que se refiere al indicio de la mentira, las contradicciones atribuidas al testimonio del doctor Lucas Grecco Pimienta, en cuanto a la consulta que le hizo el subdirector financiero para la inversión, no son sustanciales, si se entiende que el testigo hizo dos referencias distintas sobre el particular, una al certificado de depósito a término de la C. F. T., operación de la cual se enteró el Director después de realizada, y otra a los certificados de participación del Banco de la República. Además, háyase o no surtida la averiguación previa, el testigo siempre dio a entender que Gómez Cortés simplemente lo participó de una negociación ya decidida y en la que inclusive había elegido firma corredora.

Sin embargo, esas aparentes incongruencias del testimonio tampoco fueron ignoradas por el Tribunal, sino que éste analizó en conjunto las pruebas recaudadas y llegó a las conclusiones que ahora quiere desconocer el Casacionista.

Afirmar que el testigo mintió para salvar su propia responsabilidad, no es más que una proposición antojadiza del censor, pues se busca de ese modo irregular revivir un debate ya superado, sin ofrecer argumentos suficientes para estimar que la mentira y el propósito avieso del deponente fueron desconocidos por el sentenciador como elementos de la sana crítica.

Como en verdad el procesado no ha sido claro en relación con el conocimiento de la existencia de Servivalores y de la representación legal de Gonzalo Palau, le pareció al juzgador de segundo grado que ello reforzaba el indicio de la mentira.

El otro tema sobre el que miente el acusado atañe a la gestión ponderada para escoger la firma corredora de bolsa. La Casacionista ve contra-

dictorio el reproche, tal vez porque se dice en el fallo que no es creíble la narración del procesado sobre la forma como llegó a Servivalores y a su representante Palau Rivas (a través de un amigo y su tío), pero a la vez se capitaliza como falta de ponderación el hecho de que solamente se haya acudido a estos medios y a dicha firma.

En realidad, dice el Ministerio Público, no son contradictorios ni excluyentes los argumentos, pues lo cierto es que el sindicado no es claro al explicar cómo obtuvo la información sobre la firma Serviyalores, pero todas sus averiguaciones se circunscribieron a esa compañía. Se trata de dos proposiciones complementarias, antes que contrarias.

2.2 El segundo hecho indiciario lo asienta el fallador en la premura con que actuó Gómez Cortés para la escogencia de la firma mediadora, dato probatorio que se pretende impugnar por el supuesto desconocimiento de la prueba documental que obligaba a actuar de esa manera.

Para responder la objeción de la demanda, el Procurador Delegado hace ver que la sentencia se refiere no a la mera rapidez de la negociación, sino también a la celeridad en la escogencia de la firma intermediaria. Es cierto que apremiaba el cumplimiento del decreto, pero la operación se realizó en el término de diez días y, según lo determina el fallo, estimadas las fechas de aquél y de la comunicación de la tesorería, la decisión se tomó en cuestión de horas. Esto desvirtúa la afirmación de que la operación fue fruto de un cuidadoso estudio de conveniencia para la empresa.

Así entonces, no es que se hayan desconocido los documentos que reivindica el libelista, simplemente ellos se apreciaron dentro del contexto de lo expresado por el acusado en la indagatoria y, a partir de tal relación, el Tribunal concluyó que la negociación fue apresurada, sin que se adviertan yerros garrafales en tal conclusión.

2.3 Precisamente, por la forma tan acelerada como se confiaron las cosas a Servivalores y se llevó a cabo la operación bursátil, es que el sentenciador deduce también que tal elección ya estaba anticipada, como otro de los indicios correspondiente a una inferencia que es lógica y carece entonces de razón el demandante cuando reclama un falso juicio de existencia por suposición de prueba sobre tal apreciación, pues ésta hay que estimarla dentro del contexto de las circunstancias que venía analizando el Tribunal y no en la forma aislada que propone la recurrente.

No le asiste razón al impugnante, porque los hechos indicadores estaban debidamente demostrados y las inferencias lógicas que hizo el sentenciador tiene cabal respaldo en las reglas de la sana crítica.

3. En la demanda aducida en favor de Xavier Beltrán González, el actor pretende demostrar un error de hecho por falso juicio de identidad en la valoración de la prueba, mas no llega a concretar cargo alguno. El Casacionista se empeña en una serie de conclusiones sobre la participa-

ción del acusado; compara su situación con la del absuelto Gonzalo Palau Rivas, pero no atina a señalar cuál fue la prueba indebidamente valorada o tergiversada para deducirle responsabilidad a su defendido.

3.1 La búsqueda directa del representante de "Minera del Caribe" al señor Beltrán González, en la sede de Servivalores, no es un argumento suelto en la fundamentación del fallo cuestionado, pues ello se ha encadenado al comportamiento asumido por el corredor de bolsa en las negociaciones y el descuido del mismo en el cumplimiento de las normas sobre la actividad bursátil, no porque tal negligencia sea sinónimo de imputación culposa, como quiere entenderlo el impugnante, sino porque esa era la actitud propia de quien estaba al tanto del ilícito.

3.2 Recuerda el Procurador que no es objeto del recurso la absolución de Palau Rivas, razón por la cual es incorrecto buscar un error de hecho en la condena de Beltrán González sobre la base de aquella decisión y la apariencia de que ellos desarrollaron comportamiento similar, máxime que el juzgador hizo un análisis separado e individual de la responsabilidad de cada uno de ellos.

3.3 Se ha observado por la demanda un falso juicio de existencia por el presunto desconocimiento de algunos testimonios y documentos que indicaban el proceder regular de Beltrán González como comisionista de bolsa, pero lo cierto es que el Tribunal en concreto advirtió que la negociación con una persona extraña en su identidad y comportamiento, que además alegaba situaciones personales poco claras, son elementos suficientes para haberle exigido al corredor mayor precaución y constatación de la legalidad del negocio propuesto.

En apariencia, la negociación fue normal y así lo declararon las autoridades bancarias, pero ignoraban éstas las circunstancias especiales en que se presentó la propuesta y de ello sí estaba consciente Beltrán González mas no lo tuvo en cuenta.

3.4 Sostiene el Ministerio Público que el comportamiento del intermediario fue descuidado; Francisco Montoya llegó a la firma a preguntar directamente por él; su socio en Servivalores se contactó con el subdirector financiero del IFI para la negociación inicial; aquél colaboró efectivamente para lograr la convertibilidad de los títulos y hacerlos pagaderos en forma fácil, actividad final en la cual se concretó la defraudación. Fue el conjunto de estos elementos de juicio lo que sirvió de fundamento al juzgador para proclamar la participación activa de Beltrán González en los ilícitos.

3.5 De este modo, conforme con el criterio del Procurador, la sentencia del Tribunal ha respetado las reglas de la sana crítica en la evaluación de las pruebas y, además, no se ha demostrado que dicho órgano judicial haya trastornado el sentido de alguna prueba.

4. En relación con los alegatos de los no recurrentes, el Ministerio Público opina:

4.1 Que asiste razón al representante de la parte civil en cuanto algunas inconsistencias técnicas de las demandas; la desmembración del examen probatorio que se hizo en la sentencia, en favor de un improcedente examen aislado de los indicios; y, en otros casos, la indicación de las normas violadas y el sentido del quebranto.

4.2 En cuanto a las propuestas del representante judicial de la firma Bermúdez y Valenzuela S. A., Comisionista de Bolsa, se dice categóricamente que "desconoce las facultades que la ley concede a quienes son no recurrentes dentro de la impugnación extraordinaria, pues en lugar de referirse a los motivos alegados por quienes interpusieron y sustentaron el recurso extraordinario de casación, formula una pretensión aislada, propia de sus intereses y sin apoyo en ninguna de las causales invocadas en los libelos de aquellos sujetos procesales a quienes se reconoció legitimidad para impugnar" (cuaderno de la Corte, fl. 51).

Ahora bien, como el libelista plantea una nulidad en su escrito, no podría la Corte, en principio, pasar por alto la advertencia habida cuenta de su facultad oficiosa en esta materia. Empero, como tal posibilidad se encuentra restringida a las irregularidades que se evidencian en la actuación procesal, a fin de preservar la seguridad jurídica, no es ésta la situación *sub examine*.

De otra parte, el tercero incidental no se refiere a irregularidades concretas y sustanciales que afecten el debido proceso o el derecho de defensa, sino a equivocadas aplicaciones de normas sobre la prejudicialidad o de disposiciones del Código de Comercio o al desconocimiento de lo ya decidido en jurisdicción distinta a la penal, todo lo cual tiene su ámbito de alegación en la causal primera de casación, ya por vía directa ora por la indirecta.

Con base en esta argumentación, el Procurador pide la Corte que no case la sentencia impugnada.

Consideraciones de la Corte

A propósito, en el respectivo acápite, se ha hecho una descripción amplia y exacta de las respuestas ofrecidas por el Procurador Delegado a las distintas solicitudes, pues el rigor y la sensatez del estudio eximen a la Corte de una repetición inútil de argumentaciones.

A partir de esta aclaración, las solicitudes introducidas con motivo del recurso extraordinario, se analizarán en el siguiente orden:

A. Primera Demanda

En favor de Napoleón García Cortés, la defensora ha intentado romper el fallo condenatorio del Tribunal, por medio de la disposición de seis (6)

cargos en su contra, cinco de los cuales apuntan a la violación indirecta, y el sexto a la violación directa.

1. La impugnante manifiesta que la sentencia describe el indicio de la oportunidad por el hecho de que García Cortés estuvo encargado de la tesorería del IFI-Concesión de Salinas para la época en que se estima que los títulos salieron de allí, esto es, antes del 13 de diciembre de 1990, en el caso del certificado de depósito de la Corporación Financiera del Transporte, y antes del 3 de enero de 1991, en el evento de los documentos de participación del Banco de la República.

Para desdibujar el mencionado indicio, la impugnante dice que se ha ignorado la prueba que conduce a afirmar que, en realidad, antes del 13 de diciembre de 1990 estaba en el cargo la tesorera titular Mariela Arias Rivera, quien pidió permiso ese día y se reintegró el 17 de diciembre siguiente, y que antes del 3 de enero de 1991, es cierto que se produjo el encargo de Napoleón García Cortés, pero también estuvo aquélla entre el 17 y el 22 de diciembre de 1990, fechas igualmente anteriores a la última indicada.

En lo relacionado con el certificado de depósito a término, la censora ha distorsionado las expresiones de la sentencia atacada, pues en ésta se dice que dicho documento quedó en manos de quienes se encargarían de negociarlo entre el 13 de diciembre (no antes) y el 16 de diciembre, pues en la primera fecha llegó a la Corporación Financiera del Transporte la carta que fraudulentamente comunicaba la transferencia del título, mientras que el 17 de diciembre el original de éste fue presentado a la entidad emisora para realizar la operación anunciada en el falso escrito de transmisión. De modo que si la tesorera titular disfrutaba de permiso durante dicho lapso, y estaba encargado de las funciones el señor García Cortés, pervive probatoriamente el hecho indicador cuestionado, así se sugiera por la actora que aquélla permaneció en la ciudad de Santafé de Bogotá, pues lo determinante es que todo indica que no asistió a su oficina en esa fecha (cuaderno del Tribunal No. 2, fl. 148).

Y en cuanto a los títulos de participación, el fallo sostiene que el argumento es similar, porque los papeles fueron sustraídos antes del 3 de enero de 1991, fecha en la cual se pusieron en circulación por medio de Bermúdez y Valenzuela S. A., cuando la tesorera Arias Rivera estaba de vacaciones y fungía como encargado el señor García Cortés. Aunque por algunos días del período precedente al 3 de enero pudiera sostenerse la presencia de la tesorera en su oficina, lo cierto es que la mayor parte de ese lapso hizo uso de vacaciones, y no puede olvidarse que el Tribunal destacó además la coincidencia de que en una y otra oportunidad en que se sustrajeron los títulos, dicha funcionaria no ejercía la función y, en cambio, sí lo hacía el encargado.

Una vez más, no se ha rebatido integralmente la fundamentación del fallo sobre el indicio de la oportunidad, amén de que la demandante tampoco se interesa por vincularlo con otro que el Tribunal trajo a colación para reforzar su potencia demostrativa, y es el que consiste en la conducta evasiva del procesado en relación con la presencia y el uso del sello seco, instrumento de suma importancia en la falsificación de los endosos y la carta de transferencia (fl. 149). Este último hecho, la impugnante prefiere refutarlo en un cargo separado (cuarto), lo cual formalmente puede ser válido supuesto que se invoca como subsidiario, pero materialmente deja incompleta la argumentación de uno y otro reparo y, por consecuencia, peca contra el principio lógico de la razón suficiente que hace inabordable la censura.

2. La segunda censura tiene que ver con la adjudicación de la calidad de servidor público al procesado García Cortés, como componente típico necesario en la estructuración del delito de peculado, conforme con el artículo 133 del Código Penal.

El desvío en la postulación es manifiesto, pues allí se alude a un "error de derecho en la apreciación que existe en autos", de acuerdo con la cual el acusado era un mero trabajador oficial, destinado a tareas estrictamente operativas, y no un "servidor público" como tal. La confusión es ostensible porque, en lugar de motivar un falso juicio de legalidad en la prueba que sustenta la determinación de dicho elemento componente de la tipicidad especial del peculado, en el sentido de que se haya acopiado irregularmente en detrimento de los derechos o garantías fundamentales o en contravía de sus formas propias, lo que insinúa la demanda es que se desconocieron medios probatorios tales como los estatutos de la entidad IFI-Concesión de Salinas, el reglamento de trabajo y el contrato de trabajo suscrito con el señor García Cortés, elementos de juicio que indicaban cómo éste era un simple operario y no un empleado público. Esta última forma de razonar, se orienta hacia un error de hecho por falso juicio de existencia, no al anunciado error de derecho.

Sin embargo, la respuesta más contundente a esta irregular sugerencia radica en que el fallo cuestionado siempre le exigió responsabilidad al acusado García Cortés desde su condición de tesorero encargado, no a partir de su función ordinaria de cajero, calidad aquélla que, establecido como la adquirió en varias oportunidades por la vía del nombramiento y la posesión, indudablemente comporta atribuciones de manejo, administración y custodia de los títulos que se echan de menos y corresponde perfectamente a la clasificación de servidor público con obligaciones expresas.

También es preciso aclarar que el trabajador oficial, al igual que el empleado estatal, es una especie de la categoría de servidores públicos, acorde con el artículo 63 del Código Penal, modificado por el artículo 18 de

la Ley 190 de 1995, que bien puede ser sujeto activo del delito de peculado, si se establece que los bienes distraídos se le habían confiado para su administración, tenencia o custodia o los manejaba con ocasión de sus funciones.

3. En el tercer cargo se explica que el indicio de la oportunidad deducido al procesado tiene múltiples relaciones con otras personas igualmente sospechosas, porque todas tenían acceso a la caja donde reposaban los documentos, apariencia que lo tornaría frágil e insatisfactorio para soportar la sentencia condenatoria.

Esta situación se describe como una "violación indirecta de la prueba, por error de observación de ella", figura extraña a la práctica de la casación, pero que parece sugerir que el Tribunal no hizo una verdadera evaluación racional de este hecho indiciario.

Ignora la demandante que el fallador extrajo el indicio de la oportunidad no tanto de que el procesado tuviese el acceso a la caja, como otros empleados, sino porque las iniciales manifestaciones materiales del comportamiento delictivo exigían "la decidida contribución de un funcionario adscrito a la tesorería, consistente no sólo en permitir que los documentos negociables fueran copiados sino suplantados por los espurios", aporte que precisamente se produjo durante el ejercicio interino del tesorero García Cortés (fl. 147).

De modo que el Tribunal no sólo se refirió al empleado que tenía la relación más próxima con los títulos, por las actividades que era necesario desplegar sobre ellos y la época en que se infiere salieron de las arcas del IFI, sino que lo hace dentro de un contexto que también involucra la actitud evasiva del tesorero encargado en relación con el sello seco, instrumento éste que precisamente fue de gran utilidad a los delincuentes para efectos de los endosos y la creación de la carta espuria de transferencia.

4. La siguiente censura se apoya en que el sentenciador construyó el indicio de la mentira sobre la base de la tergiversación de la indagatoria del acusado, pues, en relación con el sello seco, éste no ha afirmado que "nunca supo de él", como se sostiene en el fallo, sino que jamás hizo uso de dicho objeto y tampoco se percató dónde lo dejaban.

Claro que la expresión entrecomillada pertenece al contenido de la sentencia atacada, pero ella se ha entresacado interesadamente de su contexto, pues el Tribunal se extraña es de la falta de sinceridad del procesado en la explicación sobre la existencia del sello seco, como si fuera fácil ignorar la presencia de un aparato que, por su apreciable tamaño, siempre permanecía visible encima de una mesa al lado del escritorio de la tesorera, máxime que el cajero -y tesorero encargado en ocasiones- trabajaba en el mismo lugar.

Lo que nítidamente infiere el fallador es que Napoleón García Cortés "miente cuando se quiere presentar como totalmente extraño al sello seco":

es decir, esa actitud disuasiva le parece un indicativo grave, si se tiene en cuenta además que con el mencionado instrumento se hizo una parte importante de la tarea delictiva (fls. 149 y 150).

5. Otro error de hecho, ahora como falso juicio de existencia, se repara por la presunta omisión de la prueba grafológica, según la cual los elementos manuscritos consignados en los documentos dubitados no pertenecen al procesado, conclusión que,entonces desvirtúa el indicio de la oportunidad.

Aunque paradójicamente la censora reclama la falta de aplicación del examen conjunto de las pruebas, conforme con el artículo 254 del Código de Procedimiento, es ella misma la que menosprecia los indicios ante resaltados, sin contar que es del todo posible que las grafías del empleado no aparezcan en los títulos, dado que se trata de una empresa criminal y otros lo pudieron hacer.

6. El último cargo de esta demanda tiene que ver con la violación directa de la ley sustancial, supuestamente por haber dejado de aplicar el artículo 445 del Código de Procedimiento Penal, a pesar de que en el curso de la sentencia el Tribunal reconoció dudas sobre la responsabilidad del procesado.

Se argumenta una supuesta contradicción porque el Tribunal censuró la sentencia de primer grado por haber deducido el indicio de la oportunidad, pero a renglón seguido reconoce el dato de que el señor García Cortés estaba de tesorero encargado en la época de los acontecimientos, que equivale a la aceptación del mismo hecho indiciario. Esta forma de contradicción, según la demanda, revela que el juzgador cognoscitivamente llegó a un estado de duda, a pesar de lo cual no le dio aplicación al artículo 445.

Basta señalar que no existe la anhelada contrariedad en los términos de la argumentación del Tribunal, porque esta Corporación siempre reconoce inequívocamente la existencia del indicio de la oportunidad, sólo que no puede nutrírsele de datos como el mayor tiempo que contaba García Cortés para apropiarse de los documentos o porque fuera el hombre de confianza del subdirector financiero, como lo hizo el juzgado de instancia, sino que lo soporta en hechos tales como la mayor proximidad de aquél a los títulos para la época de su falso copiado y suplantación, en razón de que se desempeñaba como tesorero encargado (fl. 147).

B. Segunda Demanda

La defensora del condenado Eduardo Ancizar Gómez Cortés propone como único cargo la violación indirecta de la ley sustancial, por haberse incurrido en un error de hecho en la apreciación probatoria, lo cual condujo a la indebida aplicación de los artículos 133, 220, 221 y 222 del Código Penal.

A continuación refiere el presunto yerro a los tres indicios deducidos en contra de su prohijado, pero todo cuanto ocurre es una distinta pers-

pectiva valorativa de los datos o indicativos, pues en manera alguna señala vacíos protuberantes en la evaluación probatoria del juzgador, como para concluir que no se hizo crítica racional.

1. Así, en lo que atañe al indicio de la mentira o mala justificación, se dice que el Tribunal lo infiere del hecho de que Gómez Cortés haya dicho que consultó previamente las operaciones con el Director del IFI-Concesión de Salinas, doctor Lucas Jaime Gnecco Pimienta, comunicación que éste desmiente en su declaración.

Afirma la actora que el hecho indicador no puede extraerse de un testimonio que el mismo Tribunal reconoce como poco claro y además contradictorio; rendido por un exponente que dio varias versiones disímiles y simplemente cambió de actitud en la declaración para protegerse a sí mismo de cualquier responsabilidad penal.

En este punto son bien coherentes las reflexiones del Ministerio Público, pues, para efectos de establecer si hubo comunicación previa a las transacciones entre director y subdirector, era necesario distinguir lo relacionado con el certificado de depósito a término de la C. F. T. y lo que atañe a los títulos de participación del Banco de la República, porque, según se dice en la sentencia, el testigo fue vacilante en la manifestación sobre los últimos mas no en relación con el primero. De otra parte, el Tribunal sí advirtió la poca claridad y las contradicciones del deponente, pero, merced al ejercicio de la evaluación racional y conjunta de la prueba, llegó a una conclusión que omite la demanda y que se presenta en los siguientes términos:

"... Pese a lo anterior, queda claro del contexto procesal, que la información que en uno de estos momentos suministró el subdirector a su superior, no tenía connotación diferente a la de un simple comentario, como que ya aquél había definido desde antes cuál el destino que daría a los excedentes de liquidez y el sistema que emplearía para tal fin.

"En este orden de ideas, las explicaciones inexactas ofrecidas por Eduardo Ancizar Gómez Cortés, se constituyen en indicios de mala justificación, pues no es cierto, como quiso hacerlo ver, que contó con la autorización de su director frente a estas gestiones" (fl. 138).

Respecto de la forma como tuvo conocimiento de la firma Servivalores y de que Gonzalo Palau era uno de sus socios, se advierte que el Tribunal señala la falacia del procesado también cuando invoca la supuesta recomendación de Oscar Villada o la real o presunta intervención de su tío Aníbal Gómez, pero contradictoriamente se apoya en esos mismos datos mentirosos para concluir que una vez más faltó a la verdad el acusado al decir que había adelantado "ponderada gestión orientada a escoger la firma corredora de bolsa que más beneficios aportara a la institución por su solvencia moral y económica", cuando lo cierto es que circunscribió su actividad a ese reducido círculo de personas relacionadas entre sí.

Esta parte de la motivación de la sentencia, según la demandante, viola las leyes de la lógica, porque se trata de dos argumentos excluyentes entre sí. Pero es acomodaticia la observación, porque si bien se lee la sentencia, allí no se dice que el procesado mintió al decir que se había comunicado con las dos personas mencionadas respecto de la existencia de Servivalores, sino que no fue sincero y constante respecto de los términos de dicha comunicación: es decir, no se precisa por el acusado si realmente Villada le hizo una recomendación o apenas lanzó un simple comentario sobre la empresa mediadora; o no es claro en sus posturas para saber si su pariente Aníbal Gómez ejerció influencia para el contacto por el conocimiento anterior con Palau Rivas, o si no hubo necesidad de dicha intervención (fls. 138 y 139).

El fallador no ha objetado la real comunicación entre Gómez Cortés y los dos personajes, por ello consistentemente se apuntala en la misma (aunque no en su real contenido), con el fin de concluir que fue la única información buscada por el procesado para realizar operaciones de tan elevada cuantía (fl. 140).

2. En cuanto al indicio de la rapidez, consistente en la celeridad para seleccionar la firma Servivalores, también se repara un falso juicio de existencia en cuanto a la prueba documental ignorada. Se aduce que la comunicación de la tesorera general de la nación, que se refería al enteramiento de que las inversiones en el futuro sólo podían hacerse en títulos emitidos por la nación o el Banco de la República, y el inminente vencimiento de dos instrumentos tomados con entidades bancarias privadas (30 de noviembre), son hechos que justificaban la premura reprochada y no eran indicativos entonces de la responsabilidad del procesado.

Si en gracia de discusión se reconoce la urgencia por el próximo vencimiento de dos títulos que era necesario reinvertir, no puede olvidarse que ese hecho es apenas un componente dentro de un cuadro complejo integrado también por la objeción de la mentira en cuanto a la autorización de las transacciones, la conducta de dirigir la mirada a una sola comisionista de bolsa, que inclusive se había elegido con anticipación, y el dato de que la persona jurídica escogida para la intermediación fue precisamente la que "desempeñó importante papel en la secuencia final del desarrollo de los acontecimientos, como que a ella llegaron todos los documentos que se derivaron de la negociación de los auténticos sustraídos a la Concesión..." (fl. 143).

He ahí los elementos interconectados de los cuales el Tribunal derivó la certeza acerca de la coautoría de Eduardo Ancízar Gómez Cortés en la defraudación, pero a la impugnante sólo se le ocurre un reparo aislado de uno de sus componentes, que enseña a todas luces la falta de una demostración de la trascendencia del cargo.

3. Ahora bien, la misma demandante sostiene que el Tribunal supuso la prueba de que Gómez Cortés "desde antes" se había decidido por Servivalores, pero, como acertadamente lo postuló el Procurador Delegado, se trata de una inferencia del Tribunal fundada en un cúmulo de Antecedentes tales como la comunicación de aquél con personas que sólo daban fe de la existencia de esa compañía, el tratamiento exclusivo con dicha firma, la premura en la contratación con la misma entidad (aunque no necesariamente de la adquisición de los títulos) y el importante papel que jugó la mediadora al concentrar allí las operaciones de todos los documentos derivados de la negociación de los originales, elementos todos que tienen su respectivo soporte probatorio.

No puede prosperar la demanda.

C. Tercera Demanda

En favor del procesado Xavier Beltrán González, el defensor invoca la causal primera de casación, como violación indirecta de la ley sustancial, en el sentido de que el sentenciador ha incurrido en un error de hecho en la apreciación de las pruebas, concretamente porque de manera supuesta se han quebrantado las reglas de la sana crítica, en lo que atañe no solo a la valoración en conjunto sino también a la argumentación sobre el mérito de cada prueba.

Estas presuntas fallas en la valoración del material probatorio, se reflejan en el hecho de que algunas pruebas no resultaron meritorias para atribuir responsabilidad a Gonzalo Palau Rivas, en cambio sí lo fueron para condenar al señor Beltrán González, a pesar de que los dos acusados eran socios de la firma intermediadora Servivalores S. A. y actuaron en nombre de ella; lo cual no significa, aclara el demandante, que el primero haya sido absuelto arbitrariamente, sino que era improcedente la condena del segundo.

Es cierto, como lo advierte el demandante, que en el fallo de primera instancia se hizo un examen muy similar de la situación jurídica de Palau y Beltrán, pues notaba el juzgador que sus comportamientos no eran aislados sino, por el contrario, ligados de principio a fin, razón por la cual llegó a la conclusión de que ambos eran merecedores de una condena. Pues bien, a pesar de que el impugnante muestra situaciones que pueden ser comunes a ambos procesados, el escrito carece de la demostración de una relación de identidad fáctica para los dos, que se haya plasmado así en la sentencia de segunda instancia, pues, al fin y al cabo, esta última decisión es la que debe atacarse directamente en sede extraordinaria de casación (artículo 218 C. P. P.).

Sólo si se demuestra que el Tribunal tergiversó el sentido de convicción respecto de un mismo medio probatorio que fácticamente comprometía a ambos acusados, y que antojadizamente lo hizo ver positivo para uno

y negativo para el otro, sin razones adicionales, sería palpable la arbitrariedad y, por ende, gracias a la ostensividad del error, podría prosperar la censura.

Sin embargo, lo que se advierte en este caso es que la mayoría de indicios graves que se relievaron como tales en el fallo de primera instancia, comunes a Palau Rivas y Beltrán González, soberanamente fueron refutados en esa calidad por la sentencia de segundo grado, a través de la metodología de los motivos infirmantes, y por esta vía se llegó a la conclusión de que en el comportamiento global del primero sólo pervivía una irregularidad que podría ponerlo en situación de responsabilidad penal, al igual que su compañero, cual era la del giro sin restricciones de un cheque por valor superior a $ 40.000.000.00, en favor de Roberto Topaga, mas a la vez el Tribunal reflexionó que se trataba de una inferencia aislada y por ello concluyó que no era soporte suficiente para un juicio de condena.

Con todo, la Sala advierte que, por razones de limitación del recurso extraordinario, no están expuestos a su escrutinio las justificaciones esgrimidas por el Tribunal para absolver al señor Palau Rivas; en cambio, sí le corresponde relievar, en orden a demeritar una presunta arbitrariedad manifiesta en la condena de Beltrán González, que el falladór hizo un examen separado de ambas situaciones, proveyó por medio de la comparación y produjo razones adicionales que pueden apreciarse en el texto de la sentencia y se resumen en los siguientes apuntes:

1. El personaje Francisco Montoya se acercó por primera vez a la firma Servivalores S. A. y preguntó directamente por el señor Beltrán González, precisamente en coincidencia temporal con las gestiones paralelamente desarrolladas para rehabilitar el funcionamiento de la sociedad "Minera del Caribe", empresa que se usó de fachada para la grave defraudación al IFI-Concesión de Salinas. A partir de este momento, empezaron una serie de contactos entre ambos sujetos hasta que la entidad mediadora facilitó la conversión de los títulos.

2. Todos los papeles derivados de la ilegítima negociación de los títulos originales sustraídos a la Concesión de Salinas, llegaron a la compañía Servivalores, pero fue con la activa participación de Beltrán González que se pusieron en la bolsa los certificados de depósito a término fruto del fraccionamiento de otro mayor, y además, con el mismo impulso, se convirtieron en certificados de cambio los restantes documentos recibidos, circunstancia esta última de innegable connotación por su fácil convertibilidad en moneda nacional.

3. El manejo notoriamente irregular que el procesado le dio a la relación comercial establecida con el supuesto Francisco Montoya, pues permaneció imperturbable ante un personaje que por aparentes razones de seguridad ocultaba su verdadera condición económica, pero a él se la siguió ocultando; no se inmutó ante una enigmática persona que no pasaba

de las promesas de grandes negociaciones, a pesar de las reiteradas visitas; y al final, cuando se produjo la millonaria transacción fraudulenta, no hubo la más mínima actitud de cautela para confirmar autenticidad de firmas y la validez y suficiencia de los poderes.

El Tribunal compendia este compromiso en los siguientes términos:

"Xavier Beltrán es entonces quien aparece como enlace en 'Servivalores' de aquella persona que según dicen se presentó como Francisco Montoya y llegó preguntando directamente por él, según lo refieren Ana Yolanda Cárdenas y Fabiola García, empleadas entonces de la persona jurídica en mención (fls. 125 y 132, c. 3), e igualmente, como se acaba de precisar, fue quien en últimas procuró mediante la consecución de los certificados de cambio que el producto del delito se convirtiera en dinero en efectivo.

"Las anteriores circunstancias, cuya existencia material se halla realmente probada, son de suma importancia, puesto que a partir de ellas se puede inferir la participación del corredor de bolsa dentro de una división de trabajo previamente acordada" (cuaderno Tribunal N° 1, fl. 151).

Claro que la demanda sugiere, en una mezcla indebida de razones, que el Tribunal distorsionó el contenido de las declaraciones de Yolanda Cárdenas Ramírez y Fabiola García Garrido, empleadas de Servivalores por la época de los hechos, pues dizque ellas en ningún momento manifiestan que Francisco Montoya y el comisionista Xavier Beltrán González se conocieran con antelación. Sin embargo, tal lamentación sólo obedece al propósito de emular con el sentenciador en las inferencias lógicas, pues el Tribunal capitaliza el hecho de que el extraño cliente de Servivalores preguntó directamente por Beltrán González, y no simplemente que hubiese existido un conocimiento anterior entrambos.

Ahora bien, en un intento por señalar un falso juicio de existencia, lo cual de suyo comporta un desvío injustificado del sentido de ataque propuesto, el actor se queja por el desconocimiento de los documentos y testimonios que señalaban una supuesta actuación normal del comisionista. Empero, aquellos comportamientos que en forma genérica e históricamente apreciaron como regulares el Presidente y la Secretaria de la Bolsa de Bogotá, en concreto se evaluaron por el Tribunal como manifiestamente anómalos, cuando dice:

"Luego, cuando de las promesas pasó a realidades sorprendentes, porque las transacciones que concretó fueron en cuantías muy considerables, y porque no podía olvidarse que definitivamente Montoya era un personaje extraño, el natural comportamiento del socio de 'Servivalores' no podía ser diferente al de acogerse a todas aquellas normas que regulaban los deberes y obligaciones de las sociedades comisionistas y de sus representantes que, entre otras cosas, en el numeral 9° del art. 32 del Reglamento de la Cámara de la Bolsa, les obligaban a 'Cerciorarse de la auten-

ticidad de las firmas de sus comitentes, de la validez y suficiencia de los poderes de los representantes de sus clientes, responder por la autenticidad del último endosante, de la autenticidad e integridad de los valores negociados, y salir al saneamiento de los mismos para ante el comisionista adquirente o su comitente' (fl. 618, c. 4)" (cuaderno N° 1 Tribunal, fl. 152).

Tampoco fructifica esta demanda.

D. No Recurrentes

1. Aunque se difiere sobre algunas de las causas expuestas para no casar la sentencia impugnada, como conclusión la Sala coincide con la pretensión de la parte civil y entonces están satisfechas sus inquietudes.

2. En relación con las peticiones de la firma Bermúdez y Valenzuela S. A., Comisionista de Bolsa, fácil es advertir que su apoderado, aprovechando indebidamente el espacio de los no recurrentes, se propuso elevar irregularmente solicitudes, como si se tratara de una demanda de casación, para tratar de satisfacer su interés de que los títulos valores en los cuales aparecía aquélla como última beneficiaria regresaran al proceso ejecutivo y se cumpliera su pretensión dineraria en relación con el Banco de la República.

Esa actitud de un tercero incidental, que por su calidad además no estaría legitimado para proponer el recurso de casación, desborda la dialéctica propia de la impugnación extraordinaria, pues si bien el término que se les concede a los no recurrentes puede aprovecharse para apoyar o atacar la sentencia impugnada, no puede olvidarse que dicha pretensión ya debe canalizarse a través de las demandas de casación, pues, con toda razón, temporalmente primero se otorga la oportunidad a los recurrentes para que sustenten el recurso por medio de la demanda, y después se confiere el traslado a los no impugnantes (art. 224 C. P. P.). De este modo, la demanda de casación no sólo se constituye en la medida de la decisión de la Corte, sino que también se erige en el límite de las propuestas de los no recurrentes.

La salvedad sólo atañe a las provisiones de oficio por razones de nulidad o de preservación de las garantías fundamentales, pero ni una ni otra causal se concretan de manera ostensible en este caso respecto de la intervención y la respuesta a las pretensiones del tercero incidental aludido (art. 228 *idem*).

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

RESUELVE:

No casar la sentencia de fecha, origen y naturaleza indicados en la motivación.

Cópiese, cúmplase y devuélvase.

Jorge Enrique Córdoba Poveda, impedido; *Fernando Arboleda Ripoll, Ricardo Calvete Rangel, Carlos Augusto Gálvez Argote, Jorge Aníbal Gómez Gallego, Edgar Lombana Trujillo, Carlos E. Mejía Escobar, Didimo Páez Velandia*, no firmó; *Nilson Pinilla Pinilla*.

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

INDAGATORIA/ DERECHO DE DEFENSA/ POLICIA JUDICIAL

Es claro que la indagatoria es la primera y más importante oportunidad (el procesado puede negarse a rendirla) con la que cuenta el sindicado para defenderse. Y ejercita dicho derecho a través de las respuestas que suministra -cuando libremente acepta hacerlo-, a los interrogantes que le formula el funcionario judicial sobre los hechos objeto de la investigación, bien sea explicando las razones y circunstancias que motivaron su conducta o negando cualquier tipo de participación en la producción del resultado.

Dichas respuestas constituyen, además de un medio de defensa, un medio de demostración de diferentes aspectos relacionados con la finalidad de la instrucción. Con la indagatoria, en consecuencia, el funcionario investigador cuenta eventualmente con una serie de informaciones que, en la medida de su verificación, contribuyen a desentrañar la complejidad de lo sucedido. Su característica de medio demostrativo es, entonces, innegable.

Resulta igualmente indiscutible la gran importancia de dicho acto de vinculación dentro del proceso penal colombiano. Por esta razón la ley es exigente en su reglamentación. El derecho de defensa es garantizado con la presencia del defensor, el cual, aunque no cuenta con la facultad de interrogar, tiene como función evitar que la diligencia no siga el curso adecuado, es decir, protestar presiones indebidas, preguntas capciosas, o cualquier otra actividad del instructor que afecte el ambiente de libertad de respuesta que debe rodear al imputado. A éste, además, previamente al interrogatorio, deben efectuársele las advertencias consignadas en el artículo 358 del Código de Procedimiento Penal y, acto seguido, las preguntas a que hace relación el artículo 359 del mismo estatuto. Estas tienen que ver con sus datos personales, que aunque trascendentales para la investigación, por efecto de la práctica judicial han terminado convirtiéndose en una actividad mecánica y rutinaria, que muy rápido se quiere dejar de lado en cada indagatoria, para comenzar a preguntar sobre los hechos.

Esa mecanización ha llegado hasta el punto de la elaboración de formatos preimpresos que incluyen las preguntas y fijan para su res-

puesta un espacio limitado, que no siempre es posible que coincida con lo que contesta el imputado, impidiéndose de paso, en el acto, ahondar sobre determinada información que suministre, que puede con posterioridad contribuir enormemente en el análisis integral de sus descargos, o en el mismo momento a darle otra orientación al interrogatorio.

Superado lo precedente, es el momento de preguntar de manera clara y precisa sobre los hechos que motivaron la vinculación del sindicado, para que éste tenga la oportunidad de conocerlos y referirse a los mismos. Tal es, como lo sostuvo la Sala en providencia de agosto 27 de 1992, "un requisito de procedibilidad para el ejercicio del derecho de defensa del indagado, "...porque no basta cumplir formalmente la exigencia constitucional de que el sindicado esté asistido por un abogado durante la investigación, porque si no se le han concretado los cargos por los que se le procesa, es obvia la imposibilidad de que aquella pueda ser ejercida técnica o materialmente".

El manejo de información global sobre actividades criminales es uno de los presupuestos de la labor que desarrolla cualquier Cuerpo de Policía Judicial. Y conjugado el mismo con una buena comunicación con los funcionarios instructores, contribuye a la resolución de casos que de otra manera, manejados aisladamente, sin relacionarlos con la dinámica del crimen en un sector determinado, con las informaciones obtenidas en otras investigaciones, simplemente aumentarían las cifras de impunidad.

La investigación criminal actual no es concebible sin un ordenado manejo de información, sin una adecuada interacción entre instructores e investigadores y sin actuaciones prontas orientadas a impedir que las pruebas se alteren o desaparezcan.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Santafé de Bogotá, D.C., diciembre dos (02) de mil novecientos noventa y ocho (1998).

Magistrado ponente: Dr. *Carlos Eduardo Mejía Escobar*

Proceso No. 10323

Aprobado Acta No. 185

VISTOS

Resolver el recurso de casación interpuesto por el defensor del procesado Milton Ferney Barrios Quiñones, contra la sentencia del Tribunal Superior de Santafé de Bogotá de octubre 3 de 1994, confirmatoria de la del Juzgado 21 Penal del Circuito de la misma ciudad, mediante la cual condenó al mencionado a la pena principal de 27 años de prisión, multa de

$10.000.00 y a la pena accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas por 10 años, al hallarlo responsable, en calidad de coautor, de los cargos de homicidio y lesiones personales.

HECHOS Y ACTUACIÓN PROCESAL

El 9 de mayo de 1993, hacia las 4 de la madrugada, Miguel Angel Penagos Urriago, su hermano Héctor y Gilberto Trujillo Patiño arribaron al Barrio Venecia de Bogotá en un taxi. Habían tomado licor. El primero, según Trujillo, le dijo un piropo a una muchacha que se encontraron al pasar y de inmediato varios jóvenes le reclamaron y procedieron a agredirlo. Miguel Angel cayó al piso, lo hirieron con cuchillo, se incorporó, corrió, volvió a caer y allí fue masacrado. Esto sucedió en la autopista sur frente al No. 52-71. Según la necropsia le fueron propinadas 11 heridas con arma cortopunzante.

El caso correspondió inicialmente al Fiscal 79 de Unidad 6ª de Fiscalía especializada en investigaciones previas, quien comisionó el 12 de julio de 1993 a la Brigada Nacional del Homicidios del Cuerpo Técnico de Investigación para que realizara la averiguación respectiva, orientada a la identificación de los autores del crimen. La Brigada, a través de su Coordinador, recepcionó el mismo día a las 2:45 p.m., el testimonio de Fernando Lozada Gómez, celador que dijo haber presenciado los hechos desde el lugar de su trabajo (autopista sur No. 52-65, Piqueteadero Venecia). Fundamentalmente afirmó que luego de que "como 20 ladrones" pertenecientes a la "Pandilla Los Simpson" persiguieron al occiso y a sus dos acompañantes, por último 6 o 7 lo masacraron en el piso. Entre ellos reconoció a "alias Pinocho", "alias Lunar de Puta" (Alexander Sacristán Arias) y a "alias Potes" (Milton Ferney Barrios Quiñones).

Con base en dicho testimonio y en alguna información adicional que el Coordinador de Homicidios le suministró al Fiscal, toda vez que venían investigando otro caso relacionado con la misma pandilla, se ordenó la apertura de la investigación, la captura de Barrios Quiñones, la remisión de copias con destino a la justicia de menores para investigar a Sacristán Arias en consideración a que contaba con 17 años de edad para el momento de los hechos y la realización de diligencias tendientes a la individualización de "alias Pinocho".

El 13 de agosto de 1993 Milton Ferney Barrios Quiñones fue capturado, de inmediato se dio comienzo a la recepción de su indagatoria, ésta se suspendió y se prosiguió el siguiente 17 de agosto. Admitió que le dicen "el potes" y que el día de los hechos se encontraba con su compañera Stella en el puente de Venecia. Que un desconocido le tocó las nalgas, le reclamaron y pelearon. Niega, sin embargo, que lo haya agredido con arma cortopunzante y mucho menos haber participado en su muerte.

El siguiente 18 de agosto fue detenido preventivamente por el cargo de homicidio simple. En las motivaciones de la resolución la Fiscalía aludió al delito de lesiones personales del cual fue objeto Héctor Penagos (recibió "dos puñaladas" en la espalda)[1], mencionadas desde el mismo día de los acontecimientos por el testigo Gilberto Trujillo Patiño, y concluyó que hasta ese momento procesal no se encontraban objetivamente demostradas. De ahí que se haya abstenido de imponer medida de aseguramiento al procesado por dicha conducta.

El mérito probatorio del sumario fue calificado el 13 de diciembre de 1993. Se resolvió acusar al procesado por los cargos de homicidio simple (art. 323 del C.P.) y lesiones personales (arts. 331 y 333 ib.). Por el último delito, además, se le profirió detención preventiva.

Dicha determinación fue apelada y la segunda instancia la confirmó, estimando agravado el homicidio por la concurrencia de las circunstancias 4ª y 7ª del artículo 324 del Código Penal. Lo hizo mediante providencia del 12 de enero de 1994.

El Juzgado 21 Penal del Circuito, una vez surtido el trámite del juicio, dictó sentencia el 1° de agosto de 1994. Condenó a Barrios Quiñones a 27 años de prisión, en calidad de coautor de los delitos de homicidio simple y lesiones personales. Y el Tribunal Superior de Santafé de Bogotá, mediante la providencia que es materia del recurso de casación, confirmó esa decisión.

La Demanda

Dos cargos le hace el defensor a la sentencia. El primero, principal, lo apoya en la causal 3ª de casación y el segundo, planteado como subsidiario, en el inciso 2° del numeral 1° del artículo 220 del código de Procedimiento Penal.

Cargo principal

Expresa el Casacionista que en el trámite procesal se incurrió en una irregularidad sustancial que vulneró el debido proceso legal y el derecho de defensa. La hace consistir en el hecho de que a su representado en el acto de vinculación al proceso jamás se le indagó por el delito de lesiones personales y por lo tanto le resultó imposible defenderse de este cargo.

Aparte de lo anterior, sigue el recurrente, en la providencia mediante la cual le fue resuelta la situación jurídica al procesado, la Fiscalía se abstuvo de hacerlo en relación con el delito de lesiones personales y sin

[1] El Instituto de Medicina Legal le fijó 15 días de incapacidad definitiva y como secuela de carácter permanente, deformidad física en el cuerpo.

embargo en el calificatorio se le acusó por él. Tal circunstancia, dice, es abiertamente ilegal. Es desconocedora del artículo 438, inciso 1°, del Código de Procedimiento Penal, ya que se clausuró el ciclo investigativo sin haberle sido resuelta la situación jurídica a su defendido por el hecho punible mencionado.

"El instructor que calificó el mérito del sumario -concluye el demandante-había podido declarar la ruptura de la unidad procesal, para que se indagara y posteriormente resolviera la situación jurídica ... y luego sí, se calificara el mérito del sumario en cuanto al delito de lesiones personales, pero como no lo hizo, y la ruptura sólo puede realizarse dentro de la actuación procesal, es claro que la unidad que reclamó es operante". Pide que su declaratoria sea a partir de la decisión que calificó la investigación.

Cargo subsidiario

Pide el Casacionista, de no prosperar la censura principal, que la sentencia sea revocada y en su lugar se absuelva a su representado, en consideración a que el juzgador violó indirectamente la ley sustancial al incurrir en error de derecho. El siguiente es el fundamento:

· El testimonio de Fernando Lozada Gómez fue asumido como trascendental en la sentencia.

· Fue recepcionado el 12 de julio de 1993, mismo día en el cual la Fiscal instructora comisionó a la Policía Judicial para individualizar a los autores de los hechos, lo cual era "temporalmente" imposible que sucediera, quedando abierta "la posibilidad" de que haya sido el producto de un "montaje".

· En cuanto no se pudo luego localizar al testigo (los datos de dirección y teléfono que suministró no correspondían a los verdaderos), no tuvo contacto ni con los funcionarios judiciales que conocieron del caso ni con la defensa, con lo cual se violó el principio de contradicción.

· Si el testigo mintió en cuanto a sus datos personales, "...se debe quitar la fuerza probatoria dada a tal prueba".

· Que los testigos en los "procesos ordinarios" deben estar plenamente identificados, a diferencia de lo que sucede en los casos de competencia de los Juzgados Regionales. En este caso, es el parecer de la defensa, se trató de un "testigo secreto", ya que se dejó de verificar con la Registraduría si el nombre e identificación que suministró eran o no correctos.

Hace consistir el error de derecho, finalmente, en que el fallo se profirió con sustento en dicho medio probatorio, el cual carecía de la fuerza necesaria para fundamentar una condena. "Además -concluye-es claro que este error manifiesto de apreciación, nos conduce a una protuberante inexactitud en la apreciación de las pruebas que condujeron al juzgador a una conclusión absolutamente reñida con la realidad procesal".

CONCEPTO DEL PROCURADOR 3º DELEGADO EN LO PENAL

Luego de precisar el concepto jurídico de indagatoria y de señalar que es fundamentalmente un medio de defensa del procesado, e igualmente de examinar la rendida por Milton Ferney Barrios, concluye que efectivamente en dicho acto procesal no fue informado sobre todos los hechos respecto de los cuales debía presentar explicaciones o descargos. Se le interrogó solamente por el cargo de homicidio y en ningún momento respecto de las lesiones personales causadas a Héctor Penagos Urriago.

Aunque una pregunta hizo mención "a otros dos sujetos" que resultaron lesionados, "...ella no alcanza a delimitar varios factores para que el procesado pudiera tener una representación conceptual precisa sobre lo que se le estaba interrogando", puntualiza el Procurador. Y agrega:

"Obsérvese que al indagado no se le informó cuáles fueron los dos sujetos que resultaron lesionados en la refriega, pero ni siquiera se insistió en la separación de las dos conductas delictivas o el conocimiento concreto que la Fiscalía podría tener sobre ellas; no se hizo tampoco siquiera una breve descripción de las heridas y su localización dentro del cuerpo de las víctimas, ni la posible causa de ellas precisando si se habían originado en el empleo de un arma de fuego, un arma cortopunzante, o cortocontundente etc., o en fin si la participación del indagado fue directa o indirecta, para de esta manera darle a conocer una acusación específica, que desde luego el procesado tenía derecho a conocer".

En suma el interrogatorio a que fue sometido se limitó al delito de homicidio. Y la explicación que puede encontrarse para que la Fiscal que realizó la diligencia no haya preguntado sobre las lesiones, dice el agente del Ministerio Público, puede ser que para ese momento no conocía detalles sobre el particular. Ni siquiera obraba en el expediente la historia clínica de la víctima y mucho menos el reconocimiento médico legal. Entonces, ni se le interrogó al procesado ni se le resolvió su situación jurídica por el delito de lesiones personales. De tal manera, agrega el concepto, "...se presentó una ausencia total, por parte del indagado, de planteamientos tendientes a explicar su no participación en el hecho o a proponer alguna eximente de responsabilidad penal ya fuera alegando a su favor circunstancias de justificación o inculpabilidad o a buscar en alguna forma disminuir su compromiso penal o circunstancias de una menor punibilidad".

Para el Procurador es claro, entonces, que el procesado estuvo en imposibilidad de ejercer los derechos de contradicción y de defensa, ya que la imputación le era desconocida, por lo que el planteamiento del censor a su parecer debe ser acogido, pero sólo en lo atinente al delito de lesiones personales. Frente al homicidio fueron respetadas plenamente las garantías procesales, debiéndose mantener lo actuado frente a él en virtud del principio de protección que rige la declaración de nulidad.

La solicitud del Procurador es, por lo tanto, que se case parcialmente la sentencia y se declare la nulidad de lo actuado a partir de la indagatoria y únicamente en relación con el delito de lesiones personales.

Frente al cargo subsidiario de la demanda la idea del agente del Ministerio Público es que no debe prosperar. A su juicio lo que hace el censor frente al testimonio de Fernando Lozada Gómez es, de una parte, acusarlo por falso juicio de legalidad (se adujo al proceso sin ordenamiento previo) y, de otra, a partir de considerarlo producto de un montaje y con fundamento en un falso juicio de convicción, pedir que se le reste credibilidad.

Para el Procurador Delegado no existió error de derecho. El Fiscal instructor, con resolución del 12 de julio de 1993, comisionó a la Policía Judicial para realizar las diligencias necesarias tendientes a la individualización de los autores de los hechos y el mismo día, en desarrollo de esa orden de trabajo, fue recepcionado el testimonio. Entonces la realidad procesal desmiente al actor, por lo que, a renglón seguido, sigue el concepto en el análisis del supuesto falso juicio de convicción, que igualmente descarta.

Dice que nada hace sospechar sobre irregularidades en la práctica de la declaración, como por ejemplo coacción al testigo. El supuesto del cual partió el censor para atacar el medio de prueba lo hizo consistir en la imposibilidad de que en un mismo día pudiera dictarse la resolución, realizarse las pesquisas para ubicar al testigo y recibirle el testimonio. Pero resulta que esa imposibilidad no solamente no fue demostrada por el censor sino que desconoció, además, que ya la Policía Judicial, a raíz de otros hechos, tenía adelantadas pesquisas sobre la denominada pandilla de "Los Simpson". Entonces la propuesta de que hubo un montaje cae en el vacío ante los hechos y razones que lo desvirtúan, concluye el Procurador. Y agrega que el derecho de contradicción tampoco fue conculcado pues fueron múltiples las ocasiones en que la defensa atacó el contenido de la declaración de Lozada Gómez. El ejercicio de ese derecho, dice, "...se caracteriza por el acceso que tienen los sujetos procesales al conocimiento del acervo probatorio y a las posibilidades de su discusión, lo que de paso incluye el ejercicio de contraprobar el hecho que expresa ese medio, exigencia que fue satisfecha dentro del proceso..."

Señala el concepto, finalmente, la impropiedad con la cual el censor trata de demostrar el cargo, al no indicar cuáles fueron las normas sustanciales violadas y mucho menos demostrar error alguno cometido por el juzgador que conduzca a variar la situación del procesado.

Consideraciones de la Sala

Sobre el cargo principal

Es claro que la indagatoria es la primera y más importante oportunidad (el procesado puede negarse a rendirla) con la que cuenta el sindicado

para defenderse. Y ejercita dicho derecho a través de las respuestas que suministra -cuando libremente acepta hacerlo-, a los interrogantes que le formula el funcionario judicial sobre los hechos objeto de la investigación, bien sea explicando las razones y circunstancias que motivaron su conducta o negando cualquier tipo de participación en la producción del resultado.

Dichas respuestas constituyen, además de un medio de defensa, un medio de demostración de diferentes aspectos relacionados con la finalidad de la instrucción. Con la indagatoria, en consecuencia, el funcionario investigador cuenta eventualmente con una serie de informaciones que, en la medida de su verificación, contribuyen a desentrañar la complejidad de lo sucedido. Su característica de medio demostrativo es, entonces, innegable.

Resulta igualmente indiscutible la gran importancia de dicho acto de vinculación dentro del proceso penal colombiano. Por esta razón la ley es exigente en su reglamentación. El derecho de defensa es garantizado con la presencia del defensor, el cual, aunque no cuenta con la facultad de interrogar, tiene como función evitar que la diligencia no siga el curso adecuado, es decir, protestar presiones indebidas, preguntas capciosas, o cualquier otra actividad del instructor que afecte el ambiente de libertad de respuesta que debe rodear al imputado. A éste, además, previamente al interrogatorio, deben efectuársele las advertencias consignadas en el artículo 358 del Código de Procedimiento Penal y, acto seguido, las preguntas a que hace relación el artículo 359 del mismo estatuto. Estas tienen que ver con sus datos personales, que aunque trascendentales para la investigación, por efecto de la práctica judicial han terminado convirtiéndose en una actividad mecánica y rutinaria, que muy rápido se quiere dejar de lado en cada indagatoria, para comenzar a preguntar sobre los hechos.

Esa mecanización ha llegado hasta el punto de la elaboración de formatos preimpresos que incluyen las preguntas y fijan para su respuesta un espacio limitado, que no siempre es posible que coincida con lo que contesta el imputado, impidiéndose de paso, en el acto, ahondar sobre determinada información que suministre, que puede con posterioridad contribuir enormemente en el análisis integral de sus descargos, o en el mismo momento a darle otra orientación al interrogatorio.

Superado lo precedente, es el momento de preguntar de manera clara y precisa sobre los hechos que motivaron la vinculación del sindicado, para que éste tenga la oportunidad de conocerlos y referirse a los mismos. Tal es, como lo sostuvo la Sala en providencia de agosto 27 de 1992,[2] un requisito de procedibilidad para el ejercicio del derecho de defensa del in-

[2] M.P. Dr. Edgar Saavedra Rojas. (Decisión citada por la Procuraduría en su concepto y por el defensor en la demanda).

dagado, "...porque no basta cumplir formalmente la exigencia constitucional de que el sindicado esté asistido por un abogado durante la investigación, porque si no se le han concretado los cargos por los que se le procesa, es obvia la imposibilidad de que aquella pueda ser ejercida técnica o materialmente".

Este es el punto a que alude el cargo de nulidad elevado como principal por el Casacionista, que el Agente del Ministerio Público consideró que debía prosperar y que en concreto consiste en que a su representado, en la indagatoria, no se le preguntó acerca de los hechos relacionados con las lesiones personales causadas a Héctor Penagos Urriago y que como consecuencia le fue conculcado su derecho de defensa.

Aunque se pregona que con la más absoluta claridad y precisión sobre las lesiones, no se le preguntó al indagado, uno de los interrogantes formulado por la Fiscalía fue nítidamente comprensivo de dicho hecho. El siguiente es su tenor:

"Para el día 9 de mayo en las horas de la madrugada, en la autopista sur No. 52-71 Barrio Venecia de esta ciudad, se practicó inspección de cadáver y levantamiento de el señor Miguel Angel Penagos Urriago a quien se le propinaron diferentes heridas con arma cortopunzante, en circunstancias en donde se lesionaron otros dos sujetos más, uno de ellos conducido al Hospital El Tunal, sindicándose de este hecho a un grupo de jóvenes los que estaban armados con elementos tales como machete, navajas, piedras, y dentro de los cuales se encontraron como autores de ese homicidio 'lunar de puta', 'el potes' y 'pinocho'. Se dice que estos jóvenes pertenecen 'a la banda denominada Los Simpson', dedicada a 'labores de atraco, hurto, homicidio y lesiones personales, sembrando el pánico a los residentes y comerciantes del sector de Venecia'. ¿Qué manifestaciones puede hacer al respecto?".

Es verdad, como lo anotó el Procurador, que el sindicado no fue informado sobre quiénes fueron las personas lesionadas, ni qué lesiones exactamente se les causaron. No obstante esas deficiencias, para la Sala la imputación relacionada con las lesiones sufridas por Héctor Penagos, sin la mención expresa de su nombre, quedó realizada. Las mismas circunstancias en las cuales resultó muerto Miguel Angel Penagos (agresión de la que lo hicieron víctima varios individuos que lo atacaron con armas cortopunzantes), señaló el instructor en el interrogante, originaron que "otros dos sujetos" aparecieran "lesionados", "uno de ellos conducido al Hospital El Tunal", el cual, como se comprueba con la historia clínica allegada a folio 274 del cuaderno principal, no fue otro que Héctor Penagos.

La pregunta, de otra parte, hace posible la separación entre las lesiones y la muerte. Y respecto de los dos hechos -es constatable en el interrogante-, la Fiscal le manifestó al procesado que se sindicaba a un grupo de jóvenes entre los cuales se encontraba él.

El hecho de las lesiones personales, por lo tanto, sí le fue dado a conocer de manera explícita al procesado, quien aunque no suministró explicaciones expresas sobre el mismo[3], las respuestas que adujo, de ajenidad completa a lo sucedido -"yo en ningún momento le he dado puñaladas a nadie", aseguró- son constitutivas de su explicación frente a los dos cargos. Y corresponde esa actitud (de situarse al margen de los hechos), en mecanismo de defensa que eligió en su declaración de descargos.

Por lo demás, en la resolución de situación jurídica, la Fiscalía, también en términos concretos, consideró la hipótesis delictiva de las lesiones personales causadas a Héctor Penagos, pero en consideración a la ausencia que para ese momento había de prueba demostrativa de su objetividad, en la parte resolutiva de la decisión se abstuvo de proferir por ese delito medida de aseguramiento, indicando de paso que sobre el mismo continuaría la investigación.

Y si se tiene en cuenta que una de las formas de resolución de la situación jurídica del procesado es la de no imponer detención, caución o conminación, es diamantino que sí le fue resuelta dicha situación a Milton Ferney Barrios en relación con el delito de lesiones personales. Y no resulta cierto, en consecuencia, como lo predica el demandante, que el instructor se haya abstenido de resolverla, violando de tal manera el inciso 1° del artículo 438 del Código de Procedimiento Penal.

La situación jurídica había sido resuelta, con abstención de imponerle medida de aseguramiento respecto de las lesiones personales, y en tales circunstancias fue completamente legal proceder al cierre de investigación y a la calificación del mérito del sumario.

En conclusión, en desacuerdo con el Agente del Ministerio Público, el cargo de nulidad no prospera.

Cargo subsidiario

Este ataque, realizado como de violación indirecta de la ley sustancial por error de derecho, lo dirige el censor contra el testimonio rendido ante la Policía Judicial por Fernando Lozada Gómez, el cual sin duda alguna fue trascendental en la construcción de la sentencia condenatoria.

La primera crítica de la defensa es que se obtuvo el testimonio sin estar debidamente decretado. Pero el fundamento que ofrece no es atendible. Lo que sorprendió al censor es que el mismo día en el cual la Fiscal instructora comisionó a la Brigada de Homicidios del Cuerpo Técnico de Investigación con el objetivo de individualizar a los autores de los hechos,

---

[3] Dado el peso que frente a tal ilícito representaba el delito de homicidio e igualmente la circunstancia de que fue sobre éste qué terminó concentrándose el interrogatorio de la funcionaria instructora.

12 de julio de 1993, se haya logrado dicha declaración. Para el profesional resultaba físicamente imposible, el mismo día, impartir la comisión, remitir el caso a los investigadores, que éstos realizaran las pesquisas necesarias, que ubicaran al testigo y que le escucharan su testimonio. Y como comisión y declaración ocurrieron el mismo día, habla de la posibilidad de que se haya tratado de un "montaje". Que naturalmente lo imagina, porque no aportó un solo elemento de juicio orientado a demostrarlo.

El manejo de información global sobre actividades criminales es uno de los presupuestos de la labor que desarrolla cualquier Cuerpo de Policía Judicial. Y conjugado el mismo con una buena comunicación con los funcionarios instructores, contribuye a la resolución de casos que de otra manera, manejados aisladamente, sin relacionarlos con la dinámica del crimen en un sector determinado, con las informaciones obtenidas en otras investigaciones, simplemente aumentarían las cifras de impunidad.

La investigación criminal actual no es concebible sin un ordenado manejo de información, sin una adecuada interacción entre instructores e investigadores y sin actuaciones prontas orientadas a impedir que las pruebas se alteren o desaparezcan. Lo que sucedió en el presente caso es que se cumplieron esas características. De acuerdo con el informe de la Brigada de Homicidios de la Fiscalía (fl. 23 c. principal), allí se venía desde días atrás averiguando sobre el homicidio de que fue víctima Uriel Raúl Núñez en el Barrio Venecia. Esto, ya lo sabían los investigadores, era miembro de la pandilla "Los Simpson" y en las labores de vecindario que desarrollaron se enteraron del homicidio de Miguel Angel Penagos, ubicaron como testigo del hecho al celador Fernando Lozada Gómez y, debidamente comisionados por la Fiscal a cargo del caso, le recepcionaron el testimonio cuestionado por la defensa, en lo cual la Sala no observa ningún tipo de irregularidad.

Curioso que se demande a la justicia penal éxito rápido en sus investigaciones y que cuando lo logra, como sucedió en el caso a consideración de la Corte, el planteamiento sea la sospecha de corrupción, sin fundamento distinto a la celeridad misma con la cual fue conseguido el resultado.

Así las cosas, tampoco el cargo que se considera está llamado a prosperar. Aunque el censor realiza otras observaciones sobre el testigo, dirigidas éstas a que se le reste credibilidad (con lo cual integró indebidamente en el mismo cargo dos sentidos distintos de violación indirecta de la ley), las mismas no varían la conclusión de la Sala. Dicho medio probatorio fue conocido y debatido por los sujetos procesales, por lo que no cabe pensar que se violó el derecho de contradicción. Lo recepcionó la Policía Judicial debidamente facultada para hacerlo y si no existió otra oportunidad para ampliar esa declaración, ya ante el funcionario judicial, no traducía lo mismo una razón para que el juzgador obviara su deber de considerarla y de asignarle el valor que de acuerdo con el sistema de la sana crítica en-

contrara pertinente. Eso fue lo que hizo. En su análisis consultó el contexto probatorio y su conclusión fue otorgarle credibilidad, especialmente cuando se demostró que Lozada Gómez efectivamente trabajó en el Piquetcadero Venecia (autopista sur #52-65) hasta el 28 de julio de 1993 aproximadamente, de acuerdo con el informe del Cuerpo Técnico de Investigación, visible a folio 284 del cuaderno principal. Y cuando, además, otros medios de prueba, inclusive la indagatoria misma en la cual admitió el procesado que la noche de los hechos tuvo un altercado con un desconocido a raíz de que le tocó las nalgas a su compañera, corroboraban en buena parte su versión.

Como se dijo, entonces, tampoco prospera este cargo por lo que consecuencialmente no se casará la sentencia.

En virtud 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 la sentencia impugnada, ya señalada en su origen, fecha y naturaleza.

Cúmplase.

Jorge Enrique Córdoba Poveda, Fernando Arboleda Ripoll, Ricardo Calvete Rangel, Carlos Augusto Gálvez Argote, Jorge Aníbal Gómez Gallego, Edgar Lombana Trujillo, Carlos E. Mejía Escobar, Didimo Páez Velandia, no firmó; *Nilson Pinilla Pinilla*.

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

NOTIFICACION PERSONAL/ PRUEBA/ DERECHO DE DEFENSA

1. Hay que entender que el artículo 25 de la citada Ley 81 da alcance a las providencias que por mandato legal expreso deben ser notificadas personalmente, y no a aquéllas que admiten diferente forma de notificación. Así se desprende con claridad de la primera parte de su texto, "cuando no fuere posible la notificación personal", que presupone que la ley lo ha ordenado pero, no obstante, no se ha posibilitado ese enteramiento personal. En estos casos y sólo en ellos, es cuando se impone la obligación de realizar "la diligencia de citación mediante telegrama dirigido a la dirección que aparezca registrada en el expediente". Mas cuando se trata de providencias que por ley no es necesaria la notificación personal, no existe obligación alguna de citar previamente y el proveído quedará bien notificado por medio del estado.

De esta manera, en vigencia del artículo 190 del Decreto 2700 de 1991, cuando la providencia debía notificarse personalmente había que intentar ésta y, si no era posible, se surtía por estado; pero cuando la ley no ordenaba la notificación personal, se efectuaba por estado sin intentarla previamente.

2. La defensa solicitó que se llevaran a cabo las pruebas mencionadas, las cuales fueron ordenadas por el Juzgado, pero no pudieron efectuarse por diversos motivos, como la no comparecencia de dichas personas, a pesar de las citaciones. Sin embargo, no basta su no realización para invalidar la actuación, es indispensable que sean trascendentes, en el sentido de variar ostensiblemente la situación jurídica del sindicado, hasta el punto de proporcionar al juzgador una visión distinta de su responsabilidad.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Santafé de Bogotá, D. C., diciembre dós (2) de mil novecientos noventa y ocho (1998).

Magistrado Ponente: Dr. *Nilson Pinilla Pinilla*

Proceso No. 13342

Aprobado Acta No. 185

ASUNTO

Se procede a resolver el recurso de casación interpuesto por el defensor del procesado Luis Enrique Arce Fonseca, contra la sentencia del Tribunal Superior de Bogotá que confirmó la proferida por el Juzgado 54 Penal del Circuito, condenándole junto a Jaime Vicente Reyes Saza por estafa y falsedad en documento privado, en concurso.

HECHOS

A las 9:28 de la mañana del sábado 1° de diciembre de 1990, para inhabilitar el talonario N° 37030761 a 37030780 de la Corporación de Ahorro y Vivienda Colmena, sucursal Calle 72, ubicada en la carrera 9ª N° 71-66 de Bogotá, asignado a la cuenta de ahorros N° 01415-0004807-3 de Policarpo Delgado, se efectuó un ingreso al respectivo sistema computarizado y en su lugar fue registrado un talonario espurio (N° 36324261 al 36324280).

En dicho talonario fue estampada con tinta invisible una firma como si fuera la del titular de la cuenta y el número 2'202.877 de su cédula de ciudadanía.

Durante ese sábado y el domingo 2 de diciembre de 1990, fueron efectuados 19 retiros en 11 "servicajas" de la ciudad, por un valor total de $10'195.000.

Como autores de la defraudación fueron sindicados, entre otros, el secretario nocturno Luis Enrique Arce Fonseca y el auxiliar de ahorros Jaime Vicente Reyes Saza, únicos empleados que se hallaban en la sucursal y poseían clave de acceso.

ANTECEDENTES PROCESALES

El entonces Juzgado 20 de Instrucción Criminal de Bogotá abrió investigación y oyó en indagatoria a Jaime Vicente Reyes Saza, Luis Enrique Arce Fonseca y a los hermanos Gerardo Hinderman, Javier Iván y Luis Armando Pérez Herrera. El 24 de septiembre de 1991 (fls. 110 y ss. cd. inicial) profirió medida de aseguramiento de caución prendaria contra Luis Enrique Arce Fonseca y Gerardo Hinderman Pérez Herrera, por falsedad en documento privado y estafa, absteniéndose de hacerlo con relación a los otros indagados.

Cerrada la instrucción y vencido el traslado respectivo, el 17 de junio de 1993 la Fiscalía 139 Seccional dictó resolución de acusación contra Arce Fonseca y Reyes Saza por el referido concurso de delitos y dispuso la continuación de la investigación con relación a los otros indagados y a "los individuos que efectuaron los falsos retiros" (fl. 306 ib.).

La Fiscalía Delegada ante los Tribunales Superiores de Santafé de Bogotá y Cundinamarca modificó el 30 de noviembre de 1993 dicha providen-

cia, extendiendo la resolución de acusación y la medida de aseguramiento de caución prendaria sobre los tres hermanos Pérez Herrera (fls. 15 y ss., cd. 2°), determinación notificada por estado el 10 de diciembre de 1993 (fl. 22 v. ib.).

Correspondió al Juez 54 Penal del Circuito de Bogotá adelantar el juicio y, celebrada la audiencia pública, el 2 de septiembre de 1996 condenó a Jaime Vicente Reyes Saza y a Luis Enrique Arce Fonseca, por el concurso de delitos motivo de la acusación, a 24 meses de prisión y de interdicción de derechos y funciones públicas y multa de $10.000, al igual que a la indemnización de los perjuicios causados, concediéndoles la ejecución condicional de la condena. Absolvió a los demás enjuiciados (fls. 647 y ss., cd. inicial).

Apelada la sentencia a nombre de Arce Fonseca, el 10 de febrero de 1997 fue confirmada por el Tribunal Superior de Santafé de Bogotá, decisión que es objeto del recurso extraordinario de casación interpuesto por el defensor de ese mismo procesado.

La Demanda

El fallo es objeto de tres factores de cuestionamiento, encuadrados primero bajo la causal tercera y los otros dos en la primera, así:

1° En el primer cargo presenta el defensor varios enfoques, de los cuales deriva la pretensión de diversos factores de nulidad por violación del debido proceso, de una parte al no haberse notificado debidamente el cierre de investigación ni la resolución de acusación al defensor ni a su representado, lo cual originó falta de competencia para decidir la apelación contra el enjuiciamiento y, del Juez, en cuanto al trámite del juicio y el proferimiento del fallo.

Aduce, de otro lado, que su asistido careció totalmente de defensa, pues salvo la presencia en la injurada, el abogado brilló por su ausencia y, así mismo, se omitió la práctica de pruebas que estima fundamentales.

Explica que el cierre de investigación, de fecha 3 de mayo de 1993, no le fue notificado a su acudido ni a su "defensor y a éste ni siquiera se le envió el telegrama para poner en conocimiento la providencia, tal como ordena el art. 190 del C.P.P." Dice que, a pesar de que Luis Enrique Arce Fonseca se presentó el 20 de mayo de 1993 a enterarse de dicho cierre, no fue respetado el término de 8 días para alegar, ya que el expediente pasó al día siguiente al despacho.

Alternando con cita de providencias de esta corporación, insiste en que la resolución de acusación no fue notificada al abogado ni a su poderdante, a quien no se le envió la comunicación respectiva. Tampoco fue designado defensor de oficio a quien se le hiciere notificación personal.

Al no haber adquirido firmeza tal providencia, no quedó cubierta la etapa del sumario y no podía iniciarse el juicio, lo cual constituye falta de competencia del juez, irregularidad que no puede ser convalidada puesto que quebranta una disposición de orden público.

En lo concerniente a la "ausencia total de defensa en el sumario", expresa el censor que no hubo solicitud del abogado ni intervino en alguna prueba, además de resultar violado ese derecho al dejar de ordenarse y practicarse comprobaciones trascendentales, "sin las cuales no se podía condenar".

Indica que no se verificó inspección judicial para determinar cómo, dónde y cuándo fue incorporado el talonario falso, qué personas estaban allí y su posición; la experticia de técnicos en computación tenía que complementarse necesariamente con la inspección judicial y citación de empleados de la entidad financiera, para establecer la coincidencia de la hora del reloj de la macrocomputadora con la del reloj de la oficina. Asevera que la diligencia se realizó 4 años después, cuando ya no funcionaba la maquinaria ni estaban los empleados de entonces, y que al dictamen de los expertos de Colmena no se le puede dar credibilidad, debiendo ser rendido por auxiliares de la justicia. De igual manera, refiere que a la hora de los hechos "había por lo menos cinco personas, los dos procesados, el señor Ricardo Castillo, la señora Diana Isabel Castro Urrego y el celador".

También estima que era necesario ampliar la declaración de Ricardo Castillo, otro cajero auxiliar, por haber contradicciones con los otros empleados sobre la hora de llegada y con su versión se establecería quiénes estaban presentes a la "hora fatídica". Agrega el recurrente que el Tribunal hizo mal al darle credibilidad a esos testigos, con interés en mentir para no comprometerse, y que no se comprobó plenamente si los talonarios contaban con firma invisible, si los sellos eran falsos, ni desde dónde fue perpetrado el delito.

Reiterando y aderezando lo anterior con adicionales consideraciones sobre la remodelación de la oficina, el traslado del computador y otros varios aspectos, solicita a la Corte declarar la nulidad de lo actuado, a partir del cierre de la investigación.

2° El segundo cargo lo refiere el actor a violación indirecta de la ley sustancial, proveniente de error de derecho "manifiesto y trascendente", al admitir el "informe privado" de Colmena quebrantando los "siguientes arts. del C.P.P.: 264, 268, 269, 270, 285, 289 y 292", que llevó a la aplicación indebida de los artículos 221 y 358 del Código Penal.

Argumenta que el informe de la institución financiera fue asumido por el Tribunal que, sin él, "no hubiera condenado al procesado"; aceptó así el ad quem una demostración aducida sin los requisitos legales. Manifiesta que esa investigación privada no pasó por el "TAMIZ DEL PERITAZGO" (sic)

ni se sometió "siquiera a la percepción directa del Juzgado". No se verificó por expertos en sistemas, dentro de una inspección judicial con el lleno de las exigencias normativas y acorde con las circunstancias que predica de los hechos, que el censor vuelve a referir, replanteando parte de las consideraciones expuestas en el cargo anterior.

Tampoco se ratificó como un testimonio, según establece el artículo 292 del Código de Procedimiento Penal, incurriéndose, de acuerdo con lo que menciona el Casacionista, en un "error de derecho protuberante", que le lleva a solicitar a la Sala que "case la sentencia y convirtiéndose en Tribunal de instancia, se absuelva al procesado".

3° El tercer cargo hace relación a un error de hecho, que se entiende como falso juicio de existencia, al omitir el ad quem la valoración del dictamen del Instituto de Medicina Legal, que permitía inferir la imposibilidad de determinar quien introdujo el talonario falso al computador, lo cual originó indirectamente la aplicación indebida de los artículos 221 y 356 del Código Penal.

Anota el censor que resultaba indispensable analizar la experticia oficial para decidir la responsabilidad de su defendido, de acuerdo con el artículo 247 del Código de Procedimiento Penal, porque en ella se estableció genéricamente que el macrocomputador trabajaba con los programas "log financiero" y "log administrativo" y en el último fue registrado "el resultado de la función ... de apertura de tarjetas, bloqueo de cuentas, cambio de talonarios".

Entonces, según la técnica de dicho equipo, para establecer el código y la clave de acceso individual, los peritos tenían la estricta necesidad de analizar todas las cintas o todas las copias del "log" administrativo" producidas el 1° de Diciembre de 1990 y como quiera que dichos elementos no fueron consultados y evaluados por los peritos, la peritación quedó trunca. De ahí deduce el impugnante adicional razón para desconocer credibilidad a la investigación privada realizada por la corporación de ahorro.

Sin embargo, expresa que así se hubiere efectuado todo lo omitido para atender debidamente la peritación, tampoco se establecería la responsabilidad del empleado, al ser necesario que el reloj digital de la macrocomputadora coincidiese exactamente en la hora con el de las oficinas de la sucursal de Colmena, para poder concluir, posteriormente, que quien estuvo en el momento reportado por el sistema fue el verdadero autor del delito; pero ésto tampoco se dio, además de no probarse el funcionamiento de un reloj de control de la entrada de empleados sincronizado con el del computador.

El censor concluye de que al no existir prueba directa para establecer a plenitud la responsabilidad de Luis Enrique Arce Fonseca, debe casarse la sentencia y absolverlo de todo cargo.

CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

1° En cuanto a las argumentaciones sobre nulidad, por violación del debido proceso y del derecho de defensa, sostiene el Procurador Primero Delegado en lo Penal que son infundadas, por las siguientes razones:

Aunque la notificación del cierre de investigación es personal (art. 438 del C. de P. P.), puede efectuarse por estado frente a los procesados que no se encuentren detenidos (art. 190 ib.) y como Luis Enrique Arce Fonseca no lo estaba, fue citado, por medio de dos telegramas, con el fin de notificarle el auto de fecha 3 de mayo de 1993; se presentó el 20 de mayo siguiente, cuando ya se había notificado en estado del 5 de mayo.

Tampoco era necesaria la notificación personal de la providencia acusatoria del 17 de junio de 1993 al procesado ni a su defensor, porque el primigenio artículo 440 del Decreto 2700 de 1991, entonces vigente, disponía: "La resolución calificatoria se notificará personalmente, cuando sea posible"; el enteramiento se hizo por estado.

Además, señala el Procurador Delegado que operó convalidación por la parte que habría resultado afectada con la hipotética irregularidad, pues después de la resolución de acusación el defensor de dicho procesado solicitó copias de toda la actuación y pidió la práctica de pruebas, las cuales fueron ordenadas. Ese profesional "fue sustituido por una defensora que también intervino activamente en el juicio y asistió y presentó los correspondientes alegatos en la audiencia pública" (fl. 22 cd. Corte).

Agrega que el cierre de la investigación y la resolución de acusación sí adquirieron ejecutoria y, por tanto, la incompetencia alegada resulta inexistente.

Tampoco tiene razón el recurrente en cuanto a la no práctica de pruebas "trascendentales para descubrir la verdad", porque sí fueron ordenadas y practicadas, en su mayoría.

Aunque la inspección judicial al macrocomputador no se llevó a cabo por imposibilidad física, de todas maneras se efectuó sobre el equipo "central de Colmena", sin que esto impidiera responder el cuestionario formulado por la defensa, según los expertos.

La fecha y la hora de un computador se mantiene a pesar de estar apagado, porque "el integrado generador de tiempo real está conectado a un circuito en paralelo", lo cual garantiza que el reloj y la fecha siempre estén en funcionamiento. Por consiguiente, dar credibilidad a la investigación interna de Colmena "sobre la hora de las 9 h. 28 m. 27 s., en que se introdujo al macrocomputador el dato del talonario falsificado, no contradice la realidad de los hechos, ni el principio de la sana crítica, pues a tal conclusión arribó el juzgador luego del análisis conjunto del acervo probatorio" (fl. 24 ib.).

Aunque no fue posible ampliar los testimonios de Ricardo Castillo y María Flórez Armelia, a pesar de las citaciones efectuadas, estima el representante de la sociedad con apoyo en varios pronunciamientos de esta Sala, que tal falta no resulta trascendente, pues sus versiones no llegarían a afectar la solidez del fallo ni a modificar la situación del acusado en cuyo nombre se recurre. Tampoco encuentra pertinente lo referido a la práctica de la inspección judicial en las instalaciones de la entidad crediticia.

Encuentra así el Ministerio Público que "las nulidades propuestas resultan inadmisibles", denotando adicionalmente que en buena parte de su demostración "el actor incurre en desaciertos técnicos, pues refiriéndose a nulidades... expone argumentos propios de errores *in iudicando* que en casación se alegan a través de la causal primera" (f. 27 ib.).

2° Reitera el Procurador Delegado que copia de la investigación realizada por Colmena fue allegada al proceso por orden del funcionario instructor, y desde la fase preliminar pudo ser conocida, apreciada y controvertida. En la etapa del juicio, se pidió a la corporación financiera el envío de otras pruebas, por iniciativa del defensor de Arce Fonseca, "sobre las cuales se hizo referencia en la contestación a los cargos por invalidez". Bajo tales consideraciones, concluye que esta censura tampoco puede prosperar.

3° En lo concerniente al tercer cargo, el Ministerio Público dice que los juzgadores no consideraron expresamente la peritación oficial, pero "indirectamente y en parte sí", ya que el *a quo*, cuyo fallo constituye unidad con el de segundo grado que lo confirma, señaló que gracias a la fuente energética utilizada, el reloj no se detiene así se apague o desconecte el computador y quedó registrado que el 1° de diciembre de 1990 "a las 9:28:27 de la mañana" fue activado el sistema, hora en la cual se hallaban Luis Enrique Arce Fonseca y Jaime Vicente Reyes Saza en la oficina, quienes al unir sus claves pudieron activar el programa C-12.

De otra parte, la autoría de los delitos imputados fue demostrada por varios medios, como lo señaló el Tribunal. La condena se basó en el análisis de las pruebas en particular y en conjunto y su interrelación lógica. Por ello no basta la censura aislada, sino que es necesario desvirtuar todo el raciocinio que surge de la valoración integral, máxime al estar superada la concepción de la tarifa probatoria.

De igual forma conceptúa que este cargo más bien constituye un reproche a la valoración probatoria efectuada por los falladores, que el intento de demostración de un error de hecho, el cual sólo se da cuando el funcionario judicial ostensiblemente se aparta en la apreciación de la prueba del principio de la sana crítica (experiencia, lógica, técnica y sentido común), lo cual aquí no sucedió.

El Procurador Delegado concluye que el cargo debe ser desestimado y solicita que la sentencia no sea casada.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

La demanda será examinada en el mismo orden planteado por el recurrente, por no existir motivo para cambiar su secuencia.

Primer Cargo: El recurrente se esfuerza en encontrar anomalías en las notificaciones de las resoluciones de cierre de investigación y de acusación al sindicado Luis Enrique Arce Fonseca o a su defensor, basado en una interpretación literal y aislada de algunos preceptos del Código de Procedimiento Penal; sin embargo, de conformidad con una interpretación sistemática de la normatividad pertinente, no encuentra la Sala que se hayan presentado tales irregularidades, según se precisa a continuación.

Debe partirse de la legislación vigente al momento de la realización de los respectivos actos procesales, antes de la Ley 81 que comenzó a regir el 2 de noviembre de 1993, pues tales providencias fueron dictadas el 3 de mayo y el 17 de junio de 1993 y notificadas poco tiempo después. El inicial artículo 438 del Decreto 2700 de 1991 no establecía obligatoriamente la notificación personal del cierre de la investigación al procesado no privado de la libertad ni a su defensor, por lo cual debía acudirse al originario artículo 190, que instituía:

"La notificación por estado se hará en la forma prevista en el Código de Procedimiento Civil, cuando no se hubiere podido hacer la notificación personal, habiéndose intentado".

Al respecto, debe observarse que tal artículo 190 no imponía que todas las notificaciones tuvieren que hacerse de manera personal, pues si así fuere, sobrarían las normas del estatuto procesal penal que en relación concreta con algunas providencias, como en vigencia de la Ley 81 de 1993 la que ordena el cierre de la investigación y la resolución de acusación, el auto admisorio de las demandas de casación y revisión (art. 245 C. de P. P.) y la admisión de la acusación por el Senado (art. 479 ib.), al igual que para algunos sujetos procesales (art. 188 ib.), disponen notificación personal. Si la regla general fuere ésta, el legislador no la habría estado reiterando para casos específicos.

Partiendo de esta anotación, hay que entender que el artículo 25 de la citada Ley 81 da alcance a las providencias que por mandato legal expreso deben ser notificadas personalmente, y no a aquéllas que admiten diferente forma de notificación. Así se desprende con claridad de la primera parte de su texto, "cuando no fuere posible la notificación personal", que presupone que la ley lo ha ordenado pero, no obstante, no se ha posibilitado ese enteramiento personal. En estos casos y sólo en ellos, es cuando se impone la obligación de realizar "la diligencia de citación mediante telegra-

ma dirigido a la dirección que aparezca registrada en el expediente". Mas cuando se trata de providencias que por ley no es necesaria la notificación personal, no existe obligación alguna de citar previamente y el proveído quedará bien notificado por medio del estado.

De esta manera, en vigencia del artículo 190 del Decreto 2700 de 1991, cuando la providencia debía notificarse personalmente había que intentar ésta y, si no era posible, se surtía por estado; pero cuando la ley no ordenaba la notificación personal, se efectuaba por estado sin intentarla previamente.

En este asunto concreto, cuando fue cerrada la investigación la preceptiva procesal no disponía notificación personal de esa providencia al sindicado no privado de la libertad ni a su defensor, ni era necesario tratar de lograrla de esa manera, sino notificarles por estado. Entonces, la Secretaría de la Fiscalía no incurrió en irregularidad al no enviar telegrama al defensor del procesado para que compareciera a notificarse personalmente,

Lo anterior significa que tal resolución adquirió ejecutoria material y correctamente se corrió el traslado para que las partes presentaran las alegaciones respectivas antes de ser calificado el mérito del sumario.

En cuanto a la falta de notificación personal de la resolución de acusación al sindicado y a su defensor, se observa que el artículo 440 del Decreto 2700 de 1991 determinaba que "la resolución calificatoria se notificará personalmente, cuando sea posible" y, en efecto, fueron librados telegramas en donde se les indicaba que acudieran a la Secretaría con ese fin, pues se había proferido resolución de acusación.

La Fiscalía dio así aplicación armónica a lo dispuesto en los artículos 190 y 440 del Decreto 2700 de 1991, porque intentó la notificación personal del procesado y su representante judicial, pero éstos no concurrieron y hubo de notificarse por estado.

Como la notificación se realizó de conformidad con los preceptos legales entonces vigentes, no se incurrió en la irregularidad que señala el recurrente, que de haber existido y como bien explica el señor Procurador Delegado, de suyo quedaría convalidada con la actuación subsiguiente, sin que tampoco tenga cabida, en lo más mínimo, el reproche de falta de competencia.

Otra censura que formula el Casacionista, en el mismo ámbito y de manera abigarrada, hace relación a la pretendida falta de defensa técnica durante el sumario. Pero no indica, con la claridad y precisión debidas, de qué manera una estrategia defensiva con más exteriorizada participación que la asumida por el defensor, que el propio sindicado designó, habría conducido a la absolución, o le haría acreedor a algún factor de disminución punitiva o, de alguna otra manera, redundaría en una situación me-

nos gravosa a favor de su asistido; o qué otros recursos han podido ser interpuestos y con qué fundamento; o cuál supuesto quebrantamiento al debido proceso pudo haberse evitado. Así lo ha reiterado esta corporación (agosto 11/98, rad. 13.029, M. P. doctor Ricardo Calvete Rangel):

"Para el tema concreto planteado, esto es, la presunta violación del derecho a la defensa, no es suficiente extrañar que el defensor no hubiera pedido pruebas, o que no hubiera interpuesto recursos, o que no se hubiera notificado personalmente de las decisiones. Es necesario que se demuestre que con esa actitud se dejaron de allegar elementos de juicio fundamentales para la decisión, o que no obstante ser evidente que los intereses del procesado se lesionaron no hubo una oportuna impugnación.

... es precisamente la ley procesal la que autoriza las notificaciones por estado... ¿Acaso ante la claridad de lo sucedido era viable demostrar la no responsabilidad? ¿O se podía esperar una pena más benigna...?

... hubiera sido interesante conocer qué fue lo que no hizo el defensor que afectó de manera tan grave, como para llevar a la nulidad, la garantía de la defensa técnica.

...

La actitud pasiva del defensor no es en sí misma indicativa de ninguna irregularidad, pues como lo ha reiterado la jurisprudencia, hay casos, y éste podía ser uno de ellos, en donde la mejor defensa es dejar que el Estado asuma toda la carga de la prueba ante la evidencia de que las que se pidan perjudican al acusado; o en donde no conviene recurrir dado el acierto indiscutible o la generosidad del fallador. Esos pueden ser también méritos de una buena defensa, y demostración de un comportamiento ético y serio de un abogado..."

La última censura que formula el demandante dentro de la causal tercera de casación, consiste en no haber sido allegadas ciertas pruebas que considera "trascendentales para descubrir la verdad". En la demostración de tal trascendencia se aleja de la técnica que gobierna el recurso extraordinario, porque está señalando yerros *in procedendo* y a la vez expone argumentos relacionados con errores *in iudicando*, que corresponden a la causal primera de casación.

Es decir, realiza una combinación indebida de consideraciones propias de diferentes causales, al proponer la existencia de una nulidad y simultáneamente ingresar a la sustentación de posibles errores de hecho o de derecho, en lo que podría entenderse como falsos juicios de identidad o de convicción en la apreciación de las pruebas (yerros *in iudicando*), para destacar las contradicciones entre algunos deponentes o restarles la credibilidad que les reconocieron los juzgadores de instancia, o el grado de convicción al cual se llegó después de analizar de manera integral ciertos medios probatorios.

Tales inconsistencias en el desarrollo de la censura llevan a su falta de prosperidad, máxime que después el libelista formula otros cargos subsidiarios por errores *in iudicando*, en los cuales repite los fundamentos antes mencionados, pero ya al amparo de la causal primera. A ello se une que el demandante no logra demostrar la transcendencia de las pruebas que aduce como omitidas.

Así, se observa que el cajero nocturno de la sucursal de Colmena Ricardo Castillo y la gerente María Lucía Flórez Amelia no estaban presentes cuando fue habilitado el talonario espurio, de acuerdo con la hora indicada por la macrocomputadora y lo reconocido por los sindicados Luis Enrique Arce Fonseca y Jaime Vicente Reyes Saza en las indagatorias. De ahí que tales personas no puedan ampliar la declaración o la denuncia y atestar sobre esa fase inicial de los hechos, al no haberla percibido directamente y, por el contrario, sólo haberse enterado con posterioridad.

En cuanto a la inspección judicial no efectuada porque la macrocomputadora había sido sustituida, a primera vista se aprecia que ello no puede llevar a la nulidad invocada, ya que la invalidación tendría como finalidad la realización de esa diligencia y ante su imposibilidad material, no es procedente anular parcialmente la actuación con un objetivo que de antemano se sabe no será alcanzado.

Además, la inspección judicial, solicitada y decretada, perseguía corroborar en qué parte del local se hallaba la terminal y lo importante no era que el Juez inspeccionara la máquina, sino el dictamen de los expertos sobre los sistemas, módulos y archivos con los que funcionaba al momento de los hechos, el cual fue rendido por los técnicos del Instituto Nacional de Medicina Legal, quienes indicaron que los cuestionarios podían ser respondidos con base en los programas del nuevo aparato.

La defensa solicitó que se llevaran a cabo las pruebas mencionadas, las cuales fueron ordenadas por el Juzgado, pero no pudieron efectuarse por diversos motivos, como la no comparecencia de dichas personas, a pesar de las citaciones. Sin embargo, no basta su no realización para invalidar la actuación, es indispensable que sean trascendentes, en el sentido de variar ostensiblemente la situación jurídica del sindicado, hasta el punto de proporcionar al juzgador una visión distinta de su responsabilidad, lo que no acontece en el asunto examinado, como quedó indicado en precedencia.

Por las razones anteriormente anotadas, ninguno de los reproches formulados al amparo de la casual tercera impone casación.

Segundo Cargo: El censor señala que la sentencia condenatoria se basó en las averiguaciones privadas realizadas por Colmena, que no pueden ser tenidas como prueba al no reunir los requisitos exigidos por las normas procesales.

Deja de lado el recurrente el informe oficial, que fue rendido bajo juramento, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 336 del Decreto 050 de 1987, vigente en ese tiempo, y que el "informe técnico", como lo denomina el impugnante, fue allegado al expediente primariamente por orden del instructor, de acuerdo con las amplias facultades otorgadas en el artículo 345 ibídem sobre el recaudo del material probatorio.

La entidad financiera realizó una averiguación por su cuenta, como es natural y válido que lo hiciera, ante todo para esclarecer qué había pasado y si se debía simplemente a algún error, o a un acto humano que conllevara la comunicación a las autoridades judiciales, sin perjuicio de establecer internamente la eventual responsabilidad laboral de algún o algunos empleados, lo cual es conducente desde el punto de vista de la legislación que regula las relaciones entre el empleador y sus trabajadores y expresamente lo permiten, con mayor alcance, los artículos 54 y 55 del Decreto 1355 de 1970, donde además se estatuye que la investigación privada "puede encaminarse a coadyuvar al descubrimiento de hechos relativos a infracciones penales siempre que no interfiera la función judicial" y que "los resultados de las pesquisas podrán ofrecerse al juez correspondiente", que es a quien compete apreciar razonadamente su mérito, en cabal desarrollo de los principios generales de la prueba. Copia de tal averiguación interna fue incorporada al proceso, una parte en forma oficiosa y otra precisamente por petición del defensor de Luis Enrique Arce Fonseca, en la etapa del juicio.

Dentro de ese informe se menciona lo relacionado con la hora en que se incluyó la numeración del talonario apócrifo en el sistema; el demandante busca que no sea tenido en cuenta porque no fue ratificado bajo juramento, pero olvida que sobre ese tópico el Juzgado de Instrucción Criminal recibió declaración a Edgar Gutiérrez Herrera, Jefe de la Unidad de Investigaciones de Colmena y, previo juramento, el investigador del C. T. I. señala la secuencia de las indagaciones, durante las cuales se recopilaron los recibos de los 19 retiros y el listado de novedades, haciendo mención al apoyo que el Departamento de Informática de la institución financiera prestó para establecer cuándo y dónde fue habilitado el talonario espurio.

Se constata de esta forma que no se presentó anomalía alguna en su aducción, resultando superfluo referirse a los otros argumentos del recurrente tendientes a demostrar la trascendencia de un falso juicio de legalidad inexistente, en procura de lo cual transcribió dos renglones de un párrafo de la sentencia del Tribunal con el fin de dar a entender que "dicho material de pruebas se condensa en el Informe de la Unidad Investigativa del Cuerpo Técnico", aparentemente como único medio de convicción que fuera base del fallo, cuando al acometer la motivación el *ad quem* enumeró muchas otras probanzas, que posteriormente analizó de manera integral,

para concluir que el cajero nocturno Arce Fonseca también es responsable de los delitos investigados.

Por dichas razones este reproche tampoco prospera.

Tercer Cargo: A pesar de que el demandante sostiene que el dictamen del Instituto Nacional de Medicina Legal fue ignorado por los falladores, en la sentencia del Juzgado 54 Penal del Circuito de Bogotá, que constituye unidad inescindible con el fallo de segunda instancia que la confirma, se dice:

"Hay que tener en cuenta también que la hora y fecha que contiene el sistema en la macrocomputadora no se detiene en ningún momento, así se apague y desconecte éste, esto en razón a que una vez desconectado el aparato sigue funcionando con una batería interna, por lo que registra la hora y fecha del reinicio de operaciones, razón por la cual en el momento en que fue activado el sistema el 1° de diciembre de 1990 a las 9: 28: 27 de la mañana, esta quedó registrada, y como se sabe a esta hora en la oficina se hallaban Luis Arce y Jaime Reyes, personas que al unir sus claves pudieron activar el sistema C-12".

Allí se indican las razones por las cuales el aparato registra la fecha y la hora exacta en que se realizó el ingreso y fue habilitado el talonario apócrifo.

En desarrollo del cargo, el libelista señala que así se hubiera practicado cabalmente esa peritación, tampoco se podría establecer la responsabilidad de su representado, al ser necesario que el reloj de la computadora coincidiera con el reloj de la sucursal. Se observa que la ausencia de tal demostración no incide en la prueba recaudada, porque por otros medios, como fueron los testimonios de quienes acudieron a laborar esa mañana y aun las indagatorias de los dos sindicados, se estableció que ellos eran las únicas personas que a dicha hora estaban en esa oficina, además de poseer cada uno clave de acceso a los programas.

Contradictoriamente, el impugnante sostiene primero que "el H. TRIBUNAL JUDICIAL DE BOGOTA, NO TUVO EN CUENTA EL EXPERTICIO (sic) DE MEDICINA LEGAL y en consecuencia era imposible establecer CON CERTEZA, de conformidad al art. 247 del C. P. P., que Enrique Arce Fonseca haya sido el autor de haber comenzado el desfalco, introduciendo a la hora precisa el talonario falso", y posteriormente que su valor probatorio fue desvirtuado "debido a que dicho computador central fue trasladado" a otro edificio.

Resulta ilógico pretender que ahora se aprecie un dictamen que ha reputado como carente de valor probatorio; no es posible que algo que no sirve, al sentir del mismo censor, tenga la cualidad de demostrar la inocencia del sindicado. Además el impugnante, después de desarrollar el cargo de falso juicio de existencia por omisión del Tribunal, procede a pre-

sentar argumentos tendientes a restarle fuerza de convicción al peritaje, planteamiento así mismo contradictorio.

Se equivoca también el Casacionista al decir que la macromputadora estaba en la oficina de Colmena de la carrera 9ª con calle 72, porque en ese lugar había una terminal que el día de los hechos fue puesta en funcionamiento y desde allí se efectuó la habilitación del talonario espurio, la cual fue realizada y registrada por la unidad central de computación, ubicada en la calle 60 N° 10-60, según las declaraciones recaudadas y la experticia, aparato que años después fue cambiado por otro.

Adicionalmente, la remodelación de la sucursal y no contar con los empleados de la época de los hechos, impidieron la realización de la inspección judicial solicitada por una de las partes, pero no la peritación de los expertos en métodos y sistemas del Instituto Nacional de Medicina Legal, como se indicó en aparte anterior.

De otra parte, el demandante abandona el reproche de falso juicio de existencia por omisión, para atacar la credibilidad de algunos testimonios e imponer su particular punto de vista sobre la valoración efectuada por los juzgadores, lo cual no tiene cabida en casación, porque debe demostrar yerros cometidos por los falladores en su apreciación, ya sea por errores de hecho o de derecho.

Al no encontrar tales errores opta por el camino equivocado, para pretender derrumbar los restantes medios de convicción sobre los cuales fue edificada la sentencia condenatoria, que viene respaldada por la doble presunción de acierto y legalidad y no se encuentra basada en una sola prueba sino en la integrada totalidad del acervo probatorio, como lo señaló el Tribunal:

"*Dicho material de prueba se condensa en el informe de la Unidad Investigativa del Cuerpo Técnico de Investigaciones (fls. 9 ss.), la declaración rendida por el funcionario investigador de Colmena, Edgar Gutiérrez Herrera (fls. 17 ss. y 60 ss.). la investigación interna llevada a cabo por la Corporación (fls. 22 ss.), la declaración rendida por la informadora-Secretaria de la entidad afectada María Alexandra Quijano Gómez (fls. 143 ss. y 604 ss.), el informe rendido por la empresa "Litosocial" que imprime los talonarios de ahorros para Colmena, donde ratificó no haber imprimido el talonario utilizado en los 19 retiros (fls. 158-159), la declaración del empleado de dicha litografía Fabio Sanabria Vanegas quien reitera sobre la anterior afirmación (fl. 164), testimonio de los cajeros de las servicajas 'Chico', 'Terminal de Transportes' y 'Nisa' Jorge Orlando Borja Leal (fls. 190), Hernando Ramírez Rincón (fls. 193-194), Jorge Reyes Peñuela (fls. 196.197) y Darío Camacho Vergara (fls. 201 ss.) donde se efectuaron algunos de los retiros; declaración del señor Policarpo Delgado de cuya cuenta de ahorros se retiraron en total $10'195.000 (fls. 231 ss), así como de la*

declaración de Diana Isabel Castro, promotora de tarjetas en la referida sucursal de la Calle 72 (fls. 613 ss.)."

El censor no logró demostrar el falso juicio de existencia por omisión alegado, pues la peritación sí fue tenida en cuenta en la sentencia condenatoria; ni derrumbó las otras pruebas, atacadas sin la técnica exigida por el recurso extraordinario, quedando incólumes la totalidad de las pruebas documental, indiciaria y pericial sobre las cuales se basó el fallo condenatorio, como el dictamen mencionado, en donde además se indica que "el listado de archivos log que suministró la Corporación Colmena al juzgado determinan los usuarios que accesaron el sistema a nivel nacional en tiempo real, es decir, al mismo tiempo que cometieron los hechos".

Las razones expuestas llevan a la conclusión de que tampoco puede prosperar este cargo.

Al margen de lo anterior, cabe mencionar que la condena está caracterizada por la lenidad al tasar el Juez la pena, pues impuso dos años de prisión por una estafa agravada y 19 falsedades en documento privado, levedad que también se puso de presente al establecer el exiguo monto de las cauciones impuestas a los sindicados.

En mérito de lo expuesto y de acuerdo con el concepto del Procurador Primero Delegado en lo Penal, 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 condenatoria objeto de impugnación.

Cópiese, comuníquese y devuélvase al Tribunal de origen.

Cúmplase.

Jorge Enrique Córdoba Poveda, Fernando Arboleda Ripoll, Ricardo Calvete Rangel, Carlos Augusto Gálvez Argote, Jorge Aníbal Gómez Gallego, Edgar Lombana Trujillo, Carlos E. Mejía Escobar, Didimo Páez Velandia, no firmó; *Nilson Pinilla Pinilla*.

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

REPOSICION

El estudio de la viabilidad del recurso de reposición exige además de su procedencia, interés y oportunidad, la sustentación, esto es, la exposición de las razones por las cuales la providencia se estima debe ser revocada, reformada, aclarada o adicionada.

Cuando la inconformidad manifestada en el escrito de sustentación no endilga a la providencia recurrida ningún tipo de error que deba ser corregido mediante la providencia que resuelva la impugnación, aquellos argumentos no pueden ser considerados como el cumplimiento de la motivación exigida por el art. 200 del C.P.P, modificado por el art. 28 de la Ley 81 de 1994 y el art. 1 del Decreto 2282 de 1989 que reformó el art. 348 del C.P.C.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Santa Fe de Bogotá, D.C., nueve (9) de diciembre de mil novecientos noventa y ocho (1998).

Magistrado Ponente: Dr. *Ricardo Calvete Rangel*

Proceso No. 14013

Aprobado Acta No. 190

VISTOS

Se pronuncia la Sala sobre el recurso interpuesto por el procesado Ramón David Sánchez Vega contra el auto del 4 de noviembre último, por medio del cual le fue negada la libertad provisional.

CONSIDERACIONES

La libertad provisional no fue concedida al ser considerada equivocada la pretensión del sindicado de querer su obtención cuando no había purgado las dos terceras partes de la pena impuesta en la sentencia de instancia, razón que relevó a la Sala de considerar el presupuesto subjetivo, ya que no se cumplía para ello siquiera el de naturaleza objetiva.

Contra la decisión referida en el párrafo anterior interpuso recurso de reposición el procesado, queriendo sustentar el mismo con los siguientes argumentos: con base en los principios de tener que fundarse toda decisión en pruebas legal y oportunamente allegadas al proceso y la necesidad

de encontrar la certeza en la prueba, se ocupa en sus alegaciones en sostener su inocencia, afirmando que fue condenado sin obrar prueba para ello y existiendo en el proceso un sinnúmero de irregularidades que no han sido tenidas en cuenta, como ocurrió en la diligencia de reconocimiento en fila de personas. Con base en estos motivos pide la "reposición" de la providencia.

El estudio de la viabilidad del recurso de reposición exige además de su procedencia, interés y oportunidad, la sustentación, esto es, la exposición de las razones por las cuales la providencia se estima debe ser revocada, reformada, aclarada o adicionada.

Cuando la inconformidad manifestada en el escrito de sustentación no endilga a la providencia recurrida ningún tipo de error que deba ser corregido mediante la providencia que resuelva la impugnación, aquellos argumentos no pueden ser considerados como el cumplimiento de la motivación exigida por el art. 200 del C.P.P, modificado por el art. 28 de la Ley 81 de 1994 y el art. 1 del Decreto 2282 de 1989 que reformó el art. 348 del C.P.C.

En el caso concreto, el procesado interpuso el recurso en tiempo, pero en lugar de sustentarlo como era debido, es decir, haciendo referencia a aspectos tratados en la providencia recurrida que le resultaran adversos a sus intereses, procedió a plantear su inocencia, a enrostrar errores de valoración jurídica y probatoria al fallador en el análisis de inculpación, resultando de bulto que tal razonamiento no tiene relación alguna con lo decidido en el auto impugnado.

El procesado se limitó a formular el recurso incumpliendo el deber procesal de sustentarlo, omisión que lleva a declarar desierta la reposición.

De otra parte, hay que señalar que la Sala no puede pronunciarse respecto a la inocencia o responsabilidad del sindicado porque ello corresponde a temas propios que deben examinarse en el recurso de casación y no mediante una providencia como ésta que Resuelve: la reposición de la que denegó la libertad provisional.

RESUELVE:

Declarar desierto el recurso de reposición interpuesto por el procesado Ramón David Sánchez Vega.

Notifíquese y cúmplase.

Jorge Enrique Córdoba Poveda, Fernando Arboleda Ripoll, Ricardo Calvete Rangel, Carlos Augusto Gálvez Argote, Jorge Aníbal Gómez Gallego, Edgar Lombana Trujillo, Carlos E. Mejía Escobar, Didimo Páez Velandia, Nilson Pinilla Pinilla.

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

LIBERTAD PREPARATORIA

En lo atinente al reconocimiento de la gestión realizada en libertad preparatoria, adviértase cómo el Código Penitenciario y Carcelario al regular la figura de la redención de pena por trabajo, estudio y enseñanza, se refiere a estas actividades, pero desarrolladas al interior de las cárceles, como se desprende de la preceptiva del artículo 80 de la Ley 65 de 1993, principio que se reitera en el inciso segundo de la misma disposición y en los artículos 81 y 82 ibidem, que permiten el descuento punitivo cuando dichas labores se estén "llevando a cabo en los centros de reclusión" por considerarlas inherentes al fin resocializador de la pena privativa de la libertad, de tal manera que frente al caso propuesto por la condenada, por no existir mecanismos de control y evaluación del trabajo extramural, improcedente resulta su reconocimiento.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Santa Fe de Bogotá, D.C., nueve (9) de diciembre de mil novecientos noventa y ocho (1998).

Magistrado Ponente: Dr. *Edgar Lombana Trujillo*

Proceso No. 9617

Aprobado Acta No. 190

VISTOS

Se pronuncia la Sala sobre la petición de libertad elevada por la procesada Regina Betancourt de Liska.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. La Procesada Regina Betancourt de Liska en escrito que presenta ante esta Corporación solicita la "libertad definitiva" por considerar que a la fecha ha cumplido con la totalidad de la pena impuesta, pues de acuerdo a los cálculos señalados en la última providencia de 41 meses 14 días, más los 6 meses que han transcurrido desde esa fecha y los abonos correspondientes al trabajo realizado en libertad preparatoria, sumado a la excelente conducta observada, la ubican en condiciones de alcanzar la libertad por pena cumplida.

A la solicitud adjunta las tarjetas de control de asistencia a la empresa " Relikassa Ltda.. " en el período comprendido entre mayo 21 a noviembre 15 de 1998 (fls. 67 a 72) certificación suscrita por la representante legal en la que consta su buena conducta, cumplimiento de la función y las horas trabajadas(fl. 65), fotocopia en la que se certifica el beneficio administrativo que disfruta la procesada y el horario de salida y retorno al centro de reclusión (fl. 66), fotocopia del contrato individual de trabajo a término indefinido suscrito por la Corporación de Servicios Comunitarios e Inversiones Relikassa Ltda.. y la procesada.

2. Mediante sentencia de noviembre 28 de 1996, esta Sala condenó a la señora Regina Betancourt De Liska a purgar la pena principal de 48 meses de prisión, como autora de los delitos de concusión cometidos en concurso homogéneo y sucesivo.

La procesada ha permanecido dos lapsos en detención efectiva, el primero de 4 meses 3 días contados desde el 19 de mayo hasta el 22 de septiembre de 1995 y el segundo desde el 12 de diciembre del mismo año hasta la fecha, es decir que a hoy lleva en dicha situación 40 meses, más 5 meses 4 días, reconocidos en autos de noviembre 25, diciembre 16 de 1997 y agosto 19 de 1998 (fls. 247, 277 cdno. 4 y fl. 44 cdno. 5), como redención de pena por estudio realizado en prisión.

Ahora, con el nuevo certificado acredita 192 horas de estudio, las que de conformidad con el artículo 97 de la Ley 65 de 1993, le representa una rebaja de 16 días, para un total de 45 meses 20 días, tiempo que resulta inferior a los 48 meses de prisión que corresponden a la totalidad de la pena impuesta.

En lo atinente al reconocimiento de la gestión realizada en libertad preparatoria, adviértase como el Código Penitenciario y Carcelario al regular la figura de la redención de pena por trabajo, estudio y enseñanza, se refiere a estas actividades, pero desarrolladas al interior de las cárceles, como se desprende de la preceptiva del artículo 80 de la Ley 65 de 1993, principio que se reitera en el inciso segundo de la misma disposición y en los artículos 81 y 82 *ibídem*, que permiten el descuento punitivo cuando dichas labores se estén " llevando a cabo en los centros de reclusión " por considerarlas inherentes al fin resocializador de la pena privativa de la libertad, de tal manera que frente al caso propuesto por la condenada, por no existir mecanismos de control y evaluación del trabajo extramural, improcedente resulta su reconocimiento.

Además de lo anterior, encuentra la Sala que el disfrute del beneficio administrativo presenta confusión en sus fechas, toda vez que se advierte en la certificación expedida por el Comandante de Servicio de la Casa Especial "Las Villas" calendada el 23 de noviembre del año en curso, que la señora Regina Betancourt De Liska gozó del beneficio del 21 de mayo de 1998 hasta el día 18 de junio del mismo año (fl. 66 cdno. 5), fechas que al

ser confrontadas con la documentación que en fotocopia aportó la condenada no coinciden, pues como se aprecia la solicitante acredita trabajo como asesora hasta el 15 de noviembre del presente año. En consecuencia, por la Secretaría de la Sala se establecerá de manera concreta la fecha en que se le concedió la libertad preparatoria y los actos administrativos que la soportan.

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

RESUELVE:

NEGAR la libertad por pena cumplida solicitada por Regina Betancourt De Liska.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Jorge Enrique Córdoba Poveda, Fernando Arboleda Ripoll, Ricardo Calvete Rangel, Carlos Augusto Gálvez Argote, Jorge Aníbal Gómez Gallego, Edgar Lombana Trujillo, Carlos E. Mejía Escobar, Didimo Páez Velandia, Nilson Pinilla Pinilla.

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

DICTAMEN PERICIAL

De conformidad con lo dispuesto por los artículos 270 y siguientes del Código de Procedimiento Penal, el dictamen pericial puede ser objetado por los sujetos procesales, "hasta antes de que finalice la audiencia pública", y, en el escrito de objeción, es indispensable precisar el error de que adolece y solicitar las pruebas para demostrarlo.

Cumplidos estos dos presupuestos, del escrito de objeción debe correrse traslado a los demás sujetos procesales, por el término de tres días a fin de que puedan pedir pruebas.

Significa lo anterior, que no basta la simple manifestación de objetar por error una determinada prueba pericial, para que el funcionario proceda a disponer el trámite incidental establecido para esa eventualidad, sino que es necesario "precisar el error, entendido éste, en términos generales, como el conocimiento equivocado de una cosa y que, en el campo de la prueba técnica, se traduciría en el falso concepto que se tenga sobre el objeto o los fenómenos científicos, técnicos o artísticos materia de la pericia" (cfr. auto única instancia, junio 9/98, M.P. Dr. Gálvez Argote), de suerte que de no haberse cometido, las conclusiones del perito habrían sido totalmente distintas.

Precisar el error, en los términos en que la legislación procesal lo exige, no es oponerse sin más a las conclusiones de la pericia cuando éstas resultan desfavorables a los intereses de determinado sujeto procesal, a fin de que no sean tenidas en cuenta por el juzgador, sino indicar de manera nítida, en qué consistió el yerro, en qué parte del dictamen se presentó, y de qué manera dio lugar a variar las conclusiones.

Si de lo que se trata es de indicar que el dictamen estuvo bien elaborado de acuerdo con los fundamentos científicos, técnicos o artísticos que del perito se exigen, y que sus conclusiones coinciden con el objeto de la pericia que le fue puesto a disposición, sólo que otras serían las conclusiones de haberse ampliado o restringido su objeto, en estos casos no es la objeción el mecanismo llamado a ser utilizado, pues en tales hipótesis, al no haber incurrido el perito en ninguna clase de

desacierto, el instrumento adecuado para su controversia es la adición o aclaración hacia los temas, puntos u objeto no contemplados en el dictamen.

Si el sujeto procesal se ocupa de referir supuestos desaciertos del dictamen sin concreción alguna, o los que indica no son de entidad tal que de mantenerse las conclusiones resulten inmodificables, es de entenderse que la pretensión se orienta por desconocer los resultados de la pericia en cuanto no le benefician, no de hacer manifiesto algún yerro en que pudo haber incurrido el experto.

En tal medida, y cuando ello es lo que se observa, el Juez no está obligado a tramitar el incidente de objeción que en esas condiciones se propone, pues de hacerlo, no solamente dejaría en manos de los sujetos procesales la dirección de la actuación que es de exclusiva competencia del funcionario (art. 37-1 C. de P. C.), sino que, además, daría lugar a la dilación inmotivada del trámite procesal con evidente menoscabo de los principios rectores de celeridad y eficiencia que gobiernan el ejercicio de la administración de justicia.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Santa Fe de Bogotá, D.C., diez de diciembre de mil novecientos noventa y ocho.

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

Proceso No. 11507

Aprobado acta No. 191

Mediante el presente proveído se pronuncia la Sala sobre la procedencia de tramitar el incidente de objeción al dictamen pericial obrante en el proceso, propuesto por el defensor del ex Representante a la Cámara Doctor Jairo Chavarriaga Wilkin.

1. El Memorial de Objeción

1.1. Por escrito presentado ante la Secretaría de la Sala, con posterioridad a haber sido decretada la clausura de la investigación y antes del proferimiento de la providencia calificatoria, el defensor del sindicado manifiesta OBJETAR el dictamen pericial sobre la evolución patrimonial y financiera del procesado, rendido por los profesionales universitarios adscritos a la Fiscalía General de la Nación, "y en el cual concluyeron que el doctor Jairo Chavarriaga Wilkin presentaba diferencias positivas patrimoniales las cuales debía justificar, por no guardar relación de causalidad con el producto de sus actividades económicas conocidas".

Estima que dicha experticia fue medio probatorio fundamental para que la Corte profiriera medida de aseguramiento de detención preventiva en contra de su asistido, mediante decisión que mantuvo al resolver el

recurso de reposición interpuesto por la defensa, en la cual de nuevo se hizo del dictamen el eje central de la argumentación entonces expuesta, y el hecho de no haberse dado explicación hasta ese momento al incremento patrimonial cuando el procesado ejerció el cargo de Representante a la Cámara.

Dado que en la providencia de febrero 11 de 1998 la Corte expuso que el procesado no justificó la diferencia patrimonial a él encontrada cuando ejerció la función pública, "es claro que la única oportunidad de PROBAR y justificar las conclusiones del dictamen es a través de la OBJECION, de dicho dictamen".

Al efecto, agrega, el procesado "se vio precisado a contratar los servicios profesionales del Dr. John Jairo Rodríguez Bustacaro, Contador Público con M.P. No. 43.088T, para que elaborara de una manera sistemática y científica, bajo técnica contable, un balance patrimonial, de su vida económica, trabajo que fue entregado al doctor Chavarriaga Wilkin el día 29 de mayo de 1998", en el cual "se plasmó entre otros en un documento denominado 'COMPARACION CON EL CONTENIDO DEL DICTAMEN PERICIAL OBRANTE EN EL Proceso 11507', documento que luego de su lectura deja ver a las claras que los señores peritos que practicaron el DICTAMEN" que objeta, "incurrieron en ERRORES GRAVES, de carácter trascendental y determinante sin cuya presencia las CONCLUSIONES, hubieran sido distintas".

1.2. En el acápite denominado "FUNDAMENTOS DE LA OBJECION", expone el libelista que del documento presentado por el asesor contable contratado por el procesado, "se deduce que el DICTAMEN es profuso en ERRORES GRAVES, que son trascendentales a juzgar por las conclusiones del documento del Doctor Rodriguez, y que este DOCUMENTO tiene sus SOPORTES INDIVIDUALIZADOS Y CON CARACTER PROBATORIO, suficiente para deducir que la OBJECION fundamentada en el documento referido, no es una INTERPRETACION CONTABLE del Dr. Rodriguez Bustacaro, sino el resultado de una REALIDAD HISTORICA, que reposa en la documentación que se aporta, con esta OBJECION, como anexos del documento del Dr. Rodriguez Bustacaro".

Asegura, igualmente, que por carecer de idoneidad para sustentar la objeción que propone, solicita se tenga como fundamento de la misma, el documento elaborado por el doctor Rodriguez Bustacaro, el cual adjunta al escrito, en donde se considera que hubo errores graves, así como la carpeta que contiene los medios de prueba que soportan dicho análisis, más los testimonios que obran en el cuaderno número 7 de la Corte.

A más de lo anterior, pide la designación de peritos para que elaboren un nuevo dictamen pericial, debiendo ser acreditada su idoneidad conforme lo dispone el artículo 273 del Código de Procedimiento Penal y la Ley

145 de 1960; que se tenga al doctor John Jairo Rodríguez Bustacaro como asesor de la defensa, "según lo preyce (sic) el artículo 273 numeral 4, del Código de Procedimiento Civil" (sic), el que considera aplicable "por virtud del principio de integración jurídica"; que se notifique a la defensa y al asesor contable sobre las fechas y horas para realizar el examen de los documentos, a fin de demostrar los errores graves en que incurrieron los peritos en el dictamen materia de objeción y ejercer el derecho de hacer las observaciones que se estimen convenientes, presenciar los exámenes, las inspecciones judiciales, la recepción de testimonios, y facilitarle a los expertos los datos y explicaciones sobre los documentos, que se considere necesarias.

En tal medida solicita se recepcionen las declaraciones de las 79 personas que menciona, cuyos testimonios califica de conducentes y pertinentes para demostrar que los honorarios que figuran recibidos por el procesado, a los cuales se refiere el documento elaborado por el contador contratado, "son reales y constituyen ingresos ciertos percibidos de cada una de las personas citadas de su labor como abogado litigante, sumas que representaron su base económica que capitalizándose, evolucionó hasta llegar a consolidar el patrimonio que le aparece justificado plenamente en los años 1994, 1995 y 1996".

Los mencionados testigos, sustiene, deberán declarar bajo juramento "cómo es cierto que el doctor Jairo CHAVARRIAGA WILKIN, les adelantó procesos judiciales" y el valor de los honorarios a él cancelados.

Demanda que se trasladen al trámite incidental, las declaraciones obrantes en el cuaderno número 7, relacionadas con la actividad ganadera del procesado que detallan las negociaciones efectuadas con éste, en cantidades que soportan en parte la objeción.

Concluye, solicitando de la Corte se tramite la objeción que propone al dictamen pericial, se consideren las pruebas aportadas y por recaudar, y se declare sin valor el dictamen pericial cuestionado, para que se proceda a la elaboración de uno nuevo (fls. 311 y ss. 7).

2. Documento Identificado Como Anexo 1

Adjunto al escrito de objeción, el defensor del doctor Jairo CHAVARRIAGA WILKIN allega un documento, el cual, por carecer de firma, no permite identificar su autor, o siquiera el nombre o profesión de quien lo hizo, y que, según se aduce en el memorial, fue elaborado por el Doctor John Jairo Rodríguez BUSTACARO, Contador Público contratado de modo particular por el sindicado.

El citado escrito se titula "ANALISIS DOCUMENTACION APORTADA POR JAIRO CHAVARRIAGA WILKIN - COMPARACION CON EL CONTENIDO DEL DICTAMEN PERICIAL CONTABLE OBRANTE EN EL Proceso 11507", y se-

guidamente anuncia que con él se presenta "el perfil económico" del procesado, "con base en el cual se establece su PATRIMONIO Y RENTAS REALES, al igual que las diferencias que presenta éste frente al DICTAMEN proferido por los señores PERITOS de la Fiscalía General de la Nación".

Anuncia, además, que en el análisis "se aportan balances, anexos y documentos desde el año 1987, toda vez que los ingresos de éste y los años subsiguientes tienen un efecto importante dentro de los años sometidos a estudio", y agrega haber sido tenidos en cuenta como soporte, los documentos, balances y anexos que se relacionan con los años 1987 y 1988.

2.1. En relación con el año 1988, "como nota, se deja constancia que los ingresos profesionales incluidos en este año, al igual que los años anteriores, se encuentran soportados a través de las diferentes constancias que obran en los procesos en diferentes juzgados del Valle, Risaralda, Bogotá y Montería, suma que no se consideró y que se constituye en ERROR GRAVE".

2.2. Sobre el año 1989, anuncia que en el dictamen se debe incluir "la partida de ingresos por el valor correspondiente a honorarios profesionales recibidos por el doctor Jairo Chavarriaga Wilkin como abogado litigante, de lo cual hay constancia en diferentes juzgados del Valle, Risaralda, Bogotá y Montería" en la suma de $106.860.000.00.

2.3. Para el año 1990, advierte que "las partidas a corregir por ERROR GRAVE", son las relacionadas con honorarios profesionales "que ascienden a $105.300.000.00, de los cuales existe constancia en diferentes juzgados del Valle, Risaralda, Bogotá, Montería"; la de Activos Fijos, por haberse cometido "ERROR GRAVE" al incluir dos lotes "San Martín" en Zaragoza, por valor de $10.500.000.00, "inmuebles que nunca han sido del Dr. Jairo Chavarriaga W. y por tal razón dicho valor se debe restar de esta partida"; por incluir "doblemente una partida de $820.000.00 como parte del valor de la oficina ubicada en el Edificio Villa Robledo", ya que forma parte integral del rubro de $2.820.000.00 que ya había sido incluida en el año 1989 de forma acertada"; y, por no haberse incluido la compra de la finca Bellavista, "por 4.000.000.00, valor que se debe sumar a los activos de este mismo año máxime cuando esta sirve de base para empezar a consolidar su actividad GANADERA".

2.4. Al referirse al año 1991, señala el escrito que la partida de ingresos debe ser adicionada "con el valor de los honorarios profesionales obtenidos como abogado litigante, que ascienden a $6.400.000.00 y de los cuales existe constancia en diferentes juzgados del Valle, Risaralda, Bogotá, Montería".

Que la partida de activos fijos, debe corregirse pues se presentan los siguientes ERRORES GRAVES:

2.4.1. Se incluyó dentro de sus activos dos lotes "San Martín" en Zaragoza, por valor de $10.500.000.00, inmuebles que nunca han sido del Dr. Chavarriaga, razón por la cual tal valor debe ser restado de este rubro.

2.4.2. Se incluyó doblemente la suma de $820.000.00 como parte del valor de la oficina ubicada en el Edificio Villa Robledo, la cual forma parte integral del rubro de $2.820.000 que ya había sido incluida acertadamente en el año 1989.

2.4.3. No fue comprendida la compra de la Finca Bellavista, por la suma de $ 4.000.000.00, la cual debe ser adicionada a los activos de ese año.

2.5. En relación con el año 1992, agrega que también la partida de activos fijos presenta los siguientes ERRORES GRAVES:

2.5.1. Al igual que aconteció con los años anteriores, se incluyó la suma de $10.500.000.00 correspondiente a dos lotes denominados "San Martin" en Zaragoza, los cuales nunca han sido de propiedad del doctor Chavarriaga.

2.5.2. Se incluyó doblemente una partida de $820.000.00 como parte del valor de la oficina ubicada en el Edificio Villa Robledo, la cual aparece integrada al rubro $2.820.000.00 que ya había sido incluido en el año 89.

2.5.3. No fue incluida la compra de la finca Bellavista, por la suma de $4.000.000.00.

2.6. En referencia al año 1993, el rubro de activos fijos, debe ser corregido por presentar los siguientes ERRORES GRAVES:

2.6.1. Fueron incluidos dos lotes San Martín ubicados en Zaragoza, por la suma de $10.500.000.00, los cuales nunca han sido de propiedad del sindicado.

2.6.2. Se incluyó doblemente una partida de $820.000.00, como parte del valor de la oficina ubicada en el edificio Villa Robledo, la cual forma parte del rubro por $2.820.000.00 que ya había sido incluida acertadamente en el año 1989.

2.6.3. No se tuvo en cuenta la compra de la Finca Bellavista, efectuada en 1990, por $4.000.000.00.

2.6.4. No se consideró el inventario de semovientes a diciembre 31 de 1993 por la suma de $ 76.720.000.00, la valorización del ganado por $ 12.330.000.00, ni las ventas de leche y demás utilidades de la actividad ganadera por $39.846.000.00.

2.6.5. Tampoco fueron tenidas en cuenta las retenciones en la fuente efectuadas por la Cámara de Representantes, que ascienden a $4.977.000.00, ni los valores cancelados a la DIAN por concepto de impuestos en la suma de $23.000.00.

2.7.- En el año 1994, la partida de activos fijos presenta los siguientes ERRORES GRAVES.

2.7.1. Fueron incluidos dos lotes "San Martín", en Zaragoza, por valor de $10.500.000.00, los cuales nunca han sido de propiedad del sindicado.

2.7.2. Se incluyó doblemente una partida de $820.000.00, como parte del valor de la oficina ubicada en el edificio Villa Robledo, la cual forma parte del rubro por $2.820.000.00 que ya había sido comprendida acertadamente en el año 1989.

2.7.3. No se incluyó la compra de la Finca Bellavista, efectuada en 1990, por $4.000.000.00.

2.7.4. Se incluyó el 100% del predio en Cartago, identificado con la matrícula inmobiliaria No. 375-0025161, por valor de $7.900.000.00, cuando fue adquirido conjuntamente con Luz Stella Gallón, por lo cual debe restarse la suma de $3.950.000.00.

2.7.5. No fue incluido el valor cancelado a manera de anticipo sobre el valor de compra del 50% de la Finca La Ilusión, por la suma de $91.355.000.00, la cual debe sumarse a los activos de ese año.

2.7.6.- Indica el escrito que "el inventario de semovientes incluido en el dictamen presenta diferencias con la información real, tal como se puede observar al comparar la relación de inventarios de ganado incluida en el anexo número 4 del dictamen, con los anexos denominados informe de movimiento e inventarios de ganado (incluidos dentro de la documentación que se aporta por el año 1994); así como tampoco se incluyeron las valorizaciones de ganado, las ventas de leche, ni el movimiento de ganado en las fincas del Modín", debiendo, según se sostiene, restar de los activos la suma de $11.526.506, por concepto de inventario de ganado; adicionarse dicho rubro en $10.487.683 por concepto de la valorización de ganado; $ 56.938.030 por ventas totales de ganado; $36.828.000.00, por ventas de leche; y, $24.727.000.00 por concepto de rentas por ganado a utilidad en negocios sostenidos con Germán Gómez.

2.7.7.- Al analizar el libro de movimientos de ganado, los peritos tomaron el inventario final a diciembre 31 de 1993 como si fueran compras de ganado en 1994 "lo cual hace que se vea sobre estimado el valor de las compras incluidas por ellos en su dictamen en una cantidad de $76.720.000.00".

2.7.8.- Se cometió error grave al estimar la cantidad de $ 628.304.442, como el resultado de sumar costos y deducciones y aumentos de semovientes no declarados, incluyendo erróneamente la suma de $233.000.000.00, como costos, "ERROR GRAVE que arroja esa suma indicada como diferencia patrimonial a justificar por el Doctor Jairo Chavarriaga W., siendo inexistente".

2.7.9. También el dictamen incurre en error al determinar en el movimiento de ganado, reses que pertenecen a Julián Chavarriaga y Luz Stella Gallón.

2.7.10. En la cantidad de cabezas de ganado vendidas, en el libro de movimientos de ganado aparecen como muertes, algunos animales rodados, que se vendieron para las carnicerías de la plaza.

2.7.11. No fueron tenidas en cuenta las retenciones en la fuente realizadas por la Cámara de Representantes, las que ascienden a $6.427.000.00.

2.7.12. En el rubro de pasivos, por su parte, no fueron incluidos el préstamo del Banco Popular por $ 25.231.250.00; el sobregiro del banco ganadero por $5.969.652.00; el 50% del crédito hipotecario otorgado por Concasa, en la suma de $12.600.000.00; y dos créditos con particulares por la suma de $40.000.000.00, para un total de $83.800.902.00; cifra en que deben ajustarse los pasivos de ese año.

2.8. Para el año 1995, considera que deben ser ajustadas algunas partidas.

2.8.1. Se cometió ERROR GRAVE, al incluir dentro de los activos los lotes denominados "San Martín" por valor de $10.500.000.00, que no han sido de propiedad del sindicado.

2.8.2. Se consideró doblemente una partida de $820.000.00, como parte del valor de la oficina ubicada en el edificio Villa Robledo, la cual integra el rubro por $2.820.000.00 que ya había sido incluida acertadamente en el año 1989.

2.8.3. No se incluyó la compra de la Finca Bellavista, efectuada en 1990, por $4.000.000.00.

2.8.4. Se incluyó el 100% del predio en Cartago, identificado con la matrícula inmobiliaria No. 375-0025161, por valor de $7.900.000.00, cuando fue adquirido conjuntamente con Luz Stella Gallón, por lo cual debe restarse la suma de 3.950.000.00.

2.8.5. Se incurrió en error grave, al colocar los peritos la cantidad de $323.720.650.00, como resultado de sumar costos y deducciones y aumento de semovientes no declarados, incluyendo erróneamente la suma de $165.834.000.00, como costos.

2.8.6. No se consideró que el procesado obtuvo renta por ganado a utilidad con el señor Germán Gómez, por la suma de $21.180.000.00.

2.8.7. No fueron tenidas en cuenta las retenciones en la fuente realizadas por la Cámara de Representantes, cuyos valores ascendieron a $6.436.000.00.

2.8.8. El rubro de pasivos fue sobrevalorado en $64.917.738.00.

2.8.9. Se incluyeron los siguientes vehículos que el sindicado vendió durante ese año: Moto Yamaha por $ 874.780; Renault OGA-288 por $9.749.000.00, Mitsubishi BFH-942 por $17.832.000.00; Jeep Cherokee BIL-148 por $32.000.000.00; por lo cual considera que debe ser restada la suma de $60.428.780. de este rubro. Y, adicionar la suma de $8.500.000.00, el cual debe ser sumado a los activos.

"Se deja la aclaración que el campero Jeep Cherokee BIL-148 fue vendido por fuerza mayor, en razón a que éste fue estrellado por empleados del establecimiento Lubrisur en la ciudad de Cali, y allí lo pagaron con el cheque No. 41833169 del Banco Andino, Sucursal Cali, por valor de $40.000.000.00, generando una utilidad en su venta de $8.000.000.00".

2.9.- En relación con el año 1996, considera que deben ser ajustadas las siguientes partidas por presentar errores graves:

2.9.1. El rubro de activos fijos del dictamen no tuvo en cuenta la suma de $57.641.220.00, la cual debe ser agregada, resultado de la comparación de las partidas de los anexos 4 y 2 del dictamen, "frente al contenido del balance del año 1996, que se incluye dentro de la documentación aportada para el mismo año", este último elaborado por el contador particular del procesado.

2.9.2. De la misma manera, alude el escrito que "el inventario de semovientes presenta diferencias que se pueden observar al apreciar los anexos denominados Inventario y Movimiento de Ganado, que se incluyen dentro de los documentos aportados para el año de 1996 y compararlos con el Inventario de Ganado incluido en el anexo # 4 del dictamen. al igual que no fueron incluidas las valorizaciones de éste, las ventas de leche, ni el movimiento de ganado en las fincas del Modín", pues según el inventario de ganado que allega para 1996, asciende a $243.865.000.00, mientras que el dictamen establece la suma de $225.171.655.00; igualmente, la valorización del ganado durante ese año fue del orden de $25.770.572.00, las ventas de semovientes alcanzaron la suma de $ 199.848.240 y las ventas de leche $62.208.000.00.

2.9.3. Agrega que durante ese año, el procesado obtuvo renta por ganado a utilidad con GERMAN Gómez, por la suma de $10.619.000.00.

2.9.4. Se considera en el escrito que "al comparar los pasivos incluidos en el dictamen, con los pasivos reales incluidos en el balance de 1996, surge una diferencia de $24.185.000.00", pues, según el dictamen, el valor de los pasivos es de $255.541.000.00, y el de los pasivos ajustados, "debidamente soportados de conformidad al contenido del balance que se incluye dentro de los documentos que se aportan por el año de 1996" es del orden de $279.726.00.

2.9.5. El dictamen omitió incluir el saldo existente a 31 de diciembre de 1996, en la cuenta corriente No. 53092-3, del Banco Ganadero, por la suma de $981.670.00.

2.9.6. También, agrega el escrito, "se cometió ERROR GRAVE, consistente en que los señores peritos colocaron la suma de $776.190.988 MILLONES, resultante de sumar costos y deducciones y aumento de semovientes no declarados y en ella incluyen erróneamente la suma de $243.865.000.00 como costos, ERROR GRAVE que arroja esta suma indicada como diferencia patrimonial a justificar por el doctor Jairo Chavarriaga W., siendo inexistente".

2.10. Concluye, el escrito, que "de esta forma queda demostrado tanto el origen como los incrementos justificados sucesivos del patrimonio del doctor Jairo Chavarriaga Wilkin", según las siguientes precisiones que allí se formulan:

2.10.1. Para los años 1994, 1995 y 1996, el dictamen incluye costos y deducciones, y aumentos en inventarios de semovientes no declarados, "que a la luz de la ciencia contable y a la luz de los soportes documentales obrantes en el negocio, como son los cuadros de movimientos de ganadería, y costos de los mismos - que se encuentran en poder de los peritos NO TIENE FUNDAMENTO NI FISICO NI CONTABLE, porque se desconocieron los inventarios finales".

2.10.2. Se considera que es evidente el error grave del dictamen, por haberse aumentado notablemente los costos "conllevando esto a concluir según los peritos que el doctor Jairo Chavarriaga tenía de antemano unos recursos (ingresos) no justificados".

2.10.3. Al analizar el año 1994, los peritos incurrieron en error grave, toda vez que colocaron la cantidad de $628.304.332.00, como resultado de sumar costos y deducciones y aumento de semovientes no declarados. Incluyeron erróneamente el inventario final en la suma de $233.000.000.00 como costo, arrojando "la suma indicada como diferencia patrimonial a justificar por el doctor Jairo CHAVARRIAGA WILKIN, siendo esta inexistente".

2.10.4. En relación con el año 1995, en el dictamen se cometió el error grave de colocar la suma de $776.190.988.00 como resultado de adicionar los costos y deducciones y aumento de semovientes no declarados, incluyendo erróneamente el inventario final, es decir la suma de $243.865.000.00.

2.10.5. "Se insiste muy respetuosamente en que no se desconozcan los ingresos de años anteriores a 1994, ya que de allí vienen los excedentes no capitalizados provenientes de su actividad como profesional".

2.10.6.- Agrega el escrito, que la actividad ganadera del sindicado empezó con anterioridad al año 1994, "según los reportes de las fincas de

Modín (Bellavista, Primavera y La Gloria)", cosa distinta es que "desde el año 1989, las sumas reflejan cantidades diferentes a las declaradas, por una evasión de impuestos figura muy común y de costumbre entre los colombianos", pero desde ya "se declara que el estudio, base para la objeción, será el parámetro para efectuar las CORRECCIONES en las declaraciones tributarias de los años obligados a declarar".

2.10.7. S e agrega que "la objeción fundamentada en los ERRORES GRAVES aquí evidenciados, le dan un vuelco total a las conclusiones del estudio pericial que se ataca y queda claro que no incluyeron los ingresos, la totalidad de las ventas de ganado de las fincas de Modín, las ventas de leche de las fincas La Ilusión y Modín, lo anterior sumado al ERROR GRAVISIMO que cometen en los años 1994, 1995 y 1996 en desconocer los inventarios finales, incrementando injustificadamente el costo con lo cual se infla el supuesto patrimonio a justificar".

2.10.8. Considera que el procesado "no guardó silencio cuidadoso al explicar su patrimonio, pues sencillamente para la época de sus descargos, su contabilidad no estaba integrada con la totalidad de la documentación por motivos de desorganización y de tributación, es así que se demuestra en este estudio que la continua compra y venta de ganado si son la fuente lícita de su incremento patrimonial".

2.10.9. Los peritos no elaboraron el dictamen sobre la globalidad del patrimonio del sindicado "ya que desconocieron la totalidad de los ingresos profesionales que son la base de su patrimonio".

2.10.10. Si bien es cierto es correcto afirmar que las operaciones de compra y venta de activos no afectan el patrimonio del procesado, "pero lo que no ven los peritos es que esos activos generaron recursos para adquirir nuevos activos como semovientes, no necesitando recursos externos".

2.10.11. "En cuanto a los ganados a utilidad se entrega el cuadro correspondiente probatoriamente confirmado con la declaración del señor Germán Gómez".

2.10.12. Y si bien la realidad comercial indica que los 51 terneros no tuvieron ningún costo para el Dr. Chavarriaga, al capitalizarlos y venderlos durante el año siguiente "se está hablando de animales de aproximadamente 300 kilos de peso cada uno, representando al final una utilidad de $15.000.000.00".

2.10.13. Los peritos parten en el dictamen de 274 cabezas de ganado, "que desconocieron que era el inventario que existía en las fincas Modín (Bellavista, Primavera y La Gloria) y que fueron trasladadas a la finca La Ilusión cuando fue adquirida, y si hablamos de los recursos con que fueron adquiridas, estos ya se encuentran consolidados y explicados en el estudio de los años anteriores" (fls. 325 y ss. cno. 7).

3. Contrato de Prestación de Servicios Profesionales.

El defensor acompañó al escrito de objeción y al documento que viene de ser referido, la fotocopia autenticada de un contrato de prestación de servicios profesionales suscrito entre el doctor Jairo Chavarriaga Wilkin y el Contador Público Doctor Jhon Jairo Rodriguez Bustacaro, para "preparar los balances y conciliaciones patrimoniales del CONTRATANTE desde el año 1987 hasta el año 1997 inclusive", "con base en los datos suministrados por el CONTRATANTE a fin de identificar la forma real de adquisición, conformación e incremento del patrimonio del CONTRATANTE debiendo para ello incluir partidas que no hayan sido incluidas (o que hayan sido omitidas) en las declaraciones de renta correspondientes a cada año" (fls. 349-7).

También adjunta, la fotocopia autenticada de la cédula de ciudadanía del contratista, y de su tarjeta profesional que lo acredita como Contador Público. (fls. 350 y ss-7).

Se Considera

1. De conformidad con lo dispuesto por los artículos 270 y siguientes del Código de Procedimiento Penal, el dictamen pericial puede ser objetado por los sujetos procesales, "hasta antes de que finalice la audiencia pública", y, en el escrito de objeción, es indispensable precisar el error de que adolece y solicitar las pruebas para demostrarlo.

Cumplidos estos dos presupuestos, del escrito de objeción debe correrse traslado a los demás sujetos procesales, por el término de tres días a fin de que puedan pedir pruebas.

Significa lo anterior, que no basta la simple manifestación de objetar por error una determinada prueba pericial, para que el funcionario proceda a disponer el trámite incidental establecido para esa eventualidad, sino que es necesario "precisar el error, entendido éste, en términos generales, como el conocimiento equivocado de una cosa y que, en el campo de la prueba técnica, se traduciría en el falso concepto que se tenga sobre el objeto o los fenómenos científicos, técnicos o artísticos materia de la pericia" (cfr. auto única instancia, junio 9/98. M.P. Dr. Gálvez Argote), de suerte que de no haberse cometido, las conclusiones del perito habrían sido totalmente distintas.

Precisar el error, en los términos en que la legislación procesal lo exige, no es oponerse sin más a las conclusiones de la pericia cuando éstas resultan desfavorables a los intereses de determinado sujeto procesal, a fin de que no sean tenidas en cuenta por el juzgador, sino indicar de manera nítida, en qué consistió el yerro, en qué parte del dictamen se presentó, y de qué manera dio lugar a variar las conclusiones.

Si de lo que se trata es de indicar que el dictamen estuvo bien elaborado de acuerdo con los fundamentos científicos, técnicos o artísticos que del perito se exigen, y que sus conclusiones coinciden con el objeto de la pericia que le fue puesto a disposición, solo que otras serían las conclusiones de haberse ampliado o restringido su objeto, en estos casos no es la objeción el mecanismo llamado a ser utilizado, pues en tales hipótesis, al no haber incurrido el perito en ninguna clase de desacierto, el instrumento adecuado para su controversia es la adición o aclaración hacia los temas, puntos u objeto no contemplados en el dictamen.

Si el sujeto procesal se ocupa de referir supuestos desaciertos del dictamen sin concreción alguna, o los que indica no son de entidad tal que de mantenerse las conclusiones resulten inmodificables, es de entenderse que la pretensión se orienta por desconocer los resultados de la pericia en cuanto no le benefician, no de hacer manifiesto algún yerro en que pudo haber incurrido el experto.

En tal medida, y cuando ello es lo que se observa, el Juez no está obligado a tramitar el incidente de objeción que en esas condiciones se propone, pues de hacerlo, no solamente dejaría en manos de los sujetos procesales la dirección de la actuación que es de exclusiva competencia del funcionario (art. 37-1 C. de P. C.), sino que, además, daría lugar a la dilación inmotivada del trámite procesal con evidente menoscabo de los principios rectores de celeridad y eficiencia que gobiernan el ejercicio de la administración de justicia.

2. En el caso presente, observa la Corte, en primer lugar, que en estricto rigor el escrito de objeción presentado por el defensor del doctor Chavarriaga, no hace manifiesto ningún error en que hubieren podido incurrir los peritos del Cuerpo Técnico de Investigación de la Fiscalía al elaborar el dictamen sobre la evolución patrimonial del procesado, pues aduciendo no ser "idónco para exponer y sustentar una OBJECION a un dictamen pericial", traslada dicha responsabilidad a un asesor contable contratado privadamente por el procesado.

Sucede además, en segundo lugar, que la responsabilidad por el planteamiento de la objeción tampoco es asumida por el Contador Público que asesora al defensor del doctor Chavarriaga, en los términos que exige el artículo 238-7 del C. P. C., modificado por el art. 1o. num. 10 del Decreto 2282 de 1989, pues en el documento allegado con el memorial de objeción no aparece suscrito por ninguna persona en particular, de suerte que se pudiera tener la certeza sobre quien ha de responder por su contenido; y tampoco "el contrato de prestación de servicios profesionales" a cuyo amparo se afirma haber sido elaborado, indica que el profesional de contaduría contratado se hubiere comprometido a intervenir ante la Corte a fin de demostrar los errores que, según se afirma, presenta la pericia oficial, y en los cuales se funda la objeción propuesta, sino simplemente a "identificar

la forma real de adquisición, conformación e incremento patrimonial del CONTRATANTE debiendo para ello incluir partidas que no hayan sido incluidas (o que hayan sido omitidas) en las declaraciones de renta, correspondientes a cada año" (Se destaca), de lo cual se colige que la referida gestión de asesoría, se contrae a explicar la situación patrimonial del doctor Chavarriaga frente al fisco, no a objetar el dictamen pericial que obra en la actuación, según los términos del contrato que vienen de transcribirse.

Entonces, ni siquiera desde ese punto de vista, se reúnen los requisitos de la disposición del Código de Procedimiento Civil aducida como aplicable al caso por el defensor, pues no aparece acreditado que la referida gestión de asesoría contable, tenga establecido el compromiso de intervenir en este proceso penal, como ha sido expuesto de modo contrario.

3. Pero aun si fueran pasados por alto tales defectos de procedibilidad, de todas maneras, desde la óptica de su contenido, lo ofrecido por el aludido "análisis" en que la objeción se apoya, no es otra cosa que una visión particular sobre el alcance del medio de prueba, sin que esta afirmación, por supuesto, implique cuestionamiento a la idoneidad profesional del contador público que la elabora para los fines que fue contratado.

Tómese en cuenta, al respecto, que si en verdad los principios de contabilidad generalmente aceptados hubiesen sido el parámetro considerado para la elaboración de los balances que se allegan, el profesional contable no se habría basado en hechos económicos no respaldados documentalmente, y soportados en la sola afirmación de haber ellos sucedido.

Esto es lo que acontece con los referidos "ajustes" del dictamen oficial que obra en el proceso, relacionados con los presuntos ingresos profesionales percibidos por el doctor Jairo Chavarriaga durante los años 1988, 1989, 1990 y 1991, pues para elaborar los "balances" de cada una de estas anualidades, los únicos soportes son las relaciones en tal sentido hechas de manera informal.

Así no resulta viable pretender demostrar la alegada comisión de un "error" por los peritos oficiales, enfrentando un desacierto si no igual, de mayor envergadura que aquél que se propone poner de presente.

Pero, además, de ser cierto, como se afirma, que a consecuencia del ejercicio profesional de abogado el doctor Chavarriaga recibió los referidos recursos en época anterior a su vinculación al Congreso de la República, repugna a la lógica pretender demostrar que los honorarios percibidos ingresaron intactos al torrente patrimonial mucho tiempo después, precisamente en los períodos en que se encontró diferencia injustificada, o que los mismos no se reflejaron en la adquisición de los activos de que da cuenta la investigación, y cuya determinación sirvió de base para la comparación de cada período.

Esto mismo sucede cuando en el "análisis" exhibido por el defensor, se hace referencia a los "inventarios de ganado", las "utilidades en actividad ganadera", las "ventas de leche" y las "rentas por ganado a utilidad", rubros sobre los cuales no existe en el escrito que soporta la objeción, ni en la carpeta adjunta, documento alguno que indique que los balances elaborados para fines estrictamente privados, tienen impreso el sello de confiabilidad por obedecer a criterios de integridad, objetividad, oportunidad, razonabilidad, y, sobre todo, verificabilidad.

Además, como si el proceso penal se ocupara de resolver la responsabilidad del procesado por el incumplimiento de sus obligaciones frente al fisco, el análisis allegado como soporte de la objeción hace referencia al tema de la "valorización de activos", con lo cual se pierde de vista que si bien este hecho tiene implicaciones para efectos tributarios, como igual acontece con su depreciación a través del tiempo, no posee el alcance de disminuir el monto de acrecimiento patrimonial ilícito deducido al implicado, toda vez que dichos rubros no representan ingreso efectivo a las arcas del agente económico, a menos de ocurrir su enajenación y que a consecuencia de ella se hubiere generado alguna utilidad por ese concepto, caso en el cual, cuando de valores históricos se trata, como en ese sentido ha sido claro el dictamen de los peritos, los citados valores deben necesariamente aparecer reflejados por incidir en la variación del patrimonio, pero no cuando el bien se mantiene en poder del sujeto durante el tiempo bajo estudio, en donde su incidencia en la variación patrimonial es absolutamente neutra.

Se alude, igualmente, que en el dictamen no se tuvieron en cuenta las retenciones en la fuente que le fueron practicadas por la Cámara de Representantes, como tampoco los impuestos cancelados a la DIAN.

Para desvirtuar tal aseveración, resulta suficiente recordar, de una parte, que el dictamen pericial se integra por los dos estudios presentados por los expertos de la Fiscalía sobre la situación patrimonial del procesado siendo el segundo documento actualizado en relación con el llevado a cabo primeramente, y de otra, que al hacer referencia al OBJETIVO y las METODOLOGIAS UTILIZADAS, los expertos dejaron en claro que para determinar si las declaraciones de renta presentadas ante la administración reflejan la realidad patrimonial del procesado, "se parte del concepto tributario establecido en los artículos 236 y 239 del Estatuto Tributario adoptado por el Decreto 624 de 1989 y los artículos 91 y 116 del Decreto Reglamentario 1871 de 1975 relacionado con la RENTA POR COMPARACION PATRIMONIAL, que considera que el incremento patrimonial líquido de orden fiscal de un contribuyente de un año con respecto al anterior, no puede ser superior a la renta líquida obtenible susceptible de capitalizar (ingresos netos menos costos y deducciones, disminuido con los impuestos y retenciones pagadas) llegando a inferirse que si lo es, existe una renta

adicional que no declara desconociéndose así su procedencia" (Se destaca).

Y se precisa más adelante, que para efectuar el análisis patrimonial y rentístico, entre otros conceptos fueron tenidos en cuenta el "Movimiento de ingresos y gastos periódicos, incluyendo los realizados ante la Dirección de Impuestos Nacionales por concepto de impuestos", con lo cual queda clara la ausencia de fundamento del presunto error denunciado.

Se afirma del mismo modo, que el dictamen adolece de "ERROR GRAVE", por haber incluido dentro de los activos del procesado dos lotes "San Martín" en Zaragoza (V), identificado con matrícula inmobiliaria 375-0006331 de Cartago, por valor de $10.500.000.00, inmuebles que nunca le han pertenecido.

A este respecto, ha de recordar la Corte que el punto ya fue materia de análisis en anterior oportunidad (auto de diciembre 15 de 1997), cuando se señaló que "si bien es cierto que en el anexo del dictamen que obra a folio 82 del cuaderno original número 4 de la Corte, los peritos relacionaron el inmueble identificado con el folio de matrícula número 375-0006331, este documento corresponde a una negociación efectuada en 1990, año en el cual no se encontró incremento patrimonial injustificado del procesado y que tampoco podría imputársele habida cuenta de no ostentar para esa época la condición de servidor público" (fl. 150 cno. 6).

Y, como dato adicional, ha de reiterarse que la citada escritura pública, fue suscrita por el procesado, siendo ese el motivo para haber relacionado los peritos dicho bien como de su propiedad, dadas sus vinculaciones con el Centro Turístico Las Pirámides.

La misma observación ha de predicarse, en relación con la oficina número 2-23 ubicada en la Calle 12 Número 3-66, cuyo 50% adquirió el procesado según da cuenta la escritura pública número 1608 otorgada el 10 de octubre de mil novecientos ochenta y nueve, ante la Notaría Segunda del Círculo de Cartago por la suma de $820.000.00. Y, posteriormente, con ocasión del proceso ventilado ante el Juzgado Segundo Civil del Circuito de Cartago, le fue adjudicado el 50% restante, con costo de $2.000.000.00, según protocolización de la escritura número 42 del 15 de enero de 1990 ante la Notaría Primera del Círculo de Cartago.

Y si bien el dictamen ofrece que dentro de los activos fue incluida nuevamente la suma de $820.000.00, tres circunstancias permiten descartar la ocurrencia del pretendido "error grave": La primera, porque dicho inmueble fue adquirido por el procesado cuando aun no ostentaba la condición de Congresista y en esas condiciones mal podría imputársele la realización del tipo de enriquecimiento ilícito de servidor por la época de adquisición; la segunda, porque al haber sido mantenida la titularidad del bien, sin que obre constancia de su enajenación, ninguna incidencia tie-

ne el desacierto observado en el escrito, dado que al procesado no se le investiga por contar su patrimonio particular con determinado monto antes de entrar a ejercer la función pública, sino por el injustificado acrecimiento del mismo cuando ejerció el cargo de congresista. Y, la tercera, por cuanto tal planteamiento corresponde a una eventual rectificación con efectos tributarios, no a un proceso penal en donde se verifica la justificación que pueda tener el incremento del patrimonio del servidor público, no la cantidad de riqueza que posea.

Igual consideración cabe hacerse en relación con la presunta omisión de los peritos de incluir en el dictamen la referencia al lote de terreno denominado "Bellavista", ubicado en el Corregimiento Modín de Cartago, pues este inmueble sí fue relacionado en el anexo 2 del dictamen tal y como de ello da cuenta el folio 104 del cuaderno número 3, al punto de haberse precisado su folio de matrícula inmobiliaria, el número de la escritura pública, la fecha de adquisición y el valor de la compra.

Y como si ello no fuera suficiente, al relacionar los bienes que figuran en cabeza del procesado, en el proveído mediante el cual fue definida la situación jurídica, en el punto 1.3.18.3. se precisó "Finca Bellavista ubicada en el Corregimiento El Modín de Cartago, comprada el 4 de junio de 1990 por valor de $4.000.000.00, según consta en la escritura pública número 840 de la Notaría Primera de Cartago", con lo cual se descarta el presunto "error grave" que se persigue poner de presente.

Tampoco tiene respaldo el reparo expuesto en el sentido de haber omitido los peritos incluir en el dictamen el inventario de ganado para el año de 1993, en cuantía que se estima en la suma de $76.720.000.00, la valorización de ganado por $12.330.000.00 y las utilidades en la actividad ganadera por $ 39.846.000.00, pues, según se afirma, estas partidas "están debidamente soportadas en el anexo identificado como Informe de Movimiento e Inventario de Ganado que se incluye en los documentos aportados para el año 1993".

Lo anterior por cuanto, como fue suficientemente explicado, la pericia tomó "como base del análisis efectuado la información de las declaraciones de renta presentadas ante la Administración de Impuestos Nacionales, asumiendo lo dispuesto en el artículo 746 del Estatuto Tributario que presume la veracidad de tales declaraciones, siempre y cuando estén debidamente respaldadas con documentos expedidos por las entidades correspondientes, así mismo, se tienen en cuenta los documentos que a nuestro juicio reúnan las características de soportes contables y condiciones legales de aceptabilidad y aplicabilidad, según el tipo de acto de que se trate, basándonos en la observación física de los documentos que aportaron las entidades oficiales y privadas allegados al proceso" (se resalta) (fl. 77 cno. 3).

De esta manera, si al analizar la evolución patrimonial del procesado, correspondiente al año 1993, los peritos no incluyeron los rubros que ahora se echan de menos, fue sencillamente porque no existía para entonces, como tampoco ahora, soporte alguno del cual se pudiera deducir su existencia.

Pero, además, el citado "Informe de Movimiento e Inventario de Ganado" al cual se hace referencia en el escrito que supuestamente soporta la objeción, no es más que una relación de semovientes, de la cual se desconoce en qué medios se soportó el autor para su confección, de donde surge la absoluta falta de seriedad del argumento que es expuesto contra el dictamen pericial oficial.

Otro tanto sucede con el argumento según el cual para el año 1994 se tomó el inmueble ubicado en la Calle 9a No. 4-53 de Cartago, como si su propiedad radicara exclusivamente en cabeza del procesado sin tener en cuenta que el 50% del mismo pertenece a la señora Luz Stella Gallón, pues si hubiese sido observado con detenimiento el anexo 1 del dictamen oficial (fl. 80 cno. 4 copia), este lote de terreno aparece relacionado como de propiedad conjunta entre el procesado y su esposa, con lo cual, obviamente esta circunstancia se reflejó en el consolidado patrimonial final tanto del doctor Chavarriaga como de su esposa, correspondiéndole, de contera, al objetante demostrar lo contrario y, sin embargo no lo hace. Y como si ello no fuera suficiente, también esta situación fue considerada por la Corte en la providencia mediante la cual fue definida la situación jurídica del sindicado, al señalar que dicho bien "fue comprado junto con Luz Stella Gallon el 7 de septiembre de 1994 por valor de $7.900.000.00, según escritura pública número 2.100 de la Notaría 1a de Cartago" (fl. 13 cno. 6).

En el mismo orden carece de absoluto respaldo la afirmación que se formula en el sentido de no haberse considerado en el análisis patrimonial del procesado durante el año 1994 "el valor cancelado a manera de anticipo, para la compra del 50% de la finca La Ilusión", pues además de no aportarse ningún medio para demostrar tal aserto, contradice abiertamente el contenido de la escritura pública suscrita el 8 de febrero de 1995 ante la Notaría de Ansermanuevo que da cuenta de las circunstancias en que dicho negocio fue celebrado.

Es tal la falta de procedencia de la propuesta contable presentada a manera de respaldo de la objeción, que ni siquiera se logra desentrañar en dónde se ubica el presunto "error grave" relativo a que los peritos "tomaron inventario final de ganado a diciembre 31 de 1993, o sea, el inventario inicial de 1994, como si fueran compras de este periodo, lo cual hace que se vea sobreestimado el valor de las compras incluidas por éllos en su dictamen en una cantidad de $76.720.000.00", cuando, de una parte, ya se dijo que para 1993 no fue considerado dicho rubro por no existir soporte

que permitiera su estimación y, de otra, esto no fue lo que señalaron los expertos de la Fiscalía en relación con el año 1994.

Para despejar cualquier inquietud sobre el punto, ha de recordarse lo dicho por los peritos respecto del periodo en comento:

"Para este año registra aumentos en Efectivo y Bancos, se le adiciona su patrimonio en lo relativo al Inventario de Semovientes No Declarados oficialmente, de acuerdo a documentos incautados, en cuantía de $244.645.506.00 ..." (fl. 72 cno. 4).

Mayor sorpresa causa la afirmación de que los peritos de la Fiscalía incurrieron en "error grave", por haber puesto la suma de $628.304.442.00 resultante de sumar costos y deducciones y aumento de semovientes no declarados, y que "incluyeron erróneamente la suma de $233.000.000 millones como costos", pues de ella no se sabe cuál en concreto es el cuestionamiento que se formula, su trascendencia, y lo más evidente, es que no corresponde a algún rubro específico considerado en el dictamen pericial que obra en el expediente.

En efecto, siguiendo con el análisis del año 1994, los especialistas que elaboraron la pericia oficial señalaron que "igualmente se presenta incremento de activos Fijos Declarados por $84.573.220, activos fijos no declarados por valor de $11.508.780, incrementando sus deudas a $ 37.500.000, e incrementando su patrimonio líquido en esta vigencia en cuantía de $323.712.315, que al cruzarse con los ingresos obtenidos, por concepto de salario e ingresos laborales, $56.185.000, intereses y rendimientos financieros $24.750, ventas de café declaradas valor de $ 8.175.250, ventas de ganado no declaradas valor de 860.344.000, menos los costos y deducciones no declarados por $89.795.410, intereses y gastos financieros $4.250.000, compras no declaradas $ 286.641.528 y las pérdidas por muerte de ganado $2.772.000, le representó una utilidad líquida negativa, es decir una pérdida por valor de $260.929.936, lo que significa que presenta un aumento patrimonial y unos gastos por justificar de $584.642.251", de donde surge notoria la falta de precisión y claridad en el cuestionamiento expuesto contra el dictamen pericial.

Y cuando en el escrito, elaborado por el experto contable contratado por el procesado, se señala que el dictamen oficial incluyó semovientes de propiedad de Julián Chavarriaga y Luz Stella Gallón como así aparece en las páginas 12 y 13 del libro de movimientos de ganado, o que algunos de los semovientes que figuran como muertos en realidad fueron vendidos en plaza, en vez de precisar el lugar de la pericia donde se ubica el desacierto, su monto y trascendencia frente a las conclusiones finales, se acude al expediente de hacer la afirmación de manera general y ambigua, sin llegar a demostrarla como correspondería a la naturaleza de la objeción y contrariando abiertamente los términos del dictamen, en donde, al referirse al

libro denominado "entradas y salidas de semovientes" obtenido en el allanamiento realizado a las oficinas de Doña Martha Liliana Chavarriaga, los expertos precisaron que "como se puede apreciar presentan cifras de existencias de semovientes por encima de las determinadas en el anexo No. 3 del presente análisis, relacionada con la documentación materia del allanamiento, hecho por el cual no se tuvo en cuenta para el presente estudio, por carecer de documentos soportes" (fl. 69 cno. 4).

Sucede además, que al pretender cuestionar los pasivos del procesado, se indica que no fueron tenidos en cuenta los créditos obtenidos en los bancos Popular y Ganadero, la Corporación Concasa, y "dos créditos con particulares" cuya existencia no se intenta siquiera acreditar. Sin embargo, en muestra elocuente de la falta de correspondencia entre la censura y el dictamen, es de destacar que a folio 80 del cno. 3, los peritos registran como deudas respaldadas documentalmente los créditos obtenidos del Banco Ganadero ($ 100.000.000.00), Concasa ($ 25.200.000,00) "crédito hipotecario No. 008-43412", Banco Popular ($25.000.000.00) "respaldado con por el pagaré No. 040-13-00464-5", siendo precisamente estas tres últimas obligaciones señaladas en el escrito de objeción como omitidas por los expertos de la Fiscalía, lo cual indica, ni más ni menos, que son distintos los parámetros de evaluación patrimonial los que se enfrentan al dictamen pericial objeto de controversia en este caso.

Al referirse al año 1995, entre otras afirmaciones indemostradas, se sostiene en el escrito que el inventario de semovientes "presenta diferencias", que el procesado "obtuvo renta por ganado a utilidad con el señor Germán Gómez por valor de $ 21.180.000.00", y que el rubro de pasivos fue "sobrevalorado" en la suma de $ 64.917.738.00, pero no se dice qué soporta dichos cuestionamientos, ni por qué las cifras que son presentadas dan lugar a "ajustar" el dictamen oficial.

También se señala que durante 1995 el procesado vendió 4 vehículos que fueron incluidos en el dictamen como si aún fueran de su propiedad, pero no se indica de qué manera estos hechos económicos tienen la virtualidad de disminuir las diferencias patrimoniales encontradas por los peritos de la Fiscalía, siendo de destacarse que dentro de la documentación allegada con el memorial de objeción, se encuentra solamente la relacionada con el traspaso que de la titularidad del vehículo identificado con las placas BFH 942, el doctor Chavarriaga le hace a la señora Luz Stella Gallon, su esposa, sin que obre constancia de las demás, ni logre brindar certeza sobre todas las negociaciones referidas.

Siguiendo la misma tónica utilizada para el cuestionamiento de la pericia, no se logra explicar el motivo por el cual ha de ser ajustado el rubro de activos fijos para el año 1996 en cuantía de $57.641.220.00, pues el parámetro de comparación propuesto, es el "balance" elaborado de modo particular en el cual se consignan cifras y partidas distintas, sin que se

indique a qué obedecen las diferencias ni por qué razón dicho estado financiero debe ser tomado con prescindencia del dictamen que se persigue cuestionar.

Menos se indica en el aludido escrito cómo se respalda el "informe de movimiento e inventario de ganado" ni cuáles son las concretas diferencias que presenta en cuanto a cantidades de reses, peso, precios, etc., tomadas en cuenta por los expertos de la Fiscalía, de tal manera que pudiera identificarse nítidamente el "error grave" que se quiere poner de presente.

Ya se refirió la Sala a las razones por las cuales devienen improcedentes los argumentos expuestos en relación con las aludidas ventas de leche, las utilidades obtenidas en las negociaciones con Germán Gómez y la valorización de activos, aspectos que nuevamente son cuestionados en relación con el año 1996, siendo por ello innecesario tener que volver a recapitular estos temas.

Igual acontece con el reparo expuesto en el sentido de que los peritos incurrieron en "error grave" al deducir $ 776.190.988.00 como resultado de la suma de los costos y deducciones y aumento de semovientes no declarados, incluyendo en ella $ 243.865.000 como costos, pues la objeción no explica en concreto cuál es el desacierto, qué respalda su existencia, ni por qué la aludida suma es la correcta frente a la contemplada en el dictamen.

Pero, además, mírese cómo son otras distintas a las expuestas en el escrito, las cifras manejadas por los peritos:

"No se allegó al proceso la declaración rentística de esta vigencia, por lo que el análisis se efectúa con los saldos y diferencias del año anterior, ajustando los saldos de los rubros en las que se produjo variación, tal como está consignado en el cuadro Anexo 4, donde se establece una diferencia patrimonial por explicar de $ 164.445.348 producto de la adquisición de activos fijos en un valor de $ 521.058.000, el valor del inventario de semovientes no declarado en la suma de $ 88.295.936, dejando para este año el pasivo-Deudas declarado en el año anterior, por no obrar documentos que evidencien la cancelación parcial o total a los acreedores respectivos".

"La utilización del Análisis de Fuentes y Usos de Recursos, anexo No. 5, explica que el total de recursos obtenidos ascendió a $ 397.285.992 frente al uso de los mismos $ 520.444.405, arroja una diferencia a justificar por valor de $ 123.158.413".

Y aun si se tomara en cuenta el anexo número 4 al que presuntamente podría referirse el escrito como la parte del dictamen donde se presentó el error, tampoco se encuentra coincidencia con las cifras expuestas en la objeción: Los peritos señalaron en el rubro de inventarios de semovientes

no declarados, la suma de $225. 171.655.00; los activos fijos no declarados por $716.513.780.00; las deudas y patrimonio exento por $255.541.000.00; por salarios e ingresos laborales $92.179.962.00; por ventas de ganado no declaradas $224.107.550.00; compras no declaradas por $8.600.800 y el total de "costos y deducciones" por $256.132.988.00 (fl. 66 y ss. cno. 4), de donde se colige, que ni siquiera desde esta perspectiva coinciden las cifras que se persigue cuestionar con la interposición de la objeción.

De otra parte, si bien se menciona en el escrito adjunto al memorial de objeción que los peritos omitieron incluir el saldo a 31 de diciembre de 1996 en la cuenta corriente número 5392-3 por la suma de $981.670.00, no se logra desentrañar cómo esta cifra llega a modificar el consolidado del rubro "efectivo y bancos" considerado por los peritos en relación con todas las cuentas bancarias y de ahorros que figuran a nombre del procesado.

Se tiene entonces, que en el presente caso resulta ostensible que las argumentaciones presentadas por el defensor del doctor Jairo Chavarriaga Wilkin y el escrito en que soporta la objeción, no llegan a precisar el error en los términos exigidos por el artículo 271 del Código de Procedimiento Penal, y ellas muestran, en cambio, un concepto muy particular del contenido y conclusiones de la pericia que se persigue objetar, lo cual impide que la Corte disponga tramitar el incidente.

Es de advertir, sin embargo, que la decisión que aquí se adopta, no condiciona la eventual aplicación de lo dispuesto por el artículo 272 del Código de Procedimiento Penal.

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

RESUELVE:

ABSTENERSE DE TRAMITAR el incidente de objeción a dictamen pericial propuesto por el defensor del procesado doctor Jairo Chavarriaga Wilkin.

Notifíquese y cúmplase.

Jorge Enrique Córdoba Poveda, Fernando Arboleda Ripoll, Ricardo Calvete Rangel, Carlos Augusto Gálvez Argote, Jorge Aníbal Gómez Gallego, Edgar Lombana Trujillo, Carlos E. Mejía Escobar, Dídimo Páez Velandia, Nilson Pinilla Pinilla.

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

IMPEDIMENTO-Amistad íntima

El numeral 5° del artículo 103 del Código de Procedimiento Penal, señala como causal de impedimento la amistad íntima o enemistad grave entre alguno de los sujetos procesales y el funcionario judicial.

Al estudiar el radio de acción propio de dicha causal, es dable señalar que la misma entremezcla dos sentimientos totalmente antagónicos entre sí, cuales son la amistad y la enemistad entre los sujetos procesales y el funcionario judicial, llámese fiscal, juez o magistrado. Razón por la cual los doctrinantes que se han ocupado de su estudio, han unido estos sentimientos tan disímiles, el uno positivo, que acerca a las gentes y el otro negativo que las distancia, lo cual ha llevado a la misma jurisprudencia a sostener en algunas ocasiones como regla general que: "La amistad, como la enemistad, son sentimientos recíprocos que se cultivan mutuamente, bien atando con más fuerza los lazos de cariño o ahondando las raíces del odio" (Auto del 10 de octubre de 1947, G.J.LXIII, pág. 812).

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Santafé de Bogotá, D. C., diez (10) de diciembre de mil novecientos noventa y ocho (1998).

Conjuez Ponente: Dr. *Luis Arnoldo Zarazo Oviedo*

Proceso No. 15075

Aprobado Acta de Conjueces No. 188 (04-12-1998)

VISTOS

La Sala de Conjueces procede a resolver el impedimento manifestado por uno de sus miembros el doctor Fabio Aristizábal Hoyos, para conocer de estas diligencias relacionadas con la denuncia formulada por el señor Miguel Francisco Calderón Orjuela, contra el actual senador de la República Carlos Alonso Lucio.

Expresa el doctor Fabio Aristizábal Hoyos:

"Con fundamento en lo normado en el artículo 103 numeral 5° del Código de Procedimiento Penal y en razón a mi amistad personal con el H. Senador Carlos Alonso Lucio, me declaro impedido para actuar como

Conjuez en el presente proceso. La relación de amistad cabe y dentro de la causal de impedimento anotada, la cual debe ser estrictamente atendida para salvaguardar la absoluta imparcialidad que debe imperar en la administración de Jusficia".

SE CONSIDERA POR LA SALA

El impedimento es la manifestación voluntaria que debe hacer un funcionario para abstenerse de conocer de un proceso, ante la concurrencia de motivos de índole familiar, económico, social -o personal que en un caso determinado podrían dar lugar a la formulación de censuras en la actuación de un juicio penal. Esta expresión voluntaria obedece al compromiso moral-legal que liga al funcionario con la administración de justicia.

Es así como en la misma Declaración Universal de los Derechos Humanos, se señala: "Bien conocido es el principio que los seres humanos son iguales ante la ley y tienen derecho a que se les oigan sus razones y se les determinen sus derechos y responsabilidades porjueces independientes e imparciales". Los tribunales y jueces por cuyo conducto ejerce el Estado la acción penal deben ser, por sobre otra consideración, imparciales, imponiéndose la necesidad de que nadie llegue a sospechar de su rectitud o piense que por afecto o desafecto, interés personal, puedan inclinarse a obrar con injusticia. Sólo así se garantiza la igualdad de las personas ante sus jueces.

El numeral 5° del artículo 103 del Código de Procedimiento Penal, señala como causal de impedimento la amistad íntima o enemistad grave entre alguno de los sujetos procesales y el funcionario judicial.

Al estudiar el radio de acción propio de dicha causal, es dable señalar que la misma entremezcla dos sentimientos totalmente antagónicos entre sí, cuales son la amistad y la enemistad entre los sujetos procesales y el funcionario Judicial, llámese fiscal, juez o magistrado. Razón por la cual los doctrinantes que se han ocupado de su estudio, han unido estos dos sentimientos tan disímiles, el uno positivo, que acerca a las gentes y el otro negativo que las distancia, lo cual ha llevado a la misma jurisprudencia a sostener en algunas ocasiones como regla general que: "la amistad, como la enemistad, son sentimientos recíprocos que se cultivan mutuamente, bien atando con más fuerza los lazos de cariño o ahondando las raíces del odio". (Auto del 10 de octubre de 1947, G.J.LXIII, pág. 812).

En este mismo sentido la Sala Penal de la Corte, al analizar el alcance de la causal en referencia, se ha pronunciado en los siguientes términos:

"Sentimientos tan internos, tan profundos, de tan complejas raíces sicológicas en el alma de un ciudadano dedicado a impartir justicia ecuá-

nime y serena, tienen una insustituible valoración en la misma persona que acepta padecerlos". (Auto del 18 de febrero de 1986).

Siguiendo los lineamientos generales de la jurisprudencia y la doctrina, para que la amistad obre como causal de impedimento o recusación, tiene que ser íntima. Esto es, que trascienda mucho más allá las simples relaciones sociales o de trabajo. O, como bien lo recuerda la Sala del Tribunal de Valledupar, se adentre "al restringido ámbito de una comunión sentimental y espiritual". (Auto del 17 de febrero de 1981).

Posteriormente, sostuvo la Sala el 22 de febrero de 1996, con Ponencia del Dr. Nilson Pinilla Pinilla:

"Si el funcionario que invoca la causal de amistad íntima no ofrece serios y atendibles argumentos que permitan valorarla para deducir en forma razonable si la amistad que se predica "íntima" comporta o no un serio menoscabo a la libertad de juicio y a la imparcialidad del funcionario, es obvio que no puede darse por demostrada".

El motivo invocado por el doctor Fabio Aristizábal Hoyos, se relaciona con aspectos subjetivos, que la Sala aprecia y valora en sus efectos, más cuando la constancia secretarial de fecha 23 de noviembre pasado que obra dentro de la actuación, da cuenta de cuáles son los factores y circunstancias en que se basa su amistad íntima con el señor parlamentario Carlos Alonso Lucio y que podrían afectar su serenidad como juzgador, con lo cual se satisface y fundamenta de manera explícita y convincente la inhabilidad alegada por el mismo y que bien puede ofrecer un notorio y serio menoscabo en su libertad de juicio.

En mérito de lo expuesto, y con base en las consideraciones precedentes, la Sala de Conjueces

RESUELVE:

Aceptar el impedimento manifestado por el H. Conjuez de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia doctor Fabio Aristizábal Hoyos, por tal motivo se le declara separado del conocimiento del presente asunto.

Cópiese y cúmplase.

Carlos Arturo Cano Jaramillo, Conjuez *Alvaro N. Correal Reyes*, Conjuez; *Whanda Fernández León*, Conjuez; *Efraín Mora Castillo*, Conjuez; *Jaime Rico Carvajal*, Conjuez; *Hugo Humberto Rodríguez Cortes*, Conjuez; *José I. Talero Lozada*, Conjuez; *Arnoldo Zarazo Oviedo*, Conjuez.

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

NULIDAD/ DEMANDA DE CASACION/ CAUSAL DE JUSTIFICACION/ DELITO-Intención

1. En materia de nulidades rige en nuestro sistema procesal penal el principio de protección, de acuerdo con el cual, quien haya coadyuvado con su conducta la situación irregular, no puede invocar la ineficacia del acto, salvo que se trate de falta de defensa técnica (art.308.3 C. de P.P.).

Principios elementales de teoría del delito enseñan que las causales de justificación del hecho y el exceso, son instituciones jurídicas incompatibles, pues mientras las primeras niegan la responsabilidad penal del procesado en los hechos, la segunda la afirma, implicando sólo una aminorante de punibilidad.

Esto hace que el recurrente en casación no pueda invocar simultáneamente, dentro de un mismo reproche, el reconocimiento de ambas figuras, como lo plantea el censor en este caso, no sólo por constituir un contrasentido jurídico, sino porque una propuesta de esta índole torna indescifrable el alcance de la impugnación, en cuanto no podría establecerse si lo pretendido por el impugnante es la absolución o la condena del procesado.

Si procuraba lo primero, por considerar que la conducta estaba amparada por una causal de justificación, debió invocar aplicación indebida del artículo 323 del Código Penal, y falta de aplicación del artículo 29.4 ejusdem; pero si sólo buscaba el reconocimiento de la atenuante del exceso, no podía, sin incurrir en abierta contradicción, invocar paralelamente aplicación indebida del artículo 323, y falta de aplicación del 29.4.

Insistentemente ha sido sostenido por la doctrina de la Corte que cuando se alega por el recurrente error en la calificación jurídica de la conducta, la censura debe formularse al amparo de la causal tercera de casación, pero desarrollarse conforme a la técnica que gobierna la primera.

Esto implica para el Casacionista tener que precisar la forma de violación de la ley sustancial, si directa o indirecta, y en este último su-

puesto, la naturaleza del error cometido, si de hecho por omisión, suposición o tergiversación de la prueba; o de derecho por falsos juicios de legalidad o convicción, con indicación de las pruebas comprometidas y la trascendencia del desacierto en las conclusiones del fallo.

2. La duración de la incapacidad no es per se elemento de juicio del que pueda inferirse la intencionalidad, pues bien puede llegar a suceder que aquélla no exista, y no por ello puede negarse la configuración del delito. Mucho más importantes resultan ser las circunstancias que rodearon el hecho, la condición de experto tirador del agresor, la naturaleza del arma utilizada, la distancia, y la región anatómica impactada.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Santa Fe de Bogotá, D. C., once de diciembre de mil novecientos noventa y ocho.

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

Proceso No. 10055

Aprobado acta No.192

Resuelve: la Corte el recurso extraordinario de casación interpuesto contra la sentencia de 8 de junio de 1994, mediante la cual el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali condenó a los hermanos Fernando y Jorge Lopez Montenegro, el primero a la pena principal de 10 años de prisión como autor responsable del delito de homicidio en José Heriberto Calvo Ramirez, y el segundo a 5 años de prisión como autor responsable del delito de homicidio, en la modalidad de tentativa, de que hizo victima al menor Johnny William Skinner Marín.

HECHOS Y ACTUACIÓN PROCESAL

El 19 de agosto de 1992, siendo aproximadamente la 1:30 de la tarde, José Heriberto Calvo Ramírez, quien se encontraba con su primo Fanel Fernando Calvo González en la estación de servicio "Texaco-Guadalupe" de la ciudad de Cali, aprovisionando de combustible la motocicleta en la cual se movilizaban, recibió un disparo con arma de fuego tipo revólver, calibre 32 largo, a la altura de la región torácica, que le causó la muerte (fl. 269), en desarrollo de un tiroteo que se presentó cerca de este lugar.

Las primeras pesquizas establecieron que los disparos provenían de la casa de habitación de la familia López Montenegro, demarcada con el No.50-94 de la calle 10, contigua a la estación de servicio, y que habían sido realizados por los hermanos Fernando y Jorge contra cuatro adolescentes que merodeaban la residencia, utilizando una escopeta calibre 12, de dos cañones, de propiedad de este último, quien es miembro del Club de Tiro, Caza y Pesca "Los Tigres" de la ciudad de Cali, y un revólver calibre .32 largo, marca Colts, de propiedad del padre de ellos, ambas amparadas

con salvoconducto (fls. 1 vto., 105, 118, 385-1). Se determinó, así mismo, que Fernando disparaba el revólver y Jorge la escopeta.

El grupo de adolescentes estaba integrado por Zuleyman Silva Oviedo (16 años), Hernando Alberto Bedoya Estrada (14 años), Leonardo Arredondo Botero (15 años), y Johnny Williams Skinner Marín (14 años), quien recibió un disparo de escopeta, presentando heridas por perdigones en tórax, miembro superior izquierdo y miembro inferior izquierdo, así: a) Pre-axilar izquierda; b) Cara interna tercio inferior del antebrazo izquierdo; c) Cara externa tercio superior del muslo izquierdo; d) Cara posterior de la pierna izquierda en No. de 3 cada una en sus numerosos tercios; e) talón izquierdo en No. de 2; y, f) dorso del pie izquierdo, habiéndole sido determinada una incapacidad definitiva de ocho (8) días sin secuelas (fls. 77, 153, 179 y 211-1).

Iniciada la investigación, la Unidad de Vida de la Fiscalía escuchó en indagatoria a los hermanos Fernando y Jorge López Montenegro, resolviendo su situación jurídica con medida de aseguramiento de detención preventiva para el primero, por homicidio culposo, y de caución prendaria para el segundo, por lesiones personales intencionales (fls.25, 27 vto. y 60-1).

Los imputados explicaron su actitud afirmando haber sido objeto de un conato de "robo" en su domicilio por parte de cuatro sujetos: dos que lograron traspasar la puerta de la residencia portando un revólver, y dos más que intentaban abrir la camioneta que se hallaba estacionada en frente. Por esta razón se vieron obligados a utilizar las armas, no con el ánimo de herirlos, sino de amedrantarlos, dirigiendo siempre los disparos al aire o al piso. Jorge accionó la escopeta y Fernando el revólver, habiendo sido un proyectil de esta última arma el que accidentalmente hirió a un transeúnte que se encontraba en esos momentos en la bomba de gasolina contigua. Minutos mas tarde, cuando fueron informados de este insuceso, Fernando prendió la camioneta y lo trasladó al hospital, pero allí llegó muerto. Según el relato de Jorge, los disparos con la escopeta los hizo a 15 o 20 metros de distancia de los ladrones (fls. 25 y 27 vto.-1).

En declaraciones rendidas bajo juramento, los menores negaron las imputaciones de los hermanos López Montenegro, señalando que desde aproximadamente las 10:30 de la mañana de ese día estuvieron cazando lagartos e iguanas, y recogiendo frutas en distintos lugares de la ciudad, hasta llegar a la estación de servicio, donde solicitaron permiso para coger mangos, habiéndoles sido negado. Después avistaron dos palmas de coco, una en el antejardín de la casa donde se presentó el problema, y otra en el lote adyacente. Zuleyman abrió la puerta de la reja que encierra el antejardín para pedir permiso, pero se lo negaron, indicándole que si querían bajar cocos podían hacerlo en seguida. Zuleyman y Leonardo intentaron subir a la palma sin lograrlo. Después de varios minutos, Johnny y

Hernando, quienes habían cruzado la calle manifestando su intención de irse, empezaron a lanzar pequeñas piedras contra sus compañeros utilizando una cauchera, y como una de ellas pegó en la reja del antejardín causando mucho ruido, resolvieron arrojar otras para asustarlos. Estando en esto, salieron del interior de la casa dos muchachos, uno con una escopeta y otro con un revólver, diciéndoles "ladrones y/o ratas hijueputas váyanse ". Leonardo trató de aclararles la situación, pero empezaron a disparar a los pies suyos y de Zulcyman, obligándolos a correr hacia la bomba de gasolina. Después, quien portaba la escopeta disparó directamente contra Johnny, hiriéndolo, mientras el otro lo hacía contra aquéllos. Todos son estudiantes, excepto este último, y la única arma que llevaban consigo era una navaja (fls. 2 vto., 39, 47, 92, 189-1).

José Humberto Londoño Ayala (fls.183-1) y Ernesto Arturo Burbano Vélez (fls.207-1), empleados de la estación de servicio Texaco-Guadalupe, confirman bajo juramento la versión de los adolescentes, en el sentido de que momentos antes de los disparos estuvieron solicitando permiso en la estación para recoger mangos, y luego se retiraron hacia la esquina a "molestar" en una palma de coco. Londoño Ayala agrega que minutos después se escucharon las detonaciones, y que al salir observó a los muchachos corriendo, viendo caer a uno de ellos al otro lado de la autopista a consecuencia de los disparos. Dos de estos jóvenes se dirigieron a la estación de servicio buscando refugio, mientras el agresor disparaba en su contra, habiendo sido impactado en el pecho un señor que se encontraba delante suyo. Calcula la distancia entre el agresor y la víctima en 50 ó 60 metros.

Nancy Julieth Brito González (fls.175-1), Libardo Alfaro Ramírez (fls.178-1) y Adriana Olaya Tierradentro (fls.193-1), empleados también de la estación de servicio, refieren lo ocurrido desde cuando fueron escuchados los primeros disparos. Igual acontece con el testimonio de Fanel Fernando Calvo González, quien acompañaba a la víctima en el momento de recibir el impacto (fls.9-1).

Del proceso hacen también parte los testimonios de Luis Alberto Toro López (fl.14) y Carlos Arturo García Ramírez (fls.15-1), Agentes de la Policía que suscriben el informe relacionado con la aprehensión de los procesados y los motivos de su captura (fl.12), quienes declaran haber escuchado de uno de los capturados la versión del atraco.

De igual manera, el testimonio de Hugo López Arango, padre de los acusados, quien hacía la siesta cuando se presentaron los hechos, enterándose de lo sucedido por boca de Jorge (fl.10 vto.); el acta de levantamiento del cadáver (fl.1 vto.); un informe sobre los hechos rendido por el Cuerpo Técnico de Investigaciones de la Fiscalía (fl.78); fotografías de la víctima, las armas y del lugar del insuceso (fls.123, 145 ss); y, una inspección judicial a la camioneta que se encontraba estacionada frente a la

residencia de la familia López Montenegro, con el fin de establecer la existencia de huellas de violencia (fls.91-1).

Mediante resolución de 30 de marzo de 1993, la Fiscalía calificó el mérito del sumario con resolución acusatoria respecto de Fernando López Montenegro por el delito de homicidio culposo, y dispuso expedir copias para que las autoridades de policía investigaran la conducta de Jorge López Montenegro, por considerarla constitutiva de lesiones personales, y ser la incapacidad médico legal de ocho (8) días sin secuelas. Dentro de la misma providencia, negó la vinculación de Hugo López Arango, propietario del revólver, como tercero civilmente responsable (fls.248-1).

Esta decisión fue impugnada por el apoderado de la parte civil en procura de lograr la referida vinculación de López Arango, y por el defensor de los procesados para que la segunda instancia profiriera en favor de Fernando preclusión de investigación (fls.271 y 277-1). La Fiscalía Delegada ante el Tribunal, por auto de 9 de junio del mismo año, tomó la siguientes decisiones: 1) Acusó a Fernando por el delito de homicidio simple, deduciéndole culpabilidad dolosa eventual; 2) Profirió resolución de acusación contra Jorge por tentativa de homicidio en relación con el menor Johnny William Skinner Marín; y, 3) Dispuso la vinculación de Hugo López Arango como tercero civilmente responsable (fls.282 y ss 1).

En el juicio fueron ordenadas varias pruebas, entre ellas el testimonio de Marina Montenegro de López, madre de los procesados, y la ampliación de la declaración del Agente de Policía Carlos Arturo García Ramírez, cuya práctica se cumplió dentro del período probatorio de la causa, antes de la celebración de la audiencia pública (fls.337, 372 y 377-1).

Mediante resolución C-0005 de 16 de febrero de 1994, el Fiscal Coordinador de la Unidad Delegada ante el Tribunal dispuso el desplazamiento de la Fiscal que venía actuando en el asunto, en cumplimiento de lo establecido en el artículo 440.6 del Código de Procedimiento, asignando en su lugar a la Fiscal Delegada que modificó la resolución acusatoria (fls.418-1).

Con fecha del día siguiente (febrero 17), el Juzgado Doce Penal del Circuito de Cali dictó sentencia, mediante la cual condenó a los hermanos Fernando y Jorge López Montenegro a las penas principales de 10 y 5 años de prisión, respectivamente, y la accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas por el mismo término, como autores responsables de los delitos imputados en la resolución de acusación (fls.420-1).

Apelado este fallo por el apoderado de la parte civil y la defensora de los procesados (fls.454 y 459), el Tribunal Superior, mediante el suyo de 8 de junio de 1994, que ahora recurre en casación la defensa, lo confirmó en lo atinente a la condena de los procesados, pero absolvió al padre de éstos de los cargos que merecieron su vinculación al proceso como tercero civilmente responsable (fls. 485-1).

1. Demanda a nombre del procesado Fernando López Montenegro.

Dos cargos al amparo de la causal tercera y uno con fundamento en la primera presenta el demandante contra la sentencia impugnada.

CAUSAL TERCERA:

Cargo primero:

Violación del derecho de defensa por infracción del principio de investigación integral, específicamente por no haber sido practicada diligencia de inspección judicial con reconstrucción en el lugar de los hechos, necesaria para poder determinar las distancias entre en lugar de los disparos y las personas que recibieron lesiones, y despejar las dudas creadas en torno a la verdadera intención de los procesados.

Esta prueba, resultaba indispensable para ubicar la posición desde la cual el procesado dice haber realizado el último disparo al piso, y el grado de desviación que pudo haber tomado, amén de la distancia que recorrió hasta hacer contacto con el cuerpo del infortunado parrillero de la motocicleta.

Reconoce que la Fiscalía ordenó la práctica de esta diligencia en dos oportunidades durante la fase de instrucción, y que no logró efectuarse por la inasistencia del defensor, pero sostiene que el referido profesional justificó su ausencia, siendo posteriormente reemplazado, sin que los juzgadores volvieran a ordenarla.

Cargo segundo:

Violación del debido proceso por desconocimiento de lo establecido en el inciso sexto del artículo 440 de Código de Procedimiento Penal que ordena que cuando la resolución calificatoria es revocada o modificada como resultado del recurso de apelación, debe seguir conociendo de la investigación, si a ello hubiere lugar, un fiscal diferente del que profirió la decisión impugnada.

Sostiene que en el caso objeto de estudio ese desplazamiento solo vino a cumplirse después de realizada la audiencia pública, mediante resolución C-0005 de 16 de febrero de 1994, debiendo haberlo sido desde el momento mismo en que se efectuó la notificación de la decisión modificatoria. Además de esto, terminó permitiéndose, por este modo, la intervención en el juicio de un funcionario que solo podía actuar en segunda instancia, puesto que la designación recayó en la Fiscal Delegada ante el Tribunal que había modificado la calificación del sumario.

Pide decretar la nulidad de lo actuado a partir del momento procesal que la Corte estime pertinente, y disponer la devolución del proceso al funcionario judicial correspondiente para que proceda de conformidad con lo resuelto.

Causal primera:

Violación indirecta de la ley sustancial por errores de hecho y de derecho en la apreciación de las pruebas, que llevaron a la inaplicación de los artículos 29.4 y 30 del Código Penal, y la aplicación indebida del 323 ejusdem. Como errores de derecho por falso juicio de legalidad, señala los siguientes:

-Haber apreciado los juzgadores los testimonios de los menores Hernando Alberto Bedoya Estrada y Leonardo Arredondo Botero, y de los empleados de la estación de servicio "Texaco" Nancy Julieth Brito González, Libardo Alfaro Ramírez, José Humberto Londoño Ayala, Adriana Olaya Tierradentro y Ernesto Arturo Urbano, a pesar de haber sido recepcionados por un Técnico Judicial, quien carece de la condición de funcionario, según lo previsto en el artículo 572 del Código de Procedimiento Penal.

-Haber valorado el testimonio del Menor Johnny Williams Skinner Marín, de cuyo texto se deduce que la Fiscal no estuvo presente en el momento de su práctica, pues quien aparece recibiendo el juramento, según consta en el acta correspondiente, es la "técnico asignada".

-Haberle otorgado validez a la declaración de María Montenegro de López (madre de los imputados), no obstante haber sido recibida antes de la audiencia pública, con violación de lo establecido en los artículos 447 y 448 del estatuto procesal.

Afirma que este acopio de testimonios comprometió el pensamiento del funcionario instructor y los juzgadores, en cuanto condujeron a la desestimación de las afirmaciones de su representado sobre los hechos, según puede advertirse en sus razonamientos, básicamente de los expuestos por el Tribunal, cuyos apartes pertinentes transcribe.

También se presentó error de hecho por falso juicio de existencia en relación con las siguientes pruebas, las cuales fueron ignoradas por los juzgadores de instancia:

-La inspección judicial practicada sobre la camioneta de propiedad de la familia López Montenegro, en la cual se estableció la existencia de huellas de violencia "en el agujero de la chapa de la puerta izquierda", siendo claramente indicativas del inicio por parte de los intrusos de maniobras orientadas a burlar la seguridad del vehículo;

-El testimonio de Fanel Fernando Calvo González, quien relata que al pedirle ayuda a Fernando López para trasladar a su primo al hospital, se mostró dispuesto a colaborar, explicándole que había sido sin culpa, y que solo pretendía "darle a unos ladrones que le iban a robar su camioneta";

-El acta de levantamiento del cadáver de José Heriberto Calvo Ramírez, donde la Fiscal dejó constancia del relato hecho por el procesado, en los siguientes términos: "Su hermano Fernando manifestó que accionó el re-

vólver de propiedad de su padre por cuanto escuchó a su señora madre que dijo rateros y vio a cuatro sujetos con intención de malicia sobre el carro de la casa";

-El testimonio de Hugo López Arango, padre de los procesados, quien alude a las manifestaciones que le hizo su hijo Fernando inmediatamente después de los hechos, en sentido de que los individuos contra quienes habían disparado pretendían ejecutar un robo; y,

-Las declaraciones de los agentes Luis Alberto Toro López y Carlos Arturo García Ramírez, a quienes el procesado y algunos transeúntes les hicieron el mismo comentario.

El desconocimiento de estas pruebas, aunado a los errores de derecho por falso juicio de legalidad, llevaron al fallador a aplicar de manera indebida el artículo 323 del Código Penal, y por ende a condenar a Fernando López Montenegro como autor del delito de homicidio, dejando de aplicar el ordinal 4° del 29 ejusdem, "deduciéndole, eso sí, el exceso de que trata el artículo 30 de la misma obra".

Pide, en consecuencia, casar parcialmente la sentencia impugnada, y condenar al procesado a la pena principal de 20 meses de prisión, disponiendo la suspensión condicional de la condena (fls.527-1).

2. Demanda a nombre de Jorge López Montenegro.

Causal tercera:

Cargo primero

Incompetencia de la Fiscalía Delegada ante el Tribunal para modificar la orden contenida en la resolución acusatoria, de expedir copias con destino a las autoridades de policía para que investigaran las lesiones personales causadas al menor Johnny William Skinner Marín.

Sostiene que ni el apoderado de la parte civil, ni el defensor de los procesados, cuando interpusieron el recurso de apelación contra la resolución de acusación, impugnaron este aspecto, y que al no haberlo hecho, ni haber sustentado una tal inconformidad, el superior no podía entrar a revisarlo, como equivocadamente lo hizo.

Consecuente con este planteamiento solicita a la Corte casar el fallo impugnado, decretar la nulidad de lo actuado a partir de la resolución de acusación, y ordenar expedir copias con destino a las Inspecciones de Policía para que aprehendan el conocimiento de este punible.

Cargo segundo:

Nulidad por errónea calificación de la conducta, toda vez que los hechos imputados a este procesado son solo constitutivos de lesiones personales, no de homicidio en el grado de tentativa.

Apoya sus conclusiones en el análisis de las siguientes circunstancias: a) la distancia habida entre "el disparo realizado al piso" por el acusado, y el sitio donde se encontraba el menor que resultó herido a causa "del rebote de uno de los perdigones", calificada por el técnico de balística como "larga distancia"; b) la circunstancia de haber sido halladas frente a la residencia de la familia López Montenegro, sobre el pavimento, señales de que el arma fue accionada contra el piso; c) la superficialidad de las heridas, en cuanto no interesaron la estructura ósea; y, d) la condición de deportista afiliado a la federación de tiro al blanco del procesado, la cual le permitía hacer blanco en el cuerpo, sin fallar, si hubiera tenido la intención de matar.

Estos elementos de juicio muestran con claridad que los perdigones que alcanzaron al menor provinieron del disparo de escopeta hecho al piso, y que la intención de Jorge fue de lesionar, no de perpetrar un delito de homicidio. Por estas razones, la calificación debió erigirse sobre la base de la violación del numeral 9° de la Ley 23 de 1991, y no del artículo 323 del Código Penal.

Pide decretar la nulidad del fallo impugnado, y remitir la actuación al Fiscal instructor para que proceda a expedir copias con destino a las Inspecciones de Policía, por competencia.

Causal primera:

Violación indirecta de la ley sustancial por errores de hecho y de derecho en la apreciación de las pruebas, que llevaron a los juzgadores de instancia a aplicar indebidamente el artículo 323 del Código Penal, e inaplicar los artículos 29.4 y 30 *ejusdem*.

Los fundamentos de este cargo son sustancialmente idénticos a los expuestos en la demanda presentada a nombre del procesado Fernando López Montenegro al amparo de la misma causal. Por esta razón, la Corte se abstendrá de sintetizarlos. Al igual que en aquélla, solicita dictar fallo de reemplazo, suspendiendo condicionalmente la condena (fls.552-1).

ALEGATOS APRECIATORIOS

Dentro del término legal presentaron alegaciones la Fiscal Delegada ante el Tribunal, y el Procurador 63 en lo Judicial. La primera se opone a la demanda presentada a nombre del procesado Jorge López Montenegro argumentando que el artículo 217 del Código de Procedimiento permitía al superior funcional pronunciarse sin limitaciones sobre la decisión impugnada, y que los elementos de juicio allegados al proceso evidencian "de bulto" la intención del procesado de causar daño. Además, porque la prueba que sirvió de sustento al fallo reúne los requisitos legales de validez (fl.577). En relación con la demanda presentada a nombre del procesado Fernando López Montenegro, ningún comentario hace la memorialista.

El Procurador 63 Judicial Penal coadyuva el cargo de nulidad que el impugnante deriva del desplazamiento de la Fiscal instructora y la designación en su reeemplazo de la Fiscal Delegada ante el Tribunal, por considerar que resiente el principio de la doble instancia, y se opone a los demás reproches contenidos en la demanda presentada a nombre del procesado Fernando López Montenegro.

En relación con el segundo libelo, secunda el cargo de nulidad fundamentado en la incompetencia del ad quem para pronunciarse sobre aspectos de la resolución calificatoria no impugnados por las partes, y se opone a los restantes (fls.589-1).

CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

El Procurador Primero Delegado en lo Penal responde de la siguiente manera los cargos formulados contra la sentencia impugnada.

Demanda a nombre de Fernando López Montenegro.

1. Nulidad por la no práctica de la diligencia de inspección judicial. Sostiene que esta situación no anula ni deslegitima el fallo, porque los resultados buscados con ella constituyen simples expectativas, y porque la prueba aportada al proceso no sufriría modificaciones. Además, porque el proceso cuenta con otros elementos de juicio que sustentan lo fallado.

2. Nulidad por el desplazamiento de la Fiscal instructora. Considera que la apreciación del Casacionista es equivocada, puesto que el texto del artículo 440 del estatuto procesal solo se refiere a los eventos en los cuales la revocación o modificación de la calificación implica un retorno de la actuación a la fase de la investigación, caso en el cual no puede seguir adelantándola el Fiscal cuya providencia ha sido modificada o revocada.

3. Errores de derecho por falso juicio de legalidad. Es del criterio que los testimonios recibidos por los técnicos judiciales, y las declaraciones que lo fueron antes de la audiencia pública, son ilegales, pero que ello no incide en la decisión de condena, puesto que son los mismos procesados los que suministran todos los datos fácticos para concluir que cuando se presentaron los disparos causantes de las lesiones del menor y la muerte del tercero, la injusta agresión de quienes, según su versión, pretendían hurtar, ya había cesado, como quiera que huían del sitio de los hechos.

Por idéntica razón, el ataque consistente en la falta de apreciación de la inspección judicial donde se dejó constancia del hallazgo de huellas de violencia en la chapa de una de las puertas del vehículo, resulta inocuo frente al sentido de la decisión, porque aún admitiendo la hipótesis del intento de hurto, de todas maneras habría de concluirse que la agresión a los bienes ya había cesado.

Demanda a nombre de Jorge López Montenegro.

1. Nulidad por incompetencia de la Fiscalía Delegada ante el Tribunal para pronunciarse sobre lo decidido en la calificación del sumario respecto de las lesiones personales. Para la Delegada este cargo está llamado a prosperar, pues considera con el demandante que existió una intromisión indebida de la segunda instancia en la decisión del recurso.

Explica que el a quo definió el hecho de las heridas sufridas por el menor Skinner Marín como lesiones personales, de competencia de las Inspecciones de Policía, y por esta razón dispuso en la parte resolutiva compulsar copias de todo el sumario con destino a dichos funcionarios para su investigación.

Como es obvio, se trataba de una decisión de impulso procesal (simple compulsación de copias), ajena a la calificación del mérito del sumario, siendo por su naturaleza de carácter sustanciatorio, al tenor de la definición legal traída por el artículo 179, numeral 3° del estatuto procesal.

A su vez, el artículo 202 ejusdem, establece que el recurso de apelación solo procede contra las sentencias y las decisiones de naturaleza interlocutorias, siendo inevitable concluir que en el caso concreto no cabía este recurso contra la orden de expedir copias, por no ser tema de decisión. Además de ello, los recursos de apelación interpuestos no comprendían este pronunciamiento, como que ninguno de los impugnantes refirió inconformidad con él.

Por tanto, frente al contenido del artículo 217 del Código de Procedimiento, que limita la competencia del superior a los aspectos impugnados, debidamente sustentados y que sean susceptibles del recurso, debe concederse razón al censor, pues al revocar la Fiscalía Delegada la decisión de expedir copias para investigar las lesiones, propició una sentencia contra legem. Y agrega:

"Sin que sea materia adecuada al debido proceso, H. Magistrados, es claro además que las pruebas parecen indicar que no hubo tentativa de homicidio: heridas superficiales, parte del cuerpo afectada, distancia del disparo, capacidad del disparador en el uso de armas, el apuntar al piso y hacia los pies como declaran los mismos muchachos agredidos, la incapacidad misma de ocho días, muestran que el criterio de la primera instancia no está sin sustento debido (sic) en el orden sustancial".

2. Nulidad por equivocada calificación jurídica de la conducta. Considera, sin perjuicio de lo expuesto en el cargo anterior, que este cargo debe ser desestimado, toda vez que el demandante, en el análisis que presenta de las pruebas, no hace cosa distinta de invadir la esfera de valoración propia del juzgador, amparada, como se sabe, por la doble presunción de acierto y legalidad.

3. Errores de derecho por falsos juicios de legalidad. Reitera su criterio ya expuesto de que los testimonios recibidos por los técnicos judiciales son ilegales, pero insiste en que su exclusión no incide en la sentencia, puesto que los demás medios de prueba permiten sustentar la decisión de condena.

Consecuente con sus planteamientos, pide a la Corte casar parcialmente el fallo recurrido para decretar la nulidad de lo actuado en relación con la acusación por el delito de tentativa de homicidio, manteniendo su validez en lo demás.

SE CONSIDERA

Demanda a nombre del procesado Fernando López Montenegro.

Causal tercera

1. Nulidad por violación del derecho de defensa debido a que no fue practicada inspección judicial con reconstrucción de los hechos en el lugar del insuceso.

La inconsistencia de este cargo es manifiesta. Para empezar debe recordarse que en materia de nulidades rige en nuestro sistema procesal penal el principio de protección, de acuerdo con el cual, quien haya coadyuvado con su conducta la situación irregular, no puede invocar la ineficacia del acto, salvo que se trate de falta de defensa técnica (art.308.3 C. de P.P.).

En el caso sub judice, en dos oportunidades la Fiscalía decretó oficiosamente la práctica de esta prueba, y en ambas ocasiones hubo necesidad de renunciar a ella por inasistencia del defensor de los procesados (fls.53, 100, 155 y 196-1). Luego mal puede ahora, quien funge igual encargo, demandar la invalidación de la actuación procesal porque esta diligencia no fue practicada.

Cierto es que en una de estas oportunidades el defensor presentó un memorial justificando su inasistencia, pero no lo es menos que jamás demandó su práctica, ni insistió en ella, y que igual actitud asumió la nueva defensora en la etapa de la causa, siendo evidente el desinterés hacia su realización (fls.198, 335-1).

La importancia que el actor le atribuye a esta probanza tampoco corresponde a la que realmente podría tener en términos de trascendencia, pues no se advierte de qué manera la medición de la distancia existente entre el agresor y el occiso, o la verificación hipotética del ángulo de desviación del proyectil a partir de su contacto con el piso, tendrían la virtualidad de mostrar una visión distinta de los hechos investigados, capaz de conmover los cimientos del fallo.

En cambio, resulta evidente su inutilidad. De una parte, porque en el proceso existen pruebas testimoniales, constancias judiciales, planos y registros fotográficos que permiten tener una percepción clara del lugar de los hechos; y, de otra, porque la trayectoria del proyectil en el cuerpo del occiso, según el protocolo de necropsia (de arriba hacia abajo en un ángulo de aproximadamente 15° con el plano horizontal), descarta que el disparo hubiese sido recibido después de haber hecho contacto con el piso, como lo sostiene el procesado. De allí que pretender establecer dicho ángulo de desviación, adveriga irrelevante.

El cargo, por consiguiente, no está llamado a prosperar.

2. Nulidad por no haberse dado cumplimiento a lo establecido en el último inciso del artículo 440 del Código de Procedimiento Penal, modificado por el 59 de la Ley 81 de 1993 (inciso tercero del texto original) que dice: "Si como resultado de la apelación interpuesta, se revoca o modifica la resolución calificatoria, continuará conociendo de la investigación, si a ello hubiere lugar, un fiscal diferente del que profirió la decisión recurrida" (Negrillas fuera de texto).

Este reproche es infundado. Como acertadamente lo expone el Procurador Delegado en su concepto, la norma que viene de ser transcrita solo hace referencia a los eventos en los cuales la revocación o modificación de la decisión calificatoria implican un retorno de la actuación a la fase investigativa, no cuando determinan el tránsito a la etapa de la causa, como ocurrió en el presente caso.

Siendo ello así, no era necesario disponer el desplazamiento del Fiscal que profirió la decisión objeto de revocación, y si después se hizo, esto en nada puede afectar el derecho de defensa o el debido proceso, pues en aras de mantener la coherencia de la investigación y acusación, o por razones de conveniencia, la ley faculta a la Fiscalía General de la Nación para que realice esta clase de cambios, pudiendo ser asumida directamente por el superior funcional, sin que por ello se afecte el principio de la doble instancia (Cfr. Cas. mayo 5/98, Mag. Ptte. Dr. Fernando Arboleda Ripoll).

Por lo demás, el recurrente no demuestra de qué manera la permanencia del Fiscal instructor al frente de la acusación hasta después de la celebración de la audiencia pública, pudo haber afectado las garantías de la parte que representa, o quebrantado las bases fundamentales del juzgamiento.

El cargo no prospera.

Causal primera

Aplicación indebida del artículo 323 del Código Penal e inaplicación de los artículos 29.4 y 30 ejusdem, debido a errores de hecho y de derecho en la apreciación de las pruebas.

Principios elementales de teoría del delito enseñan que las causales de justificación del hecho y el exceso, son instituciones jurídicas incompatibles, pues mientras las primeras niegan la responsabilidad penal del procesado en los hechos, la segunda la afirma, implicando solo una aminorante de punibilidad.

Esto hace que el recurrente en casación no pueda invocar simultáneamente, dentro de un mismo reproche, el reconocimiento de ambas figuras, como lo plantea el censor en este caso, no solo por constituir un contrasentido jurídico, sino porque una propuesta de esta índole torna indescifrable el alcance de la impugnación, en cuanto no podría establecerse si lo pretendido por el impugnante es la absolución o la condena del procesado.

Si procuraba lo primero, por considerar que la conducta estaba amparada por una causal de justificación, debió invocar aplicación indebida del artículo 323 del Código Penal, y falta de aplicación del artículo 29.4 ejusdem; pero si solo buscaba el reconocimiento de la atenuante del exceso, no podía, sin incurrir en abierta contradicción, invocar paralelamente aplicación indebida del artículo 323, y falta de aplicación del 29.4.

Al margen de esta inconsistencia, suficiente de suyo para desestimar el cargo, el demandante se limita a descalificar la prueba testimonial que sirvió de fundamento a los juzgadores de instancia para desechar la versión del atraco suministrada por los hermanos López Montenegro, sin demostrar la trascendencia del yerro, pues asume, equivocadamente, que la circunstancia de hallarse los menores en actitud delictiva, justificaba la conducta de los procesados.

Acertados son en este punto los razonamientos expuestos por el Procurador Delegado en su concepto, cuando sostiene que en un tal supuesto las alegaciones del censor serían también estériles, puesto que la agresión a los bienes de propiedad de la familia López Montenegro, de haber ella existido, ya había cesado cuando los procesados decidieron utilizar sus armas, tornándose su acción en una vindicta, no amparada por la ley.

Estas inconsistencia de orden técnico, relevan a la Corte de tener que examinar la legalidad de las pruebas cuestionadas por el actor, pues aún prescindiendo de ellas, el sentido del fallo sería el mismo. Con todo, debe dejarse en claro que los testimonios de los menores Johnny William Skinner Marín y Suleyman Silva Oviedo fueron recibidos directamente por la Fiscal Coordinadora de la Unidad en presencia del defensor de los procesados (fls. 39 y 47), quien ninguna constancia dejó sobre la no asistencia de la funcionaria, como pareciera insinuarlo el impugnante, y que estos elementos de juicio, junto con los demás que integran el acervo probatorio, cuya legalidad no ha sido objeto de cuestionamiento, sustentan ampliamente las conclusiones del fallo.

Debe hacerse también claridad en el sentido de que los juzgadores no ignoraron la inspección judicial practicada sobre el vehículo de la familia López Montenegro con el fin de establecer la existencia de huellas de violencia, como puede inferirse de los siguientes apartes de la sentencia de primer grado: "Sobre el particular nada aportaron los encausados, quienes únicamente centraron su justificación por una incursión de los menores en la casa y los otros, tratar (sic) de desvalijar la camioneta, que a la postre no se demostró, porque a pesar de que en la inspección judicial verificada sobre el rodante, se constató una pequeña avería catalogada como 'leve escoriación en el agujero de la chapa de la puerta izquierda del vehículo ', ... debe considerarse que ello por sí solo no convence a este funcionario de que constituye una huella dejada por los jóvenes al pretender forzar la puerta del carro, según lo sostienen los indagados, porque como se esbozó, la prueba vertida en la foliatura, releva a los jóvenes de cualquier actividad ilícita para la tarde de los acontecimientos" (fls.440-1).

No sólo, entonces, por inidoneidad sustancial, sino por adolecer de falencias técnicas insalvables en su formulación, se impone la desestimación de la censura.

Demanda a nombre del procesado Jorge López Montenegro.

Causal tercera

1. Nulidad del proceso por haber desbordado la Fiscalía Delegada ante el Tribunal el marco de competencia funcional que le fijaba la apelación interpuesta contra la resolución calificatoria.

Dos argumentos se presentan para sustentar este reproche. Uno, expuesto por el Procurador Delegado en su concepto, consistente en que la decisión de expedir copias para investigar las lesiones personales era inimpugnable por ser de simple impulso procesal. El otro, presentado por el censor y secundado por la Delegada, en el sentido de que el superior no podía entrar a revisar este aspecto, por no haber sido objeto de impugnación, y que al hacerlo, desconoció el contenido del artículo 217 del estatuto procesal, modificado por el 34 de la Ley 81 de 1993, con violación del debido proceso.

Ambas posturas son equivocadas. La orden de expedir copias no puede mirarse aisladamente, ni ser entendida como el cumplimiento de la obligación de informar a la autoridad competente sobre la ocurrencia de un hecho punible. La compulsación sobrevino como consecuencia de la decisión de la funcionario de declararse incompetente para seguir conociendo de las lesiones causadas al menor Skinner Marín, por considerarlas de conocimiento de las autoridades de policía.

Para llegar a esta conclusión basta tener en cuenta que este hecho ameritó la vinculación al proceso de López Montenegro, determinó una medida de aseguramiento en su contra, y habría sido objeto de calificación

de no haber sido porque la funcionaria expresó su incompetencia para hacerlo.

La orden de expedir las copias sobrevino necesaria porque en el mismo proceso estaban siendo investigados otros hechos, y respecto de ellos debía continuar la actuación, pero si esta situación no se hubiera presentado, la Fiscal habría tenido que enviar el expediente a las autoridades de policía, absteniéndose de ordenar la compulsa.

Siendo ello así, no cabe duda que a través de esta decisión la funcionaria estaba definiendo un aspecto sustancial del proceso (la competencia), que no imprimiendo simple dinámica al rito procesal, como equivocadamente lo sostiene el Procurador Delegada en su concepto al desligar la consecuencia de la causa, y que en tales condiciones, era susceptible de ser impugnada (arts. 179.2 C.P.P.).

El otro argumento no es de recibo para el caso concreto, puesto que para la fecha en que la Unidad de Fiscalía Delegada ante el Tribunal desató los recursos de apelación interpuestos contra la resolución calificatoria, (junio 9 de 1993) no se encontraba vigente la norma que el Casacionista invoca para sustentar el cargo (art. 34 de la Ley 81 de 1993), sino el original artículo 217 del estatuto procesal, que autorizaba al funcionario para pronunciarse sin limitación alguna sobre la providencia impugnada.

El cargo no prospera.

2. Error en la denominación jurídica del hecho punible. En la formulación de este reparo el demandante acierta en la selección de la causal, pero omite demostrar el error denunciado, dejando a mitad de camino el desarrollo del cargo.

Insistentemente ha sido sostenido por la doctrina de la Corte que cuando se alega por el recurrente error en la calificación jurídica de la conducta, la censura debe formularse al amparo de la causal tercera de casación, pero desarrollarse conforme a la técnica que gobierna la primera.

Esto implica para el Casacionista tener que precisar la forma de violación de la ley sustancial, si directa o indirecta, y en este último supuesto, la naturaleza del error cometido, si de hecho por omisión, suposición o tergiversación de la prueba: o de derecho por falsos juicios de legalidad o convicción, con indicación de las pruebas comprometidas y la trascendencia del desacierto en las conclusiones del fallo.

Ninguna de estas precisiones contiene el escrito impugnatorio. A través de este reproche, el demandante no hace cosa distinta de presentar una versión personal de lo ocontecido, desconociendo la base fáctica que sustenta la decisión de condena y la valoración que de las pruebas hicieron los juzgadores de instancia, quienes, apoyados en la evidencia procesal, descartaron que el disparo causante de las heridas al menor hubiese

sido realizado al piso, como da en sostenerlo el recurrente para cuestionar la calificación jurídica de la conducta.

No obstante que la referida ausencia de fundamentación resulta suficiente para desestimar la censura, no puede la Sala dejar de precisar que las circunstancias tenidas en cuenta por los juzgadores de instancia para afirmar la configuración del delito de homicidio en la modalidad de tentativa, aparecen suficientemente establecidas en el proceso, y que su análisis concatenado permiten llegar razonadamente a esta conclusión.

El propio procesado, en su indagatoria, acepta haber disparado directamente contra el menor cuando sostiene: "a un trigueño que se estaba (sic) pasando la autopista a ese le hice el otro disparo para que se devolviera porque llevaba un arma en la mano, ese sujeto quedó herido en la pierna" (fls.28-1). Obsérvese que el indagado utiliza la expresión "le hice", indicativa de que disparó directamente contra el menor, no al piso como después lo sostiene.

Con fundamento en el estudio de balística que afirma que el disparo fue hecho a larga distancia, el actor ha pretendido desvirtuar la intención homicida, dando a entender que resultaba inidónea para que el procesado pudiera albergar este propósito, pero interesadamente omite referirse a las explicaciones contenidas en el mismo dictamen, en el sentido que "larga distancia" significa a más de 10 metros entre la boca de fuego y la víctima, y a las afirmaciones del procesado de que el disparo lo hizo a 15 o 20 metros del menor (fl. 28-2), distancia que, atendida la naturaleza del arma, permitía obtener el resultado imputado.

Dígase finalmente que la duración de la incapacidad no es per se elemento de juicio del que pueda inferirse la intencionalidad, pues bien puede llegar a suceder que aquélla no exista, y no por ello puede negarse la configuración del delito. Mucho mas importantes resultan ser las circunstancias que rodearon el hecho, la condición de experto tirador del agresor, la naturaleza del arma utilizada, la distancia, y la región anatómica impactada, aspectos debidamente analizados por los juzgadores de instancia, y que constituyeron el soporte fáctico de la decisión cuestionada.

El cargo no prospera.

Causal primera.

Como ya había sido dicho, el reparo presentado al amparo de esta causal es literalmente idéntico al planteado por idéntica vía en la demanda anteriormente estudiada. Por consiguiente, basta retomar los argumentos allí expuestos, para afirmar la improsperidad de la censura.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema en Justicia en 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.

Devuélvase al Tribunal de origen. Cúmplase.

Jorge Enrique Córdoba Poveda, Fernando Arboleda Ripoll, Ricardo Calvete Rangel, Carlos Augusto Gálvez Argote. Jorge Aníbal Gómez Gallego, Edgar Lombana Trujillo, Carlos E. Mejía Escobar, Didimo Páez Velandia, Nilson Pinilla Pinilla.

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

DEMANDA DE CASACION

La demanda de casación no es un escrito de libre elaboración, pues siendo el recurso extraordinario un enjuiciamiento técnico que se hace sobre la sentencia impugnada y no una instancia, debe sujetarse a una serie de reglas legalmente determinadas al efecto.

En relación con los requisitos formales, dispone el artículo 225 del Código de Procedimiento Penal que el libelo deberá contener, entre otros, "3. La causal que se aduzca para pedir la revocación del fallo, indicando en forma clara y precisa los fundamentos de ella y citando las normas que el recurrente estime infringidas", y el 226 ibídem determina que el recurso se declarará desierto si la demanda no reúne tales requisitos formales.

Que la causal que se estima procedente sea la tercera, en nada reduce estos requerimientos ni la consecuencia de su incumplimiento. Esta corporación ha reiterado, por ejemplo en sus providencias de fecha marzo 8 de 1996, radicación 9095, M.P. Dr. Carlos Augusto Gálvez Argote y octubre 24 del mismo año, radicación 9755, M.P. Dr. Carlos Eduardo Mejía Escobar, que la formulación de cargos con base en dicha causal no es libre ni caprichosa, pues acá existe la obligación de fundamentar y demostrar, también de manera precisa y clara, cómo los errores in procedendo trascendieron contra las garantías fundamentales o en el desconocimiento grave de la estructura básica del procedimiento.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Santafé de Bogotá, D. C., diciembre once (11) de mil novecientos noventa y ocho (1998).

Magistrado Ponente: Dr. *Nilson E. Pinilla Pinilla*

Proceso No. 12953

Aprobado Acta No. 192

Asunto

Se pronuncia la Corte sobre la admisibilidad formal de la demanda de casación presentada por el defensor del procesado Daly Jonnathan Haig

D'Guet, condenado por estafa por el Juzgado 37 Penal del Circuito de Santafé de Bogotá, mediante sentencia confirmada por el correspondiente Tribunal.

HECHOS Y ACTUACIÓN PROCESAL

Siguiendo la relación efectuada por el Tribunal, se aprecia que hacia el 20 de diciembre de 1987 el procesado Daly Jonnathan Haig D'Guet acudió a la oficina del abogado Pericles Antonio Rodríguez Sehk, en Santafé de Bogotá, para que le ayudara a cambiar tres cheques girados a su favor contra bancos extranjeros, que sumaban ocho mil dólares (US$ 8.000). Haig había obrado correctamente en otras oportunidades, por lo cual Rodríguez Sehk procuró el cambio de los medios de pago, contactando al efecto a algunos familiares residentes en Barranquilla, hasta que la señora Josefina Isabel Araujo Cotes, por intermedio de una amiga, consiguió cambiarlos, girando al abogado el 28 de diciembre siguiente la suma de un millón cuatrocientos mil pesos ($1.400.000), que fue entregada a HAIG, restando seiscientos mil pesos ($600.000) que serían cubiertos a principios de 1988.

El 25 de febrero de 1988, la señora Araujo Cotes comunicó al abogado Rodríguez Sehk que los cheques en mención habían resultado impagados por corresponder a chequeras robadas y que doña Paulina de Quintero, persona que los había cambiado, exigía la devolución inmediata del dinero invertido en su adquisición.

Ante tal situación, el abogado se dió a la tarea de buscar a Daly Jonnathan, optando por dejarle mensajes de que lo necesitaba para entregarle el saldo del dinero producto del cambio, con lo cual logró que concurriera a su oficina, respondiéndole que desconocía la ilegitimidad de los títulos-valores, que le había entregado en las mismas condiciones en que los recibió de un tal Henry Cabrera, por concepto de honorarios como Ingeniero de la Universidad de La Salle y que no haber atendido antes los requerimientos que se le venían haciendo se debió a su precario estado de salud, que le llevó a internarse en el Centro Médico de los Andes de esta ciudad.

Luego de manifestar que encararía la situación, Haig D'Guet desapareció y el abogado Rodríguez le formuló denuncia, al tener que responder por el dinero en cuestión.

Iniciada la correspondiente investigación, Haig D'Guet fue declarado persona ausente (f. 125 cd. inicial) y contra él la Fiscalía 137 de la Unidad Dos de Patrimonio Económico de Santafé de Bogotá profirió el 24 de junio de 1993 medida de aseguramiento de detención preventiva, por los delitos de falsedad en documento privado y estafa (fls. 185 a 192 ib.). Luego se le recibió indagatoria en Armenia, al ser ubicado detenido en la Cárcel San Bernardo de esa ciudad, por cuenta de otro proceso (fls. 326 y ss. ib.).

Decretado el cierre de la instrucción, el 24 de octubre de 1995 fue calificada, con resolución de acusación por el delito de estafa con la agravante prevista en el numeral 1° del artículo 372 del Código Penal, declarándose prescrita la acción penal en cuanto a la falsedad en documento privado (fls. 360 a 370 ib.), decisión que fue confirmada el 8 de abril de 1996 por la Unidad de Fiscalías Delegada ante los Tribunales Superiores de Santafé de Bogotá y Cundinamarca al resolver apelación del defensor, reformando la medida de aseguramiento de detención preventiva por caución prendaria fijada en $50.000 (fls. 15 a 25 cd. 2a. instancia Fiscalía).

Adelantado el juicio por el Juzgado 37 Penal del Circuito de Santafé de Bogotá, el 20 de agosto de 1996 profirió sentencia en la que, luego de negarle curso a la colisión de competencia propuesta por el defensor, que la pretendía ubicar en los despachos judiciales de Barranquilla, ciudad donde se obtuvo el cambio de los cheques, siendo que la defraudación se fraguó, desarrolló y consumó en Santafé de Bogotá, condenó al procesado por la estafa motivo de la acusación, imponiéndole 20 meses de prisión y de interdicción de derechos y funciones públicas, y $ 8.000 de multa, al igual que la indemnización por valor de $2.380.000 de los perjuicios causados a Pericles Antonio Rodríguez y Joséfina Isabel Araujo Cotes, y le concedió la condena de ejecución condicional (fls. 446 a 466 cd. inicial), providencia que, apelada por la defensa, fue confirmada por el Tribunal Superior de Santafé de Bogotá mediante sentencia de fecha 3 de octubre siguiente, recurrida en casación.

La Demanda

Después de especificar la sentencia contra la cual va dirigido el recurso extraordinario, mencionar a los sujetos procesales y sintetizar desde su perspectiva los hechos y la actuación procesal, el defensor demanda nulidad de lo actuado, con fundamento en la causal tercera de casación.

En lo que denomina "FUNDAMENTOS", sostiene que "La sentencia de segundo grado es violatoria de la ley sustancial, en forma directa, por haberse incurrido en el ERROR DE EXISTENCIA de una norma vigente en el ordenamiento jurídico procesal al desconocer u omitir dar cumplimiento a lo dispuesto en el art. 101 del C. de P. P. que preceptúa un principio de orden público, cual es el trámite a que se debe someter LA COLISION DE COMPETENCIA planteada por uno de los sujetos procesales; por ende, cualquier pronunciamiento diferente carece de valor por afectar el debido proceso y consiguientemente el derecho de defensa, conforme lo estatuyen los ordinales 2° y 3° del art. 304 del C. de P. P., precitado."

En seguida, bajo el subtítulo "CONCEPTO DE VIOLACION", luego de transcribir algunos apartes del artículo 29 de la Constitución Política, es del parecer que el Tribunal "al recibir el proceso ha debido dar aplicación a lo dispuesto en el art. 217 del C. de P. P., al revisar la sentencia de prime-

ra instancia proferida por el JUZGADO TREINTA Y SIETE PENAL DEL CIRCUITO, incurriendo a la vez en ERROR DE EXISTENCIA de esta norma, también en forma directa, pues su deber ser era (sic) decidir sin limitación alguna sobre la providencia impugnada, y al no hacerlo con observancia de la plenitud de las formas de cada juicio, afectó el debido proceso y cercenó el derecho a la defensa."

Sin más, pide a la Corte casar la sentencia acusada, "decretando la nulidad del proceso hasta la sentencia de primer grado a efecto que se resuelva la COLISION DE COMPETENCIA NEGATIVA planteada por la defensa y/o indicando el estado en que queda, ordenando su reenvío al funcionario competente." [fls. 33 y 34 cd. Trib.].

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

La demanda de casación no es un escrito de libre elaboración, pues siendo el recurso extraordinario un enjuiciamiento técnico que se hace sobre la sentencia impugnada y no una instancia, debe sujetarse a una serie de reglas legalmente determinadas al efecto.

En relación con los requisitos formales, dispone el artículo 225 del Código de Procedimiento Penal que el libelo deberá contener, entre otros, "3. La causal que se aduzca para pedir la revocación del fallo, indicando en forma clara y precisa los fundamentos de ella y citando las normas que el recurrente estime infringidas", y el 226 ibídem determina que el recurso se declarará desierto si la demanda no reúne tales requisitos formales.

Que la causal que se estima procedente sea la tercera, en nada reduce estos requerimientos ni la consecuencia de su incumplimiento. Esta corporación ha reiterado, por ejemplo en sus providencias de fecha marzo 8 de 1996, radicación 9095, M.P. Dr. Carlos Augusto Gálvez Argote y octubre 24 del mismo año, radicación 9755, M.P. Dr. Carlos Eduardo Mejía Escobar, que la formulación de cargos con base en dicha causal no es libre ni caprichosa, pues acá existe la obligación de fundamentar y demostrar, también de manera precisa y clara, cómo los errores in procedendo trascendieron contra las garantías fundamentales o en el desconocimiento grave de la estructura básica del procedimiento.

En el asunto examinado, el defensor se limita a comentar que se desconoció el trámite que para la colisión de competencias establece el "Art. 101 (sic) del C. de P. P.", para luego sostener que el ad quem no revisó "sin limitación alguna" la sentencia proferida por el Juzgado 37 Penal del Circuito, posturas que se quedan en el simple enunciado, sin lograrse intuir que nexo hay entre una y otra.

Así, la cita que efectúa de normas cuya violación demanda [arts. "101" y 217 C. de P. P.], impide dilucidar si la inconformidad versa sobre la definición del supuesto conflicto de competencia o sobre la respuesta "sin li-

mitación alguna" que dice debió dar el Tribunal, planteamiento este indescifrable pues ni siquiera se vislumbra relación con el caso, ni de dónde saldría esa facultad omnímoda.

Tampoco explica el Casacionista por qué se distancia de lo dispuesto por el artículo 100 (no "101") del Código de Procedimiento Penal, en cuanto es el funcionario judicial ante quien se suscita la colisión de competencias quien la puede provocar, de hallarle sustento a la solicitud, que en este caso el Juzgado 37 Penal del Circuito declaró infundada, con lo cual el conflicto no llegó a presentarse y queda sin objeto que se demande nulidad.

En este punto y en nada relacionado con las determinaciones del Tribunal, ni en las vagas referencias a "error de existencia" con las que pareciera aproximarse, también con palmaria impropiedad, a la causal primera de casación, no acertó el defensor a señalar cuál fue la violación de la estructura formal del proceso o de garantías fundamentales, en quebrantamiento de su causa. Esto es suficiente para establecer que el recurso carece de los fundamentos claros y precisos requeridos en la preceptiva citada, sin cumplirse los cuales la Corte no puede pronunciarse de fondo.

De esta manera, según lo previsto por el artículo 226 del Código de Procedimiento Penal, la Sala debe rechazar la demanda y declarar desierto el recurso interpuesto. Al adquirir esta determinación ejecutoria en la misma fecha de su suscripción (art. 197 ib.), no admite recurso alguno.

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 Daly Jonnathan Haig D'Guet y, en consecuencia, declarar DESIERTO el recurso interpuesto.

Contra esta providencia no cabe recurso alguno.

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

Jorge Enrique Córdoba Poveda, Fernando Arboleda Ripoll, Ricardo Calvete Rangel, Carlos Augusto Gálvez Argote, Jorge Aníbal Gómez Gallego, Edgar Lombana Trujillo, Carlos E. Mejía Escobar, Didimo Páez Velandia, Nilson Pinilla Pinilla.

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

DEFENSA OFICIOSA/ CAMBIO DE DENOMINACION JURIDICA

Es verdad que el artículo 138 del Decreto 050 de 1987 permitía a los mayores de sesenta años excusarse de prestar el servicio obligatorio de la defensa oficiosa, pero tal excusa no implicaba que el funcionario judicial estuviera limitado para designar como defensores de oficio a las personas que hubieran rebasado esa edad, ni que los profesionales que se encontraran en esas condiciones estuvieran inhabilitados para asumir ese encargo. Se trataba de una facultad discrecional concedida al abogado para prestar su asistencia profesional o no hacerlo según su voluntad, lo que, obviamente, implicaba que manifestara su propósito ante el juez que lo hubiera nombrado..

La vulneración del debido proceso tiene lugar cuando la variación se hace de un capítulo a otro y, por tanto, con distinto "nomen iuris", o cuando aun siendo dentro del mismo capítulo, resulta desfavorable al acusado.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Santafé de Bogotá, D.C., once (11) de diciembre de mil novecientos noventa y ocho (1998).

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

Proceso No. 10088

Aprobado Acta No. 192

VISTOS

La Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia decide el recurso extraordinario de casación interpuesto por el defensor de José Omar Jaramillo contra la sentencia del 11 de agosto de 1994, por medio de la cual el Tribunal Superior de Santafé de Bogotá confirmó la condena de veintiocho meses de prisión impuesta al citado procesado por el Juzgado Sesenta y Seis Penal del Circuito de esta ciudad, como autor del delito de corrupción (art. 305 del C. P.), agravado al tenor del artículo 306.5 *ibidem*.

HECHOS

El juez de primera instancia los sintetizó así:

"Dan cuenta los autos, que el 8 de diciembre de 1988, aproximadamente a las siete de la mañana, en un callejón ubicado junto a la residencia demarcada con el número 3-46 de la carrera 6a. barrio Las Brisas de esta ciudad (Bogotá), la menor Alba Rocío Calle Peña, quien para la época de los hechos contaba apenas con siete años de edad, fue víctima de actos sexuales diversos del acceso carnal por parte del señor José Omar Jaramillo".

SÍNTESIS DE LA ACTUACIÓN

La denuncia penal formulada por Elizabeth Peña Torres, madre de la menor, y el respectivo informe policial respecto de la retención de José Omar Jaramillo, sirvieron de sustento al entonces denominado Juzgado 44 de Instrucción Criminal para ordenar la apertura del proceso penal el 10 de diciembre de 1988.

Se escuchó en indagatoria a José Omar Jaramillo, contra quien el 16 de diciembre siguiente se profirió medida de aseguramiento consistente en caución prendaria, por el delito de corrupción. No obstante, el 6 de enero de 1989, el juzgado instructor dispuso la captura del procesado para someterlo a detención preventiva, por no haber prestado la caución que se le impuso.

El 30 de julio de 1992, la actuación pasó a conocimiento de la Fiscalía Delegada 112 de la Unidad Tercera de Vida, despacho que, el 28 de mayo de 1993, declaró cerrada la investigación.

El 7 de febrero de 1994 se calificó el mérito del sumario con resolución de acusación contra José Omar Jaramillo, por el delito de corrupción, agravado por la circunstancia del ordinal 5o. del artículo 306 del estatuto punitivo, pues, para el momento de los hechos, la ofendida contaba con menos de diez años de edad.

La diligencia de audiencia pública se cumplió el 7 de junio de 1994 y dos semanas más tarde el Juzgado 66 Penal del Circuito de esta ciudad profirió la sentencia de primera instancia, en la que condenó a José Omar Jaramillo, por el punible por el que fue acusado, a la pena principal de veintiocho (28) meses de prisión, a la accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas por el mismo término y al pago de una suma equivalente a 200 gramos oro, por concepto de perjuicios morales. Así mismo, le negó el beneficio de la condena de ejecución condicional.

El defensor de oficio apeló la decisión anterior, dando lugar al pronunciamiento de Tribunal Superior de Santafé de Bogotá, entidad que, el 11 de agosto de 1994, la confirmó en su integridad.

El mismo defensor interpuso el recurso extraordinario de casación que le fue concedido.

Presentada oportunamente la respectiva demanda, se declaró ajustada a las previsiones legales y se dispuso correr traslado al Ministerio Pú-

blico que, representado por el Procurador Segundo Delegado, solicitó no casar la sentencia.

LA DEMANDA

El recurrente formula dos cargos contra el fallo, con base en las causales previstas en los numerales 1o. y 3o. del artículo 220 del Código de Procedimiento Penal.

Primer cargo

Aludiendo a la casual primera, expresa que se incurrió en "violación de una norma sustancial proveniente de un error en la apreciación de determinada prueba". Y, enseguida, al sustentar el reproche, sostiene que a José Omar Jaramillo se le condenó por corrupción, sin que se hubiera decretado una prueba pericial ni se hubieran formulado los cuestionarios indispensables, al tenor de lo señalado por el artículo 268 del Código de Procedimiento Penal.

A continuación, sin orden ni coherencia, compara el testimonio de Balvanera de Ramos, cuando describe al procesado como un hombre trigueño, con la descripción que de él hace el Juzgado de Instrucción Criminal como de tez blanca.

Luego se refiere a la versión de los agentes de policía que efectuaron la captura de Jaramillo, en cuanto afirman que según la testigo Balvanera, aquel trataba de violar a la menor Alba Rocío Calle Peña, para concluir:

"*El presunto sindicado trató de violar la menor Elizabeth Peña Torres (sic), si no se produjo el hecho fue por circunstancias ajenas a su voluntad, seguramente al ser sorprendido por la testigo doña Balvanera, cuando pasaba o miró en el callejón a una persona encima de la menor. Según se deduce del informe policial y del testimonio de la testigo Balvanera de Castaño, se configura TENTATIVA de violación carnal, o sea, tentativa de acceso carnal con menor de catorce años, que determina el art. 303 del C.P.*".

Por lo tanto, dice, el hecho imputado al acusado concuerda con lo dispuesto en el artículo 22 del Código Penal. El juez de primera instancia y el Tribunal apreciaron erróneamente la prueba al calificar la conducta como corrupción agravada, confundiendo la tentativa con el delito consumado. Por ello solicita casar la sentencia atacada y dictar el fallo que corresponda.

Segundo cargo

Lo aduce por "Violación manifiesta del numeral 3o. del art. 220 del C. de P.P.". Basa la irregularidad en que desde el momento de la indagatoria "se nombró al procesado un defensor que no asistió a la diligencia, sino que simplemente firmó".

Agrega que ese defensor designado oficiosamente fue el mismo recurrente y que él no tenía obligación de asistir al sindicado hasta la terminación del proceso, al tenor de lo dispuesto por el artículo 138 del Código de Procedimiento Penal, porque ya era mayor de sesenta (60) años y que, a pesar de haber exhibido su cédula de ciudadanía, no se le reemplazó oportunamente. Para corroborarlo adjunta fotocopia autenticada de su documento de identidad.

Acota, además, que fue nombrado Fiscal interino del Tribunal Superior de Bogotá y que, por tanto, el señor Jaramillo careció de defensor. También aduce que se trasladó a Estados Unidos el 27 de febrero de 1993 y regresó el 24 de octubre de ese año, como consta en su pasaporte, cuya fotocopia adjunta, lapso en el que se dió traslado para alegar de conclusión, sin que el procesado hubiera contado con defensa.

De igual forma, comenta que el Tribunal y el fiscal admiten la deficiencia de la investigación, y que ello obedece, en parte, a la falta de un defensor que vigilara el debido proceso.

Para terminar, el censor afirma que en este proceso no se verificaron numerosas pruebas ni mucho menos contrapruebas y que no se alegó en el traslado, porque él se tuvo que ausentar del territorio nacional por fuerza mayor, desconociendo que siguiera figurando como abogado, pues simplemente firmó una diligencia.

La demanda culmina con la aclaración de que el cargo de nulidad es principal y el basado en la errónea apreciación probatoria, subsidiario.

CONCEPTO DEL PROCURADOR SEGUNDO DELEGADO EN LO PENAL

El representante del Ministerio Público encuentra que el cargo por nulidad no tiene respaldo en la actuación procesal, puesto que no existe constancia alguna en la cual el abogado hubiera solicitado al funcionario instructor que lo excusara de la defensa oficiosa en razón de su edad y, en cambio, si aparece la constancia de su asentimiento, al firmar la diligencia de indagatoria. A ello agrega que no era deber oficioso del Juzgado de Instrucción Criminal deducir la excusa, cuando era al profesional quien tenía que invocarla y esperar que se resolviera.

Así mismo, el Procurador pone de manifiesto que de conformidad con lo que establecía el artículo 130 del Código de Procedimiento Penal (Decreto 050 de 1987), el abogado debía saber que su nombramiento lo obligaba a la defensa del procesado durante toda la actuación y no solamente para la diligencia en que se le designó.

Considera reprochable que el propio recurrente no hubiera puesto en conocimiento del despacho que se ausentaría del país, más aún, cuando estuvo presente para notificarse de la resolución de acusación, dando lu-

gar, probablemente, a que su silencio se entendiera como una estrategia defensiva.

Lo que advierte en la actitud del defensor oficioso es descuido y negligencia, por lo que solicita que se compulsen las copias necesarias para que se le investigue disciplinariamente.

Así como este primer cargo debe desestimarse, el Procurador Delegado opina que igual suerte debe correr el reproche formulado por la vía de la causal primera de casación, por cuanto si se pretendía cuestionar la calificación otorgada a la conducta, debió invocarse la causal tercera, por cuanto se hubiera afectado en forma flagrante el debido proceso.

Como una razón más para desestimar la censura, el conceptuante aduce que el actor se equivoca al apoyar la errada calificación en su propia valoración del dicho de la señora Balvanera Botero de Castaño, "en tanto la testigo manifiesta que el procesado salió del callejón por su propia voluntad y no porque causas ajenas le hubieran impedido proseguir con su ilícita actividad".

Advirtiendo que el impugnante pretende revivir la alegación de instancia con una indiscriminada formulación de tesis recursivas, termina por concluir que este cargo tampoco debe prosperar y por ello sugiere a la Sala no casar la sentencia impugnada.

Consideraciones de la Sala

Para respetar el orden lógico de las censuras formuladas contra el fallo proferido por el Tribunal Superior de Santafé de Bogotá y el principio de prioridad, es del caso analizar, primeramente, la hipótesis de nulidad que plantea el actor, fundamentada en una supuesta ausencia de defensa, de la cual habría sido protagonista el mismo profesional que ahora recurre por la vía extraordinaria.

Sea lo primero observar que aunque el recurrente alega su propia culpa, no es aplicable el principio de protección (art.308.3 del C. de P.P.), por tratarse de la pretendida falta de defensa técnica, razón por la cual la Sala entra a ocuparse de la nulidad invocada.

Sin embargo, tal como lo conceptúa el Procurador Delegado, la causal aducida está huérfana de respaldo procesal. En efecto, el defensor del sentenciado alega que no asistió a la indagatoria, sino que simplemente firmó el acta de la diligencia, y que a pesar de exhibir su cédula de ciudadanía, en donde consta que para esa época era mayor de sesenta años, no se le reemplazó.

Uno y otro argumento permiten llegar a conclusiones contrarias a las que expone el recurrente, pues el acta mencionada revela que el abogado sí concurrió a esa diligencia, pues se halla suscrita por él y por el respec-

tivo juez. Aún más, exhibió su documento de identidad y su tarjeta profesional e, incluso, aportó la dirección y el teléfono en donde podía ser localizado. Contra esa verdad procesal no existe ninguna evidencia que la contraríe, salvo la manifestación de última hora del impugnante, para aparentar un indemostrado vicio que retrotraiga la actuación.

Es verdad que el artículo 138 del Decreto 050 de 1987 permitía a los mayores de sesenta años excusarse de prestar el servicio obligatorio de la defensa oficiosa, pero tal excusa no implicaba que el funcionario judicial estuviera limitado para designar como defensores de oficio a las personas que hubieran rebasado esa edad, ni que los profesionales que se encontraran en esas condiciones estuvieran inhabilitados para asumir ese encargo. Se trataba de una facultad discrecional concedida al abogado para prestar su asistencia profesional o no hacerlo según su voluntad, lo que, obviamente, implicaba que manifestara su propósito ante el juez que lo hubiera nombrado. Dada la amplia experiencia que revela tener el doctor Martínez tenía que saber que debía alegar la excusa de la edad, y si no lo hizo fue porque quiso desempeñar el cargo, en forma tal, que su pretendida ausencia defensiva no pasa de ser una estratagema para intentar invalidar la actuación.

En lo concerniente a la circunstancia de que durante algún tiempo fue fiscal interino del Tribunal de Bogotá, ninguna demostración aparece, ya que ni siquiera menciona durante cuánto tiempo, ni qué diligencias determinantes en disfavor del procesado se practicaron o cuáles que lo beneficiaban se dejaron de efectuar en ese pretendido lapso, por lo que el reproche está huérfano de comprobación.

En lo atinente a que se ausentó del país entre el 27 de febrero de 1993 y el 24 de octubre del mismo año, basta repasar el expediente para percatarse que ninguna vulneración del derecho de defensa puede inferirse de allí, ya que ninguna prueba ni diligencia se practicó en ese período, excepción hecha del cierre de investigación y traslado para alegar de conclusión en el término precalificatorio, falencia que fue subsanada, pues al citado defensor se le notificó personalmente la resolución acusatoria, sin que ningún recurso hubiera interpuesto contra ella y, además, ninguna nulidad alegó en el término de traslado del artículo 446 del C. de P.P. ni solicitó ninguna prueba. En cambio, intervino en la audiencia pública y luego apeló la sentencia condenatoria, la que sustentó oralmente.

Es preciso reiterar que la simple ausencia ocasional del defensor no comporta quebrantamiento del derecho de defensa, a menos que se demuestre que como consecuencia de esa falta se afectó efectivamente tal garantía.

En lo que respecta a la afirmación de que "no se verificaron numerosas pruebas ni mucho menos contrapruebas", también se queda en el simple enunciado, pues no enlista las que, a su juicio, se dejaron de practicar, ni

demostró cómo de haberse llevado a cabo hubieran incidido en beneficio del acusado.

Segundo cargo

La imprecisión técnica que afectó la formulación del reproche de nulidad también acompaña la postulación de la censura amparada en la causal primera de casación, por la supuesta violación de una norma sustancial, por la errónea apreciación de una prueba, en razón de que el actor no sólo aduce una multiplicidad de contradictorios argumentos, sino que no indica cuál fue el sentido de la norma sustancial infringida, ni la clase de error, ni el falso juicio que lo determinó.

Al desarrollar la censura, arguye que el procesado fue condenado por el delito de corrupción sin que se hubiera decretado una prueba pericial con el cuestionario pertinente, como lo preceptúa el artículo 268 del Código de Procedimiento Penal, lo que no sólo no es exacto, pues tal prueba sí fue decretada al abrirse la investigación y practicada (fls. 9 y 33), sino que desconociendo los principios de autonomía de las causales y de no contradicción, pasa a la causal tercera, pues lo que cuestiona es la violación de la garantía del debido proceso, por quebrantamiento de la garantía de investigación integral.

Luego cita la versión de Balvanera de Castaño para aseverar que ésta describe al autor del hecho como un hombre trigueño, en tanto que el Juzgado de Instrucción Criminal lo identifica como de color blanco, para preguntarse cuál es el verdadero color, pero sin denunciar, ni demostrar ninguna equivocación del sentenciador, ni la incidencia que pudo tener en el fallo.

En forma deshilvanada el actor toma un fragmento del testimonio de oídas de uno de los agentes de policía que capturaron al implicado, para concluir, en forma tajante, que lo que éste intentaba era la violación de la menor y que no consumó ese hecho por circunstancias ajenas a su voluntad y que, por tanto, el delito que se tipifica es el de tentativa de acceso carnal con menor de 14 años, de que trata el artículo 303 del C. P., y no el de corrupción agravada, como lo determinaron las instancias, por lo que pide a la Corte dictar el fallo de reemplazo que corresponda.

Este reproche está tan antitécnica y contradictoriamente aducido que lo único procedente es rechazarlo. En efecto, aunque inicialmente acepta que la conducta que se tipifica es la de corrupción de menores, sólo que echa de menos la práctica de una prueba pericial, ahora asevera que la calificación jurídica debe ser otra. Tampoco distingue entre tentativa de acceso carnal violento y tentativa de acceso carnal abusivo con menor. En tercer lugar, como el desatino endilgado al sentenciador, en cuanto al proceso de adecuación típica, no dependería de errores en la apreciación de la prueba, la censura ha debido formularse y desarrollarse por la vía directa

y de manera autónoma. Finalmente, no demuestra por qué fue equivocada la calificación jurídica dada a la conducta, razones suficientes para desestimar el cargo.

Con respecto a este reproche la Sala debe precisar que no comparte la apreciación del Procurador Delegado en el sentido de que "si lo pretendido era cuestionar la calificación jurídica otorgada, porque se consideraba que era otra, en lógica disertación Casacional debió invocarse la causal tercera en tanto la afectación del debido proceso resultaba flagrante", pues la vulneración del debido proceso tiene lugar cuando la variación se hace de un capítulo a otro y, por tanto, con distinto "nomen iuris", o cuando aun siendo dentro del mismo capítulo, resulta desfavorable al acusado. En el caso que ocupa la atención de la Sala, si bien es cierto no le asiste razón al Casacionista, la variación que propone es dentro del mismo capítulo, "De los actos sexuales abusivos", es decir, que no se aplique el art. 305 del C. P, sino el 303, ibidem, siendo los dos reatos del mismo género y, además, resultaría favorable al acusado, al beneficiarse con la rebaja consecuencial al reconocimiento de la tentativa, por lo que el demandante acertó al invocar la causal primera.

CASACIÓN OFICIOSA

Observa la Sala que al dosificar la sanción se desconoció el principio de legalidad, que es garantía fundamental en un Estado social y democrático de derecho, ya que se manifestó que teniendo en cuanto la gravedad, naturaleza y modalidades del hecho punible, el grado de culpabilidad y la personalidad del agente no se partía "del mínimo sino de 14 meses de prisión aumentado en la mitad por el artículo 306 numeral 5° del Código Penal, lo que nos da una pena privativa de la libertad de 28 meses de prisión", incrementándola, no en la mitad sino en otro tanto, razón por la cual debe la Corte corregir el mencionado yerro, tal como se lo autorizan los artículos 228 y 229.1 del C. de P. P, reduciendo la pena principal a la legal de 21 meses de prisión y disminuyendo al mismo lapso la accesoria de interdicción 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:

1. Desestimar la demanda.

2. Casar parcial y oficiosamente el fallo motivo de impugnación fijando en 21 meses la pena principal de prisión impuesta al procesado José Omar Jaramillo y en el mismo lapso la accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas.

3. En lo demás la sentencia queda sin modificación.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Jorge Enrique Córdoba Poveda, Fernando Arboleda Ripoll, Ricardo Calvete Rangel, Jorge Aníbal Gómez Gallego, Edgar Lombana Trujillo, Carlos E. Mejía Escobar, Didimo Páez Velandia, Nilson Pinilla Pinilla, Whanda Fernández León Vásquez, Conjuez.

Patricia Salazar Cuéllar. Secretaria.

DOCUMENTO PUBLICO/ FUNCIONARIO JUDICIAL/ CAUSAL DE INCULPABILIDAD

1. Aceptar los argumentos del defensor de (...) sería tanto como admitir que los decretos de designación o de destitución no son documentos que puedan falsificarse ideológicamente por la simple razón que allí el servidor público no está certificando un hecho o una condición, cuando lo cierto es que ellos contienen una declaración de empleado oficial que acreditan la terminación de una relación laboral con el Estado y el fundamento para el inicio de otra.

Resulta así imperioso, remitirnos al Código de Procedimiento Civil, para precisar el alcance de un documento público y más aun, su unidad pues de acuerdo con el artículo 258 del precitado ordenamiento "La prueba que resulte de los documentos públicos y privados es indivisible, y comprende aun lo meramente enunciativo siempre que tenga relación directa con lo dispositivo del acto o contrato", mientras que el 264 prescribe que "Los documentos públicos hacen fe de su otorgamiento, de su fecha y de las declaraciones que en ellos haga el funcionario que los autoriza", todo lo cual significa, respecto de la resolución y el acta de posesión cuestionados que sus datos son efectivamente parte esencial del documento con efectos jurídicos de trascendencia en la medida en que a partir de la de aquella corren los términos de aceptación y luego el término para posesión, en tanto que a partir de la fecha de ésta se entiende vinculada la persona al cargo con todas las prerrogativas, deberes y efectos que ello implica.

2. La ausencia de firma del secretario en las decisiones judiciales no produce irregularidad alguna sobre el proceso de que se trate, tanto que el ordenamiento procesal civil prevé en su artículo 303 que "Toda providencia... terminará con las firmas del juez o los magistrados" y que "Ninguna providencia requiere la firma del secretario".

En tratándose de funcionarios judiciales que en ejercicio de su cargo cometen un delito, el incremento punitivo derivado con fundamento en la causal precitada se encuentra justificado en la medida en que, por razón de su función, están en la obligación de asumir un mayor compromiso y observar una especial fidelidad en el desempeño de la mis-

ma; su importancia y preeminencia respecto a los demás los hace acreedores en sus conductas punibles a un mayor rigor punitivo máxime que están obligados como los demás a obedecer la misma ley por cuyo incumplimiento sancionan a otros.

3. Si por inexigibilidad de otra conducta se entiende toda situación en que la actividad del sujeto agente no es objeto de punibilidad porque en las circunstancias en que la ejecutó no le era exigible actitud distinta, debe convenirse que en cada una de las causales de inculpabilidad subyace la no exigencia de comportamiento diverso al que se tuvo, pues para reconocer que alguien ha actuado en condiciones de fuerza mayor o caso fortuito, o bajo insuperable coacción ajena o por razón de una convicción errada e invencible, debe admitirse que en cada una de tales causales al sujeto no le era demandable otra conducta, que al agente no le quedaba más por hacer que vulnerar el bien jurídico tutelado.

Es inculpable quien actúa de manera típica y antijurídica, sin reunir los presupuestos de alguna de las causales previstas en el artículo 40 del Código Penal, porque no podía hacerlo de otro modo, caso en el cual se habilitaría la causal extralegal de inculpabilidad que exigiría de todas formas la mayor ponderación en el análisis de los hechos y sus protagonistas que justifiquen la solución ya que no resultaría posible que cualquier condición ofertiva o personal del infractor lo exonere de responsabilidad.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Santafé de Bogotá, D.C., once (11) de diciembre de mil novecientos noventa y ocho (1998).

Magistrado Ponente; Dr. *Carlos Augusto Gálvez Argote*

Proceso No. 13185

Aprobado: Acta No. 192

VISTOS

Resuelve: la Corte el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia proferida en Sala de Decisión Penal por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Valledupar, el 7 de febrero de 1997, mediante la cual se condenó a Lesbia Silena Gómez Gámez, Genaro Segundo Annichiarico Iseda y Lidina Esther Barriga Almenarez por los delitos de falsedad material e ideológica de empleado oficial en documento público y se absolvió a la doctora Gómez Gámez de la acusación que en su contra se había formulado por el punible de prevaricato.

HECHOS

En razón a que el dia 28 de marzo de 1994 Eduvige Carmela Uhia Sierra, entonces secretaria del Juzgado Promiscuo Municipal de Astrea [Ce-

sar), no se presentó a laborar, la Juez Lesbia Silena Gómez Gámez optó por prescindir de sus servicios designando en su reemplazo a Genaro Segundo Annichiarico Iseda.

En esas condiciones y no obstante haberse presentado el nuevo secretario a ejercer el cargo desde el día 29 la Juez dispuso verbalmente que lo hiciera a partir del 4 de abril de ese año, por lo que Eduvige Uhia siguió desempeñándose como tal hasta el día martes 5 cuando, compareciendo la Juez a su despacho, ésta dictó y le notificó la Resolución No. 003 de marzo 29 de 1994 declarando la insubsistencia de aquella y nombrando a ANNICHIARICO a quien dio posesión retroactiva con acta de marzo 30.

Como quiera que Eduvige laboró incluso parte del día 5 de abril, suscribiendo entre el 29 de marzo y esa fecha algunas actuaciones, le ordenó la Juez a la escribiente Lidina Esther Barriga Almenarez la reelaboración de las mismas de modo que no quedare constancia de la intervención de quien entonces era aún la secretaria.

ACTUACION PROCESAL

1. Mediante la documentación idónea para el efecto se demostró la condición que de Juez Promiscuo Municipal de Astrea ostentaba para la fecha de los hechos la doctora Lesbia Silena Gómez Gámez, sucediendo lo mismo respecto de Eduvige Uhia, Genaro Annichiarico quienes fueran secretarios del mismo despacho y de la escribiente Lidina Esther Barriga. Específicamente obran en el proceso copias debidamente autenticadas tanto de la citada Resolución No. 003 de marzo 29 de 1.994 como del acta de posesión de Annichiarico fechada al día siguiente.

2. A través de las varias declaraciones que rindiera, incluida la que dio origen al proceso disciplinario que se adelantara en contra de la Juez, Eduviges Carmela Uhia Sierra da a conocer los hechos antes relacionados concretando su actuación de los días 29 y 30 de marzo a las providencias dictadas dentro de sumarios seguidos contra Ricardo Arias Morales, Jaime Blanco y Manuel Jiménez y la del 4 de abril a algunos oficios remisorios y a la recepción de escritos, agregando además que el propio Genaro Annichiarico le ofreció pagar el salario y efectivamente lo hizo, de los 2 días del mes de marzo que ella debía reembolsar, así como los trabajados en el mes de abril.

3. En principio tanto Annichiarico como Lidina Barriga, en declaración bajo la gravedad del juramento niegan los hechos dados a conocer por Eduvige Uhia afirmando que la resolución de nombramiento y la correspondiente posesión se produjeron el día 30 de marzo fecha desde la cual aquél empezó a ejercer el cargo, no logrando explicar porqué aparecen oficios de abril 4 firmados por la ex secretaria.

Sin embargo, ya en diligencia de indagatoria, asumen una posición distinta corroborando las afirmaciones de Uhia Sierra, y es así como Genaro

Annichiarico acepta que efectivamente su posesión como secretario se produjo en realidad el dia 5 de abril pero el acta se fechó con marzo 30, dia en que ni siquiera estuvo en el Municipio de Astrea, desconociendo si se borró o no de algunas actuaciones la firma de EDUVIGE. Reconoce también haberle pagado a ésta los días que laboró luego del 29 de marzo, así como haber aceptado el cargo en esas condiciones de ilegalidad debido a su precariedad económica y principalmiente al hecho de tener un pequeño hijo enfermo del corazón y a la espera de que se le practique una cirugía en el extranjero, respecto de lo cual adjuntó fotocopias de historia clínica en la que ciertamente se da cuenta de la enfermedad del menor, explicando finalmente que la forma en que rindió su primera versión obedeció a un acto de gratitud hacia la juez.

Por su parte, la escribiente Lidina Esther Barriga Almenarez, exponiendo que mintió en su primera versión motivada por su condición de subalterna, señala además que si bien aparece firmando como secretaria ad-hoc algunas providencias dictadas en marzo 29 y 30, en realidad ellas fueron suscritas por Eduvige, pero la juez bajo amenaza de destituirla, le ordenó que se rcelaboraran los folios donde apareciera la firma de la ex empleada.

4. Practicada inspección a procesos, libros y archivo del Juzgado Promiscuo Municipal de Astrea se estableció que en el sumario adelantado contra Ricardo Arias Morales éste fue indagado el 29 de marzo de 1.994 según acta que también suscribió Eduvige Uhia resolviéndose la situación jurídica al dia siguiente en auto que aparece suscribiendo Annichiarico como secretario.

Revisado el proceso seguido en contra de Jaime Blanco se encontró interlocutorio de marzo 29 de 1.994 en el que firma Lidina Barriga como secretaria ad hoc, sucediendo lo mismo en relación con el auto de la misma fecha dictado dentro de sumario adelantado contra Manuel Esteban Jiménez Bravo, mientras que respecto de una providencia de sustanciación de marzo 30 aparece firmando Annichiarico.

Inspeccionados los oficios que se elaboraron en el Juzgado entre marzo 29 y abril 4 de 1.994 se pudo establecer un orden consecutivo y cronológico de los números 106 a 116, pasando inusitadamente al No. 117 con fecha marzo 30 dirigido a Administración Judicial y suscrito por Annichiarico para comunicar precisamente la insubsistencia de Eduvige o al No. 118, sin fecha, dirigido a la Sala Administrativa del Consejo Seccional de la Judicatura con los mismos fines.

Se estableció igualmente que los oficios 108 de marzo 30, 110, 111, y 113 a 116 de abril 4 de 1.994 fueron suscritos por Eduvige Uhia. Copias al carbón tanto de las providencias en mención como de los oficios obran en el proceso.

5. Franklin Martin De Leon Jiménez, quien se desempeñara como citador del juzgado, asegura que Eduvige trabajó hasta el 4 de abril elaborando algunos documentos sobre los que solamente recuerda que la Juez le ordenó suprimir el nombre de la secretaria para colocar el del nuevo empleado. Agrega en su primera versión haberse encontrado con Eduvige en horas de la noche del domingo 3 de abril, pero en la siguiente agrega que en la fecha mencionada vio la puerta del juzgado abierta a las tres de la tarde no obstante haber afirmado que desde el miércoles anterior Eduvige le había entregado las llaves de la oficina, para finalmente, en la audiencia pública aseverar que ese domingo vio a Uhia Sierra desde las horas de la mañana en el juzgado.

6. Emma María Daza Castillejo, corrobora a su amiga Eduviges acerca de que Annichiarico Iseda le entregó un dinero, enterándose en esa misma ocasión que se trataba de una compensación por los días de abril del año 1994 que había laborado.

7. Elba Rosa Maestre De Ordoñez, persona que suministrara la alimentación a la Juez y su secretaria, asegura que extrañamente, porque siempre lo hacia los lunes, el día domingo 3 de abril de 1994 llegó Eduvige al Municipio de Astrea desde las horas de la mañana, a la residencia de aquella, salió luego y regresó en horas de la noche.

Expresa que en dicha oportunidad Eduvige le contó que había sido despedida a la vez que daba a entender que se vengaría de la Juez.

8. En indagatoria la doctora Lesbia Silena Gómez Gámez asegura que la cuestionada resolución 003 fue elaborada por Annichiarico Iseda el 29 de marzo de 1994, como el mismo documento lo consigna y el acta de posesión el día 30 de marzo del mismo año, fecha en la que el nuevo secretario también asumió el cargo haciendo el empalme respectivo con la empleada saliente, pero aquella solo le fue notificada a Eduviges hasta el día 5 de abril cuando ya tenía conocimiento de la declaratoria de insubsistencia incluso desde el mismo 29 de marzo, lo cual fue aprovechado por la exempleada para llegar al despacho el día domingo 3 de abril y elaborar una serie de oficios, todo con el fin de demostrar su permanencia en el cargo durante los primeros días del mes de abril y así lograr el propósito de perjudicar a la titular.

La Sentencia Impugnada

Habiendo sido acusados Lesbia Silena Gómez Gámez, Genaro Segundo Annichiarico y Lidina Esther Barriga Almenarez, mediante resolución de mayo 6 de 1996 por los delitos de falsedad material e ideológica en concurso y acumulándose además un proceso seguido contra la primera por el delito de prevaricato, asumió la etapa del juicio el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Valledupar el cual dictó sentencia de febrero 7 de 1997

condenando, sin concesión de subrogado penal, a la juez a la pena principal de 50 meses de prisión como autora de los delitos de falsedad materia de acusación; al secretario y a la escribiente a la pena de 25 meses de prisión cada uno como cómplices de los mismos punibles y absolviendo a aquella por los cargos relacionados con el delito de prevaricato.

Dado el principio de limitación que, de conformidad con el artículo 217 del Código de Procedimiento Penal, rige la segunda instancia y como quiera que los impugnantes son los doctores Lesbia Silena y Genaro Segundo, resulta imperativo solamente hacer referencia a los fundamentos que el Tribunal tuvo en cuenta para condenarlos.

Así las cosas, el a quo consideró que la funcionaria acusada incurrió en falsedad ideológica al expedir en su condición de juez la resolución por medio de la cual separó del cargo a Eduviges Uhia Sierra nombrando en su reemplazo a Genaro Annichiarico y al firmar la diligencia de posesión de éste, con fechas distintas a las reales, cuando ellas resultaban esenciales en el contenido de dichos documentos, sin que en la ocurrencia de tales sucesos pueda alegarse sentimientos de rencor o de animadversión de la quejosa hacia la procesada dado que es un hecho incuestionable que aquella laboró los días 30 de marzo y 4 de abril, todo lo cual fue además confirmado por los propios Annichiarico y Lidina Esther.

En cuanto a la falsedad material en documento público que igualmente se imputa a la Juez Gómez Gámez sostiene el Tribunal su existencia por la adulteración de varias providencias obrantes en los procesos que se adelantaban en el Juzgado de Astrea, toda vez que como se detectó en la diligencia de inspección judicial, a pesar de que los días 29 y 30 de marzo fueron laborados por Eduvige, en aquellas se cambió el nombre de la secretaria por el de una ad-hoc o por el del nuevo que aún no se había posesionado realmente. Aquí se trató, agregó el a-quo, de la confección integral de un folio o parte del contenido de las providencias con el único fin de cambiar el nombre de la antigua empleada, proyectándose tal acción a aspectos tan importantes como al de la presencia de una persona que en realidad no actuó, de ahí que resulte inaceptable la afirmación sobre falsedad inocua.

Y relacionando la situación del acusado Annichiarico Iseda afirma la sentencia recurrida que la confesión del mismo permitió establecer la manera en que concurrió a la realización de los hechos y su aceptación del cargo a sabiendas de la ilegalidad del acto, sin que ello pueda exculpársele bajo la alegación de la no exigibilidad de otra conducta por que independientemente de su viabilidad legal ni siquiera se reúnen los presupuestos fácticos y probatorios para su reconocimiento en la medida en que si bien se admite su angustia por algunas deudas y por la enfermedad de su hijo también debe tenerse en cuenta que posee inmuebles, es abogado y que no existía ninguna inminencia sobre la intervención quirúrgica al infante, tanto que aún dos años después de los hechos no se le ha programado.

Por tanto, concluye el a quo, no había un peligro inminente ni el empleo ofrecido era la única salida para ver de la salud del menor o para pagar las deudas, aunque todas esas circunstancias bien pudieron influir en la ejecución de los delitos, siendo su único alcance el de atenuar la pena de conformidad con el numeral 4°. Del artículo 64 del Código Penal.

Por eso, considerándolo cómplice en razón a que su carácter de servidor público lo adquirió precisamente a través de la posesión cuestionada y reconociéndole una rebaja de un sexta parte por "ayuda eficaz", el Tribunal de primera instancia le impuso la pena ya mencionada concediéndole el subrogado de la condena de ejecución condicional.

Los Recursos

Contra la anterior decisión interpusieron recurso de apelación el defensor de la doctora Lesbia Silena Gómez Gámez y el procesado Genaro Segundo Annichiarico Iseda.

1. Persigue el primero la absolución de su defendida y, en subsidio que se le reconozcan las atenuantes genéricas de buena conducta anterior y la falta de ilustración que influyeron en la ejecución del hecho, efectos para los cuales sostiene que en relación con el delito de falsedad ideológica erró el Tribunal al confundir la función certificadora con la nominadora que se expresa en el acto administrativo de desvinculación y nombramiento de empleados, allí el funcionario no está dando fe de hechos o circunstancias por él conocidas sino extinguiendo una relación laboral y creando la expectativa de otra, sin que aquello suceda antes del acto de notificación ni esto sin la correspondiente posesión caso en el cual no necesariamente coincide con el tiempo trabajado, pudiendo suceder que el designado no empiece a laborar a partir de la posesión.

Lo anterior le permite concluir al recurrente que el a quo le dio a algunos medios probatorios un alcance que no tienen en la medida en que la decisión de insubsistencia que se le cuestiona a la juez, que no certificación, sólo tiene vigencia a partir de su notificación, mientras que la de nombramiento sólo se materializa con la posesión pero ésta "no prueba ni demuestra si el funcionario que adquirió el estatus de trabajador oficial, realmente laboró o no en el cargo todos los días normales a partir de la diligencia", lo cual constituye una errada conexión del hecho indicador con el indicado toda vez que aquel no tiene la capacidad probatoria que le otorgó el fallador.

En este caso, dice el apelante, la resolución de nominación "Se tomó como indicio para certificar una mentira y como prueba directa para mostrar la tipicidad frente al delito de FALSEDAD IDEOLOGICA. Lo cual resulta errado, ya que este punible en su tipicidad requiere que sobre un documento genuino y verdadero se consignen hechos o situaciones FALSAS,

por parte del funcionario que tenga la función certificadora". La voluntad de la juez, agrega, fue producir un despido y un nombramiento, nada de lo cual se sometió a la mutación que exige el punible de falsedad ideológica, por ello la conducta es atípica al no existir contradicción entre lo que se ha debido documentar y lo realmente documentado.

Respecto a la falsedad material de empleado oficial en documento público que se imputa a su defendida, argumenta el recurrente la ausencia de dolo o falta de intencionalidad en producir daño a la fe pública toda vez que los documentos objeto del punible no sufrieron cambio en la redacción original sino en el nombre de la secretaria para que figurara la persona que ejercía las funciones de tal para esa fecha, lo que significa que la juez actuó con la íntima convicción de que era su deber y facultad legal corregir tales documentos y la errada creencia de que el despido operaba a partir de la fecha en que ella lo determinó, pero sin que aquellos hubieren perdido su esencia probatoria, ni su credibilidad, las que incluso no cesaban aún sin firma de secretario alguno.

2. El procesado Genaro Segundo Annichiarico Iseda, por su parte, sostiene que la negativa del a quo a reconocerle la causal extralegal de inculpabilidad relativa a la no exigibilidad de otra conducta se ha fundamentado en dos errores: el primero, interpretar que era propietario de una casa y un lote, cuando tan sólo lo es de aquella en un lugar donde se ha hecho imposible su enajenación en virtud a los problemas de orden público y creer que por tener el título de abogado podía derivar el sustento y solucionar el problema de salud de su hijo sin tomar en cuenta la realidad que evidencia el ejercicio de la profesión, lo que además lo llevó a aceptar el cargo de secretario de un juzgado promiscuo o luego el de sustanciador de un despacho de circuito; y el segundo, demeritar la gravedad de la situación bajo la errada apreciación de que la cirugía del menor dependía de un sorteo y no de un riguroso turno.

Por tanto, concluye el procesado recurrente, su precaria situación económica y lo grave de la enfermedad de su hijo no le dejaron alternativa diferente a la de aceptar el cargo ofrecido por la Juez de Astrea, eso significa que al no serle exigible una conducta diversa debe exonerársele de culpabilidad o que, por lo menos se está ante una situación de duda sobre la misma que de todos modos conlleva a la revocatoria de la condena, como así lo solicita.

También el defensor de Annichiarico Iseda persigue el mismo fin para que en su lugar se dicte sentencia absolutoria, pues considera que en el proceso se encuentra acreditada con suficiencia la urgencia económica por la que atravesaba Genaro Segundo para atender el tratamiento de su hijo enfermo del corazón, lo cual lo condujo a aceptar el cargo aún a sabiendas de que estaba violando la ley, pero sin que su propósito fuera el de conculcar derechos ajenos o el interés público y mucho menos perjudi-

car a la anterior secretaria a quien de su peculio le pagó los 4 dias laborados.

Y esgrimiendo similares argumentos a los de su defendido insiste en el reconocimiento de la no exigibilidad de otra conducta como causa extralegal de inculpabilidad pues en tales circunstancias esa situación de emergencia se traduce en un estado de necesidad por cuya existencia el procesado no tuvo otro recurso que violar la ley.

3. Haciendo uso del traslado a los no recurrentes, el señor Procurador 176 Judicial de Valledupar depreca la inmutabilidad del fallo de primer grado toda vez que los presupuestos del artículo 247 del C. de P.P. se encuentran reunidos al punto que la existencia del punible resultó un axioma mientras que sobre la responsabilidad los propios protagonistas suministraron la prueba de que en los documentos públicos por ellos preparados fue deformada la verdad de la fecha de posesión incurriendo así en falsedad ideológica, al paso que materialmente se falsearon las providencias mencionadas por Lidina cambiando la página en donde aparecía la firma de Eduvige. Todo ese acervo, concluye el no apelante dio al traste con las exculpaciones de los procesados e inclusive con la asumida por Annichiarico respecto de una causal extralegal de inculpabilidad.

CONSIDERACIONES

1. Dentro de las limitaciones propias que el recurso de apelación impone a la segunda instancia de conformidad con el artículo 217 del Código de Procedimiento Penal, se advierte desde ya la irrelevancia de las argumentaciones presentadas por el defensor de Lesbia Silena Gómez tendientes a demostrar la atipicidad del delito de falsedad ideológica con fundamento en una supuesta errónea apreciación o valoración de los medios probatorios.

2. En efecto, si por documento se entiende toda expresión de persona conocida o conocible que pueda servir de prueba es indudable que tanto la Resolución No. 003 de marzo 29 de 1.994 expedida por la entonces Juez de Astrea, Lesbia Silena Gómez, como el acta de posesión de Annichiarico Iseda en el cargo de secretario fechada del día siguiente, responden a tal concepto, con el calificativo además de públicos en cuanto fueron otorgados por un Juez en ejercicio de su cargo o con su intervención.

Siendo entonces esa su naturaleza, cualquiera que sea la función en cuya virtud se expidieron, pueden por tanto ser, como en efecto lo fueron, objeto material del delito de falsedad ideológica toda vez que ésta consiste en consignar una falsedad o callar total o parcialmente la verdad al momento de extender documento público que pueda servir de prueba, sin que para nada interese si éste fue expedido por el juez en ejercicio de su función certificadora o nominadora, mucho menos cuando no es este el pro-

blema que plantea el proceso ya que ningún cargo es posible formular a la Juez en relación con sus decisiones de declarar insubsistente a Eduvige y nombrar en su reemplazo a Genaro.

Por ello indebidos resultan los reparos que así formula el defensor de la Dra. Gómez Gámez al señalar que como la voluntad de ésta fue precisamente la de desvincular a aquella para incorporar a Annichiarico y eso en nada fue objeto de mutación no puede tipificarse la falsedad ideológica, trasladando, sin referirse para nada a las fechas de los documentos, el cuestionamiento a un punto que en lo más mínimo ha sido objeto de reproche, omitiendo a la vez referirse al verdadero sustento de las imputaciones que no fue otro que la inserción de datas falsas con el único fin de acreditar que Eduviges Uhia Sierra laboró no más allá del día 29 de marzo de 1.994 en el Juzgado Promiscuo Municipal de Astrea, fechas que indudablemente no son de la intrascendencia que pretende el recurrente.

3. Pero, aun recurriendo a la tesis de la defensa de dividir los documentos según la función que en determinado momento ejerza el juez, la conclusión tampoco puede ser de atipicidad en relación con la falsedad ideológica cuando es un hecho innegable que por lo menos en el acta de posesión el funcionario está certificando la presencia del nombrado en un día determinado, así como la reunión de requisitos legalmente exigidos para la asunción del cargo, mientras que en el Decreto o Resolución de desvinculación se está haciendo una declaración de insubsistencia y una de nombramiento.

Aceptar los argumentos del defensor de Lesbia Silena sería tanto como admitir que los decretos de designación o de destitución no son documentos que puedan falsificarse ideológicamente por la simple razón que allí el servidor público no está certificando un hecho o una condición, cuando lo cierto es que ellos contienen una declaración de empleado oficial que acreditan la terminación de una relación laboral con el Estado y el fundamento para el inicio de otra.

4. Resulta así imperioso, remitirnos al Código de Procedimiento Civil, para precisar el alcance de un documento público y más aun, su unidad pues de acuerdo con el artículo 258 del precitado ordenamiento "La prueba que resulte de los documentos públicos y privados es indivisible, y comprende aún lo meramente enunciativo siempre que tenga relación directa con lo dispositivo del acto o contrato", mientras que el 264 prescribe que "Los documentos públicos hacen fe de su otorgamiento, de su fecha y de las declaraciones que en ellos haga el funcionario que los autoriza", todo lo cual significa, respecto de la resolución y el acta de posesión cuestionados que sus datas son efectivamente parte esencial del documento con efectos jurídicos de trascendencia en la medida en que a partir de la de aquella corren los términos de aceptación y luego el término para posesión, en tanto que a partir de la fecha de ésta se entiende vinculada la persona al cargo con todas las prerrogativas, deberes y efectos que ello implica.

Por tanto errado resulta el análisis del recurrente al omitir cualquier consideración sobre el día de emisión y suscripción de los citados documentos públicos como si ello no concurriere a su constitución para simplemente concentrar su actividad en lo que nadie ha discutido en este proceso y cuando es evidente que la fecha, aunque enunciativa, sí tiene directa relación con las disposiciones y contenido de la resolución y acta de posesión por las que se cuestiona a los acusados.

5. La autenticidad de la Resolución 003 del 29 de marzo de 1994, ni la del acta de posesión se han puesto nunca en duda, tampoco el asunto se relaciona con cuál era la voluntad de la Juez pues ella fue con absoluta certeza la de desvincular a Eduvige y en su lugar incorporar a Genaro, sólo que tanto la una como la otra se produjeron realmente en fechas distintas a las que en ellas se especifican con la comprobada finalidad de demostrar que Uhia Sierra no trabajó entre el 30 de marzo y el 4 de abril cuando realmente sí lo había hecho.

6. Tampoco se desvirtúa el delito de falsedad ideológica por el que se condenó a la Juez Gómez Gámez con el argumento de que la Resolución No. 003 sólo tuvo efectos a partir del día de su notificación, mientras que en relación con el acta de posesión la fecha de ésta no siempre coincide con la de inicio de la labor, pues además de que en este asunto ello no corresponde a los resultados de la investigación y ni siquiera eso es lo que expresa la Dra. Lesbia Silena, tales afirmaciones, especialmente la referida a la posesión, carecen de lógica.

En efecto, mientras la Juez acusada ha sostenido que la resolución se dictó el día 29 de marzo de 1.994 y el acta de posesión se extendió al día siguiente, empezando Annichiarico a ejercer el cargo en esta misma fecha y las demás pruebas como el testimonio de Eduvige y las indagatorias de Genaro y Lidina, así como la inspección judicial practicada en el Juzgado de Astrea y los documentos recogidos en ésta evidencian que en realidad aquella se dictó el día 5 de abril y en la misma oportunidad se produjo la posesión, el recurrente pretende ahora acomodar la situación con el argumento absurdo de que aunque Genaro se posesionó el día 30 de marzo, sólo empezó a trabajar desde el 5 de abril, pero sin demostrar la existencia de alguna situación administrativa que así lo justificara, quedando por el contrario más claro el aserto de que la Juez dictó la resolución de nombramiento y posesionó a Annicharico con fecha anterior bajo la inocultable finalidad de borrar toda huella de que Eduvige había laborado hasta el día 4.

Aunque la Resolución No. 003 sólo tuviera efectos a partir de su notificación a quien fuera declarada insubsistente eso no desvirtúa el hecho de que, contrariando o manipulando la realidad, se le colocó falsamente como fecha el 29 de marzo, cuando en verdad fue dictada el 5 de abril, como tampoco se desvirtúa que ciertamente la posesión de Annichiarico se pro-

dujo el 5 de abril y faltando a esa misma verdad se adió el acta el 30 de marzo, cuando para hacer más patente el delito, ni siquiera el posesionado se encontraba en el municipio de Astrea.

Por tanto siendo la fecha elemento integrante del documento público y teniendo relación con las disposiciones y contenido de éste, faltar a la verdad en ella constituye indudablemente una modalidad del delito de falsedad ideológica, conclusión a la cual se llega no por un restringido análisis de la prueba indiciaria que no tiene cabida en este asunto, sino con fundamento en el testimonio de la denunciante, las versiones de Genaro y Lidina y principalmente por el análisis de la prueba documental, evento en el que recurrente de modo equivocado toma el acta de posesión simplemente como la prueba de un hecho indicante, negando su verdadero alcance demostrativo acerca de la falsa presencia de Genaro Segundo en esa fecha y lugar.

7. Demostrado en consecuencia que la entonces Juez Promiscuo Municipal de Astrea consignó en la Resolución No. 003 falsamente su fecha de expedición, así como al extender el acta de posesión hizo constar una data que realmente no correspondía y la falsa presencia de Annichiarico en el despacho durante ese día, ningún reparo puede hacerse sobre la adecuación típica y menos aún sobre la consiguiente responsabilidad cuando es claro que ésta se pregona acertadamente de la Dra. Lesbia Silena en calidad de autora habida cuenta que fue ella quien expidió el acto administrativo y autorizó la posesión en las condiciones ya dichas con el meditado propósito de evidenciar que Eduvige Uhia Sierra no había trabajado después del 29 de marzo, cuando realmente lo hizo hasta el día 5 de abril de 1994.

8. Persigue además el defensor de la Dra. Lesbia Silena que ésta sea finalmente absuelta de los cargos que se le formularon por el delito de falsedad material en documento público, efectos para los cuales, aceptando la existencia del hecho típico y mezclando elementos de la antijuridicidad y de la culpabilidad, argumenta la ausencia de dolo sobre la base de que no existió intención de producir daño a la fe pública pues los documentos no sufrieron cambios en la redacción original, de modo que la actividad de la juez fue simplemente corregir un error bajo la creencia de que el despido operaba desde la fecha en que lo determinó, argumentos que evidentemente no consultan la motivación de la procesada para actuar del modo en que lo hizo.

En efecto, como quedó demostrado Eduvige laboró en el Juzgado de Astrea ejerciendo el cargo de secretaria hasta el día 4 de abril de 1994, luego no puede decirse que la Juez rehizo las providencias dictadas en tres procesos en los días 29 y 30 de marzo suscritas por aquella simplemente para corregir el error, pues si así hubiere sido el firmante sería el nuevo secretario y no un ad-hoc, pero como la finalidad de la juez no era

esa, sino hacer ver que Eduvige no laboró en el juzgado más allá del 29 de marzo, manipuló la realidad adulterando las providencias que originalmente habían sido suscritas por ésta rehaciendo el folio en el que aparecía su firma. Por ende el error que alega el recurrente carece de todo fundamento como para pregonar una causal exculpante cuando la Juez con pleno conocimiento y voluntad rehizo dichos documentos en los cuales firmaba Uhía Sierra como secretaria durante las fechas ya indicadas, demostrándose así con claridad que su conducta fue dolosa.

9. Cierto es que la decisión o argumentación contenida en las providencias no fue objeto de mutación, ni la reelaboración del folio donde aparecía la firma de Uhía Sierra produjo efecto alguno dentro del respectivo proceso, lo cual permitiría pensar en principio en una falsedad inocua, máxime que la ausencia de firma del secretario en las decisiones judiciales no produce irregularidad alguna sobre el proceso de que se trate, tanto que el ordenamiento procesal civil prevé en su artículo 303 que "Toda providencia... terminará con las firmas del juez o los magistrados" y que "Ninguna providencia requiere la firma del secretario".

No obstante ser cierto lo anterior, en este asunto no puede hablarse de falsedad inocua cuando teleológicamente la procesada orientó su actividad no a afectar los procesos en sí, sino a aparentar la desvinculación de EDUVIGE como empleada del juzgado y en ese sentido la adulteración de las providencias por reelaboración total de uno de sus folios incide, sin lugar a dudas en la fe pública, pues es obvio que las providencias judiciales sólo pueden ser corregidas o modificadas en los expresos casos que señala la ley, uno de los cuales no es precisamente el que se reprocha a la Dra. Gómez Gámez y que evidentemente conculca esa confianza que los asociados depositan en la actividad judicial y en los documentos que de ella emanan.

10. Contrario pues a lo sostenido por el defensor de Lesbia Silena Gómez las pruebas recaudadas en el proceso han demostrado tanto la existencia de los hechos y su tipicidad como la responsabilidad que por ellos se predica de la sentenciada, de ahí que deba impartirse confirmación a la decisión recurrida dado que ni siquiera es de recibo la petición que de manera subsidiaria plantea el abogado ya que cuando en la dosificación de la pena se ha tenido en cuenta, como lo hizo el a quo, la circunstancia de agravación contemplada en el ordinal 11 del artículo 66 del C.P., cual es "la posición distinguida que el delincuente ocupe en la sociedad, por su riqueza, ilustración, poder y cargo, o ministerio", resultaría contradictorio pensar siquiera que la causal de atenuación punitiva contemplada en el numeral 9° del artículo 64 del Código Penal pueda tener vigencia.

Es más, entratándose de funcionarios judiciales que en ejercicio de su cargo cometen un delito, el incremento punitivo derivado con fundamento en la causal precitada se encuentra justificado en la medida en que, por

razón de su función, están en la obligación de asumir un mayor compromiso y observar una especial fidelidad en el desempeño de la misma: su importancia y preeminencia respecto a los demás los hace acreedores en sus conductas punibles a un mayor rigor punitivo máxime que están obligados como los demás a obedecer la misma ley por cuyo incumplimiento sancionan a otros.

11. Por su parte el procesado Genaro Segundo Annichiarico Isoda y su defensor persiguen igualmente la revocatoria de la sentencia condenatoria insistiendo para ello en la existencia de una causal extralegal de inculpabilidad bajo la consideración de que concurren los presupuestos de hecho que el a-quo estimó no reunidos.

Sin embargo encuéntrase que además de presentar una argumentación carente de claridad en la medida en que en ocasiones se refieren a "la no exigibilidad de otra conducta" para luego afirmar que ésta generó un estado de necesidad, no resulta cierta la concurrencia de los presupuestos fácticos que harían viable el aserto.

En efecto, si por inexigibilidad de otra conducta se entiende toda situación en que la actividad del sujeto agente no es objeto de punibilidad porque en las circunstancias en que la ejecutó no le era exigible actitud distinta, debe convenirse que en cada una de las causales de inculpabilidad subyace la no exigencia de comportamiento diverso al que se tuvo, pues para reconocer que alguien ha actuado en condiciones de fuerza mayor o caso fortuito, o bajo insuperable coacción ajena o por razón de una convicción errada e invencible, debe admitirse que en cada una de tales causales al sujeto no le era demandable otra conducta, que al agente no le quedaba más por hacer que vulnerar el bien jurídico tutelado.

Así las cosas, teniendo toda causal eximente de culpabilidad a su base dicho fundamento, y siendo la exigibilidad de conducta conforme a derecho condición de ésta, concluyese que es inculpable quien actúa de manera típica y antijurídica, sin reunir los presupuestos de alguna de las causales previstas en el artículo 40 del Código Penal, porque no podía hacerlo de otro modo, caso en el cual se hablaría de la causal extralegal de inculpabilidad que exigiría de todas formas la mayor ponderación en el análisis de los hechos y sus protagonistas que justifiquen la solución ya que no resultaría posible que cualquier condición afectiva o personal del infractor lo exonere de responsabilidad.

12. En el caso concreto, se alegan indistintamente la causal legal de justificación estado de necesidad y una extralegal de inculpabilidad, lo que obviamente resulta incompatible en la medida en que ésta supone, además de la antijuridicidad de la conducta, que la situación no esté prevista por el ordenamiento como justificante, ni como exculpante, de ahí que desacertado sea el planteamiento del defensor recurrente cuando afirma que esa inexigibilidad de otra conducta generada por la situación eco-

nómica del procesado se tradujo en un estado de necesidad, pues lo que en tal caso se debe alegar es éste con exclusión de cualquier otro instituto, toda vez que, se reitera, la causal extralegal de inculpabilidad sólo sería viable teóricamente cuando al agente sin encuadrar su acción en ninguna de las situaciones de exculpación legalmente previstas actúa típica y antijurídicamente porque no podía hacerlo de diversa manera.

13. Ahora bien, alegado el supuesto estado de necesidad, es evidente que la situación dada a conocer por el procesado no reúne las condiciones para reconocerlo, habida cuenta que sus deudas con el comercio y el padecimiento de su hijo, aunque reales no constituían un peligro actual o inminente, tanto que venía subsistiendo meses atrás sin necesidad de atentar contra bienes jurídicos, su hijo no se encontraba aún en turno para cirugía y a pesar de la alegada urgencia le pagó a Eduvige el salario correspondiente a los días de marzo y abril que ella trabajó.

Pero, además de la ausencia de esa condición, es obvio que si se pretendía proteger algún derecho ello no se lograba con la vulneración del bien jurídico de la fe pública, mucho menos cuando Annichiarico, como abogado, era absolutamente consciente de que asumía un cargo en condiciones de ilicitud, lo cual él podía evitar simplemente haciendo que el acta de posesión se extendiera en la fecha en que la misma se produjo, máxime que no hay constancia en el proceso de que la Juez no aceptara su posesión si no era en esas circunstancias, caso en el cual se hablaría incluso de causales legales de inculpabilidad.

14. Lo anterior a la vez que indica la no concurrencia de la justificante alegada, permite desechar la causal extralegal invocada pues también lo dicho significa que a Annichiarico le era exigible y posible no sólo buscar otra fuente de ingreso, sino además, aceptado el cargo, no posesionarse en las condiciones ilícitas que le eran plenamente conocidas, lo cual conlleva también a confirmar la sentencia condenatoria dictada en su contra.

15. Finalmente, al Dr. Genaro Segundo Annichiarico y a Lidina Esther Barriga el a quo les reconoció una rebaja punitiva de una sexta parte "por cuanto...prestaron una ayuda eficaz para el esclarecimiento de los hechos y de la responsabilidad penal de todos", decisión que si bien no será revocada ni modificada dada la prohibición de reformar en perjuicio, más aún cuando ni siquiera Lidina Esther recurrió y principalmente porque la tasación no vulnera el principio de legalidad de la pena en cuanto la impuesta se encuentra dentro de los límites que señalan los artículos 24, 218 y 219 del Código Penal, conviene recordar la obligación del funcionario de precisar los argumentos fácticos y legales en que basa sus decisiones de modo que no haya lugar a equívocos como en este asunto en que se reduce la pena por "una ayuda eficaz" cuando es claro que esa situación responde a unos lineamientos y políticas bien diferentes a las que rigen la confesión y a la cual parece pretendía referirse el a quo.

16. Como quiera que Lesbia Silena Gómez Gámez, de quien se sabe se encuentra en detención domiciliaria, no se hizo acreedora a subrogado penal pero el Tribunal guardó silencio respecto a la ejecución de la pena impuesta en su contra, la sentencia debe adicionarse en el sentido de dejar a la condenada a disposición del INPEC en la dirección donde se cumple la medida para que sea aquella dependencia la que determine el lugar de reclusión.

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

RESUELVE:

Con la adición que se precisó en la parte motiva, CONFIRMAR íntegralmente la sentencia de febrero 7 de 1997 por medio de la cual el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Valledupar, condenó a Lesbia Silena Gómez Gámez y Genaro Segundo Annichiarico Iseda.

Notifíquese, devuélvase al Tribunal de origen y cúmplase.

Jorge Enrique Córdoba Poveda, Fernando Arboleda Ripoll, Ricardo Calvete Rangel, Carlos Augusto Gálvez Argote, Jorge Aníbal Gómez Gallego, Edgar Lombana Trujillo, Carlos E. Mejía Escobar, Didimo Páez Velandia, Nilson Pinilla Pinilla.

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

PRUEBA/ TESTIMONIO

Para determinar la fuerza de convicción de las pruebas en busca de la verdad material, enseña el artículo 248 del C. de P. P. que el intérprete sólo debe atender los principios que informan la sana crítica o apreciación razonada, esto es, las reglas de la lógica, de la experiencia, de la sicología y de la técnica con criterio objetivo-social.

Esos principios y reglas nos persuaden de que, por naturaleza, el hombre siempre se inclina a decir la verdad en sus atestaciones y que sólo por razón de singular gravedad extravía ese camino en busca de obtener un beneficio o de alejar un daño.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Santafé de Bogotá, D.C., diciembre dieciséis (16) de mil novecientos noventa y ocho (1998).

Magistrado Ponente: Dr. *Didimo Páez Velandia*

Proceso No. 12717

Aprobado Acta No. 195

Procede la Sala a calificar el mérito probatorio del sumario adelantado contra el doctor Carlos Alberto Oviedo Alfaro, actual miembro de la honorable Cámara de Representantes.

HECHOS Y ACTUACIÓN PROCESAL

Al resolver la Sala la situación jurídica del imputado en proveído de 21 de abril del presente año, hizo la siguiente sinopsis de la cuestión fáctica y de la actuación procesal:

"1. El 2 de enero de 1997, a eso de las 10:00 p.m., en predios de la finca La Brasilia, vereda Puerto Espejo, comprensión municipal de Armenia (Quindío), policiales de la Estación de Puerto Espejo, que acertaron a pasar por allí en labores de patrullaje, observaron que dos cuerpos ardían, por cuyo motivo intervinieron para evitar que fueran consumidos totalmente por las llamas, dando de inmediato cuenta a la autoridad respectiva para la práctica del levantamiento de los cadáveres.

Las primeras averiguaciones permitieron establecer que uno de los cuerpos correspondía a Fernando Celis Franco, a "El Mono" y el otro al del ingeniero Juan Guillermo Acosta, conociéndose la versión, a través de los dichos de familiares del primero, que ambos se habían dado cita en el parque de La Tebaida hacia las 3 de la tarde de ese día, cumpliendo así con la promesa que " El Mono " le hiciera a Carlos Alberto Oviedo Alfaro, para quien trabajaba como guardaespaldas, de "sacarle" a determinado sitio al ingeniero, con cuya esposa Oviedo tenía relaciones amorosas, desconociéndose desde esa hora el paradero de los dos, hasta cuando fueron hallados sin vida. Al momento de salir de su casa a eso de la 1:30 de la tarde, también dijo "El Mono" que ese día iría a encontrarse con Oviedo para que le pagará 3 millones de pesos que le debía por un "trabajo" que le había hecho, consistente en matar a un "duro" con el que éste había tenido algún problema.

2. El diligenciamiento fue enviado a esta Corporación, dado el carácter de Representante a la H. Cámara del imputado Carlos Alberto Oviedo Alfaro, donde luego de adelantarse investigación preliminar, se dispuso la apertura de la instrucción, la cual cuenta, hasta ahora, con los siguientes medios probatorios:

a) Necropsias practicadas a los cadáveres de Juan Guillermo Acosta Botero (fl.78) y Fernando Celis Franco (fl.80), en las cuales el médico legista registra como causa de la muerte, para ambos:

"...CONCLUSION: hombre que fallece por schok hipovolémico secundario a herida perforante de ventrículo izquierdo. La quemadura del cuerpo, por los hallazgos pulmonares encontrados, se puede afirmar que es un evento posmorten.."

b) Declaración de Juan Carlos Celis Franco, (fls.2, 14, 90 Cdno.2 original y 83 Cdno. anexo) en la cual expresó que su hermano le había comentado que Oviedo Alfaro le debía tres millones de pesos que le había ofrecido por matar a un "duro" con el que había tenido un problema; el hermano de Oviedo, Guillermo apodado "Bambino", iba con frecuencia a buscarlo de noche con otros y con el chofer a quien apodan "Micollorón"; repetidas veces Fernando le pidió al declarante que le pusiera beeper al "Bambino" al Código 911, lo mismo que a Juan Guillermo Acosta al Código 10.370. El día 1 de enero su hermano llamó a Juan Guillermo para pedirle que lo acompañara al día siguiente a cobrar una plata, y el 2 "El Mono" salió diciendo que iba a encontrarse con Oviedo para que le pagara el dinero que le debía, siendo encontrados luego los dos muertos.

c) Testimonio rendido por Oscar Celis Lozano (fls.8, 77, 113 Cdno.2 y 79 Cdno. Anexo), padre de Fernando, quien narra que a su hijo, quien decía que era guardaespaldas del congresista Oviedo Alfaro, iban a recogerlo con alguna frecuencia el individuo apodado "Micollorón" y Guillermo a. "El Bambino", hermano del doctor Oviedo. Supo que Fernando, por

orden del doctor Oviedo había matado a un "duro" y por eso le había ofrecido 3 millones de pesos, así como también había cumplido con el encargo de ponerle una bomba a un establecimiento denominado "Zaguan de Las Guitarras". El día 2 de enero, alcanzó a contarle que le había hecho el comentario al doctor Oviedo de que el ingeniero Guillermo, amigo de Fernando, pensaba matarlo con un rocket en vista de que había descubierto las relaciones amorosas que tenía con su esposa, ante lo cual Oviedo le prometió 3 millones de pesos para que le hiciera el "cruce" y lo sacara a un sitio. Al regresar a su casa el declarante, se enteró que Fernando había pasado a recoger una chaqueta a eso de las dos de la tarde y que la gente de Oviedo lo estaba esperando arriba; a eso de las 11 de la noche le avisaron que al ingeniero y a su hijo les habían dado muerte.

d) Declaración de Luz Neida Celis Franco (fls.12 y 74 Cdno.2), en la cual expresa que a raíz de que instalaron línea telefónica en la casa, la No.458990, su hermano Fernando comenzó a frecuentarla, haciendo y recibiendo llamadas, entre las cuales recuerda las que hacía a Oviedo, sin saber sobre qué temas conversaban. Le comentó que alguien le debía 3 millones de pesos y desde su casa puso un beeper recibiendo luego una llamada que, según le dijo él había resultado negativa para el cobro que había hecho de ese dinero. Le dijo igualmente que trabajaba como guardaespaldas de Carlos Alberto Oviedo Alfaro, y el día 2 de enero, antes de salir a eso de las 11:30 a.m. de su casa hizo llamada telefónica a un Guillermo, y en la madrugada del día siguiente supo que lo habían ultimado.

e) Testimonio de Migdalia Ortiz Torres (fls.16, 86, 116 Cdno.2 86 Cdno. anexo), compañera permanente de Fernando Celis, quien cuenta que en alguna ocasión, estando con éste, se encontraron con JAMES, conocido con el apodo de "Micollorón", quien se comprometió a conseguirle trabajo con Oviedo y efectivamente luego se enteró que lo había contratado como guardaespaldas, a partir de lo cual era recogido en la casa por "Bambino", hermano de Oviedo, con quien se comunicaba a través del teléfono 463456, Código 911 que tenía anotado en un papel del cual hizo entrega a la Fiscalía. Agrega que Fernando le contó que por orden de Oviedo había matado a una persona con la que había tenido algún problema, trabajo por el cual le había prometido 3 millones de pesos que no le pagó. También le comentó que le estaba pagando por volar el Zaguan de Las Guitarras. Sigue: "..Me contó que Oviedo le estaba pagando por sonsacar (sic) a Guillermo el ingeniero para matarlo porque dizque Guillermo iba mandar a tumbar a Oviedo porque había tenido relaciones con la esposa de Guillermo entonces Mono le contó a Oviedo lo que Guillermo había dicho y entonces Oviedo le dijo que se lo sonsacara para matarlo...". El día de su muerte salió temprano anunciando que iba a reclamarle a Oviedo la plata y luego regresó por la chaqueta saliendo de nuevo manifestando que se iba a encontrar con la gente de Oviedo y hacia las doce de la noche avisaron que lo habían encontrado muerto con el Ingeniero.

f) Alvaro Acosta Botero (fl.200), dijo en su declaración que lo que llegó a su conocimiento sobre la muerte de su hermano Juan Guillermo fue por intermedio de los familiares del otro muchacho asesinado, quien, según ellos, tuvo el encargo de entregar a su hermano al grupo de sicarios de Carlos Alberto Oviedo, porque éste tenía relaciones íntimas con la esposa de Juan Guillermo. Añade que, sobre esto último, se sabía, por comentarios, que traían esa relación desde hacía año y medio.

g) Silvia Acosta Botero (fl.204) manifestó que no tenía conocimiento cierto sobre las circunstancias en que había perdido la vida su hermano Juan Guillermo, pero señala que hacia el mes de octubre de 1996 la declarante le hizo saber a éste que por distintas personas se había enterado que su esposa salía con Oviedo Alfaro, noticia que visiblemente lo afectó. Dice que Carlos Alberto Oviedo Alfaro estaba relacionado con la muerte de Jaime Hoyos pero que "..la familia de Jaime no hacía nada porque Carlos Alberto los había maneazado (sic) a todos.." Agrega: "..En el mismo edificio donde yo vivo, vive Carlos Alberto Oviedo Alfaro, yo vivo en el 502 y él en el 701, él allí vivió un tiempo con su hermano Guillermo y una cantidad de muchachos que con los días se han ido desapareciendo, porque los matan, aparecen baleados. "

h) En su testimonio, Ines Elena Acosta Botero (fl.30Cdno.2) asegura que ese día 2 de enero encontrándose con su hermano Juan Guillermo recibió un beeper a eso del medio día, al cual dio respuesta concertando cita para la tarde. Y hacia las 3 de la tarde, le pidió que lo llevara hasta el parque de La Tebaida. Y allí efectivamente se quedó, enterándose en las horas de la mañana del siguiente día que había sido encontrado muerto. Al hacer averiguaciones, un señor de la fuente de Soda de La Tebaida le comentó que a él lo habían recogido en un jeep blanco y precisamente a eso de las cinco de la tarde fue visto por una amiga suya en Armenia en un vehículo de esas características. Dice que había comentarios de que Oviedo y la esposa de su hermano salían y éste le dijo a la declarante que por ese motivo le había llamado la atención a aquél, pidiéndole que la dejara tranquila.

i) Rindieron declaración los agentes de policía de la Estación de Puerto Espejo Jaime Eugenio Rodriguez (fl.293), Miguel Angel Sandoval Prada (fls.294 y 148 Cdno.2), Oscar Murillo Cortés (fl.136 Cdno.2), Jaime Rincón Rojas (fl.144 Cdno.2) y Luis Eduardo López Duque (fl.140). Los tres primeros afirman que el 2 de enero de 1997, a eso de las tres de la tarde, vieron pasar en un automóvil dirección Armenia-Pueblo Tapado, al político Oviedo Alfaro por frente al puesto de policía y luego se enteraron que habían encontrado los dos cuerpos quemados a una distancia de allí de dos kilómetros. Agrega Murillo Cortés, que el dueño de la finca La platina vio cuando varios sujetos que se transportaban en una camioneta roja prendían fuego a los muertos y fue a dar cuenta a la Policía. Por su parte, Rincón Rojas y López Duque cuentan que aproximadamente a las diez de

la noche de ese día, cuando se hallaban patrullando en motocicleta vieron dos cuerpos ardiendo, de lo cual dieron cuenta a la central haciéndose presente personal con extinguidores y apagaron el fuego, sin saberse hasta ese momento quiénes habían sido los autores del hecho.

j) José Fáber Ocampo Cardona (fl. 50 Cdno. Anexo), el dos de enero de 1998 rindió declaración dentro del proceso adelantado por el homicidio perpetrado en Jaime Hoyos Ramírez, cuñado suyo, el 24 de agosto de 1996 en el Bar denominado " La Fonda del Camino " de Armenia, al parecer por un guardaespaldas del congresista Carlos Alberto Oviedo Alfaro, apodado "JERINGA" a quien, según esta deposición, eliminaron luego en La Virginia. Seguidamente agrega:

"...yo personalmente vi cuando mataron a Juan Guillermo Acosta Botero y a Fernando Celis Franco, eso fue el año pasado en enero como iniciando año, eso fue a eso de las ocho de la noche, me acuerdo muy bien ya que para ese día yo estaba en la finca y recibí un bipper que me decía que me comunicara con el Dr. Oviedo, entonces yo lo llamé y él me dijo a mí que nos viéramos más abajo de Puerto Espejo, yo llegué al lugar y lo seguí, él iba en ese momento en una camioneta roja, en ese carro iba en ese momento un hermano de Oviedo Alfaro que se llama Guillermo y otro, no sé el nombre de esa otra persona, en ese momento cuando yo llegué al lugar indicado me dijeron que siguiera detrás de ellos, así lo hice, llegamos a una finca que parece es propiedad de Frescolo, cuyo nombre es Orlando, lo puedo reconocer fácilmente y Oviedo ya estaba en esa finca, ya que él no iba en la camioneta, y entonces Oviedo me dijo personalmente que hay (sic) en esa casa en una pieza estaban dos tipos que decían que yo les había ofrecido la suma de cien millones de pesos ($100.000.000) para que lo mataran a él o sea a Oviedo, en ese momento yo entré a la pieza donde tenían atado (sic) a los dos hombres y les pregunté Uds. me conocen y ellos me contestaron que no, entonces yo les dije, entonces cuál la razón para Uds. decir que Canguro como me dicen a mí le estaba dando a Uds. cien millones de pesos para matar al Dr. Oviedo Alfaro y ellos me contestaron "Nosotros no manifestamos eso", entonces vino un altercado ya que Oviedo y Frescolo le decían eso a ellos que para qué decían lo que no era, inmediatamente Oviedo dio la orden de matarlos y Frescolo junto con un acompañante que tenían hay (sic) en la finca procedió a undirles como especie de unos punzones en el corazón y ahorcarlos con una soga, también les daban, se pusieron inmediatamente morados y con babaza, a Acosta lo tenían amarrado con las manos atrás y ese señor rezaba fue muy triste ver eso, después de muertos los metieron en camioneta como roja o vino tinto que es de propiedad del doctor Oviedo Alfaro y los taparon con unos costales, se los llevaron y ya por la prensa me di cuenta que los habían quemado más abajo de Puerto Espejo... PREGUNTADO : Cuando sacaron a estas dos personas en el carro del Dr. Oviedo Alfaro, cuál fue la actitud de éste ? CONTESTO: En ese momento Oviedo no se fue con los muertos, en ese momento con los muertos

sólo se fueron Guillermo el hermano de Oviedo Alfaro, el otro acompañante y Frescolo, antes de salir de la finca. Oviedo Alfaro y Frescolo cuadraron todo y manifestaron que para quemarlos, ellos salieron pero en ese momento no se supo para donde..."

Posteriormente, el 14 de enero del mismo año (fl.105 Cdno. Original 2) en declaración extraproceso rendida ante la Notaría Primera del Círculo de Armenia el testigo se retracta de lo dicho, manifestando que en aquella oportunidad había concurrido a la Fiscalía a denunciar las amenazas de que había sido víctima en forma telefónica, atribuyéndoselas a Oviedo Alfaro y otros, imputación que hizo porque ".. mi estado de ánimo, alteración y mi estado emocional no eran normales y no tenía precisión ni claridad sobre lo que estaba declarando..."

El 5 de febrero, al ampliar su testimonio ante la Fiscalía Regional Delegada de la Unidad Nacional de Derechos Humanos (fl.95 Cdno. Anexo), precisa que a raíz de la crisis de nervios que sufrió por las amenazas recibidas, "..formé una historia para defenderme, ya que nos han amenazado mucho a raíz de la muerte de mi cuñado. las personas que comprometí no tienen nada que ver en estos hechos que yo narré, esta historia la formé a raíz de todos los comentarios callejeros escuchados...las amenazas fueron telefónicas, llamaban y decían "Dígale a su hermana que calle la boca" o "Cállense y sino las consecuencias serán peores"." Indica que supuso que el autor de esas muertes había sido Oviedo Alfaro, con quien tiene relaciones de amistad.

k) Declaración de Luis Carlos Cerra Vargas (fl.303) miembro del C.T.I., quien informa que con ocasión de las investigaciones adelantadas con relación al Beeper Código 911, se estableció que figuraba a nombre de Jorge Iván López Henao, pero que quien verdaderamente lo utilizaba era el hermano de Carlos Alberto Oviedo Alfaro de nombre Guillermo, conocido como "Bambino".

l) Al folio 17 del cuaderno anexo, la empresa "CENTRACOM" Ltda. del Quindío informa que el bíper Código 10370 corresponde a Juan Guillermo Acosta Botero; del listado que anexa, registrados para el 2 de enero de 1997, merece destacarse los siguientes mensajes dejados por Fernando Celis Franco, a. El Mono:

"11:02 a.m.: Comunicarse con el mono al 458990 urgente

01:37 p.m.: Favor comunicarse con el mono al 476833 urgente

01:47 p.m.: El mono está esperando la llamada para acordar la cita, llamar al 476833. Espera llamada en 10 minutos

03:10 p.m.: El mono está esperando en la plaza principal de la Tebaida. Favor cumplir la cita .."

m) El doctor Carlos Alberto Oviedo Alfaro fue oído en indagatoria (fl.154 Cdno.2), en la cual manifestó que nada tuvo que ver en los hechos que le

son imputados. A Fernando Celis (a. El Mono) lo distinguió en la plaza de ferias de Armenia por el mes de octubre de 1995, pues allí éste ofrecía el servicio de cuidar carros o caballos. Supo por su hermano Guillermo, a quien distinguen como Bambino, que Celis estaba buscando trabajo, pero en vista de que se sabía que tenía Antecedentes por homicidio y que había estado detenido, negó su ayuda, sin que pasara a más su conocimiento sobre él. A Juan Guillermo Acosta lo conoció, porque este frecuentaba a una hermana que tenía su apartamento en el mismo edificio donde el indagado habitaba, y porque Gloria Patricia Castaño, esposa de Juan Guillermo, era gerente de Uconal, entidad en la cual él -el indagado- manejaba una cuenta. Por virtud de esa relación bancaria, Gloria Patricia en alguna oportunidad le pidió que le ayudara con gerentes de entidades del sector público, para la apertura de cuentas, CDT y otras operaciones, siendo así que se dio la ocasión de una reunión en el restaurante La Fragata con los gerentes de Coldeportes, Telearmenia, I.S.S., y otros, a la cual ella asistió, sin que trascendiera a más, ni diera lugar a comentarios sobre un supuesto trato sentimental y menos que originara reclamo alguno por parte de Juan Guillermo. Para el 2 de enero de 1997, en orden a atender una invitación que se le había hecho por unos amigos a la ciudad de Cali para ver la corrida tradicional llamada "Del Toro", fue recogido a eso de las 11:00 a.m. en el chalet de su señora madre ubicado en la salida de Armenia al Valle, asistieron al evento y estuvieron en Armenia de regreso hacia las 8:30 de la noche; invitó a sus amigos al establecimiento Tienda de Capota, de donde salieron aproximadamente a las 10:00 p.m. a comer al Restaurante Rancho Argentino, regresando posteriormente a Tienda de Capota y luego fue llevado a su apartamento. Agrega que a mediados de enero del año que transcurre Fáber Ocampo lo abordó y le comentó que, presionado por personas que políticamente lo querían perjudicar, lo había acusado de la muerte de esas dos personas, acusación de la cual estaba arrepentido, limitándose el indagado, ante esto, a indicarle que regresara a la Fiscalía y dijera la verdad. Añade que Esperanza, hermana de José Fáber, ha desmentido en sus declaraciones ante la Fiscalía, las imputaciones que éste le hiciera. Dice, finalmente, que como todos en Armenia, se enteró que Fernando Celis y Juan Guillermo Acosta habían sido ultimados, pero ignora los móviles, los autores y las circunstancias de su ocurrencia.".

También dentro del caudal probatorio que hasta ahora obra en el proceso, es válido destacar el siguiente:

1. Inspección judicial a la finca "El Rocío" ubicada en la vereda Zulaibar, comprensión municipal de Armenia en la que al parecer fueron ultimados Fernando Celis y Juan Guillermo Acosta, la cual resultó ser de propiedad de María Rosmira Tangarife Vanegas, quien era visitada con frecuencia por Juan Ernesto Vásquez Corrales (a. Frescolo) padre de sus dos hijos. Conocían al doctor Carlos Alberto Oviedo Alfaro, en razón a que tuvieron

que acudir a sus servicios profesionales para que los asistiera en asunto de derecho de familia que se les estaba presentando con uno de los hijos que era adoptado (fl.246 cuaderno 2).

2. Testimonio de Gloria Patricia Castaño Sanz (fls. 290 Cdno.1, 239, 329 Cdno.2,), quien expresa que por la época en que fue ultimado su esposo Juan Guillermo Acosta ya llevaba algún tiempo separada de él y se estaban dando pasos para legalizar esa situación. Con Oviedo Alfaro no la unió relación diferente a la meramente profesional, toda vez que era usuario de la agencia de Uconal de Armenia donde era ella gerente. En la noche de la muerte de Juan Guillermo estuvo la deponente en el Rancho Argentino con su hermana y otras personas desde las 8, y cerca a la hora de su salida, que fue a las 12:00 de la noche, llegó Oviedo con más personas a ese lugar; ella y sus acompañantes siguieron para Tienda de Capota y cuando salían llegó Oviedo con los mismos amigos. No sabe las circunstancias en que perdió la vida su esposo; más una de las versiones que giraba sobre los motivos de su deceso refería que la viuda de Jaime Hoyos, hermana de José Fáber Ocampo Cardona, le había ofrecido una suma millonaria para que matara a Oviedo y de ahí para que últimamente estuviera anunciando que su situación jurídica se le iba a arreglar, a raíz de lo cual se le veía hablando con un escolta de aquélla.

3. Argenis Chocontá Cuéllar (FL.482), Douglas Medina Oviedo (fl.486) y Antonio José Lopez Castaño (fl.489), declararon que el 2 de enero de 1997 estuvieron con Oviedo Alfaro en Cali en una corrida, a su regreso a Armenia entraron a tomar licores a la Tienda de Capota, luego al Rancho Argentino a comer y de nuevo a la Tienda de Capota.

4. Pablo Jordán Wilson (FL.493) dueño de El Rancho Argentino, afirma que Oviedo Alfaro era asiduo visitante de su negocio, pero no puede recordar la fecha precisa en que lo hizo por la época de los hechos. Jesús Alcides Cardona González (fl.512), dueño de Tienda de Capota, sostiene que ese 2 de enero Oviedo llegó a su establecimiento entre 7 ½ y 8 de la noche y salió a comer para regresar hacia la media noche.

5. Luis Jaime Alvarez Angel, a. Mico Llorón (Fl.60 c-3) dice que El Mono, a quien también conocía como Balazo, era su amigo y por eso intercedió ante el doctor Oviedo para que le diera puesto, a lo cual se negó porque tenía Antecedentes penales. No sabe si " por debajo de cuerda " trabajaría con él; no es cierto que el declarante hubiera sido conductor De Bambino, ni recogió al MONO en su compañía, ni le consta nada de su muerte y del Ingeniero.

6. El Agente de Policía Miguel Angel Sandoval Prada (fl.507), al ampliar la declaración dice que cuando se encontraba en la Estación de Puerto Espejo su compañero Rodríguez manifestó que en un automóvil que pasaba a velocidad iba Oviedo, pero el declarante no puede asegurar si era él o no.

Al hallarse perfeccionada la investigación, se clausuró mediante auto calendado el 13 de agosto del presente año (fl.70 C-3) y dentro del término del traslado los sujetos procesales formularon sus solicitudes, así:

El señor defensor del imputado al examinar la prueba de cargo deduce que la que resulta de las declaraciones de los familiares de Fernando Celis (a. El Mono) nada demuestra, porque además de que es fruto de la especulación y exageración, contradicción e incongruencia, tiene como único origen las manifestaciones del occiso, quien para impresionar a las personas que le rodeaban, hacía gala de su amistad y relación fantasiosa de trabajo con Oviedo, relación que ninguna comprobación obtuvo dentro de la investigación. Considera que con el testimonio de Luis Jaime Alvarez Angel (a. Micollorón), quien infructuosamente trató recomendar a El Mono para que Oviedo le diera trabajo, se desvirtúa la supuesta relación laboral entre el occiso y el imputado.

Encuentra también desprovista de toda prueba la supuesta relación sentimental entre la esposa del ingeniero Juan Guillermo Acosta y el doctor Oviedo Alfaro, pues quienes sobre ello deponen lo hacen fundados en los comentarios de otras personas y no por percepción directa, quedando todo reducido al simple chisme. Entre ellos existía, como lo aceptaron en sus intervenciones procesales, tan sólo trato comercial y el que puede existir entre un político y una funcionaria de entidad financiera, en la aspiración esta de obtener más clientes, de donde deduce que no había motivo para que entre Juan Guillermo y Oviedo Alfaro hubiera retaliaciones.

El indicio de responsabilidad que dedujo la Sala cuando resolvió su situación jurídica, al dar por cierto lo atestiguado por los agentes del orden de la Estación de Puerto Espejo, en el sentido de que habían visto pasar al Dr. Oviedo a eso de las 3 de la tarde de la fecha de autos por ese lugar con dirección Armenia-Pueblo Tapao, que es cercano al sitio donde fueron hallados luego los dos cadáveres y lejano del que dice el doctor Oviedo se encontraba en ese momento, piensa el libelista que dejó de tener presencia en el proceso al aclarar el agente Miguel Angel Sandoval en su deposición del 2 de julio de 1998 que quien dijo haber visto pasar al doctor Oviedo fue su compañero Rodríguez, ya que él sólo alcanzó a observar a un vehículo que pasaba a velocidad: al decir el agente Oscar Murillo al folio 36 del cuaderno 2 que quien había advertido ese detalle había sido el agente Sandoval, y al indicar el policial Oscar Murillo que alguno de sus compañeros dio la voz del paso de Oviedo, sin saber cual. Luego, permanece vigente la negativa del imputado sobre su cruce por ese sitio, corroborada por el hecho de que la vía que de Armenia conduce a Pueblo Tapado estaba cerrada desde hacía meses; en caso de duda sobre el particular, debe resolverse a favor del imputado.

Sobre las iniciales manifestaciones de José Fáber Ocampo Cardona inculpatorias del doble homicidio al procesado, aduce la defensa que fue-

ron resultantes de su "..indisposición personal por haber sido predispuesto en su disfavor por los rumores, comentarios y chismes sobre la presunta autoría de Oviedo Alfaro en el homicidio de su cuñado Jaime Hoyos Ramírez.." Por eso, en subsiguiente intervención el testigo se retractó para remediar el daño ocasionado al doctor Oviedo, retractación que no fue atendida por la Sala porque el testigo había depuesto de ciencia propia al ser presencial de los hechos y dar cuenta del instrumento empleado, el sitio anatómico vulnerado a las víctimas, coincidentes con la necropsia. " A este respecto -dice el memorialista- debo manifestar que fue tal el despliegue publicitario y si se quiere sensacionalista, que se le dio a este doloroso acontecimiento por parte de los diferentes medios de comunicación locales, que las personas del común describían esas incidencias y otras más con la precisión con que la hizo José Fáber Ocampo.." El declarante, por lo demás, no se encontraba en Armenia para el 2 de enero de 1997, pues se hallaba en Caucasia y como consecuencia de una intoxicación hubo de ser atendido en un hospital de Buenavista, Córdoba, de lo cual anexa certificación el abogado de la defensa.

Pide, en conclusión, que se someta a juiciosa valoración las anteriores probanzas y que se tenga en cuenta que personas prestantes de la sociedad quindiana corroboran el desplazamiento de Oviedo Alfaro a la ciudad de Cali para asistir a una corrida de toros, su estancia en sitios nocturnos de la ciudad de Armenia que impedían, a su vez, su presencia en otro sector de la ciudad y que conlleva a que no sea posible proferir pliego de cargos y en cambio sí la preclusión de la investigación.

o El imputado doctor Carlos Alberto Oviedo Alfaro, tras referirse a los requisitos demandados para proferir resolución de acusación y de estudiar los testimonios de los familiares de las víctimas, de los agentes de Policía que dicen haberlo visto pasar a eso de las 3 de la tarde dirección Armenia - Pueblo Tapao y de José Fáber Ocampo Cardona y del alcance jurídico que dio a ese material de prueba la Corte al momento de resolver su situación jurídica, sostiene que al aplicar la sana crítica en su valoración debe tenerse en cuenta que algunos declarantes se hallaban ligados a las víctimas por lazos de consanguinidad y afinidad, que incurren en mentiras y contradicciones, que son testigos de oídas y que carecen de todo conocimiento sobre el tema principal, cual es la muerte de Fernando Celis Franco y Juan Guillermo Acosta Botero.

Al reproducir el testimonio de Luis Jaime Alvarez Angel (a. Micollorón) destaca que se encarga de desmentir a los parientes de Fernando Celis sobre la supuesta relación del imputado con éste.

Al igual que su defensor, estudia las aseveraciones de los agentes de Policía para indicar que "..Está demostrado, entonces, que el rumor que en principio era creíble, se desvaneció y perdió, como todo rumor y conseja, valor probatorio alguno. La contradicción de la prueba, concluye que

Carlos Alberto Oviedo Alfaro no fue visto, como en principio se decía, en sitio cercano donde fueron muertos Celis y Acosta, porque además existen otras pruebas certeras, uniformes y concordantes, que señalan con precisión que Oviedo Alfaro, estaba en la ciudad de Cali, no teniendo el don de la ubicuidad..."

Apunta que la declaración del Mayor de la Policía Willian Víctor Mora además de dar claridad sobre que la noche del homicidio nada se supo sobre los responsables, puntualiza que las víctimas fueron llevadas con vida al sitio donde fueron encontradas y allí se les dio muerte, lo cual le permite al procesado formular el interrogante sobre "(¿dónde queda el dicho de Fáber Ocampo, que dice haber visto cuando los mataban en otro sitio distante?)"

Le dedica capítulo especial al testimonio de Fáber Ocampo Cardona para afirmar que sus manifestaciones fueron fruto de la invención, produciendo el efecto de vulnerar su honra y libertad. Sin embargo, agrega, "..Tuvo que correr el tiempo y sufrir este penoso camino de privación de la libertad, para que la justicia, que es lenta pero sabia, vinculara a Fáber Ocampo Cardona, mediante indagatoria por el delito de Falso Testimonio. La Fiscalía 11 Especializada de Armenia, con fecha septiembre 9 de 1998, le dictó medida de aseguramiento, pues es evidente que mintió, perjudicando a un hombre y entorpeciendo la buena Administración de la Justicia..." Añade, en demostración de que el testigo no estuvo en posibilidad de ver lo que declaró, que para el día de la muerte de Celis y Acosta, aquél se encontraba ausente del Departamento, conforme a constancias del proceso.

Concluye, así:

"...*Si no es aceptada la tesis del derrumbamiento probatorio de Fáber Ocampo, quien a la luz del derecho carece de alguna credibilidad, siquiera indiciaria, la tesis SUBSIDIARIA que debe imperar es que definitivamente Oviedo Alfaro no participó de los hechos por imposibilidad física. Abundan excelentes pruebas juradas y certificadas, que relacionan a Oviedo Alfaro para el día de los hechos en otros sitios distantes y diversas compañías... Certificaciones bancarias de uso personal como las tarjetas de crédito utilizadas (ver folios 300 a 303), que fueron corroboradas en su autenticidad y que además fueron llamados a declarar los dueños y administradores de los establecimientos públicos donde estuvo siempre acompañado...*".

En consecuencia, pide preclusión de la investigación por ser ajeno a los hechos imputados.

Consideraciones de la Corte

1. La Corte Suprema de Justicia es competente para investigar y juzgar por los hechos punibles que aquí se le imputan al doctor Carlos Alberto Oviedo Alfaro dada su investidura actual de Representante a la Cáma

ra, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 235-3 de la Constitución política.

2. A términos del artículo 441 del C. de P. P., procede el pronunciamiento de resolución de acusación contra el imputado, cuando, de un lado, se encuentre demostrado el hecho punible y aparezca, de otro lado, confesión, testimonio que ofrezca serios motivos de credibilidad, indicios graves, documento, peritación o cualquier otro medio probatorio que comprometa la responsabilidad del imputado.

En el caso sub examine no cabe duda que el primer extremo procesal se cumple a cabalidad, puesto que con las actas de levantamiento de los cadáveres (fls. 1 y 4 C-1) y las necropsias (fls. 78 y 80 C-1) se establece a plenitud que los ciudadanos Juan Guillermo Acosta Botero y Fernando Celis Franco murieron a consecuencia de "..schok hipovolémico secundario a herida perforante de ventrículo izquierdo..", quedando así, el doble delito de homicidio, comprobado en su materialidad.

Se sabe positivamente que el hombre medio al obrar deja vestigios, los mismos que deja el delincuente cuando, al responder al impulso de un estímulo, mira a un fin, escoge el medio, se dirige al objeto que ha tenido en mira y Resuelve: traducir en acto su designio criminal, produciendo el hecho comisivo u omisivo quebrantador del derecho.

Justamente, el proceso cuenta con prueba indirecta y directa que, en su conjunto, revelan las huellas que dejó el agente en su recorrido criminal y que se orienta, en su conjunto, a individualizar al doctor Oviedo Alfaro como el determinador de las conductas punibles, antijurídicas, catalogadas jurídicamente como homicidios, reprochables a título de dolo.

Efectivamente, se ha dicho dentro del proceso que entre el doctor Oviedo Alfaro y el occiso Fernando Celis (a. El Mono), existía por la época de estos hechos una especial relación de forma que a la vez que lo acompañaba a veces como guardaespaldas, era su sicario, para lo cual eran seguidas las veces qué iba a ser buscado en las horas de la noche a su casa en lujosos carros por Guillermo Díez Alfaro (a. Bambino) (hermano del imputado) y Luis Jaime Alvarez Angel (a. Micollorón). La demostración de este vínculo tiene honda significación de orden probatorio, pues sólo existiendo tal confianza se explica el por qué Oviedo Alfaro se atrevió a pedirle a " El Mono " que le "sacara" o le "entregara", con promesa remuneratoria, al ingeniero Juan Guillermo Acosta, quien se hallaba enterado de los amores clandestinos que tenía con su esposa (del ingeniero) por lo cual había decidido tomar revancha, y que "El Mono" hubiera aceptado entregarlo.

La señalada relación es enfáticamente negada por el doctor Oviedo, quien acepta que su hermano Guillermo en alguna ocasión le dijo que El Mono estaba buscando trabajo, pero el incriminado no lo empleó debido a los Antecedentes penales que poseía. En esto no es acompañado por su

consanguíneo, pues éste afirma que sólo una vez Fernando Celis se le acercó, sin referir el pasaje que menciona aquel de la posibilidad que se habló de emplearlo (fl.220 C-2). En cambio, Alvarez Angel (a. Micollorón) asegura que recomendó a su amigo El Mono ante el doctor Oviedo Alfaro, sin resultado positivo por razón a sus Antecedentes penales, no obstante "..quien sabe si por debajo de cuerda le trabajaría.." (fl.62 C-3). Esto, ciertamente guarda más correspondencia con la aseveración que hace Migdalia Ortiz Torres, compañera permanente de "El Mono" en el sentido de que "Micollorón" se había comprometido a conseguirle trabajo con Oviedo y así fue que se le contrató como guardaespaldas, para lo cual era recogido en su casa por "Bambino", hermano del doctor Oviedo.

Y además de que Juan Carlos Celis Franco, hermano de "El Mono" (Fls.2, 14, 90 C-2, 131 C-3 y 83 C-anexo) y Oscar Celis Lozano, su padre, (fls.8 C-1, 77, 113 C-2, 103 C-3 y 79 C-anexo), corroboran que Fernando les había confiado que había entrado a trabajar como guardaespalda del congresista, revelación explicable por constituir ellos su núcleo familiar, cuestión ratificada por el hecho de que percibieron cuando Micollorón y Guillermo, "EL Bambino", se acercaban a recogerlo, ese nexo encuentra irrebatible demostración con la evidente circunstancia de que como forma de comunicación con ellos se le había suministrado a "El Mono" el beeper con código No.911, que si bien pertenecía a Jorge Iván López Henao (fl.299 C-1), tenía como usuarios a Guillermo "EL Bambino" y al propio Oviedo Alfaro.

Así se establece con los registros que aparecen de dicho código a folios 283 y 305 del primer cuaderno principal, en cuyos mensajes se lee, en lo pertinente:

"...1. FAVOR DECIRLE A Guillermo QUE VILLEGAS LO ESTA ESPERANDO EN LA CASA LO NECESITA URGENTE...

4. FAVOR DAR UBICACIÓN VIA BP A Bambino ...

7. LO ESTOY ESPERANDO EN LA PUERTA DEL BANCO POPULAR Oviedo ...

19. FAVOR COMUNICARSE CON Bambino AL TEL.458892...

51. FAVOR COMUNICARSE CON Bambino VIA BEEPER...

59. FAVOR DECIRLE A Guillermo Bambino QUE SE COMUNIQUE...

63.FAVOR DECIRLE A Guillermo QUE VENGA A LA OFICINA DEL DOCTOR. CLAUDIA.. etc.."(fls.283-284)

"...2. Bambino VA PARA EL APARTAMENTO...

17. FAVOR IR A LA OFICINA DEL DR. I.R.L.448020...

28.TRAERLE EL BP. QUE ESTA EN EL APTO. DEL PORTAL A Bambino...

57. FAVOR COMUNICARSE CON CLAUDIA A LA OFICINA TEL.448020..

59. FAVOR DECIRLE A Guillermo Bambino QUE SE COMUNIQUE...

64. FAVOR COMUNICARSE CON Chapu AL 8020...

74. FAVOR COMUNICARSE CON Bambino AL TEL.458892...

75. Bambino ESTA ESPERANDO LA MOTO EN LA CASA..458892...

80. LLAMAR URGENTEMENTE A Bambino AL APTO. DEL PORTAL...

82. FAVOR DECIRLE A Guillermo QUE RECOJA AL DR. EN EL RANCHO ARGENTINO...

84. FAVOR TRAER EL CARRO A LA SEDE ADMINISTRATIVA. Oviedo..." (Fls.305-306) (destacado de la Corte).

No hay sombra de duda de que la persona que se menciona en los anteriores mensajes como Guillermo o Bambino, corresponde a Guillermo Díez Alfaro, toda vez que el teléfono que se registra en los mismos como 458892 fue el que este suministró como suyo en la suscripción de beeper visto en fotocopia al folio 107 del cuaderno original 2.

Y tampoco se presta a equivocación que quien figura como Oviedo y DR. no es persona diferente al imputado doctor Carlos Alberto Oviedo Alfaro, pues con ocasión a él se hace referencia al Banco Popular donde es propietario de la oficina 701 a 705 (ver relación bienes Fl. 97 C-2), hay mensajes dejados por su secretaria Claudia y se hace alusión al teléfono 448020 que pertenece precisamente a su oficina (ver informe CTI, Fl.12 C-2), a más de que se cita como su apartamento el del edificio El Portal, que efectivamente habitaba por la época de los hechos.

Mírese como dato de singular importancia que allí también se registran mensajes de quien se identifica como "Chapulín" personaje este cuya existencia manifiesta ignorar el doctor Oviedo Alfaro, pero que es señalado como individuo que le servía también de guardaespaldas (fl.181 C-1), que se dice incluso lo acompañaba cuando fue ultimado Jaime Hoyos Ramírez, cuñado de José Fáber Ocampo Cardona. Acontece que por indagaciones hechas por el CTI se vino a conocer que el beeper 713 a que se alude con relación a "Chapulín" pertenece a Carlos Arturo Peña Atara, quien a su vez lo había recibido por traspaso de Jairo Henao Vargas, quien se desempeñaba como asesor de la Cámara de Representantes, con oficina 701 del edificio del Banco Popular y con teléfono 448020, vale decir, de la oficina de Oviedo Alfaro. No en vano en algún mensaje que dejó trata de encubrirse abreviando su alias en "Chapu" y dejando como ubicación los 4 últimos dígitos del teléfono de la oficina de Oviedo Alfaro, o sea el 8020 (negrillas de la Corte).

En estas condiciones probatorias, no resulta que fue por razón del azar o del acaso que "El Mono" tuvo a su alcance el Código 911 como modo de contactarse con Oviedo Alfaro y su hermano "Bambino", como lo deponen Juan Carlos Celis Franco y Migdalia Ortiz Torres, para desarrollar el plan criminoso trazado, pues aquél ya había confesado a sus her-

manos, padre y mujer que el propósito del imputado era adelantarse al ingeniero Juan Guillermo, quien había tomado, a su vez, la resolución de acabar con aquél, en lo cual convino "El Mono" y para ello fueron varios los mensajes que le dejó en el beeper código 10370 (ver folio 317 y s.s. C-1), el último de los cuales a las 3:10 p.m.del fatídico 2 de enero de 1997 en el que se lee: "..El mono está esperando en la plaza principal de la Tebaida. Favor cumplir la cita..", hacia donde había salido anunciando que se iba a encontrar con Oviedo Alfaro y, efectivamente, su gente lo estaba esperando cerca a la casa (ver declaraciones de Juan Carlos Celis y Oscar Celis Lozano). Por su parte el ingeniero Juan Guillermo cumplió la cita en el Parque de La Tebaida, pues allí fue dejado por su hermana Inés ELENA Acosta Botero, a quien le dijo que iba a recoger una plata, acaeciendo lo que "El Mono" había adelantado a sus parientes; sólo que no contaba que él también fuera a ser eliminado, cosa de usual ocurrencia con los muchachos que acompañaban a Oviedo, como lo dijo Silvia Acosta Botero (fl. 204 C-1).

Estas circunstancias indiciarias llevan unívocamente a la conclusión de que la responsabilidad del doble homicidio, descansa en hombros del congresista Oviedo Alfaro, pues éste había exteriorizado su designio, buscó la persona que se lo facilitaría y nada hay que indique que en el desarrollo de los acontecimientos se hubiera interpuesto una causa distinta a su querer.

Al contrario, tal proceso causal lo corrobora el testimonio de José Fáber Ocampo Cardona, rendido el 2 de enero de 1998 (fl.50 Cdno. Anexo) quien actúa como fuente mediata de comprobación y de convencimiento. En efecto, sobre el acontecimiento luctuoso, afirma:

"...yo personalmente vi cuando mataron a Juan Guillermo Acosta Botero y a Fernando Celis Franco, eso fue a eso de las 8 de la noche, me acuerdo muy bien ya que para ese día yo estaba en la finca y recibí un beeper que me decía que me comunicara con el Dr. Oviedo, entonces yo lo llamé y él me dijo a mí que nos viéramos más abajo de Puerto Espejo, lo llegué al lugar y lo seguí, él iba en ese momento en una camioneta roja, en ese carro iba en ese momento un hermano de Oviedo Alfaro que se llama Guillermo y otro, no sé el nombre de esa otra persona, en ese momento cuando yo llegué al lugar indicado me dijeron que siguiera detrás de ellos, así lo hice, llegamos a una finca que parece es de propiedad de Frescolo, cuyo nombre es Orlando, lo puedo reconocer fácilmente y Oviedo ya estaba en esa finca, ya que él no iba en la camioneta, y entonces Oviedo me dijo personalmente que hay (sic) en esa casa en una pieza estaban dos tipos que decían que yo les había ofrecido la suma de cien millones de pesos ($100.000.000) para que lo mataran a él o sea a Oviedo, en ese momento yo entré a la pieza donde tenían atado (sic) a los dos hombres y les pregunté Uds. me conocen y ellos contestaron que no, entonces yo les dije, entonces cuál la razón para Uds.

decir que Canguro como me dicen a mí le estaba dando a Uds. cien millones de pesos para matar al Dr. Oviedo Alfaro y ellos me contestaron "nosotros no manifestamos eso", entonces vino un altercado ya que Oviedo y Frescolo le decían eso a ellos que para qué decían lo que no era, inmediatamente Oviedo dio la orden de matarlos y Frescolo junto con un acompañante que tenían hay (sic) en la finca procedió a unirles como una especie de unos punzones en el corazón y ahorcarlos con una soga, también les daban, se pusieron inmediatamente morados y con babaza, a Acosta lo tenían amarrado con las manos atrás y ese señor rezaba fue muy triste ver eso, después de muertos los metieron en la camioneta como roja o vino tinto que es de propiedad del doctor Oviedo Alfaro y los taparon con unos costales, se los llevaron y ya por la prensa me di cuenta que los habían quemado más abajo de Puerto Espejo... PREGUNTADO; Manifieste qué orden concretamente dio el Dr. Oviedo Alfaro al respecto. CONTESTO: La orden que dio fue " Frescolo mátenlos" y Frescolo decía que no se podían dejar vivos, siendo Frescolo el autor material con el otro ayudante de la finca y el Dr. Oviedo Alfaro el autor intelectual... PREGUNTADO: Cuando sacaron a estas dos personas en el carro del Dr. Oviedo Alfaro cuál fue la actitud de éste. CONTESTO: En ese momento Oviedo no se fue con los muertos, en ese momento con los muertos sólo se fueron Guillermo el hermano de Oviedo Alfaro, el otro acompañante y Frescolo, antes de salir de la finca, Oviedo Alfaro y Frescolo cuadraron todo y manifestaron que para quemarlos..."

En posteriores intervenciones(enero 14, fl.105 C-2, febrero 5, fl.95 C-anexo y 4 de agosto (fl.116 C-3) el testigo se retracta afirmando que las acusaciones contra Oviedo Alfaro las inventó con base en comentarios callejeros y en los artículos de prensa, todo ello por el estado de nervios en que se encontraba debido a las amenazas recibidas. No estuvo presente cuando mataron a Fernando Celis y a Juan Guillermo Acosta, ya que ese 2 de enero se dirigió a Tolú, se enfermó y lo internaron en un hospital. A las personas que mencionó en su inicial declaración no las conoció y fue de su invención el sitio donde se les dio muerte.

Esta última posición adoptada por el declarante, es lo que ha permitido a la defensa y al propio procesado descalificar esa prueba incriminatoria por provenir de testigo dado a la fabulación, quien, además, no se encontraba en condiciones de percibir lo que declaró, pues se hallaba distante del escenario de los hechos cuando estos se desarrollaron.

Para determinar la fuerza de convicción de las pruebas en busca de la verdad material, enseña el artículo 248 del C. de P. P. que el intérprete sólo debe atender los principios que informan la sana crítica o apreciación razonada, esto es, las reglas de la lógica, de la experiencia, de la sicología y de la técnica con criterio objetivo-social.

Esos principios y reglas nos persuaden de que, por naturaleza, el hombre siempre se inclina a decir la verdad en sus atestaciones y que sólo por

razón de singular gravedad extravía ese camino en busca de obtener un beneficio o de alejar un daño.

La Sala se ha detenido a examinar prolijamente estos aspectos con relación al testimonio de José Fáber Ocampo Cardona y no ha encontrado ningún factor perturbador de la fe debida a los asertos de su inicial declaración, pues que no se avizora como real algún motivo que lo indujera a mentir y, en cambio, todas las afirmaciones hechas por el testigo encuentran adecuado apoyo en las restantes pruebas acopiadas al proceso.

En cuanto a lo primero, véase que la razón en que sustentan que la incriminación es inveráz, testigo y procesado no se ponen de acuerdo, pues mientras que el primero alude a que fue impulsado por crisis de nervios debido a las amenazas recibidas, el segundo dice que José Fáber le confesó que tal actitud había asumido por presiones de sus contradictores políticos que querían perjudicar al procesado.

Además, no se advierte en su testimonio del 2 de enero algún vestigio que indique que anímicamente se encontraba perturbado. Al contrario, ese día se le interrogó sobre el homicidio de su cuñado Jaime Hoyos Ramírez y sinceramente dijo que no había sido presencial de ese episodio, aunque añadió que se decía que su autor había sido el guardaespaldas de Oviedo Alfaro, encontrándose éste en el lugar donde ocurrió. Pero, a renglón seguido y en forma espontánea narró la ocurrencia del doble homicidio del cual fue testigo de visu, narrando, como ya se dejó visto, a detalle su perpetración y del cual señala como determinador a Oviedo Alfaro. Luego, es ostensible que en ese momento únicamente inspiraba al testigo el deseo de contar la verdad de lo que sus sentidos habían apreciado para que se administrara cumplida justicia.

La imposibilidad en que dijo se encontraba para presenciar los sucesos por encontrarse fuera de la ciudad de Armenia, la cual vino sólo a aducir en su última versión, del 4 de agosto del presente año (fl.116 C-3), es inadmisible, no sólo porque en las dos oportunidades anteriores en que dio marcha atrás en sus específicas inculpaciones a Oviedo Alfaro (de 14 de enero y 5 de febrero) ni siquiera insinuó que por aquella calenda hubiera estado en lugar distante, ocasiones que, de haber sido verdad, habría aprovechado para hacer total claridad al respecto, sino porque la constancia de que el declarante estuvo recluido en servicio de urgencias para ese día 2 de enero de 1997 supuestamente expedida por un Centro de Atención de Buenavista, Córdoba, traída a última hora por la defensa, al tiempo de su alegato de conclusión, no fue oficialmente ni regularmente allegada a la investigación, careciendo por eso de virtualidad probatoria.

De igual manera, en procura de que los dichos iniciales del testigo sean desatendidos, se ha afirmado que su narración se sustentó en los

despliegues periodísticos que se hicieron sobre los homicidios y sobre comentarios callejeros, pero sobre lo uno y lo otro no se ha traído ni un barrunto de prueba que lo confirme.

Es más, sólo quien ha presenciado tan dantesco espectáculo puede dar los detalles sutiles de su desarrollo, que supera, en mucho, todo aspecto narrativo de la prensa y que escapa al vulgar comentario callejero, como ocurre con este testigo de suceso, corroborado por el conjunto de pruebas hasta en sus más ínfimos pormenores, demostrativo de que no dio rienda suelta a la fantasía como se pretende, sino que todo fue fruto de la más descarnada realidad, presentada en sus circunstancias de tiempo, modo y lugar.

Mírese que el testigo dijo haber sido citado por Oviedo Alfaro a la hora de las 8 de la noche de ese 2 de enero en paraje cercano a Puerto Espejo y por motivo que no era de dominio público, pero que sí es mencionado dentro del proceso: el de comprobar si él -el testigo- había prometido cien millones de pesos a Fernando Celis y Juan Guillermo Acosta por la cabeza de Oviedo Alfaro en represalia de haber matado a su cuñado Jaime Hoyos Ramírez, pues esa autoría se la atribuía con vehemencia Esperanza del Socorro Ocampo, hermana del declarante, a Oviedo Alfaro. Sobre este motivo para delinquir, que no excluye aquel que ha hecho carrera en el proceso consistente en que Oviedo Alfaro decidió "adelantarse" a Juan Guillermo Acosta quien ya tenía la idea de eliminarlo por las supuestas relaciones amorosas que el Representante tenía con la esposa de éste y que explica por qué decidió extender su propósito criminal también hacia "El Mono", al suponer que éste se había concertado con Juan Guillermo en cumplimiento de la promesa remuneratoria de José Fáber, lo presenta igualmente como hipótesis Gloria Patricia Castaño, esposa de Juan Guillermo, al advertir que se decía que la viuda de Jaime Hoyos le había ofrecido millones de pesos a su marido para matar a Oviedo y a él se le veía hablando con un escolta de ella, todo lo cual guarda perfecta correspondencia sobre la precisión que le hacía Oviedo Alfaro al testigo al citarlo la aciaga noche.

Sobre la forma y el instrumento empleado para segarles la vida por no ser de común ocurrencia, tampoco era del dominio público, pues sólo perteneció a las intimidades de la ciencia y del proceso: fue un golpe de punzón en el corazón de cada uno -dice el testigo- y ciertamente el protocolo de necropsia revela, para cada uno: "...herida perforante de ventrículo izquierdo.." herida que tiene la característica de ser puntiforme, según el galeno, que se adecua a la naturaleza del instrumento que afirma el declarante se empleó para matarlos.

Afirma José Fáber que después de esto, fueron sacados los cuerpos de la finca para ser quemados en otro lugar y, en efecto, la pericia médica precisa que las quemaduras corresponde a "...evento posmorten..." orden de cosas que no podía ser aprehendida por el testigo de comentarios o

voces que corrían en el público, pues al común de la gente escapaba este conocimiento que únicamente podía ser atestiguado por quien lo conoció de primera mano. Tanto así, que el Mayor de la Policía Willian Victor Mora Quiñónez, a la sazón Jefe de la SIJIN del Departamento del Quindío y a quien correspondió dirigir en sus inicios las averiguaciones, incurre en el error de deducir que las víctimas fueron llevadas con vida al sitio donde fueron encontradas y ahí se les quemó o dio muerte, de donde se sigue que ni aun funcionarios que colaboraron con la investigación tenían conocimiento cercano del orden del desarrollo de los acontecimientos que ocupan a la Sala.

El sitio donde fueron ultimados, tampoco fue inventado por el testigo, como se ha querido hacer creer, pues merced a los datos que éste suministró sobre su ubicación se comprobó su real existencia, pues así se pudo llegar a la finca " El Rocío" de propiedad María Rosmira Tangarife Vanegas, quien fuera mujer de Juan Ernesto Vásquez Corrales, a. "Frescolo", sujeto este que, como lo narra el testimoniante, fue el encargado de asestar los letales golpes y que, como se ve, tiene existencia real y sus movimientos guardan directa relación con el lugar que sirvió de escenario a los hechos, quedando así desvirtuada la pretendida capacidad de inventiva de José Faber, quien incluso, da las características del vehículo en que fueron transportados los cuerpos al sitio donde se encontraron, sitio en el que también fue visto por el dueño de la Finca La Platina (ver declaración folio 136 C-2) y que se identifican con una camioneta de color rojo o vino tinto que por la época tenía de su propiedad Oviedo Alfaro.

Como se sabe, el procesado ha protestado su inocencia diciendo que no podía haber tenido participación criminosa en estos hechos, porque a eso de las 11 de la mañana tomó destino a Cali con unos amigos para asistir a una corrida de toros y de regreso en las horas de la noche permaneció con ellos en algunos sitios de diversión.

No obstante lo anterior y que los amigos del imputado declaran en sospechosa armonía después de 18 meses respaldando sus afirmaciones haciendo gala de memoria privilegiada (fls.482, 486, 489 C-2) y poniendo en aprieto las observaciones experimentales que admiten que el tiempo debilita la memoria y que entre más transcurre en igual proporción se mengua la fidelidad del testimonio, lo cierto es que a eso de las tres de la tarde, justo para la hora en que se habían dado cita las víctimas en el parque de La Tebaida, aquel fue visto pasar por la estación de Policía de Puerto Espejo -recuérdese que José Faber en las horas de la noche fue citado por Oviedo en lugar cercano y que en esa vereda fueron hallados luego los cadáveres- por los agentes de Policía Miguel Angel Sandoval Prada (fls.294 C-1, 148 C-2 y 90 anexo), Jaime Eugenio Rodríguez (fl.293 C-1) y Oscar Murillo Cortés (Fl.136 C-2), por lo que no se concibe que pudiera estar en los dos sitios a la vez.

Igualmente resulta cierto que mientras el uniformado Sandoval Prada en sus primeras declaraciones fue repetitivo y enfático en asegurar que "..Lo vi (se refiere a Oviedo) el 2 de enero a eso de las tres de la tarde aproximadamente, bajó desconociendo el destino, noté la presencia cuando me encontraba de servicio ahí afuera..." (fl.294 C-1), "...la afirmación es correcta, yo vi bajar en un carro al doctor Oviedo Alfaro, con otras personas que no distinguí, en ese momento estaba fuera de la Estación...en la dirección de Armenia hacia el corregimiento de Puerto Tapado...El compañero Rodriguez fue quien llamó la atención diciendo que ahí pasaba Oviedo, yo miré y vi que era él...(fl.148 C-2) "...Esa tarde pasó el señor Oviedo Alfaro, el parlamentario, por la vía que conduce de Armenia al corregimiento de Pueblo Tapado, vía que queda frente a las instalaciones..." (fl. 90 C- anexo), luego extrañamente el testigo en su última deposición cambió radicalmente su dicho para manifestar que "...en ese momento el compañero Rodriguez manifestó o dijo "vea ahí va el doctor Oviedo" miramos, observamos el carro, el cual iba a alta velocidad, por la cual no estoy seguro si era él o no..." (fl. 507 C-2), posición dubitativa que no se compadece con las afirmativas iniciales, revelador de su intención de atentar contra los intereses de la administración de justicia y que comportará la expedición de copias para que se investigue su conducta.

De otra parte dentro del proceso se asegura que el doctor Oviedo estuvo en varios establecimientos nocturnos con amigos, pero ello no le impedía su momentáneo retiro para dirigirse al sitio donde ocurrieron los hechos para luego retornar y reunirse con ellos. Adviértase que el imputado asegura que de Tienda de Capota salieron a las 10:00 p.m. para dirigirse al Rancho Argentino y sin embargo de acuerdo con el testimonio de Gloria Patricia Castaño Sanz, esposa de Juan Guillermo, quien coincidentemente se encontraba en ese lugar, sostuvo que el arribo de aquel se produjo minutos antes de las 12:00 de la media noche, cuando ella estaba pronta a salir, existiendo un lapso de casi dos horas no explicado, que permitía su desplazamiento a la finca donde "Frescolo" mataría a Juan Guillermo y Fernando y que coincide también con la hora en que fueron hallados los cuerpos ardiendo, o sea entre 10:00 y 11:00 p.m.

Por si no fuera suficiente lo anterior, el congresista procesado negó tener cualquier conocimiento sobre el sujeto apodado "Frescolo", a quien, según José Fáber, aquél impartió la orden de que los fulminara, negativa que se halla desmentida por la propia mujer de "Frescolo", pues a él -al procesado- acudieron para que los asistiera juridicamente ante un problema que se les había presentado de derecho de familia, quedando así evidentemente establecida su relación con el ejecutor material.

Así las cosas, son plurales indicios graves y la declaración de testigo que ofrece motivos de credibilidad que comprometen la responsabilidad del procesado y que justifican el pronunciamiento en su contra de resolución de acusación, por encontrarse satisfechos los requisitos exigidos en

la ley para el efecto, como determinador de la doble conducta descrita por el artículo 323 del C. P. catalogada como homicidio, cometidas en forma antijurídica, y reprochables a título de dolo.

Concurre, como circunstancia específica de agravación y que eleva la pena de 40 a 60 años de prisión, la prevista en el artículo 324-7 Ibidem resultante de que el agente, para someter sobre seguro a sus víctimas, sin riesgos de una eventual reacción, preordenó físicamente las circunstancias, de tal forma que desprevenidas éstas concurrieron al lugar previamente establecido donde fueron sometidas a la impotencia, privándoseles de todo movimiento de protección y defensa para asegurar de mejor manera la comisión de los punibles, con ostensible cobardía, demostrando además (artículo 66 numerales 3° y 7°), mayor insensibilidad moral en su actuar, y obrando en complicidad de otro.

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

RESUELVE:

1. PROFERIR RESOLUCION DE ACUSACION contra el doctor Carlos Alberto Oviedo Alfaro, actual miembro de la H. Cámara de Representantes, como presunto determinador del punible de homicidio en concurso homogéneo, cometido en las circunstancias de tiempo, modo y lugar precisadas en esta providencia.

Del delito de homicidio se ocupa el C. P. en su Libro Primero, Título XIII, Capítulo Primero.

2. ORDENAR la expedición de las copias a que se hizo mérito en la parte considerativa, con destino a la autoridad respectiva.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Jorge Enrique Córdoba Poveda, Fernando Arboleda Ripoll, Ricardo Calvete Rangel, Carlos Augusto Gálvez Argote, Jorge Aníbal Gómez Gallego, Edgar Lombana Trujillo, Carlos E. Mejía Escobar, Didimo Páez Velandia, Nilson Pinilla Pinilla.

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

ACCION DISCIPLINARIA/ ACCION PENAL

Es la propia ley la que dispone que la acción disciplinaria no excluye la posibilidad de que de unos mismos hechos puedan desprenderse, a su vez, acciones civiles o penales, las cuales pueden adelantarse paralela y autónomamente, pues al respecto el Estatuto de la Abogacía, Decreto 196 de 1971 dispone en el artículo 61, que, "Las sanciones disciplinarias se aplicarán dentro de los límites señalados en este título, teniendo en cuenta la gravedad, modalidades y circunstancias de la falta, los motivos determinantes y los Antecedentes personales y profesionales del infractor, y sin perjuicio de las acciones y sanciones civiles y penales a que hubiere lugar"; y por su parte, en el artículo 71, ibídem, se preceptúa que. "Si los hechos materia del proceso disciplinario fueren además constitutivos de delito perseguible de oficio, se ordenará ponerlos en conocimiento del juez competente, acompañándole copia autorizada de los necesarios. La existencia de un proceso penal sobre los mismos hechos no dará lugar a la suspensión de la actuación disciplinaria.".

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Santa Fe de Bogotá, D.C., dieciséis de diciembre de mil novecientos noventa y ocho.

Magistrado Ponente: Dr. *Carlos Augusto Gálvez Argote*

Proceso No. 14993

Aprobado Acta No. 195

VISTOS

Se pronuncia la Sala sobre la admisibilidad del recurso de casación excepcional interpuesto por el defensor de Héctor Augusto Buitrago Giraldo, contra la sentencia proferida el 18 de agosto del año en curso, por el Tribunal Superior de Antioquia, que confirmó la dictada en primera instancia por el Juzgado 2° Penal del Circuito de Rionegro, por medio de la cual se le impuso a dicho procesado la pena principal de 24 meses de prisión y la accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas por un período igual al de la sanción corporal y la suspensión del ejercicio de la profesión de abogado por el término de un año, de lo cual, dispuso

informar al Consejo Superior de la Judicatura para su control, al condenarlo como autor del delito de soborno. Igualmente se le concedió el subrogado de la condena de ejecución condicional.

HECHOS Y ACTUACIÓN PROCESAL

Los primeros fueron así resumidos por el Tribunal:

"El día 23 de enero de 1992, se posesionó el Dr. Héctor Augusto Buitrago Giraldo, ante el extinto Juzgado Seserita y Dos de Instrucción Criminal del Carmen de Viboral (Ant.), como defensor contractual del procesado John Jairo García Arias, a quien se acusaba del delito de Homicidio, en desmedro de la vida de Luis Evelio David Graciano. Transcurridos algunos días, se desplazó el profesional del derecho hasta la Vereda 'Sajona', en comprensión territorial del Municipio de Rionegro (Ant.), en compañía de la esposa de su representado, señora Rubiela del Socorro Ceballos Ceballos con la finalidad de localizar y entrevistar a los señores Carlos David Graciano, John Jairo Flórez Ramírez, Martín Emilio Avendaño Sosa y Juan Fernando Gómez Ochoa, los tres últimos testigos presenciales de los hechos que dieron lugar a la citada encuesta.

Con tal propósito, llegó al establecimiento denominado 'La Estación', ubicado en el mencionado paraje, cercano al sitio donde se desarrollaron los acontecimientos por los cuales se acusaba a su asistido, e hizo contacto con los tres últimos, por medio de Alejandro Emilio Echeverry Escobar, motejado 'Kokoriko', dado que no pudo localizar al primero, y les planteó la posibilidad de que le colaboraran, ampliando sus declaraciónes ante el funcionario instructor, en el sentido de que su defendido había obrado en legítima defensa o ante un caso fortuito, a cambio de lo cual les proporcionaría los medios de transporte para su desplazamiento al Despacho, el jornal del día, a más del dinero que necesitaran. Posteriormente, volvió a aparecer por el paraje, con el ánimo de recordar a los citados testigos su compromiso de concurrir nuevamente al Estrado Judicial, para cumplir con lo que les había propuesto.

El día de diez de marzo de 1992, en las instalaciones del aeropuerto José María Córdoba de Rionegro, a donde se trasladó el Despacho Instructor en comisión, se recepcionaron las ampliaciones de las declaraciones a Luis Carlos David Graciano y a John Jairo Flórez Ramírez, último que puso en conocimiento del Funcionario la oferta del abogado, quien estaba presente en dicha diligencia, para que faltara a la verdad de la misma.

Con base en ello, el Juzgado Instructor, ordenó se compulsarán las copias pertinentes, con destino a las autoridades competentes, para investigar disciplinaria y penalmente al letrado, dándose así origen a esta encuesta."

Con base en lo anterior, el 21 de abril de 1992, el mismo despacho dispuso la apertura de la investigación, vinculando mediante indagatoria

al Dr. Buitrago Giraldo, a quien, el 7 de diciembre de 1995, ya en vigencia del Decreto 2700 de 1991, la Unidad Seccional de Fiscalías de Rionegro le definió la situación jurídica con medida de aseguramiento consistente en caución equivalente a un salario mínimo mensual vigente, por el delito de soborno.

No obstante lo anterior, mediante resolución del 22 de febrero del mismo año, oficiosamente se decretó la nulidad de todo lo actuado, a partir, inclusive de la diligencia de indagatoria, por cuanto el procesado fue asistido por un ciudadano y no por un profesional del derecho.

Así, luego de recepcionarse nuevamente la injurada del incriminado con la presencia de un abogado, el 31 de mayo de 1996, se le definió la situación jurídica en los mismos términos en que se había hecho en el proveído del 7 de diciembre de 1995.

Perfeccionada la instrucción, el 31 de julio de 1996, se decretó su cierre y el 18 de septiembre del mismo año, se calificó el mérito probatorio del sumario con resolución acusatoria en contra de Buitrago Giraldo por el delito de soborno.

Rituada la etapa del juicio, se llevó a cabo la audiencia pública, profiriéndose seguidamente la sentencia de primera instancia por el juzgado 2° Penal del Circuito de Rionegro, la cual fue apelada por el defensor del procesado y confirmada por el Tribunal en los términos precedentemente expuestos.

El Recurso

Dice el recurrente que acude a este medio de impugnación por "el doble motivo de propender por el DESARROLLO DE LA JURISPRUDENCIA Y LA GARANTIA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES", explicando, en cuanto a lo primero, que en este asunto se ha dado una situación excepcional, pues tratándose de los mismos hechos y pruebas, Héctor Augusto Giraldo, fue absuelto en la investigación disciplinaria y condenado en el proceso penal, "lo cual conlleva una antinomia jurídica que bien valdría la pena ser examinada en sede de Casación, pues si bien la Jurisprudencia Nacional ha sido reiterada en el sentido de que ambas acciones (penal y disciplinaria) son totalmente independientes, la naturaleza jurídica de los hechos de que se trata (una presunta ilicitud llevada a cabo en el marco del ejercicio profesional) hace que resulten contradictorias las decisiones tomadas por una y otra Corporaciones".

Y, en lo que tiene que ver con la garantía de los derechos constitucionales, precisa el impugnante que el ad quem, "desacató" la presunción de inocencia, principio cuyo rango constitucional se desprende expresamente en el artículo 29 de la Carta Política, pues habiendo tenido el Juez disciplinario motivos suficientes para considerar que la conducta del abo-

gado investigado no alcanzó el grado de falta contra la ética profesional, "no se entiende cómo estos mismos hechos y esas mismas pruebas pudieron llevar a un juicio de mayor gravedad, como es el juicio de reproche penal; todo lo cual resulta suficiente para señalar la procedencia del RECURSO DE CASACIÓN DISCRECIONAL que se pretende ".

CONSIDERACIONES

1°. Por tratarse de una sentencia proferida en segunda instancia por un Tribunal de Distrito Judicial por un delito cuya pena de prisión es inferior a 6 años y haberse intentado oportunamente por uno de los sujetos procesales legitimados para ello, es competente la Sala para resolver sobre la procedencia del recurso de casación, de manera excepcional, en los términos previstos en el inciso tercero del artículo 218 del C.P.P.

2°. Tan lacónico como contradictorio es el escrito por medio del cual el apoderado del Dr. Buitrago Giraldo interpone el recurso de casación en forma excepcional, pues reconociendo que las acciones penal y disciplinaria son autónomas, dice perseguir por esta vía tanto el desarrollo de la jurisprudencia como la garantía de los derechos fundamentales, valiéndose del mismo supuesto: que no obstante tratarse de los mismos hechos y pruebas, el proceso disciplinario terminó con sentencia absolutoria y el penal con fallo condenatorio, lo cual a su turno, entraña doblemente una contradicción y el desconocimiento de la presunción de inocencia, como quiera que no habiendo tenido la conducta investigada connotación de falta a la ética profesional, sí mereció reproche penal, sin que exponga razones suficientes a partir de las cuales pueda la Corte valorar si en el caso concreto se hace necesario un pronunciamiento de fondo en uno u otro sentido.

3°. Así las cosas, forzoso es concluir que en el asunto puesto a consideración de la Sala, no se presenta ninguno de los dos motivos que darían lugar a la concesión excepcional del recurso extraordinario de casación, no sólo porque es la propia ley la que dispone que la acción disciplinaria no excluye la posibilidad de que de unos mismos hechos puedan desprenderse, a su vez, acciones civiles o penales, las cuales pueden adelantarse paralela y autónomamente, pues al respecto el Estatuto de la Abogacía, Decreto 196 de 1971 dispone en el artículo 61, que, "Las sanciones disciplinarias se aplicarán dentro de los límites señalados en este título, teniendo en cuenta la gravedad, modalidades y circunstancias de la falta, los motivos determinantes y los antecedentes personales y profesionales del infractor, y sin perjuicio de las acciones y sanciones civiles y penales a que hubiere lugar"; y por su parte, en el artículo 71, ibidem, se preceptúa que, "Si los hechos materia del proceso disciplinario fueren además constitutivos de delito perseguible de oficio, se ordenará ponerlos en conocimiento del juez competente, acompañándole copia autorizada de los re-

cesarios. La existencia de un proceso penal sobre los mismos hechos no dará lugar a la suspensión de la actuación disciplinaria ".

Además, porque precisamente la razón que expone el mismo impugnante, contraría sus pretensiones, puesto que la jurisprudencia de esta Corporación ha sido constante y reiterada en sostener que tanto la acción disciplinaria como la penal, son autónomas e independientes, como lo reconoce el recurrente de manera expresa, que por ser de diferente naturaleza protegen distintos bienes jurídicos y por ende su finalidad también difiere de aquella, razón por la cual, en primer lugar, nada impide que puedan adelantarse paralelamente y en segundo lugar, los resultados del proceso disciplinario no definen ni determinan los del proceso penal y viceversa, pues si bien pueden coincidir, no necesariamente es una regla que siempre deba aplicarse.

En efecto, reiterando la jurisprudencia decantada sobre el tema, en sentencia del 16 de octubre de 1992, con ponencia del Magistrado Dr. Juan Manuel Torres Fresneda, se sostuvo lo siguiente:

"Ya la Sala antes y después de la vigencia de la nueva Constitución se había pronunciado al respecto y es así como con ponencia del Dr. Gómez Velásquez, dijo el 22 de mayo de 1990:

'Sabido es que la acción disciplinaria y penal no se excluyen y pueden adelantarse en forma autónoma. Esto lo dice la propia ley, y no significa que unos mismos hechos, pueden tener trascendencia penal y disciplinaria; tenerla sólo disciplinaria o únicamente penal. Así las cosas el juicio de valor que se emita para tener una conducta como atentatoria del régimen disciplinario, no es idéntico al que ha de verterse cuando se trata de determinar si ese mismo comportamiento vulnera o no el estatuto penal. Aquí las opiniones se mueven sobre la materia diferente, que está reglada por parámetros diversos. Y mal pueden entonces ser idénticos los fundamentos jurídicos de una y otra decisión.'".

En sentencia del 19 diciembre de mismo 1992 con ponencia del Dr. Edgar Saavedra Rojas, nuevamente se volvió sobre el tema para puntualizar que:

"Las sanciones disciplinarias y penales buscan finalidades diversas y por ello de manera perfectamente clara, a pesar de que tienen elementos comunes, tal como el requerimiento en ambas del principio de legalidad, en un proceso previo que concluya la decisión de imponerlas, el respeto al debido proceso y a las formalidades propias del mismo. Son diversas porque con la norma penal se protegen derechos básicos del individuo, la sociedad y el Estado, cuyo respeto hace posible la convivencia armónica de la sociedad y cuya vulneración como es apenas explicable significa un grave trastorno a las condiciones de supervivencia de los sujetos que son finalmente objeto de protección legal.

...Con la sanción disciplinaria se busca la defensa de bienes y derechos sustancialmente diversos de los protegidos penalmente. De un lado la buena marcha de la administración pública, concebida esta como un servicio que presta el Estado a los ciudadanos para garantizar su bienestar y el desarrollo adecuado del hombre como tal, una sociedad reglada y controlada; y de otro, la protección de un bien jurídico que por su trascendencia ha sido considerado como merecedor de protección penal, que al ser puesto en peligro o conculcado por la acción u omisión del sujeto agente, lo hace acreedor a las sanciones especialmente previstas.".

Y, por su parte, el 11 de marzo de 1993 con el mismo ponente, se afirmó:

"...No obstante, no sólo en ello radica lo erróneo de la argumentación, porque es obvio que las acciones penales y disciplinarias; no es inconciliable su ejercicio paralelo como ha sostenido reiteradamente esta Corporación; y lo fallado en un proceso no afecta ni puede afectar lo que se pueda resolver en el otro; precisamente por la independencia que los caracteriza.".

5°. De ahí que, la aducida excepcional antinomia jurídica, que según el recurrente se presenta de manera particular en este caso por cuanto la conducta doblemente investigada fue cometida por un abogado en ejercicio de la profesión, no amerita la concesión del recurso con fines de desarrollo jurisprudencial, pues, como se dijo, ya ha sido suficientemente decantado este tema, y de otro, esto es, en lo relacionado con la garantía de derechos fundamentales, tampoco demuestra siquiera sumariamente por qué el hecho de haberse absuelto disciplinariamente al procesado implica el desconocimiento de la presunción de inocencia en el proceso penal, ya que, se insiste, no obstante aceptar que se trata de acciones distintas e independientes, desconoce que las consecuencias que se presenten en el ejercicio de una de ellas no condiciona ni supedita los resultados de la otra. Este pues, no es más que un argumento sofístico que a nada conduce.

Se negará pues el recurso impetrado.

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

RESUELVE:

No conceder el recurso extraordinario de casación discrecional interpuesto por el defensor de Héctor Augusto Buitrago Giraldo, contra la sentencia proferida en segunda instancia el 18 de agosto del año en curso, por el Tribunal Superior de Antioquia.

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

Jorge Enrique Córdoba Poveda, Fernando Arboleda Ripoll, Ricardo Calvete Rangel, Carlos Augusto Gálvez Argote, Jorge Aníbal Gómez Gallego, Edgar Lombana Trujillo, Carlos E. Mejía Escobar, Dídimo Páez Velandia, Nilson Pinilla Pinilla.

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

PERJUICIOS/ TERCERO CIVILMENTE RESPONSABLE

La posibilidad de vincular dentro del proceso penal al tercero civilmente responsable que el legislador introdujo en el Decreto 2700 de 1991 -nuevamente pues como bien se recuerda ya había sido consagrado en los artículos 58 a 66 del Decreto 0050 de 1987, siendo declarados inexequibles por la Corte Suprema en decisión de diciembre 3 de ese mismo año-, proviene de ser este tercero civil responsable por el daño, independientemente de que el mismo haya sido inferido por el agente del delito; es decir, que aun cuando el tercero no es el autor del daño e inclusive es ajeno a su producción causal, debe por la vía de la denominada responsabilidad indirecta, responder solidariamente por él, estando compelido a cubrir el valor de la suma indemnizatoria a que eventualmente se le condene en favor de la persona natural o jurídica perjudicada.

Por tanto, y siendo que dentro del proceso penal solamente puede perseguirse el pago de aquellos daños derivados del hecho punible, esto es los que tengan un nexo con los efectos lesivos del delito, cualquier pretensión orientada a hacer valer obligaciones que provengan de una fuente distinta no podrá ejercitarse en el trámite penal, por resultar evidentemente contraria a su naturaleza especial, única y limitada.

Por ello, así como no sólo desde un punto de vista estrictamente teórico se justifica que se dé un tratamiento diferenciado a la responsabilidad contractual de la extracontractual, procesalmente cobra mayor fuerza dicha necesidad partiendo nada más de un criterio de especialidad, pero fundamentalmente por tener origen cada una en fuentes de responsabilidad distintas.

De ahí que la prestación reparadora que en un momento determinado le pueda ser exigible al asegurador -cuyo ingreso como sujeto procesal en el proceso penal parece no tener reparo de lege ferenda por la doctrina nacional-, no dimana de responsabilidad directa ni indirecta, única posibilidad de aceptar la reclamación indemnizatoria como ejercicio de la acción civil activa o pasiva dentro del proceso penal, pues las obligaciones que surgen del seguro provienen del negocio jurídico en virtud del cual la aseguradora ha asumido la

reparación prestando el equivalente pecuniario en las condiciones, límites y modalidades señaladas en las distintas cláusulas del contrato.

El contrato de seguro, por consiguiente, cumple en un sentido jurídico y económico con una función reparadora consistente en que la compañía asume los riesgos cuando se presenta el evento por el valor convenido en la póliza correspondiente, previo el pago de una prima, obligación que es ajena a la que compete al responsable y eventualmente al tercero civil dentro del proceso penal como efecto del hecho delictivo; mientras que la responsabilidad del procesado es directa y la del tercero civil colateral o indirecta frente a las consecuencias patrimoniales del delito por la producción del daño, el asegurador no es de ningún modo responsable de ese daño. Lo único que media entre éste y el tercero civil, o el propio procesado, es una obligación de naturaleza contractual o legal, en relación con la cual no sería por tanto el juez penal competente para pronunciarse.

Cobra mayor fuerza esta posición, si se tiene en cuenta que el de seguros constituye por esencia un contrato comercial de garantía complejo que crea una obligación condicional, pero no de responsabilidad, lo que de suyo excluye cualquier competencia en cabeza del juez penal para dilucidar aspectos inherentes a las diferencias que se puedan presentar relacionadas con la vigencia de la póliza, el aviso del siniestro, la reclamación, las objeciones, las exclusiones etc., máxime cuando como es sabido dependiendo de la posición que asuma la aseguradora y las características propias de la póliza, por la vía civil la acción pertinente podría ejercerse a través de un proceso ejecutivo u ordinario según el caso.

Sin embargo, por lo mismo que no es factible en el proceso penal llamar en garantía a la aseguradora, esto no impide el ejercicio independiente de las acciones correspondientes con miras a hacer valer el seguro, más aun cuando en virtud de la Ley 45 de 1990 en los seguros de responsabilidad, esto es los que de acuerdo con el art. 84 "imponen a cargo del asegurador la obligación de indemnizar los perjuicios patrimoniales que cause el asegurado con motivo de determinada responsabilidad en que incurra de acuerdo con la ley y tiene como propósito el resarcimiento de la víctima, la cual en tal virtud, se constituye en el beneficiario de la indemnización, sin perjuicio de las prestaciones que se le reconozcan al asegurado", los propios damnificados tienen "acción directa contra el asegurador", conforme al art. 87 ibidem.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Santafé de Bogotá, D.C., dieciséis (16) de diciembre de mil novecientos noventa y ocho (1998).

Magistrado Ponente: Dr. *Carlos Augusto Gálvez Argote*
Proceso No. 10589
Aprobado Acta No.180 (26-XI-98)

VISTOS

El Juzgado Tercero Penal del Circuito de Cartago (Valle) mediante sentencia del 24 de agosto de 1994, condenó a Gustavo Alonso Hoyos Ramírez por los delitos de homicidio y lesiones personales culposos a la pena principal de tres (3) años de prisión, a la accesoria de interdicción en el ejercicio de derechos y funciones públicas por un periodo de 18 meses y a pagar solidariamente junto con la Empresa Transportadora "Expreso Alcalá S.A." como tercero civilmente responsable, a pagar el equivalente a 120 gramos oro por los perjuicios morales, absteniéndose de condenar en razón de los materiales respecto de los cuales manifestó que deberían ser perseguidos por la "vía civil", como también afirmando estar excluida de cualquier obligación civil la empresa "Colseguros" llamada en garantía.

El Tribunal Superior de Buga al momento de desatar el recurso de apelación interpuesto por el representante de la parte civil y el apoderado del tercero civilmente responsable, mediante fallo del 23 de enero de 1995 lo modificó en el sentido de incrementar el valor por concepto de perjuicios morales al equivalente de 1.020 gramos oro y condenar a los mismos sujetos procesales en razón de los perjuicios materiales en la suma de $195.570.00 y el equivalente a 1.550 gramos oro, confirmando en todo lo demás la decisión recurrida.

Contra el anterior fallo el representante del tercero civilmente responsable interpuso el recurso extraordinario de casación que ahora Resuelve: la Corte.

HECHOS Y ACTUACIÓN PROCESAL

Sucedieron a eso de las ocho de la noche del día 9 de agosto de 1992 en la carrera 8a.B entre calles 8a.B y 9a. en pleno centro de la ciudad de Cartago (Valle), cuando el bus de servicio público de placas WH-0265, modelo 1965 afiliado a la Empresa "Expreso Alcalá S.A." que en ese momento era conducido por Gustavo Alonso Hoyos Ramírez, sorpresivamente embistió a los transeúntes que se encontraban en el lugar, atropellando al menor Gustavo Adolfo Grimaldo Reyes y a la madre de éste Gladys Reyes Vásquez, causándole al primero "lesión cerebral secundaria a trauma intracraneano" por cuyo efecto falleció en forma instantánea y a ésta fractura del ilíaco izquierdo y contusiones en cadera y muslo que ameritaron su atención en el Hospital Sagrado Corazón de Jesús, lográndose salvarle la vida, no obstante quedarle como secuela deformidad física de carácter permanente a nivel del muslo izquierdo.

Con base en los informes que por estos sucesos elaboró el agente John Fredy Escobar adscrito al Sexto Distrito del Departamento de Policía del Valle y el acta de levantamiento del cadáver del menor Gustavo Adolfo Grimaldo Reyes, la Fiscalía Seccional Primera de Vida de la ciudad de Cartago dispuso el inicio de la investigación penal mediante resolución del 18 de agosto de 1992, escuchándose las de Gladys Reyes Vásquez, Diana Milena Bueno Vásquez, Diego Germán Marín y Leonardo Fabio Roncancio Chavarria, siendo vinculado mediante diligencia de indagatoria Gustavo Alonso Hoyos Ramírez y su situación jurídica resuelta con medida de aseguramiento consistente en detención preventiva por los delitos de homicidio y lesiones personales culposos, en determinación de fecha 10 de septiembre de ese mismo año.

Posteriormente, por auto del 28 de septiembre se admitió la demanda de parte civil que a nombre de Gladys Reyes y José Adolfo Grimaldo presentara su apoderado contra Hoyos Ramírez y la Transportadora "Expreso Alcalá S.A." como tercero civilmente responsable, procediéndose por el investigador a petición de este último ya vinculado como sujeto procesal, a llamar en garantía a la empresa aseguradora "Colseguros S.A.", mediante decisión del 16 de abril de 1993.

Allegada al proceso fotocopia del contrato individual de trabajo celebrado entre "Expreso Alcalá S.A." y Gustavo Alonso Hoyos Ramírez, bajo la gravedad del juramento fueron oídos los testimonios de Carlos Arturo López Vélez y Wilson Alberto Herrera Castaño, quienes acompañaban al procesado en el bus de transporte público la noche del accidente, siendo claros en manifiestar que por haber ingerido algunas cervezas al momento de los hechos Hoyos Ramírez "Estaba más o menos prendido", como también que hasta donde tenían conocimiento no estaba autorizado para desplazarse en los vehículos de la empresa a hacer consignaciones. Así mismo declaró el gerente de la Empresa "Expreso Alcalá S.A." Jesús María Ramírez Ocampo, quien señaló enfáticamente cómo Hoyos Ramírez "no era conductor" del vehículo causante del accidente y "no tenía autorización de nada para mover el carro, el no era el conductor del vehículo, no podía moverlo y menos para llevar plata a un banco".

Cerrada la investigación, el 30 de noviembre de 1.993 la Fiscalía 16 Seccional de Cartago profirió resolución acusatoria en contra del procesado por los punibles de homicidio y lesiones personales culposos, agravados de conformidad con los artículos 333 inciso segundo y 340 del Código Penal.

Avocado el conocimiento en la etapa del juicio por el Juzgado Tercero Penal del Circuito de Cartago (V.), por auto de enero 13 de 1994 abrió el juicio a pruebas, practicando a solicitud de la apoderada del tercero civilmente responsable ampliación de testimonio al Gerente Ramírez Ocampo, quien aseguró en esta ocasión que además de él en la empresa existía un

"Gerente Especial" que también daba órdenes cuyo nombre era Fernando López. Sobre esta base fue oído bajo juramento José Fernando López Hernández, quien contrariamente a lo sostenido inicialmente por Ramírez, manifestó que con anterioridad ya había dado autorización a Hoyos Ramírez para movilizarse en vehículos de la empresa a hacer consignaciones bancarias.

Celebrada la audiencia pública, se profirieron las sentencias de primera y segunda instancia en los términos que se dejaron reseñados en precedencia.

DEMANDA

Con la aspiración de fijar por anticipado el objeto de la demanda, la apoderada del tercero civilmente responsable manifiesta que sus pretensiones están orientadas a que se "disminuya la cuantía de los perjuicios ocasionados a los ofendidos con el delito e igualmente se haga partícipe de ese pago a la Aseguradora Colseguros S.A., llamada en garantía oportunamente dentro del proceso".

Bajo esta petición inicial, un cargo propone contra la sentencia impugnada, acudiendo a la causal primera, segundo motivo del artículo 220 cuyo texto reproduce, en cuanto estima que el juzgador de segunda instancia habría desconocido la existencia de algunas pruebas, específicamente los testimonios de Jesús María Ramírez Ocampo y José Fernando López Hernández, en sus calidades de gerente general y gerente especial de la Empresa transportadora.

Agrega además, que no se habría realizado "un estudio objetivo" sobre el "informe de accidentes, la versión del procesado, la declaración del agente que levantó el croquis y la declaración de uno de los testigos presenciales de los hechos señor Leonardo Fabio Roncancio Chavarría".

Bajo el título "Fundamentos de la casación", manifiesta el actor su inconformidad por el hecho de que si bien la parte civil recurrió el fallo de primera instancia, el Tribunal hubiese impuesto al procesado una condena "al pago de perjuicios que sobrepasa todas las consideraciones de humanidad y de buen criterio que deben tenerse al utilizar los artículos 106 y 107 del Código Penal", pues habría que tener en cuenta que en este proceso no solamente está vinculado Hoyos Ramírez, sino también el tercero civilmente responsable y al llamado en garantía quienes deben responder por los perjuicios.

Se refiere enseguida al hecho de que tanto en la etapa de instrucción como la del juicio, las pruebas practicadas hayan sido aquellas que beneficiaban a los ofendidos y en ningún caso dirigidas a demostrar la culpa de la víctima. En forma continua, sin ningún orden, método ni lógica, alude al testimonio de Roncancio Chavarría, con el que dice se demuestra

lo sostenido por el procesado en el sentido de no haber huido del lugar de los hechos, como también que no iba embriagado, acotando que sobre este particular además de no existir ninguna prueba allegada al proceso, es claro que Hoyos Ramírez habría colaborado en el traslado de los heridos a un centro asistencial.

Como otra prueba ignorada refiere el informe de accidente, pues en él aparecen los datos de quien conducía el bus, con lo cual también se dilucida que efectivamente permaneció en el sitio de los hechos; lo propio aduce en relación con las gráficas del levantamiento topográfico, con las cuales se demuestra que es verdad lo sostenido por el procesado, en el sentido de que la vía en el lugar del accidente era pendiente, coligiendo que mal podía afirmarse en esas condiciones un exceso de velocidad, menos aun cuando acababa de tomar una curva.

Deja así sentadas sus inquietudes sobre "la indebida interpretación de las pruebas...en lo que hace relación a los hechos en sí mismos considerados", para referirse a continuación sobre el "tercero civilmente responsable y la compañía llamada en garantía".

Al respecto recuerda que si bien en su primera declaración el gerente general de la Empresa transportadora afirmó no haber dado permiso alguno al procesado para conducir el vehículo en que se produjo el accidente, con posterioridad al ampliar su testimonio refirió que existía un gerente especial que también se encargaba de dar órdenes de nombre José Fernando López Hernández quien al ser interrogado sostuvo efectivamente haber autorizado a HOYOS Ramírez para conducir el bus y realizar en él algunas actividades en los bancos, de donde colige que es con base en estas pruebas que correspondería a la Corte decidir si la compañía de seguros debe o no responder por el valor de la póliza tomada.

Por último dentro del mismo desordenado alegato y sin guardar ninguna relación con los anteriores reparos, sostiene a continuación el demandante que el Tribunal habría vulnerado los principios de favorabilidad, no agravación y culpabilidad (arts. 28 y 31 de la Constitución Política y 5 del Código Penal) aplicando un criterio de responsabilidad objetiva "en contra de las partes involucradas en este proceso", pues "sin tener en cuenta para nada las pruebas aportadas, el funcionario ad quem lo estaría declarando culpable, no por la voluntad del agente en la comisión del ilícito sino por los resultados del mismo y es ilógico pretender que un conductor cualesquiera que sea, vaya a atirarle (sic) su vehículo a un grupo de personas que se encuentran transitando por la calle", pese a que el hecho se habría producido por fuerza mayor o caso fortuito "cuando un menor se cruzó en la ruta que llevaba el bus".

Solicita a la Corte casar la sentencia "disponiendo la disminución en los perjuicios materiales y morales", e igualmente que se ordene al llama-

do en garantía que debe responder solidariamente con el procesado y el tercero civil a su pago.

RÉPLICAS DE LOS NO RECURRENTES:

a) El estudio de la demanda es abordado por el apoderado de la sociedad "Colseguros S.A.", a través de dos enfoques diversos: así, el primero desde un punto de vista estrictamente técnico del recurso, que en su criterio conduciría al rechazo *in limine* del libelo, pues critica la absoluta falta de concreción de la causal invocada, la indebida sustentación y fundamentación de ella, como también el hecho de no citarse las normas vulneradas y la petición correspondiente, además de no determinarse correctamente los cargos presentándolos separadamente y estableciendo de ser necesario si algunos eran principales y otros subsidiarios.

Estudia también el fondo de los argumentos expuestos por el demandante. A este respecto, en lo relacionado con el hecho de haberse ignorado los testimonios de los gerentes de la empresa "Expreso Alcalá S.A.", asegura que no hay nada más contrario a la realidad, pues sus declaraciones además de haber sido debidamente condensadas en su contenido, se analizaron por el a quo, tal y como se observa a folios 313, 314 y 315.

Recuerda que el juzgador valoró la relación contractual existente entre el tercero civilmente responsable y el llamado en garantía, sólo que castigó "la conducta del llamante en garantía al no aportar la prueba del contrato", cuando de conformoridad con lo dispuesto por el art. 1046 del Código de Comercio, éste debía encontrarse en poder del tomador. Además, basta en su opinión con repasar el testimonio incialmente dado por el gerente de la empresa transportadora y cotejarlo con su ampliación y la versión del "gerente especial", para entender que intentador acomodar los hechos a un contrato y "esquilmar a la Aseguradora".

Por último, en relación con el tema de las "exclusiones", hace notar que el Tribunal ratifica las razones de la exclusión denominada "la conducción del vehículo por persona no autorizada" y va más allá, dejando expedito el camino de la segunda exclusión propuesta y denominada "condución del vehiculo asegurado bajo el influjo de bebidas embriagantes".

Solicita, entonces, rechazar in límine la demanda o no casar el fallo impugnado.

b) Coincidiendo con la anterior apreciación de la demanda, el representante de la parte civil sostiene que, de un lado, son ostensibles los vicios de forma concurrentes, tales como no indicar el precepto sustancial vulnerado ni su sentido. Pero también, en el fondo de la proposición, advierte que la presunta omisión probatoria, se encuentra por completo desligada con las pretensiones de disminución a la cuantía de los perjuicios, pues los distintos testimonios a que hace relación el demandante

nada tienen que ver con dicho tema y menos guardan algún nexo con los artículos 106 y 107 que son mencionados.

Además, dice no ameritar ningún reparo la condena por concepto de perjuicios materiales, en la medida en que éstos se atuvieron rigidamente a los elementos que los probaban y al dictamen pericial sobre este particular obrante en el proceso, como tampoco los morales, pues la prudencia judicial en este caso sirvió de criterio a su cuantificación.

Pide a la Corte el rechazo de la demanda o que no case la sentencia.

CONCEPTO DEL PROCURADOR PRIMERO DELEGADO EN LO PENAL

Para el Ministerio Público, es infundado el reparo según el cual los juzgadores ignoraron algunos medios de convicción. Asegura además que cuando el actor alude a una indebida interpretación de las pruebas, incurre en argumentos propios de un error de derecho por falso juicio de convicción, olvidando que este recurso "no es una instancia". Destaca que la valoración de la prueba debe hacerse conjuntamente, tal y como procedió el juez de primera instancia llegando a la demostración de los hechos punibles por los cuales declaró el compromiso penal del procesado.

En relación con la responsabilidad de la compañía aseguradora, pone de presente que si bien para el sentenciador de primera instancia no se allegó el respectivo contrato sino uno de los formatos que utiliza dicha empresa, con base en el mismo se establece la existencia de algunas exclusiones, como la conducción de vehículo por persona no autorizada, de donde concluyó que la compañía no estaba obligada a hacer ningún reeembolso.

No puede perderse de vista, además, que el juez de primera instancia le otorgó credibilidad al primer testimonio del gerente de la Empresa de transporte, mas no así a su segunda versión y menos a la del supuesto gerente especial, resaltando que el procesado no era conductor sino taquillero.

Por último, relieva cómo para el Tribunal sin el contrato de seguro no es posible obtener conclusiones definitivas que comprometieran el patrimonio de la empresa de seguros, siendo en consecuencia deber exclusivo del tercero civil responder por un dependiente suyo.

Sugiere a la Corte, en consecuencia, no casar la sentencia.

CONSIDERACIONES

Plena razón asiste a los sujetos procesales no recurrentes y al Procurador Delegado en las críticas que formulan al escrito de demanda mediante el cual la apoderada del tercero civilmente responsable ha pretendido sustentar la impugnación extraordinaria, pues ciertamente al más

absoluto desapego de la técnica de casación que debió reglar la presentación de los reparos, se une la falta de seriedad, orden y lógica en su desarrollo, todo lo cual conduce forzosamente a su consecuencial improsperidad.

1. Para comenzar, si se atendiese como expresión real de la voluntad que ha motivado el ataque Casacional en este caso con miras a establecer cuál es su objeto, la petición que ab initio hace la demandante, que es reiterada al final, y que guardaría una estrecha relación con lo manifestado al momento de interponer el recurso, esto es, que el mismo estaría dirigido a controvertir el valor de la condena indemnizatoria, esto supondría, en primer término, una limitante desde el punto de vista de los preceptos legales a los cuales debe acudirse en relación con aquellas condiciones para su sustentación; pero también, por ende, una restricción de las aspiraciones que bajo esta perspectiva puede tener la censura.

2. Respecto a lo primero, por cuanto constantes y reiterados pronunciamientos de la Corte han servido para precisar en perfecta armonía y desarrollo con el texto legal que sobre esta materia dispuso el artículo 221 del Código de Procedimiento Penal, que la presentación del libelo Casacional cuando está exclusivamente orientado a controvertir lo referente a la indemnización de perjuicios decretados en la sentencia condenatoria, debe imprescindiblemente sustentarse en los motivos contemplados para este recurso extraordinario en materia procesal civil, atendiendo en primer orden a la cuantía o valor del interés exigible en esa materia para recurrir, como también obligatorio acudir a las causales señaladas en el Código de esa materia.

Ahora, de la necesidad de sustentar con apoyo en las normas del rito civil un reparo a la sentencia con dicha finalidad, más aún cuando específicamente se ha expresado la inconformidad en directa relación con el valor de la condena patrimonial pero no en cuanto a la existencia misma de ella, surge una segunda limitación al desarrollo del reproche, en la medida en que no puede admitirse alegato alguno que no apareje una directa relación con este tema y desborde aspectos en donde el plano de la discusión comprometa la existencia misma del delito por el cual se ha condenado al procesado y por ende su propia responsabilidad y la que en casos semejantes se predica solidariamente del tercero civil.

Pero además, para que ello sea posible y el demandante en casación pueda concretar individualizando sus pretensiones en relación con cada uno de los temas que el Tribunal ha debido comprender en la sentencia y precisar así la cuántia de la inconformidad, es no solamente imperativo para el juez resolver en el fallo sobre la absolución o condena del procesado, sino que igual obligación tiene de definir cuál es el compromiso patrimonial de éste y en el mismo tópico pronunciarse sobre las relaciones jurídico procesales de todos aquellos sujetos cuya intervención ha admi-

tido en el decurso de la actuación, sin que desde luego pueda proferir decisiones inhibitorias, o pasar en silencio la condición de alguno de ellos, creando implícitamente el mismo efecto.

3. En el caso objeto de estudio, es ostensible que la censora no sólo ha incumplido el deber de respetar las pautas que para la casación civil le correspondía adoptar en razón de la finalidad expresada al momento de interponer el recurso y en algunos fragmentos del libelo -pues en su lugar dice acudir a la causal primera, inciso segundo del art. 220 del C. de P.P.- sino que además de desbordar en sus fundamentos hacia temas que no se compadecen en modo alguno con el marco previamente señalado, ni siquiera existe concreción sobre el valor que constituye su interés económico, habida cuenta que salvo la referencia que en algunos apartes hace al hecho de ser muy elevada la condena por concepto de perjuicios, insólitamente deja a criterio de la Sala adecuar la suma correcta de ella a las normas que serían aplicables, pero sin fijar con claridad y precisión dicha cuantía, llegando incluso dentro de la misma global e insondable alegación a referir que por lo menos la empresa llamada en garantía debería responder hasta el valor de la póliza tomada por el tercero civil, sin concretar a cuánto asciende el mismo ni las razones por las cuales ésta debería ser la correspondiente consecuencia jurídica en relación con la sanción indemnizatoria.

4. En efecto, ya se dijo que acude a la primera causal del art. 220 del C. de P.P., aduciendo presuntos errores de hecho por omisión probatoria, específicamente, en un primer capítulo, el informe de accidentes, la declaración del agente que lo elaboró, la versión del procesado y el testimonio de Leonardo Fabio Roncancio Chavarría, en relación con los cuales, sin embargo, sostiene, no habría existido un estudio objetivo.

Pero además de desconocerse, desde luego, qué es lo que se quiere significar con la expresión "estudio objetivo", la verdad es que en la sentencias de primera y segunda instancias que para dichos efectos constituyen una inquebrantable unidad de decisión, todas y cada una de estas pruebas, como oportuno resulta de una vez precisarlo, también los testimonios de Jesús María Ramírez Ocampo y José Fernando López Hernández, fueron objeto de análisis y detenida valoración.

5. En igual sentido, la inconformidad que de manera arbitraria y unilateral, sin parámetro de técnica ninguno, manifiesta en relación con la suma indemnizatoria, en el entendido de que habría faltado el Tribunal al momento de establecer la condena en perjuicios con fundamento en los artículos 106 y 107 del C.P., al deber de atender "consideraciones de humanidad y buen criterio", cuando estos presuntos factores nada tienen que ver con los contenidos en la ley aplicada, resulta por completo deleznable.

6. De otra parte, no puede perderse de vista que los diversos y disímiles alegatos relacionados con el hecho de no haberse practicado y valorado

sino aquellas pruebas que favorecían a la víctima y no de las que demostraban la culpa de ésta, o que con base en algunos de los elementos de convicción presuntamente ignorados podría desvirtuarse que el procesado huyó del lugar de los hechos, o igualmente que con la gráficas de los levantamiento topográficos se desvirtúa el exceso de velocidad como factor incidente en el hecho, en fin la recurrente afirmación de haberse vulnerado el principio de favorabilidad y de no agravación, como también el de culpabilidad, pues se habría declarado "culpable" a Hoyos Ramírez sin pruebas, en un típico caso de responsabilidad objetiva, máxime cuando el suceso se produjo por caso fortuito o fuerza mayor al haberse atravesado un niño al bus y tener que virar rápidamente, son todas inconexas expresiones de inconformidad que aun cuando se aceptase como receptoras de contenido jurídico, debieron entonces postularse en cargos independientes acompañados de la respectiva sustentación, pues por la manera como han sido propuestas no resultarían adecuadas ni siquiera a un alegato de instancia, pero que en casación merecen la más contundente reprobación, como que además de llevar implícita una contradicción insalvable que pone de presente la absoluta falta de ponderación y seriedad en el recurso intentado, con ellas se pretende enervar el compromiso penal del procesado y el que se deriva de la parte a que representa por el nexo de dependencia existente entre aquél y la empresa "Expreso Alcalá S.A.", cuando precisamente el ataque por la vía extraordinaria ha partido del supuesto de que existe responsabilidad penal en la conducta de Hoyos Ramírez y civil tanto de éste como del tercero, razón de más para negar el cometido de la censura al aducir la existencia de un acontecimiento imprevisible que habría alterado el curso causal, pues si no resultaba de ningún modo posible imputar el resultado a quien de esa manera sólo en apariencia lo habría provocado, pero sin poderlo evitar, menos se posibilitaría hacerlo responsable de las consecuencias civiles del delito.

7. Algunos temas concretos de este recurrente alegato sin embargo no pueden dejarse pasar sin respuesta.

Así, se equivoca la demandante cuando sostiene una pretendida vulneración de la prohibición contenida en el art. 31 de la Carta Política, derivada del hecho de haber incrementado el Tribunal la condena indemnizatoria, toda vez que, de una parte, lo que la norma superior prohíbe es hacer más gravosa la condena punitiva del procesado apelante único, pero no, el aumento del valor de los perjuicios causados con el delito. Pero además, tampoco dicho precepto sería aplicable en modo alguno en este caso, pues basta con recordar que no fue ciertamente el tercero civil el único sujeto que recurrió el fallo del a quo, toda vez que también la alzada fue promovida por el representante de la parte civil.

Tampoco es aceptable la afirmación según la cual al procesado Hoyos Ramírez se le ha atribuído responsabilidad por el simple resultado lesivo que produjo su conducta, en una incompleta y recortada referencia a una

presunta imputación simplemente causal, pues la verdad es que los juzgadores fueron muy claros en resaltar por lo menos dos circunstancias que de acuerdo con los propios amigos del procesado Wilson Alberto Herrera Castaño y Carlos Arturo López Vélez, quienes viajaban en el pesado vehículo como pasajeros, fueron incidentes en la producción del hecho: su falta de pericia en el manejo de vehículos de las características del bus y el exceso de velocidad que le imprimió haciendo imposible su control después de dar una curva cerrada. Es, por tanto, la violación al deber de cuidado que le imponía el manejo vehicular, la causa determinante en la producción del resultado dañoso, que por ser claramente previsible, le resultaba imputable a título de culpa, tal y como acertadamente se dedujo en la sentencia.

Como es evidente, la falta de coherencia e inclusive de relación entre los distintos temas que indebidamente mezcla la censora, no puede ser más elocuente en orden a determinar el fracaso de la demanda.

8. Pese a lo expuesto, encuentra la Corte que es no solamente necesario sino oportuno, hacer algunas precisiones en relación con el llamado en garantía, tomando en cuenta que, en últimas, la inconformidad del tercero civil apuntaría a resaltar el hecho de no haberse responsabilizado por el daño a la empresa "Colseguros S.A.", con quien la empresa "Expreso Alcalá S.A." habría celebrado un contrato de seguro, pues todo indica que la presencia de este sujeto procesal no estaría legitimada de acuerdo con las normas de procedimiento penal, razón por la cual no sería en consecuencia factible su vinculación dentro de actuaciones de esta naturaleza.

9. En efecto, es claro que la realización del hecho punible generalmente apareja la producción de un daño patrimonial o extrapatrimonial, cuya concurrente presencia ha permitido conceptualizar procesalmente los efectos del delito a partir del ejercicio de las acciones penal que es de orden público y constituye su objeto principal y civil o privada, que tiene carácter subsidiario o accesorio por cuanto la fuente de ella proviene de la necesidad de indemnizar el daño causado por el delito.

Es precisamente a partir de su especial naturaleza, finalidad y objeto distintos, de donde la doctrina ha postulado los diversos sistemas procesales sobre el ejercicio de la acción penal y la civil que nace del delito, así: a) aquellos para quienes debe buscarse la realización de cada una de manera absolutamente independiente; b) los que admiten con un criterio de unificación de procedimientos su conjunta actividad y por último, c) modelos mixtos como el nuestro, en donde resulta perfectamente posible su adelantamiento ante la jurisdicción civil o dentro del proceso penal.

10. Ahora bien, el propio Decreto 2700 de 1991 ha señalado taxativamente quienes pueden intervenir dentro de la actuación penal en

calidad de sujetos procesales. Así, en su Título III, precisa como tales a la Fiscalía General de la Nación, el Ministerio Público, el sindicado, el defensor, la parte civil, el tercero incidental y el tercero civilmente responsable.

Respecto de cada uno de estos sujetos intervinientes en el proceso penal, ha previsto la ley de procedimiento en forma particular la oportunidad y modo de su intervención, competencias, atribuciones, facultades etc. Y, si bien en aquellas materias que no se hallan expresamente reguladas en dicho estatuto puede acudirse en primer término a las disposiciones del Código de Procedimiento Civil o a otros ordenamientos procesales con el propósito de llenar sus vacíos, esto sólo es viable siempre y cuando no se opongan a la naturaleza y finalidad del procedimiento penal, de donde puede colegirse que la norma rectora que posibilita la integración de institutos procesales contenidos en diversos ordenamientos, no tiene, desde luego, carácter absoluto, ya que esto exigiría la existencia de un estatuto procesal único, dentro del cual se pudiesen tramitar asuntos de distinta especialidad y rama del derecho, sin importar que como efecto de ello resultara atentándose contra la propia naturaleza y estructura de la actuación penal.

11. A su turno, el art. 43 del C. de P.P. ha previsto como sujetos activos para el ejercicio de la acción civil a "las personas naturales o jurídicas perjudicadas, los herederos o sucesores de aquéllas, el Ministerio Público o el actor popular cuando se afecten intereses colectivos".

Así mismo, el art. 44 ibídem, señala que "Están solidariamente obligados a reparar el daño, resarcir los perjuicios causados por el hecho punible y a restituir el enriquecimiento ilícito, las personas que resulten responsables penalmente", como también "Quienes sean llamados a responder de acuerdo con la ley sustancial".

Es, entonces, con miras a salvaguardar los derechos de la persona que ha sido perjudicada con el delito que se ha justificado esta apertura del proceso penal para tratar en su interior asuntos civiles que emanen directamente de la realización de la conducta punible, siendo ello posible, en consecuencia, solamente a partir del reconocimiento de que la acción civil ejercida en estas condiciones tiene un carácter accesorio o secundario.

12. No es admisible, por consiguiente, que el proceso penal se utilice como receptáculo de cualquier pretensión, ni para el ejercicio de toda clase de acciones. Por antonomasia, del delito se origina la acción penal, pero puede también generarse la civil a favor del perjudicado, quien estará en plena libertad de constituirse en parte civil. Si así lo hace y además encuentra que hay lugar para responsabilizar por el hecho del agente inmediato del daño a un tercero, podrá de acuerdo con los artículos 153 y ss. solicitar la vinculación de quien "sin haber participado en la comisión

de un hecho punible tenga la obligación de indemnizar los perjuicios conforme al Código Civil".

Esta remisión al Código Civil, debe entenderse en un sentido restringido, esto es, en cuanto referida a que la obligación de reparar el daño se impone siempre a quien deba responder por él, es decir, tanto quien directamente es su productor, como quien tiene responsabilidad por los hechos ajenos o de un tercero, o a quien corresponde la vigilancia de la cosa, o de la actividad calificada como peligrosa de la cual se deriva dicho daño.

En uno u otro caso, es claro que la fuente de la obligación civil con miras al resarcimiento de los perjuicios por responsabilidad delictual, debe fluir siempre del hecho punible, de donde el daño indemnizable deberá a su turno tener origen de manera exclusiva y excluyente en la responsabilidad aquiliana.

13. En efecto, la posibilidad de vincular dentro del proceso penal al tercero civilmente responsable que el legislador introdujo en el Decreto 2700 de 1.991 -nuevamente pues como bien se recuerda ya había sido consagrado en los artículos 58 a 66 del Decreto 0050 de 1987, siendo declarados inexequibles por la Corte Suprema en decisión de diciembre 3 de ese mismo año-, proviene de ser este tercero civil responsable por el daño, independientemente de que el mismo haya sido inferido por el agente del delito; es decir, que aun cuando el tercero no es el autor del daño e inclusive es ajeno a su producción causal, debe por la vía de la denominada responsabilidad indirecta, responder solidariamente por él, estando compelido a cubrir el valor de la suma indemnizatoria a que eventualmente se le condene en favor de la persona natural o jurídica perjudicada.

Por tanto, y siendo que dentro del proceso penal solamente puede perseguirse el pago de aquellos daños derivados del hecho punible, esto es los que tengan un nexo con los efectos lesivos del delito, cualquier pretensión orientada a hacer valer obligaciones que provengan de una fuente distinta no podrá ejercitarse en el trámite penal, por resultar evidentemente contraria a su naturaleza especial, única y limitada.

Por ello, así como no sólo desde un punto de vista estrictamente teórico se justifica que se dé un tratamiento diferenciado a la responsabilidad contractual de la extracontractual, procesalmente cobra mayor fuerza dicha necesidad partiendo nada más de un criterio de especialidad, pero fundamentalmente por tener origen cada una en fuentes de responsabilidad distintas.

14. De ahí que la prestación reparadora que en un momento determinado le pueda ser exigible al asegurador -cuyo ingreso como sujeto procesal en el proceso penal parece no tener reparo de lege ferenda por la doc-

trina nacional-, no dimana de responsabilidad directa ni indirecta, única posibilidad de aceptar la reclamación indemnizatoria como ejercicio de la acción civil activa o pasiva dentro del proceso penal, pues las obligaciones que surgen del seguro provienen del negocio jurídico en virtud del cual la aseguradora ha asumido la reparación prestando el equivalente pecuniario en las condiciones, límites y modalidades señaladas en las distintas cláusulas del contrato.

15. El contrato de seguro, por consiguiente, cumple en un sentido jurídico y económico con una función reparadora consistente en que la compañía asume los riesgos cuando se presenta el evento por el valor convenido en la póliza correspondiente, previo el pago de una prima, obligación que es ajena a la que compete al responsable y eventualmente al tercero civil dentro del proceso penal como efecto del hecho delictivo; mientras que la responsabilidad del procesado es directa y la del tercero civil colateral o indirecta frente a las consecuencias patrimoniales del delito por la producción del daño, el asegurador no es de ningún modo responsable de ese daño. Lo único que media entre éste y el tercero civil, o el propio procesado, es una obligación de naturaleza contractual o legal, en relación con la cual no sería por tanto el juez penal competente para pronunciarse.

Cobra mayor fuerza esta posición, si se tiene en cuenta que el de seguros constituye por esencia un contrato comercial de garantía complejo que crea una obligación condicional, pero no de responsabilidad, lo que de suyo excluye cualquier competencia en cabeza del juez penal para dilucidar aspectos inherentes a las diferencias que se puedan presentar relacionadas con la vigencia de la póliza, el aviso del siniestro, la reclamación, las objeciones, las exclusiones etc., máxime cuando como es sabido dependiendo de la posición que asuma la aseguradora y las características propias de la póliza, por la vía civil la acción pertinente podría ejercerse a través de un proceso ejecutivo u ordinario según el caso.

16. Sin embargo, por lo mismo que no es factible en el proceso penal llamar en garantía a la aseguradora, esto no impide el ejercicio independiente de las acciones correspondientes con miras a hacer valer el seguro, más aun cuando en virtud de la Ley 45 de 1990 en los seguros de responsabilidad, esto es los que de acuerdo con el art. 84 "imponen a cargo del asegurador la obligación de indemnizar los perjuicios patrimoniales que cause el asegurado con motivo de determinada responsabilidad en que incurra de acuerdo con la ley y tiene como propósito el resarcimiento de la víctima, la cual en tal virtud, se constituye en el beneficiario de la indemnización, sin perjuicio de las prestaciones que se le reconozcan al asegurado", los propios damnificados tienen "acción directa contra el asegurador", conforme al art. 87 ibidem.

17. Así las cosas, al no tener cabida en el proceso penal el llamamiento en garantía, el reparo que en últimas hace la demandante a la sentencia, respecto a la obligación que afirma tenía la aseguradora "Colseguros S.A." frente a la condena resarcitoria, resulta claramente infundado, motivo este que adicionalmente conduce por igual a que el fallo deba mantenerse incólume, no casando el fallo impugnado.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema en 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, notifíquese, devuélvase al tribunal de origen y cúmplase.

Jorge Enrique Córdoba Poveda, Fernando Arboleda Ripoll, Ricardo Calvete Rangel, Carlos Augusto Gálvez Argote, Jorge Aníbal Gómez Gallego, Edgar Lombana Trujillo, Carlos E. Mejía Escobar, Didimo Páez Velandia, No; Nilson Pinilla Pinilla.

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

ACCION DE REVISION / COMPETENCIA / JUSTICIA REGIONAL

A partir de la entrada en vigencia del Decreto 2700 de 1991, la acción de revisión, antes denominada recurso extraordinario, dejó de ser de competencia exclusiva de la Corte, pues de conformidad con lo dispuesto en el artículo 68.2 del C.P.P., esta Sala Penal únicamente conoce de la misma, "cuando la sentencia ejecutoriada haya sido proferida en única o segunda instancia por esta corporación, por el Tribunal Nacional o por los Tribunales Superiores de Distrito", precisamente porque con el nuevo estatuto procedimental se pretendió descentralizar la competencia para el trámite de dicha acción, asignándosela también a los Tribunales Superiores de Distrito y al Tribunal Nacional, en lo que atañe a las sentencias ejecutoriadas proferidas por los respectivos juzgados, respecto del cual son sus superiores jerárquicos.

Si bien las normas sobre competencia, en materia de revisión no son muy explícitas en lo que concierne a las sentencias dictadas por los Jueces Regionales, lo cual se debe, de un lado a multiplicidad de disposiciones expedidas excepcionalmente y de otro, al paralelismo normativo que de alguna manera quedó vigente al adoptarse como permanente la mayoría de aquella legislación mediante el Decreto 2271 de 1991, que por mandato del artículo 1° de la Ley 15 de 1992, es la aplicable a la justicia regional en virtud del principio de integración a que alude el artículo 5° transitorio del actual C. de P.P., que previó que si bien dicha jurisdicción se integra a la ordinaria, "La competencia de estos despachos -Jueces regionales y Tribunal Nacional- no se modifica". Por ello, una interpretación sistemática de las disposiciones previstas sobre la materia en el C. de P.P., permite, sin lugar a dudas, arribar a la conclusión, de que el legislador de 1991, le asignó competencia al Tribunal Nacional para conocer de la acción de revisión, pues lo dispuesto en el artículo 1° del Decreto 099 de 1991 (adoptado como legislación permanente), en el sentido de que, "La Sala de casación Penal de la Corte Suprema de Justicia conoce con relación a los procesos de competencia de los Magistrados y Jueces de Orden Público: 1. Del recurso extraordinario de ca-

sación; 2. Del recurso extraordinario revisión; 3. Del recurso de hecho, cuando se deniegue el recurso de casación" fue abrogado por el nuevo Código, por cuanto reguló íntegramente todo lo relacionado con la competencia y el trámite de la revisión.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Santa Fe de Bogotá, D.C., dieciséis de diciembre de mil novecientos noventa y ocho.

Magistrado Ponente: Dr. *Carlos Augusto Gálvez Argote*

Proceso No. 14910

Aprobado Acta No. 195

VISTOS

Mediante demanda presentada ante esta Corporación, el defensor público de Marco Mauricio Guevara y Dionel Chávez Devia, pretende iniciar acción de revisión contra la sentencia anticipada proferida el 26 de julio de 1995, por un Juez Regional de la ciudad de Cali, en la que se los condenó a la pena principal de 8 años de prisión y a la accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas por el mismo lapso, negándoles el subrogado de la suspensión condicional de la ejecución de la condena, como coautores de un concurso de delitos de porte ilegal de armas de uso privativo de las fuerzas militares agravado y concierto para delinquir.

LA DEMANDA

Con apoyo en la causal tercera del artículo 323 del C.P.P., solicita el demandante la revisión del fallo proferido por el Juzgado Regional de Cali, aduciendo como hecho nuevo la sentencia ordinaria dictada en segunda instancia el 14 de noviembre de 1996 por el Tribunal Nacional que modificó la dictada el 20 de marzo de 1996, también por un Juzgado Regional de Cali, en contra de Alexander Alzate Martínez, Fernando Alzate Martínez, Everl Humberto Parra Hernández y Orlando Andrés Arce Carvajal, respecto de quienes, por no haberse acogido a la terminación anticipada del proceso, se rituó la actuación por el procedimiento ordinario, condenándolos a la pena principal de 8 años de prisión por los delitos porte ilegal de armas de uso privativo de la Fuerza Pública y concierto para delinquir, en el sentido de reducir la sanción privativa de la libertad a 6 años, al absolverlos del segundo de los punibles, "por las razones allí indicadas y que consistieron básicamente en que el delito -el de concierto para delinquir- era inexistente", precisando que se trata del mismo proceso al que, por los mismos delitos, también fueron vinculados Guevara y Chávez, que sí optaron por la sentencia anticipada.

Lo anterior, constituye para el demandante, "una situación verdaderamente extraordinaria al proferirse dos sentencias contrapuestas" frente

a unos mismos hechos, por lo que el condenado Marco Mauricio Guevara interpuso acción de tutela ante el Tribunal Superior de Cali, habiéndosele denegado por improcedente, aduciendo que existen otros mecanismos de defensa judicial como la acción de revisión.

Al efecto, anexa como pruebas, copia de la sentencia del 26 de julio de 1995, dictada por un Juez Regional de Cali, en la que se condenó anticipadamente a José Daniel Chávez Devia y Marco Mauricio Guevara a la pena principal de 8 años de prisión como coautores de los delitos de porte ilegal de armas de uso privativo de las fuerzas militares y concierto para delinquir; de las proferidas en primera y segunda instancia respecto de John Alexander Alzate, Fernando Alzate, Hebert Humberto Parra y Orlando Andrés Arce y del fallo de tutela radicado bajo el No. 1253, del Tribunal superior de Cali.

CONSIDERACIONES

1° A partir de la entrada en vigencia del Decreto 2700 de 1991, la acción de revisión, antes denominada recurso extraordinario, dejó de ser de competencia exclusiva de la Corte, pues de conformidad con lo dispuesto en el artículo 68.2 del C.P.P., esta Sala Penal únicamente conoce de la misma, "cuando la sentencia ejecutoriada haya sido proferida en única o segunda instancia por esta corporación, por el Tribunal Nacional o por los Tribunales Superiores de Distrito", precisamente porque con el nuevo estatuto procedimental se pretendió descentralizar la competencia para el trámite de dicha acción, asignándosela también a los Tribunales Superiores de Distrito y al Tribunal Nacional, en lo que atañe a las sentencias ejecutoriadas proferidas por los respectivos juzgados, respecto del cual son sus superiores jerárquicos.

2° Ahora bien, como en el presente caso la acción de revisión intentada por el defensor público de Marco Mauricio Guevara y José Dionel Chávez está dirigida a remover los efectos de la cosa juzgada de una sentencia anticipada proferida en primera instancia por un Juez Regional de Cali, que por no haberse apelado cobró ejecutoria el 22 de agosto de 1995, es evidente que no es la Corte la competente para conocer de dicho asunto, sino el Tribunal Nacional.

3° Es que, si bien las normas sobre competencia, en materia de revisión no son muy explícitas en lo que concierne a las sentencias dictadas por los Jueces Regionales, lo cual se debe, de un lado a multiplicidad de disposiciones expedidas excepcionalmente y de otro, al paralelismo normativo que de alguna manera quedó vigente al adoptarse como permanente la mayoría de aquella legislación mediante el Decreto 2271 de 1991, que por mandato del artículo 1° de la Ley 15 de 1992, es la aplicable a la justicia regional en virtud del principio de integración a que alude el artículo 5° transitorio del actual C. de P.P., que previó que si bien dicha

jurisdicción se integra a la ordinaria, "La competencia de estos despachos -Jueces regionales y Tribunal Nacional- no se modifica". Por ello, una interpretación sistemática de las disposiciones previstas sobre la meteria en el C. de P.P., permite, sin lugar a dudas, arribar a la conclusión, de que el legislador de 1991, le asignó competencia al Tribunal Nacional para conocer de la acción de revisión, pues lo dispuesto en el artículo 1° del Decreto 099 de 1.991 (adoptado como legislación permanente), en el sentido de que, "La Sala de casación Penal de la Corte Suprema de Justicia conoce con relación a los procesos de competencia de los Magistrados y Jueces de Orden Público: 1. del recurso extraordinario de casación; 2. Del recurso extraordinario revisión; 3. Del recurso de hecho, cuando se deniegue el recurso de casación", fué abrogado por el nuevo Código, por cuanto reguló íntegramente todo lo relacionado con la competencia y el trámite de la revisión.

4° Sobre este tema, ya la Sala se había pronunciado en auto del 11 de noviembre de 1994, con ponencia del Magistrado, Dr. Juan Manuel Torres Fresneda, así:

"Las razones del Tribunal Nacional serían de recibo si con posterioridad a los decretos que invoca no se hubiese expedido una nueva Codificación Procesal Penal mediante Decreto 2700 de 1991, regulándose en ella en tema de la revisión para variar la concepción de la legislación precedente instituyéndola como acción extraordinaria y regulando íntegramente sus causales, el procedimiento y la competencia.

Dentro de esta normatividad se tiene dentro de la procedencia de la acción (artículo 232) su extensión a todas las 'sentencias ejecutoriadas - naturaleza de la que aquí se ataca-, sin que se haya previsto excepción alguna, ni se haga diferencia respecto de los jueces ordinarios o los regionales, haciéndose pertinente recordar que en el artículo 5° transitorio ibidem se dispuso precisamente la 'integración' de la hasta entonces llamada jurisdicción de orden público a la ordinaria, sustituyendo su nombre por el de jueces regionales y Tribunal Nacional.

En cuanto al trámite se refiere, el artículo 235 también lo unifica así se trata de asuntos sometidos al conocimiento de la Corte o de los tribunales, y si bien las disposiciones sobre competencia no resultaron en cuanto a claridad las más afortunadas, tampoco de la suficiente carece para entender, de acuerdo a su origen, cuál es el órgano que ha de adelantar la acción de revisión, según sea el origen de la sentencia o decisión que se ataque.

La primera regulación que en este sentido se descubre, la constituye la referencia que trae el Código de Procedimiento Penal en los artículos 235, 236, 239, 240 y 241, porque invariablemente aluden a la actuación de 'Magistrados' y de 'Salas' en una inequívoca referencia a la necesidad de que el conocimiento de esta acción extraordinaria quede en las Corporaciones judiciales, y de modo coincidente los artículos 68-2 y 7°-3 le adjudican

ese conocimiento a la Corte en Sala de Casación Penal cuando la acción recaiga sobre providencia 'proferida en única o segunda instancia por esta Corporación, por el Tribunal Nacional o por el Tribunal Nacional o por los Tribunales Superiores de Distrito', y a los Tribunales Superiores de Distrito, en Salas de Decisión Penal, cuando se trate de providencias ejecutoriadas 'emitidas por los jueces del respectivo distrito'.

Cierto es que en el artículo 69 que regula dentro del mismo estatuto la competencia del Tribunal Nacional, no se incluyó un numeral que hubiese adscrito a esa corporación el conocimiento de la acción de revisión cuando se trate de sentencias, cesaciones de procedimiento o preclusiones adoptadas por los juzgados regionales. Más, esa omisión no autoriza a sostener que estas providencias se quedaron sin acción de revisión, ni a recurrir a disposiciones sustituidas para pretender que el conocimiento sigue siendo de la Corte, como tampoco a inferir una competencia por analogía cuando ella debe estar señalada por el legislador de modo expreso, porque de la interpretación sistemática que se viene elaborando surge inequívocamente que las sentencias de los jueces regionales son susceptibles de esta acción extraordinaria, que de ellas no conocen ni la Corte ni los Tribunales de Distrito por cuanto a aquélla ni a éstos les ha sido asignada dicha competencia, pero que adjudicadas en cambio en el inciso final del artículo 235 del Código de Procedimiento Penal atribuciones en ese ámbito al tribunal Nacional, y señalándole el procedimiento, surge de allí una competencia residual que tanto se acomoda con los principios bajo los cuales se distribuyen los demás asuntos entre la Corte y los Tribunales de Distrito, como con la especial materia adscrita a ese Tribunal único y los juzgados regionales que se le subordinan jerárquicamente.

Es verdad que el artículo 1° de la Ley 15 de 1992 dispuso que para los delitos de competencia de los jueces regionales y el Tribunal Nacional se aplicarían las normas especiales de procedimiento y sustanciales de conformidad con el artículo 5° transitorio del Decreto 2700 de 1991. Mas como en este Decreto se había derogado lo atinente a la competencia exclusiva de la Corte para conocer de la acción de revisión como queda visto, no resulta posible que por esa sola evocación viniera a revivir disposiciones abrogadas...".

5ª No queda duda entonces, que la acción de revisión propuesta por el defensor Público de los condenados Marco Tulio Guevara y José Dionel Chávez, contra la sentencia anticipada proferida en primera instancia el 26 de julio de 1.995, por un juzgado regional de Cali, es de competencia del Tribunal Nacional y no de la Corte, razón por la cual se abstendrá de darle trámite, disponiéndose, en consecuencia, el envío de las diligencias a dicha corporación, para lo de su cargo.

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

RESUELVE:

1° Abstenerse de conocer, por falta de competencia, de la acción de revisión interpuesta por el defensor público de Marco Mauricio Guevara y José Dionel Chávez.

2° Como consecuencia de lo anterior, envíense las diligencias al Tribunal Nacional, para lo de su cargo.

3° Comuníquese esta decisión al demandante.

Jorge Enrique Córdoba Poveda, Fernando Arboleda Ripoll, Ricardo Calvete Rangel, Carlos Augusto Gálvez Argote, Jorge Aníbal Gómez Gallego, Edgar Lombana Trujillo, Carlos E. Mejía Escobar, Dídimo Páez Velandia, Nilson Pinilla Pinilla.

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

TESTIMONIO/ INDICIO/ DEMANDA DE CASACION

1. El artículo 294 del Código de Procedimiento Penal señala los criterios para la apreciación del testimonio, reglas que analizadas en estricta lógica suponen la adecuada aducción del testimonio al proceso; la correcta apreciación material del dicho del testigo, esto es, que el Juez señale exactamente que aprecia tal o cual cosa que determinado testigo declaró; y, su apropiada apreciación valorativa, es decir, que sobre ese contenido declarativo aplique todos los elementos que el artículo 294 señala y los que componen las reglas de la sana crítica, para concluir en la credibilidad de ese dicho o en su inutilidad por no ofrecer motivos que lo hagan creíble.

En esa misma secuencia se desarrollan los ataques en casación a ese tipo de medio probatorio: Si se intenta discutir su incorrecta aducción al proceso, habrá de señalarse un falso juicio de legalidad como modalidad del error de derecho y el ataque se limitará a señalar por qué tal prueba es violatoria del principio de legalidad, sin discutir otros aspectos del testimonio, como su credibilidad o su tergiversación (que son propios del error de hecho), pues, aunque se trate de violación indirecta, no puede partir el censor de la afirmación de la legalidad del medio probatorio y simultáneamente discutir su análisis, ya que si el medio está viciado todo lo que de él se derive lo está igualmente.

En ese mismo orden de ideas y siguiendo en una escala lógica de entendimiento de las cosas, aceptada la legalidad del medio, el Juez procede a su aprehensión material, por lo que si el censor descubre un error en tal procedimiento, lo pondrá de presente, también por la vía indirecta pero en la modalidad de error de hecho y a través del falso juicio de identidad, pues se trata de un problema objetivo en el que el presunto yerro del Juez fue tergiversar el contenido material del testimonio, haciéndole decir lo que no decía.

2. Amplia ha sido la jurisprudencia de la Sala insistiendo cómo ha de hacerse un ataque de los indicios en sede casación, e indicando que debe señalarse inequívocamente cuál es el elemento del indicio que se ataca: si es el hecho indicador, allí puede acudirse a las mo-

dalidades que correspondan frente a la prueba que lo demuestra; si es a la inferencia lógica, se trata de un falso juicio de identidad, y también deben señalarse las razones de su yerro. Pero cualquiera sea el extremo de los indicios que se pretenda censurar, una demanda debe partir del elemental principio de identificar el indicio que se pretende atacar y sobre todo de identificar el medio probatorio que lo acredita, pues no puede, por ejemplo, atacarse la apreciación de un documento como indicio, cuando no fue sido valorado como tal.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Santa Fe de Bogotá, D.C., dieciséis (16) de diciembre de mil novecientos noventa y ocho (1998).

Magistrado Ponente: Dr. *Carlos E. Mejía Escobar*

Proceso No. 10566

Aprobado Acta No. 195

VISTOS

Decide la Sala el recurso extraordinario de casación interpuesto por el defensor público del procesado José Franceny León Angulo en contra del fallo proferido por la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cundinamarca el 24 de noviembre 1994, por medio del cual modificó la sentencia del Juzgado Penal del Circuito de la Palma (Cundinamarca) que lo condenó a la pena principal de 41 años de prisión como autor responsable de los delitos de homicidio agravado en la persona de Germán Tovar Tovar y porte ilegal de arma de fuego de defensa personal, para reducir la pena a 40 años y 6 meses de prisión y revocó la sentencia condenatoria que a la pena de 20 años de prisión se había impuesto a José Antonio Alvarez León en calidad de cómplice de los mismos delitos.

HECHOS

En la noche del primero de agosto de 1994, en la vereda La Laguna, jurisdicción del municipio de la Palma (Cundinamarca), en la tienda de Dolores Galindo, estaban bebiendo cerveza y jugando "tapa", Trinidad Galindo Alvarez, su hijo José María, José Antonio Alvarez León, Edilson Angulo, Aladino Martínez, Weimar Galindo Alvarez, Germán Tovar, Norberto Rojas Real y Franceny León.

Culminado juego y libaciones, aproximadamente entre las 20:30 y 21:00 horas, salieron del establecimiento rumbo a sus respectivas casas, los señores José Franceny León Angulo, José Antonio Alvarez León, Germán Tovar Tovar y Norberto Rojas Real quienes caminaron juntos durante un corto trecho, luego de lo cual los dos primeros se separaron, con el aparente pretexto de ir a dormir a donde Martín Tovar, para reaparecer minu-

tos después de frente, bajando León y Alvarez, subiendo Tovar y Rojas, portando León Angulo una escopeta calibre 16 con la que amenazó a Germán Tovar Tovar, al tiempo que le reclamaba la entrega del dinero so pena de matarlo y a Rojas Real, para que se fuera de allí, lo que éste hizo inmediatamente, escuchándose, dos o tres minutos después, dos detonaciones.

Al día siguiente fue hallado, en el mismo lugar de donde se obligó a huir a Rojas Real, el cadáver de quien en vida respondía al nombre de Germán Tovar Tovar, recostado sobre su brazo derecho, con múltiples heridas de perdigones de arma de fuego en la región mamaria izquierda, en el tercio medio del brazo del mismo sector y en el tercio distal del brazo derecho, hallándosele como únicas pertenencias un espejo, mil pesos y uno de los bolsillos vuelto al revés.

ACTUACIÓN PROCESAL

1. Realizada la diligencia de levantamiento del cadáver por parte de la Inspección de Policía de La Palma (Cundinamarca), la Unidad de Fiscalía de la misma localidad asumió la investigación.

2. Recepcionadas las indagatorias a José Antonio Alvarez León, ante presentación voluntaria de éste ante la Fiscalía, y de José Franceny León Angulo, por captura que el DAS hiciera de él en Santa Fe de Bogotá D.C., les fue definida a los indagados su situación jurídica por resolución del 22 de septiembre de 1993 y diciembre 20 de 1993, respectivamente, decretándose medida de aseguramiento de detención preventiva en contra de los dos indagados.

3. Mediante resolución del 27 de enero de 1994 la misma Fiscalía calificó el mérito del sumario con resolución de acusación para los dos procesados por los delitos de homicidio agravado, por haberse cometido el delito en las circunstancias del numeral 2° del artículo 324 del Código Penal y porte ilegal de armas, acusándose a José Franceny León Angulo como autor y a José Antonio Alvarez León como cómplice.

4. Ejecutoriada la resolución de acusación, el Juzgado Penal del Circuito de La Palma (Cundinamarca) celebró el 10 de agosto de 1994 la diligencia de audiencia pública, dentro de la cual se escucharon nuevamente los testimonios de Marlín Tovar Miranda y Norberto Real Rojas, luego de lo cual se concedió la palabra al Fiscal, quien fue interrumpido por la solicitud de la palabra que hizo el procesado José Franceny León Angulo, en ejercicio de la cual reconoció los hechos y se declaró responsable de la muerte de Germán Tovar, aunque alegó que "yo le quité la vida a él porque el papá de Germán en eso de la una de la tarde me estaba esperando para matarme (...)".

Finiquitada la diligencia, el Juzgado profirió el 30 de agosto de 1994 la sentencia mediante la cual condenó al procesado José Franceny León Angulo a la pena de 41 años de prisión como autor en concurso de los delitos de homicidio agravado y porte ilegal de armas de fuego de defensa personal y al también procesado José Antonio Alvarez León lo condenó a la pena de 20 años de prisión como cómplice en la comisión de los mismos ilícitos.

5. Apelado el fallo por los procesados, la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cundinamarca en decisión dividida del 24 de noviembre de 1994, lo modificó en cuanto a José Franceny León Angulo para reducir la pena a 40 años y 6 meses de prisión y lo revocó para absolver a José Antonio Alvarez León de la condena que le había sido impuesta.

Inconforme con la sentencia de segundo grado, el procesado León Angulo la impugnó por la vía del recurso extraordinario de casación que sustentó en su nombre un defensor público, que le fue asignado, mediante la demanda que aquí se resuelve.

La Demanda

Al amparo de la causal primera, cuerpo segundo, el actor formula en contra de la sentencia el único cargo de ser indirectamente violatoria de la ley sustancial.

Señala que tanto el Tribunal Superior de Cundinamarca como el Juzgado Penal del Circuito de la Palma (Cundinamarca) "violaron indirectamente la ley sustancial por falso juicio de convicción de las pruebas" que dan cuenta del hecho que configura "la agravante del numeral 2 del Código Penal", pues estimaron "que la ganancia producida por la apuesta en un juego de chance es indicio de que el occiso portaba el día de su muerte el dinero o parte de él y que fue precisamente ese el móvil del delito".

Desarrolla el ataque señalando que Juzgado y Tribunal concluyeron la agravante con base en la afirmación de un testigo "sinuoso" que señaló que a Germán Tovar lo habían matado para hurtarle dinero.

Reconoce como cierta esa conclusión en la medida en que era de público conocimiento que Tovar se había ganado un premio en el juego del chance, pero a continuación critica la sentencia por no fundamentar ni estructurar el indicio.

Señala entonces que la lógica de los sentenciadores se basa en una creencia falsa, la de que los testigos afirmaron que el día de su muerte Tovar tenía el dinero ganado, cuando lo que surge de las distintas versiones son "elementos de crítica que permiten afirmar que esa conclusión no es lógicamente viable".

Indica que las instancias erraron en la apreciación de los testimonios de María del Carmen Barahona, Misael Ortiz Miranda y Aurelio Galindo "quienes afirman que el occiso ganó un chance con por lo menos dos meses de antelación a su muerte y que del total sólo conservó para sí la mitad de lo obtenido", sin que Juzgado ni Tribunal señalen porqué consideran lógico que luego de dos meses de obtenido el premio, Tovar conservara la misma cantidad de dinero.

Transcribe apartes de los testimonios de las personas antes citadas para decir que los juzgadores redujeron su contenido para afirmar "que del juego del chance se desprendía el indicio serio y grave de que el día de su muerte Tovar portaba una cantidad indeterminada de dinero y que su hurto fue lo que motivó su muerte por parte de León Angulo".

Siguiendo en el orden de la argumentación señala que lo que verdaderamente dijeron tales testigos fue: "hacía dos meses o más Tovar ganó seiscientos mil pesos y conservó trescientos mil" y que el Tribunal los hizo decir; "el día de su muerte, Tovar tenía trescientos mil pesos" y remata señalando que el *ad quem* hizo "una lectura inadecuada de los testimonios y una interpretación errónea de los mismos".

Reitera que ni el Tribunal ni el Juzgado explican por que consideran fundado creer que un individuo porte una misma cantidad de dinero durante tres meses, endilgándoles que no "sienten las bases dialécticas", ni describan la regla de experiencia de la que deducen tal conclusión, por lo que encuentra que no hay certeza de la existencia de la agravante y por tanto debe excluirse de la condena.

En un apartado adicional que titula trascendencia del error, indica que la construcción como indicio de una mera conjetura es violatoria de los artículos 2, 247, 248, 294, 300, 301, 302 y 303 del Código de Procedimiento Penal y llevó a la infracción del artículo 324 numeral 2° del Código Penal por aplicación indebida y 323 de la misma obra por falta de aplicación.

Remata indicando que la apreciación tergiversada de las declaraciones mencionadas generó una violación clara y evidente de las normas sobre indicios, pues las sentencias no señalan las reglas lógicas ni las de experiencia que sustentan la afirmación de que es "lógico afirmar, porque es usual en la vida, que alguien porte un dinero en forma cotidiana luego de mas de sesenta días de percibido" por lo que estima que "el hecho indicador (el porte del dinero) no está probado, pues es una conjetura lógicamente insostenible"

Como consecuencia de lo anterior solicita que se case la sentencia y se dicte la de reemplazo condenando a su procurado como responsable de homicidio simple.

CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

La Procuraduría 2ª Delegada en Penal, advierte sobre los evidentes yerros técnicos de la demanda, en que se anuncia claramente un ataque por la vía de los errores de derecho, al señalar un falso juicio de convicción, lo que de por sí conduce la demanda al fracaso por la inexistencia de tarifa legal en nuestro sistema procesal que está regido, en cuanto la apreciación probatoria, por los límites de la sana crítica.

Pero el desacierto, dice el Delegado, es aun mayor cuando lo que realmente se pretende cuestionar son las inferencias lógicas que dedujo el fallador al analizar la prueba indiciaria, pues tal ataque debe conducirse por la vía del error de hecho y allí debe elegirse una de sus formas, estos es la suposición, omisión o tergiversación probatoria.

Continúa anotando las incongruencias intrínsecas de la demanda, señalando cómo el análisis argumentativo del escrito indica un ataque por la vía del falso juicio de identidad, pues acusa al Tribunal de tergiversar lo que realmente manifestaron María del Carmen Barahona, Misael Ortiz y Aurelio Galindo, todo lo cual pretende desvirtuar la existencia del agravante a partir de la inexistencia del objeto material del hurto.

Aunque reconoce que el Tribunal afirmó que "existía la fundada creencia de que, en la fecha de su muerte -Germán Tovar- llevaba consigo la mitad de ese dinero" en lo que reconoce razón al demandante, tal argumento no podría quebrar el fallo, porque independientemente de que el occiso portara o no tal cantidad de dinero, el agravante se encuentra probado con la declaración de Norberto Rojas.

Finaliza transcribiendo apartes de jurisprudencia de esta Corporación para señalar la corrección del fallo atacado, por lo que solicita a la Corte no casar la sentencia impugnada.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

1. La demanda de casación que ha sido presentada por el defensor público del señor José Franceny León Angulo, para intentar derrumbar las presunciones de legalidad y acierto del fallo objeto del recurso extraordinario, contiene errores de tal trascendencia que hacen imposible su aceptación técnica para sustentar el recurso extraordinario interpuesto.

2. Los requisitos formales de la demanda de casación están claramente establecidos en el artículo 225 del Código de Procedimiento Penal y a ellos debe ajustarse, con estricto rigor, quien pretenda acudir por la vía de tal recurso extraordinario ante la Corte para atacar el fallo judicial objeto de esa impugnación.

3. En cuanto hace a la causal, el artículo en mención dice que la demanda debe contenerla "indicando en forma clara y precisa los funda-

mentos de ella", requisito que el demandante cumple aparentemente cuando señala que el juzgador violó indirectamente la ley sustancial al incurrir "en falso juicio de convicción" sobre las pruebas que demuestran el agravante deducido en la sentencia y que mediante el juicio erróneo las instancias redujeron en su contenido el dicho de los testigos, para derivar un indicio sin presentar las bases de sana crítica que les permitía afirmar ese, como móvil del homicidio para desestimar el invocado por el procesado.

El anuncio del demandante de la vía del error de derecho en la modalidad del falso juicio de convicción, ha debido situarse en el contexto del sistema probatorio nacional, para concluir ante la inexistencia general de tarifa legal de apreciación probatoria, en la casi imposible fundamentación de tal causal, pues resulta de excepcional demostración el apartamiento del Juez del valor probatorio legal que debió darle a determinado medio probatorio, por la escasez de medios probatorios sometidos a tal rigor de apreciación.

Tal vez por ello es que la argumentación que sostiene tal cargo termina siendo intrinsecamente equivocada, pues toda la fundamentación la hace por la vía del error de hecho, como atinadamente lo sostiene la Procuraduría Delegada y, aun dentro de esta forma de violación indirecta sigue incurriendo en yerros de sustentación, pues una vez ubicado en tal campo, argumenta en casi todas las direcciones posibles de esa forma de error.

En efecto, el Casacionista inicia por señalar un juicio erróneo de los falladores de instancia al reducir en su contenido lo dicho por los testigos, lo que constituiría un error de hecho por falso juicio de identidad, en tanto sucediera la tergiversación de testimonios, perspectiva que más adelante concreta al señalar que los testigos María del Carmen Barahona, Misael Ortiz y Aurelio Galindo dijeron una cosa y el Tribunal los puso a decir otra.

Sin embargo, acto seguido incurre en contradicción, pues no logra definirse entre la tergiversación propiamente dicha y la violación de las reglas de la sana crítica en la apreciación de los testimonios, ya que a las conclusiones anteriores llega después de señalar e insistir reiteradamente en afirmaciones en las que simultáneamente combina ambos conceptos.

Ejemplo evidente de ello es el siguiente párrafo: "La lógica de los sentenciadores se basa en una creencia falsa de que los testigos afirmaron que el día de su muerte Tovar tenía el dinero producto de la apuesta, cuando de las distintas versiones lo que surgen son elementos de crítica que permiten afirmar que esa conclusión no es lógicamente viable". Este análisis es en sí mismo contradictorio pues refunde, como si de un solo asunto se tratara, el contenido objetivo del testimonio y su presunta ter-

giversación por parte del Juzgador, con el juicio errado sobre la credibilidad de ese mismo testimonio, por violaciones de las reglas de experiencia, temas ambos totalmente diferentes y lógicamente insalvables.

4. El artículo 294 del Código de Procedimiento Penal señala los criterios para la apreciación del testimonio, reglas que analizadas en estricta lógica suponen la adecuada aducción del testimonio al proceso; la correcta apreciación material del dicho del testigo, esto es, que el Juez señale exactamente que aprecia tal o cual cosa que determinado testigo declaró; y, su apropiada apreciación valorativa, es decir, que sobre ese contenido declarativo aplique todos los elementos que el artículo 294 señala y los que componen las reglas de la sana crítica, para concluir en la credibilidad de ese dicho o en su inutilidad por no ofrecer motivos que lo hagan creíble.

5. En esa misma secuencia se desarrollan los ataques en casación a ese tipo de medio probatorio: Si se intenta discutir su incorrecta aducción al proceso, habrá de señalarse un falso juicio de legalidad como modalidad del error de derecho y el ataque se limitará a señalar por qué tal prueba es violatoria del principio de legalidad, sin discutir otros aspectos del testimonio, como su credibilidad o su tergiversación (que son propios del error de hecho), pues, aunque se trate de violación indirecta, no puede partir el censor de la afirmación de la ilegalidad del medio probatorio y simultáneamente discutir su análisis, ya que si el medio está viciado todo lo que de él se derive lo está igualmente.

6. En ese mismo orden de ideas y siguiendo en una escala lógica de entendimiento de las cosas, aceptada la legalidad del medio, el Juez procede a su aprehensión material, por lo que si el censor descubre un error en tal procedimiento, lo pondrá de presente, también por la vía indirecta pero en la modalidad de error de hecho y a través del falso juicio de identidad, pues se trata de un problema objetivo en el que el presunto yerro del Juez fue tergiversar el contenido material del testimonio, haciéndole decir lo que no decía.

Esta que es la aparente intención del defensor de José se queda en la mera exteriorización de tal propósito, pues a la hora de demostrar la supuesta tergiversación no señala, como era su deber legal, lo que los testimonios objetivamente decían, sino lo que él subjetivamente cree que decían, y opone a ello lo que los Jueces de Instancia señalaron que decían, ya que lo transcrito por él como correspondiente a los Juzgadores no es la apreciación objetiva de éstos, sino la conclusión de ellos respecto de la credibilidad de esos testimonios, es decir la conclusión apreciativa de los Jueces y no la objetiva del testimonio, campos totalmente disímiles, por lo que la argumentación así expuesta es violatoria del principio de la no contradicción.

7. Ahora bien, si el Juez respetó el principio de legalidad en la aducción de la prueba y además aprehendió de manera correcta la materiali-

dad del medio probatorio, aun así puede cometer errores en su apreciación probatoria, porque puede incurrir en violaciones de los principios de la sana crítica, al momento de estimar su credibilidad, como, por ejemplo, cuando declara creíble la atestación de un invidente que dijo "haber visto" el hecho sobre el cual depone.

En este campo también incursiona el censor cuando menciona al tiempo la supuesta tergiversación material del medio probatorio y luego señala, mediante frases sueltas, infracciones a la "lógica, a la dialéctica, a las reglas de experiencia y a la sana crítica", quedándose allí, en la mera enunciación general de tales conceptos, sin concretar cuáles reglas lógicas se burlaron; de qué regla de experiencia se apartó el Juez o cuál de los principios de la sana crítica se omitió, todo lo cual conduce a la inevitable conclusión de la ineptitud técnica de la demanda.

8. No obstante que lo anterior debía ser suficiente para decidir este asunto de manera definitiva, importa discurrir sobre otros aspectos de la demanda e incluso sobre la materialidad de los fundamentos jurídicos del fallo atacado.

El censor, en algunos apartes de la demanda señala que ataca el fallo, además de todo lo expuesto, por errores en la inferencia lógica dado que el ad quem concluyó en el indicio del móvil para delinquir (hurto) que finalmente se dedujo como causal de agravación.

Amplia ha sido la jurisprudencia de la Sala insistiendo cómo ha de hacerse un ataque de los indicios en sede casación, e indicando que debe señalarse inequívocamente cuál es el elemento del indicio que se ataca: si es el hecho indicador, allí puede acudirse a las modalidades que correspondan frente a la prueba que lo demuestra; si es a la inferencia lógica, se trata de un falso juicio de identidad, y también deben señalarse las razones de su yerro. Pero cualquiera sea el extremo de los indicios que se pretenda censurar, una demanda debe partir del elemental principio de identificar el indicio que se pretende atacar y sobre todo de identificar el medio probatorio que lo acredita, pues no puede, por ejemplo, atacarse la apreciación de un documento como indicio, cuando no ha sido valorado como tal.

Ese es precisamente otro problema adicional de la demanda. No sólo técnico sino de fondo, pues hace una errada lectura de las sentencias de 1ª y 2ª instancia para concluir que la causal de agravación se dedujo exclusivamente a partir del hecho de que el occiso habría cobrado un premio como ganador de un juego de chance, situación que no corresponde a los fundamentos probatorios de las sentencias que como unidad jurídica inescindible son, para todos los efectos, una sola.

La causal de agravación del homicidio, por haberse cometido para consumar otro hecho punible, fue deducida por Juzgado y Tribunal, en principio, del hecho indicador acreditado con el testimonio de Norberto Rojas

Real en cuanto presenció la exigencia de dinero que hizo el condenado al occiso antes de dispararle. El testigo señaló en sus diferentes versiones que León Angulo le dijo al hoy occiso Tovar "usted me da la plata o si no lo mato" y ese testimonio le mereció plena credibilidad a los juzgadores, por lo que resulta errado señalar que el móvil del homicidio -el hurto- se construyó como indicio deducido de los testimonios de María del Carmen Barahona, Misael Ortiz Miranda y Aurelio Galindo, como equivocadamente lo entendió el censor. Ese hecho indicador, de manifestaciones concomitantes con la acción de matar, estuvo pues demostrado a través del testimonio de Rojas y en punto de su credibilidad se hicieron ponderados razonamientos que el actor no desvirtúa.

Ahora, lo que el Tribunal hizo respecto de los testimonios de José Simón Tovar, María del Carmen Barahona, Jesús Triana, Abigail Montero Silva y Aurelio Galindo Miranda, fue considerarlos como demostrativos de otro "hecho indiciario reforzante del dicho de Norberto Rojas Real" (folio 10, cuaderno del Tribunal), por lo que el otro indicio que se construye a partir de esos testimonios incide en la credibilidad del testimonio de Rojas Real, que, se repite es la prueba vertebral del móvil.

La conclusión indiciaria que hace el Tribunal es la de que existía la creencia fundada, en la comunidad al interior de la cual ocurrió el homicidio, de que Tovar cargaba el dinero; no la de que eso era efectivamente cierto o lógico como parece entenderlo el censor. Puede ser que tal convicción de los deponentes no tuviere correspondencia objetiva con una regla de experiencia general, pero en la vereda La Laguna de la comprensión municipal de La Palma (Cundinamarca), los habitantes que conformaban el entorno el occiso Germán Tovar creían en tal cosa, en que éste cargaba consigo el dinero que se había ganado en el juego del chance y en todo caso, lo más importante es que todos sabían que se había ganado ese premio e incluso algunos señalan exactamente el monto del premio ($600.000.00) y más aun, que se pagó en dos cuotas, por lo que, se repite, al interior de esa comunidad sus miembros sabían que el occiso era poseedor de una buena suma de dinero.

Esta cuestión se puso de presente en la sentencia de segunda instancia de la siguiente manera:

"Es verdad que no se demostró, a plenitud, que el hoy occiso portara parte de la suma de dinero que había recibido como pago de un juego de chance y, por lo mismo, la resolución acusatoria no cobijó el punible de hurto, pero sí se acreditó fehacientemente, que aquél fue beneficiario de dicho pago en cuantía de seiscientos mil pesos y existía la fundada creencia de que, en la fecha de su muerte, llevaba consigo la mitad de ese dinero. Esto se hizo constar en el informe policivo sobre os hechos (folio 2) y lo refieren los padres de la víctima, señores José Simón Tovar y María Del Carmen Barahona (Fols. 12 y 74), los particulares Jesús Triana (Fol. 32), Abigail Montero Silva (Fol. 34) y Aurelio Galindo Miranda (Fol. 188).

"Lo anterior se erige en hecho indiciario, reforzante del dicho de Norberto Real Rojas, en el sentido de que el móvil del homicidio fue la intención de cometer el punible de hurto, tal como se viene predicando desde el momento que se les resolvió la situación jurídica a los incriminados (Fols. 108 y 246), se plasmó en la resolución acusatoria y lo concluyó el señor Fiscal de primera instancia, en el decurso de la vista pública (Fol. 346). En otras palabras, está plenamente acreditada la concurrencia de la causal de agravación punitiva descrita en el ordinal segundo del artículo 324 del Código Penal. Sobre este tópico, es preciso resaltar que dicha disposición no exige que el delito fin (el hurto, en nuestro caso) tenga real ocurrencia, en forma tentada o consumada, pues basta que el delito medio (el homicidio, en el caso de autos) tenga como propósito perpetrar el delito fin, así, a la postre, dicha intención no se logre, por cualquier motivo, tal como acontecería en el evento de que la víctima no portase algún dinero o el bien mueble, cuya apropiación ilícita se pretendía" (folios 10 y 11, cuaderno del Tribunal).

A ello agregó el Tribunal que la versión del procesado era inverosímil dada la manera en que fue circunstanciada (folios 9 y 10, cuaderno del Tribunal), amen de ser de última hora, estar huérfana de respaldo probatorio y ser contraria a la lógica y a las reglas de experiencia.

De modo que no fue caprichosa ni ausente de fundamento racional la deducción de la agravante. Producto de un juicio analítico y una postura crítica frente al conjunto de la prueba, se llegó a su imputación y a la condena por ella. Y frente al razonamiento de los sentenciadores, la demanda no consigue pesuadir de que otra debió ser la norma de derecho sustancial aplicada por ellos.

En consecuencia de lo anterior el cargo no prospera.

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

RESUELVE:

NO CASAR la sentencia impugnada, ya señalada en su origen, fecha y naturaleza.

Cúmplase.

Jorge Enrique Córdoba Poveda, Fernando Arboleda Ripoll, Ricardo Calvete Rangel, Carlos Augusto Gálvez Argote, Jorge Aníbal Gómez Gallego, Edgar Lombana Trujillo, Carlos E. Mejía Escobar, Didimo Páez Velandia, Nilson Pinilla Pinilla.

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

SANA CRITICA/ NULIDAD-Principios orientadores/ **DEFENSA TECNICA**-Actuación pasiva del profesional/ **PRUEBA**-Oportunidad

Es usual que quienes acudan a este instrumento procesal postulen a manera de yerro subsanable en casación su discrepancia con el análisis de las pruebas contenidas en el plenario, cuando son las reglas de la sana crítica el único parámetro que en ese ejercicio debe observar el juzgador, ante la ausencia de tarifa probatoria. Solo la demostración de su inobservancia (reglas de la lógica, la ciencia y/o la experiencia) es susceptible de discusión, siempre que su planteamiento conduzca a acreditar el error de hecho por falso juicio de identidad y se observen los demás presupuestos que también han sido objeto de varios pronunciamientos por parte de la Sala.

El nuevo ordenamiento procesal penal precisó los principios orientadores de las nulidades y que, por tanto, ese mecanismo ha dejado de ser una previsión general de tipo formal, para convertirse en excepcional frente a las simples irregularidades que se presentan en el trámite del proceso penal. Esta novedosa percepción del instituto en comento, fija así un límite entre lo formal y lo sustancial y por tanto tiene operancia en situaciones extremas en las que se afectan los derechos fundamentales y/o la estructura del proceso.

Si se trata del derecho a la defensa técnica, esto es, la que se desprende de la actividad ejercida por un profesional del derecho bien sea nombrado por el procesado o de oficio por el respectivo funcionario judicial, su desconocimiento debe ser analizado con respecto a la forma como asumió la defensa, máxime cuando de cara a la actuación procesal el respectivo profesional ha adoptado una actitud pasiva. Quien pretenda la ruptura del fallo por este motivo, debe demostrar que efectivamente hubo un abandono grave de las funciones propias de esa actividad.

Por ello comparte la Sala el razonamiento del procurador, consistente en que no es una causal de fácil demostración por la variedad de aspectos que se deben tener en cuenta para su prosperidad, ya que como se lee en el concepto "implica no solamente la identificación

del acto procesal irregularmente cumplido (vicio in procedendo), sino también la demostración de que jurídicamente se imponía su desarrollo de conformidad con las reglas previamente establecidas, así como la incidencia del vicio en el desarrollo del proceso o en el resultado final del mismo (sentencia) y en el desmedro de las garantías judiciales que la Constitución y la ley reconocen a favor del procesado, con indicación de las condiciones que impiden la convalidación de la nulidad, su saneamiento o la desestimación de ella debido a su intrascendencia".

Es que, como en variedad de oportunidades lo ha analizado la Sala, es probable que el defensor no solicite pruebas, no intervenga en las diligencias que no son obligatorias, no impugne las decisiones, lo cual no es suficiente para concluir que esa actitud vulnera el derecho defensivo de los procesados. Es necesario establecer, de acuerdo a los datos que suministre el proceso, si el respectivo representante judicial estuvo profesionalmente pendiente del desarrollo de las diligencias, de tal manera que no limitó su actividad a una actitud presencial o nominal sino que ejecutó actos de control, parte de los cuales se puede verificar mediante las notificaciones que se le efectuaron de las distintas actuaciones acaecidas a lo largo del proceso.

En ese ejercicio de constatar si se ha vulnerado el derecho a la defensa, es obligatorio determinar también si el mismo ha sido garantizado a través de las actuaciones que se han surtido, y que permitan predicar que el proceso tuvo un desarrollo normal, acorde con los parámetros legales. Ello implica, evidentemente, que el funcionario judicial encargado de dirigirlo, haya facilitado a los sujetos procesales las herramientas necesarias para ejercer la controversia, o si por el contrario, esa garantía se vio trastocada por su negligencia o descuido al no tomar las medidas respectivas para imprimirle legalidad al proceso, todo lo cual generó un fallo carente de las debidas garantías.

Y, finalmente, en aras de establecer que los actos que se adelantaron al margen del rito no constituyan el incumplimiento de requisitos meramente formales, es necesario establecer la trascendencia de la irregularidad para preservar la finalidad garantista de la actuación que, con miras a adelantar un debido proceso, impide que se afecten los derechos sustanciales de las partes o la estructura básica del mismo. Dicho en otras palabras, la proposición de nulidades no puede estar orientada a la presentación de ritualismos sin ninguna incidencia en los contenidos materiales de las normas, siendo por tanto obligatorio para el censor demostrar el desconocimiento de la estructura de las etapas procesales o la vulneración de las garantías fundamentales de las partes.

En el marco del proceso penal, tanto la etapa de instrucción como la de juzgamiento contiene la posibilidad de que se aduzcan pruebas, bien de oficio o a solicitud de parte. El ideal de las que se vayan a evacuar en ésta última parte del trámite procesal, es que estén orientadas a comportar nuevos y mejores elementos de convicción, bien para perfeccionar los que se recopilaron en la instrucción o para desvirtuar lo que en ella se llegó a establecer. De ahí que el juzgador esté en la obligación, de ordenar de una manera objetiva las pruebas que sean necesarias.

En la diligencia de audiencia pública el debate se realiza de manera oral y es en ese acto donde los sujetos procesales tienen una clara oportunidad de controvertir la prueba allegada. Se ha dicho por esta Corporación que ese acto de juzgamiento es la máxima expresión de los principios de oralidad, publicidad y contradicción y que sirve de fundamento para proferir el fallo que en derecho corresponda.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Santafé de Bogotá D.C., dieciséis (16) de diciembre de mil novecientos noventa y ocho (1998).

Magistrado Ponente: Dr. *Carlos E. Mejía Escobar*

Proceso No. 10373

Aprobado Acta No. 195

VISTOS

Resuelve: la Corte el recurso de casación interpuesto por la defensora de los procesados Carlos Alberto Ballesteros Morales y Wilmar Giovanny Gallego Gallego, contra la sentencia del diez (10) de agosto de mil novecientos noventa y cuatro (1994), por medio de la cual el Tribunal Superior de Medellín confirmó en su integridad la emitida por el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Itagui que los condenó a la pena principal de sesenta (60) años de prisión por los delitos de homicidio agravado y porte ilegal de arma de fuego de defensa personal, a la accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas por un periodo de diez años y al pago, en forma solidaria, de daños y perjuicios en cuantía de tres mil gramos oro.

HECHOS Y ACTUACION PROCESAL

Aquellos ocurrieron la mañana del 17 de febrero de 1993, cuando tres individuos provistos de armas se presentaron en la vivienda de Rocio de Jesús Cano Montoya; ubicada en el barrio el Porvenir del municipio de Itagüi, donde se encontraba su padre Marco Antonio Cano Gutiérrez (anciano de 80 años de edad) y demás integrantes de su familia. Los sujetos exigieron que se les permitiera la entrada a la casa y como no se accedió a su pedimento, derribaron una puerta de entrada y una ventana del inmueble. Una vez en el interior, buscaron al señor Cano y a un hijo de este de nombre Francisco Luis Cano Montoya a quienes propinaron varios disparos ocasionándoles la muerte, pese a que la esposa e hijas de

Marco Antonio les suplicaban que no atentaran contra la vida de sus familiares.

Los sujetos fueron identificados como Carlos Alberto Ballesteros Morales, quien portaba una capa negra y un antifaz del cual se despojó al ser requerido por una de las mujeres de la familia Cano, a quien conocían desde niño por residir en el mismo barrio, Wilmar Giovanny Gallego Gallego quien se cubría con una cachucha de color verde fosforecente, conocido en el sector con el remoquete de "Carrillo" y John Fredy Angel Herrera, alias "Minuto" quien vestía una chaqueta negra, y que por haber acreditado ser menor de edad para ese entonces, fue dejado a disposición de las autoridades respectivas.

Como lo señalan algunas de las pruebas recopiladas, los sujetos en mención habían tomado venganza porque con anterioridad el jefe de familia Cano había ayudado a recuperar un caballo a un conocido suyo, Juan de Dios Pérez Urrego, que supuestamente le había sido hurtado por los mencionados individuos o por algunos de sus amigos, pues corría el rumor de que componían una banda de delincuentes. Esa misma noche, momentos después de los hechos ocurridos en casa de la familia Cano, el señor Pérez Urrego también recibió muerte violenta.

Con fundamento en los anteriores hechos, se adelantaron una serie de diligencias preliminares que sirvieron de base para que el 13 de abril de 1993 se ordenara la formal apertura de investigación.

Una vez la Fiscalía Primera Delegada del grupo de vida especializada avocó el conocimiento del asunto, ordenó la práctica de diversas pruebas, escuchó en indagatoria a los sujetos Ballesteros Morales y Gallego Gallego, contra quienes profirió medida de aseguramiento de detención preventiva el 2 de agosto del año en mención.

La investigación se declaró cerrada el 25 de octubre de 1993 y el mérito del sumario se calificó el 6 de diciembre siguiente con resolución acusatoria en contra de los involucrados, por la comisión del concurso material de delitos de homicidio agravado y porte ilegal de armas de fuego de defensa personal, de los que fueron víctimas Marco Antonio Cano Gutiérrez y Francisco Luis Cano Montoya.

Contra esa decisión se interpusieron los recursos ordinarios. La Unidad de Fiscalía Delegada ante los Tribunales la confirmó en su integridad al conocer del recurso de apelación, en providencia del 19 de enero de 1994.

El conocimiento de la causa le correspondió al Juzgado Segundo Penal del Circuito de Itagüí, que luego de celebrar la diligencia de audiencia pública, dictó la correspondiente sentencia el 23 de junio de 1994, en la que declaró a Carlos Alberto Ballesteros Morales y Wilmar Giovanny Gallego Gallego penalmente responsables de los delitos de homicidio agravado y porte ilegal de armas de fuego de defensa personal, por lo cual les impuso la pena de 60 años de prisión, la accesoria de interdicción de

derechos y funciones públicas y el pago solidario de los perjuicios causados con la infracción.

El Tribunal Superior de Medellín, al conocer del recurso de apelación interpuesto contra dicho fallo, lo confirmó en su integridad, en decisión del 10 de agosto de 1994, la cual es objeto del recurso de casación que se procede a desatar.

LAS DEMANDAS DE CASACIÓN

1. A nombre de Carlos Alberto Ballesteros Morales

Un único cargo invoca la libelista al amparo de la causal primera inciso segundo del artículo 220 del Código de Procedimiento Penal por error de hecho en la apreciación del material probatorio.

Para fundamentarlo, indica que el Tribunal Superior incurrió en una falsa interpretación de las pruebas testimoniales allegadas al proceso respecto de las cuales afirma que a pesar de que incurren en contradicciones ellas no se afectan en lo fundamental. El fallador se refiere a cuatro testigos que sindican abierta y categóricamente a Ballesteros y a Gallego como autores directos, que tenían antifaces o poseían armas, pero olvida la historia completa de las versiones, la manera como ellas fueron llegando al proceso y cómo poco a poco se fue construyendo de modo sistemático en dichas versiones una responsabilidad penal de forma tal que fueron despuntando, no ya en contradicciones, sino añadidos o agregados que denotan que cada vez con mayor fuerza los testigos de cargo iban encontrando elementos que les permitirían ir concluyendo en la responsabilidad penal de los incriminados.

Se refiere entonces a la versión inicial de Amparo del Socorro Cano Montoya, que consta en el acta de levantamiento de cadáver, donde dijo 'que allí llegaron dos tipos uno de ellos encapuchados (sic) y el otro de chaqueta negra, tocaron la puerta y no dieron espera para abrir sino que de inmediato tumbaron puertas y ventanas disparando a mi padre y a mi hermano, falleciendo en el acto mi padre, mi hermano Francisco Luis Cano fue trasladado a la policlínica municipal, no sabemos de quien se trata ya que ellos no tenían enemigos, luego ellos se trasladaron a la residencia de la señora Gloria Margarita Hernández'.

También se refiere a la declaración de Gloria de Jesús Cano Montoya, quien hizo referencia a lo del robo del semoviente, cuyo aparte transcribe, para luego señalar la demandante que todos los familiares de las víctimas coinciden en afirmar que su padre y hermano nunca habían tenido conflicto alguno con los supuestos homicidas, lo que significó para el fallador que se trataba de unos testimonios sin prevenciones como para pretender implicar a Carlos Ballesteros, quienes además coincidían en que lo conocían.

Que en un inicio, Silvia Cano Montoya nada refirió sobre los conflictos anteriores; pero en otra de sus versiones, la tercera, dice que el procesado amenazó a su padre tres meses antes de que lo matarían porque creía que era informante de la cuarta brigada; que ese día entró a la casa con un muchacho que le apodaban elefante, al que ya mataron y le dió un golpe en el pecho y en presencia de su mamá y sus hermanos lo tiró al suelo, le puso un revólver en la cabeza y le dijo que se tenía que morir por "sapo".

Para la libelista el yerro en la apreciación de la prueba radica en que todas las declaraciones señalan que el homicida de quien dicen que fue Carlos Ballesteros estaba encapuchado, y que al retomar la providencia, las declaraciones antes mencionadas y la de Rocío de Jesús Cano Montoya, adquiere plena validez su manifestación de que se descubrió el rostro, en abierta contradicción con la de su hermana que dijo que 'Rocío lo reconoció por pies, el altor y la color (sic) de Carlos', cuando todas las declaraciones son unánimes en manifestar que el antifaz que tenía puesto el homicida lo componía una capucha con vestido largo, sin que se le alcanzara a ver ni siquiera el pantalón, lo que conforma una sola prenda; que la misma Rocío Cano afirma que "la capucha es negra, es como una sola pieza esa cachucha que le llega al cuello, el resto del cuerpo iba cubierto con una especie de sotana que le llegaba más abajo de las rodillas y estaba abierta al frente también de color negro, no es tela sino como es (sic) plástico o cuero que brilla cuando está mojada". Para la libelista, este antifaz que se describe hace imposible un reconocimiento "por el color y el altor" como lo dice su hermana y lo del destape de la cara no es sino un agregado que la misma hace para dar certeza a su incriminación. A su juicio, se tomaron apartes de la declaración de las hermanas e hijas de las víctimas, para tenerlas como dignas de credibilidad, pero no se consideró lo que en realidad revela el testimonio de Silvia Cano al narrar los conflictos anteriores entre los aquí implicados y las víctimas, otorgándole un sentido diferente a su real contenido.

Luego hace alusión al testimonio de Gloria Margarita Hernández Lora, compañera de la tercera de las víctimas, quien aseguró que ninguno de los aquí procesados asesinó a su esposo y describe inequívocamente a los homicidas, a quienes asegura haber visto. También menciona la declaración del Presidente de la Junta de Acción Comunal, Fernando Antonio Toro Mosquera, para resaltar que en su versión dijo que a los aquí procesados los acusaban por bronca, porque no les conocía enemigos a Carlos Alberto y a otros muchachos del barrio.

Reitera que en las declaraciones iniciales en ningún momento se habla de que su representado se haya quitado la capucha y extraña que un hecho de tanta importancia no hubiera sido relatado desde el primer momento, teniendo en cuenta que estas personas eran ajenas a presiones por parte de los funcionarios judiciales y que por lo significativo no podía perderse en la memoria de una persona.

Por todo lo anterior, estima que los medios de convicción conducen a demostrar que paulatinamente hubo afán incriminador con el objeto de hacer más gravosa la situación de los procesados. Que si los agregados que se observan en las versiones de tales testigos se cotejan por ejemplo con el testimonio de la señora María Margarita Hernández quien desmiente la presencia y participación de los aquí procesados en el crimen de su esposo ocurrido minutos más tarde en el mismo lugar, se configura una actitud mendaz y aleccionada por parte de los testigos de cargo para crear absoluta seguridad al juzgador y obtener el resultado punitivo que esperaban. Al tener en cuenta cómo los testigos de cargo vinieron a configurar poco a poco ese engranaje "se incurre en errores de apreciación por falta de lógica al compararse sus argumentos con las pruebas".

Para la demandante resulta evidente que en el transcurso de los testimonios que se fueron allegando al proceso, con visible interés de perjudicar a los acusados, los deponentes fueron agregando hechos que en principio no informaron a las autoridades, como el relativo a que Carlos Alberto Ballesteros se había quitado la capucha y a quien se le sindica porque se le conoce hace 20 años, desde niño; el yerro entonces consiste en que se confundió la imputación con la prueba que compromete su responsabilidad penal. Es una imputación basada en presunciones y prevenciones de los testigos por hechos anteriores que de alguna manera están demostradas con la declaración de Silvia Cano.

Según la censora la libertad del juzgador en la apreciación de las pruebas no puede ser tan ilimitada, como para tener la facultad de pasar por encima de la lógica elemental y convertir el libre arbitrio en manifiesta arbitrariedad.

Solicita en consecuencia se case la sentencia impugnada y se revoque en su integridad.

2. A nombre de Wilmar Giovanny Gallego Gallego

Al amparo de la causal tercera de casación impugna la demandante el fallo proferido contra su representado, porque se dictó en un juicio viciado de nulidad por desconocimiento al derecho a la defensa.

Manifiesta, para demostrarlo, que Wilmar Giovanny Gallego Gallego designó un primer defensor que lo asistió en la indagatoria el día 23 de julio de 1993. Con posterioridad, no hubo actuación alguna por parte del mismo, quien renunció al cargo designado el 3 de septiembre siguiente. La fiscalía por su parte le nombró uno de oficio, el 21 del mismo mes y año, el cual no realizó actuación alguna dentro del proceso.

El día 25 de octubre la Fiscalía Primera Delegada cerró la investigación y ordenó el traslado a las partes por ocho días para alegar. En dicho lapso, el procesado confirió poder a una profesional del derecho, la que tomó posesión del cargo, pero no se presentó escrito alguno, por parte de

los sujetos procesales. Esto significa para la censora que en la etapa de juicio no se realizó ninguna actuación a favor de este justiciable por parte de sus defensores, no se asistió a una de las declaraciones de los familiares de las víctimas, ni se solicitaron pruebas tendientes a ejercer el derecho de contradicción.

No obstante, el día 6 de diciembre se calificó el mérito del sumario con resolución de acusación, el cual fue impugnado por la defensora, que resultó confirmado por la Fiscalía Delegada ante el Tribunal.

La etapa del juicio se inició el 25 de enero de 1994, se ordenó dejar el proceso a disposición de las partes por el término de treinta días mediante auto que no le fue notificado a los sujetos procesales. La defensora de Gallego Gallego, solicitó la práctica de pruebas orientadas a demostrar el lugar donde este se encontraba el día de los hechos, las cuales fueron ordenadas y practicadas por el juzgado de conocimiento. Posteriormente, el 18 de marzo de ese año, la apoderada en mención presentó renuncia del cargo, por no habérsele cancelado los honorarios, debido a las condiciones económicas de la familia del mencionado procesado.

En la práctica de más de ocho pruebas testimoniales, ningún defensor hizo presencia y si bien ello no era fundamental, otras habrían sido las circunstancias procesales, porque "se pretendió por parte del despacho hacer incurrir en error mediante falacias a los testigos de mi defendido (obsérvese folios 214 fte., 215 vto., 226 y 227 fte. 228 vto, todos del cuaderno original) argumentando que la anterior defensora había manifestado hechos bien distintos a los narrados por ellos".

Agrega que la mayor parte de la etapa del juicio también transcurrió sin que un representante judicial le garantizara a su prohijado una adecuada defensa técnica. Casi dos meses después de la renuncia del anterior mandatario se le nombró defensor de oficio que se posesionó el 13 de mayo de 1994. Se señaló fecha para la diligencia de audiencia pública mediante auto que conforme al artículo 186 del C. de P.P., debió serle notificado, y que por lo menos legalmente no se hizo, pues no aparece en ninguna pieza procesal.

No obstante, la audiencia pública se llevó a cabo ocho días después de la posesión del citado defensor. En ella, fueron interrogados los procesados, quienes refirieron su descontento por el deficiente derecho de defensa y porque no se le había notificado con anticipación al defensor la fecha de tal diligencia. El despacho al respecto les aclaró que se habían enviado recados con quienes solicitaban permiso para visitarlo, para que se pronunciara con respecto a la designación de un profesional del derecho, por lo tanto, no se les notificó personalmente que debían nombrar defensor. No obstante el 4 de mayo de ese año se les notificó la fecha de la audiencia y al respecto nada manifestaron porque tal vez para esa fecha Wilmar Giovanny Gallego desconocía que su defensora hubiera renunciado, con

lo que pareciera que la señora Juez de Primera Instancia hubiera querido convalidar todas las arbitrariedades y la evidente nulidad de este proceso.

También hizo referencia a las intervenciones de la señora Fiscal en la audiencia, así como a la del representante del Ministerio Público, las que a su juicio no se compadecen con el importante papel que juegan y que por lo superficiales desconocen las garantías de los procesados.

De otra parte, no se concedió el uso de la palabra a los procesados a quienes si bien se les interrogó al inicio de la diligencia, no se les permitió hablar en aras de su favor. También estima precaria la intervención de la defensa, como complemento de la violación de los derechos fundamentales, pues desde el punto de vista jurídico, no existió audiencia pública.

Que si bien en muy poco tiempo del transcurso del proceso existió defensor, fue por el lleno de un requisito para darle un viso de legalidad al proceso, pero nunca una eficiente defensa que redundara en los derechos de los procesados, pues en ella no se hace un análisis de fondo del material probatorio que permitiera arribar a una tesis jurídica valedera para los hechos del proceso. Esto demostró no solo pereza en la actuación de los sujetos procesales, sino que la defensa no cuestionó la incompetente intervención de la fiscalía, tanto que su exposición no alcanza ni una página. Esta dejadez, agrega, no puede tomarse como una estrategia pues de lo contrario, su actuación debió ser más contundente en la vista pública relativa, al menos, a beneficios o absolución de los cargos.

Otra razón que aduce como motivo de nulidad, es que en el proceso aparecen dos reconocimientos en fila de personas realizadas con anterioridad a las indagatorias de los procesados, que no se hicieron con presencia de defensor alguno, ni siquiera de oficio, pues allí constan, los nombres de las personas que resultan asistiéndolos, designadas por el despacho, y que son funcionarios judiciales.

En consecuencia, solicita se case la sentencia impugnada y se decrete la nulidad de todo lo actuado por haberse vulnerado sistemáticamente el derecho a la defensa, con más relevancia en la audiencia pública.

Concepto del Procurador Tercero en lo Penal

Respecto de la demanda presentada a nombre de Carlos Alberto Ballesteros Morales, estimó, luego de hacer reparos de orden técnico, pues tales requisitos fueron olvidados por la censora, que frente a las proposiciones efectuadas en su libelo, pasó por alto que en la producción del testimonio influyen múltiples factores que deben ser analizados por el fallador, sin que sea posible desestimarlo por el hecho de que en futuras ampliaciones aparezcan hechos nuevos, con respecto a lo que se declaró en un inicio, ni esto significa mendacidad o genere poca credibilidad, pues

condiciones como la reflexión, la tranquilidad en la evocación, el cotejo con otras informaciones obtenidas, pueden hacer de una ampliación de un testimonio, una prueba de más rico contenido que una versión suministrada bajo el impacto cercano de un hecho, la impaciencia o nerviosismo del declarante y otros factores que pueden incidir en un relato más escueto y menos preciso.

Agrega más adelante, que del estudio del expediente se tiene que las primeras expresiones de la señora Amparo del Socorro Cano Montoya, el dia de los hechos, no se contienen en una prueba testimonial que indique claramente las condiciones en que percibió lo hechos y la posible identificación de los autores. Es cuando se le llama a declarar bajo juramento que expresa sin duda quienes fueron los autores de los homicidios y relata los hechos Antecedentes a la muerte que consideró importantes para efectos de la investigación.

Respecto de la señora María Lilia Cano Montoya señaló que también había relatado el hecho de la delación de su padre, respecto del ilicito presuntamente cometido por los aquí procesados así de como la visita de los acusados y su conversación con Rocio en la mañana del miércoles del homicidio y que los autores eran conocidos en la casa de los occisos.

Gloria de Jesús Cano relató lo mismo que las anteriores, incluyendo el hecho de la delación que se atribuyó a su padre respecto del robo de un semoviente, haciendo énfasis en la pertenencia de los acusados a las milicias populares.

De acuerdo con lo anterior, agrega, los primeros testimonios contienen en suma los mismos datos que luego fueron precisados y no inventados, en posteriores testimonios. Que para el sentenciador, las discrepancias a que se refirió la censora, tenían origen en el temor que asistía a los testigos. Esta circunstancia, inclusive, obligó a los familiares de las victimas a abandonar el vecindario y los predios agrícolas de los que derivaban su manutención.

También recordó que para determinar la eficacia y el grado de veracidad de los testimonios, el fallador analizó lo que pudo observar en cada uno de ellos, mencionando así lo referente a las declaraciones de Silvia de Jesús Cano, Jesús Ignacio Montoya Muñoz y la menor Viviana María López Cano. Para esa Delegada, el juzgador fue muy preciso en determinar las particularidades que influyeron en la percepción de cada uno de los testigos y con ese mismo cuidado descartó las exculpaciones de los procesados y otorgó credibilidad a los testimonios incriminatorios, como producto de la correlación entre los hechos y las pruebas, y no por capricho o desidia.

Encuentra que la falencia técnica se materializa cuando la demandante sostiene que entre la primera y segunda versión de los testigos existió un afán incriminador y que por ello hubo error en la apreciación de

las pruebas, sin indicar cómo esa premura se puede elevar a la categoría de error. En últimas lo que pretende la censora es que de esas aparentes contradicciones se le reste credibilidad a tales exposiciones y de contera se otorgue una mayor convicción a los testigos que avalan las posiciones de los procesados.

Por ello solicita que la demanda sea desestimada.

2. Respecto del libelo presentado a nombre de Wilmar Giovanny Gallego Gallego, comienza por resaltar aspectos relativos al ataque en casación con fundamento en una nulidad por desconocimiento del derecho a la defensa, las pautas que para el efecto se deben observar, así como lo concerniente al principio de libertad que es connatural al derecho a la defensa.

Sobre el punto señala el Delegado que no existen criterios definidos que impongan una u otra modalidad en la intervención procesal del defensor y que, por tanto, afirmar que el mismo no cumplió con sus sagrados deberes resulta cuando menos aventurado y sin fundamento, en especial si se desconocen las estrategias que pudo haber ideado. Más difícil resulta si se observa que, al margen de un aparente descuido, el abogado ha concurrido al proceso en los actos más importantes o ha hecho conocer su preocupación por el asunto que le ha sido confiado.

De otra parte, establecer derroteros específicos sin consultar las condiciones particulares del proceso, sería tanto como anular esa garantía constitucional o convertirla en mero ritualismo que deja por fuera las consideraciones materiales de su ejercicio. Por ello, para demostrar la afectación de dicha garantía constitucional es más importante delimitar las actividades del funcionario judicial para oponerlas a las actividades de la defensa. A la libertad de la defensa, que permite al representante judicial del procesado escoger su estrategia y comportamiento procesal, se opone una actividad de funcionario para eliminar o disminuir sus efectos.

Señala, a renglón seguido, respecto de la situación del procesado Wilmar Giovanny Gallego Gallego, que es cierto que su defensor no se apersonó de todas las diligencias en la fase instructiva, no participó en las pruebas testimoniales, ni presentó escritos a favor de su asistido, pero de ello no puede concluirse que no haya ejercido la defensa de su procurado, porque paralelo a ese supuesto descuido recibió notificación de la resolución de la situación jurídica, y cuando lo consideró prudente renunció al poder que se le había conferido, con lo que posibilitó que otro apoderado judicial asumiera la defensa de Gallego Gallego.

Por lo tanto, en opinión del señor Procurador, no existe fundamento para avalar la tesis de que se violó el derecho a la defensa de los procesados durante el tiempo en que el citado profesional del derecho llevó su representación.

Con posterioridad a ello, se llevaron a cabo las diligencias necesarias para proveer de defensor de oficio a los procesados y una vez efectuado, éstos solicitaron su libertad, recibiendo su representante judicial notificación tanto de la decisión que denegó la petición como de la del cierre de investigación. En esta etapa pocas fueron las diligencias evacuadas y no es posible afirmar que haya habido desprotección de los incriminados, pues de todas maneras su defensor actuó en el proceso.

Cuando todavía no había empezado a correr el término para presentar alegatos, Gallego Gallego confirió poder a una abogada que desplazó al defensor de oficio que venía actuado, y si bien no presentó alegatos de conclusión, no era su deber. El funcionario instructor no impidió, restringió o dificultó sus posibles actuaciones, pues aquella impugnó la resolución de acusación y solicitó la práctica de pruebas ante la juez de conocimiento.

La representación del Ministerio Público no encontró hasta esta etapa desconocimiento del derecho a la defensa, como tampoco por el hecho de no haberse notificado el auto en el que el Juez de la causa ordena el traslado a los sujetos procesales, porque así no lo ordena el artículo 446 del C. de P.P.

Es a partir de este momento donde el Delegado encuentra desmedro al derecho de defensa de Gallego Gallego e incluso de Ballesteros Morales. En cuanto al primero, una vez su defensora presentó el memorial previo a la ordenación de las pruebas que había solicitado, renunció al poder sin que la juez de la causa dispusiera lo necesario "por los cauces legalmente adecuados"" para que efectivamente el acusado proveyera a su defensa, pues si bien se le notificó la decisión al incriminado y se le informó de la situación a sus familiares, no se le requirió efectivamente para la designación de defensor, ni se le nombró uno de oficio.

Por su parte, el defensor de Ballesteros Morales, si bien había hecho presencia en el periodo de la calificación, a esas alturas ya había asumido una actitud de descuido de sus funciones debido a su no presencia en el juzgado, al punto que no se enteró de que el 17 mayo aquél había solicitado se le "retirara el poder".

A juicio de la Procuraduría, la etapa del juicio transcurrió sin una efectiva defensa a favor de los acusados: la designación de defensor de oficio ocurrió días después de haberse señalado fecha para la audiencia pública, tres días hábiles antes de su realización. Y sobre ello se pronunciaron los procesados en la vista pública. Por lo tanto, agrega, dicha etapa no es muestra de una adecuada protección del derecho a la defensa, pues con la reforma al procedimiento y la nueva estructura del proceso, se pretendió que la audiencia fuera un acto procesal en el cual las pruebas se presentaran ante el funcionario y se llevara dentro de ella un verdadero debate probatorio.

Además estima que se desconoció el artículo 448 del Código de Procedimiento Penal porque la juez de conocimiento no expresó las razones por las cuales los testimonios recaudados no podían ser escuchados en la audiencia pública, y habiéndose recibido las pruebas en el mismo juzgado, se escucharon los testigos por fuera de ella y cuando los acusados no tenían defensor designado.

Lo anterior es una muestra de que la funcionaria desplegó una conducta limitadora del derecho a la defensa de Gallego Gallego y Ballesteros Morales pues impidió que en esta importante fase de la actuación los apoderados de los procesados intervinieran en los testimonios, pudiendo y debiendo facilitar las condiciones para ello.

Señala que esa premura en la práctica de las pruebas por fuera de las prescripciones legales llevó a la celebración de la audiencia, si bien dentro de los plazos legales, "en condiciones que limitaron las oportunidades de estudio de la actuación procesal, lo que materialmente se concretó en su lánguida intervención -como lo anotara la recurrente- que si bien resultó acorde con las descuidadas manifestaciones de la fiscalía y del Representante del Ministerio Público, no permite calificarla como adecuada".

A juicio de la Delegada, el órgano de la acusación también incumplió con su obligación de demostrar las bases probatorias que llevaran a la declaración de responsabilidad de los acusados, desconociendo las previsiones del artículo 249 del C. de P.P., pues de manera irresponsable se limitó a 'ratificarse' de la resolución de acusación. No se hizo análisis de la prueba, no se citaron normas que sirvieran de sustento, no se expresaron las razones por las cuales se consideraban responsables de los hechos punibles a los incriminados, ni se les dijo qué delitos cometieron.

También se refirió a la intervención del representante del Ministerio Público, que no solo consideró breve, sino que no se tomó el trabajo de señalar su posición frente a las pruebas ni de revisar, la actuación penal para establecer las condiciones de las garantías judiciales, a pesar de que los procesados habían manifestado, en su presencia, la reiterada violación de su derecho a la defensa.

Por todo lo anterior considera que se obstaculizó el derecho a la defensa técnica y material, por las conductas de los funcionarios que intervinieron en la fase del juicio y a partir del auto de fecha marzo 22 de 1994, por lo cual desde allí lo actuado se encuentra viciado de nulidad y debe reponerse de conformidad a las normas procesales, otorgando a los acusados las garantías necesarias para preservar su derecho constitucional.

También solicita la expedición de copias para que se investigue por parte de las autoridades disciplinarias, si a bien lo tienen, al fiscal y al agente del Ministerio Público que intervinieron en la diligencia de audien-

cia pública, por evidenciarse un incumplimiento de sus funciones constitucionales y legales.

De otra parte, en cuanto al desconocimiento del derecho a la defensa, en tanto se invocó porque en las diligencias de fila de personas llevadas a cabo el 15 y 23 de junio de 1993, los procesados no estuvieron asistidos por un defensor de oficio con las calidades que exige la ley, sino que para el efecto fueron nombrados funcionarios judiciales, señaló que de acuerdo al contenido de tales diligencias no se dejó ninguna constancia respecto a la condición de abogados de quienes allí aparecen como defensores de oficio, pero tampoco que ejercieran funciones públicas; que si bien este aspecto afecta la legalidad de la prueba, en manera alguna incidía en la estructura del proceso y ni afecta el derecho a la defensa en esa particular actuación, por lo que las pruebas presentan vicios de legalidad que imponen su exclusión del acervo probatorio.

Que en el hipotético caso de que tales diligencias hubiesen sido el fundamento de la sentencia, ello se ha debido demostrar con apoyo en la causal específica por la Casacionista, observando las reglas de técnica.

No obstante, como la demandante señaló que las personas que sirvieron de defensores de oficio eran funcionarios públicos y ello está prohibido de manera expresa por el artículo 148 del C. de P.P., solicitó la expedición de copias a las autoridades disciplinarias para la respectiva investigación.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. Demanda presentada a nombre de Carlos Alberto Ballesteros Morales.

Pretende la censora demostrar que el Tribunal Superior incurrió en una falsa interpretación de algunas de las pruebas testimoniales allegadas al proceso, con fundamento en que se olvidó la historia completa de las versiones y la manera en que ellas fueron llegando al proceso pues, según la actora, los testigos de cargo en la narración de los hechos incurrieron en contradicciones y a la vez, a medida que avanzaba la instrucción, presentaban "añadidos" o "agregados", lo que refleja un afán incriminador con el objeto de hacer más gravosa la situación de los procesados.

No obstante al confrontar la hipótesis así planteada con el análisis probatorio efectuado en las instancias, es fácil determinar que no se ha incurrido en el yerro enunciado, sino que la libelista lo que cuestiona es la apreciación de las pruebas por ella referidas a lo largo de la censura. Es por ello que sus argumentos los orienta, como se verá, a que se les reste credibilidad a los testigos de cargo por las contradicciones que en ellos encontró y, como es de entender teniendo en cuenta su posición como defensora del procesado, se le otorgue eficacia probatoria a las declaraciones que lo favorecen.

En esta sede extraordinaria ese tipo de planteamientos no consultan los parámetros de orden técnico que sobre el punto ha sentado la jurisprudencia de esta Corporación, porque es usual que quienes acudan a este instrumento procesal postulen a manera de yerro subsanable en casación su discrepancia con el análisis de las pruebas contenidas en el plenario, cuando son las reglas de la sana crítica el único parámetro que en ese ejercicio debe observar el juzgador, ante la ausencia de tarifa probatoria. Solo la demostración de su inobservancia (reglas de la lógica, la ciencia y/o la experiencia) es susceptible de discusión, siempre que su planteamiento conduzca a acreditar el error de hecho por falso juicio de identidad y se observen los demás presupuestos que también han sido objeto de varios pronunciamientos por parte de la Sala.

De otra parte, es necesario aceptar que varios de los datos suministrados por las testigos de cargo no son coincidentes y así se reconoció en la sentencia; pero pese a la existencia de tales falencias, que fueron analizadas a cabalidad, para el fallador lo esencial de sus dichos no resultó truncado. Por tanto, no es cierto que se les haya otorgado un sentido diferente al allí contenido.

Es que los puntos de desacuerdo que pone a consideración la libelista son, en efecto, aspectos que se tornan accesorios. Se trataba de la realización de un doble homicidio que se llevó a cabo en el lugar de residencia de la familia Cano, en el que resultaron víctimas el padre y el hijo de ese núcleo familiar a manos de tres sujetos que en forma violenta ingresaron al interior de la vivienda, provistos de armas, y que fueron reconocidos por sus familiares Rosalina, Rocío de Jesús y Amparo del Socorro, últimas estas que intentaron, infructuosamente, impedir, mediante súplicas y oponiéndose a su ingreso, la realización del ilícito; los agresores resultaron ser residentes del mismo vecindario. A uno de ellos, Carlos Alberto Ballesteros Morales lo conocían desde que era niño. A los otros dos también los pudieron individualizar y los conocían por sus remoquetes "Carrillo" y "Minuto" como también habían escuchado el rumor de que hacían parte de una banda de delincuentes.

La responsabilidad penal que el juzgador les dedujo a Ballesteros Morales y Gallego Gallego no admite duda. Está soportada en bases muy contundentes cuya principal fuente de conocimiento está constituida por las versiones de las familiares de las víctimas, quienes se encontraban en el lugar de los hechos, a la hora en que estos de produjeron. El siguiente aparte de la sentencia de primer grado, condensa de manera acertada el dicho de las testigos presenciales, sobre la forma como percibieron el homicidio de sus consanguíneos:

"Obsérvese entonces, la deponencia de la señora Rosalina Montoya de Cano, quien, a pesar de su avanzada edad y la limitación de algunos de sus sentidos, explica con absoluta precisión aquellas circunstancias que le

permitieron enterarse con lujo de detalles de lo ocurrido. Esta dama se disponía a conciliar el sueño, en compañía de su esposo, cuando escuchó los gritos de los delincuentes. Y al querer abrir la puerta de la alcoba, se le vino encima, empujada violentamente por los intrusos. Otro tanto se produjo con la ventana de la habitación, la cual fue destrozada igualmente. No tuvo oportunidad de reconocer a los dos hombres que penetraban al aposento, pero sí al tercero de los maleantes, el que divisó en el corredor, bajo la luz de uno de los bombillos y frente a la entrada de la pieza de su hijo Francisco Luis, la que tumbó para, de inmediato, disparar contra él: se trataba, asegura, de Carlos Alberto Ballesteros Morales, a quien conocía desde que él era un niño allá, en el Barrio. Especifica que portaba una capa de color negro, de mangas largas, así como una cachucha de igual color, la que, a pesar de ocultarle parte de la cara, no le obstaculizó a ella la identificación.

"Y aunque doña Rosalina diga que su hija Rocío fue la última en acudir esa noche, debe estar equivocada (algo bien comprensible que ocurra si, como se dijo ahora, se medita en esas mismas circunstancias zozobrantes en que se desarrollaron los hechos), pues la claridad con que se expresa Rocío es altamente indicativa y demostrativa de que sí presenció lo sucedido. Por lo tanto, no es real aquello de que llegó en última instancia.

"En efecto, Rocío desde su casa - que queda contigua a la de sus padres, a eso de las nueve de la noche escuchó el tropel y, por su ventana, pudo ver que tres hombres escalaban los muros para penetrar a la vivienda de sus padres. Y aterrorizada, optó por ocultarse hasta que oyó los golpes indicativos de que estaban arrazando (sic) puertas y ventanas y, entonces, decidió dirigirse hacia allá, para encontrarse con Carlos Alberto Ballesteros Morales, a quien reconoció de inmediato, pese a llevar oculto su rostro, con algo que para ella era un trapo, y por su nombre lo llamó, llamado que él atendió, despojándose al tiempo de la careta. Ella le reclamó por lo que estaba haciendo en la vivienda y él, sin inmutarse, apuntó con su arma hacia la cabeza de Francisco Luis, por lo que la dama llena de terror, se retiró, pero sí alcanzó a oír las detonaciones. Obsérvese pues, a la deponente relatando que Carlos Alberto apuntó el arma a la cabeza de Francisco Luis. Y véase en el acta de la necropsia correspondiente, cómo el balazo que lo privó de la existencia, lo recibió en la cabeza.

"He ahí, entonces, porqué no existe ninguna contradicción entre Rocío, su progenitora y Amparo, su hermana, como lo pretende hacer ver la defensa, por cuanto todas tres señalan a Ballesteros Morales como quien le disparó a Francisco Luis. Y en lo atinente a esa otra contradicción que trae a colación el señor Defensor, dígase que fue el Funcionario Instructor quien no las concretó respecto de qué querían significar ellas cuando se referían a "capucha", "máscara" o "antifaz". De todas maneras las testimoniantes son exactas en especificar, por sí mismas, que se trataba de una prenda

que le cubría la cabeza y parte de la cara, lo que no fue impedimento para ellas identificarlo de inmediato, en razón de que lo han conocido y tratado por espacio de más de veinte años allá, en ese sector, lo que, obviamente, les permite distinguirlo sin lugar a confusión por su físico, por su forma de moverse, de caminar, por su voz, hasta el punto de que él, consciente de ello, se descubrió por completo al atender el llamado de atención de Rocío.

"Y es tal la seguridad de Rocío que en fila de presos lo señaló sin dubitación alguna, explicando de paso el papel que él cumplió esa noche, como también lo hizo con Gallego Gallego, a quien solo conoce por el apodo de "Carrillo" quien, en compañía del señalado "Minuto", desplegó gran actividad en el aposento de su padre y fue éste el que, en un momento dado, cuando Amparo trató de oponérsele la estrujó para facilitar su labor: Matar a su padre Marco Antonio. De Gallego Gallego especifica, además, la declarante, que lucía únicamente en su cabeza una cachucha de color verde, fosforescente

"Si como viene de verse, Rosalina y Rocío estuvieron allí, también es verídico que Amparo del Socorro Cano Montoya fuera espectadora de estos sucederes. Y aunque parece que entrara en contradicción con ellas sobre algunos datos importantes, respecto al desarrollo de los hechos, hay que concluir que se debe a la posición que tenía en el instante de observar su cumplimiento. Esto se deduce claramente de su versión. Por ejemplo: Al manifestar que a su padre le apuntaron por la ventana y luego lo remataron en el lecho, lo que no está lejos de la verdad, pues recuérdese que doña Rosalina relató que esa ventana también fue derrumbada (la única en el aposento). Y no se olvide, tampoco, de acuerdo con la diligencia de necropsia, uno de los proyectiles interesó, en la cabeza de don Marco Antonio, la sien izquierda. Y rememora ella, además, cuando Gallego Gallego la estrujó cuando ella quiso interponérsele (afirmación que también hace Rocío) y que Ballesteros, después de matar a su hermano Francisco Luis, se descubrió el rostro, quitándose lo que ella denomina el 'antifaz'". (fls. 253 al 256).

Frente a lo transcrito, para la Sala es claro que los reparos presentados por la libelista no afectan la corrección probatoria del fallo; el sentenciador siempre tuvo conciencia de la falta de unanimidad en algunos apartes de los relatos de las mencionadas declarantes, lo que no les resta mérito probatorio. Antes bien resulta explicable que así suceda ante un hecho de esta naturaleza, ante el impacto sicológico que produce el tener que presenciar la forma como se da muerte a sus consanguíneos y ante el estado de indefensión de las víctimas y de las presenciales frente a tres sujetos violentos y provistos de armas, no obstante las voces de auxilio que emitían. El contenido de sus declaraciones, pone de manifiesto que es distinta la forma en que percibieron los hechos pero no denota inseguridad en el conocimiento de los mismos. Por ello, es comprensible que haya circunstancias que se omitan por olvido, por miedo ante las amenazas de los mis-

mos agresores y de sus amigos, (como en efecto sucedió), o porque sencillamente hay factores que se desconocen o, que no se no se estima necesario aducir.

De ahí que no resulte extraño por los aspectos que se han venido comentando que Silvia Cano omitiera el detalle de los conflictos anteriores; y que luego, en otra de sus intervenciones, haya hecho referencia a ellos. En el análisis del testimonio es importante tener en cuenta cómo se percibieron los hechos, para que, al entrar a valorar su contenido, sea posible establecer lo creíble de la exposición. A manera de ejemplo véase lo que el fallador dijo respecto de esta declarante:

...*"Es el caso, verbigracia, de Silvia de Jesús Cano de Carvajal, quien dice haberles escuchado a sus hermanas Rocío, Gloria y Amparo, llamándola esa noche para que se les uniera. Y si ésta llegó al lugar de los acontecimientos fue luego de que ocurrieran, cuando los individuos autores del crimen ya se retiraban y aunque pretende haberlos identificado, diciendo que llevaba el rostro descubierto, es obvio que ello no fue así, pues en fila de presos solo pudo reconocer a Ballesteros Morales a quien distingue desde hace muchos años, lo que le permite, lógicamente individualizarlo con todo y que lleve su rostro oculto". (pág. fl. 247).*

No es pertinente entonces lo que afirma la libelista. Lo manifestado por la declarante Silvia Cano sí fue tenido en cuenta, pero en cuanto lo esencial, porque la circunstancia de no haber estado en el momento que dieron muerte a sus familiares no le permitía asegurar si los agresores llevaban el rostro descubierto, y por ello no se tuvo en cuenta esa afirmación. La misma apreciación se hizo respecto de Gloria de Jesús Cano Montoya, quien para el fallador, no pudo ver más allá de la retirada de tres hombres armados alejándose del lugar. Ello resulta explicable pues mientras estas no fueron testigos de visu, las otras tres sí lo fueron.

Hasta este momento no se observa ningún yerro en la apreciación de los testimonios tal análisis ni siquiera fue tenido en cuenta por la demandante, quien para demostrar el cargo elevado se basó en sus personales apreciaciones. Así se desprende del reparo que hace al fallador con respecto al testimonio de la señora María Margarita Hernández quien, según ella, desmiente la presencia y participación de los aquí procesados en el crimen de su esposo ocurrido minutos más tarde para de ahí deducir que se establece una actitud mendaz y aleccionada por parte de los testigos de cargo.

Esa postura, como las anteriores, no enfrenta en lo más mínimo las razones que tuvo el Tribunal para descartar de plano las afirmaciones de la susodicha señora Hernández, lo que debió hacer desde un comienzo la Casacionista si era que en realidad pretendía demostrar un error en la apreciación probatoria.

Recuérdese que la noche de los acontecimientos, minutos más tarde, resultó muerto el señor Juan de Dios Pérez Urrego, investigación que se tramitó por cuerda separada según se dispuso en el auto calificatorio, pues en lo que había corrido de la investigación ningún nexo se pudo establecer entre este hecho y el ocurrido en casa de la familia Cano. Esto debido a que la señora María Margarita Hernández Lora, esposa del señor Pérez, fue enfática en manifestar que ninguno de los tres sujetos fue autor de la muerte de su compañero, sino que se trataba de unos 15 sujetos entre los cuales no se encontraban los aquí inculpados; aseguró inclusive que Ballesteros y el apodado "Carrillo", Wilmar Giovanny Gallego Gallego no habían sido los autores de esa muerte. Respecto del homicidio de los señores Cano Montoya y Cano Gutiérrez dijo no saber nada.

Si eso es así, ninguna incidencia tiene el hecho de que la citada declarante no señale a los aquí procesados como los causantes de la muerte de su esposo, pues es muy clara en afirmar que respecto de los otros hechos no tiene ningún conocimiento, máxime cuando las demás pruebas a las que se ha venido haciendo referencia señalan como autores del hecho a los señores Ballesteros Morales y Gallego Gallego. Igual apreciación puede hacerse respecto de la exposición del presidente de la Junta de Acción Comunal, señor Fernando Antonio Toro Mosquera, que descartó la participación de los encartados porque, en su opinión, se les había incriminado por "bronca".

En conclusión, la demanda no puede prosperar.

2.- Demanda presentada a nombre de Wilmar Giovanny Gallego Gallego

Antes de entrar en el asunto materia de estudio, debe la Sala recordar que el nuevo ordenamiento procesal penal precisó los principios orientadores de las nulidades y que, por tanto, ese mecanismo ha dejado de ser una previsión general de tipo formal, para convertirse en excepcional frente a las simples irregularidades que se presentan en el trámite del proceso penal. Esta novedosa percepción del instituto en comento, fija así un límite entre lo formal y lo sustancial y por tanto tiene operancia en situaciones extremas en las que se afectan los derechos fundamentales y/o la estructura del proceso.

En tratándose del derecho a la defensa, garantía que debe estar presente a lo largo de la actuación y que señalaron como desconocida la censora y el Representante del Ministerio Público respecto de un sector del proceso, es necesario tener en cuenta varios aspectos atinentes a su demostración en esta sede extraordinaria.

Así entonces si se trata del derecho a la defensa técnica, esto es, la que se desprende de la actividad ejercida por un profesional del derecho bien sea nombrado por el procesado o de oficio por el respectivo funcionario

judicial, su desconocimiento debe ser analizado con respecto a la forma como asumió la defensa, máxime cuando de cara a la actuación procesal el respectivo profesional ha adoptado una actitud pasiva. Quien pretenda la ruptura del fallo por este motivo, debe demostrar que efectivamente hubo un abandono grave de las funciones propias de esa actividad.

Por ello comparte la Sala el razonamiento del procurador, consistente en que no es una causal de fácil demostración por la variedad de aspectos que se deben tener en cuenta para su prosperidad, ya que como se lee en el concepto "implica no solamente la identificación del acto procesal irregularmente cumplido (vicio in procedendo), sino también la demostración de que jurídicamente se imponía su desarrollo de conformidad con las reglas previamente establecidas, así como la incidencia del vicio en el desarrollo del proceso o en el resultado final del mismo (sentencia) y en el desmedro de las garantías judiciales que la Constitución y la ley reconocen a favor del procesado, con indicación de las condiciones que impiden la convalidación de la nulidad, su saneamiento o la desestimación de ella debido a su intrascendencia".

Es que, como en variedad de oportunidades lo ha analizado la Sala, es probable que el defensor no solicite pruebas, no intervenga en las diligencias que no son obligatorias, no impugne las decisiones, lo cual no es suficiente para concluir que esa actitud vulnera el derecho defensivo de los procesados. Es necesario establecer, de acuerdo a los datos que suministre el proceso, si el respectivo representante judicial estuvo profesionalmente pendiente del desarrollo de las diligencias, de tal manera que no limitó su actividad a una actitud presencial o nominal sino que ejecutó actos de control, parte de los cuales se puede verificar mediante las notificaciones que se le efectuaron de las distintas actuaciones acaecidas a lo largo del proceso.

En ese ejercicio de constatar si se ha vulnerado el derecho a la defensa, es obligatorio determinar también si el mismo ha sido garantizado a través de las actuaciones que se han surtido, y que permitan predicar que el proceso tuvo un desarrollo normal, acorde con los parámetros legales. Ello implica, evidentemente, que el funcionario judicial encargado de dirigirlo, haya facilitado a los sujetos procesales las herramientas necesarias para ejercer la controversia, o si por el contrario, esa garantía se vio trastocada por su negligencia o descuido al no tomar las medidas respectivas para imprimirle legalidad al proceso, todo lo cual generó un fallo carente de las debidas garantías.

Y, finalmente, en aras de establecer que los actos que se adelantaron al margen del rito no constituyan el incumplimiento de requisitos meramente formales, es necesario establecer la trascendencia de la irregularidad para preservar la finalidad garantista de la actuación que, con miras

a adelantar un debido proceso, impide que se afecten los derechos sustanciales de las partes o la estructura básica del mismo. Dicho en otras palabras, la proposición de nulidades no puede estar orientada a la presentación de ritualismos sin ninguna incidencia en los contenidos materiales de las normas, siendo por tanto obligatorio para el censor demostrar el desconocimiento de la estructura de las etapas procesales o la vulneración de las garantías fundamentales de las partes.

Confrontadas las anteriores directrices con los reparos contenidos en el libelo que se estudia, es necesario comenzar por decir que la Casacionista omitió demostrar la trascendencia de los actos que a su modo de ver no se cumplieron conforme a los parámetros legales y que no obstante ello, del análisis global de la actuación procesal, no se observa motivo que justifique la declaratoria de nulidad, tal como lo solicitan la demandante y el Procurador Delegado.

Lo anterior es verificable mediante una revisión de las actuaciones que los distintos funcionarios evacuaron a lo largo de la actuación. Ocurrió que una vez vinculados mediante indagatoria los aquí procesados, diligencia en la que estuvieron asistidos por un abogado que ellos mismos designaron, se profirió en su contra medida de aseguramiento de detención preventiva, decisión que fue legalmente notificada.

Evacuadas algunas diligencias, el profesional del derecho presentó renuncia al mandato el 7 de septiembre de 1993, motivo por el cual la Fiscalía Primera Delegada de Itagüí dispuso oficiar a la Defensoría Pública con sede en Medellín para la designación de un defensor, acto que se cumplió el 9 de septiembre siguiente. Obtenida la respuesta de dicha institución, el designado tomó posesión el día 21 de septiembre.

Con fecha octubre 25 de 1993 se dispuso el cierre de investigación y en consecuencia el traslado a las partes por ocho (8) días, de lo cual se surtieron las respectivas notificaciones.

Mediante memorial que se recibió en la fiscalía el 29 de octubre del año en mención, el procesado Wilmar Giovanny Gallego Gallego confirió poder a una profesional del derecho; en la misma fecha tomó posesión del cargo y según constancia de la secretaría común, se le dio a conocer el proceso y la resolución del cierre de investigación.

A su turno, el procesado Carlos Alberto Ballesteros Morales, mediante memorial recibido el 25 de octubre de 1993, confirió poder a un abogado. El citado profesional, solicitó al Tribunal Superior de Medellín certificación sobre la vigencia de su tarjeta profesional, en virtud de que se le había extraviado, y expedida el 9 de noviembre, la Fiscalía lo posesionó en el cargo de defensor el mismo día.

Proferida la resolución acusatoria contra los encartados, la defensora de Wilmar Giovanny Gallego Gallego interpuso contra esta decisión el re-

curso de reposición y en subsidio el de apelación, recibiendo aquella plena confirmación.

Avocado el asunto por el Juzgado Segundo Penal del Circuito el 25 de enero de 1994, se dispuso correr el traslado de que trata el artículo 446 del Código de Procedimiento Penal, el mismo que no requiere ser notificado a las partes. Por lo tanto ninguna irregularidad se genera de ese hecho, como al parecer pretendió hacerlo entender la recurrente. Al cabo de este término, la defensora del procesado Gallego Gallego solicitó la práctica de una serie de pruebas y una vez aclaró el objeto de su petición, presentó renuncia del poder el 18 de marzo de 1994.

En consecuencia, por auto del 22 de marzo de 1994 se accedió a escuchar en declaración a las personas relacionadas en el escrito por la defensora, al tiempo que se le aceptó la renuncia del poder. Así mismo se dispuso que de ello se enterara al procesado Gallego Gallego "quien deberá pronunciarse sobre la designación de Defensor que reemplace a la abogada dimitente". El auto en mención, según consta en el proceso, fue notificado personalmente el 23 de marzo de 1994 a los procesados al señor fiscal y al Delegado de la Personería. (fls. 204 y 205).

En el expediente aparece luego, constancia secretarial de fecha abril 4 de 1994, según la cual el procesado Wilmar Giovanny Gallego Gallego no se había pronunciado sobre el nombramiento de defensor, a pesar de habérsele notificado oportunamente la renuncia de la Abogada que lo estaba asistiendo. Se expresa allí además que también se le ha enviado recado a la familia con varias personas que han venido a solicitar permiso para visitarlo a él".

Acto seguido se escucharon los testimonios solicitados por la defensa, al cabo de lo cual en auto del 4 de mayo de 1994 se fijó como fecha para la celebración de la diligencia de audiencia pública el día 23 del mismo mes y año. El 13 de mayo, se dispuso designar defensor de oficio al procesado Gallego Gallego, al cual se le dio posesión en esa misma fecha.

Por su parte, el 17 de mayo siguiente el encausado Carlos Alberto Ballesteros Morales solicitó se retirara el poder que le había otorgado al abogado que lo venía representando, por lo que en la misma fecha se le nombró como defensor oficioso al mismo profesional que se le designó a Gallego Gallego.

El desarrollo de la actuación, hasta este momento, como puede verse, estuvo sometida a diversas contingencias frente a las que se discute que alcanzaron a vulnerar el derecho a la defensa de los procesados. En lo que tiene que ver con la etapa de la causa, respecto de la cual la defensa y el Ministerio Público predican desconocimiento de las garantías de los procesados, si bien la actuación desplegada por el juzgado de conocimiento para proveer de defensa técnica a los implicados, no fue acuciosa ni dinámica, sí cumplió con las cargas que al respecto le impone la ley al dispo-

ner los mecanismos necesarios para la defensa. Si los sujetos procesales no se sentían conformes con ese proceder, ningún obstáculo tuvieron para que se pusiera remedio a la irregular situación que ahora presenta como motivo de queja la libelista.

Distinta es la situación que se presente respecto de la práctica de las pruebas que solicitó la defensora de Gallego Gallego en cuanto se produjo antes de la celebración de la audiencia pública. Sobre el particular, la Procuraduría estima que con ello se desconoce el artículo 448 del C. de P.P. porque se constituye en una conducta limitadora del derecho a la defensa de los encartados. Para la Sala, esta es una apreciación en extremo formalista que si bien emerge de un acto equivocadamente tramitado, pues no había razón aparente para adelantar las diligencias antes de la vista pública, también es cierto que la garantía no se vio por ello afectada.

Téngase en cuenta que en el marco del proceso penal, tanto la etapa de instrucción como la de juzgamiento contiene la posibilidad de que se aduzcan pruebas, bien de oficio o a solicitud de parte. El ideal de las que se vayan a evacuar en ésta última parte del trámite procesal, es que estén orientadas a comportar nuevos y mejores elementos de convicción, bien para perfeccionar los que se recopilaron en la instrucción o para desvirtuar lo que en ella se llegó a establecer. De ahí que el juzgador esté en la obligación, de ordenar de una manera objetiva las pruebas que sean necesarias.

Y si son estos quienes por sí, o por intermedio de su abogado, las solicitan, como en efecto ocurrió en el caso que nos ocupa, es de esperarse que se trate de elementos de prueba que van a demostrar una situación favorable a sus intereses.

Por ello, al realizarse las pruebas en una situación en la que no concurrían las excepciones contempladas por el legislador (fuera de la sede o que requieran estudios previos) debe considerarse si dicha anomalía afecta la legalidad de la prueba y si ello repercute negativamente para el derecho a la defensa. Sin embargo, el mismo contenido de los testimonios que se escucharon a solicitud de la defensora del procesado Wilmar Giovanny Gallego Gallego impide predicar el desconocimiento de sus garantías fundamentales.

No es que con ello la Corte esté consintiendo la realización de este tipo de procederes por parte de los funcionarios judiciales. Es que como lo que se analiza en este instante es la existencia o no de perjuicio efectivo originado en el acto irregular, es necesario examinar la actuación en concreto.

Recuérdese entonces que la defensora de Gallego Gallego solicitó la recepción de una serie de testimonios los cuales, según ella, establecerían el paradero del señor Gallego para la fecha de los acontecimientos, e igualmente, algunos familiares informarían sobre la estancia del mismo en el

Municipio de Ciudad Bolívar desde los primeros días de enero hasta mediados de abril. Si el objetivo era, entonces, informar al despacho sobre una situación favorable al mismo procesado y si materialmente el interrogatorio se orientó en ese sentido, no se vé en qué aspecto era imprescindible vincular el acto-prueba con derecho de contradicción que ahora se reclama.

Precisamente por eso asegura la Casacionista que la funcionaria juzgadora pretendió hacer incurrir a los testigos en contradicción. Nada más alejado de la realidad. Sucedió que la representante judicial en memorial aclaratorio de la solicitud de pruebas dijo que unos testigos declararían sobre el paradero de Gallego Gallego en la ciudad de Medellín en la fecha de los acontecimientos y, que a su vez, dos de sus familiares declararían sobre su estancia en ciudad Bolívar desde los primeros días de Enero hasta mediados de abril.

En aras de la claridad, era deber de la funcionaria despejar esa contradicción y a ello se dirigió su interrogatorio. La duda quedó despejada, pues todos los declarantes manifestaron que para esa época el procesado se encontraba en ciudad Bolívar y que desconocían el motivo por el cual la abogada había plasmado que su conocimiento era que se encontraba en Medellín. (fls. 202 y 207 al 228).

Ahora bien, en la diligencia de audiencia pública el debate se realiza de manera oral y es en ese acto donde los sujetos procesales tienen una clara oportunidad de controvertir la prueba allegada. Se ha dicho por esta Corporación que ese acto de juzgamiento es la máxima expresión de los principios de oralidad, publicidad y contradicción y que sirve de fundamento para proferir el fallo que en derecho corresponda.

Conforme a lo anterior tampoco se observa en el trámite de la señalada diligencia pública, actuación alguna constitutiva de nulidad. En ella se agotaron los pasos respectivos, se dio lectura al pliego de cargos, se interrogó a los encausados sobre lo que tenían que decir al respecto y era esa una oportunidad para que manifestaran lo que a bien tenían. Se concedió el uso de la palabra a los sujetos procesales. La señora Fiscal ratificó los cargos formulados en la resolución de acusación, a la cual se le había dado lectura en ese mismo acto momentos antes, por lo que no consideró necesario hacer una reiteración de ellos. En ello no se ve irregularidad sustancial capaz de producir la nulidad de lo rituado. Otra cosa muy distinta es que el desempeño de su labor como tal admita por lo parca, las críticas del Procurador Delegado. La condición de representante del Estado en la etapa del juzgamiento le impone a algunos sujetos procesales la preservación del interés público, lo cual es deficientemente cumplido a través de una actitud tan pasiva como la que se vislumbra en la señora fiscal que actuó en la diligencia de audiencia pública.

Lo mismo se puede predicar del agente del Ministerio Público quien representa los intereses de la sociedad y aun cuando no es obligatoria su

asistencia a la vista pública, dentro de sus deberes está el de prestar la colaboración necesaria para un correcto desenvolvimiento del trámite procesal. Por tanto, cuando la situación lo amerite, debe elevar las peticiones orientadas a tal fin y primordialmente a velar porque se dé cumplimiento a la ley.

Pero al fin y al cabo los sujetos procesales aludidos no dejaron el proceso ausente de contradictorio y por ende no afectaron su estructura. De paso contribuyeron a crear un clima más propicio a los intereses de los procesados, que una situación de desventaja para ellos. En cuanto a la intervención realizada por la defensa, debe decirse que el citado profesional reiteró la postura adoptada por los procesados a lo largo de la actuación, esto es que su incriminación se había realizado de manera falaz y concertada por la familia Cano. Señaló las contradicciones en que, a su modo de ver, incurrieron varias de las familiares de los occisos, tanto en sus declaraciones como en las diligencias de reconocimiento en fila de personas, todo lo cual orientó su pedimiento para que se tuviera en cuenta el beneficio de la duda a favor de sus representados. También se refirió a la prueba últimamente allegada, sobre la permanencia de Gallego Gallego en ciudad Bolívar y a la declaración de la señora María Margarita Hernández en favor de los procesados. La intervención así efectuada mantiene una línea argumentativa acorde con la postura adoptada por ellos a lo largo de la actuación, destinada a que se reconociera una situación favorable para los mismos.

Para la Sala, contrario a la opinión del señor Procurador Delegado y a lo solicitado por la recurrente, no hay motivo suficiente capaz de generar la invalidez del proceso porque las actuaciones que fueron objeto de análisis no afectaron a los derechos de los encausados y por ende no se legitima la anulación de lo actuado.

En consecuencia, se desestima 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 impugnada.

Cúmplase y devuélvase al Tribunal de origen.

Jorge Enrique Córdoba Poveda, Fernando Arboleda Ripoll, Ricardo Calvete Rangel, Carlos Augusto Gálvez Argote, Jorge Aníbal Gómez Gallego, Edgar Lombana Trujillo, Carlos E. Mejía Escobar, Didimo Páez Velandia, Nilson Pinilla Pinilla.

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

IMPEDIMENTO-Haber dictado providencia

La causal en que se apoya el funcionario judicial impedido es la contemplada en el numeral 6° del artículo 103 de la citada obra, esto es, que el servidor público haya dictado la providencia cuya revisión se trata, o participado en el proceso en calidad de agente del Ministerio Público, fiscal, secuestre, perito, etc.

Sobre este aspecto ha sido clara la jurisprudencia de la Sala, en el sentido que dicha causal opera cuando el juez de segunda instancia es la misma persona que, en calidad de funcionario de primer grado, emitió la decisión objeto de la posterior revisión.

Significa ello que la ley no permite, en razón a los postulados de imparcialidad e independencia judicial, que un mismo funcionario conozca en segunda instancia de la providencia que dictó en primera.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Santafé de Bogotá, D.C., dieciséis (16) de diciembre de mil novecientos noventa y ocho (1998).

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

Proceso No. 15291

Aprobado acta No 195

VISTOS

Procede la Corte a decidir de plano el incidente de impedimento propuesto por un Magistrado del Tribunal Nacional, e inadmitido por los restantes integrantes de la respectiva Sala de Decisión Penal.

ANTECEDENTES

1. La Unidad de Terrorismo de la Fiscalía Regional de Santafé de Bogotá, profirió resolución de acusación en contra de Mauricio Ramírez Sánchez, por el delito de rebelión.

Previo al calificatorio, los procesados Javier Abella Beltrán y Edilma Riveros, se acogieron al procedimiento especial de sentencia anticipada, lo que generó la ruptura de la unidad procesal.

2. En el proceso que siguió el trámite ordinario, un Juez Regional de la misma ciudad, el 26 de agosto de 1997, profirió sentencia condenatoria en contra del mencionado Ramírez Sánchez, imponiéndole la pena principal de 5 años de prisión y multa de 100 salarios mínimos legales mensuales y las accesorias de rigor, como coautor del delito en precedencia citado.

3. En razón del grado de competencia funcional de la consulta, conoció del diligenciamiento el Tribunal Nacional. No obstante, uno de los integrantes de la Sala de Decisión manifestó su impedimento con fundamento en los siguientes argumentos:

"En cumplimiento del deber legal impuesto en el artículo 104 del compendio penal instrumental, me declaro impedido para conocer del presente proceso con fundamento en la causal prevista en el numeral 6° del canon 103 ibidem.

"Lo anterior, en razón de haber emitido en mi entonces condición de funcionario de primera instancia y con data diciembre 12 de 1995, la sentencia anticipada de condena en detrimento de otro de los implicados, concretamente, de Edilma Riveros Preciado.

"Para los fines legales pase el expediente al Magistrado que sigue en turno y cancélese el registro que en esta misma fecha se había efectuado del proyecto de decisión".

4.- Por su parte, la Sala Dual que atendió el impedimento propuesto no lo aceptó, por cuanto que "si bien profirió sentencia anticipada respecto de la procesada Riveros Preciado, que se acogió a esa forma de terminación del proceso, la actuación que ahora debe revisar no comprende lo relacionado con su responsabilidad penal".

Agregó que en esta oportunidad se consulta es la sentencia, "que alude de manera exclusiva a la conducta desplegada por Mauricio Rodríguez Sánchez, la cual, a pesar de versar sobre los mismos hechos, es distinta de la emitida por el Magistrado que se declara impedido".

Por consiguiente, concluyó que la causal invocada no se configuró, por lo que ordenó remitir el proceso a esta Corporación para que dirima de plano el asunto.

Consideraciones de la Corte

1. De conformidad con el artículo 106 del Código de Procedimiento Penal, corresponde a la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia dirimir de plano el impedimento manifestado por un integrante de la Sala de Decisión del Tribunal Nacional.

2. La causal en que se apoya el funcionario judicial impedido es la contemplada en el numeral 6° del artículo 103 de la citada obra, esto es, que el servidor público haya dictado la providencia cuya revisión se trata, o participado en el proceso en calidad de agente del Ministerio Público, fiscal, secuestre, perito, etc.

Sobre este aspecto ha sido clara la jurisprudencia de la Sala, en el sentido que dicha causal opera cuando el juez de segunda instancia es la misma persona que, en calidad de funcionario de primer grado, emitió la decisión objeto de la posterior revisión.

Significa ello que la ley no permite, en razón a los postulados de imparcialidad e independencia judicial, que un mismo funcionario conozca en segunda instancia de la providencia que dictó en primera.

Así las cosas, se observa con claridad que las razones que expone el funcionario impedido, no se adecuan a lo preceptuado en la mencionada norma, toda vez que la sentencia objeto de consulta no fue dictada por él. Por el contrario, conoció de un diligenciamiento dentro del cual profirió la correspondiente sentencia anticipada, la que no es materia de revisión, así se trate de los mismo hechos, en la medida en que, por la ruptura de la unidad procesal, surgieron dos procesos distintos.

Por consiguiente, no se aceptará el impedimento propuesto.

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:

DECLARAR INFUNDADO el impedimento manifestado por un Magistrado integrante de la Sala de Decisión del Tribunal Nacional, para conocer de este proceso.

Cópiese y cúmplase.

Jorge Enrique Córdoba Poveda, Fernando Arboleda Ripoll, Ricardo Calvete Rangel, Carlos Augusto Gálvez Argote, Jorge Aníbal Gómez Gallego, Edgar Lombana Trujillo, Carlos E. Mejía Escobar, Didimo Páez Velandia, Nilson Pinilla Pinilla.

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

ACCION DE REVISION

Se hace necesario advertir que no es de recibo la pretendida reactivación ni del mandato, ni de una prueba que se hallan ya incorporados al archivo de la Corporación como parte que fueron de la actuación que resultó fallida según decisiones que en su oportunidad se dieron a conocer en legal forma, pues el aporte de los elementos de juicio que se busca hacer valer cuantas veces se pretenda promover una acción judicial de iniciativa de parte interesada corresponde a ésta y no a la judicatura. Siendo de tan vital importancia la personería del representante del sentenciado para el ejercicio del derecho de postulación y el allegamiento de los elementos de juicio con entidad jurídica de prueba así sea sumaria, conducentes a la demostración de la causal de revisión aducida, cumple al interesado activar los mecanismos necesarios para su oportuna aportación, pues como principio rector, el mandato se entiende conferido hasta la finalización del proceso (artículo 139 C. de P.P.) -y la acción de revisión es en sí misma un proceso especial que puede culminar de manera normal con el fallo que ordena la revisión, o bien, de manera anormal, con el rechazo de la demanda, sin perjuicio de que la acción pueda volver a intentarse, tal como aconteció con la inicialmente presentada, según lo revelan la información secretarial; en cuyo evento podrá desglosar del archivo los documentos que requiera para nuevamente accionar, pero jamás remitirse en nuevas actuaciones a dicho archivo, pues ello equivaldría a "recurrir" indefinidamente lo ya decidido.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Santa Fe de Bogotá, D.C., diciembre dieciseis (16) de mil novecientos noventa y ocho (1998).

Magistrado Ponente: Dr. *Didimo Paez Velandia*

Proceso No. 15218

Aprobado Acta No.195

Decide la Corte sobre la viabilidad de la acción de revisión propuesta contra la sentencia dictada el 5 de septiembre de 1997 por el Tribunal Nacional, en la cual, por confirmación de la de primera instancia, se con-

dena a César Augusto Morales García como coautor del concurso de delitos de secuestro extorsivo agravado y porte ilegal de arma de fuego de uso privativo de la fuerza pública. Como es de rigor, para el efecto, examina, conforme lo ordena el artículo 335 del C. de P.P., si la demanda cumple las exigencias legales de forma.

ANTECEDENTES

1. El 16 de junio de 1995, siendo aproximadamente las seis de la tarde, en el sector de 'Loreto', frente al número 32-06 de la ciudad de Medellín, el señor Otoniel García Cardona, que en ese momento se hallaba en compañía de su progenitor, fue secuestrado por varios individuos que portaban armas de fuego y se movilizaban en un taxi, quienes lo encerraron por espacio de dieciséis (16) días en el inmueble situado en la calle 39-D No. 40-132 del barrio San Diego de la misma ciudad, de donde fue liberado sólo cuando su familia pagó diez millones de pesos que los delincuentes exigieron para este fin.

Según refiere la sentencia, participaron en la comisión del hecho punible Arley De Jesús Zapata Sánchez, John Jairo Calle García y Rodolfo Zapata, así como César Augusto Morales García, primo hermano del ofendido.

2. Los dos primeros se acogieron al instituto de la sentencia anticipada, mientras que respecto de los demás el proceso continuó. Acusado del concurso de delitos de secuestro extorsivo agravado y porte ilegal de arma de fuego de uso privativo de la fuerza pública, una vez tramitado el juicio en relación con el mencionado Morales García, un Juzgado Regional de Medellín lo condenó, mediante sentencia que el Tribunal Nacional confirmó con parcial modificación, al conocerla por apelación.

3. Contra el fallo de las instancias, a través de apoderado especial el sentenciado interpuso la acción de revisión, pero según informa la Secretaría, la demanda fue rechazada *in limine* mediante auto del 14 de julio del año que avanza, contra el cual se interpuso el recurso de reposición sin que la situación tuviera variación, pues la Corte reiteró su criterio el 8 de septiembre próximo pasado.

4. El mismo profesional del derecho, ahora, aduciendo la misma personería que el sentenciado le había conferido para incoar por primera vez la acción, vuelve a intentarla, retomando según explica, como uno de los fundamentos probatorios de la demanda una grabación magnetofónica que en esa ocasión allegó y que se halla también adjunta a la actuación archivada.

LA DEMANDA

Con base en el numeral 3o. del artículo 232 del C. de P.P. asegura el actor que han aparecido, según puntualiza, "pruebas nuevas" sobre la

inocencia del sentenciado, eficaces para desvirtuar las bases de la sentencia condenatoria.

Explica que la grabación, que dice fue entregada a la Defensoría del Pueblo por familiares de César Augusto Morales García, y que se entregó en la primera demanda de revisión", contiene una conversación entre el coprocesado John Jairo Calle y otro interno que tiene como tema los motivos de sus respectivas detenciones, "y quien aparece como autor del secuestro de Otoniel García Cardona señala que estuvo vinculado a la guerrilla en el Urabá antioqueño siendo menor de edad y participó en la masacre de 'La Chinita', sobre la cual, dice, no se sabe toda la verdad y que él está dispuesto a decirla. Indica además que su detención se debe al secuestro de Otoniel, del cual es responsable junto con otro procesado (Zapata) pero que por amenazas y presiones recibidas del comandante del operativo, debió involucrar a su cuñado César Augusto Morales, quien es inocente de los hechos". También contiene la grabación la retteración que hace el mencionado Calle García, identificándose con el número de cédula y de reseña carcelaria, del contenido de la susodicha conversación.

Las otras pruebas son dos comunicaciones suscritas, la una por el nombrado John Jairo Calle García y la otra por Arley de Jesús Zapata dirigidas una a la Corte y la otra a los 'señores magistrados', con huella dactilar y sello de las respectivas cárceles en donde se hallan recluidos, en que cada uno afirma la inocencia del sentenciado Morales García, quien 'fue objeto de una falsa acusación' y 'no tuvo que ver en los hechos'.

Explicando la eficacia de la prueba aportada, advierte el profesional que la sentencia demandada estructuró la responsabilidad a partir de las versiones de los dos declarantes primeramente citados, Arley de Jesús Zapata Sánchez y John Jairo Calle García "que en forma clara y directa incriminaron a César Augusto Morales García" y en los indicios "que se hacen valer como confirmatorios de las anteriores", pero que "la prueba aportada es idónea para efectos de la revisión en la medida en que se derrumba una (sic) de los testimonios y llena de dudas la validez del segundo, justificándose la revisión del proceso".

Con la solicitud de admisión de la demanda solicita a la Corte el decreto y la práctica de 'la transcripción de la cinta ... para que se tenga conocimiento pleno del contenido de la misma y se facilite la consulta del expediente' y que se tomen las declaraciones de los dos sentenciados previamente nombrados. Precisa que anexa las dos comunicaciones prealudidas y que 'incorporados al expediente' se encuentran 'un cassette ...' y el 'poder debidamente diligenciado'.

Consideraciones de la Corte

La acción de revisión es una actuación independiente del proceso a cuya revisión se aspira por medio de ella y su instauración se ciñe a las

reglas del debido proceso establecido en la legislación adjetiva, del cual no están excluidas las normas rectoras del procedimiento penal.

En el caso de estudio, partiendo el demandante del hecho de que para proponer en pretérita ocasión a nombre del sentenciado la acción de revisión -que resultó fallida porque la Corte rechazó *in limine* la demanda y denegó la reposición interpuesta contra la decisión que en ese sentido se expidió- contó con la personería que éste le confirió y le fue reconocida, pretende ahora el mismo distinguido profesional que ese mandato le sea avalado para proponer nuevamente la acción y que una de las pruebas entonces allegada y rechazada para los fines de la acción, sea tenida por aportada con la nueva demanda y reconsiderada con una perspectiva diferente, en cuanto las dos comunicaciones que ahora adjunta tienen en su concepto, la virtualidad de complementarla.

Ante esta forma de pensar, se hace necesario advertir, que no es de recibo la pretendida reactivación ni del mandato, ni de una prueba que se hallan ya incorporados al archivo de la Corporación como parte que fueron de la actuación que resultó fallida según decisiones que en su oportunidad se dieron a conocer en legal forma, pues el aporte de los elementos de juicio que se busca hacer valer cuantas veces se pretenda promover una acción judicial de iniciativa de parte interesada corresponde a ésta y no a la judicatura. Siendo de tan vital importancia la personería del representante del sentenciado para el ejercicio del derecho de postulación y el allegamiento de los elementos de juicio con entidad jurídica de prueba así sea sumaria, conducentes a la demostración de la causal de revisión aducida, cumple al interesado activar los mecanismos necesarios para su oportuna aportación, pues como principio rector, el mandato se entiende conferido hasta la finalización del proceso (artículo 139 C. de P.P.) -y la acción de revisión es en sí misma un proceso especial que puede culminar de manera normal con el fallo que ordena la revisión, o bien, de manera anormal, con el rechazo de la demanda, sin perjuicio de que la acción pueda volver a intentarse-, tal como acontenció con la inicialmente presentada, según lo revelan la información secretarial; en cuyo evento podrá desglosar del archivo los documentos que requiera para nuevamente accionar, pero jamás remitirse en nuevas actuaciones a dicho archivo, pues ello equivaldría a "recurrir" indefinidamente lo ya decidido.

Motivo suficiente el expuesto, para que en esta ocasión, la demanda sea nuevamente rechazada de plano, como así se decidirá.

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

RESUELVE:

RECHAZAR *IN LIMINE* la demanda de revisión presentada a nombre del sentenciado César Augusto Morales García contra el fallo del Tribunal

Superior del Distrito Judicial de Medellín proferido el 5 de septiembre de 1997 que lo condenó como coautor del concurso de delitos de secuestro extorsivo agravado y porte ilegal de arma de fuego de uso privativo de la fuerza pública.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Jorge Enrique Córdoba Poveda, Fernando Arboleda Ripoll, Ricardo Calvete Rangel, Carlos Augusto Gálvez Argote, Jorge Aníbal Gómez Gallego, Edgar Lombana Trujillo, Carlos E. Mejía Escobar, Didimo Páez Velandia, Nilson Pinilla Pinilla.

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

CAMBIO DE RADICACION

Una vez más debe reiterar la Sala que el cambio de radicación de un proceso penal, como excepción a las reglas de competencia por el factor territorial, procede cuando se acredita, en debida forma, que en el lugar en donde se ventilan las diligencias existen 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, tal como lo contempla el artículo 83 del Código de Procedimiento Penal.

Igualmente se ha dicho que la labor del peticionario habrá de consistir en demostrar, de manera clara y evidente, cualesquiera de las circunstancias anteriormente citadas, para que la Corte, en cumplimiento de lo normado en el numeral 8° del artículo 68 de la misma obra, se pronuncie sobre la viabilidad o no del cambio de radicación solicitado.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Santafé de Bogotá, D.C., dieciséis (16) de diciembre de mil novecientos noventa y ocho (1998).

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

Proceso No. 15249

Aprobado Acta No 195

VISTOS

Resuelve: la Corte la solicitud de cambio de radicación presentada por el defensor de Ernis de Jesús Padilla Del Prado, dentro de la causa que se adelanta en el Juzgado 16 Penal del Circuito de Santafé de Bogotá, por el delito de falsedad de particular en documento público, agravado por el uso, según resolución de acusación proferida el 10 de junio de 1998.

FUNDAMENTOS DE LA PETICIÓN

El defensor del citado procesado presentó escrito, por medio del cual hizo la siguiente petición:

"...me dirijo a usted muy respetuosamente, con el fin de solicitarle el cambio de radicación del presente proceso, ya que se le hace muy oneroso el sostenimiento de su asistencia dentro de este juicio que se adelanta en la Capital de la república.

"Hago la presente solicitud, con fundamento en lo preceptuado en el artículo 83 y 84.

"Es prueba de la solicitud impetrada, el hecho de que el sindicado tenga su domicilio en la ciudad de Cartagena, al igual que el suscrito".

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

Una vez más debe reiterar la Sala que el cambio de radicación de un proceso penal, como excepción a las reglas de competencia por el factor territorial, procede cuando se acredita, en debida forma, que en el lugar en donde se ventilan las diligencias existen 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, tal como lo contempla el artículo 83 del Código de Procedimiento Penal.

Igualmente se ha dicho que la labor del peticionario habrá de consistir en demostrar, de manera clara y evidente, cualesquiera de las circunstancias anteriormente citadas, para que la Corte, en cumplimiento de lo normado en el numeral 8° del artículo 68 de la misma obra, se pronuncie sobre la viabilidad o no del cambio de radicación solicitado.

Planteadas así las cosas, se advierte fácilmente que el escrito presentando por el defensor del procesado, no contiene absolutamente ninguna de las exigencias en precedencia mencionadas.

En efecto, desconociendo el contenido de las normas aquí citadas, el solicitante aduce la situación económica, tanto suya como la de su representado, como razón suficiente para lograr el cambio pretendido, ya que por residir en la ciudad de Cartagena ello les resulta "oneroso" para sus intereses patrimoniales, lo que a todas luces se aparta de las finalidades del cambio de radicación.

Obsérvese cómo el legislador quiso que cuando se adecuaran las circunstancias a las causales contempladas en el artículo 83 del Código de Procedimiento Penal, procedería el cambio de competencia por el factor territorial, todo en aras de una equilibrada e imparcial administración de justicia.

Como quiera que la razón aducida por el memorialista no está contemplada en la ley procesal como motivo para disponer el cambio de radicación, no se accederá a la solicitud.

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

RESUELVE:

NO CONCEDER el cambio de radicación del proceso que se adelanta en el Juzgado 16 Penal del Circuito de Santafé de Bogotá, solicitado por el defensor del acusado Ernis de Jesús Padilla del Prado.

Notifíquese y cúmplase.

Jorge Enrique Córdoba Poveda, Fernando Arboleda Ripoll, Ricardo Calvete Rangel, Carlos Augusto Gálvez Argote, Jorge Aníbal Gómez Gallego, Edgar Lombana Trujillo, Carlos E. Mejía Escobar, Dídimo Páez Velandia, Nilson Pinilla Pinilla.

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

CASACIÓN DISCRECIONAL

1. Tratándose del recurso de casación excepcional contemplado en el inciso final del artículo 218 del Código de Procedimiento Penal, la competencia para admitirlo o no está adscrita a ésta Corporación, de manera que el funcionario de instancia se debía haber limitado a remitir el expediente sin ningún pronunciamiento de su parte, pues al hacerlo incurrió en la causal de nulidad prevista en el numeral 1°. del artículo 304 del Código de procedimiento Penal.

2. De otra parte, el recurso de casación procede contra sentencias de segunda instancia dictadas por delitos, no por contravenciones, tal como lo establece el primer inciso de la norma anteriormente citada, de modo que ese tipo de fallos no tienen recurso extraordinario.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Santa Fe de Bogotá D.C., diciembre dieciséis de mil novecientos noventa y ocho.

Magistrado Ponente: Dr. *Ricardo Calvete Rangel*

Proceso No. 15253

Aprobado Acta No. 195

Vistos

Resuelve: la Sala sobre la admisibilidad de la demanda de casación excepcional interpuesta por el defensor del procesado Genrry Alberto Alonso Pereira.

Antecedentes

1°. El Juzgado Treinta y Cuatro Penal Municipal de Santa Fe de Bogotá condenó a Genrry Alberto Alonso Pereira por la contravención especial de estafa a la pena principal de seis (6) meses de arresto.

2°. El fallo fue apelado por el defensor, y el Juzgado Veintiuno Penal del Circuito confirmó en su integridad la sentencia recurrida.

3°. Contra dicha decisión se interpuso recurso extraordinario de casación excepcional, el cual fue concedido por el despacho que conoció de

la segunda instancia, ordenando correr los traslados correspondientes. Una vez presentada la demanda las diligencias se remitieron a ésta Corporación.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

1°. Tratándose del recurso de casación excepcional contemplado en el inciso final del artículo 218 del Código de Procedimiento Penal, la competencia para admitirlo o no está adscrita a ésta Corporación, de manera que el funcionario de instancia se debía haber limitado a remitir el expediente sin ningún pronunciamiento de su parte, pues al hacerlo incurrió en la causal de nulidad prevista en el numeral 1°. del artículo 304 del Código de procedimiento Penal.

2. De otra parte, el recurso de casación procede contra sentencias de segunda instancia dictadas por delitos, no por contravenciones, tal como lo establece el primer inciso de la norma anteriormente citada, de modo que ese tipo de fallos no tienen recurso extraordinario.

Como en caso *subexamine* el procesado fue condenado por la contravención especial de Estafa, esa es una razón suficiente para inadmitir el recurso interpuesto.

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

RESUELVE:

1. DECRETAR la nulidad del auto por medio del cual el Juzgado Veintiuno Penal del Circuito de Santa Fe de Bogotá admitió el recurso de casación excepcional, y del trámite subsiguiente.

2. INADMITIR el recurso de casación excepcional interpuesto por el defensor del procesado Genrry Alberto Alonso Pereira, contra la sentencia condenatoria proferida por la contravención especial de estafa.

Cópiese, notifíquese y cúmplase,

Jorge Enrique Córdoba Poveda, Fernando Arboleda Ripoll, Ricardo Calvete Rangel, Carlos Augusto Gálvez Argote, Jorge Aníbal Gómez Gallego, Edgar Lombana Trujillo, Carlos E. Mejía Escobar, Didimo Páez Velandia, Nilson Pinilla Pinilla.

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

IMPEDIMENTO/ CONJUEZ

Basta leer el artículo 54 del Estatuto de la Administración de Justicia, (Ley 270 de 1976), para darse cuenta que una de las razones por las cuales se excusa la participación de un Magistrado en las deliberaciones de los asuntos que le corresponde fallar, es el haber sido aceptado su impedimento, y que en esos casos únicamente se nombra conjuez cuando la separación de ese funcionario del conocimiento del asunto disminuye el número de quienes deben decidirlo a menos de la mayoría de los miembros de la sala.

Esto indica que cuando la sala es de tres magistrados, si a uno se le admite el impedimento, los dos restantes pueden adoptar la decisiones que correspondan dentro de ese proceso, sin necesidad de designar un conjuez que lo reemplace.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Santa Fe de Bogotá D.C., diciembre dieciséis de mil novecientos noventa y ocho.

Magistrado Ponente: Dr. *Ricardo Calvete Rangel*

Proceso No. 14904

Aprobado Acta No. 195

VISTOS

Resuelve: la Sala sobre la admisibilidad de la demanda de casación excepcional interpuesta por el defensor del procesado Ramón Rafael Barros Díaz.

ANTECEDENTES

1°. El Juzgado Tercero Penal del Circuito de Santa Marta profirió sentencia absolutoria en favor de Ramón Barros Díaz.

2°. Apelado el fallo por la Fiscal Delegada ante los Juzgados del Circuito, el Tribunal Superior de esa ciudad lo revocó parcialmente condenando al procesado a la pena principal de seis (6) meses de prisión como autor del delito de encubrimiento en la modalidad de receptación, y con-

firmó la absolución por el punible de falsedad material de particular en documento público.

3. El defensor del procesado interpuso contra dicha decisión recurso extraordinario de casación excepcional.

FUNDAMENTOS DEL IMPUGNANTE

Manifiesta que la sentencia dictada en contra de su patrocinado se halla viciada de nulidad "por violación del debido proceso y de esa manera infringir garantías o derechos fundamentales en detrimento de mi defendido Ramón Rafael Barros Díaz".

Sustenta dicha afirmación en los siguientes hechos:

- La Sala Penal del Tribunal Superior de Santa Marta es impar, luego las decisiones deben adoptarse por la totalidad de sus integrantes a menos que alguno de ellos se encuentre disfrutando de permiso, licencia o padezca de alguna enfermedad que le impida concurrir al Despacho.

- En el caso que nos ocupa, uno de los Magistrado no firmó la providencia por encontrarse impedido dentro de las diligencias, luego los restantes debían darle cumplimiento a lo preceptuado en el artículo 106 del Código de Procedimiento Penal. Por ello, no hacerlo constituye una irregularidad que afecta el debido proceso.

- En el caso en estudio la intervención de ese Magistrado podría haberse convertido en definitiva para que se mantuviera la decisión de instancia, y esa irregularidad afecta el principio de legalidad del proceso que da lugar a la nulidad.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. Ramón Rafael Barros Díaz, fue condenado por el delito de encubrimiento por favorecimiento, delito que no reúne el *quantum* punitivo señalado para recurrir en casación ordinaria, razón por la cual es procedente la impugnación excepcional, y corresponde a la Corte decidir sobre su admisibilidad.

2. El motivo que aduce el defensor tiene como fundamento que la sentencia fue firmada por dos de los tres Magistrados integrantes de la Sala, en atención a que uno de ellos se declaró impedido, lo cual estima violatorio del debido proceso.

Ocurre que basta leer el artículo 54 del Estatuto de la Administración de Justicia, (Ley 270 de 1976), para darse cuenta que una de las razones por las cuales se excusa la participación de un Magistrado en las deliberaciones de los asuntos que le corresponde fallar, es el haber sido aceptado su impedimento, y que en esos casos únicamente se nombra conjuez

cuando la separación de ese funcionario del conocimiento del asunto disminuye el número de quienes deben decidirlo a menos de la mayoría de los miembros de la sala.

Esto indica que cuando la sala es de tres magistrados, si a uno se le admite el impedimento, los dos restantes pueden adoptar las decisiones que correspondan dentro de ese proceso, sin necesidad de designar un conjuez que lo reemplace.

Así las cosas, es ostensible que no hubo atentado contra el debido proceso, por cuanto el fallo fue estudiado y aprobado por la mayoría de los integrantes de la Sala de Decisión, tal como lo reconoce el censor, luego no tiene sentido admitir el recurso excepcional interpuesto.

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

RESUELVE:

INADMITIR el recurso de casación excepcional interpuesto por el defensor del procesado Ramón Rafael Barros Díaz.

Notifíquese, y en firme devuélvase al Tribunal de origen. Cúmplase.

Jorge Enrique Córdoba Poveda, Fernando Arboleda Ripoll, Ricardo Calvete Rangel, Carlos Augusto Gálvez Argote, Jorge Aníbal Gómez Gallego, Edgar Lombana Trujillo, Carlos E. Mejía Escobar, Didimo Páez Velandia, Nilson Pinilla Pinilla.

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

INDICE ALFABETICO

Pág.

A

ABUSO DE CONFIANZA 188
ACCION DE REVISION 44,109,532,577
ACCION DISCIPLINARIA 509
ACCION PENAL 509
ACLARACION DE VOTO 89,220,221,279,299
ACUMULACION JURIDICA DE PENAS 57
ANONIMO 54
APELACION 71
APELACION-Sustentación 222

C

CALIFICACION DEL MERITO DEL SUMARIO 225
CAMBIO DE DENOMINACION JURIDICA 463
CAMBIO DE RADICACION 93,134,582
CARTILLA DECADACTILAR 154
CASACION DISCRECIONAL 39,71,585
CASACION 36,39,188,222
CASACION-Quántum punitivo 193
CAUSAL DE INCULPABILIDAD 472
CAUSAL DE JUSTIFICACION 440

Pág.

CESACION DE PROCEDIMIENTO 225
COLISION DE COMPETENCIA 12
COMPETENCIA 57,119,202,205,532
CONJUEZ 587

D

DEFENSA OFICIOSA 463
DEFENSA TECNICA 256
DEFENSA TECNICA-Actuación pasiva del profesional 549
DELITO-Intención 440
DEMANDA DE CASACION 14,256,328,348,440,458,538
DERECHO DE DEFENSA 383,395
DICTAMEN PERICIAL 415
DOCUMENTO PUBLICO 472

E

ERROR EN LA CALIFICACION JURIDICA 119
EXTRADICION 105

F

FUNCIONARIO JUDICIAL 472

I

IMPEDIMENTO 587
IMPEDIMENTO-Amistad íntima 437
IMPEDIMENTO-Haber dictado providencia 574
IMPUTADO 154
INDAGATORIA 313,339,383
INDICIO 138,538
INDIVIDUALIZACION 154
INTERDICCION DE DERECHOS Y FUNCIONES PUBLICAS 244

Pág.

INTERPRETACION ERRONEA DE LA LEY 328

J

JUEZ NATURAL 114
JUEZ REGIONAL-Competencia 131
JURAMENTO 313
JUSTICIA REGIONAL 279,532

L

LEGALIDAD DEL Proceso 114
LEX TERTIA 101
LIBERTAD CONDICIONAL-Antecedentes 308
LIBERTAD PREPARATORIA 412
LIBERTAD PROVISIONAL 7,12,308

N

NOTIFICACION PERSONAL 395
NULIDAD 114,300,440
NULIDAD-Principios orientadores 549

P

PECULADO 18,101
PENA 36,188
PERJUICIOS 516
PERSONALIDAD 207
POLICIA JUDICIAL 383
PORTE ILEGAL DE ARMAS 131
PROPOSICION JURIDICA COMPLETA 18
PRUEBA 395,488

Pág.

PRUEBA-Oportunidad 549

Q

QUERELLA 44

R

REAPERTURA DE LA INVESTIGACION 225
REBELION 280
RECURSO DE HECHO 109
RECUSACION 98
REDENCION DE PENA 165,173,202,205,280
REPARACION DEL DAÑO 165,173
REPOSICION 410

S

SANA CRITICA 549
SECUESTRO 280
SENTENCIA ANTICIPADA 83,207
SENTENCIA ANTICIPADA-Interés para recurrir 300
SUBROGADO PENAL 7

T

TERCERO CIVILMENTE RESPONSABLE 516
TERCERO INCIDENTAL 348
TERMINACION ANTICIPADA DEL PROCESO 83,207,300
TERMINO 128
TESTAFERRATO 61
TESTIMONIO 488,538

Pág.

V

VIOLACION DIRECTA DE LA LEY 207
VIOLACION INDIRECTA DE LA LEY 244

INDICE CRONOLOGICO

Pág.

LIBERTAD PROVISIONAL/ SUBROGADO PENAL. La fijación y el cumplimiento de la pena consecuencia de la transgresión de bienes jurídicos tutelados, no pueden quedar supeditas a motivos de "hacinamiento carcelario", ni el otorgamiento de la libertad provisional o de los subrogados penales, pues estando los funcionarios judiciales sometidos al imperio de la Constitución y la ley, es ésta la que impone frente a la libertad condicional (art. 72 C.P.), y por esta vía a la excarcelación, que se tenga en cuenta no solo aspectos objetivos relacionados con la cantidad de sanción punitiva, con el cumplimiento de las dos terceras partes, sino también con requisitos de índole subjetivo referidos a la personalidad del implicado, su buena conducta en el establecimiento carcelario y sus antecedentes de todo orden, que permitan suponer fundadamente su readaptación social. No es entonces capricho que en relación con el derecho a la libertad provisional y al sustituto en cuestión, la Corte en obedecimiento e interpretación de la ley, fije parámetros sobre diagnóstico y pronóstico que hacen parte de la valoración integral que debe efectuarse, estudio comprensivo del modo de conducirse en sociedad y de actuar del implicado, que en uno de sus aspectos alude a la forma de ejecución del hecho punible como una actividad humana que da cuenta de la personalidad a esclarecer. Magistrado Ponente Dr. *Nilson Pinilla Pinilla*. Casación-Libertad-Reposición. Fecha: 3-11-1998 Decisión: No repone providencia que negó libertad. Procesado: Castro Gaviria Darío José. No Recurrente: Ramírez Giraldo Alba Raquel. No Recurrente: Ruiz Areiza William Orlando. Proceso: 13415. Publicada: Si.

Véase también en Internet 7

COLISION DE COMPETENCIA/ LIBERTAD PROVISIONAL. En el caso concreto, el defensor reclama la excarcelación de (...), argu-

Pág.

mentando que han transcurrido más de 6 meses de suspensión de la audiencia pública y no ha continuado. Estas solicitudes desatienden las facultades restringidas que otorga la ley a la Corte cuando se procede por uno de los incidentes mencionados, en donde la decisión debe ser proferida de plano. "Además, el artículo 101 del Código de Procedimiento Penal dice: Mientras se dirime la colisión, 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." Ello significa que las peticiones de libertad deben ser resueltas, en forma prioritaria, por el funcionario judicial en donde queda el asunto en espera que el competente decida el incidente. Magistrado Ponente Dr. *Nilson Pinilla Pinilla*. Auto Colisión de Competencias. Fecha: 3-11-1998 Decisión: Se abstiene de decidir petición de libertad. Procesado: Rodríguez Guerra Rubén Darío. Procesado: Cano Gil Jaime Arturo. Proceso: 14639. Publicada: Si.

Véase también en - Internet 12

DEMANDA DE CASACION. Reitera una vez más la Corte, que la demanda de casación es el juicio técnico que se formula a la sentencia con la cual termina el proceso su trámite instancial en los casos en que procede y ha sido interpuesto y concedido el recurso extraordinario, siendo por tanto, imperativo, que ese escrito se sujete a las exigencias que la ley de procedimiento ha establecido y de cuya observancia depende en últimas la viabilidad de la impugnación. De tal manera, cuando la demanda omite total o parcialmente ese presupuesto, se impone su rechazo con la consiguiente declaratoria de deserción del recurso, pues a la Corte le está vedado soslayar esa inconsistencia, en cuanto hacerlo implicaría el desconocimiento del principio de igualdad de las partes en el proceso. Magistrado Ponente Dr. *Didimo Páez Velandia*. Auto Casación. Fecha: 3-11-1998 Decisión: Rechaza *in límine* la demanda. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial. Ciudad: Medellín. Procesado: Paredes Cortés Hugo. Delitos: Hurto calificado y agravado, Secuestro simple. Proceso: 12637. Publicada: Si.

Véase también en - Internet 14

PROPOSICION JURIDICA COMPLETA/ PECULADO. 1. El planteamiento del demandante en este punto desatiende el principio de integración de la proposición jurídica completa, en virtud del cual, para la correcta formulación de la censura, se requiere el señalamiento expreso de la totalidad de las normas sustanciales que hayan sido objeto de infracción, y tengan incidencia en el

Pág.

aspecto controvertido, con indicación clara y precisa de sus fundamentos. Cuando el impugnante en casación propone error en la calificación jurídica de la conducta, debe empezar por precisar el tipo penal que la describe, pues un desacierto de esta índole presupone que el Juzgador se equivocó en el proceso de subsunción de los hechos en el derecho, porque debiendo haber ubicado la conducta en el tipo penal llamado a regular el caso, lo hace en uno distinto, comprometiendo su *nomen iuris*, como cuando profiere condena por un delito contra el patrimonio económico, siendo los hechos constitutivos de un ilícito contra la administración pública, o viceversa. En un tal supuesto, siempre existirá una norma sustancial indebidamente aplicada y una que ha sido dejada de aplicar, de suerte que, para la adecuada formulación del cargo, resulta necesario que el actor exponga y demuestre la violación de ambos preceptos, ya que de lo contrario el planteamiento será incompleto. La vía de ataque ha de ser la causal tercera, pues aún cuando el error, en estricto sentido, se origina en ejercicio de la actividad *in iudicando*, sus efectos se proyectan sobre la validez de la actuación procesal, no pudiendo la Corte, en tal medida, dictar fallo de sustitución, pues, de hacerlo, quebrantaría el marco fáctico y jurídico que le impone la resolución acusatoria, desconociendo el principio de consonancia y afectando la estructura conceptual del proceso. 2. Para la estructuración del delito de peculado no se requería que los valores fueran incorporados a la entidad a través de su Tesorería. Desde el instante mismo que los cheques firmados en blanco fueron recibidos por el procesado en su condición de Jefe de la División encargada del recaudo del impuesto, quedaron bajo su protección, al igual que de los demás servidores públicos que por razón del cargo o de sus funciones entraran en relación material con ellos, surgiendo para todos el deber de custodia. De suerte que su apropiación por cualquiera de éstos, es conducta que constituye el delito de peculado. 2. En la sentencia de 18 de abril de 1990, que viene de ser citada, la Sala hizo las siguientes precisiones en relación con la situación en estudio: "Desde una concepción de administración como actividad compleja, en los términos expuestos por la Corte en sentencia de casación de 6 de diciembre de 1982, con ponencia del Magistrado Aldana Rozo, debe admitirse que la gestión de recaudo y manejo de impuestos, dado el mecanismo de controles a que está sometida, corre a cargo de un número plural de personas, todas las cuales poseen una genérica función de administración dentro de los límites de sus atribuciones, sobre los dineros que por tal concepto pagan los contribuyentes. De esta suerte, como allí mismo se

Pág.

expone, además de los empleados de manejo pueden cometer peculado, todos los que dentro de la misma órbita funcional cumplen la tarea de administrar, señalándose como ejemplos los de ordenador, pagador, revisor, auditor, etc., si ella le permite al sujeto activo tener en su esfera de disponibilidad determinados bienes que, de otra manera, hubieran escapado a su acción. "Lo anterior permite concluir que la función de la procesada al liquidar el impuesto, en el sentido de determinar el monto a pagar, y la de expedir el comprobante de ingreso por el pago, desde el alcance que al concepto de administración se ha dado, le permitían la disponibilidad del dinero apropiado dentro de su propia órbita funcional. Luego, si como lo dicen las personas que hicieron los pagos, ellos se cumplieron durante el proceso de liquidación y expedición del respectivo comprobante de ingreso, el hecho de su apropiación constituye peculado y no delito contra el patrimonio económico". Magistrado Ponente Dr. *Fernando Arboleda Ripoll*. Sentencia Casación. Fecha: 3-11-1998 Decisión: No Casa. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial. Ciudad: Neiva. Recurrente: Olaya Calderón Rafael. Delitos: Peculado por apropiación, Falsedad material de particular en documento público. Proceso: 10778. Publicada: Sí.

Véase también en - Internet 18

CASACION/ PENA. 1. El recurso extraordinario de casación, de conformidad con lo establecido por el artículo 218 del Código de Procedimiento Penal, procede contra las sentencias proferidas por el Tribunal Nacional, los Tribunales Superiores de Distrito Judicial y el Tribunal Militar, en segunda instancia, por los delitos que tengan señalada pena privativa de la libertad cuyo máximo sea o exceda de seis (6) años, aún cuando la sanción impuesta haya sido una medida de seguridad. El delito por el cual se dictó el fallo en este caso es el de prevaricato previsto en el artículo 149 del Código Penal, cuya pena privativa de la libertad máxima aplicable es la de cinco (5) años de prisión, circunstancia que pone en evidencia con absoluta claridad que no se cumple el requisito de la pena, de manera que el Tribunal obró acertadamente al inadmitir el recurso. 2. El hecho de que después de cometido el delito viniera una nueva ley que aumentó la pena en nada cambia la situación, pues como era lo correcto no fue esa ley la que se le aplicó sino la vigente al momento de la comisión del ilícito, y ésta es la que marca el parámetro que se tiene que seguir para definir sobre el requisito de la pena previsto para la procedencia del recurso. Magistrado Ponente Dr. *Ricardo Calvete Rangel*. Recurso de Hecho. Fecha: 4-11-1998 Decisión: No concede el recurso extraordinario de casación. Procedencia:

Pág.

Tribunal Superior del Distrito Judicial. Ciudad: Cali. Procesado: Arcila Ramírez Jhon Jairo. Delitos: Prevaricato por acción. Proceso: 14948. Publicada: Si.
Véase también en - Internet 36

CASACION/ CASACION DISCRECIONAL. De acuerdo con el artículo 218 del Código de Procedimiento Penal, el recurso de casación procede en casos de sentencias de segunda instancia dictadas por los tribunales y en relación con procesos adelantados por delitos que tengan prevista una sanción máxima privativa de la libertad superior a seis (6) años, aunque la consecuencia también sea una medida de seguridad. Sin embargo, el mismo precepto, por excepción, prevé la posibilidad del recurso extraordinario en condiciones objetivas distintas a las antes señaladas, siempre que la Sala Penal de la Corte, discrecionalmente, lo acepte con el fin de darle desarrollo a la jurisprudencia o para garantizar los derechos fundamentales. El hecho de que la casación discrecional se desvincule de los presupuestos objetivos contenidos en el inciso 1° del artículo 218, no le quita el carácter de *recurso extraordinario*, pues seguirá siendo eminentemente rogado (no una actuación oficiosa de la jurisdicción) y sujeto a la exposición sumaria inicial de una violación manifiesta de la ley. De modo que no sólo deben invocarse los dos únicos propósitos de realización que apoya la ley, esto es, el desarrollo de la jurisprudencia y la protección de derechos fundamentales, sino que también debe presentarse verosímilmente la necesidad de uno o de ambos fines. Así, el actor deberá argumentar sobre la ausencia de definiciones jurisprudenciales, en relación con uno o varios de los temas discutidos en el proceso; o también indicar demostrativamente que en el curso del mismo hubo infracciones graves a los derechos fundamentales que debieron garantizarse en el mismo, desde luego con la suficiente individualización de los que se estiman violados y las conductas de la judicatura que a ello contribuyeron. Magistrado Ponente Dr. *Jorge Aníbal Gómez Gallego*. Casación Discrecional. Fecha: 4-11-1998 Decisión: No concede el recurso de casación excepcional. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial. Ciudad: Neiva. Procesado: Moncayo De Gaviria Blanca Elvira. No recurrente: Garzón Silvio Orlans. Delitos: Violación a la Ley 30/86. Proceso: 14481. Publicada: Sí.
Véase también en - Internet 39

ACCION DE REVISION/ QUERELLA. 1. La acción de Revisión fue concebida como instrumento extraordinario que persigue levan-

Pág.

tar los efectos de la cosa juzgada judicial que ha sido edificada sobre un error judicial, su ejercicio está sometido al cumplimiento estricto de los presupuestos de admisibilidad establecidos por la ley en el artículo 232 del Código de Procedimiento Penal y concebidos de tal manera que tengan la capacidad de demostrar con nitidez la irresponsabilidad, la responsabilidad del sentenciado, la inimputabilidad del procesado, que la acción penal no podía iniciarse o proseguirse, lo que implica de suyo modificar el proceso en su integridad. Al tratarse de una acción independiente y no constituir una prolongación del juicio, ni corresponder a un instrumento que permita dar cabida a particulares consideraciones tendientes a cuestionar los soportes de la declaración de justicia que ha hecho tránsito a cosa juzgada y amparada por el doble carácter de definitiva e inmutable, resulta claro que para su ejercicio se deben cumplir tales presupuestos, los cuales de no ser reunidos en su integridad, conducen inexorablemente al rechazo de la demanda por la Corte. 2. Es pertinente precisar los alcances de las expresiones: "por falta de querella o petición válidamente formulada", ellas están empleadas dentro del mismo contexto que las utiliza el artículo 29 del Código de Procedimiento Penal, esto es, refiriéndose a los actos contemplados como requisitos que sin su observancia no es dable iniciar el proceso penal respecto de ciertas conductas, con la clara distinción que la querella proviene del afectado con la infracción o su representante mientras que la petición especial del Procurador General de la Nación, opera en los especiales casos que requiere su intervención, tales como en los delitos previstos en los artículos 121 y 122 en concordancia con el 124 del Código Penal y en aquellos de extraterritorialidad de la ley colombiana de conformidad con el artículo 15 numerales 4, 5 y 6, las que igualmente deben reunir las formalidades propias de la denuncia; así como también se exigen requisitos especiales de procesabilidad en los eventos previstos en los artículos 267, 322 y 353 del Código Penal. Magistrado Ponente Dr. *Edgar Lombana Trujillo*. Acción de Revisión. Fecha: 6-11-1998 Decisión: Reconoce personería e inadmite la demanda de revisión. Procedencia: Corte Suprema de Justicia. Procesado: Ruiz Medina Jairo José. Delitos: Prevaricato por acción. Proceso: 14877. Publicada: Sí.

Véase también en - Internet 44

ANONIMO. El poder punitivo del Estado puede ser burlado por denuncia o querella presentada por particular, o por informe que servidor público rinda a autoridad competente sobre la comisión de hecho punible que ha llegado a su conocimiento de in-

Pág.

vestigación oficiosa (art.25 y ss. C.P.P.), siendo esencial, en cualquier caso, que la *notitia criminis* se traduzca en un acto de expresión de un deber social, dadas las repercusiones que comporta el proceso penal, y no en móviles indignos, como el odio, la envidia u otros inconfesables sentimientos hacia el acusado. De ahí para que nuestro legislador, consciente de que dentro de las pasiones que invaden al ser humano se encuentra la de mirar con buenos ojos el mal ajeno, más si puede sin riesgo propio causar ese mal, es que dispuso en el artículo 27 de la Ley 24 de 1992, al cual hace remisión el artículo 38 de la Ley 190 de 1995, que se inadmitieran quejas que sean anónimas o que carezcan de fundamento, por el alto riesgo que se corre de dar pábulo a incriminaciones falsas con innecesario desgaste de la administración de justicia. Magistrado Ponente Dr. *Didimo Páez Velandia*. Unica Instancia. Fecha: 12-11-1998 Decisión: Rechaza la denuncia presentada. Procedencia: Corte Suprema de Justicia. Delitos: Por establecer. Proceso: 15106. Publicada: Si.

Véase también en Internet 54

COMPETENCIA/ ACUMULACION JURIDICA DE PENAS. 1. Una vez hace tránsito a cosa juzgada la sentencia, la disparidad de criterios que sobre competencia se presenten no corresponde en estricto sentido al incidente de colisión a que se refiere el art. 97 y siguientes del C.P.P, sin embargo la Corte asume el conocimiento en los casos que como superior jerárquico debe resolver con fuerza vinculante para los funcionarios trabados en contradicción, a fin de precaver violaciones a los derechos fundamentales de los condenados. 2. Específicamente la discrepancia planteada por el remitente y el colisionante recae con respecto a la competencia del juez que debe conocer de la extinción de la condena por prescripción en el proceso donde el Juez Primero Especializado de Medellín condenó por extorsión a (...) 3. El artículo 1 del acuerdo 54 de 1994 del Consejo Superior de la Judicatura, en consonancia con lo dispuesto por el numeral 1 del art. 75 del C.P.P. y el artículo 51 de la Ley 65 de 1993 del Código Penitenciario, determinan que cuando el condenado esté descontando pena las cuestiones atinentes a otros procesos con sentencia en firme contra el mismo sujeto serán de competencia del juez de penas del lugar donde se encuentre aquél privado de la libertad, sin importar la jurisdicción donde se haya proferido la sentencia y el número de éstas. La Sala con providencia de fecha 18 de marzo de 1997, con ponencia del Magistrado doctor *Carlos E. Mejía Escobar*, con criterio que ahora se reitera, puntualizó que en los "casos de varias sentencias, acumulables o no, en contra

Pág.

de una misma persona, debería ser conocida por el mismo Juez a quien le haya sido repartida la primera sentencia que empezó a ejecutarse, lógicamente manteniendo el factor personal de competencia pues si el INPEC cambia el lugar de reclusión, la competencia necesariamente variará". Magistrado Ponente Dr. *Ricardo Calvete Rangel*. Auto Colisión de Competencias. Fecha: 12-11-1998 Decisión: Se abstiene de conocer sobre el conflicto planteado. Procedencia: J.4º Ejecución y Tribunal Superior. Ciudad: Bogotá y Medellín. Procesado: Rodas Moscoso José Aicardo. Delitos: Extorsión. Proceso: 14881. Publicada: Sí.
Véase también en - Internet 57

TESTAFERRATO. El tipo penal denominado "testaferrato" remonta su establecimiento al artículo 6º del Decreto 1856 de 1989 (adoptado como legislación permanente por el 7º del Decreto Extraordinario 2266 de 1991), conjunto normativo aquél fundado en los siguientes considerandos, entre otros: a. Que el estado de excepción fue declarado por "la acción persistente de grupos antisociales relacionados con el narcotráfico, que vienen perturbando gravemente el normal funcionamiento de las instituciones, en desafío criminal a la sociedad colombiana, con sus secuelas en la seguridad ciudadana, la tranquilidad y la salubridad pública y en la economía nacional".. b. Que "para reprimir el narcotráfico se hace necesario tomar medidas para disponer, en beneficio del Estado Colombiano, el comiso de los bienes y efectos de toda clase vinculados directa o indirectamente a la ejecución de los delitos de narcotráfico y conexos o que provengan de ellos". c. Que en la medida en que "la propiedad y los demás derechos sean adquiridos con el producto de actividades ilícitas, como el narcotráfico, no se puede extender a ellos las garantías constitucionales. Así surgió el tipo penal instituido en el citado artículo 6º del Decreto 1856 de 1989, que describe la conducta de quien presta su nombre para ocultar bienes producto del narcotráfico:. "*Quien preste su nombre para adquirir bienes con dineros provenientes del delito de narcotráfico y conexos, incurrirá en prisión de cinco a diez años y multa de dos mil (2.000) a cinco mil (5.000) salarios mínimos mensuales, sin perjuicio del decomiso de los respectivos bienes*". Incurre en esta infracción quien bajo su nombre oculta el real dominio sobre bienes adquiridos con recursos provenientes de actividades penalmente previstas en el Estatuto Nacional de Estupefacientes y conexas, conociendo el origen de tales caudales, para de esta forma soterrar al verdadero titular de aquéllos. Se trata, como lo dijera esta corporación en auto de 9 de noviembre de

Pág.

1990 (Rad. 5597, M.P. Dr. *Edgar Saavedra Rojas*), de una infracción de conducta permanente, "porque el delito se perfecciona, como ya se dijo, en el momento en que por medio de contrato, escritura o cualquier otro medio legal, un bien pasa a figurar como propiedad de quien realmente no lo es, pues se trata simplemente de una persona que presta su nombre para que figuren en su cabeza bienes que en realidad pertenecen a terceras personas. Y este delito continúa perfeccionándose mientras subsista su condición de testaferro, puesto que el bien jurídico protegido por la norma continúa vulnerándose mientras dure la ilícita simulación.". En principio se observa que el bien jurídico tutelado es la administración de justicia, en la medida que se trata de una forma autónoma de encubrimiento, toda vez que el propósito perseguido por el narcotraficante al utilizar testaferros para que a nombre de éstos figuren bienes de su propiedad, disimulando la magnitud y el origen de su patrimonio y de esa manera engañar a las autoridades sobre sus ilícitas actividades y el lucro de ellas obtenido. Además, la infracción que se viene comentando se fundamenta en la necesidad de proteger otros bienes jurídicos, como la seguridad pública, en tanto la acumulación de fortunas por actividades vinculadas al narcotráfico resquebraja los cimientos de la sociedad, colocando inmensas cantidades de dinero en manos que han propiciado el terrorismo, el sicariato y otros comportamientos lesivos del orden público y de la indemnidad ciudadana. La autónoma criminalización de esta grave manifestación del "testaferrato" pretende así mismo combatir los desajustes en la economía nacional, generados por la introducción descontrolada y masiva de moneda extranjera, con la consecuente distorsión en los niveles de adquisición de divisas, el régimen cambiario y las políticas anti-inflacionarias, con negativos efectos en el mercado de bienes y servicios y el deterioro de las iniciativas empresariales lícitas pero menos rentables. También coadyuva a la afectación contra la salud pública, pues referido con el tipo penal de narcotráfico, sirve a los propósitos de éste; y al grave deterioro de la moral social (artículos 34 Const. y 2° num. 3° Ley 333/96), entre otras razones por la opulencia de capitales adquiridos en forma fácil, producto de actividades ilícitas que desalientan el trabajo honrado y la libre empresa como función social sana base del desarrollo, al igual que la propiedad y demás derechos adquiridos con justo título. El tipo penal que se comenta debe entonces valorarse como una disposición autónoma de naturaleza pluriofensiva, que se integra al sistema de represión del narcotráfico y que, como se ha observado, protege distintos bienes jurídicos perfectamente diferencia-

Pág.

dos en la forma indicada: la administración de justicia, la salud, la seguridad pública, la moral social, el orden económico, etc. La solución de la controversia planteada encuentra respuesta en la especialidad de una norma respecto de otra u otras, pues estudiado el tipo penal previsto en el artículo 6° del Decreto 1856 de 1989 (convertido en legislación permanente por el 7° del Decreto Extraordinario 2266 de 1991), en la forma anotada, surge clara su vigente naturaleza autónoma y su mayor descripción típica, que por su identidad con el caso concreto hace preferente su aplicación frente a otras normas penales aparentemente configuradas. Prestar el nombre para adquirir bienes con dineros provenientes del narcotráfico o de infracciones conexas con éste, mientras el verdadero titular de aquéllos permanece en la clandestinidad, evitando de esa manera la legítima persecución por la justicia, podría tenerse, en gracia de discusión, como comportamiento adecuado a uno de los verbos rectores de la receptación, pero la generalidad de este tipo penal, referido residualmente al encubrimiento sobre bienes de procedencia ilícita que la ley no sancione autónomamente, hace imprescindible descartarlo en el proceso de subsunción, para preferir aquél que, como quedó visto, contiene elementos que lo concretan, especializan y diferencian, mostrando una particular herramienta jurídica relacionada con el verdadero titular y origen de los caudales de la persona que pretende ser favorecida, entre otros medios, gracias a la falaz interposición del testaferro. Magistrado Ponente Dr. *Nilson Pinilla Pinilla*. Auto Colisión de Competencias. Fecha: 12-11-1998 Decisión: Dirime conflicto positivo, mantiene el conocimiento al Juzgado. Regional de Cali. Procedencia: Juzgado 17 Penal del Circuito. Ciudad: Cali. Procesado: Rentería Castillo Laureano. Delitos: Testaferrato. Proceso: 14852.Publicada: Si.

Véase también en - Internet 61

CASACION DISCRECIONAL/ APELACION. La cita normativa de soporte argumental para el señor defensor, ciertamente contempla el deber del apelante de manifestar si la sustentación será oral o escrita; mas, también es verdad, que el inciso tercero del mismo artículo 196-B del C. de P.P. resta fuerza a ese imperativo en relación con la manifestación de que la sustentación se hará por escrito y se la concede a la que se pretenda realizar oralmente, al punto de que, en el evento de ser varios los apelantes, con uno solo de ellos que manifieste el propósito de apelar en forma oral, el recurso debe concederse inmediatamente y no se aplica respecto de los demás -es de entenderse que se refiere a los que

Pág.

manifestaron que sustentarían por escrito-, el procedimiento propio de esta forma -artículo 196-A C. de P.P. "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 previsto en el inciso anterior". El carácter excepcional del recurso de casación contemplado en el tercer inciso del artículo 218 del C. de P.P. cobija de manera excluyente a las especiales causales por las cuales autoriza a la Corte a concederlo, no pudiendo ésta, según el principio de limitación establecido en el artículo 228 del mismo estatuto, extender su potestad de eventual juez extraordinario a causales distintas de las autorizadas, sea que se presenten por el recurrente en forma expresa o bajo argumentaciones que igual conducen a esa falta de identidad. Magistrado Ponente Dr. *Didimo Páez Velandia*. Casación Discrecional. Fecha: 12-11-1998 Decisión: No concede el recurso de casación discrecional. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial. Ciudad: Cali. Procesado: Arango Vásquez, Rafael. Procesado: Muñoz Ceballos, María Helena. Procesado: Chaparro Medina Constaza. Procesado: Jiménez Arizala, Maritza. Delitos: Prevaricato por acción. Proceso: 14981. Publicada: Sí.

Véase también en - Internet 71

TERMINACION ANTICIPADA DEL PROCESO/ SENTENCIA ANTICIPADA. El inciso tercero del artículo 37 del Código de procedimiento Penal es muy claro al ordenar al juez competente que "en el término de diez días hábiles dictará sentencia conforme a los hechos y circunstancias aceptados, siempre que no haya habido violación de garantías fundamentales", lo que indica que en este último caso debe abstenerse de hacerlo. De ahí mismo se infiere que como se trata de un trámite especial de terminación anticipada del proceso, paralelo a la actuación ordinaria que se venía adelantando, si él fracasa las diligencias deben volver a su curso normal y a poder del fiscal que venía instruyendo. Ahora bien, como la excepción para que el juez no dicte sentencia es que advierta que se violaron garantías fundamentales, y el proceso se encuentra en la etapa del juicio, (si no fuera así no podría estar para fallo), la manera para que vuelva al sumario es declarando la nulidad que corresponda, pues no se puede olvidar que el acta que contiene los cargos es equivalente a la resolución de acusación, y la ejecutoria de ésta es material, lo que significa que para volver atrás se debe anular, y el que tiene la competencia para hacerlo durante el juicio es el juez. Otro punto importante que corresponde precisar es que respecto de los hechos y

circunstancias aceptados la sentencia no puede ser absolutoria, pues la manifestación del acusado releva al sentenciador de valoraciones de carácter probatorio, y justamente esa es una de las razones por las cuales se hace acreedor a una rebaja de pena. Pero lo anterior no puede ser entendido en el sentido de que si el fiscal consideró que los hechos aceptados dan lugar a la tipificación de dos delitos, el juez, aunque crea que no se tipifica sino uno solo, ya sea porque concluye que el concurso es solo aparente, o porque se trata de un delito complejo etc., esté obligado a condenar en los términos de la acusación, pues eso sería creer que la norma le impone la obligación de violar la garantía fundamental del principio de legalidad, extremo al cual no puede llegar. Y considerar que el juez no puede dictar la sentencia condenando por un delito y absolviendo por el otro porque la acusación fue por los dos, es poner al juzgador en una posición absolutamente pasiva frente a los cargos, con grave perjuicio para el procesado, quien si bien es cierto aceptó la responsabilidad en cuanto a los hechos imputados, y ello no se puede desconocer, no es aplicable el mismo rigor en lo relacionado con la tipicidad, pues para ello se necesitaría presuponer que el implicado es un experto en derecho penal, y poner sobre sus hombros una tarea que le corresponde a los funcionarios judiciales, quienes, es oportuno recordarlo, a veces tiene muchas dificultades para cumplirla a pesar de su formación jurídica. De otra parte, concluir que en la situación en comento el juez debe limitarse a devolver el proceso, quién sabe para qué, pues esa diferencia de criterio no genera nulidad, es mutilar innecesariamente el propósito del legislador de que la sentencia anticipada sea una forma ágil de terminación del proceso, a la vez de un mecanismo eficaz de descongestión judicial. Es lógico que en los casos de sentencia anticipada, respecto de los hechos y circunstancias aceptados por el acriminado, el juez no pueda dictar sentencia absolutoria, como si puede hacerlo cuando no media dicha aceptación; pero no es razonable que ni siquiera pueda dictar sentencia condenatoria dentro del ámbito de sus facultades de juez, es decir, aplicando las normas que corresponden a los hechos y circunstancias aceptados, las cuales pueden no coincidir con las seleccionadas por el fiscal mientras no se rompa la congruencia entre la acusación y el fallo. Si el fiscal o el ministerio público no comparten la decisión tomada pueden ejercer el derecho a impugnar interponiendo el recurso de apelación, que en la legislación vigente no tiene para ellos ninguna limitante, de manera que todos los temas resueltos en el fallo pueden ser cuestionados. Cabe recordar que en el original

Pág.

artículo 37 del Procedimiento Penal, una vez efectuado el acuerdo entre el procesado y el fiscal éste no estaba facultado para recurrir, circunstancia que obligaba a que el juez solo podía dictar sentencia si se ajustaba estrictamente a la acusación, pues si le hacia alguna variación el fiscal no tenía posibilidad de protestar, de modo que resultaba afectado en sus garantías de sujeto procesal. Magistrado Ponente Dr. *Ricardo Calvete Rangel*. Auto Colisión de Competencias. Fecha: 12-11-1998 Decisión: Atribuye conocimiento al Juzgado Regional de Cali. Procedencia: Juzgado Promiscuo del Circuito. Ciudad: Puerto Asis. Procesado: Rebolledo Ibáñez, Gustavo. Delitos: Concusión, Favorecimiento a narcotraficantes. Proceso: 14668. Publicada: Si. Aclaración de voto Dr. *Didimo Páez Velandia* -. Aclaración de voto Dr. *Fernando Arboleda Ripoll* -. Salvamento de Voto Dr. *Carlos Eduardo Mejía Escobar* -.

Véase también en - Internet 83

CAMBIO DE RADICACION. Al tenor del artículo 68 numeral 8º del C. de P.P. es competencia de la Corte resolver los cambios de radicación cuando la solicitud se formula para cambio de un Distrito Judicial a otro y el proceso se halla en la fase de juicio, como sucede en el caso en examen. El cambio de radicación, de conformidad con el artículo 83 del C. de P.P., es procedente cuando "en el territorio donde se está 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", vale decir, es una medida extrema instituida para preservar las garantías señaladas en la norma, de factores externos de cualquiera índole capaces de avasallarlas imposibilitando la gestión de la administración de justicia en condiciones de independencia e imparcialidad y la garantía de un proceso equilibrado y justo, del que es parte esencial obviamente la vida y la integridad personal del acusado.. De tal manera, los motivos alegados, deben convocar a una real necesidad y conveniencia de ese especial traslado del proceso, sin que pueda olvidarse que la ley de procedimiento tiene establecidos variados y eficaces medios de control sobre la actuación judicial que en estricto sentido velan por su imparcialidad, y que en cuanto a la garantía de la vida y la integridad del procesado detenido, como responsabilidad del Estado, existen también mecanismos legales de orden administrativo que deben ser agotados antes de pretenderse la erradicación de un proceso de un determinado Distrito Judicial para trasladarlo a otro. Magistrado Ponente Dr. *Didimo Páez Velandia*. Cambio de Radica-

Pág.

ción. Fecha:12-11-1998 Decisión: Niega el cambio de radicación. Procedencia: Juzgado 11 Penal del Circuito. Ciudad: Santa Fe de Bogotá. Procesado: Garrido López Eradio Brayan. Proceso: 15109. Publicada: Sí.
Véase también en - Internet 93

RECUSACION. Los artículos 107 a 109 del Código de Procedimiento Penal establecen los pasos a seguir en los casos de recusación, los cuales difieren en razón a la aceptación o rechazo de los hechos en los que se funda aquella. En esta ocasión el análisis se centrará en la eventualidad referida exclusivamente al caso de los Magistrados que no admiten la recusación, por ser el aspecto que concierne a la situación *sub judice*. El artículo 109 del estatuto procesal señala que "Si la recusación versa sobre magistrado y el recusado no la aceptare, decidirán los restantes magistrados de la Sala", pronunciamiento con el que termina el trámite, y respecto del cual no procede ningún recurso, (art. 117 *ibidem*)..Cuando la recusación se eleva contra toda la Sala de Decisión y los Magistrados no la aceptan, el trámite debe surtirse conjuntamente, como lo dispone el artículo 107 *ibidem*, pues por obvias razones ninguno de los integrantes de la Sala cuestionada puede ocuparse del motivo de la recusación, y en consecuencia le corresponde resolver a la Sala presidida por el Magistrado que le sigue en turno, cuya decisión es inimpugnable. En síntesis, cuando se trata de recusación de Magistrados de tribunal que no es aceptada, la Corte no tiene ninguna intervención, y lo que quiso evitar el legislador ordenando que el asunto se resuelva en cada sede es precisamente la dilación de los procesos..Magistrado Ponente Dr. *Ricardo Calvete Rangel*. Auto Recusación. Fecha: 12-11-1998 Decisión: Se abstiene de conocer de la recusación. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial. Ciudad: Santa Fe de Bogotá. Procesado: Peñalosa Castro Francisco José. Proceso: 15036. Publicada: Sí.
Véase también en - Internet 98

PECULADO/ LEX TERTIA. En afortunada cita del *a quo* dijo esta Sala en la referida oportunidad:. " ...Quiere esto significar que la Ley cuya favorable aplicación demandan la Constitución y los principios rectores del derecho, es concretamente aquella disposición o aquel conjunto de disposiciones que, formando parte de una cualquiera de las que se confrontan, regulan normativamente con mayor beneficio para el interesado, el hecho humano o jurídico generador del conflicto. Lo que no resulta valedero, como lo advierte la doctrina jurídico generador del conflicto. Lo que no resulta valedero, como lo advierte la doctrina universal y como esta misma Corporación lo ha manifestado (ver casación de julio

Pág.

11/52) y auto de mayo 21/81) es tomar de una ley solamente lo que en determinado aspecto favorezca al procesado y de la otra lo que desde otro lo beneficia igualmente, porque en tal hipótesis el juzgador no estaría aplicando de las leyes enfrentadas la más favorable, sino creando una tercera con pedazos de aquella, con lo que se convertiría arbitrariamente en legislador". Tales reflexiones interpretan fielmente y con estrictez la Constitución y la ley, y sólo es dable agregar aquí que la «LEY» allí mencionada es, de un lado, el artículo 219 del Código Penal, (falsedad ideológica), del cual partió el Tribunal, como delito más grave, para dosificar la sanción, de conformidad con el artículo 26 *ibidem* (fl.64) y, del otro, el artículo 19 de la Ley 190 de 1995, modificatorio del artículo 133 del Código Penal, que tipifica el delito de peculado. Magistrado Ponente Dr. *Edgar Lombana Trujillo*. Auto Segunda Instancia. Fecha: 12-11-1998 Decisión: Confirma auto mediante el cual el Tribunal no rebajó la pena impuesta. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial. Ciudad: Villavicencio. Procesado: Melo Ibañez Juan De La Cruz. Delitos: Falsedad, Peculado por apropiación. Proceso: 15156. Publicada: Sí.

Véase también en - Internet 101

EXTRADICION. Tampoco es idónea para enervar el poder de convicción de los anexos y dejar sin demostrar la conducta imputada y el lugar y la fecha de su ejecución en los términos que lo exige el numeral 2° del art. 551 del C. de P.P., dado que, la razón principal de éste requisito es permitir a la Colegiatura establecer la existencia del principio de doble incriminación como fundamento del concepto, labor que cumple la Sala verificando objetivamente que la conducta particularizada encaje en alguno de los tipos penales previstos en nuestro Código Punitivo reprimido con prisión no inferior a cuatro años, y la que excluye cualquier posibilidad de valoración de los medios de prueba, como de manera impertinente lo pretende la impugnante, por ser esta una función de la exclusiva competencia de la jurisdicción del país reclamante. Magistrado Ponente Dr. *Edgar Lombana Trujillo*. Extradición. Fecha: 17-11-1998 Decisión: No repone providencia que rechazó la práctica de pruebas. Procedencia: Gobierno. Ciudad: Estados Unidos. Procesado: Menéndez Norberto. Proceso: 14557. Publicada: Si.

Véase también en - Internet 105

ACCION DE REVISION/ RECURSO DE HECHO. Los artículos 68 y 70 del Código de Procedimiento Penal no le asignan a la Corte, al Tribunal Nacional o a los tribunales superiores de distrito Judi-

Pág.

cial competencia para conocer en segunda instancia de la acción de revisión. De igual manera, si bien es cierto que el numeral 3° del artículo 68 de la misma obra, faculta a la Sala de Casación Penal para conocer del recurso de hecho cuando se niega el de casación, el legislador nada dijo del auto que inadmite la acción de revisión. Por lo anterior debe hacerse nuevamente claridad que la acción de revisión no es una prolongación del proceso penal, por lo que la norma en que se ampara el impugnante, esto es, el artículo 202 del C.de P.P., está referida a los pronunciamientos que se profieran dentro o las que ponen fin al diligenciamiento. Respecto al tema concreto, es decir, sobre la inimpugnabilidad del auto que inadmite la demanda de revisión, ha dicho la Sala: "Según el artículo 16 de la normatividad procesal vigente "toda providencia interlocutoria, podrá ser apelada, salvo las excepciones legales". Ello nos indica -por regla general- que las providencias que resuelvan cuestión de fondo de la actividad judicial, podrán ser examinadas por el superior, salvo que la ley disponga lo contrario. Es lo que sucede con el auto que niega la acción de revisión. Por voluntad del legislador se otorgó para su conocimiento una competencia única, según el proceso de que se trate. Si de su regencia estuvo encargado un juez del respectivo Distrito Judicial, conocerá el Tribunal correspondiente. En cambio, si se tratare de la sentencia ejecutoriada dictada en única o segunda instancia por la Corte, por el Tribunal Nacional o por los Tribunales Superiores de Distrito, el conocimiento de dicha acción corresponderá a esta colegiatura. "Se habla de competencia única porque ni en el artículo 68 ni el artículo 70 del estatuto procedimental, se establece una segunda instancia para examinar la decisión tomada. Confirma lo anterior, el citado artículo 68 cuando, en su numeral 3°, le asigna a la Corte el conocimiento, únicamente, "del recurso de hecho cuando se deniega el recurso de casación". Queda excluido, por tanto, el auto por el cual, los Tribunales de Distrito, inadmiten la acción de revisión. "Esta restricción no hace otra cosa que responder a la regla general que gobierna esta acción especialísima. Recuérdese que la providencia que decide si el proceso cuestionado amerita o no la revisión, queda ejecutoriada inmediatamente, sin que haya lugar a interponer apelación contra ella. Con mayor razón, el auto que niega la admisibilidad de la acción misma [argumento a fortiori], ha de sufrir igual suerte. "Tal rigor es explicable, pues esta decisión no le cierra las puertas al interesado para acudir en un futuro a los despachos judiciales competentes, en procura de conseguir la revisión deseada del proceso" (providencias de febrero 10, julio

Pág.

15 y octubre 14 de 1993, entre otras). De manera que al ser claro que las actuaciones propias del desarrollo de la acción de revisión son de única instancia, resulta, entonces, obvio que el recurso de apelación interpuesto, cuya admisión se discute ahora por vía del de hecho, resulta improcedente, por lo que la Sala no lo concederá. Magistrado Ponente Dr. *Jorge E. Córdoba Poveda*. Recurso de Hecho. Fecha: 17-11-1998 Decisión: Declara que estuvo bien denegado el recurso de apelación. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial. Ciudad: Manizales. Procesado: Diosa Martínez Abraham De Jesús. Delitos: Homicidio. Proceso: 14949. Publicada: Sí.
Véase también en - Internet 109

JUEZ NATURAL/ LEGALIDAD DEL PROCESO/ NULIDAD. Resulta desacertado el parecer del Juez Penal del Circuito de Aguachica, propincuo a que quien carece de competencia continúe realizando actos que están por fuera de su alcance legal, criterio este desconocedor de la garantía fundamental del Juez natural consagrado en el artículo 29 de la Carta Política, así como de otros principios cuyo desarrollo evocan los artículos 9, 13, 18 y 22 del C.P.P. que en un haz garantista permiten ver en el sistema vigente al Juez como pináculo prendario de la legalidad del proceso y por consiguiente obligado a constatar el adecuado e inconcuso encuadramiento típico de la conducta, entre otros efectos, para verificar su competencia. Por lo precedente queda al desnudo que en el fondo lo querido por el Juez Penal del Circuito es apartarse del conocimiento del asunto so pretexto de conservar la estructura del procedimiento y la inmutabilidad de la relación jurídica demarcada por el Fiscal para el juicio; pero olvida que como repetidamente lo ha dicho esta Sala -proveídos de octubre 8 de 1996, M.P. Dr. *Didimo Páez Velandia*; 12 de noviembre de 1996, M.P. Dr. Jorge Aníbal Gómez Gallego; 12 de agosto de 1997, M.P. Dr. Fernando Arboleda Ripoll- el Juez puede declararse inhibido para conocer de determinados hechos delictivos sin que le concierna decretar nulidades dentro de la actuación procesal cuyo trámite precisamente resigna por ser extraño a su competencia, lo cual está en armonía con lo que al respecto establece el artículo 101 del C.P.P. cuando prescribe: "*pero las nulidades a que hubiere lugar sólo podrán ser decretadas por el funcionario judicial en quien quede radicada la competencia*". Magistrado Ponente Dr. *Jorge Aníbal Gómez Gallego*. Auto Colisión de Competencias. Fecha: 18-11-1998 Decisión: Declara competencia al Juzgado Penal del Circuito de Aguachica. Procedencia: Juzgado Regional. Ciudad: Barranquilla. Procesado: Ríos Alvarez Alvaro. Procesado: Carvajalino Héctor Julio. Procesado: Carreño, Diomar.

Pág.

Delitos: Porte ilegal de armas, Homicidio. Proceso: 14474. Publicada: Si.
Véase también en - Internet 114

COMPETENCIA/ ERROR EN LA CALIFICACION JURIDICA. Cuando existe error en la calificación jurídica provisional, que varíe la competencia de la justicia ordinaria a la regional, debe proponerse inmediatamente la colisión de competencia, pudiendo la Corporación pronunciarse sobre la adecuación típica del hecho frente al recaudo probatorio, facultad de la que carece para hacer reflexiones sobre la materialidad del hecho y responsabilidad del procesado; porque de así actuar invadiría la órbita de competencia de la Fiscalía General de la Nación. Si bien la función básica de instruir, calificar y acusar recae en la Fiscalía, si se evidencia la existencia de error en la calificación jurídica provisional de la acusación, que varíe la competencia de la Justicia Regional a la Ordinaria, o viceversa, debe el Funcionario inmediatamente proponer el conflicto para que sea resuelto por esta Corporación; situación desechada en los demás casos, en los que debe decretar la nulidad al momento de entrar el proceso para fallo, con el propósito de que los yerros sean corregidos por la Fiscalía. De no actuar de esta suerte, el rito surtido con posterioridad sería irregular por falta de competencia del Funcionario, lesionando el principio supremo del Juez natural y en consecuencia del debido proceso. Esta es la razón para que el art. 304 del C. de P.P. consagre la incompetencia como causal de nulidad en su numeral 1o., a decretar por el funcionario que la ostente. El instituto jurídico de la colisión de competencias se vería desnaturalizado, dado que, ninguna utilidad reportaría que el proceso fuera conocido por esta Sala, si de antemano se conoce que sería asignado al Funcionario que deriva de la resolución de acusación, forzándolo a actuar dentro de un proceso del que ha renegado su competencia, atentando contra el Juez Natural. Así entonces, para dirimir el conflicto es necesario valorar la calificación provisional impartida por la Fiscalía, de cara a los medios de prueba, sin abordar la Sala el análisis de la materialidad de los hechos, ni de la responsabilidad del sujeto activo, pues de hacerlo usurparía las funciones del Ente Acusador.. Magistrado Ponente Dr. *Edgar Lombana Trujillo*. Auto Colisión de Competencias. Fecha: 18-11-1998 Decisión: Declara competencia al Juzgado Promiscuo del Circuito de Santa Rosa de Viterbo. Procedencia: Juzgado Regional y Promiscuo. Ciudad: Bogotá y Tutazá. Procesado: Bello Cárdenas, Sanín. Delitos: Lesiones personales. Proceso: 14698. Publicada: Si.
Véase también en - Internet 119

Pág.

TERMINO. Los términos legales apuntan al orden procedimental, la igualdad entre los sujetos procesales, la preclusión de las determinaciones y etapas en el trámite y la seguridad jurídica. Otorgan a la organización judicial y a los intervinientes en el proceso la oportunidad de realizar ciertos actos y confieren firmeza a las decisiones judiciales, produciendo efectos que deben ser respetados.. De otra parte, los yerros cometidos por los servidores públicos respecto al inicio, duración o vencimiento de los términos no tienen aptitud para modificar la ley, ni sirven de excusa de actuaciones tardías de las partes, a las cuales corresponde estar atentas y llevar las cuentas respectivas. Magistrado Ponente Dr. *Nilson Pinilla Pinilla*. Auto Casación. Fecha: 18-11-1998 Decisión: Decreta nulidad de lo actuado a partir del traslado a los no recurrentes, declara desierto el recurso extraordinario. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial. Ciudad: Bucaramanga. Recurrente: Ramírez María Dassy. Delitos: Hurto agravado, Falsedad en documento privado. Proceso: 10349. Publicada: Sí .
Véase también en - Internet 128

JUEZ REGIONAL-Competencia/ PORTE ILEGAL DE ARMAS. De conformidad con el numeral 4º del artículo 71 del Código de Procedimiento Penal a los jueces regionales corresponde, entre otros, el conocimiento de los delitos a que se refiere el Decreto 2.266 de 1991, "con la excepción del simple porte de armas de fuego de defensa personal,...", lo que significa que son de su competencia las conductas relativas a la importación, fabricación, transporte, almacenamiento, distribución, venta, reparación y suministro de armas de fuego de defensa personal, municiones o explosivos.. Según se afirmó en decisión de julio 19 de 1996, siendo ponente quien en ésta cumple el mismo cometido, "corresponde ... tener en cuenta el contenido fundamental de la acción, esto es, la voluntad del sujeto agente, en cuanto se refiere al porte del arma y de las municiones distintas a su carga normal, recurriendo para ello a todos los elementos probatorios que permitan determinar las circunstancias temporo-espaciales, anteriores, concomitantes y posteriores al hecho, la cantidad, clase e identificación de las municiones y del arma, para así, colegir si concurren inequívocamente dos acciones óntica y jurídicamente separables o a contrario sensu, se elimina esa posibilidad por surgir en forma clara la integración del necesario y normal aprovisionamiento del arma, que no ha estado dirigido a un fin diverso que el de abastecerla". Magistrado Ponente Dr. *Carlos A. Gálvez Argote*. Auto Colisión de Competencias. Fecha: 18-11-1998 Decisión: Asigna competencia al Juzgado Regional de

Pág.

Medellín. Procedencia: Juzgado 2° Penal del Circuito. Ciudad: La Dorada. Procesado: Maya Pinto Jesús Antonio. Delitos: Porte de armas de defensa personal. Proceso: 14726. Publicada: Sí. Véase también en - Internet 131

CAMBIO DE RADICACION. Una vez más debe reiterar la Sala que el cambio de radicación de un proceso penal, como excepción a las reglas de competencia por el factor territorial, procede cuando se acredita, en debida forma, que en el lugar en donde se ventilan las diligencias existen 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, tal como lo contempla el artículo 83 del Código de Procedimiento Penal.. Igualmente se ha dicho que la labor del peticionario habrá de consistir en demostrar, de manera clara y evidente, cualesquiera de las circunstancias anteriormente citadas para que la Corte, en cumplimiento de lo normado en el numeral 8° del artículo 68 de la misma obra, se pronuncie sobre la viabilidad o no del cambio de radicación solicitado. Magistrado Ponente Dr. *Jorge E. Córdoba Poveda.* Cambio de Radicación. Fecha: 23-11-1998 Decisión: No concede el cambio de radicación. Procedencia: Juzgado Promiscuo Municipal. Ciudad: Anapoima. Procesado: Suárez De Castellanos Gloria. Delitos: Hurto, Invasión de tierras o edificios. Proceso: 14940. Publicada: Sí. Véase también en - Internet 134

INDICIO. 1. Por su naturaleza y estructura complejas y sus características como medio probatorio, los indicios que necesariamente son la resultante del juicio lógico que se consolida a partir de la verdad revelada en un hecho conocido, esto es que se funda básicamente en una prueba objetivamente cierta y que sirve para argumentar otro hecho ignorado, imponen una correlación valorativa conjunta determinada por el vínculo de concordancia y convergencia a través del cual se logra que la inferencia pase de la probabilidad a la certeza. 2. Debido a esta conformación interdependiente de la prueba indiciaria y al hecho de que mediante ella el procedimiento que debe emplearse en la búsqueda de la verdad es diverso del que comúnmente se utiliza cuando es descubierta a través de elementos persuasivos de distinto origen y características, ha distinguido la jurisprudencia de la Sala con estricta sujeción al fundamento teórico y legal del extraordinario recurso, que en materia casacional depende la orientación del ataque al fallo recaído sobre este medio de si el cuestionamiento

Pág.

se dirige contra el hecho indicador, lo cual implica censurar directamente las probanzas que lo sustentan, esto es, la fuente indiciaria misma, que debe hacerse a través de la proposición de errores de hecho y de derecho en los distintos falsos juicios que teóricamente se admiten, o si por el contrario es la inferencia el objeto del reparo, caso en el cual por faltarse a un razonamiento válido para inferir el indicio, o lo que es igual por alterarse el curso de la inferencia al extremo de desconocerse los principios lógicos y las reglas de la experiencia, se culmina tergiversando su sentido, es propio de este defecto en el análisis acudir al error de hecho pero por falso juicio de identidad.. Por la complejidad que de suyo presenta la valoración de los juicios lógicos elaborados por el juez con miras a descubrir la verdad, máxime cuando solo ante un evidente desconocimiento de las leyes de la experiencia, la ciencia y la racionalidad se hace posible su cuestionamiento, ha destacado en múltiples oportunidades la Corte las dificultades que tiene el ataque casacional de este extremo de la prueba indiciaria, pues en la mayoría de los casos, a la dialéctica del sentenciador suelen anteponerse los subjetivos criterios apreciativos del demandante. Magistrado Ponente Dr. *Carlos A. Gálvez Argote*. Sentencia Casación. Fecha: 23-11-1998 Decisión: No Casa. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial. Ciudad: Cartagena. Recurrente: Rodríguez Calderón, José Tito. No Recurrente: Hernández Pachón Jair. Delitos: Homicidio agravado. Proceso: 10998. Publicada: Si .

Véase también en - Internet 138

CARTILLA DECADACTILAR/ INDIVIDUALIZACION/ IMPUTADO. La apreciación del demandante, en el sentido de que el proceso de individualización e identificación del imputado, con miras a su emplazamiento para ser escuchado en indagatoria, debe necesariamente apoyarse en su cartilla decadactilar, porque es allí donde aparecen registrados los rasgos y características físicas de la persona, es equivocada. La normatividad procesal penal no hace esta clase de exigencias, ni del contenido de su artículo 356 resulta posible inferirlas. En esta materia rige el principio de libertad probatoria, de acuerdo con el cual cualquier medio de prueba es apto para la demostración de los diferentes aspectos de la investigación, salvo que la ley expresamente requiera uno especial. La prohibición que la norma contiene de emplazar personas que no estén plenamente identificadas, persigue evitar la vinculación y condena de sujetos indeterminados, siendo condición necesaria para poder hacer uso de este mecanismo supletorio, que se tengan datos ciertos sobre su identidad, sin que se

Pág.

exija, como parece entenderlo el casacionista, una particular forma de comprobación, o un específico elemento probatorio para establecerlo. No puede desconocerse la importancia que la cartilla decadactilar tiene en el proceso de comprobación de la identidad plena de una persona, pero este no es el único medio idóneo para lograrlo. Los registros personales que este documento contiene, pueden ser obtenidos a través de otros elementos de prueba (testimoniales, técnicas, documentales, fotográficas, etc), y serán suficientes para soportar el emplazamiento del imputado, si de ellos surge seguridad sobre su individualidad personal. . Lo importante, realmente, es que la información allegada al proceso permita distinguir al imputado de sus congéneres, de manera que su emplazamiento se funde en la certeza de ser la persona requerida para que se presente a rendir indagatoria, inconfundible y especifica, y no alguien indeterminado. Magistrado Ponente Dr. *Fernando Arboleda Ripoll*. Sentencia Casación. Fecha: 23-11-1998 Decisión: No Casa, ordena que en la investigación que se adelante... Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial. Ciudad: Cúcuta. Procesado: Rodríguez Castro, Jairo Omar. Recurrente: Gomez Lazaro, Vilmar. Delitos: Porte de armas de defensa personal, Homicidio. Proceso: 10416. Publicada: Si.

Véase también en - Internet 154

REPARACION DEL DAÑO/ REDENCION DE PENA. La rebaja de pena procede cuando el acriminado restituye el objeto material o su valor, e indemniza los perjuicios causados, pues el sentido de la norma es beneficiar a la victima atrayendo al delincuente a que asuma esa actitud a cambio de la disminución punitiva, de manera que si la condición señalada en la norma no se cumplió no hay lugar a su aplicación. Magistrado Ponente Dr. *Ricardo Calvete Rangel*. Sentencia Casación. Fecha: 23-11-1998 Decisión: No Casa. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial. Ciudad: Medellín. Recurrente: Escobar Castaño, Luis Guillermo. Delitos: Hurto calificado y agravado, Porte de armas de defensa personal. Proceso: 10211. Publicada: Si .

Véase también en - Internet 165

REPARACION DEL DAÑO/ REDENCION DE PENA. Antes de entrar a determinar si el supuesto fáctico recogido por el articulo 374 del Código Penal ha tenido concreción en el presente caso, varias son las precisiones que debe hacer la Corte sobre la naturaleza y alcance del referido precepto: 1. Es un mecanismo de reducción de pena, no una atenuante de responsabilidad. La rebaja en ella establecida no se deriva de una circunstancia con-

Pág.

comitante al hecho punible, que pueda incidir en la tipicidad, antijuridicidad o culpabilidad, o en los grados o formas de participación, sino de una actitud posdelictual del imputado, de carácter procesal, que para nada varía el juicio de responsabilidad penal, y que como tal solo puede afectar la pena una vez ha sido individualizada. Siendo ello así, la disminución punitiva allí prevista debe entenderse referida a la dosificación judicial, no a los límites establecidos en cada uno de los tipos penales que conforman el capítulo de los delitos contra el patrimonio económico, como pareciera insinuarlo la redacción del precepto, razón por la que, para el presente caso, se habilita el interés para recurrir, tratándose de sentencia anticipada. La concreción y modificación de los extremos punitivos es de competencia del legislador, no del Juez, luego mal puede pensarse que la rebaja prevista en la norma, siendo de aplicación judicial (El Juez podrá disminuir, reza el precepto), modifica los mínimos y máximos punitivos señalados en cada una de las citadas disposiciones penales.. Obsérvese que cuando el legislador introduce este tipo de modificaciones, lo hace directamente (arts. 22, 24, 30, 60 C. P.), y si en esta oportunidad no lo hizo, sino que defirió la aplicación de la rebaja al Juzgador, es porque no fue su voluntad afectar dichos topes.. En consecuencia, las rebajas establecidas en la citada disposición, en cuanto no comprometen los límites punitivos señalados en el tipo penal que define el delito realizado, no pueden afectar el término de prescripción de la acción penal, ni incidir en la determinación de la pena máxima para efectos de establecer la procedencia del recurso de casación. Magistrado Ponente Dr. *Fernando Arboleda Ripoll*. Sentencia Casación.. Fecha: 23-11-1998 Decisión: Casa, condena y fija pena. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial. Ciudad: Santa Fe de Bogotá. No recurrente: Pineda Peña,Carlos. No Recurrente: Cruz Cruz,José Vicente. Recurrente: Ramírez Reyes Alpidio. Delitos: Hurto calificado y agravado, Porte de armas de defensa personal. Proceso: 9657. Publicada: Sí. Salvamento de Voto Dr. *Nilson Pinilla Pinilla* -.

Véase también en - Internet 173

ABUSO DE CONFIANZA/ CASACION/ PENA. Se tiene que el delito de abuso de confianza, consagra una pena que oscila entre uno y cinco años de prisión, pero como la agravante propuesta y deducida en la sentencia de primera instancia, permite incrementar la pena de una tercera parte (1/3) a la mitad (1/2), significa que el máximo imponible pasaría de cinco (5) años a siete (7) años seis (6) meses de prisión. Esta Sala de la Corte, de manera

Pág.

pacífica y reiterada ha señalado los parámetros que permiten cuantificar la pena máxima a imponer a efecto de alcanzar el recurso extraordinario de casación, tal como se puntualizó en pronunciamiento de enero 31 de 1997, en proceso cuya conducción estuvo a cargo del Doctor *Ricardo Calvete Rangel*: "... el requisito legal en cuanto al monto de la pena para acceder al recurso extraordinario es la sanción punitiva máxima que contemple el respectivo tipo penal para el delito que se imputa, atendidas las circunstancias de agravación y atenuación modificadores de la punibilidad que concurran y no la impuesta en la sentencia...". . Ahora bien, tal como señala el artículo 137 del Código de Procedimiento Penal, ante la presentación simultánea de dos impugnaciones con diferente orientación, esto es, la interpuesta por el procesado y la de su defensor correspondía al Tribunal darle prelación a la segunda y sobre la misma determinar si los requisitos anteriormente establecidos se presentaban para definir la procedencia del recurso extraordinario de casación, haciendo el respectivo análisis sobre el máximo de la pena imponible.. Magistrado Ponente Dr. *Edgar Lombana Trujillo*. Recurso de Hecho. Fecha: 23-11-1998 Decisión: Admite el recurso de hecho, concede el recurso de casación. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial. Ciudad: Santa Fe de Bogotá. Procesado: Camargo Jiménez Alonso. Delitos: Abuso de confianza, Fraude a resolución judicial. Proceso: 15017. Publicada: Si .
Véase también en - Internet 188

CASACION-*Quántum punitivo*. 1.- Repetidamente ha sido dicho por la Sala, que el artículo 218 del Código de Procedimiento Penal, modificado por el 35 de la Ley 81 de 1993, señala dos hipótesis sobre las cuales el recurso de casación puede ser admitido: 1.1.- En el inciso primero, la disposición que viene de citarse prevé la vía directa o común, para impugnar en sede extraordinaria los fallos proferidos en segunda instancia por el Tribunal Nacional, los tribunales superiores de distrito judicial y el Tribunal Penal Militar, por delitos que tengan señalada pena privativa de libertad cuyo máximo sea o exceda de seis años. De esta preceptiva, se establece que son tres los presupuestos exigidos en la ley de rito, los cuales deben cumplirse íntegramente para que el instrumento excepcional resulte procedente: 1.1.1.- El primero, relacionado con la naturaleza de la decisión recurrible en casación, la cual indefectiblemente ha de corresponder a una sentencia de segunda instancia, sea que a ese estadio haya llegado por vía de apelación o en cumplimiento del grado jurisdiccional de consulta.. 1.1.2.- El segundo, relacionado con el órgano que

Pág.

la produjo, esto es que haya sido proferida por el Tribunal Nacional, los tribunales superiores de distrito judicial o el Tribunal Penal Militar. 1.1.3.- El tercero, relativo al *quántum* máximo de pena privativa de libertad, previsto como sanción para el delito por el cual fue proferida la sentencia, que debe ser igual o superior a seis (6) años de prisión o arresto, así hubiese sido impuesta una medida de seguridad o el fallo sea de carácter absolutorio, e independientemente de la pena individualizada por el juzgador. Pues "bastante se ha dicho por esta Corte en relación con la estimación del *quántum* punitivo para la procedencia de la casación, de tal manera que no se tiene como tal la cantidad de punición impuesta en la sentencia, porque entonces tal factor estaría en contravía del reconocimiento del recurso en relación con las sentencias absolutorias y en lo que atañe a las que no imponen penas sino medidas de seguridad; tampoco lo es la sanción máxima del delito *in génere*; pero sí es la resultante de una operación en abstracto que involucra la pena prevista para el tipo básico o especial y para los factores o circunstancias legales de intensificación o de reducción de la misma, que es en últimas el delito por el cual se procede (el hecho medular con todas sus circunstancias específicas). La Sala no ha sido ajena a la problemática generada por la errada concepción que del instrumento aun poseen algunos sujetos procesales no obstante los antecedentes referidos, y a fin de salvaguardar el cumplimiento del principio de prevalencia del derecho sustancial sobre el adjetivo, y buscar preferentemente su efectividad, en sesión llevada a cabo el 20 de noviembre de 1997, según de ella da cuenta el acta número 144 de esa fecha, trató el tema relativo a la solución que debía darse a aquellos casos en los cuales los impugnantes erradamente interpusieran recurso de casación excepcional cuando el procedente fuera el común, decidiendo que en tales eventos el pronunciamiento no podría consistir en el rechazo de la pretensión, como se venía haciendo, sino la adecuación del trámite a los preceptos establecidos para la vía regular del recurso extraordinario. Se dijo entonces, que si el Tribunal de Segunda Instancia advierte el yerro del recurrente y lo corrige concediendo el recurso de casación por la vía común, habría de ser acogida la adecuación del trámite llevada a cabo y proceder la Corte a pronunciarse en relación con la admisibilidad formal de la demanda que hubiere sido presentada. Pero si el Tribunal, atendiendo la voluntad del impugnante de acudir a la casación discrecional, no obstante proceder la común resuelve remitir las diligencias a la Corte para que decida si lo admite o rechaza, en estos casos lo procedente es devolver el diligenciamiento a la

Pág.

Corporación de origen para que proceda a pronunciarse sobre la concesión o no del recurso común de casación. A ello ha de agregarse, que si el recurso de casación se interpone contra un fallo de segundo grado proferido por un juez penal del circuito, independientemente de si el impugnante aclara o no cual es la vía de interposición a la que acude, una vez vencidos los quince días siguientes a la última notificación de la sentencia, a dicho funcionario no le queda otra alternativa que remitir las diligencias a la Corte para proveer sobre la admisibilidad o no del recurso de casación discrecional, por ser ésta la única posibilidad de impugnación en sede extraordinaria contra esta clase de sentencias, como ya ha sido expuesto.. De lo dicho surge, entonces, que también compete al Tribunal Nacional, los tribunales superiores de distrito judicial, y el Tribunal Penal Militar, en la oportunidad debida, introducir los correctivos al trámite de casación correspondiente según la vía que resulte aplicable al caso, en aquellos eventos en que el impugnante en casación escoja el camino equivocado, sin esperar para ello el pronunciamiento de la Corte. Magistrado Ponente Dr. *Fernando Arboleda Ripoll*. Casación Discrecional. Fecha: 23-11-1998 Decisión: Se abstiene de pronunciarse en relación con el recurso de casación discrecional. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial. Ciudad: Tunja. Procesado: Rodriguez Arévalo José Humberto. Delitos: Lesiones personales culposas, Homicidio culposo. Proceso: 14994. Publicada: Si.

Véase también en - Internet 193

REDENCION DE PENA/ COMPETENCIA. Debe señalarse inicialmente que resulta extraño para la Sala el hecho de que un Juez de Ejecución de Penas esté haciendo reconocimientos de redención al aquí procesado, quien está a órdenes de esta Corporación en virtud del efecto suspensivo en que se desenvuelve el recurso de casación que en la actualidad se tramita. Es de entender entonces que la competencia es exclusiva de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia por tratarse de "la autoridad que está conociendo de la actuación al momento de presentarse la solicitud" y por ende es la indicada para decidir, y solo para esos efectos, del abono provisional de pena por trabajo, estudio y enseñanza relativo a las peticiones de libertad bajo los preceptos del artículo 415 del Código de Procedimiento Penal, o para el beneficio administrativo de las 72 horas. Magistrado Ponente Dr. *Carlos Eduardo Mejía Escobar*. Auto Casación. Fecha: 25-11-1998 Decisión: Anula providencia del Juez de Ejecución de Penas, no concede libertad. Procedencia: Tribunal Superior del

Pág.

Distrito Judicial. Ciudad: Valledupar. Procesado: Gómez Gutiérrez Robinson Rafael. Delitos: Homicidio. Proceso: 11769. Publicada: Sí.
Véase también en - Internet 202

REDENCION DE PENA/ COMPETENCIA. Debe advertírsele al procesado que los descuentos de pena por trabajo, estudio o enseñanza solo pueden ser tenidos en cuenta por el juez del conocimiento para establecer el cumplimiento total de la sanción impuesta, o para conceder la libertad provisional, con fundamento en el numeral 2° del artículo 415 del C. de P.P, o para efectos del permiso de las 72 horas, por haberse cumplido la tercera parte de la misma, al tenor del Decreto 1542 del 12 de Junio de 1997. Fuera de estos eventos, los descuentos de pena de que trata el artículo 530 del C. de P.P., no pueden ser concedidos por los jueces de conocimiento, sino exclusivamente por los jueces de ejecución de penas, en la fase de cumplimiento de las mismas. Magistrado Ponente Dr. *Jorge E. Córdoba Poveda.* Auto Casación. Fecha: 26-11-1998 Decisión: Se abstiene de conceder rebaja de pena. Procesado: Rodriguez Lozano Jimmy. No Recurrente: Hincapié Gutiérrez, José William. Procesado: Rios Vargas Jose Vicente. Procesado: González Pulido Inés. Proceso: 13565. Publicada: Si.
Véase también en - Internet 205

VIOLACION DIRECTA DE LA LEY/ PERSONALIDAD/ TERMINACION ANTICIPADA DEL PROCESO/ SENTENCIA ANTICIPADA. La sistemática de las disposiciones contenidas en los artículos 37 y siguientes del Código de Procedimiento Penal (modificados por las Leyes 81 de 1993 y 365 de 1997) pone de presente el propósito inequívoco del legislador de posibilitar por esta vía el proferimiento anticipado de fallos de condena exclusivamente. Los incisos 4° y 5° del artículo 37 (modificado por el 3° de la Ley 81 de 1993 y 11 de la Ley 365 de 1997), primero, tercero y último del 37A (modificado por el 4° de la Ley 81 de 1993), y los numerales 1° y 4° del 37B (art.3° de la Ley 81 de 1993 y 12 de la Ley 365 de 1997), son expresión inobjetable de esa voluntad, en cuanto contienen regulaciones relativas a la consonancia que debe existir entre los cargos aceptados -que no solamente imputados- y la decisión de mérito, las rebajas de pena aplicables, el otorgamiento de la condena de ejecución condicional, los aspectos impugnables, y la condena por perjuicios (Sentencia C-277/98), propias todas de una decisión de carácter condenatorio. Las razones de política criminal que inspiraron la creación de dichos institutos, entre las que resulta oportuno destacar la consagra-

Pág.

ción del ejercicio del derecho de conformidad, y la aspiración de lograr mayor eficacia y celeridad en la administración de justicia, y en la sanción de los delitos, a partir de la cooperación del procesado, tampoco dejan espacio para pensar en la posibilidad de que a través suyo pueda llegarse a una decisión de carácter absolutoria respecto de los hechos y circunstancias que hubiesen sido objeto de aceptación o acuerdo.. Lo dicho no significa que los cargos o convenios realizados por la Fiscalía vinculen indefectiblemente al Juez, o que este trámite procesal deba necesariamente concluir en fallo de condena. Si el juzgador, al examinar la actuación, advierte que no se cumplen los presupuestos de orden sustancial para dictar sentencia condenatoria, porque está plenamente demostrado que el hecho no ha existido, o que el procesado no lo ha cometido, o que la conducta es atípica, o que está amparada por una causal de justificación o inculpabilidad, todo esto dentro del marco de la violación de las garantías fundamentales, debe abstenerse de dictar sentencia, e invalidar la actuación, para retornarla al procedimiento ordinario, ante la imposibilidad de poder absolver por los hechos y circunstancias aceptados por el procesado. Magistrado Ponente Dr. *Fernando Arboleda Ripoll*. Sentencia Casación. Fecha: 26-11-1998 Decisión: Desestima la demanda, casa parcial, decreta nulidad en cuanto a la absolución de un delito, dispone que el Juez de primer grado compulse copias. . comp. copias. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial. Ciudad: Cúcuta. Recurrente: Bautista Villamizar Nelson Alexis. Delitos: Hurto calificado y agravado. Proceso: 10044. Publicada: Si. Aclaración de voto Dr. *Carlos Eduardo Mejía Escobar* -. Aclaración de voto Dr. *Fernando Arboleda Ripoll* - .

Véase también en - Internet 207

APELACION-Sustentación/ CASACION. Resulta evidente que el recurso de casación interpuesto por el defensor del procesado no puede ser concedido. En primer lugar, como bien lo anotó el Tribunal Superior de Manizales, no fue tenido como apelante de la sentencia de primera instancia al sustentar extemporáneamente el recurso, y en dicha circunstancia no existió ningún examen de sus argumentos en el fallo de segundo grado. Si a ello se suma que en este último pronunciamiento no resultó modificada desfavorablemente la situación de su representado e igualmente que la no sustentación en tiempo de la apelación no obedeció a ausencia de defensa técnica o a algún trámite procesal irregular, es claro que carece de interés para acudir al recurso extraordinario, como reiteradamente lo ha venido señalando la Sala. Magistrado Ponente Dr. *Carlos Eduardo Mejía*

Pág.

Escobar. Recurso de Hecho. Fecha: 30-11-1998 Decisión: Declara bien negado el recurso de casación. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial. Ciudad: Manizales. Procesado: Mahecha José Honorio. Delitos: Lesiones personales culposas, Homicidio culposo. Proceso: 15123. Publicada: Si

Véase también en - Internet 222

CALIFICACION DEL MERITO DEL SUMARIO/ REAPERTURA DE LA INVESTIGACION/ CESACION DE PROCEDIMIENTO. El artículo 473 del Código de Procedimiento Penal de 1987 (Decreto 050), modificado por el artículo 25 del Decreto 1861 de 1989, disponía: «Reapertura. Cuando no exista prueba para ordenar cesación de procedimiento o para formular resolución de acusación, el juez ordenará reapertura de la investigación por un término que no podrá exceder de un (1) año y señalará las pruebas que deban practicarse. Vencido este término, cerrará la investigación, correrá traslado a las partes; acto seguido decretará cesación de procedimiento si no hubiere mérito para formular resolución de acusación. "La apelación del auto de reapertura de investigación no suspenderá la instrucción del proceso, pero el inferior no podrá hacer nueva calificación antes de que el superior resuelva".. Ocurre que la segunda parte del inciso 1° de la modificación, correspondía al inciso 2° del texto original del artículo 473, previsión de la cual la Sala ha dicho que consagró una verdadera nueva causal de cesación de procedimiento, esto es, "*una sui generis exclusión de la punibilidad en abstracto, como quiera que el Estado renuncia a su potestad punitiva y de juzgamiento y averiguación, para quienes se encuentran en esas específicas circunstancias, aun cuando la inocencia no aparezca de manera inconcusa*"(auto junio 28 de 1988. M. P. *Gustavo Gómez Velásquez*).De este modo, si se llegaren a constatar los presupuestos de la norma citada, hasta el punto que no se hayan recaudado otras pruebas de cargo durante el período de reapertura y perviva valorativamente la situación de duda planteada en la primera calificación, indudablemente el procesado habría adquirido el derecho a una cesación de procedimiento que no se podría haber negado ni aún en vigencia del Decreto 2700 de 1991 (aunque con la nueva denominación de preclusión). En otras palabras, no es meramente el menor o mayor tiempo que se pudiera utilizar en la segunda calificación sumarial lo que favorece o desfavorece al procesado, de acuerdo con el estatuto procesal anterior o el vigente, sino la subsistencia de un estado de duda que, a pesar de haberse agotado el limitado tiempo de instrucción adicional, no se pudo remover con lo recaudado dentro de él; no es la oportunidad o extemporaneidad de la deci-

Pág.

sión, porque, temprano o tarde, la declaración de duda no puede soslayarse.. Si lo alegado es la supuesta violación de una garantía fundamental de orden constitucional y legal, como es la favorabilidad, la Sala de oficio ofrecerá un análisis de lo relacionado con el tema en este proceso y también una profundización del alcance del modificado texto del artículo 473 del Decreto 050 de 1987. Así: Es patético el exceso del término de reapertura de investigación previsto en la norma (un año), porque la respectiva providencia quedó ejecutoriada el 20 de mayo de 1991 (fls. 129v.), lo cual significa que el período instructivo adicional podía extenderse legalmente hasta el 20 de mayo de 1992, y el nuevo cierre de instrucción apénas se produjo el 3 de diciembre de 1993 (fls. 214). Con todo, de acuerdo con la norma examinada, no basta el vencimiento del irrebasable término un (1) año de reapertura de la investigación para tener derecho a la cesación de procedimiento, pues esta decisión está condicionada a que "no hubiere mérito para formular resolución de acusación". Si el funcionario reabre la investigación, lógicamente se supone que echa de menos pruebas que deben practicarse, pero nótese que ese nuevo procedimiento de cierre de investigación, traslado a los sujetos procesales y segunda calificación, no está supeditado a que realmente se produzcan los medios de convicción anunciados, sino sólo al vencimiento del término. Es decir, logradas las pruebas anheladas dentro del término legal o no obtenidas por cualquier causa, de todas maneras el funcionario tiene que volver a evaluar el conjunto del material probatorio para establecer si existe mérito para dictar resolución de acusación o, en caso negativo, profiere cesación de procedimiento. La disposición no introduce salvedades, en el sentido de ponerla a decir que, si no se practican las pruebas extrañadas, indefectiblemente debe producirse la cesación de procedimiento; no, el precepto sin distinción prevé que dicha decisión (cesación) se dictará "si no hubiere mérito para formular resolución de acusación", expresión esta que lógicamente supone una nueva evaluación de la prueba, tanto de la que ya existía como de la que se llegare a recaudar en el lapso complementario, pues, al fin y al cabo, todo hace parte de la investigación. Magistrado Ponente Dr. *Jorge Aníbal Gómez Gallego*. Sentencia Casación. Fecha: 2-12-1998 Decisión: No Casa. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial. Ciudad: Buga. Recurrente: Carrillo Bacárez, William. Delitos: Homicidio culposo. Proceso: 11075. Publicada: Sí.

Véase también en - Internet 225

VIOLACION INDIRECTA DE LA LEY/ INTERDICCION DE DERECHOS Y FUNCIONES PUBLICAS. 1. En el caso materia de estu-

Pág.

dio la discusión que plantea la demanda es de orden probatorio y pertenece, por tanto, al ámbito de la violación indirecta de la ley sustancial, no a la directa que precisa el actor, en la medida en que el reclamo se hace consistir en que el Tribunal no consideró "la condición personal y circunstancias" en que actuó la procesada. Es obvio que esas condición y circunstancias solo pueden verterse al proceso a través de los medios de convicción legalmente autorizados y al no estudiarlos, el Tribunal habría omitido considerar la prueba en relación con ellas y que por ese motivo, constitutivo de error de hecho en la apreciación de la prueba, dedujo en cabeza de la mencionada acusada, la culpabilidad dolosa propia de los delitos contra la fe pública. Confusión conceptual de tal naturaleza es suficiente para la desestimación del cargo, por razones de la lógica que en el orden técnico gobierna el recurso, pues la prueba no puede aceptarse y rechazarse simultáneamente y bajo el mismo punto de vista, y a la Corte no le es dado interpretar caprichosamente la demanda, en desconocimiento del principio de igualdad de las partes reconocido en la ley de procedimiento. 2. El fallador de la primera instancia impuso a la procesada (...) la pena accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas por el término de tres (3) años, cuando la pena de prisión deducida fue de seis (6) años, como responsable del concurso de delitos de Falsedad ideológica, tipificada en el artículo 219 del C. P., sin que en su revisión el Tribunal hubiera corregido el error. A voces del artículo 52 del C.P., cuando la interdicción de derechos y funciones públicas tiene el carácter de pena accesoria, su duración es igual a la de la pena principal de prisión, siempre y cuando no sobrepase el límite de diez años establecido en el artículo 44 de la misma codificación. Magistrado Ponente: Dr. *Jorge E. Córdoba Poveda.* Sentencia Casación. Fecha: 2-12-1998 Decisión: Desestima la demanda, casa parcial y de oficio en cuanto a la pena accesoria. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial. Ciudad: Cúcuta. Procesado: Santander Peñaranda Víctor Julio. Procesado: Mora De Alvarez Beatriz. Delitos: Peculado por apropiación, Falsedad ideológica en documento público. Proceso: 12188. Publicada: Si.

Véase también en - Internet 244

DEMANDA DE CASACION/ DEFENSA TECNICA. Como de manera acertada lo destaca la Delegada en su Concepto, la jurisprudencia ha sido prolija en señalar que todas las causales de casación poseen su propia autonomía, obedecen a fenómenos lógico-jurídicos distintos, y traen consecuencias diversas para el proceso,

Pág.

de modo que de no seleccionarse adecuadamente frente al desacierto del fallador indicando qué se busca poner de presente en la demanda, o incumplirse el deber estricto de realizar un raciocinio acorde con la naturaleza y alcance del motivo aducido, ha de entender el juez de casación que se halla en frente de un alegato que debió surtirse en las instancias, en donde la informalidad en la presentación de los argumentos contra las decisiones judiciales es su rasgo más sobresaliente, no ante una demanda de casación, sometida al cumplimiento de precisos requisitos de forma y contenido. De esta suerte, cuando el actor aduce la causal tercera de casación, es de su cargo señalar, de una parte, que en el trámite del proceso se incurrió en una irregularidad de carácter sustancial, de tal entidad que socavó las bases fundamentales de la investigación o el juzgamiento, o que se presentó violación del derecho de defensa u otra garantía fundamental, o que los funcionarios judiciales carecían de competencia para conocer del asunto; y, de otra, de qué manera el defecto denunciado repercutió de modo negativo en el proferimiento del fallo cuya invalidación se persigue. Esto para indicar que al estar amparado el fallo de segundo grado de la doble presunción de acierto y legalidad, y ser la casación el recurso extremo y extraordinario para desvirtuarla, el demandante se halla obligado no solamente a exponer su raciocinio de manera lógica y ordenada, sino a respetar en su discurso el contenido y alcance de la causal que aduce en apoyo de su pretensión invalidatoria.. También corresponde a la realidad procesal, como se alude en la demanda, que (...) rindió dos diligencias de versión ante la Sección de Policía Judicial e Investigación, en las cuales estuvo asistido de personas que no ostentaban la calidad de ser abogados titulados, pero ello, como atinadamente lo destaca el Procurador, no comporta ninguna clase de irregularidad, de una parte, porque el imputado manifestó no tener defensor a quien nombrar, y, de otra, en esa época la asistencia para dicha diligencia podía ser confiada a "cualquier ciudadano honorable siempre que no sea empleado público", conforme estaba dispuesto en el artículo 139 del Decreto 050 de 1987 por entonces vigente, de donde surge que no existe motivo válido para demandar su invalidación.. Pero, aún si se admitiera que pudo haberse presentado alguna clase de irregularidad en las citadas diligencias, no puede ser la causal tercera de casación la adecuada para denunciar su existencia, pues un desacierto de esta factura solo podría encontrar apoyo al amparo de la causal primera de casación por violación indirecta de la ley sustancial, por haber otorgado el fallador valor probatorio a un medio de prueba incorpo-

Pág.

rado al proceso con transgresión de las formalidades prescritas para su aducción, desacierto que hace patente la particular manera del demandante de concebir el instituto al cual acude. Este mismo predicamento resulta enteramente válido, para responder la inquietud propuesta por el casacionista, en el sentido de haberse fundado el fallo en los informes suscritos por los miembros de la Policía Nacional, sin que, a su criterio, se hubiere tenido en cuenta la necesidad de haberlos rendido bajo juramento, pues al estar referida la censura a la validez de un medio de prueba, el camino correcto no puede ser al amparo de la causal tercera de casación, sino de la primera como ya ha sido expuesto. Magistrado Ponente Dr. *Fernando Arboleda Ripoll*. Sentencia Casación. Fecha: 2-12-1998 Decisión: Desestima la demanda, casa parcial y de oficio, decreta nulidad en relación con la contravención especial, fija pena, se abstiene de expedir copias. Procedencia: Tribunal. Ciudad: Nacional. Recurrente: Gil Calle, Víctor Hugo. Delitos: Lesiones personales, Homicidio, Empleo o lanzamiento de sustancias u objetos peligrosos. Proceso: 12880. Publicada: Si. Aclaración de voto Dr. *Carlos Eduardo Mejía Escobar* -.

Véase también en - Internet 256

JUSTICIA REGIONAL/ REBELION/ REDENCION DE PENA/ SECUESTRO. Se equivoca el actor al pretender que la Sala aplique al principio de excepción de inconstitucionalidad respecto de normas que ya fueron declaradas exequibles por la Corte Constitucional. En esta materia rige también el principio de cosa juzgada, de acuerdo con el cual tales decisiones tienen carácter obligatorio y efecto erga omnnes (artículo 243 C. N. y 48 de la Ley 270 de 1996, estatutaria de la administración de Justicia), sin que resulte pertinente demandar de la autoridad judicial la aplicación de este principio a partir del desconocimiento de la decisión de exequibilidad, como lo hace el impugnante en el presente caso... Plurales han sido los pronunciamientos de la Corte Constitucional sobre temas y aspectos relacionados con la justicia regional, donde ha llevado a cabo el análisis de sus disposiciones frente a los principios, derechos y garantías fundamentales cuyo quebrantamiento denuncia genéricamente el impugnante, sin haber encontrado entre ellos incompatibilidad. Para mencionar unos ejemplos, pueden citarse las Sentencias C-053/93, C-093/93, cuyo texto en buena parte transcribe el Procurador Delegado en su concepto, y la C-040/97. Para que una determinada irregularidad procesal pueda viciar de nulidad la actuación, es necesario que sea sustancial, y afecte las garantías de los sujetos procesales, o desconozca las bases fundamentales de

Pág.

la instrucción y el juzgamiento, aspectos cuya demostración corresponde al peticionario (artículo 308.2 del estatuto procesal). La eximente de pena consagrada en el artículo 127 del Código Penal, hoy excluido del ordenamiento jurídico por haber sido declarado contrario a la Constitución Nacional (Sentencia No. C-456/97), comprendía únicamente los hechos punibles (delitos y contravenciones) cometidos en combate, siempre que no constituyeran actos de ferocidad, barbarie o terrorismo. Esto significa que los realizados fuera de combate, o los que, habiendo sido cometidos dentro de éste, entrañaren actos de crueldad, atrocidad, barbarie, o terrorismo, no quedaban cobijados por las bondades de esta preceptiva, debiendo ser considerados, en consecuencia, tipicidades autónomas, sujetas a las reglas establecidas para el concurso de hechos punibles. El secuestro de personas civiles ajenas al conflicto armado interno, está proscrito por el derecho internacional humanitario como medio o método de guerra, razón por la cual su ejercicio deviene ilegítimo. De allí que no pueda ser catalogado como actividad propia de la empresa subversiva, ni como acto de combate. Magistrado Ponente Dr. *Fernando Arboleda Ripoll*. Sentencia Casación. Fecha: 2-12-1998 Decisión: No Casa. Procedencia: Tribunal. Ciudad: Nacional. Recurrente: Avellaneda Tovar José Darío. Recurrente: Salgado Marín Carlos Alberto. Delitos: Rebelión, Secuestro extorsivo. Proceso: 11346. Publicada: Sí. Salvamento Parcial de Voto Dr. *Ricardo Calvete Rangel* -.
Véase también en - Internet 280

TERMINACION ANTICIPADA DEL PROCESO/ SENTENCIA ANTICIPADA-Interés para recurrir/ NULIDAD. Podrá reconocerse e insistirse, entonces, en que le asiste facultad e interés a la defensa para interponer en casación y bajo la causal tercera un cargo de nulidad de la actuación, cuando ésta ha culminado bajo la aplicación del artículo 37 del Código de Procedimiento Penal, mas, siempre y cuando que bajo el mismo no se pretenda apenas disimular un vedado propósito de rectificar o recoger la aceptación libre y válida de cargos, bajo la cual llegó a proferirse el fallo anticipado de condena. Magistrado Ponente Dr. *Edgar Lombana Trujillo*. Sentencia Casación. Fecha: 2-12-1998 Decisión: No Casa. Procedencia: Tribunal. Ciudad: Nacional. Procesado: García Gómez Carlos de Jesús. Delitos: Porte de armas de defensa personal. Homicidio agravado. Proceso: 11741. Publicada: Sí.
Véase también en - Internet 300

LIBERTAD PROVISIONAL/ LIBERTAD CONDICIONAL/ ANTECEDENTES. Desde ya debe la Sala precisar que la negativa de la

Pág.

libertad provisional o del subrogado de la libertad condicional, no constituye una circunstancia de agravación punitiva, y menos que las razones que llevan al juzgador para afirmar el necesario tratamiento penitenciario por la totalidad de la pena, implique un doble juzgamiento por la gravedad y modalidades del hecho punible. En realidad, no es cosa distinta que la verificación y declaración por ausencia de los requisitos legales que debe cumplir quien aspira a una liberación anticipada, pues como lo ha puntualizado reiteradamente la Corte "el otorgamiento de la libertad condicional cuyo análisis provisional se busca entre a repercutir aquí en la excarcelación del procesado, implica la coincidencia de una doble labor de diagnóstico y pronóstico sobre el penado, recayendo la primera sobre la reunión de las exigencias de personalidad, buena conducta carcelaria y antecedentes de todo orden, y presuponiendo la segunda un juicio de valor sobre la readaptación social y buena conducta futura".. Magistrado Ponente Dr. *Edgar Lombana Trujillo*. Casación -Libertad-. Fecha: 2-12-1998 Decisión: Niega libertad provisional. Procedencia: Tribunal. Ciudad: Nacional. Procesado: Patiño Congote Juan Diego. Delitos: Violación a la Ley 30/86. Proceso: 12509. Publicada: Si.

Véase también en - Internet 308

JURAMENTO/ INDAGATORIA. El libelista interpreta el artículo 357 del Código de Procedimiento Penal en forma literal, esto es, en el sentido de que después del juramento el deponente debe repetir nuevamente todo que dijo, cuando la norma lo que busca es simplemente que para darle tratamiento de testimonio se le vuelva a interrogar sobre ese punto bajo juramento, y una manera de hacerlo es preguntándole si se ratifica en todo lo dicho contra la otra persona. Es absurdo sostener que para preservar el derecho de contradicción el Juez tenía que volver a interrogar al acusado sobre lo dicho por la declarante, cuando el implicado iba a tener más adelante, como en efecto tuvo, la oportunidad de referirse a todas las pruebas recaudadas. Es de anotar también que al enjuiciado se le interroga primero que a los testigos porque es el orden que establece la ley, pero así mismo él y su defensor son los últimos que hacen uso de la palabra, de manera que pueden cuestionar todo lo ocurrido en la audiencia. Magistrado Ponente Dr. *Ricardo Calvete Rangel*. Sentencia Casación. Fecha: 2-12-1998 Decisión: No Casa. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial. Ciudad: Neiva. Procesado: Cuéllar Naveros Franco. Delitos: Homicidio agravado. Proceso: 9849. Publicada: Si.

Véase también en - Internet 313

Pág.

DEMANDA DE CASACION / INTERPRETACION ERRONEA DE LA LEY. Si lo pretendido era la condena de la procesada, el cargo se ha debido enunciar y orientar por la falta de aplicación del artículo 356 del C. P., y no por su interpretación errónea, pues, como la ha reiterado en múltiples ocasiones la Sala, si como consecuencia de la errónea interpretación de la norma, ésta se deje de aplicar, el error es de selección, ya que lo que importa es el resultado (inaplicación), y no los motivos que pudieron haber llevado al juzgador al mismo. Así también, se está denunciando la interpretación errónea no de la ley sustancial sino de un concepto, el de simulación, lo que no tiene cabida en casación, pues a través de este recurso extraordinario, lo que se cuestiona es la vulneración del precepto de esa naturaleza, bien por falta de aplicación, por aplicación indebida o por interpretación errónea.. Magistrado Ponente Dr. *Jorge E. Córdoba Poveda*. Sentencia Casación. Fecha: 2-12-1998 Decisión: No Casa. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial. Ciudad: Santa Fe de Bogotá. No recurrente: Quintero De Cabal Cilena. Delitos: Tentativa de estafa. Proceso: 10641. Publicada: Si.
Véase también en - Internet 328

INDAGATORIA. 1. Ha sido entendida la indagatoria como un medio probatorio básico dentro del cual la persona imputada ejercita la defensa material, a fin de que pueda explicar libremente la conducta que se le atribuye con la alternativa posibilidad de aceptarla o negarla, total o parcialmente e inclusive de mentir o hasta de guardar silencio y así demostrar su inocencia o responsabilidad.. 2. Por tanto, puede en dicho acto procesal reconocer o no el imputado la verdad del hecho delictivo que se le imputa, si lo primero, aceptará espontáneamente su participación, siendo determinante en este caso que dicha declaración tenga implicaciones y produzca efectos en el campo de su responsabilidad penal. 3. Sin embargo, sólo excepcionalmente la indagatoria conduce al voluntario reconocimiento del hecho investigado, lo que bien puede explicarse en razón a que esta circunstancia apareja al imputado unas consecuencias que en principio le son perjudiciales. Cuando esto sucede, aun cuando la indagatoria no abandone por este motivo su objetividad óntica, debe observarse que como categoría ontológica tendría un contenido de confesión, que sin embargo no se confunde con la diligencia que la contiene. De esta manera, la indagatoria no solamente constituiría un mecanismo de vinculación procesal que como medio probatorio posibilitaría la defensa del imputado, sino que al optar por admitir consecuencias en el campo de la responsabilidad

Pág.

frente a lo que es objeto de la investigación, dicho contenido cuando es de confesión, admite válidamente una conceptualización fáctica distinta, jurídicamente capaz de producir efectos igualmente diversos. 4. Dentro de este marco conceptual, estima la Sala que frente a las exigencias de la técnica casacional, teóricamente no presenta mayor complejidad reconocer que si el juzgador, habida cuenta de su naturaleza jurídica, no desconoce la existencia de la indagatoria como medio probatorio, pueda sin embargo ignorar el contenido de confesión que ella tiene y así, desconocer las consecuencias que como elemento de convicción puede producir al momento de graduarse la sanción, si además, desde luego, concurren todos los requisitos legalmente exigidos para que pueda servir de paliativo a la pena. 5. Por ello, encuentra la Sala que es acertada la proposición del único cargo que el actor ha formulado contra la sentencia impugnada y que el señor Procurador Delegado avala en atinado criterio, pues plantea precisamente el fenómeno según el cual, pese a no poderse sostener que los sentenciadores habrían ignorado la indagatoria, sería ostensible el desconocimiento de la confesión, como contenido de aquélla, pero con entidad probatoria y fáctica independientes, con miras a definir si mediando su existencia, era o no procedente la consecuencial rebaja punitiva. Magistrado Ponente Dr. *Carlos A. Gálvez Argote*. Sentencia Casación. Fecha: 2-12-1998 Decisión: Casa, reconoce rebaja de pena por confesión, concede subrogado de condena de ejecución condicional. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial. Ciudad: Santa Fe de Bogotá. No recurrente: Monroy, Martha Lucia. No Recurrente: Fandiño Carlos A. Recurrente: Ortiz Carlos Julio. Delitos: Falsedad material empleado oficial en documento público. Proceso: 10525. Publicada: Sí .

Véase también en - Internet 339

TERCERO INCIDENTAL/ DEMANDA DE CASACION. Es preciso aclarar que el trabajador oficial, al igual que el empleado estatal, es una especie de la categoría de servidores públicos, acorde con el artículo 63 del Código Penal, modificado por el artículo 18 de la Ley 190 de 1995, que bien puede ser sujeto activo del delito de peculado, si se establece que los bienes distraídos se le habían confiado para su administración, tenencia o custodia o los manejaba con ocasión de sus funciones. En relación con las peticiones de la firma (...), Comisionista de Bolsa, fácil es advertir que su apoderado, aprovechando indebidamente el espacio de los no recurrentes, se propuso elevar irregularmente solicitudes, como si se tratara de una demanda de casación, para tratar de satisfacer su interés de que los títulos valores en los cuales

Pág.

aparecía aquélla como última beneficiaria regresaran al proceso ejecutivo y se cumpliera su pretensión dineraria en relación con el Banco de la República. Esa actitud de un tercero incidental, que por su calidad además no estaría legitimado para proponer el recurso de casación, desborda la dialéctica propia de la impugnación extraordinaria, pues si bien el término que se les concede a los no recurrentes puede aprovecharse para apoyar o atacar la sentencia impugnada, no puede olvidarse que dicha pretensión ya debe canalizarse a través de las demandas de casación, pues, con toda razón, temporalmente primero se otorga la oportunidad a los recurrentes para que sustenten el recurso por medio de la demanda, y después se confiere el traslado a los no impugnantes (art. 224 C. P. P.). De este modo, la demanda de casación no sólo se constituye en la medida de la decisión de la Corte, sino que también se erige en el límite de las propuestas de los no recurrentes. Magistrado Ponente Dr. *Jorge Aníbal Gómez Gallego*. Sentencia Casación. Fecha:2-12-1998 Decisión: No Casa. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial. Ciudad: Santa Fe de Bogotá. Procesado: García Cortés Napoleón. Procesado: Beltrán González Xavier. Procesado: Gómez Cortés Eduardo Ancízar. Delitos: Peculado culposo, Peculado por apropiación, Falsedad material de particular en documento público, Falsedad en documento privado, Falsedad material empleado oficial en documento público. Proceso: 13539. Publicada: Si.
Véase también en - Internet 348

INDAGATORIA/ DERECHO DE DEFENSA/ POLICIA JUDICIAL. Es claro que la indagatoria es la primera y más importante oportunidad (el procesado puede negarse a rendirla) con la que cuenta el sindicado para defenderse. Y ejercita dicho derecho a través de las respuestas que suministra –cuando libremente acepta hacerlo—, a los interrogantes que le formula el funcionario judicial sobre los hechos objeto de la investigación, bien sea explicando las razones y circunstancias que motivaron su conducta o negando cualquier tipo de participación en la producción del resultado. Dichas respuestas constituyen, además de un medio de defensa, un medio de demostración de diferentes aspectos relacionados con la finalidad de la instrucción. Con la indagatoria, en consecuencia, el funcionario investigador cuenta eventualmente con una serie de informaciones que, en la medida de su verificación, contribuyen a desentrañar la complejidad de lo sucedido. Su característica de medio demostrativo es, entonces, innegable. Resulta igualmente indiscutible la gran importancia de dicho acto de vinculación dentro del proceso penal colombiano. Por esta razón la ley es exigente en su reglamentación. El

derecho de defensa es garantizado con la presencia del defensor, el cual, aunque no cuenta con la facultad de interrogar, tiene como función evitar que la diligencia no siga el curso adecuado, es decir, protestar presiones indebidas, preguntas capciosas, o cualquier otra actividad del instructor que afecte el ambiente de libertad de respuesta que debe rodear al imputado. A éste, además, previamente al interrogatorio, deben efectuársele las advertencias consignadas en el artículo 358 del Código de Procedimiento Penal y, acto seguido, las preguntas a que hace relación el artículo 359 del mismo estatuto. Estas tienen que ver con sus datos personales, que aunque trascendentales para la investigación, por efecto de la práctica judicial han terminado convirtiéndose en una actividad mecánica y rutinaria, que muy rápido se quiere dejar de lado en cada indagatoria, para comenzar a preguntar sobre los hechos. Esa mecanización ha llegado hasta el punto de la elaboración de formatos preimpresos que incluyen las preguntas y fijan para su respuesta un espacio limitado, que no siempre es posible que coincida con lo que contesta el imputado, impidiéndose de paso, en el acto, ahondar sobre determinada información que suministre, que puede con posterioridad contribuir enormemente en el análisis integral de sus descargos, o en el mismo momento a darle otra orientación al interrogatorio. Superado lo precedente, es el momento de preguntar de manera clara y precisa sobre los hechos que motivaron la vinculación del sindicado, para que éste tenga la oportunidad de conocerlos y referirse a los mismos. Tal es, como lo sostuvo la Sala en providencia de agosto 27 de 1992, * un requisito de procedibilidad para el ejercicio del derecho de defensa del indagado, "...porque no basta cumplir formalmente la exigencia constitucional de que el sindicado esté asistido por un abogado durante la investigación, porque si no se le han concretado los cargos por los que se le procesa, es obvia la imposibilidad de que aquella pueda ser ejercida técnica o materialmente". El manejo de información global sobre actividades criminales es uno de los presupuestos de la labor que desarrolla cualquier Cuerpo de Policía Judicial. Y conjugado el mismo con una buena comunicación con los funcionarios instructores, contribuye a la resolución de casos que de otra manera, manejados aisladamente, sin relacionarlos con la dinámica del crimen en un sector determinado, con las informaciones obtenidas en otras investigaciones, simplemente aumentarían las cifras de impunidad. La investigación criminal actual no es concebible sin un ordenado manejo

*-. *M.P. Dr. Edgar Saavedra Rojas. (Decisión citada por la Procuraduría en su concepto y por el defensor en la demanda).*

Pág.

de información, sin una adecuada interacción entre instructores e investigadores y sin actuaciones prontas orientadas a impedir que las pruebas se alteren o desaparezcan. Magistrado Ponente Dr. *Carlos Eduardo Mejía Escobar*. Sentencia Casación. Fecha: 2-12-1998 Decisión: No Casa. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial. Ciudad: Santa Fe de Bogotá. Recurrente: Barrios Quiñones Milton Ferney. Delitos: Lesiones personales, Homicidio. Proceso: 10323. Publicada: Si.
Véase también en - Internet 383

NOTIFICACION PERSONAL/ PRUEBA/ DERECHO DE DEFENSA. 1. Hay que entender que el artículo 25 de la citada Ley 81 da alcance a las providencias que por mandato legal expreso deben ser notificadas personalmente, y no a aquéllas que admiten diferente forma de notificación. Así se desprende con claridad de la primera parte de su texto, "cuando no fuere posible la notificación personal", que presupone que la ley lo ha ordenado pero, no obstante, no se ha posibilitado ese enteramiento personal. En estos casos y sólo en ellos, es cuando se impone la obligación de realizar "la diligencia de citación mediante telegrama dirigido a la dirección que aparezca registrada en el expediente". Mas cuando se trata de providencias que por ley no es necesaria la notificación personal, no existe obligación alguna de citar previamente y el proveído quedará bien notificado por medio del estado.. De esta manera, en vigencia del artículo 190 del Decreto 2700 de 1991, cuando la providencia debía notificarse personalmente había que intentar ésta y, si no era posible, se surtía por estado; pero cuando la ley no ordenaba la notificación personal, se efectuaba por estado sin intentarla previamente. 2. La defensa solicitó que se llevaran a cabo las pruebas mencionadas, las cuales fueron ordenadas por el Juzgado, pero no pudieron efectuarse por diversos motivos, como la no comparecencia de dichas personas, a pesar de las citaciones. Sin embargo, no basta su no realización para invalidar la actuación, es indispensable que sean trascendentes, en el sentido de variar ostensiblemente la situación jurídica del sindicado, hasta el punto de proporcionar al juzgador una visión distinta de su responsabilidad. Magistrado Ponente: Dr. *Nilson Pinilla Pinilla*. Sentencia Casación. Fecha: 2-12-1998 Decisión: No Casa. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial. Ciudad: Santa Fe de Bogotá. Procesado: Arce Fonseca Luis Enrique. Procesado: Reyes Saza Jaime Vicente. Delitos: Estafa, Falsedad en documento privado. Proceso: 13342. Publicada: Si.
Véase también en - Internet 395

REPOSICION. El estudio de la viabilidad del recurso de reposición exige además de su procedencia, interés y oportunidad, la

Pág.

sustentación, esto es, la exposición de las razones por las cuales la providencia se estima debe ser revocada, reformada, aclarada o adicionada.. Cuando la inconformidad manifestada en el escrito de sustentación no endilga a la providencia recurrida ningún tipo de error que deba ser corregido mediante la providencia que resuelva la impugnación, aquellos argumentos no pueden ser considerados como el cumplimiento de la motivación exigida por el art. 200 del C.P.P, modificado por el art. 28 de la Ley 81 de 1994 y el art. 1 del Decreto 2282 de 1989 que reformó el art. 348 del C.P.C.. Magistrado Ponente Dr. *Ricardo Calvete Rangel*. Casación -Libertad-Reposición. Fecha: 9-12-1998 Decisión: Declara desierto el recurso de reposición. Procesado: Sánchez Vega Ramón David. Proceso: 14013. Publicada: Sí.
Véase también en - Internet 410

LIBERTAD PREPARATORIA. En lo atinente al reconocimiento de la gestión realizada en libertad preparatoria, adviértase como el Código Penitenciario y Carcelario al regular la figura de la redención de pena por trabajo, estudio y enseñanza, se refiere a estas actividades, pero desarrolladas al interior de las cárceles, como se desprende de la preceptiva del artículo 80 de la Ley 65 de 1993, principio que se reitera en el inciso segundo de la misma disposición y en los artículos 81 y 82 *ibídem*, que permiten el descuento punitivo cuando dichas labores se estén "llevando a cabo en los centros de reclusión" por considerarlas inherentes al fin resocializador de la pena privativa de la libertad, de tal manera que frente al caso propuesto por la condenada, por no existir mecanismos de control y evaluación del trabajo extramural; improcedente resulta su reconocimiento.. Magistrado Ponente Dr. *Edgar Lombana Trujillo*. Unica Instancia. Fecha: 9-12-1998 Decisión: Niega libertad por pena cumplida. Procedencia: Corte Suprema de Justicia. Proceso: 9617. Publicada: Sí.
Véase también en - Internet 412

DICTAMEN PERICIAL. De conformidad con lo dispuesto por los artículos 270 y siguientes del Código de Procedimiento Penal, el dictamen pericial puede ser objetado por los sujetos procesales, "hasta antes de que finalice la audiencia pública", y, en el escrito de objeción, es indispensable precisar el error de que adolece y solicitar las pruebas para demostrarlo. Cumplidos estos dos presupuestos, del escrito de objeción debe correrse traslado a los demás sujetos procesales, por el término de tres días a fin de que puedan pedir pruebas. Significa lo anterior; que no basta la simple manifestación de objetar por error una determinada prueba pericial, para que el funcionario proceda a disponer el trámi-

Pág.

te incidental establecido para esa eventualidad, sino que es necesario «precisar el error, entendido éste, en términos generales, como el conocimiento equivocado de una cosa y que, en el campo de la prueba técnica, se traduciría en el falso concepto que se tenga sobre el objeto o los fenómenos científicos, técnicos o artísticos materia de la pericia" (cfr. auto única instancia, junio 9/98. M.P. Dr. Gálvez Argote), de suerte que de no haberse cometido, las conclusiones del perito habrían sido totalmente distintas.Precisar el error, en los términos en que la legislación procesal lo exige, no es oponerse sin más a las conclusiones de la pericia cuando éstas resultan desfavorables a los intereses de determinado sujeto procesal, a fin de que no sean tenidas en cuenta por el juzgador, sino indicar de manera nítida, en qué consistió el yerro, en qué parte del dictamen se presentó, y de qué manera dio lugar a variar las conclusiones.. Si de lo que se trata es de indicar que el dictamen estuvo bien elaborado de acuerdo con los fundamentos científicos, técnicos o artísticos que del perito se exigen, y que sus conclusiones coinciden con el objeto de la pericia que le fue puesto a disposición, solo que otras serían las conclusiones de haberse ampliado o restringido su objeto, en estos casos no es la objeción el mecanismo llamado a ser utilizado, pues en tales hipótesis, al no haber incurrido el perito en ninguna clase de desacierto, el instrumento adecuado para su controversia es la adición o aclaración hacia los temas, puntos u objeto no contemplados en el dictamen. Si el sujeto procesal se ocupa de referir supuestos desaciertos del dictamen sin concreción alguna, o los que indica no son de entidad tal que de mantenerse las conclusiones resulten inmodificables, es de entenderse que la pretensión se orienta por desconocer los resultados de la pericia en cuanto no le benefician, no de hacer manifiesto algún yerro en que pudo haber incurrido el experto. En tal medida, y cuando ello es lo que se observa, el Juez no está obligado a tramitar el incidente de objeción que en esas condiciones se propone, pues de hacerlo, no solamente dejaría en manos de los sujetos procesales la dirección de la actuación que es de exclusiva competencia del funcionario (art. 37-1 C. de P. C.), sino que, además, daría lugar a la dilación inmotivada del trámite procesal con evidente menoscabo de los principios rectores de celeridad y eficiencia que gobiernan el ejercicio de la administración de justicia. Magistrado Ponente Dr. *Fernando Arboleda Ripoll*. Única Instancia. Fecha: 10-12-1998 Decisión: Se abstiene de tramitar el incidente de objeción a dictamen. Procedencia: Corte Suprema de Justicia. Procesado: Chavarriaga Wilkin Jairo. Proceso: 11507. Publicada: Si.

Véase también en - Internet 415

Pág.

IMPEDIMENTO-Amistad íntima. El numeral 5° del artículo 103 del Código de Procedimiento Penal, señala como causal de impedimento la amistad íntima o enemistad grava entre alguno de los sujetos procesales y el funcionario judicial. Al estudiar el radio de acción propio de dicha causal, es dable señalar que la misma entremezcla dos sentimientos totalmente antagónicos entre sí, cuales son la amistad y la enemistad entre los sujetos procesales y el funcionario judicial, llámese fiscal, juez o magistrado. Razón por la cual los doctrinantes que se han ocupado de su estudio, han unido estos sentimientos tan disímiles, el uno positivo, que acerca a las gentes y el otro negativo que las distancia, lo cual ha llevado a la misma jurisprudencia a sostener en algunas ocasiones como regla general que: "La amistad, como la enemistad, son sentimientos recíprocos que se cultivan mutuamente, bien atando con más fuerza los lazos de cariño o abonando las raíces del odio". (Auto del 10 de octubre de 1947, G.J. LXIII, pág.812). Magistrado Ponente Dr. Conjuez: Luis Arnoldo Zarazo Oviedo. Unica Instancia. Fecha: 10-12-1998 Decisión: Acepta el impedimento manifestado por un Conjuez. Procedencia: Corte Suprema de Justicia. Procesado: Lucio Carlos Alonso. Delitos: Falsa denuncia. Proceso: 15075. Publicada: Sí.
Véase también en - Internet 437

NULIDAD/ DEMANDA DE CASACION/ CAUSAL DE JUSTIFICACION/ DELITO-Intención. 1. En materia de nulidades rige en nuestro sistema procesal penal el principio de protección, de acuerdo con el cual, quien haya coadyuvado con su conducta la situación irregular, no puede invocar la ineficacia del acto, salvo que se trate de falta de defensa técnica (art.308.3 C. de P.P.). Principios elementales de teoría del delito enseñan que las causales de justificación del hecho y el exceso, son instituciones jurídicas incompatibles, pues mientras las primeras niegan la responsabilidad penal del procesado en los hechos, la segunda la afirma, implicando solo una aminorante de punibilidad.. Esto hace que el recurrente en casación no pueda invocar simultáneamente, dentro de un mismo reproche, el reconocimiento de ambas figuras, como lo plantea el censor en este caso, no solo por constituir un contrasentido jurídico, sino porque una propuesta de esta índole torna indescifrable el alcance de la impugnación, en cuanto no podría establecerse si lo pretendido por el impugnante es la absolución o la condena del procesado. Si procuraba lo primero, por considerar que la conducta estaba amparada por una causal de justificación, debió invocar aplicación indebida del artículo 323 del Código Penal, y falta de aplicación del artículo 29.4 *ejusdem*; pero si solo buscaba el reconocimiento

Pág.

de la atenuante del exceso, no podía, sin incurrir en abierta contradicción, invocar paralelamente aplicación indebida del artículo 323, y falta de aplicación del 29.4. Insistentemente ha sido sostenido por la doctrina de la Corte que cuando se alega por el recurrente error en la calificación jurídica de la conducta, la censura debe formularse al amparo de la causal tercera de casación, pero desarrollarse conforme a la técnica que gobierna la primera.. Esto implica para el casacionista tener que precisar la forma de violación de la ley sustancial, si directa o indirecta, y en este último supuesto, la naturaleza del error cometido, si de hecho por omisión, suposición o tergiversación de la prueba; o de derecho por falsos juicios de legalidad o convicción, con indicación de las pruebas comprometidas y la trascendencia del desacierto en las conclusiones del fallo. 2. La duración de la incapacidad no es per se elemento de juicio del que pueda inferirse la intencionalidad, pues bien puede llegar a suceder que aquélla no exista, y no por ello puede negarse la configuración del delito. Mucho mas importantes resultan ser las circunstancias que rodearon el hecho, la condición de experto tirador del agresor, la naturaleza del arma utilizada, la distancia, y la región anatómica impactada. Magistrado Ponente Dr. *Fernando Arboleda Ripoll.* Sentencia Casación. Fecha: 11-12-1998 Decisión: No Casa. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial. Ciudad: Cali. Procesado: Montenegro, Fernando. Procesado: Montenegro Jorge. Delitos: Tentativa de homicidio, Homicidio. Proceso: 10055. Publicada: Si.

Véase también en - Internet 440

DEMANDA DE CASACION. La demanda de casación no es un escrito de libre elaboración, pues siendo el recurso extraordinario un enjuiciamiento técnico que se hace sobre la sentencia impugnada y no una instancia, debe sujetarse a una serie de reglas legalmente determinadas al efecto.. En relación con los requisitos formales, dispone el artículo 225 del Código de Procedimiento Penal que el libelo deberá contener, entre otros, "3. La causal que se aduzca para pedir la revocación del fallo, indicando en forma clara y precisa los fundamentos de ella y citando las normas que el recurrente estime infringidas", y el 226 *ibidem* determina que el recurso se declarará desierto si la demanda no reúne tales requisitos formales. Que la causal que se estima procedente sea la tercera, en nada reduce estos requerimientos ni la consecuencia de su incumplimiento. Esta corporación ha reiterado, por ejemplo en sus providencias de fecha marzo 8 de 1996, radicación 9095, M.P. Dr. Carlos Augusto Gálvez Argote y octubre 24 del mismo año, radicación 9755, M.P. Dr. Carlos Eduardo Mejía Escobar, que la formulación de cargos con base

Pág.

en dicha causal no es libre ni caprichosa, pues acá existe la obligación de fundamentar y demostrar, también de manera precisa y clara, cómo los errores in procedendo trascendieron contra las garantías fundamentales o en el desconocimiento grave de la estructura básica del procedimiento. Magistrado Ponente Dr. *Nilson Pinilla Pinilla*. Auto Casación. Fecha: 11-12-1998 Decisión: Rechaza *in limine* la demanda. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial. Ciudad: Santa Fe de Bogotá. Procesado: Haig D'Guet Daly Jonnathan. Delitos: Estafa. Proceso: 12953. Publicada: Si.
Véase también en - Internet 458

DEFENSA OFICIOSA/ CAMBIO DE DENOMINACION JURIDICA. Es verdad que el artículo 138 del Decreto 050 de 1987 permitía a los mayores de sesenta años excusarse de prestar el servicio obligatorio de la defensa oficiosa, pero tal excusa no implicaba que el funcionario judicial estuviera limitado para designar como defensores de oficio a las personas que hubieran rebasado esa edad, ni que los profesionales que se encontraran en esas condiciones estuvieran inhabilitados para asumir ese encargo. Se trataba de una facultad discrecional concedida al abogado para prestar su asistencia profesional o no hacerlo según su voluntad, lo que, obviamente, implicaba que manifestara su propósito ante el juez que lo hubiera nombrado.. La vulneración del debido proceso tiene lugar cuando la variación se hace de un capítulo a otro y, por tanto, con distinto "nomen iuris", o cuando aun siendo dentro del mismo capítulo, resulta desfavorable al acusado. Magistrado Ponente Dr. *Jorge E. Córdoba Poveda*. Sentencia Casación. Fecha: 11-12-1998 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. Procesado: Jaramillo, José Omar. Delitos: Acto sexual abusivo, Corrupción. Proceso: 10088. Publicada: Si.
Véase también en - Internet 463

DOCUMENTO PUBLICO/ FUNCIONARIO JUDICIAL/ CAUSAL DE INCULPABILIDAD. 1. Aceptar los argumentos del defensor de (...) sería tanto como admitir que los decretos de designación o de destitución no son documentos que puedan falsificarse ideológicamente por la simple razón que allí el servidor público no está certificando un hecho o una condición, cuando lo cierto es que ellos contienen una declaración de empleado oficial que acreditan la terminación de una relación laboral con el Estado y el fundamento para el inicio de otra.. Resulta así imperioso, remitirnos al Código de Procedimiento Civil, para precisar el alcance de un documento público y más aún, su unidad pues de acuer-

Pág.

do con el artículo 258 del precitado ordenamiento "La prueba que resulte de los documentos públicos y privados es indivisible, y comprende aún lo meramente enunciativo siempre que tenga relación directa con lo dispositivo del acto o contrato», mientras que el 264 prescribe que "Los documentos públicos hacen fe de su otorgamiento, de su fecha y de las declaraciones que en ellos haga el funcionario que los autoriza", todo lo cual significa, respecto de la resolución y el acta de posesión cuestionados que sus datas son efectivamente parte esencial del documento con efectos jurídicos de trascendencia en la medida en que a partir de la de aquella corren los términos de aceptación y luego el término para posesión, en tanto que a partir de la fecha de ésta se entiende vinculada la persona al cargo con todas las prerrogativas, deberes y efectos que ello implica. 2. La ausencia de firma del secretario en las decisiones judiciales no produce irregularidad alguna sobre el proceso de que se trate, tanto que el ordenamiento procesal civil prevé en su artículo 303 que "Toda providencia... terminará con las firmas del juez o los magistrados" y que "Ninguna providencia requiere la firma del secretario". Entratándose de funcionarios judiciales que en ejercicio de su cargo cometen un delito, el incremento punitivo derivado con fundamento en la causal precitada se encuentra justificado en la medida en que, por razón de su función, están en la obligación de asumir un mayor compromiso y observar una especial fidelidad en el desempeño de la misma; su importancia y preeminencia respecto a los demás los hace acreedores en sus conductas punibles a un mayor rigor punitivo máxime que están obligados como los demás a obedecer la misma ley por cuyo incumplimiento sancionan a otros. 3. Si por inexigibilidad de otra conducta se entiende toda situación en que la actividad del sujeto agente no es objeto de punibilidad porque en las circunstancias en que la ejecutó no le era exigible actitud distinta, debe convenirse que en cada una de las causales de inculpabilidad subyace la no exigencia de comportamiento diverso al que se tuvo, pues para reconocer que alguien ha actuado en condiciones de fuerza mayor o caso fortuito, o bajo insuperable coacción ajena o por razón de una convicción errada e invencible, debe admitirse que en cada una de tales causales al sujeto no le era demandable otra conducta, que al agente no le quedaba más por hacer que vulnerar el bien jurídico tutelado. Es inculpable quien actúa de manera típica y antijurídica, sin reunir los presupuestos de alguna de las causales previstas en el artículo 40 del Código Penal, porque no podía hacerlo de otro modo, caso en el cual se hablaría de la causal extralegal de

Pág.

inculpabilidad que exigiría de todas formas la mayor ponderación en el análisis de los hechos y sus protagonistas que justifiquen la solución ya que no resultaría posible que cualquier condición afectiva o personal del infractor lo exonere de responsabilidad.. Magistrado Ponente Dr. *Carlos A. Gálvez Argote*. Sentencia Segunda Instancia. Fecha: 11-12-1998 Decisión: Con la adición que se precisó, confirma sentencia condenatoria. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial. Ciudad: Valledupar. Procesado: Gómez Gáncz Lesbia Silena. Procesado: Annichiarico Iseda, Genaro Segundo. Procesado: Barriga Almenares Lidina Esther. Delitos: Falsedad ideológica en documento público, Falsedad material. empleado oficial en documento público. Proceso: 13185. Publicada: Si.
Véase también en - Internet 472

PRUEBA/ TESTIMONIO. Para determinar la fuerza de convicción de las pruebas en busca de la verdad material, enseña el artículo 248 del C. de P. P. que el intérprete solo debe atender los principios que informan la sana crítica o apreciación razonada, esto es, las reglas de la lógica, de la experiencia, de la sicología y de la técnica con criterio objetivo-social. Esos principios y reglas nos persuaden de que, por naturaleza, el hombre siempre se inclina a decir la verdad en sus atestaciones y que sólo por razón de singular gravedad extravía ese camino en busca de obtener un beneficio o de alejar un daño. Magistrado Ponente Dr. *Didimo Páez Velandia*. Unica Instancia. Fecha: 16-12-1998 Decisión: Profiere resolución de acusación y expide copias. Procedencia: Corte Suprema de Justicia. Procesado: Oviedo Alfam Carlos Alberto. Delitos: Homicidio. Proceso: 12717. Publicada: Sí.
Véase también en - Internet 488

ACCION DISCIPLINARIA/ ACCION PENAL. Es la propia ley la que dispone que la acción disciplinaria no excluye la posibilidad de que de unos mismos hechos puedan desprenderse, a su vez, acciones civiles o penales, las cuales pueden adelantarse paralela y autónomamente, pues al respecto el Estatuto de la Abogacía, Decreto 196 de 1971 dispone en el artículo 61, que, "Las sanciones disciplinarias se aplicarán dentro de los límites señalados en este título, teniendo en cuenta la gravedad, modalidades y circunstancias de la falta, los motivos determinantes y los antecedentes personales y profesionales del infractor, y sin perjuicio de las acciones y sanciones civiles y penales a que hubiere lugar": y por su parte, en el artículo 71, *ibidem*, se preceptúa que. "Si los hechos materia del proceso disciplinario fueren ade-

Pág.

más constitutivos de delito perseguible de oficio, se ordenará ponerlos en conocimiento del juez competente, acompañándole copia autorizada de los necesarios. La existencia de un proceso penal sobre los mismos hechos no dará lugar a la suspensión de la actuación disciplinaria.»... Magistrado Ponente Dr. *Carlos A. Gálvez Argote*. Casación Discrecional. Fecha: 16-12-1998 Decisión: No concede el recurso extraordinario de casación discrecional. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial. Ciudad: Antioquia. Procesado: Bultrago Giraldo, Héctor Augusto. Delitos: Soborno. Proceso: 14993. Publicada: Sí.
Véase también en - Internet 509

PERJUICIOS/ TERCERO CIVILMENTE RESPONSABLE. La posibilidad de vincular dentro del proceso penal al tercero civilmente responsable que el legislador introdujo en el Decreto 2700 de 1991 -nuevamente pues como bien se recuerda ya había sido consagrado en los artículos 58 a 66 del Decreto 0050 de 1987, siendo declarados inexequibles por la Corte Suprema en decisión de diciembre 3 de ese mismo año-, proviene de ser este tercero civil responsable por el daño, independientemente de que el mismo haya sido inferido por el agente del delito; es decir, que aun cuando el tercero no es el autor del daño e inclusive es ajeno a su producción causal, debe por la vía de la denominada responsabilidad indirecta, responder solidariamente por él, estando compelido a cubrir el valor de la suma indemnizatoria a que eventualmente se le condene en favor de la persona natural o jurídica perjudicada. Por tanto, y siendo que dentro del proceso penal solamente puede perseguirse el pago de aquellos daños derivados del hecho punible, esto es los que tengan un nexo con los efectos lesivos del delito, cualquier pretensión orientada a hacer valer obligaciones que provengan de una fuente distinta no podrá ejercitarse en el trámite penal, por resultar evidentemente contraria a su naturaleza especial, única y limitada. Por ello, así como no solo desde un punto de vista estrictamente teórico se justifica que se de un tratamiento diferenciado a la responsabilidad contractual de la extracontractual, procesalmente cobra mayor fuerza dicha necesidad partiendo nada más de un criterio de especialidad, pero fundamentalmente por tener origen cada una en fuentes de responsabilidad distintas. De ahí que la prestación reparadora que en un momento determinado le pueda ser exigible al asegurador -cuyo ingreso como sujeto procesal en el proceso penal parece no tener reparo de lege ferenda por la doctrina nacional-, no dimana de responsabilidad directa ni indirecta, única posibilidad de aceptar la

Pág.

reclamación indemnizatoria como ejercicio de la acción civil activa o pasiva dentro del proceso penal, pues las obligaciones que surgen del seguro provienen del negocio jurídico en virtud del cual la aseguradora ha asumido la reparación prestando el equivalente pecuniario en las condiciones, límites y modalidades señaladas en las distintas cláusulas del contrato. El contrato de seguro, por consiguiente, cumple en un sentido jurídico y económico con una función reparadora consistente en que la compañía asume los riesgos cuando se presenta el evento por el valor convenido en la póliza correspondiente, previo el pago de una prima, obligación que es ajena a la que compete al responsable y eventualmente al tercero civil dentro del proceso penal como efecto del hecho delictivo; mientras que la responsabilidad del procesado es directa y la del tercero civil colateral o indirecta frente a las consecuencias patrimoniales del delito por la producción del daño, el asegurador no es de ningún modo responsable de ese daño. Lo único que media entre éste y el tercero civil, o el propio procesado, es una obligación de naturaleza contractual o legal, en relación con la cual no sería por tanto el juez penal competente para pronunciarse. Cobra mayor fuerza esta posición, si se tiene en cuenta que el de seguros constituye por esencia un contrato comercial de garantía complejo que crea una obligación condicional, pero no de responsabilidad, lo que de suyo excluye cualquier competencia en cabeza del juez penal para dilucidar aspectos inherentes a las diferencias que se puedan presentar relacionadas con la vigencia de la póliza, el aviso del siniestro, la reclamación, las objeciones, las exclusiones etc., máxime cuando como es sabido dependiendo de la posición que asuma la aseguradora y las características propias de la póliza, por la vía civil la acción pertinente podría ejercerse a través de un proceso ejecutivo u ordinario según el caso. Sin embargo, por lo mismo que no es factible en el proceso penal llamar en garantía a la aseguradora, esto no impide el ejercicio independiente de las acciones correspondientes con miras a hacer valer el seguro, más aún cuando en virtud de la Ley 45 de 1.990 en los seguros de responsabilidad, esto es los que de acuerdo con el art. 84 "imponen a cargo del asegurador la obligación de indemnizar los perjuicios patrimoniales que cause el asegurado con motivo de determinada responsabilidad en que incurra de acuerdo con la ley y tiene como propósito el resarcimiento de la víctima, la cual en tal virtud, se constituye en el beneficiario de la indemnización, sin perjuicio de las prestaciones que se le reconozcan al asegurado", los propios damnificados tienen "acción directa contra el asegurador", conforme al art. 87 *ibidem*. Magis-

Pág.

trado Ponente Dr. *Carlos A. Gálvez Argote*. Sentencia Casación. Fecha: 16-12-1998 Decisión: No Casa. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial. Ciudad: Buga. Procesado: Hoyos Ramírez, Gustavo Alonso. Delitos: Lesiones personales culposas, Homicidio culposo. Proceso: 10589. Publicada: Sí.
Véase también en - Internet 516

ACCION DE REVISION/ COMPETENCIA/ JUSTICIA REGIONAL. A partir de la entrada en vigencia del Decreto 2700 de 1991, la acción de revisión, antes denominada recurso extraordinario, dejó de ser de competencia exclusiva de la Corte, pues de conformidad con lo dispuesto en el artículo 68.2 del C.P.P., esta Sala Penal únicamente conoce de la misma, "cuando la sentencia ejecutoriada haya sido proferida en única o segunda instancia por esta corporación, por el Tribunal Nacional o por los Tribunales Superiores de Distrito", precisamente porque con el nuevo estatuto procedimental se pretendió descentralizar la competencia para el trámite de dicha acción, asignándosela también a los Tribunales Superiores de Distrito y al Tribunal Nacional, en lo que atañe a las sentencias ejecutoriadas proferidas por los respectivos juzgados, respecto del cual son sus superiores jerárquicos. Si bien las normas sobre competencia, en materia de revisión no son muy explícitas en lo que concierne a las sentencias dictadas por los Jueces Regionales, lo cual se debe, de un lado a multiplicidad de disposiciones expedidas excepcionalmente y de otro, al paralelismo normativo que de alguna manera quedó vigente al adoptarse como permanente la mayoría de aquella legislación mediante el Decreto 2271 de 1991, que por mandato del artículo 1° de la Ley 15 de 1992, es la aplicable a la justicia regional en virtud del principio de integración a que alude el artículo 5°. transitorio del actual C. de P.P., que previó que si bien dicha jurisdicción se integra a la ordinaria, "La competencia de estos despachos -Jueces regionales y Tribunal Nacional- no se modifica". Por ello, una interpretación sistemática de las disposiciones previstas sobre la materia en el C. de P.P., permite, sin lugar a dudas, arribar a la conclusión, de que el legislador de 1991, le asignó competencia al Tribunal Nacional para conocer de la acción de revisión, pues lo dispuesto en el artículo 1° del Decreto 099 de 1.991 (adoptado como legislación permanente), en el sentido de que, "La Sala de casación Penal de la Corte Suprema de Justicia conoce con relación a los procesos de competencia de los Magistrados y Jueces de Orden Público: 1. del recurso extraordinario de casación; 2. Del recurso extraordinario revisión; 3. Del recurso de hecho, cuando se deniegue el

Pág.

recurso de casación", fue abrogado por el nuevo Código, por cuanto reguló íntegramente todo lo relacionado con la competencia y el trámite de la revisión. Magistrado Ponente Dr. *Carlos A. Gálvez Argote*. Acción de Revisión. Fecha: 16-12-1998. Decisión: Se abstiene de conocer por falta de competencia. Procedencia: Juzgado Regional. Ciudad: Cali. Procesado: Guevara, Marco Mauricio. Procesado: Chavez Devia, Dionel. Delitos: Porte de armas de uso privativo de las F.M., Concierto para delinquir. Proceso: 14910. Publicada: Sí.

Véase también en - Internet 532

TESTIMONIO/ INDICIO/ DEMANDA DE CASACION. 1. El artículo 294 del Código de Procedimiento Penal señala los criterios para la apreciación del testimonio, reglas que analizadas en estricta lógica suponen la adecuada aducción del testimonio al proceso; la correcta apreciación material del dicho del testigo, esto es, que el Juez señale exactamente que aprecia tal o cual cosa que determinado testigo declaró; y, su apropiada apreciación valorativa, es decir, que sobre ese contenido declarativo aplique todos los elementos que el artículo 294 señala y los que componen las reglas de la sana crítica, para concluir en la credibilidad de ese dicho o en su inutilidad por no ofrecer motivos que lo hagan creible. En esa misma secuencia se desarrollan los ataques en casación a ese tipo de medio probatorio: Si se intenta discutir su incorrecta aducción al proceso, habrá de señalarse un falso juicio de legalidad como modalidad del error de derecho y el ataque se limitará a señalar por qué tal prueba es violatoria del principio de legalidad, sin discutir otros aspectos del testimonio, como su credibilidad o su tergiversación (que son propios del error de hecho), pues, aunque se trate de violación indirecta, no puede partir el censor de la afirmación de la ilegalidad del medio probatorio y simultáneamente discutir su análisis, ya que si el medio está viciado todo lo que de él se derive lo está igualmente. En ese mismo orden de ideas y siguiendo en una escala lógica de entendimiento de las cosas, aceptada la legalidad del medio, el Juez procede a su aprehensión material, por lo que si el censor descubre un error en tal procedimiento, lo pondrá de presente, también por la vía indirecta pero en la modalidad de error de hecho y a través del falso juicio de identidad, pues se trata de un problema objetivo en el que el presunto yerro del Juez fue tergiversar el contenido material del testimonio, haciéndole decir lo que no decía. 2. Amplia ha sido la jurisprudencia de la Sala insistiendo, como ha de hacerse un ataque de los indicios en sede casación, e indicando que debe señalarse

Pág.

inequívocamente cuál es el elemento del indicio que se ataca: si es el hecho indicador, allí puede acudirse a las modalidades que correspondan frente a la prueba que lo demuestra; si es a la inferencia lógica, se trata de un falso juicio de identidad, y también deben señalarse las razones de su yerro. Pero cualquiera sea el extremo de los indicios que se pretenda censurar, una demanda debe partir del elemental principio de identificar el indicio que se pretende atacar y sobre todo de identificar el medio probatorio que lo acredita, pues no puede, por ejemplo, atacarse la apreciación de un documento como indicio, cuando no ha sido valorado como tal. Magistrado Ponente Dr. *Carlos Eduardo Mejía Escobar*. Sentencia Casación. Fecha: 16-12-1998. Decisión: No Casa. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial. Ciudad: Cundinamarca. Recurrente: León Angulo José Franceny. No Recurrente: Alvarez León José Antonio. Delitos: Porte de armas de defensa personal, Homicidio agravado. Proceso: 10566. Publicada: Sí.

Véase también en - Internet 549

SANA CRITICA/ NULIDAD-Principios orientadores/ DEFENSA TECNICA-Actuación pasiva del profesional/ PRUEBA-Oportunidad. Es usual que quienes acudan a este instrumento procesal postulen a manera de yerro subsanable en casación su discrepancia con el análisis de las pruebas contenidas en el plenario, cuando son las reglas de la sana crítica el único parámetro que en ese ejercicio debe observar el juzgador, ante la ausencia de tarifa probatoria. Solo la demostración de su inobservancia (reglas de la lógica, la ciencia y/o la experiencia) es susceptible de discusión, siempre que su planteamiento conduzca a acreditar el error de hecho por falso juicio de identidad y se observen los demás presupuestos que también han sido objeto de varios pronunciamientos por parte de la Sala. El nuevo ordenamiento procesal penal precisó los principios orientadores de las nulidades y que, por tanto, ese mecanismo ha dejado de ser una previsión general de tipo formal, para convertirse en excepcional frente a las simples irregularidades que se presentan en el trámite del proceso penal. Esta novedosa percepción del instituto en comento, fija así un límite entre lo formal y lo sustancial y por tanto tiene operancia en situaciones extremas en las que se afectan los derechos fundamentales y/o la estructura del proceso. Si se trata del derecho a la defensa técnica, esto es, la que se desprende de la actividad ejercida por un profesional del derecho bien sea nombrado por el procesado o de oficio por el respectivo funcionario judicial, su desconocimiento debe ser analizado con respecto a

la forma como asumió la defensa, máxime cuando de cara a la actuación procesal el respectivo profesional ha adoptado una actitud pasiva. Quien pretenda la ruptura del fallo por este motivo, debe demostrar que efectivamente hubo un abandono grave de las funciones propias de esa actividad. Por ello comparte la Sala el razonamiento del procurador, consistente en que no es una causal de fácil demostración por la variedad de aspectos que se deben tener en cuenta para su prosperidad, ya que como se lee en el concepto "implica no solamente la identificación del acto procesal irregularmente cumplido (vicio in procedendo), sino también la demostración de que jurídicamente se imponía su desarrollo de conformidad con las reglas previamente establecidas, así como la incidencia del vicio en el desarrollo del proceso o en el resultado final del mismo (sentencia) y en el desmedro de las garantías judiciales que la Constitución y la ley reconocen a favor del procesado, con indicación de las condiciones que impiden la convalidación de la nulidad, su saneamiento o la desestimación de ella debido a su intrascendencia". Es que, como en variedad de oportunidades lo ha analizado la Sala, es probable que el defensor no solicite pruebas, no intervenga en las diligencias que no son obligatorias, no impugne las decisiones, lo cual no es suficiente para concluir que esa actitud vulnera el derecho defensivo de los procesados. Es necesario establecer, de acuerdo a los datos que suministre el proceso, si el respectivo representante judicial estuvo profesionalmente pendiente del desarrollo de las diligencias, de tal manera que no limitó su actividad a una actitud presencial o nominal sino que ejecutó actos de control, parte de los cuales se puede verificar mediante las notificaciones que se le efectuaron de las distintas actuaciones acaecidas a lo largo del proceso. En ese ejercicio de constatar si se ha vulnerado el derecho a la defensa, es obligatorio determinar también si el mismo ha sido garantizado a través de las actuaciones que se han surtido, y que permitan predicar que el proceso tuvo un desarrollo normal, acorde con los parámetros legales. Ello implica, evidentemente, que el funcionario judicial encargado de dirigirlo, haya facilitado a los sujetos procesales las herramientas necesarias para ejercer la controversia, o si por el contrario, esa garantía se vio trastocada por su negligencia o descuido al no tomar las medidas respectivas para imprimirle legalidad al proceso, todo lo cual generó un fallo carente de las debidas garantías. Y, finalmente, en aras de establecer que los actos que se adelantaron al margen del rito no constituyan el incumplimiento de requisitos meramente formales, es necesario establecer la trascendencia de la irregularidad para preservar la finalidad

Pág.

garantista de la actuación que, con miras a adelantar un debido proceso, impide que se afecten los derechos sustanciales de las partes o la estructura básica del mismo. Dicho en otras palabras, la proposición de nulidades no puede estar orientada a la presentación de ritualismos sin ninguna incidencia en los contenidos materiales de las normas, siendo por tanto obligatorio para el censor demostrar el desconocimiento de la estructura de las etapas procesales o la vulneración de las garantías fundamentales de las partes. En el marco del proceso penal, tanto la etapa de instrucción como la de juzgamiento contiene la posibilidad de que se aduzcan pruebas, bien de oficio o a solicitud de parte. El ideal de las que se vayan a evacuar en ésta ultima parte del trámite procesal, es que estén orientadas a comportar nuevos y mejores elementos de convicción, bien para perfeccionar los que se recopilaron en la instrucción o para desvirtuar lo que en ella se llegó a establecer. De ahí que el juzgador esté en la obligación, de ordenar de una manera objetiva las pruebas que sean necesarias. En la diligencia de audiencia pública el debate se realiza de manera oral y es en ese acto donde los sujetos procesales tienen una clara oportunidad de controvertir la prueba allegada. Se ha dicho por esta Corporación que ese acto de juzgamiento es la máxima expresión de los principios de oralidad, publicidad y contradicción y que sirve de fundamento para proferir el fallo que en derecho corresponda. Magistrado Ponente Dr. *Carlos Eduardo Mejía Escobar*. Sentencia Casación. Fecha: 16-12-1998 Decisión: No Casa. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial. Ciudad: Medellín. Procesado: Ballesteros Morales Carlos Alberto. Procesado: Gallego Gallego Wilmar Giovanny. Delitos: Porte de armas de defensa personal, Homicidio agravado. Proceso: 10373. Publicada: Si.

Véase también en - Internet 549

IMPEDIMENTO-Haber dictado providencia. La causal en que se apoya el funcionario judicial impedido es la contemplada en el numeral 6° del artículo 103 de la citada obra, esto es, que el servidor público haya dictado la providencia cuya revisión se trata, o participado en el proceso en calidad de agente del Ministerio Público, fiscal, secuestre, perito, etc. Sobre este aspecto ha sido clara la jurisprudencia de la Sala, en el sentido que dicha causal opera cuando el juez de segunda instancia es la misma persona que, en calidad de funcionario de primer grado, emitió la decisión objeto de la posterior revisión. Significa ello que la ley no permite, en razón a los postulados de imparcialidad e independencia judicial, que un mismo funcionario conozca en segunda

Pág.

instancia de la providencia que dictó en primera. Magistrado Ponente Dr. *Jorge E. Córdoba Poveda*. Auto Impedimento. Fecha: 16-12-1998 Decisión: Declara infundado el impedimento manifestado por un Magistrado del Tribunal Nacional. Procedencia: Tribunal. Ciudad: Nacional. Procesado: Sánchez Ramírez Mauricio. Procesado: Abella Beltrán Javier. Procesado: Riveros Edilma. Delitos: Rebelión. Proceso: 15291. Publicada: Si.
Véase también en - Internet 574

ACCION DE REVISION. Se hace necesario advertir, que no es de recibo la pretendida reactivación ni del mandato, ni de una prueba que se hallan ya incorporados al archivo de la Corporación como parte que fueron de la actuación que resultó fallida según decisiones que en su oportunidad se dieron a conocer en legal forma, pues el aporte de los elementos de juicio que se busca hacer valer cuantas veces se pretenda promover una acción judicial de iniciativa de parte interesada corresponde a ésta y no a la judicatura. Siendo de tan vital importancia la personería del representante del sentenciado para el ejercicio del derecho de postulación y el allegamiento de los elementos de juicio con entidad jurídica de prueba así sea sumaria, conducentes a la demostración de la causal de revisión aducida, cumple al interesado activar los mecanismos necesarios para su oportuna aportación, pues como principio rector, el mandato se entiende conferido hasta la finalización del proceso (artículo 139 C. de P.P.) -y la acción de revisión es en sí misma un proceso especial que puede culminar de manera normal con el fallo que ordena la revisión, o bien, de manera anormal, con el rechazo de la demanda, sin perjuicio de que la acción pueda volver a intentarse-, tal como aconteció con la inicialmente presentada, según lo revelan la información secretarial; en cuyo evento podrá desglosar del archivo los documentos que requiera para nuevamente accionar, pero jamás remitirse en nuevas actuaciones a dicho archivo, pues ello equivaldría a "recurrir" indefinidamente lo ya decidido. Magistrado Ponente Dr. *Dídimo Páez Velandia*. Acción de Revisión. Fecha: 16-12-1998. Decisión: Rechaza in limine la demanda de revisión. Procedencia: Tribunal. Ciudad: Nacional. Procesado: Morales García César Augusto. Delitos: Porte de armas de uso privativo de las F.M., Secuestro extorsivo. Proceso: 15218. Publicada: Si.
Véase también en - Internet 577

CAMBIO DE RADICACION. Una vez más debe reiterar la Sala que el cambio de radicación de un proceso penal, como excepción a las

Pág.

reglas de competencia por el factor territorial, procede cuando se acredita, en debida forma, que en el lugar en donde se ventilan las diligencias existen 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, tal como lo contempla el artículo 83 del Código de Procedimiento Penal. Igualmente se ha dicho que la labor del peticionario habrá de consistir en demostrar, de manera clara y evidente, cualesquiera de las circunstancias anteriormente citadas, para que la Corte, en cumplimiento de lo normado en el numeral 8° del artículo 68 de la misma obra, se pronuncie sobre la viabilidad o no del cambio de radicación solicitado. Magistrado Ponente Dr. *Jorge E. Córdoba Poveda*. Cambio de Radicación. Fecha: 16-12-1998. Decisión: No concede el cambio de radicación. Procedencia: Juzgado 16 Penal del Circuito. Ciudad: Santa Fe de Bogotá. Procesado: Padilla Del Prado Ernis de Jesús. Delitos: Falsedad material de particular en documento público. Proceso: 15249. Publicada: Si.

Véase también en - Internet 582

CASACION DISCRECIONAL. 1. Tratándose del recurso de casación excepcional contemplado en el inciso final del artículo 218 del Código de Procedimiento Penal, la competencia para admitirlo o no está adscrita a ésta Corporación, de manera que el funcionario de instancia se debía haber limitado a remitir el expediente sin ningún pronunciamiento de su parte, pues al hacerlo incurrió en la causal de nulidad prevista en el numeral 1°; del artículo 304 del Código de procedimiento Penal. 2. De otra parte, el recurso de casación procede contra sentencias de segunda instancia dictadas por delitos, no por contravenciones, tal como lo establece el primer inciso de la norma anteriormente citada, de modo que ese tipo de fallos no tienen recurso extraordinario. Magistrado Ponente Dr. *Ricardo Calvete Rangel*. Casación Discrecional. Fecha: 16-12-1998. Decisión: Decreta nulidad, inadmite el recurso de casación excepcional. Procedencia: Juzgado 21 Penal del Circuito. Ciudad: Santa Fe de Bogotá. Procesado: Alonso Pereira Gentry Alberto. Procesado: Morales Rengifo Maritza Elena. Procesado: Guevara Sánchez Jhony. Delitos: Estafa. Proceso: 15253. Publicada: Si.

Véase también en - Internet 585

IMPEDIMENTO/ CONJUEZ. Basta leer el artículo 54 del Estatuto de la Administración de Justicia, (Ley 270 de 1976), para darse

Pág.

cuenta que una de las razones por las cuales se excusa la participación de un Magistrado en las deliberaciones de los asuntos que le corresponde fallar, es el haber sido aceptado su impedimento, y que en esos casos únicamente se nombra conjuez cuando la separación de ese funcionario del conocimiento del asunto disminuye el número de quienes deben decidirlo a menos de la mayoría de los miembros de la sala. Esto indica que cuando la sala es de tres magistrados, si a uno se le admite el impedimento, los dos restantes pueden adoptar la decisiones que correspondan dentro de ese proceso, sin necesidad de designar un conjuez que lo reemplace. Magistrado Ponente Dr. *Ricardo Calvete Rangel*. Casación Discrecional. Fecha: 16-12-1998. Decisión: Inadmite el recurso de casación excepcional. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial. Ciudad: Santa Marta. Procesado: Barrios Díaz Ramón Rafael. Delitos: Encubrimiento. Proceso: 14904. Publicada: Sí.

Véase también en - Internet 587

DECISIONES DE TUTELAS

DEBIDO PROCESO DISCIPLINARIO: las decisiones que en ejercicio de la facultad disciplinaria profiere la Junta Central de Contadores son administrativas; la tutela no es procedente por ser una acción residual, el accionante debe agotar la vía gubernativa y si es del caso, acudir a la jurisdicción contencioso administrativa.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Santafé de Bogotá, D. C., siete (7) de julio de mil novecientos noventa y ocho (1998).

Magistrado Ponente: Dr. *Carlos Augusto Gálvez Argote*

Radicación No. 4595

Aprobado Acta No. 99

VISTOS

Decide la Corte la impugnación interpuesta por Timoleón Villamizar Mariño contra el fallo proferido por el Tribunal Superior de Cúcuta el 29 de mayo del año en curso, que denegó la tutela instaurada contra la Junta Central de Contadores representada por el doctor Jaime Alberto Hernández Vásquez en protección de sus derechos fundamentales de defensa y debido proceso.

FUNDAMENTOS DE LA ACCIÓN

Manifiesta el accionante que a raíz de una queja formulada en contra suya ante la Junta Central de Contadores, le fue iniciado un proceso disciplinario de conformidad con lo dispuesto en la Ley 43 de 1990, habiéndosele proferido pliego de cargos el 9 de octubre de 1997.

El 4 de marzo del año en curso una vez vencido el término perentorio señalado en el artículo 28 de la referida ley para la práctica de las pruebas por él solicitadas en el escrito de descargos, solicitó en dos oportunidades a la Presidencia de la Junta Central decretara la preclusión o caducidad del proceso, siéndole denegadas sus pretensiones mediante los memorandos Nos. 1642 y 1818, en razón a que la pruebas no habían podido ser practicadas en razón a que en la ciudad de Cúcuta no existe seccional de dicha institución.

Con base en lo anterior y considerando que si se pretendía postergar los términos ello ha debido hacerse mediante decisión previa a su vencimiento, el no proceder de este modo constituye en su criterio evidente violación a sus derechos fundamentales de defensa y debido proceso que solicita le sean tutelados.

El Fallo Impugnado

Para el Tribunal, es comprensible que el proceso disciplinario adelantado en contra de Villamizar Mariño haya sufrido algún retardo, si se tiene en cuenta que al no existir en la ciudad de Cúcuta seccional de la Junta Central de Contadores, para recepcionarse algunos de los testimonios solicitados por el propio accionante debió comisionarse a personal de Bucaramanga, circunstancia esta que de ninguna manera puede traer como consecuencia la caducidad o preclusión de dicho asunto, ni desde luego, vulneración alguna de los derechos cuyo amparo aduce el actor, siendo esta razón suficiente para que en Sala Mayoritaria se denegara el amparo solicitado.

Impugnación

Se opone el actor al fallo del Tribunal sustentando su inconformidad en el criterio expuesto por el Magistrado que salvó voto, en el sentido de que no podía la Junta Central incluir dentro de su reglamento interno ninguna norma modificadora de la Ley 43 de 1990 y mucho menos basar en ella la prórroga del periodo probatorio, como en efecto lo hizo, pues en las condiciones en que se encontraba la actuación, lo único procedente era adoptar la decisión por él reclamada desde un principio, en la medida en que la determinación de ampliar dichos términos es evidentemente ilegal.

Consideraciones

Para la Sala la sentencia impugnada merece ser confirmada, pero con fundamento en razones diversas de aquellas que expusiera el Tribunal Superior para denegar el amparo. En efecto:

1. Mediante el Decreto 2373 del 18 de septiembre de 1956 se reglamentó por vez primera la profesión de contador, estableciéndose entre otros aspectos, su clasificación, requisitos, funciones, etc., al tiempo que se creó la Junta Central de Contadores, definiéndosela como una entidad de carácter disciplinaria, a la cual corresponde adelantar los procesos e imponer las sanciones pertinentes por faltas a la ética en que pueda incurrirse por parte de los profesionales de la contaduría. A esta normatividad le sucedieron la Ley 145 de 1960 y últimamente la Ley 43 de 1990.

2. Desde su creación, la Junta Central de Contadores ha sido dependiente del Ministerio de Educación Nacional, estando conformada actualmente por el Ministro o su delegado, el Superintendente de Sociedades o su delegado, el Superintendente Bancario o su delegado, un representante de la Asociación Colombiana de Universidades, un representante de la Asociación Colombiana de Facultades de Contaduría Pública y dos más de los contadores públicos con sus suplentes (art. 16 de la Ley 43 de 1990).

3. Además de tener esta conformación, de idéntica manera como sucedía en los preceptos anteriores, en el artículo 22 de la Ley 43 se dispuso que contra las decisiones de la Junta Central de Contadores proceden "los recursos establecidos en el Código Contencioso Administrativo", aspecto este que guarda una necesaria correspondencia con la naturaleza que le es propia a esta entidad, esto es, "una unidad administrativa dependiente del Ministerio de Educación Nacional" (artículo 15 Ley 43 de 1990).

4. Es decir, que no solamente por su origen, reglamentación, funcionamiento, dependencia a un Ministerio, sino por la naturaleza de las decisiones que se le han encargado y los recursos que contra las mismas señala la ley, puntualizándose al respecto que como regla general contra ellas solamente "procede el recurso de reposición agotándose la vía gubernativa salvo los casos de suspensión y cancelación que serán apelables para ante el Ministro de Educación Nacional" (artículo 28 Ley 43), por todo ello y por que además necesariamente debe colegirse de la definición que la propia ley le ha dado como una "unidad administrativa", es claro que el trámite propio de la actuación o proceso disciplinario sancionador de los contadores que adelanta la Junta Central de Contadores es administrativo y en consecuencia, que las determinaciones adoptadas en su desarrollo son consecuencialmente, actos administrativos.

5. En estas condiciones, siendo la pretensión del actor que por vía de tutela el juez constitucional se pronuncie dentro del proceso disciplinario administrativo que en su contra adelanta la Junta Central de Contadores y declare presuntas irregularidades que según su criterio se han presentado en desarrollo del mismo, forzosamente debe recordarse que mal puede el juez de tutela invadir una órbita competencial que le es ajena, para imponer su criterio dentro de una actuación administrativa, máxime cuando ella ha sido objeto de toda una reglamentación propia y que no tiene desde luego carácter optativo sino de imperativo trámite que bajo ninguna circunstancia puede soslayarse, no siendo procedente aún pretextando la vulneración de derechos pues resulta bien sabido que la intervención del juez de tutela es apenas subsidiaria.

6. En estas condiciones y en razón a la naturaleza que les es propia al trámite que actualmente cursa la Junta Central de Contadores, es ante

dicha autoridad colegiada que corresponde elevar las peticiones y recursos que en desarrollo del proceso administrativo disciplinario estime pertinentes, quedando a salvo además, la posibilidad de acudir una vez agotada la vía gubernativa ante la justicia contencioso administrativa como otro mecanismo de protección de sus garantías constitucionales fundamentales, impetrando en tal caso las acciones consagradas en el artículo 83 y ss. del Código Contencioso Administrativo.

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:

1. Confirmar la sentencia impugnada, de acuerdo con lo expuesto en la parte motiva.

2. Ejecutoriada esta decisión, 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.

Jorge Enrique Córdoba Poveda, Fernando Arboleda Ripoll, Ricardo Calvete Rangel, Carlos Augusto Gálvez Argote, Jorge Aníbal Gómez Gallego, Edgar Lombana Trujillo, Carlos Eduardo Mejía Escobar, Didimo Páez Velandia, Nilson Pinilla Pinilla.

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria

LEGITIMACION POR ACTIVA EN TUTELA: El apoderado como sujeto procesal tiene legitimidad para reclamar por vía de tutela la violación o amenaza del debido proceso como derecho fundamental/ **NULIDAD EN TUTELA:** es insaneable la nulidad que se produce cuando el *a quo* se abstiene de resolver por considerar de manera equivocada que falta legitimidad en el accionante.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Santa Fe de Bogotá, D. C., siete (7) de julio de mil novecientos noventa y ocho (1998).

Magistrado Ponente: Dr. *Ricardo Calvete Rangel*

Radicación No. 4608

Aprobado Acta No. 99

VISTOS

Resuelve la Sala el recurso de apelación interpuesto por el recurrente contra la sentencia proferida por la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cundinamarca de fecha junio 4 de 1998, mediante la cual se abstuvo de pronunciarse en la acción de tutela instaurada por Carlos Julio Sánchez Vargas contra la Secretaría y el despacho del Juzgado Promiscuo Municipal de Sibaté.

FUNDAMENTOS DE LA ACCIÓN

1. En el Juzgado Promiscuo Municipal de Sibaté, Carlos Julio Sánchez Vargas obrando como endosatario al cobro de Wescenlao Guataquira Gualaquira tramita dos procesos ejecutivos con medidas cautelares.

2. Reclama el peterite mediante la acción pública la mora en que ha incurrido la Secretaria y el Juez del despacho accionado, porque después de mes y medio de presentada la demanda no se han decretado las medidas cautelares solicitadas por el ejecutante.

3. Señala el actor que los demandados han incumplido los artículos 107 y 685 del C.P.C., que establece perentoriamente la obligación a cargo del Secretario de pasar al despacho del Juez las peticiones y además el

deber del funcionario de resolver las medidas cautelares al día siguiente de la asignación.

4. Considera el demandante que los hechos referidos violan el derecho fundamental del debido proceso y solicita se ordene a los funcionarios del Juzgado de Sibaté el cumplimiento de las normas y términos procesales, especialmente de las que el impugnante señala como desconocidas.

La Sentencia del Tribunal

Las razones por las cuales el Tribunal se abstuvo de pronunciarse sobre la acción de tutela interpuesta por Carlos Julio Sánchez Vargas, fueron:

1. Al demandante no le asiste legitimación para presentar la acción de tutela, porque es endosatario en procuración en los procesos ejecutivos que se adelantan en el Juzgado Promiscuo Municipal de Sibaté a nombre de Wesceniao Guataquira.

2. Siendo la tutela un proceso autónomo en el que el derecho de postulación requiere ser otorgado especialmente, resulta obvio, que la ausencia de mandato en la acción de tutela instaurada por el demandante, hace a éste actor ilegítimo para incoar la acción que presentó.

3. Otra razón más que se trae en apoyo para imputar falta de legitimación en el accionante, radica en que de conformidad con el artículo 658 del Código de Comercio el endoso en procuración, no le transfiere capacidad para instaurar a nombre del beneficiario de los títulos valores la acción pública.

4. Tampoco es posible reconocer en el demandante la condición de agente oficioso, porque no se demostraron en el expediente los presupuestos necesarios para considerar que el representado estaba impedido o incapacitado para reclamar la defensa de sus derechos fundamentales.

5. De otro lado los hechos presentados en la demanda de tutela no afectan ningún derecho constitucional del demandante sino de Wesceniao Guataquira.

La Impugnación

Las razones por las cuales el demandante apeló del fallo, son las siguientes:

1.En su condición de apoderado en procuración tiene todos los derechos del endosante salvo el de disposición.

2.La violación al debido proceso atenta no solamente contra el endosante sino también contra los derechos fundamentales del apoderado o endosatario al cobro.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. En el caso concreto la acción de tutela se instauró por quien es el apoderado del demandante en los procesos ejecutivos en donde presuntamente se ha dado la conducta de los funcionarios accionados. Tal derecho lo adquirió el actor con base en los endosos en procuración, el que según lo dispuesto por el art. 658 del Código de Comercio, hace que el endosatario tenga no sólo la representación judicial sino la capacidad para ejercer todos"los derechos y obligaciones de un representante, inclu so los que requieran cláusula especial", salvo el de disposición del derecho.

2.La Sala en varias oportunidades ha reconocido en el apoderado, como sujeto procesal,legitimidad para reclamar por vía de tutela la violación o amenaza del debido proceso como derecho fundamental. Así por ejemplo, en providencia de junio 11 de 1997 en situación semejante a la que ahora estudia la Corporación en razón de la apelación interpuesta, señaló como no acertada la decisión que se negaba a reconocerle capacidad jurídica a quien venía ejerciendo el derecho de postulación en el proceso donde se daban los hechos acusados en vía de tutela. Por consiguiente, el estar actuando el recurrente como apoderado del demandante en los procesos ejecutivos en los cuales estima que se violó el debido proceso lo legitimaban para promover la acción.

3. No obstante el carácter preferente y sumario del procedimiento de tutela, es claro que allí debe acatarse el debido proceso (art. 29 de la C.P.). Este derecho se vulnera en la acción pública cuando el *a quo* no se pronuncia sobre la totalidad de los extremos de la litis.

En el presente caso el Juez Constitucional se abstuvo de hacer un pronunciamiento de fondo respecto de la demanda presentada por Carlos Julio Sánchez Vargas, cuando estaban dados los presupuestos para ello. Constituye este proceder un desconocimiento al debido proceso que genera una nulidad insaneable y declarable de oficio, según el art. 145 del C.P.C, el cual es aplicable en el *sub judice* por principio de integración, según lo autoriza el art. 4 del Decreto 306 de 1992.

La decisión a tomar es de nulidad, porque al ocuparse la Corte en segunda instancia del asunto a que se refiere la providencia apelada, se priva a las partes de la oportunidad de impugnar cualquier determina ción contraria a sus intereses.

4. Se ordenará la devolución inmediata del expediente al Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cundinamarca, para que proceda a dictar el fallo que en derecho corresponda.

Contra este pronunciamiento no procede recurso alguno, ni su eventual revisión por la Corte Constitucional, pues no tiene el carácter de sentencia.

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. Decretar la nulidad de la decisión de fecha junio 4 de 1998, a través del cual una Sala de Decisión Penal del Tribunal del Distrito Judicial de Cundinamarca se abstuvo de resolver la demanda de Tutela presentada por Carlos Julio Sánchez Vargas.

2. Ordenar la devolución del expediente a la oficina de origen, para que proceda conforme a lo indicado en la parte motiva de esta providencia.

3. Notificar esta decisión de conformidad con el artículo 16 del Decreto 2591 de 1991.

Notifíquese y cúmplase.

Jorge Enrique Córdoba Poveda, Fernando E. Arboleda Ripoll, Ricardo Calvete Rangel, Carlos Augusto Gálvez Argote, Jorge Aníbal Gómez Gallego, Edgar Lombana Trujillo, Carlos E. Mejía Escobar, Didimo Páez Velandia, Nilson Pinilla Pinilla.

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria

DEBIDO PROCESO PENAL: el rechazo del recurso de apelación por falta de sustentación es una decisión que si se encuentra racionalmente motivada no constituye vía de hecho.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Santa Fe de Bogotá, D. C., veintidós (22) de julio de mil novecientos noventa y ocho (1998).

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

Radicación No. 4631

Aprobado Acta No. 108

ASUNTO

Desatar la impugnación interpuesta por los doctores Yacira Elena Palacio Obando, Jaime Nanclares Vélez y Sigifredo Espinosa Pérez, Magistrados del Tribunal Superior de Antioquia, contra el fallo de cinco de junio de esta anualidad, mediante el cual una Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior de Medellín, tuteló, en favor de Eliberto Antonio Valencia Vahos y Jorge Enrique Espinosa Villa, el derecho fundamental al debido proceso.

FUNDAMENTOS DE LA ACCIÓN

En contra de los accionantes Eliberto Antonio Valencia Vahos y Jorge Enrique Espinosa Villa, el Juzgado Promiscuo del Circuito del Municipio de El Bagre (Antioquia) dictó sentencia anticipada condenándolos a la pena privativa de la libertad de 49 meses y 10 días de prisión, como responsables del concurso de hechos punibles de concierto para delinquir, hurto calificado y agravado, y porte ilegal de arma de fuego de defensa personal.

Contra dicho fallo el defensor común de los procesados interpuso el recurso de apelación, manifestando que la sustentación la haría en forma oral. Las diligencias fueron remitidas al Tribunal Superior de Antioquia, donde se señaló el día 5 de febrero de esta anualidad para llevar a cabo la respectiva audiencia.

Según los accionantes, su defensor, el abogado Fabio Cartagena Pamplona, les comunicó "que para la misma fecha tenía fijada otra au-

diencia en el Juzgado Civil Municipal de Barbosa", y "que el poder habría de sustituirlo en el abogado León Alejandro Alzate Uribe con la finalidad de que sustentara el recurso", solicitándoles que en la audiencia pública "ratificaran la sustentación" (fl. 4 c.o.).

"Días después -agregaron-, se nos notificó que el recurso había sido declarado desierto (sic), porque nuestro defensor no había recurrido (sic) a la diligencia y que no se pudo realizar, a pesar de que él 'había pretendido, indebidamente, que otro abogado lo reemplazara cuando no tenía facultad para sustituir el poder' que le habíamos conferido, pero que así mismo no había lugar para sancionar al abogado inasistente, ya que había una justa causa para su no concurrencia".

Contra la providencia en que se dispuso la deserción de la apelación, los accionantes interpusieron el recurso de reposición, el que fuera resuelto con auto de 13 de febrero, manteniendo incólume la decisión impugnada.

Consideraron vulnerado el debido proceso por parte del Tribunal, aduciendo que "la justificación de inasistencia por parte del abogado y la no procedencia de multa... se debió constituir en justa causa en nuestro favor, en una causal para que se fijara una nueva fecha para la audiencia de sustentación del recurso de apelación... pues la debida sustentación del recurso implicaba nuestra comparecencia a la audiencia" (fls. 5 y 6 ib.).

El Fallo Recurrido

Partiendo de lo que denomina "una premisa básica", cual es que "conforme al artículo 452 del estatuto procesal penal, para la celebración y eventual intervención en la audiencia, 'será obligatoria la asistencia del... procesado si se encuentra privado de la libertad', como realmente lo estaban Valencia Vahos y Espinosa Villa", el Tribunal de instancia concluyó que "los procesados debieron estar presentes, entonces, en la audiencia y ser solicitados en remisión para ese efecto, lo que no se hizo por la Secretaría de la Sala Penal del Tribunal mencionado" (fl. 40 ib.).

"En fin, asaz discutible resulta la declaratoria de desierto del recurso de apelación -agregó el Tribunal- cuando se anuncia sustentación oral y el defensor no acude a la audiencia, porque esa inasistencia no conlleva obviamente falta de sustentación, si interpretamos a la vez los artículos 27 de la Ley 81 de 1993, que aparece codificado como 196 B, con el 32 de la normatividad citada, modificatorio del canon 215 del C. de P. Penal que se refiere a la sustentación obligatoria del recurso de apelación".

En el siguiente párrafo describió las vías de hecho a través de las cuales se presentó la vulneración del debido proceso, justificando así la concesión del amparo:

"Ante la inasistencia del señor defensor contractual de los procesados a la audiencia de sustentación oral del recurso interpuesto y el hecho de no haber solicitado en remisión a los sindicados-accionantes para que, conforme a las indicaciones de aquel, sustituyeran el poder en el otro profesional del derecho que acudió al acto, para los efectos mencionados, y que firmó el acta como "el abogado asistente" (fols. 27 vto.), lo lógico hubiese sido que esa colegiatura acudiera al expediente dispuesto en el inciso final del artículo 196B, solicitando explicaciones al abogado por su no comparecencia y, en caso de ser injustificada, imponerle el correctivo disciplinario de que goza legalmente el juez en la dirección de los procesos penales" (fl. 43 ib.).

Al amparo de esas premisas ordenó "a la Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior de Antioquia, presidida por la H. Magistrada Yacira Elena Palacio Obando que, en un término no superior a las cuarenta y ocho (48) horas, adopte las medidas pertinentes para dejar a salvo los derechos básicos conculcados desde la "diligencia de audiencia pública de segunda instancia", inclusive, por violación a las formas propias del juicio y proceda a señalar nuevamente fecha y hora para la audiencia de sustentación oral del recurso de apelación interpuesto por el defensor de los accionantes" (fl. 44 ib.).

La Impugnación

Los Magistrados accionados solicitaron la revocatoria del fallo de primer grado, al considerar equivocado -además de exagerado-, "derivar violaciones al debido proceso y derecho de defensa, con caracterizaciones propias de una 'vía de hecho', a partir de la homologación de las audiencias de juzgamiento y de sustentación oral del recurso de apelación; de restringir frente a esta última los alcances del art. 215 del C. de P. Penal, modificado por el 32 de la Ley 81/93; y de otorgar efectos jurídicos a supuestos convenios de procesados y defensor que jamás se exteriorizaron en el proceso".

Cuestionaron que el *a quo*, para concluir que "el procesado privado de la libertad, no recurrente de la sentencia de condena, que tampoco haya dado a conocer su intención de intervenir en el acto como sujeto procesal no recurrente, debe comparecer obligatoriamente a la audiencia pública de sustentación oral del recurso de apelación interpuesto por el defensor... aplica por analogía el contenido del artículo 452 del C. de P. Penal, norma que establece como imperativo ineludible la presencia del procesado privado de la libertad a la audiencia pública de juzgamiento" (fl. 50 ib.).

Destacando las diferencias existentes entre la audiencia de juzgamiento y la de sustentación oral del recurso de apelación, precisaron que mientras aquella "se manifiesta como una importante oportunidad para controvertir y defenderse de la acusación que le formula el Estado, a través de la Fiscalía General de la Nación; la audiencia de sustentación oral del

recurso de apelación, es una expresión del derecho de impugnación y, como tal, una 'prerrogativa' que los sujetos procesales en cuyo favor se establece pueden ejercer o no".

Finalmente descartaron las vías de hecho, por cuanto "el Tribunal Superior de Antioquia consignó en providencia motivada las razones por las cuales declaró desierto el recurso y no consideró admisibles los motivos de la no comparecencia del defensor a la audiencia pública de sustentación".

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

La presente reclamación se dirige contra el auto de 13 de febrero de esta anualidad, mediante el cual una Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior de Antioquia, declaró desierto el recurso de apelación interpuesto por el defensor de los procesados contra la sentencia condenatoria proferida por el Juzgado Promiscuo del Circuito de El Bagre (fl. 28 c.o.).

Según el Tribunal de instancia, con tal determinación les fue vulnerado a quienes ejercen esta acción de amparo el derecho fundamental al debido proceso, al negárseles la oportunidad a impugnar la sentencia condenatoria.

Sea lo primero advertir, que la Sala no asumirá la revisión de la citada providencia cuestionada por vía de tutela, para establecer el acierto o desacierto de la denegación de la alzada, por cuanto este mecanismo constitucional, en razón a su carácter residual (arts. 86 inc. 3° de la C. N. y 6.1° del Dec. 2591 de 1991) no puede constituirse en recurso adicional al de reposición, establecido para estos efectos en aplicación del debido proceso, por el artículo 215 del Código de Procedimiento Penal (modificado por el artículo 32 de la Ley 81 de 1993), como idóneo instrumento intraprocesal para precaver la eventual vulneración de los derechos fundamentales de las partes.

A ese mecanismo de control acudieron los accionantes, y el Tribunal de Antioquia, con auto de 20 de marzo resolvió "no reponer" la providencia cuyo cuestionamiento ahora se pretende por vía de amparo.

El Tribunal de instancia resolvió por vía de tutela la controversia planteada en la reclamación, interpelando la independiente y autónoma labor hermenéutica que han de desempeñar los administradores de justicia (arts. 228 y 230 de la Carta), en un Estado cuya prefiguración constitucional de Derecho impide al juez de tutela impartir órdenes que, el juez de conocimiento, por su condición de director del proceso, está en imposibilidad de acatar.

La discusión en torno a si el recurso interpuesto por el defensor, permite extender a los procesados privados de la libertad la condición de

apelantes, con la subsiguiente obligación de ordenar su remisión para que intervengan en la audiencia de sustentación oral del recurso interpuesto por aquel, debe surtirse intraprocesalmente y no por vía de tutela, por los cauces del debido proceso, como en el presente caso ocurrió cuando los peticionarios plantearon tal controversia al interponer el recurso de reposición, el que, no por haber sido resuelto desfavorablemente, abre paso al amparo constitucional.

Por ello, el examen que como juez *ad quem* emprenderá la Sala en el presente caso, se orientará a establecer si, como lo afirma el Tribunal de instancia -citando la sentencia de la Corte Constitucional T079 de 1993-, la deserción del recurso de alzada por ausencia de sustentación, declarada en la citada providencia de trece de febrero y ratificada en la decisión de veinte de marzo, constituye una vía de hecho por "carecer de fundamento objetivo y obedecer a la sola voluntad o capricho" de los Magistrados contra quienes se incoó la reclamación.

Dada la racional motivación que exhibe la aludida providencia, donde la decisión adoptada emerge como producto de una sistemática interpretación de los artículos 196B y 215 del Código de Procedimiento Penal (adicionados y modificados, respectivamente, por los artículos 27 y 32 de la Ley 81 de 1993) -cuyo acierto, se reitera, no puede ser objeto de ponderación por vía de tutela-, y los supuestos fácticos en que se fundamenta, imputables a la negligencia del defensor de los accionantes en el cumplimiento de los deberes profesionales adquiridos, la cuestionada desestimación del recurso de alzada por ausencia de sustentación no reviste los caracteres de incompetencia, irracionalidad o arbitrariedad necesarios para ser considerada una "vía de hecho" que legitime virtualmente el amparo constitucional.

Igual predicamento procede respecto "del hecho de no haber solicitado en remisión a los sindicados-accionantes para que, conforme a las indicaciones del defensor, sustituyeran el poder en el otro profesional del derecho que acudió al acto", pues la obligatoria comparecencia de los no recurrentes privados de la libertad a la audiencia de sustentación oral del recurso de apelación, la deduce el *a quo* al optar por la aplicación analógica del artículo 452 del Código de Procedimiento Penal, como una de las posibles interpretaciones de que pueden ser objeto las citadas normas.

Corrobora la exclusión de las vías de hecho imputadas a los Magistrados accionados, la actitud asumida por el abogado defensor y calificada por aquellos en la providencia de 20 de marzo, como de "irresponsabilidad profesional... habida cuenta que conocía que para el mismo día y hora tenía dos compromisos judiciales, y optó por cumplir el que se realizaba en el Juzgado Civil Municipal de Barbosa, y no concurrir a la audiencia programada en esta Corporación, sin excusarse previamente" (fl. 33).

Inadvirtiendo la omisión anterior, imputable exclusivamente al citado profesional del derecho, el Tribunal de instancia pretende que los Magistrados accionados, por fuera del marco establecido por el debido proceso "procedan a señalar nuevamente fecha y hora para la audiencia de sustentación oral del recurso de apelación interpuesto por el defensor de los accionantes" -quien además, en claro desconocimiento del artículo 146 del Código de Procedimiento Penal, pretendió sustituir el poder sin la expresa autorización de los procesados-.

Diferente sería la conclusión a que aquí se arriba, si el Tribunal en forma inmotivada hubiera negado la remisión de los procesados; habiendo comunicado éstos su deseo de concurrir a la audiencia de sustentación oral del recurso de apelación; o se hubiera abstenido de tramitar la sustitución que del poder pretendió hacerse, existiendo autorización expresa por parte de los mandantes.

La "vía de hecho", como negación de los presupuestos formales y de los fundamentos objetivos propios de una motivada providencia judicial, surge de la flagrante y manifiesta contraposición del capricho o la arbitrariedad del funcionario por encima del imperativo legal, y no de la inactividad o negligencia de las partes; menos aún, de los esfuerzos interpretativos que el juez de tutela exhibe para demostrar la errada solución impartida racionalmente por el juez del proceso a un determinado caso.

Finalmente, si como lo afirma el Tribunal de instancia, "asaz discutible resulta la declaratoria de desierto del recurso de apelación", resulta ilógico calificar como "vía de hecho" la racional solución dada por los Magistrados accionados a un asunto para el que, según el juez de tutela, se presentan variadas y "discutibles" hipótesis de interpretación.

Así las cosas, ante la improcedencia del amparo constitucional infundadamente invocado contra decisiones judiciales que por los fundamentos fácticos y jurídicos en que se sustentan lejos están de constituir vías de hecho, la Sala revocará íntegralmente 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. Revocar el fallo recurrido, para en su lugar Declarar Improcedente el amparo constitucional, invocado por los procesados Elíberto Antonio Valencia Vahos y Jorge Enrique Espinoza Villa.

2. Notificar esta providencia de conformidad con el artículo 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.

Jorge E. Córdoba Poveda, Fernando E. Arboleda Ripoll, *Ricardo Calvete Rangel, Carlos Augusto Gálvez Argote, Jorge Aníbal Gómez Gallego (sin firma), Edgar Lombana Trujillo, Carlos E. Mejía Escobar, Didimo Páez Velandia, Nilson Pinilla Pinilla.*

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria

DERECHO DE PETICION: no hay vulneración del derecho cuando la autoridad se abstiene de responder peticiones irrespetuosas.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Santa Fe de Bogotá D. C., veintitrés (23) de julio de mil novecientos noventa y ocho (1998).

Magistrado Ponente: Dr. *Edgar Lombana Trujillo*

Radicación No. 4718

Aprobado Acta No. 109

VISTOS

Por impugnación del accionante Manuel Vicente Peña revisa la Sala el fallo de junio 24 último, mediante el cual el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santafé de Bogotá "no accedió" a la acción de tutela promovida para proteger el derecho de petición que considera violado por el Fiscal General de la Nación.

ANTECEDENTES

Fundamentos de la Acción:

En escrito dirigido a la Sala Penal de dicha Corporación dice el actor que frente a las amenazas que ha tenido como director de la "Fundación para los Deberes Humanos", las cuales obedecen a "mis denuncias periodísticas" el 13 de mayo último solicitó al Fiscal General de la Nación, doctor Alfonso Gómez Méndez, aplicar el artículo 121 num. 2°. del C.P.P." (fl. 1), mas no ha obtenido respuesta.

Anota que se vio en la necesidad de denunciar penalmente al accionado "por abusar de su poder como Fiscal General" y concluye que es "necesaria y urgente la real protección del Tribunal a mis derechos", adjuntando la documentación respectiva (fls. 2 a 8).

Actuación y pruebas

Avocado el conocimiento se pidieron los informes del caso y a los interesados se les comunicó lo pertinente (fls. 10 a 17).

La providencia impugnada:

Dice la misma que el escrito que dirigió el accionante al Fiscal General "carece de concreción en el petitum", y en cambio se limita a enumerar los hechos que motivaron la denuncia que formuló contra el Fiscal General y el Procurador General de la Nación, a más de que "raya con el irrespeto a la dignidad del cargo" (fl. 20), razón por la cual bien hizo el accionado en abstenerse de dar respuesta, citando al respecto la Sentencia No. T-495 de agosto 12 de 1992 de la Corte Constitucional.

Como el accionado no estaba entonces, "ni constitucional ni legalmente" obligado a responder, concluyó qué la acción es improcedente.

La Impugnación

Replica que sin fundamento alguno se califica su petición como irrespetuosa, cosa que ni siquiera hizo el accionado, quien simplemente "omitió responder" (fl. 25), "adulterándose" el escrito de tutela "para favorecer la parte oficial por solidaridad de cuerpo", y, en cambio, "omitió dolosamente citar el Oficio 2283 del Ministerio del Interior anexo, que certifica mi calidad de director de una ONG -hostigado y perseguido por el Estado- lo que adicionalmente omitieron considerar."

Termina así y no hace petición concreta a esta segunda instancia.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

El Fiscal General de la Nación (E), luego de referirse al contenido del escrito del accionante recibido en mayo 13 último, dijo en auto de "mayo (sic):

"El escrito, entonces, no solo irrespetuoso sino indescifrable en sus propósitos, no puede ni debe ser respondido.

Por regla general las solicitudes de los ciudadanos deben ser resueltas con prontitud y oportunidad, pero la propia Constitución demanda que tales peticiones sean "respetuosas" y el Código Contencioso Administrativo exige que las mismas deben redactarse "en términos comedidos", pues los funcionarios y quienes ejercen autoridad merecen el respeto debido a su propia dignidad y a la investidura que ostentan. La Corte Constitucional ha señalado, por lo demás, que "la petición irrespetuosa exime a las autoridades de resolver prontamente" (Sentencia T-495 del 12 de agosto de 1992).

Por lo expuesto, el Fiscal General de la Nación, se abstiene de responder el escrito presentado por el ciudadano Manuel Vicente Peña."

Decisión que le fue comunicada al memorialista mediante oficio "DFG/0001/002487 de fecha 20 de mayo del año en curso" (fl. cit. infra.)

Obró entonces la Fiscalía General accionada con ceñimiento al artículo 23 de la Carta Política, el cual condiciona el derecho de petición a que

éste sea "respetuoso", calificación que, contrario a lo que afirma el impugnante, no fue "creada" por el Tribunal, en el fallo que aquí se revisa, sino que, como se acaba de ver, desde entonces fue expresada por la entidad accionada para así fundamentar la referida abstención de respuesta.

Por último, se evidencia el -como mínimo- referido "irrespeto" con frases como las que el accionante utilizó en su "petición": "...con fiscales a sueldo que litigan en causa propia para tapar sus propios delitos, los de su Fiscal-en Jefe- y la mafia gobernante" (fl. 4).

No desconocido, pues, el derecho fundamental aducido, la providencia objeto de alzada se aprobará.

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

RESUELVE:

1.Confirmar el fallo recurrido.

2. En firme esta decisión remítanse las diligencias a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

3. Notifíquese de conformidad con el artículo 30 del Decreto 2591 de 1991.

Jorge E. Córdoba Poveda, Fernando Arboleda Ripoll, Ricardo Calvete Rangel, Carlos A. Gálvez Argote, Jorge Aníbal Gómez Gallego, Edgar Lombana Trujillo, Carlos E. Mejía Escobar, Dídimo Páez Velandia, NilsonPinilla Pinilla.

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

AUTONOMIA UNIVERSITARIA, DERECHO A LA EDUCACION: la interpretación que conforme al reglamento hace la Universidad del artículo 3° del Decreto 765 de 1977 para establecer si el trabajo desempeñado por el accionante puede sustituir el consultorio jurídico no vulnera los derechos de éste. Quien no ejerce una función judicial mal puede incurrir en la conducta descrita en el artículo 157 del Código Penal.

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal, Santa Fe de Bogotá D. C., veinticuatro (24) de julio de mil novecientos noventa y ocho (1998).

Magistrado Ponente: Dr. *Carlos E. Mejía Escobar*

Radicación No. 4623

Aprobado Acta No. 110

VISTOS

Decide la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia la impugnación presentada por la Universidad de Manizales (Caldas) en contra del fallo proferido el 5 de junio de 1998 por la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Manizales, por medio del cual concedió la tutela de los derechos fundamentales a la educación y al trabajo del accionante Jorge Alberto Arbeláez.

FUNDAMENTO DE LA ACCIÓN

El señor Jorge Alberto Arbeláez Bernal, formuló acción de tutela en contra de la Universidad de Manizales a la que señala responsable de la violación de sus derechos fundamentales a la igualdad, el de libertad de conciencia y el de trabajo.

Aunque los anteriores son los derechos que se consagran en las normas constitucionales que cita el accionante, su acción se refiere exclusivamente a la decisión de la Universidad de Manizales - Facultad de Derecho, de negarle, mediante decisión que le comunicaron el 24 de abril de 1998, la sustitución de la prestación del Consultorio Jurídico por su condición de servidor público en la Fiscalía General de la Nación.

Alega que en ocasión anterior, en el año de 1997, tal solicitud le fue despachada favorablemente y que ahora la Universidad se excusa en que sus funciones en la Fiscalía General de la Nación no son de naturaleza jurídica.

Cita las normas pertinentes al caso, las que analiza desde su óptica, alega que ya tenía un derecho adquirido por habérsele reconocido la sustitución en el año lectivo anterior y finaliza señalando que su prestación del servicio en el consultorio jurídico puede hacerlo incurrir en conductas penales por cuanto como empleado público no puede ejercer la abogacía.

Culmina entonces solicitando que el fallo de tutela ordene a la Universidad dar aplicación literal al parágrafo del artículo 3° del Decreto 765 de 1977 y en tal sentido se le sustituya la prestación del servicio de consultorio jurídico por su condición de miembro de la Rama Jurisdiccional.

FALLO DE PRIMERA INSTANCIA

La Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Manizales (Caldas), concedió la tutela de los derechos fundamentales a la educación y al trabajo, ordenando a la Universidad de Manizales que en el término de 48 horas ordenara la sustitución ordenada por el parágrafo del artículo 3° del Decreto 765 de 1977.

La violación al derecho a la educación la concreta en que el cumplimiento estricto del programa docente obliga al accionante a quebrantar la ley.

Explica esta decisión en la inaplicación literal que la Universidad hace del parágrafo del artículo 3° del Decreto 765 de 1977, que llevaría al servidor público de la Rama Judicial a incurrir en posibles violaciones legales.

Señala que como el estatuto de la abogacía indica en el artículo 30 que los estudiantes adscritos al Consultorio Jurídico pueden litigar en causa ajena en asuntos penales y policivos; laborales de única instancia y diligencias administrativas de conciliación laboral; civiles de única instancia y como voceros en audiencias, la participación de miembros de la Rama Judicial en tales organismos, puede conducir a la violación del artículo 39 del mismo decreto en cuanto prohibe el ejercicio de la abogacía a los empleados públicos y los trabajadores oficiales, entre otros.

También encuentra probable que se incurra en infracción penal al artículo 157 de tal Código, el que armoniza con el artículo 151-4 de la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia en cuanto establece que el ejercicio de cargos en la Rama Jurisdiccional es incompatible con la gestión profesional de negocios o el ejercicio de la abogacía y con el 154 del mismo Estatuto, que prohibe ejercer funciones ajenas al servicio durante

la jornada de trabajo o interesarse indebidamente en asuntos pendientes ante los demás despachos judiciales o emitir conceptos sobre ellos.

Adiciona lo anterior con la transcripción del artículo 15 del Decreto 3200 de 1979, que señala cuál es el objeto del Consultorio Jurídico, advirtiendo que es el "familiarizar al estudiante con la técnica del ejercicio profesional ante los funcionarios judiciales, (...) atención de consultas, apoderamientos permitidos y visitas de observación a los despachos", para concluir en la inconveniencia de la presencia de funcionarios judiciales atendiendo asuntos litigiosos de otros Despachos, pues allí encuentra un problema de cruce de horarios y remata diciendo que "si el problema fuera de carácter docente, la participación en el consultorio no implicaría mayor acopio de experiencia para alguien cuya labor cotidiana tiene carácter judicial".

En cuanto hace a la violación al derecho al trabajo la concreta en las dificultades de horario o, en la amenaza a la estabilidad laboral por la posible incursión en incompatibilidades o violaciones a la ley penal.

La Impugnación

1.- El fallo fue impugnado por la Universidad de Manizales, a través de su representante legal, quien solicita la revocatoria del fallo, amparado en los siguientes argumentos.

2.-En que no ha existido violación al derecho fundamental a la educación, por cuanto al alumno Arbeláez Bernal no se le está impidiendo el ejercicio de ese derecho, sino que al contrario, la Universidad le está exigiendo que cumpla con la totalidad del programa académico para el cual se inscribió, pero que el accionante insiste en incumplir con apego a la invocación equivocada de una norma.

Aclara que la Universidad con tal comportamiento lo que hace es procurar el acceso del estudiante - accionante a niveles de conocimiento que desconoce, pues sus funciones laborales distan mucho de las que ejercería en el consultorio.

3.- Descarta que haya violación al derecho al trabajo, por cuanto la Universidad no ha propiciado su despido o el adelantamiento de acciones disciplinarias en su contra y encuentra deleznable el argumento del cruce horario, por cuanto la programación del consultorio jurídico se ha hecho en horas nocturnas, que es en las que el estudiante debe cumplir el programa académico para el que se inscribió.

Finaliza lamentando la interpretación que el Tribunal hace de la educación y de la carrera de derecho y solicita la revocatoria del fallo, llamando la atención sobre la propia afirmación del fallo impugnado en cuanto que la norma del Decreto 765 de 1977 no permite una fácil articulación en el contexto jurídico y puede ser interpretada en otros sentidos.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

1. La Sala limitará el análisis de la presente acción a los motivos de impugnación propuestos por el representante legal de la Universidad de Manizales que se ha limitado a contradecir la existencia de la violación a los derechos fundamentales al trabajo y a la educación que el fallo de primera instancia declaró.

2. Acreditado como se encuentra en el expediente que el actor Jorge Alberto Arbeláez Bernal es simultáneamente Servidor Público al servicio de la Fiscalía General de la Nación y estudiante de 6° año de la Facultad de Derecho de la Universidad de Manizales, resulta necesario concluir que adelanta el programa académico en la jornada nocturna, tal como lo afirma el representante legal de la Universidad, por lo que en principio no se advierte ninguna contradicción insalvable entre el horario de trabajo - 8 a 12 y 14 a 18 horas - que rige para la Rama Judicial y el de una actividad académica nocturna, pero aún si hubiera alguna contradicción, la naturaleza fundamental del derecho a la educación, armonizada con la promoción de la capacitación de los funcionarios y empleados de la Rama Judicial que reconoce la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia permiten la solución del problema a través de permisos racionales por parte de los empleadores y compensaciones de la jornada laboral por parte de los funcionarios y empleados.

Partiendo de tales premisas, debe aceptarse entonces la explicación de la Universidad de Manizales relacionada con el adelantamiento de las actividades del consultorio jurídico dentro de la jornada académica para la cual se inscribió el actor, por lo que de la prestación del servicio de éste como cumplimiento del requisito académico que consagra la carrera de Derecho, no puede derivarse ninguna afectación para su desempeño laboral, evidencia que impone la revocatoria del fallo en tal punto.

3. La afectación al derecho a la educación tampoco aparece demostrada como consecuencia de las actuaciones de la Universidad de Manizales y al contrario, lo que muestra el material probatorio es la disposición de la Universidad a propiciar un desarrollo no solo académico sino práctico de su educando, limitándose a exigirle el cumplimiento total del programa educativo para el cual se inscribió.

4. La solución del conflicto entre estudiante y universidad no puede limitarse a determinar cuál es la interpretación que el Juez considera correcta del parágrafo del artículo 3° del Decreto 765 de 1977 que señala: "El cumplimiento de este requisito académico (consultorio jurídico) puede sustituirse por la prestación de servicios por un lapso no inferior a un año y con posterioridad al sexto (6) semestre de carrera en cualquier cargo de la Rama Jurisdiccional o del Ministerio Público, o por la vinculación en las mismas condiciones como empleado con funciones jurídicas en enti-

dades públicas de cualquier orden", menos aún cuando el propio fallo de primera instancia reconoce que la "norma no permite una fácil articulación en el contexto jurídico y puede ser interpretada en otros sentidos". (folio 9 del fallo).

Como el conflicto debe resolverse desde la órbita constitucional y con tal fuerza normativa se reconoce en el artículo 69 de la Carta la autonomía universitaria, en ejercicio de la cual puede darse sus propios estatutos "de acuerdo con la ley", el fallo debe analizar si la reglamentación interna de la Universidad está o no de acuerdo con la ley y ello no significa que esté ajustada a la interpretación que cada funcionario judicial haga de esa ley, sino a que no vaya en contravía con el texto legal.

Partiendo, como lo hace el fallo de instancia de la dificultad interpretativa del precepto legal citado, debe concluirse necesariamente que las medidas adoptadas por la Universidad de Manizales para armonizar esa norma con la realidad social, con los programas académicos y con la convivencia interna de la comunidad universitaria, son plenamente válidas por responder al principio constitucional de la autonomía universitaria y no ir en contra de la ley.

El material probatorio da cuenta de la aprobación del artículo 15 del Reglamento del Consultorio Jurídico, en la sesión del Consejo Académico del 25 de septiembre de 1997 (folio 86) con participación de los delegados de los estudiantes (2), artículo que señala en su inciso 3°:

"En todos los casos de solicitud de sustitución (del consultorio jurídico), el Consejo de la Facultad analizará las funciones que cumple el interesado y sólo lo autorizará cuando encuentre que son de carácter jurídico y que su ejercicio constituye la labor principal en el respectivo empleo". (folio 88)

Aprobada de tal manera esa norma, con la participación de los representantes de los estudiantes, es perfectamente aplicable al interior de la universidad, no solo por corresponder a un verdadero desarrollo del artículo 1 de la Constitución Política en cuanto su discusión y aprobación fue "democrática y participativa" sino porque de su texto no surge una contradicción evidente con la ley.

Agrégase a lo anterior el acta de compromiso suscrita entre estudiantes y universidad, como consecuencia de la jornada de protesta adelantada en esa Alma Mater en la primera quincena de marzo de 1998, en la que se anotó un punto específico relacionado con el consultorio jurídico, por medio del cual se acordó aplicar los conceptos del Ministerio de Justicia y del Derecho y del ICFES sobre la interpretación del parágrafo del artículo 3° del Decreto 765 de 1977, conceptos que señalan la necesidad de que se ejerzan funciones jurídicas para que proceda la sustitución de la materia y que la Universidad analizará caso por caso. (Folios 75 y 76)

5. Anótase igualmente que la petición de sustitución del estudiante Arbeláez Bernal fue resuelta negativamente por el Consejo de la Facultad en sesión de 14 de mayo, por razones plenamente ajustadas al reglamento interno de esa Universidad, expresadas en que "(...) sus funciones principales son operativas" como Profesional Universitario 1 de la Dirección Seccional Administrativa y Financiera de la Fiscalía General de la Nación, Seccional Manizales.

No se evidencia entonces ninguna actuación arbitraria de la Universidad respecto del tema de la sustitución de la materia de Consultorio Jurídico, sino la adopción de su reglamentación mediante mecanismos democráticos de concertación, que inscritos dentro del carácter participativo del Estado Social de Derecho que define la Constitución Política y armonizados con la naturaleza autónoma que la Carta reconoce a las Universidades, llevan a descartar que de tal reglamentación se derive violación alguna a los derechos fundamentales del actor.

6. Aunque los anteriores argumentos son suficientes para revocar el fallo de primera instancia, pues ninguna violación se aprecia a los derechos fundamentales a la educación y al trabajo del actor Arbeláez Bernal, no puede pasarse por alto la interpretación extremadamente reductista que el Tribunal hace de las funciones de los miembros del Consultorio Jurídico, pasando por alto una de las mas importantes, la de asesorar mediante consejo, que no siempre ha de llevar a la iniciación de un proceso judicial, pues una buena formación en la carrera del derecho debe propender por la promoción de mecanismos de conciliación extrajudiciales que tiendan a resolver entre los propios afectados su propio litigio, sin necesidad de acudir a un tercero (Juez), encontrándose así, que por ejemplo, el artículo 157 del Código Penal nunca sería objeto de violación por cuanto la asesoría nunca sería ilegal y menos aun cuando deviene de quien ninguna función judicial ejerce, pues lo que esa norma protege es la independencia de la administración de justicia, evitando que en un mismo personaje confluyan las situaciones de asesor y sujeto de la decisión, lo que evidentemente rompería la equidad procesal.

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. Revocar, la sentencia de tutela del 5 de junio de 1998 proferida por la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Manizales (Caldas), y en su lugar declarar que la acción es improcedente, en cuanto tiene que ver con el objeto del recurso.

2. En firme esta decisión remítanse las diligencias a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

Notifíquese y cúmplase

Jorge Enrique Córdoba Poveda, Fernando Arboleda Ripoll, Ricardo Calvete Rangel, Carlos A. Gálvez Argote, Jorge Aníbal Gómez Gallego, Edgar Lombana Trujillo, Carlos E. Mejía Escobar, Didimo Páez Velandia (sin firma), *Nilson Pinilla Pinilla.*

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

Se deja constancia de que por un error involuntario se consignó en la referencia del fallo que antecede el No. 4263, cuando en realidad la radicación del presente trámite corresponde al número 4623.

Igualmente se hace constar que la anterior decisión no la suscribe el honorable Magistrado Doctor Didimo Páez Velandia, quien no pudo participar en su discusión y aprobación por razones debidamente justificadas ante el señor Presidente de la Sala.

Santafe de Bogotá, D.C., julio 24 de 1998.

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

DEBIDO PROCESO PENAL: el juez tiene autonomía para aceptar o no la solicitud de ampliación de la indagatoria (artículo 361 Código de Procedimiento Penal). La negativa de ampliar la injurada no vulnera el derecho del procesado.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Santa Fe de Bogotá, D. C., seis (6) de agosto de mil novecientos noventa y ocho (1998).

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

Radicación No. 4680

Aprobado Acta No. 117

ASUNTO

Desatar la impugnación interpuesta por el accionante Mario de Jesús Marín contra el fallo de 19 de junio de esta anualidad, mediante el cual una Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior de Medellín, denegó la tutela de los derechos fundamentales al debido proceso y a la defensa, presuntamente vulnerados por el Juzgado 16 Penal del Circuito de la misma ciudad.

FUNDAMENTOS DE LA ACCIÓN

El accionante fue condenado por el Juzgado 16 Penal del Circuito de Medellín, a la pena principal privativa de la libertad de 156 meses de prisión, al hallarlo responsable de los delitos de homicidio preterintencional y porte ilegal de arma de fuego de defensa personal.

Instauró la reclamación constitucional contra la sentencia anterior, por considerarla violatoria de sus derechos fundamentales de defensa y debido proceso, ya que en ella se impuso una condena sin existir certeza de que él haya sido el autor del homicidio, inaplicándose de esta forma el principio de "in dubio pro reo".

Consideró que el juzgador al proferir el fallo, efectuó una indebida valoración de las pruebas, pues otorgó credibilidad a un testigo que al momento de percibir los hechos se hallaba bajo los efectos del alcohol.

Cuestionó igualmente que en el decurso de la investigación le hubiera sido negada la práctica de la ampliación de indagatoria por él solicitada, violándose en su sentir el mandato establecido en el artículo 361 del Código de Procedimiento Penal.

El Fallo Recurrido

El *a quo* denegó el amparo al establecer que "la tutela va dirigida en este caso contra una sentencia judicial, tanto desde el punto de vista de su presunta ilegalidad, como desde el meramente valorativo de la prueba". Reiteró "la pacífica aceptación que existe sobre la imposibilidad de controvertir mediante la tutela la prueba obrante en un proceso determinado".

Seguidamente descartó las vías de hecho, toda vez que la negación de algunas pruebas por parte de la Fiscalía se adoptó mediante providencia interlocutoria, garantizándose de esta forma el ejercicio del derecho a la controversia mediante la interposición de los recursos, concluyendo que "se guardó estricta observancia de las formas propias del debido proceso y se respetó sin la más mínima cortapisa el derecho de defensa del procesado" (fl. 80 c.o.).

Finalmente dispuso "prevenir al Señor Juez para que, de conformidad con el art. 24 del Dto. 2591 de 1991, se abstenga en lo sucesivo de incurrir en conductas como la que aquí ha sido objeto de censura", pues consideró que la negación de la diligencia de ampliación de indagatoria "se aparta ostensiblemente del claro mandato procedimental contenido en el art. 361 del C. de P. Penal, norma que ni permite diferir sin razón la práctica de toda ampliación que se pida por cuanto es perentoria la orden de recibirla en el menor tiempo posible, ni otorga tampoco discrecionalidad alguna al funcionario judicial para abstenerse de escucharla" (fl. 81 ib.).

La Impugnación

El accionante insistió en la vulneración del derecho de defensa por la negación de la diligencia de ampliación de indagatoria y la omisión en la práctica de algunas pruebas a través de las cuales, según él, "se podría haber establecido mi inocencia de manera directa e inmediata", solicitando en consecuencia, que "se declare una nulidad como lo reza el art. 304 en la causal 3ª del C. de P. Penal" (fl. 84 ib.).

Consideraciones de la Corte

La Sala, basada en el carácter residual de la acción de tutela, ha reiterado la imposibilidad jurídica de remover o modificar una sentencia proferida con arreglo al debido proceso por quien constitucionalmente es el llamado a regentar y solucionar el conflicto, dispensando la eficaz e in-

parcial protección a los derechos fundamentales de quienes en él intervienen, en el espacio legalmente establecido para ello, como es el proceso mismo.

Esta protección se actualiza, entre otras actuaciones, a través del enteramiento que de la imputación se hace al sindicado, el reconocimiento de la oportunidad de ser escuchado en injurada estando durante el averiguatorio y el juicio asistido por un defensor de confianza o en su defecto, proveído por el Estado, y de controvertir las decisiones adversas a través de los recursos.

Ello es lo que se establece de la diligencia de inspección judicial practicada al expediente objeto de reclamación, y las fotocopias aportadas a este sumario procedimiento, pues el accionante siempre estuvo asistido por un defensor de confianza, quien solicitó la práctica de pruebas, presentó alegaciones a su favor, solicitó la revocatoria de la medida de aseguramiento, impugnó la providencia denegatoria de algunas pruebas, el cierre de investigación y la resolución de acusación, e intervino activamente en la vista pública, donde presentó alegaciones orales y escritas solicitando la absolución del postulante.

En estas condiciones, infundado y abiertamente contrario a la realidad resulta el reproche que por el presunto agravio a sus derechos fundamentales formula el accionante, quien al cuestionar a estas alturas el autónomo e independiente proceso de acopio y ponderación de las pruebas efectuado en su momento por el funcionario instructor y el juez de conocimiento, lo que denota es la intención de revivir ilegítimamente el debate en debida forma clausurado a través de una sentencia en firme, contra la cual no se interpuso recurso alguno, no empece haber sido notificada a todos los sujetos procesales en la forma establecida por la ley.

La denegación de la práctica de la ampliación de indagatoria, decisión cuestionada por el impugnante por desconocer, según su dicho, el mandato del artículo 361 del Código de Procedimiento Penal, lejos está de constituir una vía de hecho, pues fue adoptada en providencia interlocutoria de 24 de junio de 1997, la que, por exhibir una racional fundamentación tendiente a demostrar su impertinencia -que no puede ser objeto de revisión por vía de tutela-, excluye la arbitrariedad o el capricho del funcionario.

Improcedente resulta entonces la orden de "prevenir al juez para que, de conformidad con el art. 24 del Dto. 2591 de 1991, se abstenga en lo sucesivo de incurrir en similares conductas", pues como viene de precisarse, no puede perderse de vista que la cuestionada decisión se adoptó en providencia motivada en los criterios de oportunidad, pertinencia y utilidad de la prueba, y notificada en debida forma a los sujetos

procesales -quienes se abstuvieron de controvertirla a través de los canales adecuados establecidos por el debido proceso para prohijar los derechos fundamentales-.

Y de todas formas, ha de recordarse que al procesado finalmente se le garantizó la oportunidad de intervenir en la vista pública, brindando las explicaciones que consideró necesarias, proceder que armoniza con el mandato establecido en el artículo 488 del Código de Procedimiento Penal, según el cual en la etapa del juicio, en aplicación de los principios de oralidad, publicidad, e inmediación, la audiencia pública es por excelencia el espacio adecuado para la práctica de pruebas, "excepto las que deban realizarse fuera de la sede del juzgado o requieran de estudios previos, las cuales se practicarán en el término que fije el juez, el cual no podrá exceder de quince días hábiles".

Si bien el artículo 361 del Código de Procedimiento Penal consagra un derecho para el procesado, consistente en la facultad de "solicitar sin necesidad de motivación alguna cuantas ampliaciones de indagatoria considere necesarias", y el deber correlativo para el funcionario, de recibirlas "en el menor término posible", para el presente caso conviene precisar que tal previsión ha sido interpretada sistemáticamente dependiendo del estadio procesal de que se trataba, armonizándola con el poder de dirección del proceso por parte del funcionario de conocimiento, y la facultad-deber que el Código de Procedimiento Penal le otorga, de rechazar, mediante providencia motivada, la práctica de aquellas pruebas "... ineficaces, las que versen sobre hechos notoriamente impertinentes y las manifiestamente superfluas".

En otras palabras, la teleología del citado artículo 361 del Código de Procedimiento Penal, es evitar al procesado el tener que sustentar la petición de ampliar la injurada, y la dilación injustificada por parte del funcionario en la adopción de la decisión correspondiente, sin que pueda sostenerse válidamente que el mandato de "recibirla en el menor término posible", despoje a éste del indelegable y reglado gobierno del proceso que por ley está llamado a ejercer.

Se confirmará en consecuencia la declaratoria de improcedencia del amparo, y se revocará la orden de "prevenir al juez" en los términos indicados, pues la concesión o motivada negación de la ampliación de indagatoria, no es decisión que competa al juez de tutela, sino al funcionario de conocimiento, quien en forma autónoma e independiente, y con estricta sujeción a la ley, regenta el proceso.

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 la orden de "prevenir al juez" en los términos indicados en el contexto de esta providencia.

2. Confirmar en lo demás el fallo impugnado.

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.

Jorge E. Córdoba Poveda, Fernando E. Arboleda Ripoll, Ricardo Calvete Rangel, Carlos Augusto Gálvez Argote, Jorge Aníbal Gómez Gallego, Edgar Lombana Trujillo, Carlos E. Mejía Escobar, Didimo Páez Velandia, Nilson Pinilla Pinilla.

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

DEBIDO PROCESO DE TUTELA, NULIDAD EN TUTELA: la nulidad por falta de citación a las autoridades nacionales que profieren el acto que se considera lesivo de los derechos del actor es insaneable.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Santafé de Bogotá, D. C., seis (6) de agosto de mil novecientos noventa y ocho (1998).

Magistrado Ponente: Dr. *Didimo Páez Velandia*

Radicación No. 4730

Aprobado Acta No. 117

Por impugnación del accionante José Novelty de la Hoz Irurita, han llegado las presentes diligencias a esta Corporación para conocer de la sentencia de fecha 8 de julio del corriente año, mediante la cual el Tribunal Superior de Santa Rosa de Viterbo negó la tutela del derecho fundamental al trabajo consagrado en el artículo 25 de la Carta Política, presuntamente vulnerado por el Instituto de los Seguros Sociales - Seccional Boyacá en cabeza del ex Gerente y ex Jefe de Personal doctores Donaldo Gámez Cubides y Héctor Aníbal Ojeda Pinilla y por la ex Jefe de la División de Personal a nivel Nacional doctora Marta Bahamón de Restrepo.

FUNDAMENTOS DE LA ACCIÓN

Dice el accionante que ingresó a laborar en el ISS - Seccional Boyacá mediante contrato de trabajo el 2 de mayo de 1972, prestando sus servicios durante casi 15 años, con idoneidad y ejemplar conducta de lo cual existen las correspondientes constancias, siendo inscrito en carrera administrativa por Resolución No. 652 del 3 de octubre de 1980 cuando se desempeñaba como técnico de mantenimiento Clase II. Grado 16 en la Clínica de Sogamoso, hoy llamada "Julio Sandoval Medina".

Agrega que hallándose laborando en la citada Clínica, fue creada la oficina de instalaciones y dotaciones, distribuyéndose el personal con la oficina de suministros, siendo asignado a la primera, donde cumplía órdenes del Ingeniero Aníbal Bernal y quien le impartió varias comisiones a diferentes municipios del departamento. Que el 12 de diciembre de 1985 el Jefe de Personal de la Seccional Boyacá le ordena trabajar en la Clínica

Belencito, no obstante lo cual el 1° de agosto de 1986 el Administrador le comunica que se abstendrá de programarlo en turnos, dándole a conocer el memorando de fecha 24 de julio inmediatamente anterior, según el cual por Resolución No. 07290 del 19 de diciembre de 1985 de la Dirección General del ISS, se revocaba su nombramiento como técnico de mantenimiento clase II, Grado 16 de la Clínica Sogamoso, en razón a que dicho cargo no existía en la citada Seccional, es decir, se le ocultó el Acto Administrativo por más de 7 meses.

Precisa que los funcionarios del ISS con actuaciones contrarias a derechos, afirmaron que para el último cargo designado no tomó posesión, lo cual no es cierto ya que permaneció en el mismo por espacio superior a tres años, dando lugar tal aseveración a que en forma ilegal se le desvinculara del Instituto, al punto que compareció ante la Jefe de Personal a nivel Nacional en Santafé de Bogotá doctora Martha Bahamón de Restrepo, con la única finalidad de obtener auxilio en sus dificultades, funcionaria que como respuesta ordenó la retención de sus salarios, a pesar de haber continuado presentándose en el sitio de trabajo.

Finalmente dedica buena parte de su escrito de amparo, relacionando la actuación del doctor Héctor AníbalOjeda Pinilla, con quien mantuvo gran amistad durante el tiempo en que fue su superior como Jefe de Personal del ISS en Sogamoso, quien posteriormente se ofreció y en forma gratuita a llevarle su caso ante el Tribunal Administrativo de Boyacá, redactando la demanda y el alegato de conclusión que fuera suscrito por otro profesional del derecho.

Dice que el citado doctor Ojeda Pinilla "...es el mismo personaje artífice de mi destitución, y como autor intelectual y material de mi despido necesitaba cristalizar sus actuaciones aberradas en forma fulminante y definitiva, es cuando falsamente muestra una acción supuestamente noble y de extrema filantropía para con su amigo y ofrece su auxilio desinteresado (Económicamente) y hace la demanda y alegatos que habría y lógicamente habían por sí solos (buscar el despido definitivo) tergiversó y metamorfoseo la realidad a fin de dejar una familia de 9 personas en la completa indigencia económica y moral, cuya secuela es la hipoteca de mi casa" (fl. 27).

El Fallo Recurrido

El Tribunal Superior de Santa Rosa de Viterbo hace un recuento de la vida laboral del accionante en la Seccional Boyacá del Instituto de Seguros Sociales y menciona las determinaciones adoptadas por la Dirección General del mismo en Santafé de Bogotá y el resultado de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho que fracasó ante el Tribunal Contencioso Administrativo de Boyacá, para precisar que la acción de tutela es improcedente en virtud de lo previsto en el artículo 6° del Decreto 2591 de 1991.

"Se hace evidente que el accionante, frente a las resoluciones números 103, V - 1059 y 07290, tuvo la oportunidad de haber ejercido la vía gubernativa en virtud de los recursos de reposición y apelación y sin embargo, no lo hizo, aunque respecto de la última, ya lo veíamos, cómo en la fotocopia del folio 129 alude a que invocó su revocatoria, en párrafos posteriores, folio 132, es enfático en afirmar que no hizo uso de ningún recurso por la vía mencionada frente a la resolución 07290, esto en vía de facilitar su acceso al recurso extraordinario de la revocatoria directa..."

"No obstante lo anterior lo que sí resulta por demás diáfano es que frente a la resolución número 03330, aquella en virtud de la cual se dio respuesta a la revocatoria directa y en la que a más de revocar la Resolución No. 07290, se concretó la razón por la cual José Novelty se hallaba retirado del servicio, sin derecho a reintegro ni a la cancelación de salarios y prestaciones, que fuera notificada oportunamente, el hoy accionante, permitió que corrieran los términos de ejecutoria, sin que acudiera a la Jurisdicción para evitar, en debida forma, la acción en virtud de la cual hubiera podido lograr, de hallarse probados sus puntos de vista, la nulidad y el restablecimiento de los derechos..." (fls. 49 y 50).

Igualmente hace énfasis en que lo relativo al accidente de trabajo que dice haber padecido sin que el Instituto le haya atendido sus reclamos, ni tampoco reconocido las correspondientes indemnizaciones. "no aporta dato alguno para establecer si fue que elevó petición sobre el particular y a la misma no se le dio respuesta, o si por el contrario le resolvieron negativa mente; sobre este aspecto esa es situación para la cual debe acudir a las autoridades del Seguro Social y no ante el Juez de Tutela que carece de competencia para decretar ese tipo de reconocimiento".

Con relación a la solicitud del accionante para que se investigue la conducta de los doctores Gámez Cubides y Ojeda Pinilla, "en razón a las artimañas e incluso el ocultamiento de documentos públicos en que pudieron incurrir en aras de lograr su despido del ISS, petición que no puede ser acogida pues dentro de la reseña probatoria que se hace para esta providencia se deja constancia cómo tales hechos están siendo conocidos por el Ministerio Público en la Seccional de Sogamoso, diferente es que para este momento procesal no se conozcan los resultados e incluso si en un momento dado ello dio lugar a investigación de tipo penal".

"En lo pertinente a los cargos que se hacen por el citado accionante en contra del Dr. Ojeda Pinilla, de quien se dice elaboró la demanda que a la postre se presentó ante el Tribunal de lo Contencioso Administrativo tergiversando los hechos y traicionando así la confianza en él depositada, dando a entender que pudo incurrir en causa disciplinaria contra el Estatuto del abogado e inclusive en hecho punible por infidelidad a los deberes profesionales es innecesario para éste instante disponer la expedición de copias para que se investiguen tales situaciones pues el Estado carece de potestad punitiva por prescripción de las acciones..." (fl. 52).

La Impugnación

El accionante dice que contrario a lo afirmado en el fallo recurrido, el cargo que ocupó en el Instituto de los Seguros Sociales nunca se terminó y prueba de ello es que se convocó a concurso, incluso se presentó como consta en los documentos que anexa.

Afirma que en reiteradas oportunidades reclamó ante el ISS lo relativo al accidente de trabajo, sin haber sido atendido y, además, las actuaciones ilegales de los funcionarios no pueden vincular al Estado, con mayor razón cuando aquellas distan de los postulados de una supuesta sociedad que se rige por el respeto a la Constitución y la ley...

Solicita que se le ampare su derecho al trabajo el cual le fue y sigue siendo vulnerado por el Instituto de los Seguros Sociales.

Consideraciones de la Corte

Sea lo primero consignar que el accionante dirigió su escrito de amparo a la Sala Penal del Tribunal Superior de Tunja, quien al examinar la demanda y sus anexos, en providencia de fecha 18 de junio último dispuso el envío del asunto a su homólogo de Santa Rosa de Viterbo, proponiéndole colisión de competencia en caso de no ser acogidos sus planteamientos.

En el asunto examinado, como ya se vio el peticionario en forma expresa dirige la acción contra la Jefe de la División de Personal a nivel Nacional a cargo por ese entonces de la doctora Martha Babamón de Restrepo, así como también contra los doctores Donaldo Gámez Cubides y Héctor Aníbal Ojeda Pinilla en su condición de ex Gerente y ex Jefe de Personal de la Seccional Boyacá del Instituto de los Seguros Sociales, además que hace expresa referencia a las varias Resoluciones emanadas del Despacho del Director General las que según De La Hoz Triana violan su derecho al trabajo.

Prueba de ello es que el Tribunal Superior de Tunja en su pronunciamiento, de manera inequívoca consignó como argumento para afirmar la competencia del Tribunal Superior de Santa Rosa de Viterbo, que "Contra estas acciones de los funcionarios del Instituto de los Seguros Sociales a nivel nacional, con sede en Santafé de Bogotá y de la seccional de Boyacá, con sede en Sogamoso se incoa la acción de tutela por parte del accionante" (fl. 141 - 1er. Cuad.).

No obstante lo anterior, el Magistrado sustanciador por auto del 2 de julio del corriente año, admitió la demanda de tutela y dispuso solicitar a la Jefatura de Recursos Humanos en la Seccional Boyacá, información sobre la situación laboral del accionante, sin que la iniciación del proceso

haya sido comunicada o notificada al Director General del ISS y a su Jefe de Personal tal como lo dispone el artículo 16 del Decreto 2591 de 1991.

El debido proceso lo consagra la Carta Política en su artículo 29, tanto para las actuaciones judiciales como administrativas, garantizando a quienes intervienen en ellas, no solamente el derecho de defensa, sino también el de aducir pruebas, controvertir las que se presenten en su contra y recurrir las decisiones que le sean adversas.

En el presente caso, se reitera, el procedimiento se adelantó sin el concurso de los funcionarios del Instituto de los Seguros Sociales a nivel Nacional, privándoseles de la oportunidad de ejercitar sus derechos consagrados en la Constitución y la ley, lo que hace necesario que como garantía a un debido proceso, se declare la nulidad de lo actuado por el Tribunal Superior de Santa Rosa de Viterbo, a partir del auto que ordenó la notificación "a los intervinientes", para que se haga en la forma prevista en el artículo 16 del Decreto 2591 de 1991, con mayor razón cuando en su sentencia hace referencia expresa a las distintas resoluciones emanadas del Director General, en especial las Nos. 03330 y 07290 que según el accionante afectaban directamente su derecho al trabajo.

Así las cosas, se decretará la nulidad de lo actuado en la fórma dicha, para que el *a quo* proceda de conformidad, preservando la validez de la actuación en cuanto a las pruebas allegadas.

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

RESUELVE:

1. Decretar la nulidad de lo actuado por la Sala Penal del Tribunal Superior de Santa Rosa de Viterbo, a partir del auto de fecha 2 de julio del corriente año, exclusive, para que se proceda a su notificación en la forma indicada en la parte motiva, preservando la validez de la actuación en cuanto a las pruebas allegadas.

2. Remítase el expediente de inmediato a la referida Corporación, notifíquese conforme a lo previsto en el artículo 16 del Decreto 2591 de 1991 y cúmplase.

Jorge E. Córdoba Poveda, Fernando Arboleda Ripoll, Ricardo Calvete Rangel, Carlos Augusto Gálvez Argote, Jorge A. Gómez Gallego, Edgar Lombana Trujillo, Carlos E. Mejía Escobar, Didimo Páez Velandia, Nilson Pinilla Pinilla (con salvamento de voto).

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

DEBIDO PROCESO DE TUTELA, NULIDAD EN TUTELA: la nulidad por falta de citación a las autoridades nacionales que profieren el acto que se considera lesivo de los derechos del actor se subsana al ponerla en conocimiento de las partes (artículo 145 del Código de Procedimiento Civil).

SALVAMENTO DE VOTO

A continuación paso a reiterar las razones que me llevan a suscribir esta providencia con salvamento de voto, pues considero que no debió decretarse la nulidad de la actuación; por el contrario, se imponía decidir de fondo sobre la impugnación propuesta:

1. Para adoptar la decisión de anular la actuación a partir, exclusive, del auto de fecha 2 de julio del año en curso, por medio del cual el Tribunal Superior de Santa Rosa de Viterbo admitió la tutela presentada por José Novelly de la Hoz Iturita contra el Instituto de Seguros Sociales Seccional de Boyacá y del nivel Nacional, sostiene la mayoría que se violó el debido proceso y el derecho de defensa de la entidad accionada, por cuanto "el procedimiento se adelantó sin el concurso de los funcionarios del Instituto de los Seguros Sociales a nivel Nacional, privándoseles de la oportunidad de ejercitar sus derechos consagrados en la Constitución y la ley, lo que hace necesario que como garantía a un debido proceso, se declare la nulidad de lo actuado por el Tribunal Superior de Santa Rosa de Viterbo, a partir del auto que ordenó la notificación 'a los intervinientes', para que se haga en la forma prevista en el artículo 16 del Decreto 2591 de 1991,..."

2. Dictado el proveído que admitió la tutela, a continuación se observa lo siguiente: "Constancia: Mediante llamadas telefónicas, se les notificó la admisión de la presente acción de tutela al Gerente de los Seguros Sociales de Sogamoso, al Dr. Fabián Guarín, representante Juridicó (sic) de los Seguros Sociales a Nivel Nacional y al accionante respectivamente." (f. 3 - resaltado fuera del texto-). Por este mismo medio (llamadas telefónicas) se notificó el fallo, no solo al Gerente de la Seccional del ISS de Sogamoso, sino también al representante jurídico de los Seguros Sociales a nivel nacional y al actor. (f. 53 cd. Trib. Sta. Rosa).

Además, el Jefe del Departamento de Recursos Humanos de la Seccional Sogamoso del Instituto de Seguros Sociales en comunicación número 0978 del 6 de julio del año en curso, no solo respondió la información pedida por el *a quo* en lo referente a la situación de su extrabajador De La Hoz Irurita, y aportóla documentación allí señalada, sino que remitió copia al "Dr. Carlos Wolff Isaza. Presidente ISS" (fl. 9 ib.), siendo natural que le corresponde a las seccionales informar y consultar a la oficina principal o central de la institución, cuando sea necesario y pertinente.

3. Aparte de lo anterior e independientemente de si la actuación se adelantó y decidió en primera instancia con oportuno conocimiento del Instituto de Seguros Sociales a nivel nacional, en proceso que, por lo demás, culminó en tal instancia con la denegación de la tutela incoada contra dicha entidad, sigo insistiendo que, frente a la irregularidad por falta de notificación a la parte accionada, el trámite por seguir en segunda instancia es poner en conocimiento de los intervinientes la anomalía (C. de P. C., art. 145) y si no se alega en el término allí previsto, quedará saneada y el proceso continuará su curso.

Así lo ha entendido también la Corte Constitucional: "...este procedimiento, poner en conocimiento la falta de competencia, es el que debe seguir el *ad quem* cuando advierta que está en presencia de una nulidad, bien sea carencia de competencia, falta de notificación, etc. Además, es la forma como la Corte Constitucional ha procedido en casos semejantes, al advertir que en las sentencias objeto de revisión se presenta alguna de las nulidades procesales, especialmente cuando no se ha realizado la notificación a la parte contra quien se presentó la tutela." (Sent. T-080, feb. 28/95. M.P. Dr. Jorge Arango Mejía).

Con el respeto de siempre,

Nilson Pinilla Pinilla,

Magistrado

(fecha: *ut supra*).

CONFLICTO DE COMPETENCIA: La competencia por el factor territorial la determina el lugar donde se produjo el acto de la autoridad que se cuestiona.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Santafé de Bogotá D. C., diecinueve (19) de agosto de mil novecientos noventa y ocho (1998).

Magistrado Ponente: Dr. *Edgar Lombana Trujillo*

Radicación No. 4789

Aprobado Acta No. 123

Resuelve la Sala la colisión de competencias negativa surgida entre los Juzgados Cuarto y Veinte Penales del Circuito de Cartago y Cali, respectivamente, para conocer de la presente acción de tutela.

ANTECEDENTES

1. En escrito dirigido al reparto de los Juzgados Penales del Circuito de Cartago la accionante Paola Garcés Cardona, presidente del Consejo de Estudiantes de la jornada matinal del Colegio Académico Nacional de la mencionada ciudad, dice que desde el 16 de marzo del año en curso los estudiantes y la propia rectoría del referido colegio han solicitado el nombramiento del profesor de química "y hasta la fecha no se ha tenido respuesta de la autoridad competente" (fl. 1) y manifiesta que "con la presente tutelo a la Secretaría de Educación del Departamento del Valle del Cauca" (fl. 2).

2. Mediante auto del 3 cursante el Juez Cuarto Penal del Circuito de Cartago se abstuvo de conocer de la acción alegando falta de competencia, pues en el Colegio Académico Nacional "simplemente se verifica, según la joven accionante, el efecto del facto o acto (sic) que se dice socavador del derecho reclamado".

3. La Juez Veinte Penal del Circuito de Cali, en auto calendado el 6 del presente mes (fl. 22) considera que la competencia es de Cartago por ser allí "donde se presentan objetivamente los efectos nocivos de la acción omisiva de la Secretaría de Educación Departamental, consistente en el retardo para proferir el acto administrativo con el cual se nombre el reem-

plazo del profesor de química que continúe dictando las clases a los estudiantes del Colegio Nacional Académico", y estima que la Secretaría demandada "tiene su radio de acción en todo el Departamento del Valle, sin importar que sus actos los desarrollen en la ciudad de Cali", debiéndose precisar, para efectos de competencias, en cuál de "las municipales" se afectó el derecho fundamental (fl. 23).

En consecuencia, dispuso el envío del asunto a esta Sala para que resuelva el enfrentamiento.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

Ni de la Constitución ni de la ley cabe deducir que la competencia por el factor territorial se precisa por el lugar donde el acto de la autoridad pública cause efectos. En cambio, una simple lectura de los artículos 86 y 37 de la Carta Política y del Decreto 2591 lleva a constatar que dicha competencia la determina el lugar donde tal acto de autoridad se produzca.

En efecto: es "la acción u omisión" (art. 86) o "la violación o la amenaza" (art. 37), las que "motivan" la presentación de la respectiva demanda, origen del acto de fáciles identificación y determinación, aspectos éstos que no siempre son predicables del lugar en el cual se cause o sea inminente la vulneración o efecto del acto que se controvierte.

Hay entidades cuya autoridad se extiende nacional, departamental o municipalmente, de donde sea menester determinar si dentro de dichos ámbitos territoriales existe o no delegación o si hay competencia concreta para producir la actuación que se censura o se reclama.

En el presente caso, pues, la competencia sería de Cartago si a dicha ciudad competiera la designación del profesor de química para el Colegio Nacional Académico, pero como tal nombramiento privativamente corresponde a la Secretaría de Educación del Departamento del Valle, y ésta tiene su sede en Santiago de Cali, resulta obvio que la actuación que de ella se demanda debe ser ventilada en tutela ante un juez de esta última ciudad, de conformidad, repítese, con la referida norma que sobre "competencia" da el Decreto 2591 de 1991).

En tales condiciones, el conocimiento de este asunto radica en Cali y así se dirimirá esta controversia.

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

RESUELVE:

Declarar que la competencia para conocer del presente asunto corresponde al Juzgado Veinte Penal del Circuito de Santiago de Cali, a donde se devolverá el mismo, comunicando esta decisión al Juez Cuarto

Penal del Circuito de Cartago, a quien se le remitirá copia de esta providencia.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Jorge E. Córdoba Poveda, Fernando Arboleda Ripoll, Ricardo Calvete Rangel, Carlos A. Gálvez Argote, Jorge Aníbal Gómez Gallego, Edgar Lombana Trujillo, Carlos E. Mejía Escobar, Didimo Páez Velandia, Nilson Pinilla Pinilla, (con aclaración de voto).

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria

CONFLICTO DE COMPETENCIA: el acto o la abstención suscitada desde un determinado lugar puede proyectar y materializar sus efectos violatorios o amenazantes en otros radicando allí también competencia, en aplicación del artículo que regula la competencia a prevención, el accionante puede escoger entre cualquiera de los jueces competentes.

ACLARACIÓN DE VOTO

Considero necesario expresar la siguiente explicación, frente a la decisión tomada para dirimir la colisión de competencia resuelta:

1. Al tratar el asunto propuesto, en orden a dirimir el conflicto planteado, la Sala precisa que "En el presente caso, pues, la competencia sería de Cartago si a dicha ciudad competiera la designación del profesor de química para el Colegio Nacional Académico, pero como tal nombramiento privativamente corresponde a la Secretaría de Educación del Departamento del Valle, y ésta tiene su sede en Santiago de Cali, resulta obvio que la actuación que de ella se demanda debe ser ventilada en tutela ante un juez de esta última ciudad, de conformidad, repítese, con la referida norma que sobre 'competencia' da el Decreto 2591 de 1991."

2. Como lo he sostenido en anteriores salvedades, la competencia en materia de tutela atendiendo el factor territorial no siempre coincide con el lugar donde acontecieron unos hechos, pues siendo el objeto del amparo la efectiva protección de derechos fundamentales ante comprobada acción u omisión de las autoridades públicas o de los particulares en los casos previstos por la ley, el acto o la abstención suscitada desde un determinado lugar puede proyectar y materializar sus efectos violatorios o amenazantes en otros. Tal es el caso de la actuación de un organismo que, no obstante tener su sede principal en determinada ciudad, irradia su ámbito de acción sobre diferentes sitios.

La Corte Constitucional sobre este tema ha dicho:

"Sin embargo, no siempre se define esa competencia por el sitio en el que físicamente acontecieron los hechos, pues no es lo mismo hablar del acto o de la omisión de una autoridad local, en cuanto a asuntos cuyos efectos apenas se proyectan en la localidad, que referirse a la actuación de un funcionario u organismo que, pese a tener su sede en un determinado

lugar -por ejemplo, la capital de la República- y llevar a cabo sus actos allí, ejerce autoridad en todo el territorio nacional. Tal es el caso de los ministros del despacho, cuyos actos, no obstante tener generalmente origen en Santafé de Bogotá, se aplican en diversos puntos del país, independientemente del sitio en el cual lo suscriban." (Sent. T-574, dic. 14/94. M.P. Dr. José Gregorio Hernández Galindo).

"En el caso sometido a revisión, se establece que la peticionaria elevó una solicitud ante la Caja Nacional de Previsión Social-Seccional Atlántico-, el 20 de enero de 1992, con el fin de que se reconociera la sustitución pensional. empero, la oficina seccional Atlántico envió la documentación a la sede principal, porque es donde se resuelven ese tipo de peticiones, pero ello no significa que la ciudad de Santafé de Bogotá sea el lugar donde se deba demandar la omisión, porque como se anotó anteriormente, dicha entidad ejerce autoridad en todo el territorio nacional.

...

Extraña a esta Corporación la interpretación que dio el Tribunal Superior del Distrito de Barranquilla -Sala Laboral-, al artículo 37 del Decreto 2591, pues según la misma, se caería en el absurdo de que quien pretende interponer la acción de tutela contra actuaciones u omisiones de un ente de carácter nacional, con sede principal en la capital de la República, tuviera que obligatoriamente presentar la solicitud de tutela en Santafé de Bogotá." (Sent. T-50/95, feb. 15/95. M. P. Dr. Fabio Morón Díaz).

En el caso aquí propuesto, la entidad accionada -Secretaría de Educación del Departamento del Valle- tiene su sede principal en la ciudad de Cali. Con todo, si en la petición presentada por la actora se reclama que la falta de acto administrativo que nombre profesor de química que continúe dictando clase a los estudiantes del Colegio Nacional Académico de Cartago, conculca derechos fundamentales de éstos ("a la Educación"), esta presunta omisión, si bien puede originarse de manera mediata en la ciudad de Cali, necesariamente se materializaría en la sede vital del titular de tal derecho, para este caso la ciudad de Cartago, donde además está radicado el Colegio Nacional Académico, que en alguna forma, por el trámite que le correspondería desarrollar localmente, pudo resultar coadyuvando u originando el probable quebrantamiento o amenaza.

De acuerdo con lo dispuesto por el inciso 1° del artículo 37 del Decreto 2591 de 1991, en cuanto también admite la competencia a prevención, ha podido el Juzgado 4° Penal del Circuito de Cartago tramitar y definir la petición, con lo cual habría además actuado, en mi concepto, de manera acorde con los principios de prevalencia del derecho sustancial, economía, celeridad y eficacia propios de la acción de tutela (art. 3° ib.).

Con el respeto de siempre,

Nilson Pinilla Pinilla. Magistrado

(fecha: *ut supra*).

DERECHO A LA SALUD, SEGURIDAD SOCIAL: en los casos en que sea urgente dispensar tratamiento médico para evitar un deterioro en la salud y la exposición consecuencial de la vida del afiliado, el artículo 61 del Decreto 806 de 1998 , norma de carácter legal, se torna inaplicable en desarrollo del artículo 4° de la Constitución Política.

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal, Santafé de Bogotá D. C., agosto veinticinco (25) de mil novecientos noventa y ocho (1998).

Magistrado Ponente: Dr. *Carlos Eduardo Mejía Escobar*

Radicación No. 4742

Aprobado Acta No.126

VISTOS

Resolver el recurso de apelación interpuesto por el doctor Carlos Paredes Gómez, Gerente de la Clínica San Pedro Claver del Instituto del Seguro Social, en contra de la providencia de julio 15 de 1998, mediante la cual la Sala Penal del Tribunal Superior de Santafé de Bogotá le tuteló el derecho fundamental a la vida al ciudadano J.E.M.M.

LA ACCIÓN DE TUTELA

La presentó J.E.M.M. el 30 de junio pasado en contra del Director del Instituto del Seguro Social. Afirmó que 3 meses antes se le diagnosticó sida y como consecuencia de ello en 4 oportunidades ha sido internado en clínicas adscritas al ISS. Los médicos tratantes, para estabilizar su salud, le prescribieron Laviduvina, Sanguinavir y Retrovir, medicamentos que debe usar de manera vitalicia y que se los había venido proporcionado el ISS mensualmente. El 26 de junio de 1998, sin embargo, la Clínica San Pedro Claver se negó a suministrárselos mientras no cancelara la suma de $1.401.204.oo, con la cual no cuenta debido a que no trabaja, a que carece de otra renta, a que no tiene patrimonio alguno, y a que su familia no posee los recursos suficientes para proveerlo mensualmente de esa cantidad de dinero.

Así las cosas, dice el accionante, la negativa del ISS a darle los medicamentos resulta violatoria de sus derechos a la salud, a la vida, a la solidaridad, a la dignidad humana, a la seguridad social y a la igualdad.

Según los documentos allegados a la demanda por el accionante se tiene que su afiliación a la EPS - ISS se produjo el 18 de marzo de 1998, en calidad de trabajador independiente (fl. 10). Y que la última cotización la hizo el 4 de junio de 1998 según el respectivo formulario de autoliquidación mensual, en la cual aparece como responsable la firma Inversiones Dilycap Ltda (fl. 9). Aportó, además, copia de la receta médica y del informe sobre el diagnóstico de la enfermedad, la cual se ubicó en su estado IIIC.

La providencia impugnada

El Decreto 806 del 30 de abril de 1998, advierte el Tribunal, estableció una serie de condiciones y excepciones para la prestación de los servicios del Plan Obligatorio de Salud por parte de las EPS (como el ISS), con el fin de que no vieran afectado su patrimonio en forma desproporcionada, debido a la existencia de enfermedades que por su gravedad exigen de tratamientos costosos y que el Estado en principio está obligado a asumir de acuerdo con el artículo 48 de la Constitución Nacional.

El objetivo de esa normatividad, sin embargo, no fue el de excluir esas enfermedades de la cobertura del Plan Obligatorio de Salud, sino el de condicionar sus tratamientos al pago de cuotas moderadoras, copagos y al cumplimiento de un mínimo de semanas de cotización. El conflicto se presenta –añade el Tribunal—cuando los usuarios no cuentan con el dinero suficiente para cubrir las cuotas moderadoras o los copagos, o no han completado las 100 semanas de cotización para acceder a los tratamientos de alto costo y estos son requeridos con urgencia. En casos así, concluye la primera instancia siguiendo la jurisprudencia de la Corte Constitucional, priman los derechos fundamentales de las personas y deben inaplicarse por lo tanto las normas restrictivas, ordenando la prestación de los servicios médicos excluidos, de conformidad con el artículo 4° de la Constitución Nacional. Dicha inaplicación normativa, sin embargo, no opera automáticamente ni en todos los casos. Es necesario que el no suministro del medicamento excluido por la reglamentación legal o administrativa, amenace los derechos constitucionales a la vida o la integridad personal del accionante; que se trate de un medicamento que no pueda ser reemplazado por uno de los contemplados en el Plan Obligatorio de Salud o que pudiendo reemplazarse no surta la misma efectividad; que el paciente no pueda sufragar el costo del medicamento o tratamiento requerido y, por último, que la medicina haya sido formulada por un médico adscrito a la EPS a la cual se encuentre afiliado el demandante.

En el caso concreto, señala el Tribunal, el accionante, afectado del virus del sida, requiere de varios medicamentos que le recetó un médico

del ISS, Instituto al cual se encuentra afiliado desde marzo pasado. El suministro de los mismos, por disposición de la Presidencia de la EPS (circular 71 de abril 13/98 dictada en desarrollo del artículo 26 del Decreto 1938 de 1994), se condicionó a que el afiliado acreditara un mínimo de 100 semanas de cotización, lo cual vino a ser ratificado por el Decreto 806 del 30 de abril de 1998. El accionante sólo había completado 12 semanas de cotización para el momento de la demanda. Pero dada la gravedad de la enfermedad, que está en su fase IIIC, y cumplidos los supuestos señalados por la jurisprudencia constitucional, concluye el fallo que el decreto 806, en cuanto a la exigencia del mínimo de semanas de cotización, se torna inconstitucional para el caso concreto.

Con tal sustento el Tribunal Superior de Bogotá declaró procedente la acción de tutela y le ordenó al ISS suministrarle por su cuenta los medicamentos requeridos para el tratamiento médico del demandante, en las dosis recomendadas por el médico tratante y cuantas veces sea necesario.

El Recurso

El Gerente de la Clínica San Pedro Claver del ISS expresó que los recursos del sistema de salud no son ilimitados y por eso la ley 100 puso restricciones. Tal fue igualmente la razón para que el Gobierno Nacional expidiera el decreto 806 de 1998, mediante el cual el Estado garantiza el acceso de todas las personas al Sistema General de Seguridad Social a través de diferentes planes, financiados con distintos recursos fiscales y/o parafiscales.

El apelante, a renglón seguido, explica las fuentes de financiación de los varios Planes de Salud y aduce que de acuerdo con los artículos 28 y 61 del Decreto 806, el accionante (como afiliado al régimen contributivo que no cuenta con los recursos necesarios para financiar los servicios adicionales del Plan Obligatorio de Salud) está en posibilidad de acudir a las instituciones públicas prestadoras de servicio de salud, a través de las cuales el Estado le garantiza sus derechos a la salud y a la vida.

"El precitado Decreto 806 de 1998 –sigue el recurrente—, prevé el cobro al afiliado de los tratamientos excluidos del POS, no obstante esa Honorable Corporación (el Tribunal) ordenó la entrega inmediata de los medicamentos ..., eximiendo al accionante del pago respectivo, aceptando su afirmación respecto a que carece de recursos económicos.

"En relación con lo anterior, el accionante incurre en contradicción, puesto que se afilió a la EPS Seguro Social, a partir de marzo de 1998 como trabajador de la Empresa Dilycab con un ingreso mensual de $407.650.oo ..., mientras que en la demanda de tutela ... afirma que no labora, circunstancia que presuntamente puede constituir un fraude al Régimen Contributivo del Sistema de Seguridad Social.

"De conformidad con la historia clínica del señor J.E.M. –finaliza el apelante—se vinculó al programa VIH/ETS/SIDA del Seguro Social el dia 24 de abril de 1998, remitido del Hospital San José, donde el 15 de abril le fue diagnosticado el VIH; si tenemos en cuenta que la evolución del SIDA pasado un término aproximado de seis meses desde la infección pueden aparecer manifestaciones clínicas, se concluye que el accionante adquirió el virus con anterioridad a la afiliación a la EPS ISS... configurándose la preexistencia de la patología, la cual no quedó establecida en la afiliación por cuanto la Ley 100 de 1993 y sus decretos reglamentarios no permiten la evaluación médico clínica previa del solicitante o futuro afiliado".

Solicita el recurrente, en consecuencia, que se le ordene al Estado que a través de las instituciones públicas a que se refiere el Decreto 806 le garantice el servicio de salud al peticionario o, en caso de mantenerse la sentencia, se disponga que cancele al Instituto de Seguros Sociales los costos que le corresponden.

Consideraciones de la Corte

Para la Sala es claro que las restricciones y limitaciones del Plan Obligatorio de Salud sólo operan a condición de que la vida del afiliado y obviamente su salud como derecho asociado al anterior, no se encuentren en grave riesgo. Pero si sucede al contrario, vale decir si se requiere de una inmediata intervención médica, bien sea a través del suministro de medicinas o de algún tipo de tratamiento para conjurar una crisis en la salud que ponga en peligro la vida del paciente, no le es dable a la entidad prestadora de servicios de salud negarse a suministrar la atención médica requerida, invocando normas legales o reglamentarias restrictivas del Plan Obligatorio de Salud, pues como lo tiene dicho la jurisprudencia, ante la seria afectación del derecho fundamental a la vida, prima su protección por sobre tal tipo de disposiciones, que en casos así son inaplicables.

En el evento examinado se demostró que el accionante se afilió al ISS el 18 de marzo de 1998 y que se le diagnosticó sida en estado IIIC de evolución, lo cual quiere decir que padece de una enfermedad que pone en grave riesgo su vida en atención a la fase por la cual atraviesa y que el peligro es aún más inminente si no se le suministran los medicamentos, de alto costo, recetados por el médico tratante adscrito al Instituto del Seguro Social.

El demandante, entonces, de una parte, padece de una enfermedad grave que implica un tratamiento médico inmediato e ininterrumpido, que de no proveérsele deterioraría su salud, expondría su vida y afectaría su derecho a la dignidad. De otra, las cotizaciones que ha hecho al Sistema General de Seguridad Social están muy lejos de corresponder al periodo mínimo de 100 semanas exigidas por los Decretos 1938 de 1994 (art. 26)

y 806 de 1998 (art. 61), para tener derecho al tratamiento de las enfermedades conocidas como catastróficas, ruinosas o de alto costo, entre las cuales está naturalmente el sida.

Esa segunda circunstancia fue la que el ISS tomó en consideración para negarse a seguir suministrándole al demandante las medicinas recetadas y también la que en esencia le sirvió de fundamento al recurso de apelación interpuesto contra la sentencia.

El parágrafo del artículo 61 del Decreto 806 de 1998, cuya aplicación persigue el recurrente, señala:

"Cuando el afiliado sujeto a periodos mínimos de cotización desee ser atendido antes de los plazos definidos en el artículo anterior, deberá pagar un porcentaje del valor total del tratamiento, correspondiente al porcentaje en semanas de cotización que le falten para completar los periodos mínimos contemplados en el presente artículo.

"Cuando el afiliado cotizante no tenga capacidad de pago para cancelar el porcentaje establecido anteriormente y acredite debidamente esta situación, deberá ser atendido él o sus beneficiarios, por las instituciones públicas prestadoras de servicios de salud o por aquellas privadas con las cuales el Estado tenga contrato. Estas entidades cobrarán una cuota de recuperación de acuerdo con las normas vigentes".

La aplicación de la norma transcrita, así como de cualquiera otra restrictiva del plan obligatorio de salud, como ya se dijo, está condicionada a la no vulneración del derecho fundamental a la vida. Así pues, en los casos en que el tratamiento médico sea urgente dispensarlo para evitar un deterioro en la salud y la exposición consecuencial de la vida del afiliado, dichas normas de carácter legal se tornan inaplicables en desarrollo del artículo 4° de la Constitución Nacional.

En el caso propuesto, en consecuencia, no le era dable al ISS negarse a seguirle suministrando los medicamentos requeridos por el accionante en atención a que de ellos dependía la vida de éste, dada la extrema gravedad de su enfermedad y a la carencia de recursos económicos propios para enfrentarla. Por lo tanto, hizo bien el Tribunal al tutelar su derecho fundamental a la vida y en tal medida se confirmará el fallo objeto del recurso, restringida la obligación impuesta al término de tres (3) meses que la Sala estima justo, racional y suficiente, para que proceda a la gestión pertinente ante las instituciones a que se refiere el Decreto 806 de 1998.

En todo caso, por los sobrecostos ocasionados para el ISS por el tratamiento, en los términos aludidos en las Sentencias SU-480/97, C-112/98 y T-370/98 proferidas por la Corte Constitucional, le queda a la entidad la posibilidad de repetir contra el Estado. Este, de acuerdo con el artículo 48 de la Constitución Nacional, se encuentra obligado a garanti-

zar la seguridad social a todos los colombianos, lo cual puede hacerlo a través de las denominadas Empresas Promotoras de Salud (EPS),previa suscripción de un contrato mediante el cual tales entidades se obligan dentro de los términos allí especificados, resultando obvio que los tratamientos médicos y medicamentos necesarios para salvar la vida de un afiliado que vayan más allá de lo pactado y en los que eventualmente incurran, sean sufragados, mediante repetición, por el Estado, con cargo al Fondo de Solidaridad a que alude la lLey 100 de 1993.

En virtud 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. Confirmar la sentencia de julio 15 de 1998, mediante la cual la Sala Penal del Tribunal Superior de Santafé de Bogotá declaró procedente la acción de tutela instaurada por J.E.M.M., restringida la obligación impuesta al término de tres (3) meses para que el accionante, con el objeto de que siga siendo atendido, proceda a la gestión pertinente ante las instituciones a que se refiere el Decreto 806 de 1998 en su artículo 61.

2. Ejecutoriada esta providencia, remítanse las diligencias a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

3. Notifíquese de acuerdo a lo previsto en el artículo 30 del decreto 2591 de 1991.

Cúmplase.

Jorge E. Córdoba Poveda, Fernando Arboleda Ripoll, Ricardo Calvete Rangel. Carlos Augusto Gálvez Argote, Jorge Aníbal Gómez Gallego, Edgar Lombana Trujillo, Carlos E. Mejía Escobar, Dídimo Páez Velandia, Nilson Pinilla Pinilla.

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

AGENCIA OFICIOSA EN TUTELA: la subordinación no es una circunstancia que permita la representación a través de agente oficioso.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Santafé de Bogotá, D. C., primero (1°) de septiembre de mil novecientos noventa y ocho (1998).

Magistrado ponente: Dr. *Didimo Páez Velandia*

Radicación No. 4790

Aprobado Acta No. 130

Por impugnación del apoderado de la Fundación Universitaria de Boyacá "Uniboyacá", han llegado las presentes diligencias a esta Corporación para conocer de la sentencia de fecha 16 de julio del corriente año, mediante la cual el Tribunal Superior de Tunja en Sala de Decisión Penal tuteló en favor de la estudiante María Fernanda Carrillo Bolaños los derechos a la educación, a la igualdad y a la dignidad humana, vulnerados por el citado centro docente.

FUNDAMENTOS DE LA ACCIÓN

Manifiesta el abogado Rafael Antonio Carrillo Vargas acudir a la acción de tutela como agente oficioso en nombre y representación de su hija María Fernanda Carrillo Bolaños, por hallarse ésta en estado de indefensión frente a la Fundación Universitaria de Boyacá, contra quien ha tenido que instaurar otras acciones por hechos diferentes, estimando procedente este nuevo amparo ante la violación indiscutible de los derechos fundamentales "a la educación, a la cultura, a la igualdad, a la protección de los incapaces, a la tranquilidad personal y familiar, al buen nombre y al debido proceso", en cuanto al cumplimiento de la sentencia de tutela proferida por la Sala Civil-Familia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Tunja el 18 de diciembre de 1997.

Afirma que en el citado fallo se ordenó a la Fundación Universitaria de Boyacá que dentro del término de 48 horas siguientes a su notificación, procediera a realizar todas las gestiones necesarias encaminadas a per-

mitir a María Fernanda Carrillo la presentación de los exámenes correspondientes al tercer semestre académico de la carrera de Medicina y Cirugía que le habían sido negados.

Advierte que la profesora Lina Díaz -contra quien se dirige también la presente acción-, le dictó a su hija la cátedra de Embriología II y enterada del sentido del fallo, procedió de inmediato a fijar fecha y hora para el supletorio ordenado por el Tribunal, comportamiento igualmente adoptado por el resto de profesores de las demás materias, con lo cual María Fernanda se vio precisada a cumplir con las evaluaciones del segundo semestre en tan solo seis (6) horas.

Que los profesores, con excepción de la doctora Lina Díaz, de manera honorable e imparcial, tramitaron las pruebas en igualdad de condiciones de otros estudiantes que presentaron sus exámenes en oportunidad, es decir, dando campo a la alumna a que respondiera libremente cada pregunta dentro del término de hora y más. Contrariamente, la mencionada catedrática al plantear el interrogatorio o cuestionario, violando el principio de igualdad, la sometió a un examen con solo 3 o 4 posibilidades, cuando sus compañeros gozaron de 20 o más preguntas con tiempo suficiente para responderlas, concretándose de dicho modo su temor a represalias que fue la causa para no firmar ningún escrito de tutela contra el centro docente u otorgarle poder para intentarlo a su nombre.

Agrega que la cátedra de Embriología II es absolutamente esencial, de manera que la terminación de estudios de su hija se retrasó al ser reprobada en el citado supletorio, pues de haber sido evaluada en igualdad de condiciones, habría tenido que responder un cuestionario amplio y seguramente salido airosa y con ello acceder al tercer semestre de manera integral.

Pone de presente que "La razón por la cual propongo hasta este momento la presente acción de tutela, es una y única, esperé hasta el momento que en Honorable Tribunal Superior de Tunja me notificó mediante telegrama que la tutela y su defensa distinguida como 0140 había concluido"., reiterando que el principio de igualdad sigue siendo desconocido por la Universidad, colocando a María Fernanda en condiciones de inferioridad.

Finalmente considera que la Sala Civil-Familia del Tribunal Superior de Tunja fijó en su sentencia una fecha inmediata para la protección de los derechos conculcados a su hija y un término para que Uniboyacá practicara las pruebas dejadas de realizar a su hija, pero no autorizó que se le tratara en inferioridad de condiciones frente a sus compañeros de curso que no fueron rechazados por ausencia de pago, de matrícula y demás derechos estudiantiles.

El Fallo Recurrido

El Tribunal Superior de Tunja acepta en primer término la postura del libelista en cuanto a que según lo previsto en el artículo 10° del Decreto 2591 de 1991, "también se pueden agenciar derechos ajenos cuando el titular de los mismos no está en condiciones de promover su propia defensa".

"En el caso que se examina Rafael Antonio Carrillo Vargas ha expresado en su ampliación de demanda que actúa como agente oficioso de su hija María Fernanda Carrillo Bolaños, de quien dice estar en condiciones de inferioridad frente a la Universidad demandada, respecto de la cual siente temor de represalias. La Sala encuentra aceptable esta clase de legitimación activa para comparecer al proceso".

Indica que la acción está dirigida contra particulares (Fundación Universitaria de Boyacá y la profesora Lina Luisa Díaz Galán), lo cual es pertinente de manera excepcional en los casos en que aquellos "estén encargados de la prestación de un servicio público o cuya conducta afecte grave y directamente el interés colectivo, o respecto de quienes el solicitante se halle en estado de subordinación e indefensión", siendo "...evidente que un alumno se halla en condiciones de inferioridad frente a la entidad donde estudia y al profesor que le califica los conocimientos. Por consiguiente, la Sala concluye que por este aspecto la acción de tutela es procedente contra los mencionados particulares".

Dedica buena parte del fallo para advertir que ninguna de las causales de improcedencia de la tutela puede configurarse en el presente caso, y por ello destaca que el demandante anexó la actuación adelantada ante la Sala Civil-Familia de ese Tribunal en primera instancia y ante la Sala de Casación Civil y Agraria de esta Corporación en segunda, de cuyo contenido deduce que "si bien se refiere a los exámenes finales del tercer semestre académico de la carrera de Medicina y Cirugía de María Fernanda Carrillo Bolaños, la pretensión concreta radicaba en que se protegiera el derecho a la educación porque la Universidad no le había permitido presentarlos por falta de pago de una deuda de carácter académico. El Tribunal dictó fallo con fecha 18 de diciembre de 1997 acogiendo esas pretensiones y ordenando a la Universidad demandada que practicara los exámenes finales a la mencionada alumna".

Hace mención a otra acción de tutela presentada igualmente por Rafael Antonio Carrillo Vargas a nombre de su hija y contra Uniboyacá, basada en razones económicas al negarse la Fundación Universitaria a entregarle las calificaciones correspondientes a las asignaturas cursadas en el tercer semestre académico, lo que le impedía matricularse en el cuarto semestre al inicio del corriente año, y también, a que la alumna ingresara a clase, acción que fuera negada por la Sala Civil-Familia de la misma Colegiatura el 2 de febrero del corriente año.

Advierte que si bien es cierto se reclama el mismo derecho a la educación, también lo es que "se funda en el hecho concreto de que María Fernanda fue discriminada en la presentación de los exámenes finales correspondientes al tercer semestre académico de la carrera de Medicina y Cirugía, cursado en esa institución durante 1997, y más precisamente en la práctica del examen final de la asignatura Embriología II por la profesora Lina Díaz, toda vez que fue sometida a un interrogatorio de tres o cuatro preguntas, mientras que sus condiscípulos absolvieron 20 o más preguntas, con mayor posibilidades de aprobar la materia", para concluir que las tres acciones de tutela referidas se fundamentan en hechos distintos y por lo mismo no son iguales, motivo por el cual no se presenta la causal de improcedencia que el apoderado de la accionada alega para oponerse a su prosperidad.

Rechaza el argumento expuesto por el apoderado de la accionada para oponerse al amparo solicitado, consistente en que la alumna no utilizó los recursos defensivos que el Reglamento Estudiantil le ofrecía en relación con las calificaciones obtenidas en los exámenes supletorios. Para el *a quo*, según el artículo 9° del Decreto 2591 de 1991, no es necesario interponer previamente el recurso de reposición u otro recurso administrativo para presentar la solicitud de tutela.

Agrega que "Aunque en el presente caso no se trata propiamente de un actuación administrativa, por ser la demandada persona jurídica privada, la norma en cita puede aplicarse análogamente para concluir que la no interposición de los recursos y medios de defensa que el Reglamento Estudiantil le da a María Fernanda no es óbice para que éste interponga la acción de tutela. Podría afirmarse también que dispone de otro medio de defensa judicial, como es la vía ordinaria. Sin embargo, es de conocimiento público que el trámite de ésta es demorado en el tiempo y por lo mismo resulta completamente ineficaz para proteger los derechos que se pretende, pues resulta del todo injusto someter a la interesada a esperar varios años las resultas de ese juicio para ver si se vulneraron o no sus derechos fundamentales y si puede o no volver a presentar los exámenes del tercer semestre académico".

Puntualiza que "Podría aducirse también que el daño proveniente de la conducta cuestionada ya se consumó y que por eso la acción no procede. Como más adelante se explicará, si bien la acción vulnerante ya se ejecutó, sus consecuencias dañosas perduran en el tiempo y éstas podrían cesar en el evento de que haya lugar a remover la causa que las produce. En fin, en criterio de la Sala no se configura esta causal de improcedencia".

Entrando en materia, el Tribunal Superior de Tunja para conceder el amparo solicitado por el libelista, se refiere al informe del Decano de la Facultad de Medicina de la Fundación Universitaria de Boyacá, del que

deduce que los compañeros de María Fernanda Carrillo contaron con hora y media para presentar cada una de las evaluaciones de final de semestre, en cambio a ésta, no le permitió presentar los exámenes finales en las fechas programadas y en las mismas condiciones, "porque no presentó paz y salvo. Es decir, por razones económicas", siendo esa la razón para que la primera acción de tutela terminara con fallo favorable a la pretensión de la demandante.

Precisa que en cumplimiento de la decisión le fueron practicados los exámenes a María Fernanda durante los días 18 y 19 de diciembre de 1997, es decir, que en esos dos (2) días seguidos presentó todas las evaluaciones, con lo cual los resultados fueron negativos, al punto que perdió el semestre "porque no aprobó ningún examen supletorio, ni asignatura", quedando así demostrado que: "1. La Fundación Universitaria de Boyacá no le permitió a María Fernanda presentar los exámenes finales del tercer semestre académico de Medicina y Cirugía en las fechas oficiales señaladas para tal efecto, como lo hicieron sus condiscípulos, porque no presentó paz y salvo". 2. Los compañeros de estudio de María Fernanda presentaron los exámenes finales en el término de 13 días, disponiendo de tiempo razonable para estudiarlos y absolvieron cuestionarios iguales. 3. María Fernanda presentó exámenes supletorios correspondientes a las misma asignaturas, dos el 18 de diciembre y tres el 19 del mismo mes. Esto es, que dispuso de un término total de dos días seguidos, desde luego sin tiempo para prepararlos o al menos descansar. Además, fue bastante inferior el número de preguntas a que fue sometida en cada uno de esos exámenes, comparativamente con sus condiscípulos".

Concluye que en forma clara se evidencia que María Fernanda fue discriminada en comparación con circunstancias análogas en que sus compañeros de curso presentaron los referidos exámenes, lo mismo que ningún ser humano, en condiciones normales, tiene la capacidad de sortear con éxito, en el angustioso término indicado, las cinco difíciles pruebas intelectuales a que fue sometida, comportamiento de la Universidad que deviene francamente irrazonable, inhumano y cruel, lo que se torna más censurable tratándose de una institución sin ánimo de lucro, dedicada a prestar el servicio público de educación.

Finalmente rechaza los argumentos expuestos por el apoderado de la Universidad quien afirma que ningún derecho fundamental le ha sido violado a la accionante, pues su representada no hizo cosa distinta que cumplir con un fallo de tutela y, además, de prosperar esta acción, se iría contra el principio de la autonomía universitaria consagrada en el artículo 69 de la Carta Política. Llega el Tribunal a conclusión distinta, esto es que "...la Universidad demandada ha venido vulnerando en forma permanente ese derecho constitucional fundamental de María Fernanda Carrillo. Igualmente el derecho a la igualdad que también es reconocido como fundamental por la Constitución en su art. 13, pues a la mayoría de los

alumnos del mismo nivel académico les dio mayores garantías para presentar los exámenes finales exactamente sobre las mismas materias que presentó después María Fernanda. Le dio tratamiento diferente a hechos semejantes. Además, se vulnera el derecho a la dignidad humana", justificando finalmente la conducta de la doctora Lina Luisa Díaz Galán, por cuanto siendo profesora de la Fundación simplemente obedeció sus órdenes.

LA IMPUGNACION

El recurrente estima que el Tribunal violó el debido proceso pues si bien es cierto que la acción de tutela debe rituarse de manera ágil y breve, también lo es que tanto la parte accionante como la accionada solicitaron la práctica de algunas pruebas sin que se hubiesen decretado, lo que dio como resultado que se dictara "un fallo desconectado de la realidad fáctica y con una altísima dosis de subjetivismo, lo cual contraviene principios que hacen parte del patrimonio y de la cultura jurídica universal".

Afirma que la sentencia desconoció el Reglamento Estudiantil de la Fundación que fuera aportado oportunamente al proceso, en el que se consagran las oportunidadespara que el estudiante ejerza válidamente sus reclamaciones y derechos, sin que el Tribunal lo haya considerado. Por el contrario, revivió unos términos precluidos y en contraposición del criterio de la Corte Constitucional contenido en la Sentencia T-02 de 1992 (Mag. Alejandro Martínez Caballero).

Advierte que la acción fue dirigida contra la Fundación Universitaria de Boyacá a la cual representa y la profesora Lina Díaz, sin que a ésta se le haya puesto en conocimiento la demanda ni notificado para que interviniera.

Dice que el *a quo* incurrió en dos yerros sustanciales, pues."...reconoció legitimidad en causa a un sujeto que dice agenciar a su hija, sin detenerse a analizar si real y efectivamente estaba la alumna en condiciones de promover su propia defensa, cuando a ojos vista se aprecia en su hoja de vida y en desempeño estudiantil y vida académica que María Fernanda Carrillo Bolaños es mayor de edad, ciudadana en ejercicio, en plenitud de facultades y derechos". Además, "el fallo va mucho más allá de lo pedido por el tutelante, es decir que se trata de un fallo *ultrapetita* y *extrapetita*, se pidió invalidar el examen de la materia Embriología II y se dispuso invalidar todos los exámenes efectuados durante los días 18 y 19 de diciembre del año 1997, que entre otras cosas así se procedió en acatamiento de otra tutela".

Se refiere a la conducta desplegada por el accionante, indicando que "...éste inició una acción de tutela, cuando tenía con la Universidad unas obligaciones incumplidas producto de sus maquinaciones e irresponsabi-

lidad. En asalto de la buena fe, intentó una nueva acción de tutela, la que fue desestimada por improcedente. Volvió a matricular a su hija reglamentariamente, en el primer período de 1998, donde su hija se comportó como un alumno regular académica y administrativamente, pero cuando fue evaluada y vio que había perdido morfología II, seis (6) meses después vuelve y Tutela, haciendo una nueva reclamación, pidiendo ahora se repita el examen de Embriología II que integra el área de Morfología II e induciendo con argumentos irreales al juzgador a una nueva protección de los derechos fundamentales...".

Se refiere al derecho a la igualdad para sostener que en manera alguna puede afirmarse su violación por el hecho de haber sometido a la estudiante a una evaluación con cuatro o cinco preguntas en una prueba académica, y por lo mismo con menores posibilidades que a otros que la presentaron de manera oportuna con veinte o más, pues puede ocurrir lo contrario, es decir, que fueron estos a los que se les sometió a un examen más riguroso, ya que no puede lo cuantitativo imponerse a lo cualitativo, pues lo verdaderamente importante es el contenido de las preguntas y de las correspondientes respuestas.

Considera que tampoco el derecho a la educación se le ha desconocido a la estudiante, pues según lo tiene precisado la Corte Constitucional este no es ilimitado, ya que se trata de un derecho-deber, que está sometido a los reglamentos, recurriendo siempre el accionante a otras vías distintas a las previamente establecidas para la solución de los impases académicos de los estudiantes, es decir, optado por reclamarlos a través de la acción de tutela, sin ni siquiera haber intentado la alumna o su agente oficioso soluciones conforme al reglamento estudiantil que éste último siempre ha desconocido.

Finalmente presenta algunas consideraciones con relación a los derechos reclamados de protección de incapaces y tranquilidad personal y familiar, los cuales no fueron objeto de amparo por el Tribunal.

Consideraciones de la Corte

Es entendido que la acción de tutela, según lo establece el artículo 86 de la Carta Política, puede ser ejercida por toda persona (natural o jurídica), mediante un procedimiento breve y sumario, "por sí misma o por quien actúe a su nombre" exclusivamente para la protección inmediata de sus derechos fundamentales, cuando quiera que estos resulten vulnerados o amenazados por la acción u omisión de cualquier autoridad pública, o contra los particulares encargados de la prestación de un servicio público o cuya conducta afecte grave y directamente el interés colectivo, o respecto de quienes el solicitante se halle en estado de subordinación o indefensión, en los casos previstos en la ley.

El artículo 10 del Decreto 2591 de 1991, reglamentario de la acción de tutela, se refiere específicamente a la legitimidad e interés de quien la promueve, señalando que "podrá ser ejercida, en todo momento y lugar, por cualquier persona vulnerada o amenazada en uno de sus derechos fundamentales, quien actuará por sí misma o a través de apoderado. Los poderes se presumirán auténticos", es decir, que en tratándose de los derechos fundamentales de la hija del accionante, ella estaba facultada no solo por la Constitución Política sino también por la ley, para reclamar directamente ante los jueces la protección de sus derechos, o a través de apoderado si era su deseo.

No admite duda que el inciso segundo del citado artículo 10 del Decreto 2591 de 1991, admite la posibilidad de agenciar derechos ajenos "cuando el titular de los mismos no esté en condiciones de promover su propia defensa". En el caso concreto, contrariamente al pensamiento del Tribunal, María Fernanda Carrillo Bolaños no se hallaba en imposibilidad de ejercer su propia defensa, pues tal circunstancia apunta es a la situación física o mental en que se halle quien sufre la vulneración o atentado a sus derechos fundamentales, más no a la subordinación o estado de indefensión frente al particular accionado, situación que se predica es para la procedibilidad de la acción de tutela, sin que en manera alguna, se faculte a terceras personas para reclamar la protección de derechos ajenos en tales eventos.

El Tribunal en su sentencia, se limitó a aceptar la postura del libelista según el cual su hija se negó a firmar cualquier documento contra la Fundación Universitaria de Boyacá "Uniboyacá", advirtiéndole a su progenitor que de hacerlo "seguramente vendrían represalias en el futuro", consignando que "Rafael Carrillo Vargas ha expresado en su ampliación de demanda que actúa como agente oficioso de su hija María Fernanda Carrillo Bolaños, de quien dice estar en condiciones de inferioridad frente a la Universidad demandada, respecto de la cual siente temor de represalias. La Sala encuentra aceptable esta clase de legitimación activa para comparecer al proceso" (fl. 82), absteniéndose de presentar cualquier referencia a la abundante y uniforme jurisprudencia tanto de la Corte Constitucional como de esta Colegiatura en sus diferentes Salas Especializadas, pues de haberlo hecho, habría tenido indiscutiblemente que rechazar el amparo solicitado con relación a la hija del demandante, pues dentro del diligenciamiento puesto a su consideración, no aparecía la más mínima referencia a que la joven estudiante se hallara en imposibilidad de ejercer su propia defensa. Por el contrario, prueba de no hallarse en imposibilidad de ejercer su propia defensa es que ella de manera personal, elevó el 24 de julio último escrito en el que presenta al Rector de la Universidad varias peticiones (fl. 117) y al *a quo* otro el 28 del mismo mes, demandando aclaración del fallo (fl. 121), petición que le fuera denegada en auto del 5 de agosto del corriente año (fls. 129 a 131).

Por ello, asiste razón al recurrente cuando afirma que el Tribunal incurrió en yerro cuando "reconoció legitimación en causa a un sujeto que dice agenciar a su hija, sin detenerse a analizar si real y efectivamente estaba la alumna en condiciones de promover su propia defensa, cuando a ojos vista se aprecia en su hoja de vida y en desempeño estudiantil y vida académica que María Fernanda Carrillo Bolaños es mayor de edad, ciudadana en ejercicio, en plenitud de sus facultades y derechos. A decir verdad, por esta vía de la ortodoxia jurídica, forzando y distorsionando las instituciones jurídicas se pueden terminar aceptando tutelas sin interés legítimo y desconociendo los derechos que están radicados en cabeza de cada uno de los ciudadanos" (fl. 100).

Ante la indiscutible ilegitimidad del accionante para demandar la protección de los derechos fundamentales de María Fernanda Carrillo Bolaños, se revocará el fallo impugnado y en su lugar se rechazará la acción incoada.

Por lo expuestó, 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 la sentencia de fecha dieciséis (16) de julio del corriente año, mediante la cual el Tribunal Superior de Tunja, tutelo en favor de María Fernanda Carrillo Bolaños los derechos fundamentales a la educación, a la igualdad y a la dignidad humana.

2. Rechazar la acción de tutela promovida por el abogado Rafael Antonio Carrillo Vargas como agente oficioso de su hija ya mencionada contra la Fundación Universitaria de Boyacá, por falta de legitimidad e interés de acuerdo con lo dicho en la parte motiva.

3. Notifíquese conforme a lo previsto en el artículo 16 del Decreto 2591 de 1991, vuelvan las diligencias al Tribunal de origen para su archivo y cúmplase.

Jorge E. Córdoba Poveda, Fernando Arboleda Ripoll, Ricardo Calvete Rangel, Carlos Augusto Gálvez Argote, Jorge A. Gómez Gallego, Carlos E. Mejía Escobar, Edgar Lombana Trujillo, Didimo Páez Velandia, Nilson Pinilla Pinilla.

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria

IMPEDIMENTO EN TUTELA: No es causal para separarse del conocimiento de la acción de tutela, el hecho de haber conocido con anterioridad de una por los mismos hechos y derechos.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Santa Fe de Bogotá D. C., primero (1°) de septiembre de mil novecientos noventa y ocho (1998).

Magistrado Ponente: Dr. *Carlos E. Mejía Escobar*

Radicación No. 4815

Aprobado Acta No. 130

VISTOS

Resuelve la Sala de plano, lo que en derecho corresponda respecto del impedimento manifestado por la Magistrada de la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín (Antioquia), doctora Carmen Palacio Palacio, el que no fue aceptado por los demás integrantes de la Sala que debe conocer de la acción de tutela instaurada por el interno en la cárcel Bellavista de Medellín, señor Ramón Emilio Villa Ramírez en contra del Juzgado 15 Penal del Circuito de la misma ciudad.

ANTECEDENTES

1. El señor Ramón Emilio Villa Ramírez, interno de la cárcel "Bellavista" de la ciudad de Medellín (Antioquia), presentó acción de tutela en contra del Juzgado 15 Penal del Circuito de la misma ciudad, por haberle negado una solicitud de nulidad dentro del proceso que se tramitó en esa Oficina Judicial y que culminó con su condena a 68 meses de prisión como responsable de los delitos de extorsión y porte ilegal de armas.

2. Como esa, el actor ha presentado por lo menos 6 acciones más, algunas de las cuales han correspondido en segunda instancia a la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín y, por lo menos una a esta Corporación, la que modificó el fallo de la instancia para rechazarla por temeraria.

3. Dentro de esta acción de tutela, la Magistrada Carmen Palacio Palacio se declaró impedida con fundamento en la causal 4ª del artículo 103 del Código de Procedimiento Penal.

La Magistrada señala que el actor ha presentado por lo menos otras 15 acciones ante autoridades diferentes y por las mismas razones, aunque disfrazando los argumentos para evitar su rechazo.

Concreta la razón de su impedimento en estimar que esta acción es de igual naturaleza a la que decidió la Sala el 29 de mayo de 1998 con ponencia de ella.

4. Los restantes miembros de la Sala rechazaron el impedimento de la Magistrada Palacio y decidieron remitir lo actuado a esta Corporación para que se decida de plano sobre el asunto.

Consideraciones de la Corte

1. La causal de impedimento que aduce la Magistrada Palacio Palacio es la descrita en el ordinal 4° del artículo 103 del Código de Procedimiento Penal, que señala: "Que el funcionario judicial haya sido apoderado o defensor de alguno de los sujetos procesales, o sea o haya sido contraparte de cualquiera de ellos, o haya dado consejo o manifestado su opinión sobre el asunto materia del proceso".

2. La reglamentación legal de la acción de tutela, Decreto 2591 de 1991, consagra en el artículo 39 la obligatoriedad para los Jueces de declararse impedidos cuando concurran las causales de impedimento del Código de Procedimiento Penal, deber que la Magistrada Palacio considera cumplido al advertir, en su criterio, la presencia de la causal atrás referida.

3. La causal aducida por la Magistrada Palacio contiene varias hipótesis fácticas a partir de las cuales puede un Funcionario Judicial declararse impedido y el texto de su impedimento es claro en señalar que la identificación de esta acción de tutela, como similar a una que meses atrás presentó el mismo actor y que se resolvió con ponencia suya, la lleva a apartarse del conocimiento de ésta.

4. La Sala resolverá de plano rechazar el impedimento de la doctora Palacio, por cuanto la situación que se plantea al interior de la acción de tutela presentada por el interno Ramón Emilio Villa Ramírez, no ofrece ningún hecho que se adecue a los supuestos que exige la norma para separar a un Funcionario Judicial del conocimiento de un asunto a su cargo y por el contrario existe un mandato legal que aconseja, en esta precisa situación, mantenerla vinculada al asunto.

Si bien es cierto las causales de impedimento que se aplican son las del Código de Procedimiento Penal, su interpretación debe hacerse dentro de la institución a la que están sirviendo, que en este preciso caso es a la de la Acción Constitucional de Tutela, procedimiento que por tener el propósito específico de protección de los derechos constitucionales de rai-

gambre fundamental, exige un proceso ágil, sumario y breve, que garantice efectivamente que el amparo para impedir la violación o para cesar la que ya está ocurriendo se brinde en un lapso tal que tenga verdaderos efectos prácticos.

5. En este orden de ideas una interpretación tan exegética del ordinal 4° del artículo 103 del Código de Procedimiento Penal, como la que hace la Magistrada que se declara impedida, resulta inadecuada por oponerse al efecto útil de la institución a la que está sirviendo –la Acción de Tutela– la norma cuya hermenèutica se intenta.

En efecto, una tal lectura de ese artículo se opone al contenido del artículo 38 del Decreto 2591 de 1991, en cuanto ordena perentoriamente el rechazo de la acción de tutela que sea presentada por la misma persona ante varios Jueces o Tribunales, cuyo real efecto útil, es no solo sancionar con tal pena – la del rechazo de todas sus acciones - al actor temerario sino prevenir la posibilidad de que se infrinja el deber de juramento sobre la no presentación de una misma acción por los mismos hechos y derechos, que impone el inciso 2° del artículo 37 del mismo decreto, sin perjuicio de las sanciones penales a que haya lugar por la conducta en que se haya incurrido.

6. No es entonces causal para separarse del conocimiento de una acción de tutela, el hecho de haber conocido con anterioridad de una por los mismos hechos y derechos, sino precisamente razón para mantener en cabeza de ese Funcionario Judicial la competencia para resolver de tal asunto, pues ese conocimiento personal al que llegó a través del ejercicio de su función pública de administrador de justicia lo coloca en situación privilegiada para que en defensa del principio constitucional de la buena fe, del que es integrante el de la lealtad procesal, sancione al accionante temerario, previa la acreditación formal de la prueba documental que demuestre el supuesto de hecho de la norma, en la forma y términos que ésta lo contempla.

7. A la ausencia de bases de datos tan específicas que contengan hechos, derechos y actores en alguna herramienta informática consultable por los Jueces y Tribunales del país, no puede sumarse el amordazamiento de los Funcionarios Judiciales para señalar, cuando coincidencialmente el ejercicio de su Función Pùblica de Administrar Justicia los ponga en conocimiento del supuesto de hecho del artículo 38 del Decreto 2591 de 1991, cuál acción es temeraria por haber conocido de ella en algún momento, pues tal procedimiento iría en contravía con uno de los fines esenciales del Estado Social de Derecho que es el de "asegurar la vigencia de un orden justo".

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. Declarar Infundado el impedimento manifestado por la doctora Carmen Palacio Palacio, Magistrada de la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, para conocer de la acción de tutela instaurada por el interno Ramón Emilio Villa Ramírez.

Comuníquese y cúmplase.

Jorge Enrique Córdoba Poveda, Fernando Arboleda Ripoll, Ricardo Calvete Rangel, Carlos A. Gálvez Argote, Jorge Aníbal Gómez Gallego, Edgar Lombana Trujillo, Carlos E. Mejía Escobar, Didimo Páez Velandia, Nilson PinillaPinilla

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

DERECHO DE PETICION A UNIVERSIDADES: el término para dar respuesta a las solicitudes es el previsto en los reglamentos / **DERECHO AL BUEN NOMBRE EN EMISION DE CONCEPTOS:** La información de la Universidad al ICFES sobre los criterios éticos plasmados en sus reglamentos no vulnera el derecho del estudiante afectado con la descalificación.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Santa Fe de Bogotá, D. C., septiembre dos de mil novecientos novena y ocho.

Magistrado Ponente: Dr. *Ricardo Calvete Rangel*

Radicación No. 4762

Aprobado Acta No. 131

VISTOS

Se resuelve el recurso de apelación interpuesto por Henry Buitrago Montero contra la sentencia de fecha julio 23 de 1998 proferida por la Sala Penal del Tribunal Superior de Bucaramanga mediante la cual se denegó la acción de tutela instaurada por el recurrente contra la Universidad Santo Tomás y el Decano Académico de la misma a quienes acusa de haberle desconocido los derechos fundamentales contemplados en los artículos 2, 4, 5, 13, 15, 23, 26, 29, 34, 67, 69, 70 y 74 de la C.N.

FUNDAMENTOS DE LA ACCIÓN

1. El demandante sostiene que se han desconocido sus derechos fundamentales, con base en los siguientes argumentos:

1.1. Fue estudiante regular de la Universidad Santo Tomás en el segundo período de 1996, cursando tercer semestre de derecho. Los dere chos los canceló con la factura 0050322 y el polígrafo 10443. Este contrato fue incumplido por la Universidad al no haberlo incluido en listas.

1.2. El 29 de mayo del año en curso presentó petición a la accionada habiéndosele vencido el término para contestar el 23 de junio, sin que hubiere dado contestación alguna.

1.3. Solicitó el reintegro para cursar tercer semestre en el segundo período de 1997 y el Consejo lo negó por haber sido condenado por el delito de estafa, con lo que se ignoraron sus derechos de defensa, debido proceso y educación.

1.4. La petición referida en el numeral anterior la reiteró para el primer periodo de este año, siéndole desconocido el reintegro por la USTA.

1.5. Señala que el doctor Eduardo Serrano Baquero ha hecho comentarios desobligantes que atentan contra el buen nombre del tutelante, sin tener en cuenta su verdadera personalidad.

2. El Decano Académico de la Facultad de Derecho de la Universidad Santo Tomás de Bucaramanga, doctor Manuel Eduardo Serrano Baquero, al contestar la demanda de tutela, sostiene: a) El accionante no aparece como estudiante regular para el segundo periodo académico de 1996, a pesar de habérsele autorizado matricular las dos materias pérdidas y las de tercer semestre, b) El 24 de julio de 1997 solicitó aplazamiento de sus estudios, lo cual le fue aceptado, c) El 29 de mayo de 1998 pidió reintegro a la Universidad. Siendo por reglamentos esta decisión de competencia del Consejo de la Facultad se le remitió la solicitud a éste, el cual reglamentariamente sesionaba el 23 de julio siguiente, d) La opinión que ha emitido ante el ICFES, el Consejo de la Facultad o en los estrados judiciales acerca de la ausencia de condiciones para optar el título de abogado de una persona que ha sido condenada por un delito es el perfil que la Universidad exige a sus estudiantes y en el caso del peticionario es un hecho cierto que se profirió en su contra sentencia condenatoria por el delito de estafa, e) Mientras el actor fue estudiante no se le aplicó sanción alguna ni se le adelantó proceso disciplinario.

La Sentencia del Tribunal

Las reclamaciones del tutelante fueron denegadas por improcedentes con los siguientes argumentos:

1. Precisa el fallo que según el demandante las causas que llevaron al desconocimiento de sus derechos, fueron: a) El sancionársele con el no reintegro a la Universidad para continuar sus estudios, b) El no atendérsele su solicitud hecha en ejercicio del derecho de petición, c) El maltrato a su buen nombre contenido en el oficio del 18 de marzo de 1998 y suscrito por el Decano Académico de la Facultad de Derecho.

2. Henry Buitrago Montero se caracterizó por ser deficiente en sus estudios lo que lo llevaron a ser excluido por bajo rendimiento académico conforme a lo ordenado en el artículo 76, numeral primero, del reglamento del centro de educación superior demandado. Su reingreso lo autorizó la universidad pero aquél no matriculó las asignaturas ordenadas como

tampoco suscribió el contrato de matrícula, razón por la que no apareció como estudiante regular para el segundo semestre de 1996.

3. Al demandante nunca se le denegó por la demandada el regreso a la entidad educadora con base en la condena proferida por el delito de estafa.

4. La solicitud presentada el 29 de mayo estaba pendiente para estudio en la sesión del Consejo del 23 de julio, fecha que a la presentación de la demanda no había llegado. Sin embargo, sobre esta situación se dijo por el Tribunal que como el derecho de petición ante los particulares no estaba legislativamente desarrollado se podía concluir, con base a criterios doctrinales y a la analogía, que el término para resolver debía ser razonable y en la situación del accionante encontró que el derecho del petente no se ha desconocido porque la accionada se rige por un calendario académico y sometido a éste dará respuesta a la aspiración presentada por el actor.

5. En cuanto a la protección del buen nombre reclamado en la demanda, no encuentra el *a quo* que se hayan utilizado expresiones que atenten contra ese derecho, pues ellas obedecen a un criterio ético que se tiene en cuenta para determinar el perfil de los abogados que deben egresar de la Universidad Santo Tomás.

La Impugnación

Fundamenta el recurrente su rebeldía contra la providencia del *a quo* en los siguientes aspectos:

1. Considera una sanción el informe de la Universidad dado con oficio del 18 de marzo de 1998 al ICFES. No se enteró además de su exclusión de la institución.

2. La petición debió ser resuelta en un término máximo de 15 días, por lo que considera que se transgredió dicho derecho.

3. Insiste en haber firmado contrato de matrícula para cursar tercer semestre en 1996, acusando a la institución de ocultar la prueba pertinente.

4. Con base en el derecho a la educación dice tener derecho a ver nuevamente las materias perdidas, aunque advierte que dicho derecho no fue tenido en cuenta por el Tribunal.

5. La sentencia apelada se inclinó a favor de la Universidad porque los que decidieron son profesores de ese claustro.

6. Solicita la revocatoria de la sentencia objeto de la censura, y que se ampare con la tutela los derechos reclamados en la demanda.

CONSIDERACIONES

1. La acción de tutela prevista en el artículo 86 de la Constitución Nacional puede ser ejercida por toda persona, en la medida en que un derecho fundamental esté amenazado o puesto en peligro por la acción u omisión de una autoridad pública.

La protección de los derechos fundamentales igualmente se ha previsto para precaver o impedir su desconocimiento por los particulares que prestan un servicio público, o cuya conducta afecte grave o directamente el interés colectivo, o respecto de quienes el peticionario se halle en estado de subordinación o indefensión. La naturaleza de la función cumplida por la Universidad Santo Tomás respecto de Henry Buitrago tiene el carácter de servicio público, y además, la connotación de ser fundamentales los derechos acá reclamados.

2. Lo probado documentalmente es que al finalizar el primer semestre de 1996, el alumno Henry Buitrago Montero quedó excluido de la Facultad de Derecho por razones académicas, las cuales él reconoce en la carta del 29 de julio, en la que solicita al Consejo de la Facultad que le permita continuar con sus estudios.

La petición fue atendida favorablemente autorizándole matricular las dos materias perdidas y el tercer semestre, pero el estudiante en fecha anterior solicitó aplazamiento "debido a compromisos adquiridos fuera de la ciudad para laborar", lo que indica que en el momento en que quisiera regresar debía hacer la solicitud correspondiente para el ingreso, pues la Universidad tenía que revisar si para entonces existían las circunstancias que de acuerdo con el reglamento permitieran al interesado continuar la carrera.

3. Si después de lo anterior el accionante asistió a clases lo hizo de manera irregular, pues de acuerdo con lo que certifica el Decano Académico, "El señor Buitrago Montero entonces, no es estudiante regular de la Universidad desde terminado el primer periodo académico de 1996...", luego ello explica que no figurara en listas y que no tenga pruebas de haber cursado el tercer semestre, como lo asevera en el escrito de tutela.

Así mismo, resulta inexplicable que afirme que nunca se enteró que fue excluido, si se tiene en cuenta que simultáneamente reconoce que ha formulado peticiones para que se le permita continuar con sus estudios.

4. No es cierto que el *a quo* haya dejado de analizar el derecho a la educación del impugnante en el fallo recurrido. Precisamente a ese derecho hace referencia a los folios 205, 206 y 207, en donde realiza un examen de las pruebas allegadas, para concluir de manera acertada que las hipótesis presentadas como violatorias de los derechos al "debido proceso, la defensa, la igualdad y la educación" no corresponden a la "situación que aflora en este caso concreto".

5. Es evidente que el ex alumno es consciente de los pasos que debía dar para reingresar a la Universidad, y prueba de ello es que en el escrito presentado el 29 de mayo de 1998, antes de presentar la tutela, una de las peticiones es justamente que se le autorice el reintegro, trámite que si bien califica de innecesario en su caso, lo cierto es que se acoge a él, a tal punto, que al no recibir rápida respuesta estima que se le violó el derecho de petición.

Así las cosas, es claro que al pretender con la tutela que se ordene a la Universidad que le de respuesta a la petición, y en la misma acción que se ordene su reintegro como estudiante regular de esa institución, incurre en el despropósito de querer que el juez decida lo que por reglamento le corresponde al Consejo de la Facultad, y cuyo pronunciamiento estaba en ese momento pendiente.

6. Es cierto que el derecho de petición puede invocarse respecto de particulares cuando están encargados, entre otras hipótesis, de la prestación del servicio público de educación, pero no puede exigirse que la respuesta deba producirse dentro en el término máximo de quince días provisto en el Código Contencioso Administrativo, pues las instituciones tienen su propio reglamento y se programan de acuerdo con él, de manera que es dentro de esas pautas que están obligadas a respetar el derecho del peticionario.

Entenderlo de una manera diferente sería imponer a los distintos Consejos de la Universidades que sesionaran de modo permanente para atender cada una de las múltiples peticiones de los estudiantes dentro de los quince días, y aún así es poco probable que se pudiera cumplir con ese término. Por esto lo que se busca es garantizar que las personas tengan el derecho de petición ante particulares que prestan un servicio público, y ante la falta de ley que señale términos debe acogerse el reglamento de la institución, y de todas formas si no está previsto, la respuesta debe darse en un tiempo razonable que no permita inferir que se está violando la garantía.

En el caso que nos ocupa la solicitud fue presentada el 29 de mayo del presente año, y según la manifestación del Decano de la Facultad estaba previsto resolverla en 23 de julio siguiente, fecha para la cual fue convocado el Consejo, lo que soporta la conclusión del tribunal en el sentido de que no puede imputarse negligencia ni desconocimiento del derecho de petición.

7. En lo atinente a la supuesta violación del buen nombre por parte del Decano de la Facultad de derecho, no observa la Sala que en la comunicación dirigida al Subdirector Jurídico del ICFES hubiere incurrido en dicha conducta, pues lo que allí expresa es que en el reglamento de la Universidad Santo Tomás es falta grave que un estudiante incurra en

acciones consideradas delito, con lo cual la institución ejerce la autonomía que la ley le concede, y contribuye a la moralización del país.

Con esa afirmación no se le está poniendo en la picota pública, simplemente se le comunica a otra autoridad el criterio que la Universidad tiene sobre un hecho cierto, que choca contra el perfil ético que la Universidad aspira a que tengan sus egresados. Tampoco le asiste razón al recurrente en este punto.

8. Finalmente, si el demandante considera que el Decano de la Facultad incurrió en comportamientos que podrían dar lugar a la comisión de algún ilícito, la vía prevista por la ley para presentar ese tipo de quejas no es la tutela sino la denuncia ante las autoridades competentes, de modo que es ante ellas que debe acudir.

En atención a lo dicho se confirmará el fallo de fecha julio 23 del presente año, mediante el cual el Tribunal de Bucaramanga denegó las pretensiones del accionante.

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 impugnado.

2. En firme esta decisión remítase el asunto a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

3. Notifíquese de conformidad con lo dispuesto en el artículo 30 del Decreto 2591 de 1991 y cúmplase.

Jorge Enrique Córdoba Poveda, Fernando E. Arboleda Ripoll, Ricardo Calvete Rangel, Carlos Augusto Gálvez Argote, Jorge Aníbal Gómez Gallego, Edgar Lombana Trujillo (sin firma), *Carlos E. Mejía Escobar, Didimo Páez Velandia, Nilson Pinilla Pinilla*

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria

DEBIDO PROCESO: la simple vulneración de los plazos dispuestos en la ley no constituye desconocimiento del derecho.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Santafé de Bogotá, D. C., ocho (8) de septiembre de mil novecientos noventa y ocho (1998).

Magistrado Ponente: Dr. *Carlos Augusto Gálvez Argote*

Radicación No. 4796

Aprobado Acta No. 135

VISTOS

Decide la Corte los recursos de apelación interpuestos por la accionante María Diosila Cerquera de Molano y el doctor Manuel Bernal Parra en su calidad de Fiscal Seccional 201, contra el fallo proferido por el Tribunal Superior de esta ciudad el 24 de julio del año en curso, mediante el cual tuteló el derecho al debido proceso presuntamente vulnerado por este funcionario judicial dentro de las diligencias preliminares 329645, en las cuales aquélla actuara como denunciante.

FUNDAMENTOS DE LA ACCIÓN

Sostiene la accionante que formuló denuncia penal contra su hermana Amira Cerquera de Suaza, por no cumplir la orden emitida por el Juzgado 15 de Familia mediante auto del 23 de junio de 1997 dentro del proceso de interdicción judicial adelantado a su señora madre Emilia Rodríguez de Cerquera, para que "en forma estricta e inmediata" hiciera entrega de los dineros que poseía de propiedad de aquella, merced a la administración de sus bienes, la cual correspondió al Fiscal Seccional 201, doctor Manuel Bernal Parra, quien "mediante resolución inhibitoria de data 24 de octubre de 1997, pretendió poner fin a la fase preprocesal", habiendo interpuesto contra dicha determinación los recursos de reposición y subsidiariamente apelación por escrito presentado el 20 de noviembre posterior.

El 12 de diciembre el Fiscal se pronunció manteniendo su decisión inhibitoria y remitiendo en consecuencia el asunto ante el superior, quien

la revocó, razón por la cual otorgó poder a un abogado para constituirse en parte civil, demanda que fue presentada el 28 de mayo del año en curso, sin que se hubiese admitido, según constancia secretarial del 2 de junio por encontrarse las diligencias en preliminares.

Con base en estos antecedentes y acusando la vulneración de los artículos 29.1 y 249 y ss. de la Constitución Política, como también el artículo 324.1 del C. de P.P., sostiene la accionante que resultaba imperativo para el Fiscal accionado, en estricta sujeción al debido proceso, una vez vencido el término de duración de la investigación previa, pronunciarse en el sentido de abrir investigación o inhibirse de hacerlo, pero como sea que optó por esta última determinación pero la misma fue revocada, sin que el superior consecuentemente diera formal inicio al proceso por carecer de competencia, este era un proveído que estaba forzado a emitir el a quo, pues lo contrario significaría un típico desacato al superior, como el que se ha propuesto denunciar penalmente ante la justicia.

Con base en lo anterior, solicita le sea tutelado el derecho al debido proceso y se ordene en forma inmediata al Fiscal accionado proceda a abrir la respectiva investigación.

El Fallo del Tribunal

El Tribunal Superior dispuso efectivamente el amparo del derecho al debido proceso de la accionante, ordenando al Fiscal demandado que dentro del término de 48 horas se pronunciara decretando la apertura investigativa o resolución inhibitoria, con fundamento en los siguientes motivos:

Advierte en primer término el *a quo*, que la protección al debido proceso solicitada lo es sobre la base de que habría incurrido el Fiscal accionado en "excesiva demora" en el trámite de investigación previa, para lo cual toma a partir de la fecha de presentación de la denuncia la secuencia de la actuación procesal cumplida, cuya síntesis resulta determinante conocer y que se concreta en los términos siguientes:

"De la revisión de las fuentes probatorias, allegadas dentro del trámite de la acción extraordinaria, se establece que se formuló la denuncia el 27 de Agosto de 1997 -fl. 20-, avocando el conocimiento el Dr. Manuel Bernal Parra, Fiscal 201 y disponiendo la investigación previa en auto de Septiembre 15 de dicho año, se amplió la denuncia el 20 de octubre de 1997 fls. 25 y 28-, a fls. 38, 39 y 40 se observan los autos del Juzgado 15 de Familia, fechados en noviembre 15 de 1995 y 4 de septiembre de 1996, que decretaron la interdicción provisoria de la señora Emilia Rodríguez de Cerquera y nombramiento como curadora de la presunta interdicta a María Diostla Cerquera de Molano y en auto de junio 23 de 1997 el citado Juzgado 15 de Familia -fl. 42- dispuso requerir a la señora Amira Cerquera de Suaza, "para

que en forma estricta e inmediata haga entrega de los dineros que posea la señora Emilia Rodríguez de Cerquera"; en auto de octubre 24 de 1997 el Dr. Manuel Bernal Parra -fls. 43 a 45-, dictó resolución inhibitoria, decisión que no repuso en proveído de diciembre 12 de 1997, concediendo el recurso subsidiario de apelación -fls. 49 a 51- y que fue desatada (sic) por la Unidad Delegada ante los Tribunales de Santafé de Bogotá, D. C. y Cundinamarca el 6 de Marzo de 1998 -fl. 66 a 69- revocándola y ordenando que continuara la investigación previa practicando "las diligencias sugeridas y propias de la naturaleza del delito por investigar", habiendo acotado sobre este tema en la parte motiva: "4.4. Como se observa que a la investigación previa no se le imprimió ningún impulso procesal tendiente a establecer en primer término, si la resolución judicial se encontraba ejecutoriada o no, si el Juez acudió a sus poderes disciplinarios y si a pesar de ello la renuencia se hizo palpable, es obvio que la resolución inhibitoria será revocada para que dentro de esta actuación preliminar con la dinámica propia de la naturaleza del delito a investigar se acrediten esos factores y se proceda ulteriormente a valorar si amerita la apertura de la respectiva investigación, incluso, escuchando en versión a la sindicada". El Dr. Manuel Bernal Parra, en auto de 19 de marzo de 1998, obedeciendo lo resuelto por su superior jerárquico y prosiguiendo en el adelantamiento de indagación preliminar, ordenó oficiar al Juzgado 15 de Familia y oír en versión libre a la señora Amira Cerquera de Suaza, señalando como fecha el 7 de abril de 1998 a partir de las 8 a.m. -fl. 60-, a folio 61 figura auto de mayo 29 de 1998 recabando en la versión libre de Amira para el 16 de junio a las 2 p.m., la que efectivamente ocurrió en esta fecha -fl. 63-.".

Con base en la anterior secuencia cronológica de lo actuado, estima el Tribunal que el diligenciamiento ha permanecido durante 10 meses en el estadio de investigación previa, sin que se justifique "el transcurso de este lapso sólo para ampliar la denuncia de María Diosilia Cerquera de Molano, oír en versión libre a la denunciada Amira Cerquera de Suaza y oficiar al Juzgado 15 de Familia", máxime cuando la versión libre se tardó en recepcionar 3 meses.

Como quiera que no se observa justificación alguna para que se hubiese superado el término máximo de dos (2) meses que para el adelantamiento de la averiguación preliminar señala el artículo 324 del C. de P.P., esta circunstancia desemboca para el fallador *a quo* "en ofensa al derecho constitucional fundamental del debido proceso", ante lo cual procede a su amparo, ordenando se emita el pronunciamiento dentro de los extremos que posibilita la disposición en cita.

IMPUGNACIÓN

No obstante compartir la decisión del Tribunal en cuanto a la salvaguarda del debido proceso, la accionante manifiesta su inconformidad

con el fallo en relación con el sentido de la orden dada, pues en su criterio lo pertinente era disponer que se declarara abierta la investigación, como esta debió ser la determinación del Fiscal de segunda instancia en su oportunidad, en la medida en que los términos para el adelantamiento de la indagación preliminar estaban más que vencidos, en este sentido solicita se modifique la sentencia impugnada.

Para el Fiscal 201 accionado, el trámite que se viene dando a las diligencias previas 329645, es el que legalmente corresponde, dentro de "las posibilidades reales y materiales de términos", como que la decisión inhibitoria inicialmente adoptada lo fue el 24 de octubre de 1997, es decir, antes de dos meses de formulada la respectiva denuncia.

Al margen de lo anterior, debe tenerse en cuenta que con posterioridad a dicho proveído, se surtieron los recursos de reposición y apelación impetrados y que este último lo fue en el efecto suspensivo, por lo que solo cuando regresó el expediente se ordenaron las pruebas sugeridas por el *ad quem*.

Al respecto enfatiza el accionado en que, de una parte, no ha existido "hasta la fecha de estos trámites de tutela...respuesta clara en la medida en que el proceso de interdicción de Emilia Rodríguez de Cerquera, desde el mes de noviembre de 1997 se encuentra en la Sala de Familia del Tribunal Superior de este Distrito Judicial, surtiendo el trámite de la consulta", y de otra, que si bien la versión libre de la sindicada no se efectuó tan pronto regresaron las diligencias de la segunda instancia, esto se debe al hecho de que aquélla no se presentó el día 7 de abril de los corrientes para el cual fue citada, sino hasta la segunda oportunidad, esto es, el 16 de junio.

Solicita, en consecuencia de lo anterior, la revocatoria del fallo impugnado.

CONSIDERACIONES

1. Siendo la administración de justicia una función pública a la que tiene acceso por derecho propio toda persona en procura de la solución de sus conflictos jurídicos o de intereses, lo consecuencialmente exigible al Estado es que la intervención de los funcionarios judiciales sea expedita y cumplida, adoptándose las decisiones correspondientes dentro de los términos señalados en la ley, pues la jurisdicción no realizaría aquellos fines consecuentes con su teleológico sentido, si las controversias se prolongan indefinidamente en el tiempo.

2. Sin embargo, en la noción propia que importa al verdadero contenido del acceso a los tribunales por cualquier persona, está dada no solamente la material posibilidad de acudir ante los jueces, sino de obtener un desenlace de las disputas legales dentro de las oportunidades en que

esto resulta materialmente factible, tomando como necesaria referencia para dicho logro los términos señalados en la ley, pero sin que ellos por sí mismos puedan crear un supuesto temporal que sea inexorablemente suficiente para asegurar el propósito de la justicia, como no fuera desconociendo la realidad social, jurídica y cultural dentro de la cual se impone la aplicación de las normas, y sin que, desde luego, en tales condiciones se pueda forzar a los funcionarios judiciales a modificar los presupuestos que le ofrece dicho contexto para cumplir con lo imposible, mucho menos cuando una pretensión semejante se hace viable a través de la imposición de un determinado pronunciamiento por parte de los jueces de tutela, bajo el supuesto de que la simple superación de los términos legales constituye por sí misma y sin más, consideraciones, la vulneración del debido proceso.

3. En el presente caso, como fundamento del Tribunal de instancia para la tutela del derecho al debido proceso, básicamente parte de considerar que transcurrieron 10 meses a partir de la presentación de la denuncia por parte de la accionante y que el asunto todavía permanecía en la etapa previa investigativa, siendo que el artículo 324 del C. de P.P. dispone de un período máximo de dos (2) meses para entrar a definir sobre la apertura de proceso penal o la determinación inhibitoria.

4. Esta manera de observar la actuación cumplida dentro de las diligencias previas 329645, resulta verdaderamente sesgada, imprecisa y poco seria, toda vez que obvia tomar en cuenta, pese a concretar los distintos estancos procesales en que la averiguación se ha venido adelantando y el desarrollo mismo en que por intervención de la denunciante y de la segunda instancia, a ella le fuera dada.

5. En efecto, de acuerdo con las copias que de dicha actuación reposan en estas diligencias y que pese a lo anotado el Tribunal sintetiza en la sentencia, se conoce que la señora María Diosila Cerquera de Molano formuló contra su hermana Amira Cerquera denuncia penal el 27 de agosto de 1997, avocándose conocimiento por el Fiscal 201 accionado el 15 de septiembre posterior, ordenando que en forma inmediata se citara para ser escuchada en ampliación a la quejosa y se oficiara al Juzgado 15 de Familia, inquiriéndosele sobre el proceso interdictivo que allí se adelantaba contra la señora Emilia Rodríguez de Cerquera, como también el fundamento probatorio demostrativo de la sustracción de dinero por parte de Amira y específicamente en qué consistió la orden que le fuera dada a ésta y el estado de dicho proceso.

Habiéndose obtenido respuesta por parte de la Juez de Familia y escuchada el 20 de octubre de 1997 la ampliación de denuncia, el Fiscal accionado profirió la respectiva resolución inhibitoria el día 24 posterior, al considerar que el hecho impulado carecía de relevancia para el derecho penal, es decir, que era atípico.

Como esta decisión fuera impugnada el 20 de noviembre posterior, se pronunció negando la reposición propuesta el día 12 de diciembre para conceder inmediatamente la apelación que en subsidio se impetrara, la cual hubo de ser desatada casi tres meses después, es decir, hasta el 6 de marzo del año en curso, advirtiéndose por el Fiscal de segunda instancia la necesidad de practicar algunas pruebas, entre las que destacó con miras a decidir si se ameritaba la apertura de investigación o no, obtener mayor información por parte del Juez de Familia en el asunto que motivara la denuncia penal y escuchar en versión libre a la sindicada.

Regresado el proceso ante el Fiscal de primer grado, el 19 de marzo dispuso cumplir con lo resuelto por el *ad quem*, decretando mediante resolución de esa fecha las pruebas allí sugeridas y como no se obtuviera la información requerida al Juzgado 15 de Familia y tampoco la comparecencia de la denunciada, insistió nuevamente en el recaudo de tales elementos de persuasión en proveído del 29 de mayo, al tiempo que respondía un escrito de la quejosa mediante el cual otorgaba poder a un abogado para constituirse en parte civil y la demanda presentada, en el sentido de que no resultaba en manera alguna oportuna su admisión por estar las diligencias aún tramitadas en preliminares.

Finalmente y sin que se obtuvieran datos concretos por parte de la Juez de Familia en razón a que el asunto se encontraba en consulta ante el Tribunal, fue finalmente escuchada sin el apremio del juramento Amira Cerquera el 16 de junio pasado.

6. Una cuidadosa observación de la secuencia que ofrecen las distintas alternativas que se han presentado en desarrollo de la actuación cumplida en el asunto cuya mora se afirma, indefectiblemente permite descartarla de inmediato, pues ni siquiera resultaría admisible sostener que exista propiamente un retardo y que el mismo debiera justificarse, ya que el decurso de lo preliminarmente adelantado y en las oportunidades en que se ha hecho, es consecuente con las posibilidades que el propio diligenciamiento ha dado, más aún si se tiene en cuenta que, desde luego, no se trata del único proceso al que tenía que imprimírsele impulso procesal.

7. De ahí que resulte inusitado, que se ampare el debido proceso en un trámite que ha tenido un adecuado desenvolvimiento dentro de parámetros perfectamente normales, más aún cuando esta decisión se ha tomado imponiéndole al Fiscal accionado que proceda a resolver sobre la apertura o inhibitorio de una investigación dentro de la cual no se ha agotado el mínimo de fundamentos necesarios ordenados por el *ad quem* para una tal determinación, pues oportuno es señalar que tanto daño le hace a la administración de Justicia una injustificada dilación de los términos procesales, como riesgoso lo es aún más forzar un pronunciamiento en forma precipitada por la simple vulneración de los plazos dispuestos

en la ley y censurable que esta orden se imparta pretextando una mora inexistente, pues como se ha insistido en múltiples oportunidades por la Sala, es la conducta del funcionario reveladora de una verdadera denegación o renuencia en la administración de justicia, que por ser por tal modo manifiesta e injustificada, lo que propiciaría acudir a la acción de tutela.

Por consiguiente, se revocará la decisión de instancia, para en su lugar denegar el amparo demandado por la accionante.

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:

1. Revocar la sentencia de tutela proferida por el Tribunal Superior de esta capital el 24 de julio del año en curso, para en su lugar Denegar el amparo propuesto.

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.

Jorge Enrique Córdoba Poveda, Fernando Arboleda Ripoll, Ricardo Calvete Rangel, Carlos Augusto Gálvez Argote, Jorge Aníbal Gómez Gallego, Edgar Lombana Trujillo, Carlos Eduardo Mejía Escobar, Didimo Páez Velandia, Nilson Pinilla Pinilla.

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

LEGITIMACION ADJETIVA EN TUTELA: el portador de licencia temporal vigente no está legitimado para intervenir como representante legal en ésta acción (artículo 229 Constitución Política) Lo procedente ante este evento es el rechazo de la demanda/ **NULIDAD EN TUTELA:** la falta de legitimación adjetiva del portador de licencia temporal es causal para decretar la nulidad.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Santafé de Bogotá, D. C., septiembre ocho (8) de mil novecientos noventa y ocho (1998).

Magistrado Ponente: Dr. *Nilson Pinilla Pinilla*

Radicación No. 4799

Aprobado Acta No. 135

ASUNTO

Debería proceder la Corte a decidir la impugnación interpuesta por Pilar Yamile Cifuentes Rodriguez contra la providencia de fecha 6 de agosto de 1998, mediante la cual la Sala Penal del Tribunal Superior de Cundinamarca tuteló el derecho de petición invocado y denegó otros, si no se observara la presencia de una nulidad.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

El señor Francisco Javier Palacio López otorgó poder para que se instaurara una acción de tutela, en protección de algunos derechos fundamentales que consideraba violados. La apoderada presentó la demanda ante el Tribunal Superior de Cundinamarca, Sala Penal y la Magistrada a quien le correspondió la sustanciación, subsanado un requerimiento previo, dispuso iniciar el trámite respectivo, sin advertir que la mandataria no estaba habilitada para actuar en ese asunto.

Según se aprecia en las diligencias notariales de autenticación (fls. 1 v. y 6 v.), en el poder (fl. 1), en el libelo inicial (fls. 3 y 6) y en la impugnación que anunció sustentaria ante la Corte (fl. 24), quien impetra a nombre de Francisco Javier Palacio López, "abogada en ejercicio" Pilar Yamile Cifuentes, posee licencia temporal vigente hasta el 20 de diciembre de 1998, expedida por el Tribunal Superior de Santafé de Bogotá.

El artículo 86 de la Constitución permite que se acuda a la tutela a nombre de otro y el Decreto 2591 de 1991 posibilita actuar "a través de representante", presumiendo auténticos los poderes y acepta que se agencien derechos ajenos "cuando el titular de los mismos no esté en condiciones de promover su propia defensa" (art. 10). Nada se indica acerca de quien puede oficiar como "representante" razón por la cual, no siendo éste un caso de persona jurídica, minoridad u otra forma de incapacidad, es indispensable acudir a los postulados generales contenidos en la normatividad vigente.

El artículo 229 de la Carta Política preceptúa que toda persona tiene derecho a acceder a la administración de justicia y la ley indicará en que casos podrá hacerlo sin la representación de abogado. En consecuencia, el constituyente consagró como regla general que el representante en una acción judicial, como es la tutela, debe contar con dicho título profesional.

El Decreto 196 de 1971, estatuto básico del ejercicio de la abogacía, dispone en su artículo 3°: "Es abogado quien obtiene el correspondiente título universitario de conformidad con las exigencias académicas y legales".

Este abogado titulado podrá ejercer la profesión sin restricciones ante todos los funcionarios judiciales y corporaciones del país. En cambio, la persona que ha terminado y aprobado los estudios reglamentarios de derecho en una universidad oficialmente reconocida, pero no ha obtenido el título respectivo.podrá ejercer la profesión hasta por dos años improrrogables, a partir de la fecha de terminación de sus estudios, previo el otorgamiento de licencia temporal, pero limitado a los siguientes asuntos (arts. 31y 32 ib.):

"a. En la instrucción criminal, y en los procesos penales, civiles y laborales de que conozcan en primera o única instancia los jueces municipales o laborales, en segunda los de circuito ...

b. De oficio, como apoderado o defensor, en los procesos penales en general, salvo para sustentar el recurso de casación, y

c. En las actuaciones y procesos que se surtan ante los funcionarios de policía."

De tal manera, la apoderada del accionante, portadora de licencia temporal vigente hasta el 20 de diciembre de 1998, no estaba habilitada legalmente para ejercer la profesión en acciones de tutela, institución constitucional a la cual se puede acudir por sí mismo, sin ser abogado y sin apoderado (inc. 2° art. 14 D. 2591/91), donde, por el contrario, no se previó que el representante judicial esté exceptuado de cumplir los requisitos generales exigidos por la Constitución y las leyes para el desempeño profesional.

En dichas condiciones, la actuación realizada por el Tribunal está viciada a partir del auto de fecha 28 de julio de 1998, mediante el cual se admitió la acción incoada con ilegitimidad de personería, lo cual conduce a que se declare la nulidad de lo actuado, con excepción de los medios de comprobación acopiados, y a que se rechace 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. Declarar la Nulidad de lo actuado a partir del auto de fecha 28 de julio de 1998, inclusive, preservando su validez los medios de comprobación allegados.

2. Rechazar la presente acción de tutela, por carecer de personería quien la interpuso.

Cópiese, comuníquese y cúmplase.

Jorge Enrique Córdoba Poveda, Fernando E. Arboleda Ripoll, Ricardo Calvete Rangel, Carlos A. Gálvez Argote, Jorge A. Gómez Gallego, Edgar Lombana Trujillo, Carlos E. Mejía Escobar, Didimo Páez Velandia, Nilson E. Pinilla Pinilla.

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria

IMPUGNACION EN TUTELA: el término para sustentar la impugnación es de tres (3) días posteriores a la notificación del fallo, el escrito presentado con posterioridad es extemporáneo/ DEBIDO PROCESO: es improcedente la acción de tutela contra providencias judiciales (Reiteración).

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Santafé de Bogotá D. C., ocho de septiembre de mil novecientos noventa y ocho.

Magistrado Ponente: Dr. *Carlos Augusto Gálvez Argote*

Radicación No. 4801

Aprobado Acta No. 135

VISTOS

Decide la Sala la impugnación interpuesta por el ciudadano Nelson Ayala Ospina contra el fallo de tutela proferido el 4 de agosto del año en curso, por el Tribunal Superior de Ibagué, en el que se le negó el amparo a los derechos a la igualdad, debido proceso y al trabajo, presuntamente vulnerados por una Sala Civil de decisión de esa misma corporación, la Alcaldía y el Concejo Municipal de Honda y el Banco Central Hipotecario.

LA ACCIÓN

Actuando en su propio nombre, el señor Ayala Ospina interpuso acción de tutela contra las entidades arriba mencionadas por considerar que sus actuaciones vulneran sus derechos fundamentales a la igualdad, debido proceso y trabajo, por hechos que datan de 1989.

Así, manifiesta entonces el accionante que desde hace más de 20 años es comerciante de productos alimenticios y veterinarios para animales, actividad que ejerce en el municipio de Honda en la calle 13 Nos. 13-34/ 36-42-46.

Explica a continuación que con ocasión de la tragedia producida con la erupción del volcán Arenas del Nevado del Ruiz, ocurrida en diciembre de 1985, las zonas ribereñas del río Guali, afectadas por el fenómeno

natural, fueron declaradas de desastre no obstante que no todas habían sufrido daño y entre ellas se encuentra un predio de su propiedad, el cual se vio obligado a vender al precio que estipuló el Gobierno, negociación que llevó a cabo con el Banco Central Hipotecario, que para esos efectos actuaba en calidad de Fiduciario del Estado en el manejo de los dos mil millones de pesos ($2.000.000.000,oo) que se le entregaron al municipio de Honda a efectos de que se auxiliara a las personas damnificadas, y a pesar de que la Alcaldía y el Concejo Municipal habían acordado en reubicarlos y de que "las circunstancias que se tuvieron en cuenta para hacernos vender, esto es, que estábamos ubicados en zona de riesgo por ser las riveras del río Gualí, por donde precisamente había pasado la avalancha que produjo el deshielo del Nevado del Ruiz a raíz de la erupción del volcán Arenas, sin que mediara ninguna condición natural que cambiara el estado o el medio ambiente, sin que fenómeno (sic) de la naturaleza produjera ningún nuevo cambio, el fideicomisario optó por vender nuevamente los inmuebles que antes habían comprado por hallarse en zona de alto riesgo", sólo fueron reubicados unos pocos, a pesar de las constantes solicitudes al respecto, "pues el presupuesto no les alcanzó".

Así, en el año de 1991, cuando se venció el plazo establecido para cumplir el objeto de la Fiducia, esto es, terminaron sus funciones y el propio banco ofreció la renuncia a su gestión, y no obstante el incumplimiento de los decretos expedidos por el Gobierno Nacional y los acuerdos municipales para tales efectos, el Fideicomitente inició en su contra, ante el juzgado Civil del Circuito de Honda, un proceso de entrega del inmueble, cuya demanda fue admitida el 21 de abril de 1995, luego de lo cual designó apoderado a través del cual propuso como excepción la de la nulidad absoluta del contrato, pues, en su criterio el objeto del mismo era ilícito ya que no se daban las condiciones de riesgo y/o amenaza que lo conminaron a recibir por su predio un precio inferior al real y que demostraba con una inspección judicial que se llevó a cabo en el mencionado terreno, la oferta de venta que el Fiduciario le hizo a él en 1989 sin que hubiese ocurrido nada extraordinario para que la zona dejara de ser de riesgo, el Decreto 3406 de 1985, el contrato de fiducia, la escritura pública No. 2069 sobre la venta que hiciera Nelson Ayala al Banco Central Hipotecario, la proposición No. 023 emanada del Concejo Municipal determinando el estricto cumplimiento del Acuerdo 09 del 20 de mayo de 1989, la aceptación de la oferta de parte del aquí accionante, la escritura pública No. 351 por medio de la cual el Banco Central Hipotecario a su vez vende una propiedad que había comprado por encontrarse en zona de alto riesgo.

También, dice, propuso como excepción la nulidad relativa del contrato, por vicios en el consentimiento del vendedor, consistentes en violencia y error, pues se le coaccionó moralmente para que vendiera y la de mora

del demandante, puesto que no se había cumplido con la promesa de la reubicación en la nueva zona comercial.

Con todo lo anterior, mediante sentencia del 17 de mayo de 1996, el Juzgado Unico Civil del Circuito de Honda, negó las pretensiones del demandante por ilegitimación en causa al haberse extinguido el plazo del contrato de Fiducia. Dicho fallo fue recurrido en apelación por el actor y resuelto por una Sala de decisión civil del Tribunal de Ibagué revocando la decisión del *a quo*, al estimar que el demandante si estaba legitimado para actuar y que las excepciones propuestas por el demandado no fueron demostradas, condenándolo a entregar el inmueble, en donde, dice, ha desarrollado toda su vida familiar y comercial.

Tal decisión, a juicio del accionante, incurre en errores de hecho, "pues no se tuvieron en cuenta pruebas realmente existentes, se omitió su valoración para darles el sentido y alcance que les correspondía, procurando de esta manera violar la ley sustancial de manera directa.".

De esta manera, pasa a exponer los argumentos jurídicos, que a su criterio, demuestran que las razones y las normas en que se basó el Tribunal para revocar la sentencia que le había sido favorable en primera instancia, son equivocados y por ende, se cometió con él una injusticia en detrimento de los derechos fundamentales cuya lesión denuncia, concluyendo finalmente, que no obstante tratarse de una tutela contra sentencia, es procedente su estudio por haberse interpuesto dentro de los 60 días siguientes a su ejecutoria, "pues que en mi caso particular, la sentencia se remite a dar cumplimiento a lo dispuesto por los arts. 337 a 339, según el art. 417 inc. 5°, y en la actualidad estamos en dicho trámite, al punto que está pendiente de resolver un recurso de apelación interpuesto contra la orden de entrega, de donde se deduce que aún existen providencias por dictarse y, de contera, falta, pues la última que ponga fin al proceso.".

Solicita en consecuencia, el amparo de sus derechos, disponiéndose la suspensión provisional de la orden de entrega.

El Fallo

Por considerar que ningún derecho fundamental del accionante aparece como lesionado por parte de los demandados por esta vía y que lo pretendido es suscitar una tercera instancia inadmisible, pues la tutela está dirigida contra una sentencia judicial proferida dentro de un proceso civil que culminó luego de agotadas legalmente sus etapas y sin desconocimiento de los derechos de ninguno de los sujetos procesales, el Tribunal denegó por improcedente el amparo solicitado.

En el acto de notificación el accionante anotó la palabra "apelo" sin que manifestara de ningún modo las razones de su inconformidad.

CONSIDERACIONES

1°. Es lo primero precisar, que si bien el accionante expresó oportunamente su inconformidad con el fallo, pues en el acto de notificación ocurrido el 5 de agosto del año en curso, anotó la palabra "apelo", habiendo allegado a esta Corporación solo hasta el día 20 del mismo mes el memorial sustentatorio, esto es, fecha en que se recibió el proceso en la Secretaría de la Sala para el trámite de la impugnación, no se tendrá en cuenta dicho escrito, puesto que la oportunidad para ello se agotó dentro del término de ejecutoria del fallo de primer grado.

Lo anterior, por cuanto si bien la acción de tutela se caracteriza por su informalidad, ello no significa que los diferente sujetos procesales que en ella intervienen estén relevados de acatar las disposiciones procedimentales de dicha acción constitucional contenidas en el Decreto 2591 de 1991, en el cual se establece claramente el término dentro del cual es posible impugnar el fallo de primera instancia, que no es otro que el de tres días siguientes a la notificación del fallo, sin que sea admisible que quien impugne se arrogue la posibilidad de sustentarlo con posterioridad, pues el hecho de presentar la impugnación no implica en modo alguno la facultad de diferir al arbitrio del impugnante su fundamentación o adición.

Además, porque de conformidad con lo dispuesto en el artículo 32 del Decreto 2591, los 20 días de que dispone el superior jerárquico a partir de la fecha en que recibe el expediente, que en este caso lo fue el día 21 de agosto pasado, lo son para proferir sentencia de segunda instancia debiendo tener en cuenta para ello el contenido de la impugnación - la interpuesta oportunamente ante el juez de primer grado -, el acervo probatorio y el fallo, sin perjuicio de que durante ese lapso pueda ordenar la práctica de pruebas. Lo contrario, esto es, que en cualquier momento, incluso hasta antes de proferirse la decisión por medio de la cual se resuelve la impugnación, sea permitida su sustentación no es más que el desconocimiento de la ley en desmedro de la competencia del Juez, quien quedaría supeditado a la voluntad impredecible del recurrente de adicionar o presentar sus alegaciones. Por ende, cualquier escrito sustentatorio presentado por fuera del término de ejecutoria debe tenerse como extemporáneo.

2°. Ahora bien, en el asunto que es objeto de esta tutela, bien puede afirmarse, que a juzgar por la solicitud que hace el accionante de suspender los efectos una sentencia judicial proferida por el juez competente, esta acción constitucional es, a no dudarlo, improcedente. Además, no concreta en su escrito y de él tampoco puede deducirse en qué consiste la acción u omisión en que incurrieron, de un lado la Alcaldía y el Concejo municipal de Honda en contra de sus derechos constitucionales, y de otro, esto es, en lo que tiene que ver con la acción dirigida contra el Banco Central Hipotecario, es claro, que todo se reduce a la decisión del Tribu-

nal en favor de las pretensiones del ente financiero como demandante dentro de dicho proceso.

En efecto, aún desde antes de la inexequibilidad de los artículos 11, 12 y 40 del Decreto 2591 de 1991, declarada por la Corte Constitucional en sentencia C. 543 del 1° de octubre de 1992, que hizo prevalecer la autonomía de los jueces en sus decisiones, cuyos efectos de cosa juzgada constitucional imponen su obligatorio acatamiento, ya esta Sala se había pronunciado en el sentido de descartar, en razón de su improcedencia, la acción de tutela contra las decisiones de los jueces.

3. Además, como lo sostuviera el *a quo*, no es la tutela un recurso alternativo a los que pueden ejercerse en las instancias propias del juez natural, pues no tiene la virtud de desplazar ni mucho menos sustituirlo, pues la informalidad que caracteriza este mecanismo de acceso a la justicia no puede confundirse, como desafortunadamente ha venido sucediendo, con un ejercicio libre de cuestionamientos o manifestación de inconformidades frente a determinado asunto sin consultar las finalidades propias de esta acción, ni mucho menos tener en cuenta que es de su esencia la residualidad ya que habiéndose previsto de manera exclusiva por el constituyente como un instrumento eficaz para hacer cesar las vulneraciones o las amenazas a los derechos fundamentales por los servidores públicos o los particulares en los casos expresamente señalados en su Decreto reglamentario, no puede, en modo alguno, valerse del juez constitucional para que haga las veces de árbitro en el asunto objeto del litigio, estableciendo si la mejor argumentación frente a determinado tema propio de cada proceso, es la del funcionario competente o la del accionante.

4. En el caso de estudio, que so pretexto de la denuncia de la vulneración de varios derechos fundamentales, pretende el petente, no solo la indebida suspensión de un fallo que fue recurrido en apelación por él mismo, sino que se le otorgue la razón en la interpretación que tiene de las normas pertinentes, desconociendo que no es función del juez de tutela imponer su criterio jurídico o valorativo de los medios de prueba, al juez natural frente a las decisiones que por la competencia asignada por la ley debe tomar, pues ello equivaldría a desplazarlo o a sustituirlo en las funciones que le son propias.

Por estas razones entonces, deberá confirmarse 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:

1. Confirmar el fallo impugnado.

2. En firme esta determinación, envíense las diligencias a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

3. Notifíquese de conformidad con lo dispuesto en el artículo 30 del Decreto 2531 de 1991.

Jorge Enrique Córdoba Poveda, Fernando Arboleda Ripoll, Ricardo Calvete Rangel, Carlos Augusto Gálvez Argote, Jorge Aníbal Gómez Gallego, Edgar Lombana Trujillo, Carlos Eduardo Mejía Escobar, Didimo Páez Velandia [con salvamento de voto], *Nilson Pinilla Pinilla.*

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria

IMPUGNACION: es indispensable la sustentación como requisito de procedencia de la impugnación.

SALVAMENTO DE VOTO

Como en el presente caso no hubo sustentación de la impugnación, el suscrito Magistrado se permite salvar el voto a la providencia que sin dicho requisito revisó la actuación. Las razones son las que se 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 íd.:

" Presentada debidamente la impugnación..." (Cursiva 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" (Cursiva 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 exige 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 princi-

pios, 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 impugnaciones 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 informalidad 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 re-

chazada y remitirse la actuación a la Corte Constitucional para lo de su cargo".

Septiembre 14 de 1998

Didimo Páez Velandia, Magistrado

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria

INDEMNIZACION EN TUTELA: requisitos de procedencia.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Santa Fe de Bogotá, D. C., ocho (8) de septiembre de mil novecientos noventa y ocho (1998).

Magistrado Ponente: Dr. *Ricardo Calvete Rangel*

Radicación No. 4805

Aprobado Acta No. 135

VISTOS

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de Gabriel Bonilla Bohórquez contra la sentencia proferida por la Sala Penal del Tribunal Superior de Villavicencio en la acción de tutela interpuesta contra la Fiscalía General de la Nación, a quien se acusa de haber vulnerado al demandante el derecho al honor, la intimidad y la propia imagen consagrado en el artículo 15 de la C. N.

FUNDAMENTOS DE LA ACCIÓN

1. Contra el demandante se adelantó proceso penal por el delito de estafa en el Juzgado 11 de Instrucción Criminal, habiéndosele librado en dicha investigación orden de captura el 20 de diciembre de 1974, la que fue cancelada según constancia expedida por el Juzgado Promiscuo Territorial de San José del Guaviare de fecha 3 de septiembre de 1982 y del Juzgado Primero Penal del Circuito de Villavicencio de fecha 3 de agosto de 1976.

2. El C.T.I. de Acacías (Meta), el 31 de mayo de 1998, en el momento en que el actor se disponía a sufragar lo capturó y lo mantuvo privado de la libertad por más de tres horas hasta que constataron con el C.T.I. de Villavicencio que la orden de captura estaba cancelada. Aquellos explicaron que la retención se realizó porque el número de la cédula aparecía en el listado enviado por la Dirección Seccional del C.T.I. de Villavicencio de las personas que debían ser capturadas.

3. La entidad accionada, a través de su representante legal, doctor Alfonso Gómez Méndez, Fiscal General de la Nación, contestó la demanda solicitando se denegaran las pretensiones del accionante pues no era cierto

que la entidad hubiera obrado con base en la orden de captura por el delito de estafa sino dentro de las facultades ordinarias depolicía que le asiste al C.T.I. para verificar la situación judicial de las personas y en el caso del petente se hizo por el tiempo estrictamente necesario para establecer su relación jurídica en el proceso por homicidio en Ananías Cruz Cruz, pues en éste se le había proferido medida de aseguramiento consistente en detención preventiva, investigación que es adelantada en la Fiscalía 39 delegada ante los Jueces del Circuito de San Martín (Meta). Constatado que en esas diligencias se había decretado la nulidad de lo actuado y la cancelación de la orden de captura, se procedióa dejar en libertad al conducido.

4. Se afirma en el libelo petitorio que los hechos que generaron la presente acción de tutela le ocasionaron al libelista graves perjuicios de orden moral y material.

La Sentencia Impugnada

Las razones por las cuales el Tribunal decidió amparar los derechos del actor, fueron:

1. La retención de Gabriel Bonilla Bohórquez el 31 de mayo de 1998 por miembros del C.T.I. obedeció a la investigación por el delito de homicidio cursada en la Fiscalía 39 Seccional de San Martín y no por el delito de estafa, estableciéndose en la actuación que como consecuencia de la declaratoria de nulidad se canceló la orden de captura por ese delito desde el 30 de octubre de 1995, lo que se hizo saber desde esta misma fecha al C.T.I. de Villavicencio.

2. Al no existir orden de captura vigente para el 31 de mayo de 1998 en contra del demandante, irregular fue su retención, limitándose su libertad de desplazamiento y constituyendo esa acción de la autoridad una inoportuna intromisión en su intimidad personal, afectando su buen nombre del que goza en el entorno social en donde ocurrió el hecho.

3. La acción de la Fiscalía en el *sub judice* no respondió a la facultad expresa de policía de requerir a una persona para identificarla o confrontar sus antecedentes, sino a la consecuencia de su errónea información en sus archivos de la existencia de una orden de captura contra persona determinada cuando su situación jurídica ya había sido aclarada de tiempo atrás, desbordando con ello el mandato contenido en el artículo 28 de la C.N.

4. Aclara el *a quo* que a pesar de haberse certificado por la Fiscalía que en este momento no existe orden de captura vigente en contra de Gabriel Bonilla Bohórquez, ello no impide que sea necesario restablecer el derecho para que se corrija y/o sea anulada la información errónea que se

incluyó en el banco de datos del C.T.I. de Villavicencio en el asunto penal referenciado en esta acción.

5. No consideró procedente el Tribual ordenar la condena de perjuicios en abstracto, porque para la reclamación y tasación de los mismos puede el accionante acudir a la Jurisdicción Contencioso Administrativa.

La Impugnación

El apoderado del accionante apeló de la sentencia reclamando a esta Corporación la orden en abstracto para la demandada de pagar los perjuicios causados, con base en lo dispuesto por el art. 25 del Decreto 2591 de 1991. Argumenta que la decisión impugnada le impide la posibilidad de recibir el resarcimiento económico a pesar de la clara vulneración de los derechos constitucionales de su representado.

Para el recurrente "si prosperó la tutela por lo evidente de la omisión de la autoridad pública, era menester decretar 'in *genere*' la indemnización de los perjuicios ocasionados con la vulneración del derecho".

Consideraciones de la Sala

Importante resulta señalar que la inconformidad del apelante se dirige exclusivamente contra el numeral cuarto de la parte resolutiva de la sentencia proferida por el Tribunal de Villavicencio en la que se abstuvo de hacer condenación en perjuicios en contra de la Fiscalía General de la Nación por el amparo concedido. Delimitada así la impugnación, la Corte se ocupará del punto controvertido.

El artículo 25 del Decreto 2591 de 1991 faculta al juez de tutela para ordenar en abstracto la indemnización del daño emergente causado, pero para arribar a esta decisión, se deben cumplir los siguientes requisitos: a) La indemnización solamente es posible decretarla si se concede la tutela; b) Que la violación sea manifiesta y provenga de una acción arbitraria; c) Que el afectado no disponga de otro medio judicial para obtener el resarcimiento del perjuicio; y, d). Que la indemnización sea necesaria para asegurar el goce efectivo del derecho.

La indemnización por vía de tutela es excepcional. No es cierto que siempre que prospere la acción de tutela, como lo señala el censor, deba necesariamente el juez ordenar la indemnización en abstracto del perjuicio causado. Como quedó atrás anotado, ese es sólo uno de los varios presupuestos que debe darse para poder tomar esa decisión.

En el caso presente, existiendo otra vía judicial para hacer la reclamación como lo es la Jurisdicción Contencioso Administrativa, advertida en su momento en el fallo impugnado, y de otra parte, estima la Sala que no siendo menester esa imposición para el goce efectivo del derecho ampara-

do al demandante como lo requiere la norma, surge de bulto la no concurrencia de la totalidad de los presupuestos que exige el artículo 25 del citado decreto para hacer la declaración de condena que reclamael recurrente.

Con base en lo dispuesto por el artículo 22 del Decreto 2591 de 1991 no se considera necesario practicar la prueba solicitada por el recurrente en la sustentación del recurso.

Así las cosas, obró acertadamente el Tribunal al abstenerse de hacer condena en abstracto para el pago de perjuicios, careciendo de razón las alegaciones del impugnante, por lo cual se impartirá confirmación a la providencia recurrida.

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

RESUELVE:

1. Confirmar el fallo impugnado.

2. En firme esta decisión remítase el asunto a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

3. Notifíquese de conformidad con lo dispuesto en el artículo 30 del Decreto 2591 de 1991 y cúmplase.

Jorge Enrique Córdoba Poveda, Fernando E. Arboleda Ripoll, Ricardo Calvete Rangel, Carlos Augusto Gálvez Argote, Jorge Aníbal Gómez Gallego, Edgar Lombana Trujillo, Carlos E. Mejía Escobar, Dídimo Páez Velandia, Nilson Pinilla Pinilla.

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

DERECHO DE PETICION: vulnera el derecho la respuesta parcial de la autoridad.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Santafé de Bogotá, D. C., septiembre veintidós (22) de mil novecientos noventa y ocho (1998).

Magistrado Ponente: Dr. *Nilson Pinilla Pinilla*

Radicación No. 4859

Aprobado Acta No. 142

ASUNTO

Se procede a resolver la impugnación interpuesta por Dario Vargas Rios, Contralor Departamental del Valle del Cauca, contra la providencia del 25 de agosto de 1998, mediante la cual la Sala Penal del Tribunal Superior de Cali tuteló el derecho de petición.

FUNDAMENTOS DE LA ACCIÓN

El doctor Hoower del Río Vásquez manifiesta que, en calidad de apoderado de la ex alcaldesa de Buga, solicitó al Contralor Departamental copias de los actos administrativos mediante los cuales se dispuso reabrir dos investigaciones fiscales contra Gloria Stella Sánchez Sepúlveda, certificar el estado de los procesos e indicar los fundamentos fácticos y jurídicos para haber adoptado tales decisiones. La respuesta fue formal, pero materialmente no fue resuelta la petición, con lo cual se violó este derecho, el debido proceso, el de defensa y de contradicción.

EL FALLO IMPUGNADO

Con base en la información suministrada por el actor y la Contraloría Departamental del Valle del Cauca, la documentación anexada por ellos, la declaración del titular de ese despacho y la inspección judicial practicada a las investigaciones fiscales, el Tribunal consideró que la respuesta de la Contraloria Departamental no fue ceñida a la realidad pues tales investigaciones fiscales no fueron reabiertas, lo cual permite concluir la no vulneración de un debido proceso ni de los derechos de contradicción y defensa ante una actuación inexistente. Pero, tal respuesta inveraz cons-

tituye violación del derecho de petición, razón por la cual merece ser protegido mediante la tutela.

La Impugnación

El Contralor del Departamento del Valle del Cauca señala que la investigación DI - 035.97 no estaba archivada y las solicitudes del autor sobre los fundamentos jurídicos y fácticos del presunto acto administrativo son impropias y ha debido acudir a la justicia contencioso administrativa. Cuando se hizo referencia a investigaciones reabiertas, no se emplearon como expresiones jurídicas, sino a que la entidad adelantaba una investigación y otra la Fiscalía Seccional de Buga contra la ex alcaldesa. En consecuencia, pide revocar el fallo impugnado.

Consideraciones de la Corte

1. La acción de tutela es un mecanismo subsidiario y residual cuya aplicación debe guardar armonía con la normatividad constitucional y legal que lleva a la materialización del estado social de derecho consagrado en la Carta, para así proteger de manera efectiva los derechos fundamentales frente a su comprobada violación o amenaza por las autoridades públicas o por los particulares, en los casos establecidos en la ley, cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que sea ejercida como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

2. El derecho de petición consagrado en el artículo 23 de la Constitución Nacional es un derecho público y subjetivo de la persona para acudir ante las autoridades, o los entes particulares que señale la ley, y obtener pronta resolución a una solicitud o a una queja. No es un derecho a una decisión determinada.

No es conculcado el derecho de petición cuando la autoridad responde al peticionario, aunque la respuesta sea negativa, pues representa en sí misma, independientemente de su sentido, la satisfacción del derecho de petición.

3. En el caso concreto, el apoderado de Gloria Stella Sánchez Sepúlveda, por escrito, solicitó a la Contraloría Departamental lo siguiente: 1) Individualizar los actos administrativos que reabrieron las investigaciones fiscales D. I. 060/87 y D. I. 035/97. 2) Expedir copia de dichos actos. 3) Expresar el fundamento jurídico de las reaperturas. 4) Certificar el estado actual de esas investigaciones. 5) Señalar los fundamentos fácticos y jurídicos para hacer las aseveraciones publicadas en el diario "El País", el 4 y el 6 de julio de 1998.

El Contralor del Departamento del Valle en la contestación transcribe apartes de una providencia de la Corte Constitucional y dice:

"Frente a los cinco puntos señalados en su petición, se observa que todos están concatenados, y tienen que ver con casos reabiertos frente a procesos administrativos adelantados en el gobierno de la doctora Gloria Stella Sánchez Sepúlveda. En su momento, cuando el proceso lo amerite, se citarán a los funcionarios y ex-funcionarios que se requieran.

Aparte de lo anterior este derecho invocado carece de objeto de la petición, tal como lo establece el numeral 3, del artículo 5° del Código Contencioso Administrativo."

Basta confrontar los dos textos anteriores para observar que el órgano de control seccional no respondió apropiadamente. En ello menciona un aparente incumplimiento de uno de los requisitos de la petición, como es su objeto. Por tal se entiende lo que se solicita y el escrito del actor contiene cinco pedimentos. Escasamente deja entrever que adelanta dos reaperturas contra la ex alcaldesa y guarda silencio sobre los restantes puntos.

La manifestación estatal debe ser pertinente y un correlato de lo pedido, así no se acceda a lo solicitado. El pronunciamiento ha de guardar armonía y comprender la totalidad de lo inquirido, pues de lo contrario no se satisface el derecho de petición. La respuesta parcial implica la no contestación de la integridad de lo impetrado o de uno o varios aspectos que lo conformen, con lo cual se evidencia la vulneración.

Al menos cuatro de los puntos del libelo del apoderado de la ex alcaldesa de Buga, no fueron contestados. La Contraloría del Departamento del Valle del Cauca no se pronunció sobre la expedición de la certificación y las copias, además de guardar silencio sobre las otras dos solicitudes, en manifiesta oposición a lo dispuesto por el artículo 23 de la Constitución Política que consagra el derecho de los particulares de formular peticiones respetuosas a las autoridades y obtener pronta solución. Luego, debe confirmarse la decisión del Tribunal que amparó tal derecho y otorgó un plazo para la respuesta respectiva, independientemente de que sea negativa o positiva para el solicitante.

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 impugnado.

2. Ejecutoriada esta providencia, remítanse las diligencias a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

Notifíquese de conformidad con lo previsto en el artículo 30 del Decreto 2591 de 1991 y cúmplase.

Jorge Enrique Córdoba Poveda (sin firma), *Fernando E. Arboleda Ripoll, Ricardo Calvete Rangel, Carlos Augusto Gálvez Argote, Jorge A. Gómez Gallego, Edgar Lombana Trujillo, Carlos E. Mejía Escobar* (sin firma), *Didimo Páez Velandia, Nilson E. Pinilla Pinilla.*

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

INCIDENTE DE DESACATO: Es inadecuado e irrazonable presentar una acción de tutela contra la decisión que sanciona por desacato/ **GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA:** el trámite de consulta es el previsto en el artículo 52 del Decreto 2591 de 1991 no hay lugar a aplicar por interpretación extensiva el artículo 137 del Código de Procedimiento Civil.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Santafé de Bogotá, D. C., veintinueve (29) de septiembre de mil novecientos noventa y ocho (1998).

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

Radicación No. 4840

Aprobado acta N°145

VISTOS

Procede la Sala a resolver la impugnación que presenta el accionante Angel Ignacio Alvarez Silva contra la decisión del 20 de agosto de 1998, por medio de la cual el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cúcuta negó la tutela interpuesta contra el Juzgado Tercero Laboral y la Sala Laboral del Tribunal Superior de esa misma ciudad, por supuesta violación de sus derechos constitucionales.

ANTECEDENTES Y FUNDAMENTOS DE LA ACCIÓN

1. El aspecto fáctico puede sintetizarse de la siguiente manera:

Mediante determinación fechada el 6 de febrero de 1996, el Juzgado Tercero Laboral de la ciudad de Cúcuta tuteló los derechos de varios pensionados de la empresa Minas Maturín Ltda., quienes reclamaban la cancelación de las mesadas atrasadas correspondientes a algunos meses de los años de 1995 y 1996. En esta determinación, no sólo se ordena dicho pago sino, también, que en lo sucesivo se cancelen tales prestaciones dentro de los 15 primeros días de cada mes. Tal orden tiene como destinatario al Representante Legal de la empresa minera, doctor Angel Ignacio Alvarez Silva.

La segunda instancia fue tramitada ante el Tribunal Superior de Cúcuta, corporación que mediante decisión del 1° de marzo de 1996 confirmó íntegralmente la decisión del *a quo*, que no fue objeto de revisión por parte de la Corte Constitucional.

Mediante determinación del 17 de marzo de 1997, el propio Juzgado Tercero Laboral decidió, luego del trámite de rigor, sancionar por desacato al Representante Legal de la Sociedad, Angel Ignacio Alvarez Silva, con multa equivalente a 5 salarios mínimos legales mensuales vigentes, a raíz del demostrado incumplimiento de la orden de tutela. Así mismo, dispuso la compulsación de copias ante la Fiscalía General de la Nación para que se investigara la conducta del Representante Legal, por presunta comisión del delito de fraude a resolución judicial.

Consultada la anterior decisión, como lo ordena la ley, fue resuelta por la Sala Laboral del Tribunal, en providencia del 21 de marzo siguiente, confirmándola.

Ante la persistencia del incumplimiento, se inició nuevo trámite de desacato que fue resuelto por las mismas autoridades, decidiendo en esta oportunidad imponer como sanción arresto por cinco días, en decisiones fechadas el 4 y 20 de febrero de 1998, en primera y segunda instancia respectivamente, esta última por virtud de la consulta.

El arresto fue cumplido en las instalaciones de la SIJIN del 2 al 7 de marzo siguiente.

Como quiera que se siguió con el incumplimiento de las obligaciones ya referidas, las que antes de rebajar en su monto seguían aumentando, se inició nuevo trámite de desacato, el 26 de marzo de 1998, sancionándose en esta ocasión al Representante Legal, en determinaciones del 23 y del 29 de julio siguiente, con tres (3) meses de arresto.

El fundamento principal para tomar esta última resolución fue el de la ausencia de toda diligencia para afrontar los pagos correspondientes a las deudas laborales de los pensionados por parte del citado Representante Legal, siendo las demás obligaciones canceladas oportunamente. La más visible muestra de desacato la encuentran el Juzgado Tercero Laboral y la Sala Laboral del Tribunal en la existencia de un título minero vigente y disponible por la suma de $2.578.000.000, del cual hubieran podido tomarse los fondos para cumplir con la orden del juez de tutela.

2. Contra este último diligenciamiento y su resolución se interpone acción de tutela por el sancionado, fundado en los siguientes argumentos:

Estima que la difícil situación económica por la que atraviesa la empresa minera, por la notoria y sustancial baja en la producción, no sólo ha llevado al incumplimiento de las obligaciones comerciales y laborales, sino que en la actualidad se tramita el proceso concordatario.

De otra parte, ante la "persecución" de la que ha sido victima en estos últimos años por la justicia, todo por ser el Representante Legal de una empresa en la que laboró por espacio de 18 años, lo llevó a presentar su renuncia ante la junta directiva de la sociedad, el dia 22 de abril de 1998, en aras de la protección de su integridad personal, su libertad personal y el bienestar de su familia.

Dejación del cargo que fue aceptada el 1º de mayo siguiente, la cual fue completamente ignorada por los funcionarios judiciales sancionadores, desconociendo que al no ser el Representante Legal no puede correr con las sanciones a la empresa insolvente y en proceso concordatario.

Es de anotar que la inscripción de su renuncia en la Cámara de Comercio se hizo el 25 de junio de 1998.

Con relación al título minero sostiene que su uso y disponibilidad está prohibido por los estatutos y la ley. Lo primero, por cuanto conforme la certificación de la Cámara de Comercio, la disponibilidad del Representante Legal sólo comprende inversiones y obligaciones que no superen los 250 salarios mínimos mensuales. Lo segundo, porque sin autorización de los acreedores concordatarios y la Superintendencia de Sociedades no se pueden adoptar determinaciones como la disposición del título minero.

Las anteriores circunstancias las concreta como vias de hecho asi:

La desestimación por el juez *ad quem* de su renuncia al cargo de Presidente y Representante Legal, que impedia la imposición de sanción alguna, más aún cuando al momento de resolverse el incidente de desacato no se encontraba inscrito como tal en la Cámara de Comercio.

La premura en el trámite de la consulta, sin esperar los "tres dias de notificación" de la providencia a consultar, violándose con ello, en su criterio, el inciso segundo del artículo 386 del Código de Procedimiento Civil, cercenándosele el derecho a presentar pruebas.

Por estas razones, espera que se revoque la sanción.

El Fallo del Tribunal

El Tribunal Superior de Cúcuta negó la pretensión, pues estimó que dentro del trámite de la consulta no se observa violación alguna a los derechos constitucionales del solicitante.

En efecto, parte de que la decisión del incidente por desacato es un proveido que no admite recurso alguno, procediendo, únicamente, el grado jurisdiccional de la consulta, siempre que se imponga una sanción. Por ello, el lapso de tres dias, para notificación, que creia tener el peticionario, conforme a las normas del procedimiento civil, resulta desvirtuado por lo que prescribe el artículo 52 del Decreto 2591 de 1991, que ordena

la remisión inmediata al superior para que resuelva la consulta, lo que está acorde con el pronunciamiento de constitucionalidad plasmado por la Corte Constitucional en Sentencia C-243 del 30 de mayo de 1996.

Además, si lo pretendido era mostrar inconformidad por no haber allegado pruebas, le recuerda la Corporación de primera instancia que en esta última fase del proceso constitucional de tutela (consulta de la decisión sancionatoria) no existe fase probatoria.

Igualmente le precisa que cuando se inició el tercer trámite de desacato (26 de marzo de 1998) aun ejercía las funciones de Representante Legal, que cuando presentó la renuncia (abril 22 de 1998) ya estaba en curso el trámite de desacato y que la inscripción de su aceptación en la Cámara de Comercio sólo tuvo lugar el 25 de junio, es decir, *ad portas* de finalizar el incidente.

Adicionalmente acota el Tribunal que la desestimación de la petición de tutela radica en que el actor circunscribe su queja a la valoración que los funcionarios judiciales hicieron de los elementos de juicio aportados al último trámite de desacato, lo cual no puede cuestionarse por esta vía, ya que la autonomía y discrecionalidad de los funcionarios judiciales es evidente, máxime cuando no se aprecia un desbordamiento de la realidad y razonabilidad, pues sin desconocer las limitaciones legales y estatutarias de las facultades del Representante legal, lo reprochable es que existiendo un título valor de la cuantía y condiciones reseñadas, no se hubiera hecho nada por tratar de cumplir el fallo de tutela, aunque fuera parcialmente.

En este aspecto, efectúa un estudio de las cuentas, en las que se aprecia un movimiento financiero que posibilita el cumplimiento de la orden constitucional y que en la parte pertinente dice:

"Para mayor ilustración, por vía de ejemplo se hace mención a algunos ingresos y algunos pagos hechos y que se observan en los movimientos de las cuentas corrientes de la empresa Carbones de Maturín Limitada, a través de las cuales dice la Vicepresidente de la Sociedad Maturín Limitada (folio 150 del expediente), se les permitió efectuar sus pagos, porque a finales de 1996, las cuentas bancarias manejadas por minas Maturín Limitada fueron embargadas en diferentes procesos que cursaron contra ella. Así y teniendo en cuenta que la queja por no cumplimiento del fallo de tutela y que dio lugar al incidente de desacato dice que no se cancelaba a los jubilados a partir de junio de 1997, se tiene lo siguiente:

"La cuenta corriente 260 11618-1 del Banco de Bogotá en 1997, tuvo ingresos en junio $32.176.405,92, julio $103.352.898, agosto $34.901.900, septiembre $10.810.000 y octubre $2.853.000, y para 1998, con fondos de esta cuenta se hicieron pagos, así: enero $63.376.612, febrero $260.000, marzo $10.972.838, abril $23.301.827, mayo $31.590.501, y junio $15.956.329,85".

En esta forma analiza otras tantas cuentas de los bancos Andino, Cafetero Chinácota e Industrial Colombiano, para concluir:

"Lo anterior señala que muy a pesar de que la sociedad no estaba económicamente en su mejores momentos, sí estaba produciendo y de esa producción mínimo en forma equitativa debía responderse a la orden de pagar sus acreencias laborales, que es lo que en sí desvirtúa la pretensión de que las providencias que declararon el desacato, sean producidas por vía de hecho.".

La Impugnación

Inconforme con la determinación, el actor la recurre sosteniendo que la vulneración de sus derechos constitucionales se ve representada en la incursión en una vía de hecho por parte del Juzgado Tercero Laboral y la Sala Laboral del Tribunal Superior de Cúcuta.

Guardar silencio acerca de su renuncia al cargo de Presidente y por ende de Representante Legal, es clara muestra de ello, además del malentendimiento de la Sentencia C-243 del 30 de mayo de 1996, pues si se dijo que no procedían los recursos contra el fallo de desacato, no por ello puede entenderse que se derogó el término de tres días de notificación, más aún cuando el artículo 331 del Código de Procedimiento Civil contempla esa posibilidad para las providencias contra las que no procede recurso alguno.

Igualmente critica el estudio efectuado por el Tribunal sobre las cifras manejadas por la empresa minera, ya que se desconoció en ellas que las operaciones comerciales se hacen a través de contratistas quienes manejan el 85% de los ingresos. Que se toma en cuenta dos veces los mismos ingresos. Que se olvida que gran parte de ellos es para cancelar los gastos de operación y, especialmente, las obligaciones laborales, que permiten que la empresa se mantenga.

Por último, insiste en la tesis que la sanción impuesta resulta seriamente violatoria de la Carta Política, en la medida que se impone prisión por deudas, la cual está proscrita en aquella.

Así, acudiendo, grosso modo, a los mismos argumentos que sirven de sustento a su inicial propuesta, demanda la revocatoria de la decisión de instancia y, por consiguiente, que se anule la orden sancionatoria y se proceda al pago de los perjuicios derivados de una acción lesiva de su integridad moral y física.

Consideraciones de la Corte

Sea lo primero afirmar que el mecanismo de la tutela es absolutamente improcedente, pues el incidente de desacato, cuando como consecuen-

cia del mismo se impone una sanción, tiene su propio control de legalidad al interior del mismo, cual es la consulta, de manera que resulta inadecuada e irrazonable una acción de tutela contra tal decisión sancionatoria.

Además, las determinaciones que el actor pretende cuestionar son de carácter judicial, frente a las cuales reiterado y constante ha sido el criterio de la Sala en desestimar las acciones de tutela, las cuales no pueden asumirse como un recurso o instancia adicional al trámite ordinario o especial, como lo es el incidente de desacato, al tenor del Decreto 2591 de 1991.

Ello se funda en uno de los más preciados principios constitucionales (art. 228 C.P.) que orientan el desarrollo de esta actividad, como lo es el de la autonomía e independencia de los jueces.

El carácter sumario y preferente que el legislador constitucional quiso otorgarle a la acción de tutela, no es patente de corso para que, so pretexto de acusar la violación de un derecho fundamental, puedan traspasarse los linderos propios de las actuaciones judiciales, así sea dentro del trámite de la tutela.

En el caso concreto no es el mecanismo adecuado para que la Corte pueda entrar a suplir competencias que no le corresponden y en lugar del juez natural adoptar determinaciones, como la no imposición de una sanción que consideró procedente el Juzgado 3° Laboral y la Sala Laboral del Tribunal Superior de Cúcuta, en cuyos pronunciamientos se observa una clara motivación objetiva, máxime cuando las decisiones y los trámites no devienen irregulares ni ilegales, ni aparecen como fruto de la arbitrariedad o la falta de motivación.

En efecto:

Juiciosamente estudiado por el Tribunal de instancia, las determinaciones contra las que se solicita la tutela no fueron producto de una sorpresiva e inconsulta tramitación, sino el resultado de varios meses de incumplimiento progresivo de la orden del juez constitucional.

Por otra parte, se trató de dos trámites de desacato, en los que la representación legal de la entidad radicaba en cabeza del ahora accionante, quien a última hora decidió renunciar y apartarse de una responsabilidad que conocía, cuando ya estaba en curso el tercer incidente de esa naturaleza.

Por ello, el que las decisiones que resolvieron el último desacato no se hubieran referido a la dejación del cargo, no constituye ninguna ilegalidad, pues tal renuncia, como lo analizó el *a quo*, carecía de trascendencia, pues cuando se inició el tercer trámite de desacato aun ostentaba la calidad de representante legal, sin que en el lapso transcurrido entre la deci-

sión que ordenó tutelar los derechos de los pensionados y el momento de la renuncia (1° de marzo/96 al 22 de abril/98), hubiera hecho ningún esfuerzo por cumplir la orden del juez constitucional.

Frente a la supuesta vulneración del "periodo probatorio" previo a la consulta, debe precisársele que si bien es cierto el Decreto 2591 de 1991 se integra con el Procedimiento Civil, ello es procedente cuando se trate de eventos en los que aquella preceptiva carezca de norma expresa, lo que no ocurre en este caso, ya que el trámite incidental si bien es cierto se guía por lo normado en el artículo 137 del C. de P.C., para la consulta, en caso de imposición del sanción, de manera perentoria se dispone que el superior jerárquico decidirá dentro de los 3 días siguientes, al tenor del art. 52 del Decreto 2591 de 1991.

Ahora bien, como lo expresa el Tribunal de primera instancia, la tutela no es el mecanismo adecuado para cuestionar la valoración probatoria, que se rige por los principios de autonomía y discrecionalidad.

Por último, y en lo que respecta a la supuesta violación de la Carta Política por la imposición de prisión por deudas, debe decirse que la declaratoria de exequibilidad del artículo 52, mencionado, en virtud de la Sentencia C-243 del 30 de mayo de 1996, que contempla la sanción de arresto, le quita todo el piso a la objeción.

Por los anteriores motivos, la Sala confirmará la decisión objeto de impugnación.

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:

1. Confirmar el fallo objeto de impugnación, por las razones aquí expuestas.

2. Remítase el asunto a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

3. Notifíquese de conformidad con lo preceptuado en el artículo 30 del Decreto 2591 de 1991.

Cúmplase.

Jorge Córdoba Poveda, Fernando Arboleda Ripoll, Ricardo Calvete Rangel (sin firma). Carlos Augusto Gálvez, Argote Jorge Aníbal Gómez Gallego, Edgar Lombana Trujillo, Carlos E. Mejía Escobar, Dídimo Páez Velandia. Nilson Pinilla Pinilla.

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria

REFORMATIO *IN PEJUS* EN TUTELA: el *ad quem* puede revisar sin cortapisa alguna las pretensiones de la demanda/ **DERECHO A LA SALUD:** quien solicita protección mediante tutela debe demostrar que su vida esta en riesgo y por tanto, es indispensable el tratamiento odontológico que reclama

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Santa Fe de Bogotá D. C., veintinueve (29) de septiembre de mil novecientos noventa y ocho (1998).

Magistrado Ponente: Dr. *Carlos E. Mejía Escobar*

Radicación No. 4850

Aprobado Acta No. 145

VISTOS

Decide la Sala la impugnación presentada por el apoderado de la Caja de Compensación Familiar Comfenalco del Valle del Cauca Comfenalco - Valle, en contra del fallo proferido el 20 de agosto de 1998 por la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali (Valle), por medio del cual concedió la tutela de los derechos fundamentales a la salud y a la vida de la accionante Carmen Elisa Vélez Cañas al considerarlos violentados por la Empresa accionada.

FUNDAMENTO DE LA ACCIÓN

La señora Carmen Elisa Vélez Cañas presentó acción de tutela en contra de Comfenalco Valle, E.P.S.,por la vulneración a sus derechos fundamentales a la salud y a la asistencia social integral.

La accionante concreta la afectación a sus derechos fundamentales en que a pesar de su condición de beneficiaria en el régimen contributivo de salud, como compañera permanente del trabajador afiliado Wilson González Cuartas, en la E.P.S. Comfenalco, la Entidad Prestadora del Servicio de Salud le ha negado el tratamiento periodontal que requiere para la solución de una patología de peridontitis avanzada que le fue diagnosticada en esa E.P.S.

Señala que a pesar de haber solicitado esa atención especializada, ha recibido una respuesta negativa de Comfenalco - E.P.S. en la que le informan que en consideración a que tal tratamiento se encuentra excluida del Plan Obligatorio de Salud al que se halla afiliada, tal como lo señala la resolución 5261, Artículo 18, literal K, no pueden brindarle la atención dentro del plan POS.,

Advierte que el alto costo del tratamiento, que asciende a $360.000.oo para una familia que deriva el sustento del salario mínimo que devenga el padre cabeza de la misma, hacen imposible su pago por parte suya, por lo que reclama que el Juez de tutela ordene que le sea practicado por la accionada.

FALLO DE PRIMERA INSTANCIA

La Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, mediante fallo del 20 de agosto de 1998, concedió la tutela reclamada, por considerar que estaba demostrada la violación de los derechos fundamentales a la salud y a la vida, por cuanto los padecimientos de la accionante hacen urgente su atención médica, sin que pueda esgrimirse como excusa, por parte de la E.P.S., que la patología está excluida de la cobertura del Plan Obligatorio de Salud al que está afiliada la señora.

Los dolores y sangrados de la actora Carmen Elisa Vélez Cañas en su cavidad bucal como consecuencia de la periodontitis avanzada que le diagnosticaron y que no pudo ser controlada con analgésicos y antibióticos, requieren un tratamiento quirúrgico urgente que la E.P.S. debe prestar, sin importar que tal procedimiento se encuentre en la lista de exclusiones, por cuanto se encuentra de por medio la dignidad humana y el fin último del POS que es contribuir al diagnóstico, tratamiento y rehabilitación de las enfermedades de sus afiliados.

En consecuencia ordenó que dentro de los (3) días siguientes a la ejecutoria del fallo se practiquen los procedimientos quirúrgicos a la actora por parte de la E.P.S. de Comfenalco.

LA IMPUGNACIÓN

El fallo fue impugnado por el apoderado de la empresa accionada, quien pretende del *ad quem* únicamente la adición del fallo para que se ordene en el mismo que Comfenalco - Valle E.P.S., tiene derecho a que se le reembolsen por parte del Ministerio de Salud, con cargo a la cuenta del Fosyga y a la subcuenta pertinente, el valor de los servicios prestados a la actora y excluidos del plan POS.

Para fundamentar la impugnación, agrega copias de dos sentencias de tutela de la Corte Constitucional e igualmente cita una de la Sala de

Casación Civil de esta Corporación, las que además, se queja, fueron desconocidas de manera consciente por el Tribunal de primera instancia.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

1. No obstante que el objeto de la impugnación tiene como único propósito, el que se adicione el fallo para que se reconozca que Comfenalco Valle tiene derecho a reclamar del Estado el pago de los costos económicos en que incurra la accionada para brindar el tratamiento periodontal que el fallo de primera instancia ordenó, esta sentencia de segunda instancia abordará el estudio del recurso sin limitación alguna.

2. En tratándose de la acción constitucional de tutela, tiene establecido la Sala, que la reglas procesales deben interpretarse dentro de la sistemática de tal institución, y en tal sentido ha establecido la procedencia de la impugnación, con prescindencia de que sea sustentado o no, de donde surge que aun fundamentado en un específico sentido, ello tampoco limita en manera alguna la competencia del *ad quem* que como Juez Constitucional puede revisar la actuación sin cortapisa alguna.

3. El derecho a la salud, que es objeto de reclamo de protección por parte de la accionante, no es un derecho de naturaleza fundamental, a menos que esté íntimamente ligado con el de la vida, caso en el cual resulta procedente su protección pero como parte integrante de éste, en la medida en que solo a través de su adecuada prestación resulta garantizándose la existencia del ser, requisito *sine qua non* para el ejercicio de cualquier derecho.

4. En la situación concreta que plantea la accionante Vélez Cañas se trata de un problema de salud dental, diagnosticado como "peridontitis avanzada" para la cual se considera procedente un tratamiento de "detartraje a campo abierto" (folio 7), patología que evidentemente denota una afectación de la salud, pero de la que no hay ninguna evidencia procesal de que afecte el derecho a la vida de tal manera que siquiera lo ponga en riesgo.

En este orden de ideas, resulta entonces improcedente la presente acción de tutela, pues ella está instituida únicamente para la defensa y protección de los derechos fundamentales, sin que pueda hacerse extensiva a todo conflicto que se genere en la sociedad, so pena de que la acción constitucional pierda su esencia extraordinaria para protección de derechos que por su importancia superlativa exigen un proceso de similar tenor, por su agilidad, eficacia y eficiencia.

5. Ninguna duda cabe sobre la molestia, incomodidad y dificultad que, un problema periodontal genera en cualquier persona, pero tal reconocimiento no puede ser llevado por el Juez Constitucional al extremo de hacer aparecer, sin contar con la evidencia científica necesaria, tal situa-

ción como constitutiva de peligro o riesgo para el derecho a la vida, única manera posible en que podría ser protegido, a nivel constitucional, el derecho a la salud.

De otra parte, tampoco podía el Tribunal de primera instancia despreciar como evidencia procesal la actitud de la E.P.S. accionada, que consciente de las dificultades económicas que el tratamiento periodontal excluido del POS, genera para el afiliado y sus beneficiarios, ofreció hacerle el tratamiento por un precio económico, aunque por fuera del POS (folio 10), comportamiento que excluye el abuso de la posición de la E.P.S. y al contrario denota un claro propósito social de protección del afiliado, sin contrariar la ley que reglamenta la prestación de los servicios de salud en el régimen contributivo.

6. Debe finalmente advertirse que la jurisprudencia de la Sala en cuanto a la protección del derecho a la vida de los afiliados de las Empresas Promotoras de Salud cuando padecen una enfermedad que afecte tal derecho fundamental, pero cuyo tratamiento no está incluido en el Plan Obligatorio de Salud, ha proveído siempre a su protección constitucional, bajo dos supuestos de hecho que con fuerza de suficiencia y necesidad siempre se han exigido: 1. Prueba de una real afectación al derecho a la vida; y, 2. Que la enfermedad no consagrada en el POS sea de las consideradas catastróficas.

Tan precisa línea jurisprudencial se explica en el reconocimiento estricto de la naturaleza constitucional de la acción de tutela y en la necesidad de reducir su procedencia a situaciones en extremo graves al punto que afecten o pongan en peligro derechos fundamentales, el uso indiscriminado de esa acción extraordinaria y la aceptación de los Jueces a tal hecho, le hace perder ese carácter para reducirla a la rutina del problema diario, en desmedro de su esencia constitucional y con perjuicio de los demás mecanismos de solución de conflictos que el Estado reconoce, que incluyen no sólo los procesos judiciales sino también los arreglos conciliatorios, como el que aquí se propuso por parte de la E.P.S. a la accionante.

Suficientes resultan los anteriores razonamientos para reiterar la improcedencia de la acción y en consecuencia ordenar la revocatoria del fallo de primera instancia.

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. Revocar la sentencia de tutela del 20 de agosto de 1998 proferida por la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali (Valle), y en su lugar declarar improcedente la acción de tutela presentada por la

señora Carmen Elisa Vélez Cañas contra la Caja de Compensación Familiar Comfenalco del Valle del Cauca Comfenalco Valle.

2. En firme esta decisión remítanse las diligencias a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

Notifíquese y cúmplase

Jorge Enrique Córdoba Poveda, Fernando Arboleda Ripoll, Ricardo Calvete Rangel, (sin firma). *Carlos A. Gálvez Argote, Jorge Aníbal Gómez Gallego, Edgar Lombana Trujillo, Carlos E. Mejía Escobar, Didimo Páez Velandia* (con aclaración de voto), *Nilson PinillaPinilla.*

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria

REFORMATIO IN PEJUS EN TUTELA: "es un contrasentido que ni siquiera se tenga en cuenta al recurrente cuando expresa su específica inconformidad, vale decir, que aún pueda revisarse lo aceptado por él".

ACLARACIÓN DE VOTO

Mi discrepancia es con la parte motiva que voy a transcribir: "En tratándose de la acción constitucional de tutela, tiene establecido la Sala, que la reglas procesales deben interpretarse dentro de la sistemática de tal institución, y en tal sentido ha establecido la procedencia de la impugnación, con prescindencia de que sea sustentado o no, de donde surge que aun fundamentado en un específico sentido, ello tampoco limita en manera alguna la competencia del *ad quem* que como Juez Constitucional puede revisar la actuación sin cortapisa alguna...", pues he venido considerando que ello no es posible por las siguientes razones:

"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, delirriendo 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..." (Cursiva 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" (Cursiva 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 exige 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 impugnaciones 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".

Ahora, con el criterio nuevo de la Corte, ni siquiera se tiene en cuenta al recurrente cuando expresa su específica inconformidad, vale decir, que aún puede revisarse lo aceptado por él, lo cual es un contrasentido.

Octubre 2 de 1998

Dídimo Páez Velandia, Magistrado

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria

DEBIDO PROCESO POLICIVO. RESPONSABILIDAD POR ACCIDENTE DE TRANSITO: No hay vulneración al debido proceso por falta de competencia cuando el inspector de tránsito remite al juez penal las diligencias seguidas por la colisión de vehículos donde se causaron lesiones a algunos pasajeros.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Santafé de Bogotá, D. C., octubre seis (6) de mil novecientos noventa y ocho (1998).

Magistrado Ponente: Dr. *Nilson Pinilla Pinilla*

Radicación No. 4889

Aprobado Acta No. 148

ASUNTO

Se procede a resolver la impugnación interpuesta por Juan de Jesús Blanco Bonilla contra la providencia del 2 de septiembre de 1998, mediante la cual la Sala Penal del Tribunal Superior de Tunja no tuteló el derecho al debido proceso invocado.

FUNDAMENTOS DE LA ACCIÓN

El señor Juan de Jesús Blanco Bonilla manifiesta que el 23 de junio de 1995, en Tunja, colisionaron tres automotores y resultaron heridas tres personas.

La Inspección 2 de Tránsito y Transporte de dicha ciudad condenó a los conductores Luis Alfonso Rojas Farfán y Juan Carlos Gámez Rodríguez (menor de edad) al pago de los daños ocasionados a los vehículos; pero esta decisión fue revocada acerca de la responsabilidad del menor, manteniéndose en cuanto a Luis Alfonso Rojas Farfán, por lo cual Blanco Bonilla, dueño del vehículo por éste conducido, se considera en "eminente peligro de una acción de responsabilidad extracontractual, con probabilidad de causar daño irreparable" a supatrimonio económico.

Considera el accionante que la omisión de las autoridades de tránsito, al no enviar las diligencias "al Juez Natural", de conformidad con la Ley 228 de 1995 que radicó la competencia en el Penal Municipal, por haber lesionados, constituye violación del debido proceso. Así, solicita la remi-

sión del asunto al competente y que él y Luis Alfonso Rojas Farfán sean indemnizados por las autoridades "que recurrieron (sic) en la violación al debido proceso".

El Fallo Impugnado

Con base en la inspección judicial realizada al proceso seguido en la Inspección de Tránsito, incluida la providencia que decidió el recurso de apelación, el Tribunal no tuteló el debido proceso, pues aunque a partir de la fecha en que se produjo la inexequibilidad de la parte acusada del artículo 16 de la Ley 228 de 1995, la Inspección de Policía ha debido mandar las diligencias en lo relacionado con la contravención penal de lesiones personales a los jueces penales, eso aconteció finalmente el 23 de abril de 1997 "y por ende no procede la tutela por este aspecto".

En cuanto a la contravención de las normas de tránsito y los daños ocasionados a los vehículos, estimó el *a quo* que la competencia continúa en las autoridades de tránsito, artículos 18, 19 y 20 de la Ley 23 de 1991, que no fue modificada en este aspecto por la Ley 228 de 1995 y así el trámite se efectúo con respeto del debido proceso.

La Impugnación

El accionante, en el escrito sustentatorio de la impugnación, repite buena parte de lo plasmado en la demanda inicial y agrega que en la función administradora de justicia prevalece la jurisdicción penal sobre la civil, para evitar lastimosas contradicciones. Hubo "falta de procedimiento en el manejo de la parte penal", dado que no se determinó la incapacidad y secuelas de las lesiones para establecer la competencia, omisión defraudatoria del debido proceso.

Consideraciones de la Corte

1. La acción de tutela es un mecanismo subsidiario y residual, cuya aplicación debe guardar armonía con la normatividad constitucional y legal, que coadyuva a la materialización del estado social de derecho consagrado en la Carta, para así proteger de manera efectiva los derechos fundamentales frente a su comprobada violación o amenaza por las autoridades públicas o por los particulares, en los casos establecidos en la ley, cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que sea ejercida como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

2. La colisión de los vehículos citados se causó por violación de los reglamentos de tránsito y originó daños a los rodantes y lesiones a algunos pasajeros.

A la mencionada Inspección 2ª le correspondía adelantar el proceso por infracción al Código Nacional de Tránsito y condenar al responsable a pagar los daños ocasionados a los automotores, según lo establecen los artículos 18, 19 y 20 de la Ley 23 de 1991.

De tal manera no se presenta la falta de competencia, alegada por el recurrente. No deben confundirse esas acciones con las derivadas de los hechos punibles de lesiones personales, las cuales según la incapacidad y la ausencia o no de secuelas configuran una contravención o un delito, cuya investigación corresponde en la actualidad a la fiscalía local o al juez penal municipal.

En lo concerniente a la contravención, la competencia estaba asignada a las inspecciones penales de policía, de acuerdo con el artículo 1° de la Ley 23 de 1991, hasta el 14 de agosto de 1996 cuando fue proferida la sentencia de la Corte Constitucional que declaro inexequible parcialmente el artículo 16 de la Ley 228 de 1995.

El último precepto en mención mantenía en dichas inspecciones el conocimiento de las contravenciones de lesiones personales acontecidas antes del 22 de diciembre de 1995 y a las realizadas desde esa fecha les asignó la competencia a los jueces penales municipales. Pero, con la declaratoria de inexequibilidad de la frase "que se cometan a partir de su vigencia", a estos funcionarios le correspondió adelantar los procesos por todas ellas (anteriores y nuevas).

La Inspección 4ª Municipal de Policía de Tunja informó al Tribunal que las diligencias seguidas por dicha contravención fueron enviadas al Juzgado Penal Municipal (reparto), el 23 de abril de 1997. Así fuere tardiamente se dio cumplimiento a lo dispuesto por la Ley 228 de 1995 y es el funcionario competente quien habrá actuado como corresponde.

Las inconformidades existentes con relación a alguno de esos procesos, ya sea el administrativo o el judicial, pueden ser manifestadas por medio de las acciones respectivas consagradas en la ley, como para el primer caso fue previsto en el inciso 3° del artículo 20 de la Ley 23 de 1991, que subrogó el 252 del Código Nacional de Tránsito, permitiendo acusar la resolución que impone el pago de perjuicios ante el Tribunal de lo Contencioso Administrativo.

Por las anteriores razones, no está llamada a prosperar la impugnación y se confirmara el fallo recurrido.

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

RESUELVE:

1. Confirmar el fallo impugnado.

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.

Jorge Enrique Córdoba Poveda, Fernando Arboleda Ripoll, Ricardo Calvete Rangel, Carlos A. Gálvez Argote, Jorge A. Gómez Gallego, Edgar Lombana Trujillo, Carlos E. Mejía Escobar, Didimo Páez Velandia, Nilson Pinilla Pinilla.

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria

DERECHO AL TRABAJO, REINTEGRO LABORAL: La acción de tutela no es procedente cuando la ejecución de la sentencia que ordena el reintegro se reduce en su totalidad a factores económicos como la indemnización.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Santa Fe de Bogotá, D. C., seis (6) de octubre de mil novecientos noventa y ocho (1998).

Magistrado Ponente: Dr. *Ricardo Calvete Rangel*

Radicación No. 4911

Aprobado Acta No. 148

VISTOS

Resuelve la Corte la impugnación interpuesta por el Doctor Jesús Rosero Ruano, Gobernador del Departamento de Nariño, contra la sentencia de fecha septiembre 4 de 1998, proferida por el Tribunal Superior de San Juan de Pasto.

FUNDAMENTOS DE LA ACCIÓN

1. Mediante sentencia de segunda instancia de fecha junio 11 de 1998, el Consejo de Estado declaró la nulidad de la resolución 0847 del 16 de octubre de 1996 expedida por la Gobernación de Nariño por medio de la cual se designó a Jorge Aníbal Maya Pantoja en el cargo de Profesional Agropecuario de la Modernización y Coordinación de la Secretaría de Agricultura y con la cual se produjo el retiro de Alfredo Cujar Chamorro.

Como consecuencia de la anterior declaración ordenó al Departamento de Nariño posesionar a Cujar Chamorro en el cargo del cual había sido desplazado y además pagar los sueldos, prestaciones y demás emolumentos dejados de percibir desde cuando se le retiró del servicio hasta que sea nuevamente posesionado. La condena se ordenó ajustar multiplicando el valor histórico o mesada salarial por el cuociente que resulte de dividir el índice final de precios vigente a la fecha de ejecutoria de la sentencia por el índice inicial que rija a la fecha en que debió hacerse el pago, calculado mes a mes.

2. A pesar de estar ejecutoriada la decisión del Consejo de Estado y de haber solicitado ante la Gobernación del Departamento de Nariño el cumplimiento de la sentencia con escrito fechado a 31 de julio de 1998, hasta el momento de presentar la demanda de tutela no se había dado cumplimiento a la decisión del máximo Tribunal de Justicia Administrativa.

3. Considera el accionante que el único medio de defensa con que goza para hacer cumplir la sentencia referida es la acción de tutela, porque en el ordenamiento jurídico no existe una acción que obligue a la administración ejecutar actos como los ordenados en el mencionado fallo.

4. Se acusa a la entidad accionada de desconocer los derechos fundamentales de acceso a la administración de justicia y a la administración pública, al trabajo, al libre desarrollo de la personalidad y a obtener una remuneración por el trabajo al que tiene derecho.

5. El actor solicita se ordene al Gobernador del Departamento que lo posesione en el cargo conforme a lo ordenado en la sentencia del Consejo de Estado del 11 de junio de 1998.

6. El Gobernador del Departamento de Nariño, en su condición de representante legal de la entidad accionada, se opone a las peticiones del demandante argumentado que éste tiene otro medio de defensa judicial para reclamar y no es posible darle cumplimiento a la sentencia del Consejo de Estado por encontrarse pendiente de fallo la acción de tutela que el Departamento interpuso por su intermedio contra aquella Corporación, precisamente por considerar que la decisión se había proferido por las vías de hecho y por ende no era ajustada a derecho.

La Sentencia del Tribunal

En la sentencia, las razones con base en las cuales se otorgó la tutela reclamada por el petente, fueron las siguientes:

1. Considera un error del demandado el querer justificar el desconocimiento de la sentencia del Consejo de Estado con base en una acción de tutela que no se ha decidido, cuando aquella está ejecutoriada lo que supone su intangibilidad y obligatoriedad. No existiendo causa jurídica que justifique el incumplimiento de lo resuelto por la justicia administrativa, el fallo no puede ser puesto en entredicho, porque ello resulta atentatorio de la seguridad jurídica.

2. El demandante está recibiendo agravio con el comportamiento del demandado en sus derechos fundamentales y específicamente en lo que respecta al acceso a la administración de justicia y al trabajo. Lo primero porque no es suficiente la obtención de la declaratoria de un derecho sino la eficacia del mismo para no "convertirse en un rey de burlas", con las consecuencias que ello conllevaría. Como una efecto de lo anterior, se

desconoce el derecho al trabajo entendido como un medio de subsistencia y también como una forma de "realización personal".

3. Compartiendo el a quo doctrina de la Corte Constitucional considera que el procedimiento ejecutivo no es un medio idóneo para la protección del derecho al reintegro y no sería justo someter al demandante a más esperas cuando ya existe una decisión con efectos de cosa juzgada sobre la materia que el demandado está desconociendo.

4. Con base en las anteriores razones tuteló el derecho de acceder a la administración de justicia y al trabajo de José Alfredo Cujar Chamorro y ordenó al Gobernador de Nariño en el término de 48 horas posesionarlo en los términos indicados por la sentencia del Consejo de Estado.

La Impugnación

El recurrente solicita la revocatoria del fallo impugnado y la consiguiente denegación de las pretensiones del actor. Funda su distanciamiento con los criterios del *a quo* en que éste no tuvo en cuenta que el Departamento de Nariño había interpuesto una acción de tutela contra la sentencia que se ordena cumplir, siendo que la Corte Constitucional ha expresado que mediante la acción pública es posible dejar sin efecto las sentencias judiciales cuando al proferirlas se ha incurrido en vías de hecho.

Consideraciones de la Sala

1. El derecho a acceder a una justicia eficaz que brinde a los interesados la oportunidad de obtener una pronta decisión de su litigio conlleva el derecho al debido cumplimiento material de lo dispuesto en la sentencia judicial, según se desprende de lo preceptuado por el artículo 229 de la Constitución Nacional.

Las providencias judiciales ejecutoriadas deben ser cumplidas pues su desconocimiento viola el ordenamiento superior en los términos acabados de indicar.

2. En el presente caso la acción de tutela interpuesta por José Alfredo Cujar Chamorro contra la Gobernación de Nariño, lo que finalmente pretende es el reintegro al cargo, obligación de hacer que le fue impuesta a la accionada en la sentencia proferida por el Consejo de Estado el 11 de junio de 1998.

3. Conforme al artículo 177 del C.C.A cuando la obligación impuesta sea de dar, como el pago de sumas de dinero, la providencia judicial es ejecutable ante la justicia ordinaria, pues al fin y al cabo las sentencias de condena constituyen títulos ejecutivos y con base en ese mérito puede lograrse su cumplimiento en un proceso de igual naturaleza.

4. En la ejecución forzada de una obligación de hacer, según el artículo 500 del C.P.C, si el demandado no acata la orden a él impartida en el proceso ejecutivo, puede hacerse cumplir con la autorizaciónque se dé a un tercero para que la realice a expensas del deudor, si la naturaleza de la obligación permite esta modalidad, pues de lo contrario, se debe demandar subsidiariamente la compensación conforme a la estimación en dinero que con ese fin se haga bajo juramento en la demanda ejecutiva (art. 504, numeral segundo del C.P.C, modificado por el art. 1 del Decreto 2282 de 1989).

En el caso presente, por la naturaleza de la obligación a cumplir, el reintegro al cargo de un servidor público, no es posible dar a un tercero la orden de cumplirla, pues se trata de un acto administrativo que sólo puede ser proferido por la autoridad competente, autoridad reticente que en este evento es precisamente la accionada.

La compensación en dinero de las obligaciones impuestas en una sentencia no siempre es posible cuando se trata de amparar derechos fundamentales, pues su protección no se hace eficaz cuando se le reduce en su totalidad a factores económicos, como laindemnización. El propósito de la tutela es impedir o evitar una agresión actual o potencial de un derecho fundamental cuyo amparo se puede lograr por medios diversos a la misma indemnización. Si a esta última situación se llega, esto es, si la acción de la justicia no puede hacer otra cosa que reparar a través de la orden indemnizatoria, la actualidad o inminencia como condiciones para la procedencia de la tutela no existen y por ende se hace improcedente la acción pública. Por estas razones principalmente hay que sostener que no es idónco el proceso ejecutivo cuando se acude a la reclamación subsidiaria por el perjuicio compensatorio en los casos de reintegro al cargo, pues en últimas el derecho fundamental al trabajo y permanencia en el mismo (artículos 25 y 53 de la C.N.) que se ampara con el mandato de incorporación al cargo no queda satisfecho integralmente con la solución moneta ria a que se ha hecho referencia.

5. No es una regla absoluta el que la existencia de un medio ordinario de defensa determine la improcedencia de la acción de tutela, es en cada caso donde se debe examinar la eficacia de aquél en la protección de los derechos fundamentales. Con sujeción a este criterio, en similar situación a la que ahora ocupa la atención de la Sala, la Corte Constitucional señaló que en los casos de reintegro al cargo de un empleado y que deba realizar la administración, se "justifica la prevalencia de la acción de tutela frente al medio alternativo de defensa judicial, porque el cumplimiento de las sentencias judiciales en mención asegura la efectividad de los derechos al trabajo, y a la igualdad y al acceso a la justicia del peticionario y comporta la vigencia de la exigencia que se hace a la administración por el art. 209 de la Constitución Política de obrar conforme a los principios de

igualdad, eficacia, economía, celeridad e imparcialidad y hacer realidad el principio de acceso a la justicia, en el sentido que no sólo importe obtener de esta la actuación favorable a una pretensión sino obtener el cumplimiento material de la sentencia" (T-537 de 1994).

6. La Corte Constitucional igualmente ha reiterado en diferentes oportunidades que en los casos de reintegros laborales el proceso ejecutivo no es un medio judicial eficaz para la protección del derecho de acceso a la justicia y al trabajo, siendo en estos casos procedente la acción de tutela. Así por ejemplo, en Sentencia T- 403 de 1996, dijo: "En lo que hace referencia al cumplimiento de sentencias judiciales por vía de tutela, esta Corte ha expresado que cuando lo ordenado en la providencia incumplida es una obligación de hacer, es viable lograr su cumplimiento por medio de la acción de tutela, pues los mecanismos consagrados en el ordenamiento jurídico no siempre tienen la idoneidad suficiente para proteger los derechos fundamentales que puedan verse afectados con el incumplimiento de una providencia".

7. En este orden de ideas la Sala confirmará el fallo impugnado, el que fuera proferido por el Tribunal Superior de San Juan de Pasto el 4 de septiembre de 1998.

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

RESUELVE:

1. Confirmar el fallo impugnado.

2. En firme esta decisión, remítase el expediente a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

3. Notifíquese de conformidad con el artículo 30 del Decreto 2591 de 1991 y cúmplase.

Jorge Enrique Córdoba Poveda, Fernando E. Arboleda Ripoll, Ricardo Calvete Rangel, Carlos Augusto Gálvez Argote, Jorge Aníbal Gómez Gallego, Edgar Lombana Trujillo, Carlos E. Mejía Escobar, Didimo Páez Velandia, Nilson Pinilla Pinilla.

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria

DEBIDO PROCESO PENAL: vulnera el derecho el funcionario que sin mediar decisión escrita devuelve memorial irrespetuoso

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Santafé de Bogotá D. C., seis (6) de octubre de mil novecientos noventa y ocho (1998).

Magistrado Ponente: Dr. *Edgar Lombana Trujillo*

Radicación No. 4915

Aprobado Acta No. 148

Por impugnación del apoderado accionante doctor Jarman Chaux Herrera, revisa la Sala el fallo de septiembre 7 último, mediante el cual el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali negó la acción de tutela promovida para proteger los derechos al debido proceso y a la defensa, los cuales se afirman violados por la Fiscalía 130 Seccional de Candelaria; Departamento del Valle.

ANTECEDENTES

Fundamentos de la Acción

En escrito dirigido a la Sala Penal de dicha Corporación el apoderado en mención sostiene que la Fiscalía accionada violó los nombrados derechos fundamentales a través de "vías de hecho" (fl. 1), consistentes en que no se le recibió el poder que le otorgaba el aquí accionante Jarman Chaux, vinculado como tercero civilmente responsable al proceso que por el delito de homicidio culposo se adelanta contra Camilo Sierra Serna, y precisa:

"Pero es que primero me fue recibido dicho poder y el escrito de apelación, habiéndose colocado el correspondiente sello de la Fiscalía, y casi de inmediato, previa consulta de la asistente fiscal, a la funcionaria, me fue devuelto el poder y el escrito de apelación; actuación que eminentemente es arbitraria, y contra la que considero únicamente cabe la presente acción de tutela, pues ¿qué recurso podría interponer contra tal actuación de hecho de dicho Despacho Fiscal? Obviamente que allí no procedía ningún recurso legal". (fl. 3).

Habla de las facultades que el artículo 155 del Código de Procedimiento Penal le da al tercero civilmente responsable y anota que la exigencia

de la Fiscalía accionada en el sentido de que para recibir el referido poder, tenía que comparecer personalmente Gregorio Chaux, es arbitraria y absurda, reiterando que se le está coartando el derecho a la defensa, pues junto con el poder él adjuntó memorial por medio del cual apelaba la resolución de agosto 12 último que tuvo a dicho ciudadano como tercero civilmente responsable.

Pide entonces que se tutele este caso y "se ordene reponer en los términos de ejecutoria la referida resolución" (fl. 4 infra).

Agrega el poder respectivo, los documentos que estima pertinentes y pide la declaración de un testigo "de los hechos expuestos aquí" (fls. 5 a 11).

ACTUACIÓN Y PRUEBA

Avocado el conocimiento, las partes fueron enteradas y se consideró que "en vista de que no es menester recurrir a prueba de ninguna naturaleza para comprender el conflicto, se resolverá con lo adjuntado por el accionante" (fl. 14).

LA PROVIDENCIA IMPUGNADA

Se lee en ella que de conformidad con el artículo 314 del Código de Procedimiento Civil la "primera" providencia que se profiera contra "el demandado o su apoderado" debe hacerse personalmente, que fue lo que intentó la Fiscalía accionada cuando le devolvió el poder al doctor Jarman Chaux Herrera, labor que "fue entorpecida por el Dr. Jarman Chaux Herrera cuando se negó a que Gregorio Chaux Herrera se presentara ante aquella funcionaria, para notificarlo de manera personal, del interlocutorio que lo vinculaba como Tercero Civil Responsable, por ser al parecer el propietario del automotor con el cual Camilo Sierra Serna quien lo conducía, atropelló presuntamente a una persona". (fl. 25).

Negó entonces la acción.

LA IMPUGNACIÓN

Dice que de conformidad con el artículo 191 del Código de Procedimiento Penal Gregorio Chaux Herrera se notificó por conducta concluyente del proveído que lo vinculó al proceso como tercero civilmente responsable, cosa que hizo "al otorgar poder para ser representado en dicho asunto. PER -SE demuestra pleno conocimiento de dicha providencia y comunicación oportuna para ponerse a derecho en tal proceso" (fl. 30), por lo cual estima "absurda" la consideración del tribunal en el sentido de que él "entorpeció" el proceso de notificación, y se pregunta "cuál es la función de un apoderado debidamente constituido como en este caso" (fl. 31).

En esos términos sustenta su protesta.

Consideraciones de la Sala

Como se vio, el Tribunal *a quo* fundamenta su decisión en que, según el artículo 314 del Código de Procedimiento Civil "la primera providencia que se profiera contra el demandado o su apoderado" es de imprescindible notificación personal, punto que esta Sala no abordará, pues lo que exhibe evidente primacía es la devolución "de hecho" que tuvo la pareja de memoriales que presentó a la Fiscalía 130 el apoderado, actitud oficial ésta que de manera manifiesta entraña una violación al derecho fundamental de acceder a la Administración de Justicia previsto en el artículo 229 de la Carta Política y por su conducto los derechos al debido proceso y a la defensa (art. 29 id.), pues no existen pronunciamientos "verbales" de los funcionarios y porque el escrito que acompañaba al poder es contentivo del recurso de apelación interpuesto contra la referida providencia.

Así las cosas, despejando dicho aspecto liminar se dará entrada a que la mencionada Fiscalía resuelva lo que en derecho corresponda sobre tal aspecto de la notificación, pero se reitera que lo primordial es que así se exigiera la presencia física del poderdante, de todas maneras era una obligación legal recibir los referidos escritos y darles, por escrito, contestación, como se verá a continuación.

Pues bien: en nuestro procedimiento penal no está prevista la devolución "de hecho" o verbal de los escritos. Incluso en tratándose de escritos irrespetuosos su devolución (arts. 39-3 C.P.C. y 21 C.P.P.) debe ser mediante una decisión escrita del funcionario en la cual conste tal cosa.

Con base en los artículos 83 de la Carta Política y 18 del Código de Procedimiento Penal, entre otros, se le debe creer al apoderado accionante que los escritos de folios 10 y 11, donde Gregorio Chaux Mosquera le daba poder y apelaba de la resolución de agosto 12 último, mediante la cual se le había vinculado al proceso penal como tercero civilmente responsable, cuando afirma que le fueron devueltos con apenas la respectiva manifestación VERBAL.

Aparte de violar una actitud semejante los derechos al debido proceso y a la defensa mencionados por el accionante, desconoce también y manifiestamente el derecho a acceder a la Administración de Justicia, como se dijo inicialmente.

La Fiscalía 130 demandada ha debido, en contraste, recibir dichos escritos y pronunciarse por escrito de una de estas maneras, dependiendo, claro está, del criterio de la Fiscal: bien diciendo que no se le daba curso a tales actos de postulación porque para ello se requería la presencia física del poderdante, ora admitiendo al doctor Jarman Chaux Herrera como apoderado y concediendo la apelación por éste interpuesta.

De verdad que actuaciones como la censurada obstaculizan el buen servicio de la Administración de Justicia, en el cual para que sea ejemplar su funcionamiento requiere la colaboración y solidaridad del funcionario operador de la norma y del destinatario de la misma, aparte de la función que, desde otros ángulos, cumplan el resto de sujetos procesales.

Igualmente, actitudes como la que se examina, simultáneamente atentan contra la dignidad de quienes acuden a que tal servicio público se les preste, como ocurrió aquí con el abogado Jarman Chaux Herrera, quien por la arrogante actitud que se critica fue realmente menospreciado y dejado inerme ante la réplica verbal que se viene comentando, no obstante que él se limitó a cumplir con el mandato otorgado ante la Notaría 16 de Cali por Gregorio Chaux Herrera, quien, se reitera, acababa de ser vinculado como tercero civilmente responsable, revelando además al otorgar poder que ya estaba enterado de tal vinculación.

En dichos términos se exhibe entonces enteramente inexacta y desproporcionada la afirmación del Tribunal *a quo* de que dicho abogado "entorpeció" el debido decurso procesal al no hacer comparecer físicamente a su poderdante.

Así las cosas, ante la evidente violación de los referidos derechos fundamentales mediante las "vías de hecho" expresadas por el accionante y verificadas en este expediente, la providencia impugnada se revocará y se ordenará a la Fiscal accionada que proceda a recibir los memoriales del litigante en mención y consecuencialmente resuelva según su leal saber y entender, dentro del término de 48 horas.

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:

1. Revocar la providencia impugnada y, en su lugar, Tutelar los derechos a la defensa, al debido proceso y al acceso a la Administración de Justicia, violados por la Fiscalía 130 Seccional de Candelaria, Departamento del Valle.

Ordenar que una vez sea notificado este proveído, la nombrada funcionaria proceda a recibir al doctor Jarman Chaux Herrera los escritos en cuestión y luego decida de conformidad, como quedó dicho en la parte considerativa de este proveído, en el término de 48 horas.

2. De inmediato remítase al accionante y accionada copia de este fallo.

3. Ejecutoriada la presente decisión, remítase el expediente a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

4. Notifíquese de conformidad con el artículo 30 del Decreto 2591 de 1991.

Jorge E. Córdoba Poveda, Fernando Arboleda Ripoll (sin firma), *Ricardo Calvete Rangel, Carlos Augusto Gálvez Argote, Jorge Aníbal Gómez Gallego, Edgar Lombana Trujillo, Carlos E. Mejía Escobar, Dídimo Páez Velandia, Nilson Pinilla Pinilla*

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria

CONFLICTO DE COMPETENCIA: 1. Es competente el juez donde tiene la sede el Ministerio de Hacienda cuando lo que se pretende con la acción de tutela es la orden de inclusión de partidas en el presupuesto y de disponibilidad presupuestal. 2. Así la parte accionada esté integrada por una autoridad seccional, de conformidad con el artículo 37 del Decreto 2591 de 1991 la competencia radica en el juez de la sede de la entidad nacional.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Santafé de Bogotá D. C., siete (7) de octubre de mil novecientos noventa y ocho (1998).

Magistrado Ponente: Dr. Jorge E. Córdoba Poveda

Radicación No. 4952

Aprobado acta No. 149

VISTOS

Decide la Corte la colisión de competencia negativa suscitada entre el Juzgado Sexto Penal Municipal de Medellín y el Juzgado Ochenta y Ocho Penal Municipal de Santafé de Bogotá, con el objeto de que se decida sobre la acción de tutela impetrada por el ciudadano Carlos Arturo Silva Cardona contra el Ministerio de Hacienda, la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura y la Directora Seccional de Administración Judicial de la ciudad de Medellín, por presunta violación de los derechos a la igualdad y al trabajo en condiciones dignas y justas.

ANTECEDENTES

1. El señor Silva Cardona, actuando a nombre propio, presentó ante los jueces penales municipales -reparto- de la ciudad de Medellín, acción de tutela contra las citadas autoridades públicas, pues estima que la ausencia de destinación presupuestal y de recursos no puede ser razón para demorarle "injustificadamente" el pago de sus cesantías parciales como empleado de la Rama Judicial, en condición de Secretario del Juzgado 4° Penal del Circuito de Medellín.

Tal circunstancia, dice, lo coloca en situación de desigualdad con los demás empleados judiciales-que se acogieron el régimen prestacional de los Decretos 57 y 110 de 1993 y a quienes sí se les cancela anual y oportunamente sus cesantías.

2. Correspondió el conocimiento, en primer término, al Juzgado Sexto Penal Municipal de Medellín, despacho que invocando el artículo 37 del Decreto 2591 de 1991, decidió remitirlo a los jueces penales municipales de Santafé de Bogotá, argumentando que la sede principal del Ministerio de Hacienda y la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura se encuentra en esta ciudad.

3. El Juzgado Ochenta y Ocho Penal Municipal de Santafé de Bogotá, al que llegaron las diligencias, aceptó la colisión negativa de competencias propuesta por su homólogo, considerando que es deber del juez constitucional verificar la competencia en el particular caso y si carece de ella debe "rechazar" la petición y "devolverla" al ciudadano para que la presente en el lugar correspondiente.

Igualmente argumenta que el reclamo de protección puede ser presentado en cualquier lugar del país, por lo que si las entidades demandadas, como el Ministerio de Hacienda, son de carácter nacional, bien lo podía hacer el actor en la ciudad de Medellín, máxime cuando una de las entidades demandadas es la Dirección Seccional de Administración Judicial de esa ciudad, por lo que, entonces, debe ser un juez de tal lugar el que deba resolverla.

Por ello, remite las diligencias a esta Corporación para que sea resuelta la divergencia.

La Corte Considera

Sea lo primero advertir que es esta Sala Penal la competente para dirimir el conflicto, al tenor de lo dispuesto en el artículo 18 de la Ley 270 de 1996, pues se encuentra trabado entre dos despachos de diferente distrito judicial de esta misma especialidad.

A renglón seguido debe decirse que razón le asiste al Juez Penal Municipal de la ciudad de Medellín, cuando remite las diligencias a los Jueces de la misma jerarquía de Santafé de Bogotá, ya que la acción de tutela aun cuando fue presentada en aquella ciudad, se dirige claramente, en primera lugar, contra el Ministro de Hacienda y Crédito Público quien, conforme las pretensiones del actor, es la autoridad pública de la que se espera destine o apropie la partida presupuestal pertinente, lo cual, en coherente disertación conforme a las facultades constitucionales y legales, debe ser auxiliado en su conformación por la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, de ahí que se interponga igualmente contra esta Corporación.

Así, no podía verse tan aisladamente la solución a la problemática, tal como la concibe el Juzgado Penal Municipal de Santafé de Bogotá, ya que si bien es cierto el mecanismo de la tutela es sumario, breve y preferente, al alcance de cualquier persona, no se encuentra abandonado al arbitrio indiscriminado del ciudadano, sino, que se debe desarrollar dentro de parámetros de lógica y coherencia.

Por ello, si la disponibilidad presupuestal y la inclusión de partidas se encuentra supeditada a la actividad del Ministro de Hacienda, principalmente, el que tiene su sede en esta ciudad de Santafé de Bogotá, a pesar de ser un órgano del orden nacional, es procedente entender que la actividad judicial debe ser desplegada por un juez de esta ciudad.

De esta manera, no hay duda que la competencia, por razón del factor territorial, para conocer de la presente acción de tutela, así se inmiscuya a una autoridad judicial del orden seccional como lo es la Dirección de Administración Judicial de Medellín, corresponde, al tenor del artículo 37 del Decreto 2591 de 1991 a Santafé de Bogotá, por lo que aquí será radicada.

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

RESUELVE:

1. Asignar la competencia para el conocimiento de la presente acción de tutela al Juez 88 Penal Municipal de Santafé de Bogotá, en razón a las anteriores consideraciones.

2. Infórmesele de lo aquí decidido a la Juez Sexta Penal Municipal de la ciudad de Medellín.

3. Notifíquese de conformidad con el artículo 16 del Decreto 2591 de 1991 y,

Cúmplase.

Jorge Córdoba Poveda, Fernando Arboleda Ripoll, Ricardo Calvete Rangel, Carlos Augusto Gálvez Argote, Jorge Aníbal Gómez Gallego, Edgar Lombana Trujillo, Carlos E. Mejía Escobar, Dídimo Páez Velandia, Nilson Pinilla Pinilla (con aclaración de voto).

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

CONFLICTO DE COMPETENCIA: Es también competente el juez del lugar donde se materializa la vulneración de los derechos, en este caso la sede vital del titular afectado por la falta de gestión de la entidades accionadas en orden a situar la partida presupuestal que garantice la cancelación de su cesantía parcial.

ACLARACIÓN DE VOTO

Considero necesario expresar la siguiente explicación, frente a la decisión tomada para dirimir la colisión de competencia resuelta:

1. Al tratar el asunto propuesto, en orden a dirimir el conflicto planteado, la Sala precisa que "...si la disponibilidad presupuestal y la inclusión de partidas se encuentra supeditada a la actividad del Ministro de Hacienda, principalmente, el que tiene su sede en esta ciudad de Santafé de Bogotá, a pesar de ser un órgano del orden nacional, es procedente entender que la actividad judicial debe ser desplegada por un juez de esta ciudad." Y agrega: "De esta manera, no hay duda que la competencia, por razón del factor territorial, para conocer de la presente acción de tutela, así se inmiscuya a una autoridad judicial del orden seccional como lo es la Dirección de Administración Judicial de Medellín, corresponde, al tenor del artículo 37 del Decreto 2591 de 1991 a Santafé de Bogotá, por lo que aquí será radicada."

2. Como lo he sostenido en anteriores salvedades, la competencia en materia de tutela atendiendo el factor territorial no siempre coincide con el lugar donde acontecieron unos hechos, pues siendo el objeto del amparo la efectiva protección de derechos fundamentales ante comprobada acción u omisión de las autoridades públicas o de los particulares en los casos previstos por la ley, el acto o la abstención suscitada desde un determinado lugar puede proyectar y materializar sus efectos violatorios o amenazantes en otros. Tal es el caso de la actuación de un organismo que, no obstante tener su sede principal en determinada ciudad, irradia su ámbito de acción sobre diferentes sitios.

La Corte Constitucional sobre este tema ha dicho:

"Sin embargo, no siempre se define esa competencia por el sitio en el que fisicamente acontecieron los hechos, pues no es lo mismo hablar del acto o de la omisión de una autoridad local, en cuanto a asuntos cuyos efectos apenas se proyecten en la localidad, que referirse a la actuación de un funcionario u organismo que, pese a tener su sede en un determinado lugar - por ejemplo, la capital de la República - y de llevar a cabo sus actos allí ejerce autoridad en todo el territorio nacional. Tal es el caso de los Ministros del Despacho, cuyos actos, no obstante tener generalmente origen en Santa Fe de Bogotá, se aplican en diversos puntos del país, independientemente del sitio en el cual los suscriban. (Sentencia T-574, dic. 14/94. M. P. Dr. José Gregorio Hernández Galindo).

"En el caso sometido a revisión, se establece que la peticionaria elevó una solicitud ante la Caja Nacional de Previsión Social-Seccional Atlántico, el 20 de enero de 1992, con el fin de que se reconociera la sustitución pensional, empero, la oficina seccional Atlántico envió la documentación a la sede principal, porque es donde se resuelven ese tipo de peticiones, pero ello no significa que la ciudad de Santafé de Bogotá sea el lugar donde de deba demandar la omisión, porque como se anotó anteriormente, dicha entidad ejerce autoridad en todo el territorio nacional.

...

Extraña a esta Corporación la interpretación que dió el Tribunal Superior de Distrito de Barranquilla -Sala Laboral-, al artículo 37 del Decreto 2591, pues según la misma, se caería en el absurdo de que quien pretende interponer la acción de tutela contra actuaciones u omisiones de un ente de carácter nacional, con sede principal en la capital de la República, tuviera que obligatoriamente presentar la solicitud de tutela en Santafé de Bogotá." (Sent. T-50/95, feb. 15/95. M. P. Dr. Fabio Morón Díaz).

En el caso aquí propuesto, dos de las entidades accionadas -Ministerio de Hacienda y Crédito Público y Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura- tienen sus sede en Santafé de Bogotá. Con todo, si en la petición presentada por el actor se reclama que la falta de gestión en orden a situar partida presupuestal que garantice la cancelación de su cesantía parcial, conculca derechos fundamentales suyos ("a la igualdad y al trabajo en condiciones justas y dignas"), esta presunta omisión, si bien puede originarse de manera mediata en esta ciudad, necesariamente se materializaría en la sede vital del titular de tales derechos, para este caso en Medellín, donde además está radicada la Directora Administrativa Judicial de Antioquia, que en alguna forma, por el trámite que le correspondería desarrollar localmente, pudo resultar coadyuvando u originando el probable quebrantamiento o amenaza.

De acuerdo con lo dispuesto por el inciso 1° del artículo 37 del Decreto 2591 de 1991, en cuanto también admite la competencia a prevención, ha

podido el Juzgado 6° Penal Municipal de Medellín tramitar y definir la petición, con lo cual habría además actuado, en mi concepto, de manera acorde con los principios de prevalencia del derecho sustancial, economía, celeridad y eficacia propios de la acción de tutela (art. 3° ib).

Con el respeto de siempre,

Nilson Pinilla Pinilla, Magistrado

(fecha: *ut supra*)

IMPUGNACION-sustentación/ **DEBIDO PROCESO DE TUTELA**: la posibilidad de impugnar la sentencia y de, en los términos del artículo 33 del Decreto 2591 de 1991, señalar ante la Corte Constitucional la conveniencia de su selección para la revisión discrecional, son medios que no pueden evadirse con la presentación de una nuevaacción en la que se pretenda la modificación del fallo.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Santa Fe de Bogotá D. C., catorce (14) de octubre de mil novecientos noventa y ocho (1998).

Magistrado Ponente: Dr. *Carlos E. Mejía Escobar*

Radicación No. 4905

Aprobado Acta No. 153

Vistos

Decide la Sala la impugnación presentada por la accionante Asociación Distrital de Educadores "ADE" en contra del fallo proferido el 1 de septiembre de 1998 por la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Fe de Bogotá D. C., por medio del cual negó por improcedente la acción de tutela invocada por el actor en contra de un fallo de tutela de la Sala de Casación Civil y Agraria de la Corte Suprema de Justicia y de los autos del Juzgado 32 Civil del Circuito de esta ciudad y la Sala Civil del Tribunal Superior de este Distrito Judicial.

Fundamento de la Acción

La Asociación Distrital de Educadores "ADE", por medio de apoderado judicial, interpuso acción de tutela en contra de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, de la Sala Civil del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa fe de Bogotá y del Juzgado 32 Civil de este Circuito, autoridades a las que señala como responsables de la violación de los derechos fundamentales al debido proceso, a la existencia de la accionante y al de asociación.

La violación de sus derechos fundamentales la hace derivar del fallo de tutela proferido por la Sala de Casación Civil y Agraria de la Corte Suprema de Justicia por medio del cual se ordenó al Juzgado 32 Civil del Circuito de Santa Fe de Bogotá no aceptar el desistimiento de la acción ejecutiva presentada por Homero González contra la "ADE", luego de lo cual el ejecutante presentó la liquidación del crédito en ceros, pero el Juzgado la modificó para liquidarlo en $49.852.794.20.

Señala entonces que se le está obligando a la ADE a cancelar una obligación que no tienen ninguna fuente, por cuanto González intentó el cobro ejecutivo de unos títulos valores que obtuvo con engaño y fraude, lo que el mismo reconoce en el desistimiento que la Corte, el Tribunal y el Juzgado no han querido admitir, lo que afecta gravemente el patrimonio de la Asociación de Educadores Distritales.

Explica que al desistimiento se llegó como consecuencia del arreglo entre el ejecutante González y la ADE, para que aquel renunciara al ejecutivo, al tiempo que ésta hacía lo propio respecto de la acción civil dentro del proceso penal que cursaba en la Fiscalía 101 de la Unidad Segunda, Fe Pública y Patrimonio Económico de esta ciudad.

Considera entonces que tanto la Sala Civil y Agraria de la Corte, como la Sala Civil del Tribunal y el Juzgado 32 Civil del Circuito de esta ciudad se apoyaron en pretextos de tipo procesal que violan los derechos sustanciales, pues considera errada la interpretación de esas autoridades judiciales respecto del numeral 3° del artículo 1521 del Código de Procedimiento Civil.

Fallo de Primera Instancia

La Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Fe de Bogotá D. C., negó la tutela reclamada por considerarla improcedente, habida cuenta que se intenta la revisión de una decisión judicial.

Citando pronunciamientos de la Corte Constitucional señala que la acción de tutela en contra de una decisión judicial sólo es admisible cuando ella es producto de una vía de hecho, situación que no advierte en este caso por lo que señala improcedente la acción.

La Impugnación

El fallo fue impugnado por el apoderado de la accionante, pero sin que manifestara nunca cuáles razones fundamentaban tal impugnación.

Consideraciones de la Corte

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, ya que 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 y la ley ha venido destacando la improcedencia de la acción de tutela para modificar decisiones judiciales.

Los fallos de tutela son, sin ninguna duda, decisiones judiciales y en tal consideración están al igual que los demás fallos judiciales, amparados por las presunciones de legalidad y acierto, que sólo pueden ser desvirtuadas conforme a las reglas del debido proceso que gobiernan esa acción constitucional específica.

En ese orden de ideas, las decisiones de tutela pueden ser impugnadas por aquellas partes que tengan legitimidad para hacerlo y se muestren disconformes con el contenido del fallo, pero aún si la decisión desfavorable a los intereses del impugnante se mantiene por la autoridad judicial de segunda instancia, puede acudirse a la Corte Constitucional para señalar ante sus Magistrados la conveniencia de su selección para la revisión discrecional que señala el artículo 33 del Decreto 2591 de 1991.

Tan precisas reglas del proceso que rige la acción de tutela, no pueden evadirse con la presentación de otra acción de tal tipo que modifique el fallo que así adoptado corresponde al ejercicio de la independencia judicial, pilar del Estado Social de Derecho que la Constitución define.

3. La utilización de la acción de tutela con vocación de reemplazo de los procesos judiciales es extraña a la naturaleza constitucional de tal instrumento de protección de los derechos fundamentales de las personas, situación que impone la confirmación del fallo de primera instancia.

La intención del apoderado de la accionante de intentar imponer a través de la acción de tutela una específica interpretación del numeral 3° del artículo 1521 del Código de Procedimiento Civil va en contravía con las facultades que la propia Carta le reconoce a los Jueces de fundamentar sus decisiones únicamente en la ley, cuya interpretación es el simple ejercicio de la soberanía que al interior del Estado ejercen los Jueces de la República, sin que ningún sujeto procesal pueda señalar como incorrecta una decisión, por el solo hecho de contener una conceptualización hermenéutica que no coincide con la suya.

En el caso específico, la Sala de Casación Civil y Agraria de la Corte Suprema de Justicia encontró atentatoria del debido proceso la actuación

del Juez 32 Civil del Circuito de Bogotá, al desconocer la orden de embargo que el Juzgado 29 Civil del mismo Circuito emitió sobre el crédito que reclamaba Homero González en contra de la ADE, para que fuera puesto a disposición dentro de un ejecutivo que contra él se adelantaba por parte del Banco Santander en esa oficina, situación objetiva que no admite ninguna duda.

En ese orden de ideas, la Sala Civil del Tribunal y el Juez 32 Civil del Circuito de Bogotá al resolver sobre la liquidación del crédito, lo hicieron porque era consecuencia lógica del fallo de tutela, decisiones que por no contener una actuación arbitraria y dado su carácter judicial no pueden ser atacadas por vía de tutela.

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 1 de septiembre de 1998 proferida por la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Fe de Bogotá D. C.

2. En firme esta decisión remítanse las diligencias a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

Notifíquese y cúmplase

Jorge Enrique Córdoba Poveda, Fernando Arboleda Ripoll, Ricardo Calvete Rangel, Carlos A. Gálvez Argote, Jorge Aníbal Gómez Gallego, Edgar Lombana Trujillo, Carlos E. Mejía Escobar, Didimo Páez Velandia (con salvamento de voto), *Nilson PinillaPinilla*:

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria

Nota de Relatoría: Véase salvamento de voto publicado con la sentencia 4801 del 8 de septiembre de 1998 del Dr. *Didimo Páez Velandia*, pág. 740.

LEGITIMACION ADJETIVA EN TUTELA: está legitimado el abogado para presentar acción de tutela en nombre propio cuando la providencia que presenta como lesiva de sus derechos deviene como respuesta a su postulación/ **NULIDAD EN TUTELA:** es nula la actuación cuando acreditada la legitimidad del demandante la sentencia de primera instancia deniega las pretensiones por estimarlas inexistente.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Santafé de Bogotá, D. C., veinte (20) de octubre de mil novecientos noventa y ocho (1998).

Magistrado Ponente: Dr. *Edgar Lombana Trujillo*

Radicación No. 4933

Aprobado Acta No. 155

VISTOS

Por impugnación del accionante, abogado Hugo Mendoza Guerra, revisa la Sala el fallo de septiembre 15 último, mediante el cual el Tribunal del Distrito Judicial de Sincelejo negó la acción de tutela promovida para proteger el derecho al debido proceso, el cual se estima violado por la Fiscalía Novena Delegada ante los Juzgados Penales del Circuito de dicha ciudad.

ANTECEDENTES

FUNDAMENTOS DE LA ACCIÓN

En escrito dirigido a la Sala Penal de esa Corporación expresa el accionante que demanda "como mecanismo transitorio" (fl. 1) y cuenta que a nombre de Enrique Acosta Zabaleta él es apoderado de la parte civil en el proceso que en la citada Fiscalía se adelanta contra Teresa Paternina de Tinoco y Olimpo Oliver Moreno por los delitos de falsedad en documento público y estafa, en el cual se les dictó medida de aseguramiento, procediendo él entonces a solicitar "restablecimiento del derecho por vía de cancelación de registros obtenidos fraudulentamente" (fl. 2), pero la Fiscalía accionada no se pronunció al respecto, por lo cual considera violado el debido proceso previsto en el artículo 29 de la Carta Política.

Transcribe la parte donde la Fiscalía 9 consideró por qué no accedía a la cancelación del registro solicitado (fl. 5) y se queja de que no se haya dicho nada en la parte resolutiva, no obstante lo cual a continuación el accionante controvierte las referidas consideraciones de la Fiscalía (fls. 7 a 9) y precisa que el perjuicio irremediable que justifica la acción como mecanismo transitorio "sería que se continúe mediante negociación- movilizando el bien inmueble, del que se posibilitó su registro por la presencia de un acto ilícito" (fl. 10).

Pide que acceda a la tutela y se ordene a la Fiscalía accionada "que haya un pronunciamiento expreso en la parte resolutiva de la resolución interlocutoria que corresponda, respecto de la solicitud del suscrito como sujeto procesal (fl. 12) y "adicionalmente" se resuelva favorablemente la solicitud de cancelación del registro.

Jura que por estos mismos hechos no ha presentado otra demanda de tutela, pide se practique una inspección judicial en el proceso mencionado y adjunta la documentación que estima pertinente (fls. 15 a 115).

ACTUACIÓN Y PRUEBAS

Admitida la demanda los interesados fueron enterados y se obtuvo copia del proceso penal en cuestión (fls. 117 a 122 y anexos).

LA PROVIDENCIA IMPUGNADA

Cita la misma el artículo 10 del Decreto 2591 de 1991 y afirma que el accionante carece de legitimidad para accionar, pues el perjudicado sería su poderdante Enrique Acosta Zabaleta (fls. 123 y 124), tesis que respalda en decisiones de esta Sala fechadas el 6 de febrero de 1995, el 21 de febrero y octubre 25 de 1997 (fl. 125).

Negó entonces la acción.

LA IMPUGNACIÓN

Recuerda el impugnante que en anterior ocasión el mismo Tribunal de Sincelejo se pronunció de fondo con respecto a otra acción de tutela promovida por él como apoderado de la parte civil y aclara que con la actuación demandada la Fiscalía "vulneró el debido proceso penal fundamental, no de mi poderdante, sino directamente el mío propio como sujeto procesal" (fl. 134 supra, resaltado del original) e insiste que como sujeto procesal es "directamente afectado" (fl. 136), y que de todas maneras "la omisión" fundamento de la demanda se dio y viola el debido proceso.

Pide entonces que se revoque la decisión atacada y que se tutele el derecho fundamental alegado.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. Viene la Sala aceptando la legitimidad para instaurar la acción de tutela al apoderado judicial reconocido en un particular proceso, bajo el supuesto de la existencia de relación de causalidad entre su actividad procesal y la acción u omisión que pone en riesgo o lesiona el derecho fundamental cuya protección reclama.

En lo que concierne al presente caso, y conforme al conocimiento que transmite las fotocopias de las piezas del proceso penal adelantado par la Fiscalía 9ª. Delega ante los Juzgados Penales del Circuito de Sincelejo, contra Teresa Paternina de Tinoco y Olimpo Oliver Moreno por el delito de Falsedad ideológica en documento público, es evidente dicha conexión en virtud a que el actor no solo allí actuaba como apoderado de la parte civil reconocida señor Enrique Acosta Zabaleta, sino porque además la providencia repulada como lesiva del debido proceso devino como respuesta a la postulación por él hecha en ejercicio de las facultades otorgadas par la Ley Procesal Penal; par lo tanto, es manifiesta su legitimidad para incoar la acción de tutela en su mismo nombre.

Así entonces, resulta claro que erró la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Sincelejo al negar el amparo por ilegitimidad en el actor, y también al impulsar el rito previsto en el Decreto 2591 de 1991, cuando lo regular hubiera sido rechazar la demanda por ausencia de uno de los presupuestos de procedibilidad.

2. Con el propósito de unificar el sentido de las decisiones que la Sala viene adoptando sobre los casos cuyo objeto se restringe a la legitimidad del actor, que par impugnación de los fallos de tutela con mayor frecuencia llegan a su conocimiento, se impone hacer las siguientes precisiones:

2.1. En los eventos en donde acreditada la legitimidad del demandante el fallo niega la tutela por estimarla inexistente, la Sala ha decidido decretar su anulación por evidente vulneración del debido proceso al tenor de lo reglado por el art. 29 de la Carta Política, en virtud a que circunscrito el fallo a patentizar la falta de legitimación, omite resolver sobre el objeto de la acción de tutela ya que no determine si en efecto se puso en riesgo o se lesionó el derecho fundamental cuya protección se demanda, y menos sobre las consecuencias que ello apareja, la que de ser suplida por la Sala privaría a las partes de la garantía de la doble instancia; invalidez que además de ser insubsanable de acuerdo con lo normado por el art. 145 del C. de P.C, aplicable por remisión por mandato del canon 4 del Decreto 306 de 1992, y decretable de oficio debe ser acompañada de la devolución del expediente para que el Juez de Instancia decida las pretensiones de la demanda, garantizando de esta manera la oportunidad para que las partes impugnen las decisiones que sean adversas a sus intereses.

2.2. Decisión que también adopta en el supuesto de que evidenciándose la ilegitimidad del actor en la demanda el Juez Constitucional deniega la tutela por esa razón, dado que dicho trámite viola el debido proceso, como quiera que el tema de la legitimidad constituye una condición de procedibilidad examinable en la admisión de la demanda y no diferible al fallo, ya que la Constitución y la Ley de manera expresa determinan las personas que están habilitadas para ejercer la acción de tutela y contra quienes ella puede ser operada, lo que de suyo excluye la práctica de pruebas dirigidas a dilucidar este aspecto; en consecuencia por economía procesal y a fin de evitar trámites innecesarios, además de decretarse la invalidez del rito se rechaza la demanda por ilegitimidad del actor.

Esta solución es aplicable a los eventos en que frente a los mismos supuestos fácticos y jurídicos, el fallo no niega la tutela sino que la rechaza, debido a que anulada la decisión queda sin valor lo decidido, y sería inútil retornar el proceso al *a quo* solo para su rechazo.

De otro lado, importa aclarar que si bien es cierto en estos casos no existe fallo en sentido material, también lo es que formalmente alcanza esa calidad habida cuenta que son proferidos dentro de la oportunidad prevista por la ley para definir el asunto, previa la observancia del rito por ella diseñado, lo que habilita a la Corporación para pronunciarse sobre ellos.

2.3. Y rechazada la demanda por ilegitimidad estando en curso la tutela, de conocer de su impugnación se inhibirá la Corporación por tratarse de un auto y no de un fallo como lo exige el art. 31 del Decreto 2591 de 1991.

3. Ahora bien, como el presente caso encaja con precisión en la primera hipótesis analizada, ya que estando demostrada la legitimidad de quien reclama la protección del derecho fundamental del debido proceso, la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Sincelejo denegó su amparo por ilegitimidad del doctor Hugo Mendoza Guerra, dispone la Sala decretar la nulidad del fallo recurrido y por consiguiendo la devolución del expediente para su definición de fondo.

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

RESUELVE:

Primero: Decretar la nulidad de la decisión de fecha 15 de septiembre pasado, mediante la cual la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Sincelejo, negó la tutela incoada por el doctor Hugo Mendoza Guerra en su propio nombre.

Segundo: Ordenar el regreso del expediente a la oficina de origen para que proceda conforme a lo indicado en la parte considerativa de esta providencia.

Tercero: Notificar esta decisión acorde con el artículo 16 del Decreto 2591 de 1991.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Jorge Enrique Córdoba Poveda, Fernando E. Arboleda Ripoll, Ricardo Calvete Rangel, Carlos Augusto Gálvez Argote, Jorge Aníbal Gómez Gallego, Edgar Lombana Trujillo, Carlos E. Mejía Escobar, Didimo Páez Velandia, Nilson Pinilla Pinilla.

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria

CERTIFICADO ELECTORAL: para obtener los beneficios establecidos en la Ley 403 de 1997 se requiere demostrar que se ejerció el derecho al voto, el certificado electoral no es el único medio de prueba que acredita este hecho.

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Santafé de Bogotá D. C., noviembre diez de mil novecientos noventa y ocho.

Magistrado Ponente: Dr. *Carlos Augusto Gálvez Argote*

Radicación No. 4966

Aprobado Acta No. 168

VISTOS

Se pronuncia la Sala respecto de la impugnación interpuesta por la ciudadana Mireya Galvis de García, contra el fallo de tutela proferido el 29 de septiembre del año en curso por el Tribunal Superior de Pamplona, en el que se le negó por improcedente el amparo al derecho a la igualdad, presuntamente vulnerado por la Universidad de esa misma ciudad.

LA ACCIÓN

La señora Mireya Galvis de García instauró acción de tutela contra la Universidad de Pamplona, por considerar que le está lesionando su derecho a la igualdad al negarse a autorizar en su favor y como estudiante del pos grado en educación y gestión deportiva del CREAD, un descuento equivalente al 10% del valor de la matrícula, según lo dispuesto en la Ley 403 de 1997 y el Decreto 2559 del mismo año.

Explica al respecto que sufragó en las jornadas electorales del 26 de octubre de 1997 en la Zona 06, Puesto 03, Mesa 17, pero que por no haberse encontrado en ese momento su certificado electoral, a efectos de obtener los beneficios por cumplir con dicho deber ciudadano ante la Universidad de Pamplona, pidió una certificación, la cual se le expidió por los Registradores Especiales del Estado Civil de Bucaramanga, habiéndosele rechazado mediante oficio No. 0233 del 5 de marzo del año en curso, en el que se le dice que, "...el certificado electoral es un instrumento público,

elaborado por la Registraduría Nacional del Estado Civil, bajo un formato previamente definido mediante Resolución de esa dependencia. Ninguna certificación o constancia, diferente al certificado electoral exigido en la norma, puede tenerse como válida para comprobar el ejercicio del sufragio, salvo el certificado electoral sustitutivo, para efectos de abstención justificada. Por lo anterior hasta tanto no presente el Certificado Electoral en la forma y términos exigidos por el decreto citado, no es posible acceder a su petición".

Lo anterior, afirma, desconoce lo previsto en el Decreto 2150 de 1995 que suprimió y reformó trámites y procedimientos innecesarios en la administración pública, pues no le parece lógico, que no habiendo sido su culpa la no obtención del certificado electoral, no se tenga en cuenta la validez de la certificación expedida por dos funcionarios públicos competentes en los que se hace constar que si hizo ejerció el derecho al voto, pidiéndole "un formato previamente definido mediante Resolución de esa dependencia (Registraduría Nacional del Estado Civil) que posiblemente no podrá ser presentado en la forma que se exige, en virtud a que era un documento expedido por un sistema de computación. Pero gracias al sentido común la ausencia del formato puede ser substituido por un documento en el que conste que en efecto cumplí con mi deber de sufragar el 26 de octubre del año anterior y por ende me hice acreedora a los derechos que tal acto público me otorga".

Además, dice que tiene conocimiento de que a otras personas que se encontraban en condiciones idénticas a las suyas fueron beneficiadas con descuentos en matrículas y disminución de tiempo en la prestación del servicio militar.

Sin embargo, y aunque cuenta con los demás certificados electores, la Secretaría General de la Universidad le comunicó telefónicamente que no le servían para obtener el mencionado descuento, debiendo entonces, cancelar el 100% de la matrícula, pues el plazo se vencía en el mes de septiembre y se le advirtió que podría tener problemas con la graduación que se verificará el 30 de octubre y que no había interpuesto con anterioridad esta acción de tutela por temor a posibles represalias de la universidad.

El Fallo

Habiendo conocido inicialmente el Tribunal Superior de Bucaramanga, mediante auto del 17 de septiembre del año en curso, dispuso la remisión de las diligencias a su homólogo de Pamplona, por competencia.

Así, mediante fallo del pasado 29 de septiembre, negó por improcedente el amparo solicitado, exponiendo para ello las siguientes consideraciones:

1. Que si bien la accionante acreditó los requisitos necesarios para acceder a los beneficios previstos en la Ley 403 de 1997, esto es, que es alumna del pos grado en Educación y Gestión Deportiva que la Universidad de Pamplona lleva a cabo por intermedio del CREAD de Piedecuesta (Sder.) y que además, ejerció el derecho al voto en los comicios electorales del 26 de octubre de 1997, "como lo certifican los señores Registradores Especiales del Estado Civil de Bucaramanga. Es igualmente cierto que Galvis de García en escrito adiado 26 de febrero de 1998, solicitó descuento del 10% del costo de su matrícula; que para tal fin anexó la certificación que le expidió la Registraduría del Estado Civil de Bucaramanga. La universidad, mediante oficio 0233 del 5 de marzo del mismo año le advierte que 'el certificado electoral es un documento público, elaborado por la Registraduría Nacional del Estado Civil, bajo un formato previamente definido mediante resolución de esa dependencia', que 'ninguna certificación o constancia, diferente al certificado electoral exigido en la norma, puede tenerse como válida para comprobar el ejercicio del sufragio, salvo el certificado electoral sustitutivo'; 'que hasta tanto no presente dicho documento, no es posible acceder a su petición', cosa que se le reitera en el oficio número 084 de mayo 18 de 1988.".

2. Explica además, que la accionante, al igual que otros estudiantes, reiteró su petición el 25 de julio del año en curso, "pero se olvidó de acompañar el certificado electoral o la constancia sustitutiva" y por ello, nuevamente la universidad se abstuvo de hacer efectivo dicho reconocimiento, informándoles que de dicho derecho se beneficiaron quienes oportunamente lo solicitaron y cumplieron con los requisitos de ley, concluyendo a partir de allí que, "las Directivas de la Universidad de Pamplona cumplieron con los deberes y obligaciones inherentes al cargo que desempeñan y si a Mireya Galvis de García no se le ha hecho el descuento del 10% del valor de la matrícula como alumna del Alma Mater y haber votado en los comicios electorales del 26 de octubre de 1997, se debe a negligencia imputable a la peiente y no a la Universidad.".

3. Son válidas, para el Tribunal, las razones expuestas por la Universidad, máxime si solo hasta el 16 de septiembre se conocieron las razones por las cuales no se le entregó a la peticionaria el certificado electoral, situación que, "a ésta le correspondía demostrar", sin esperar a que transcurriera el tiempo y menos acudir a la tutela, "como equivocadamente lo hizo", pues debió remitir a la Universidad la certificación expedida por la Registraduría antes que valerse de ella para interponer esta acción constitucional.

Además, precisa, que si fuera válida la "simple constancia de la Registraduría en la que se reseñe dicha situación", no tendría sentido el certificado electoral, pues "dado el caso que 'por error involuntario, la empresa encargada no elaboró algunos certificados, entre ellos el de Mireya

Galvis de García', ésta debió acudir desde un comienzo a la Registraduría para que se le certificara tal anomalía.".

4. El derecho de la petente está vigente, ya que en las actuales condiciones debe aportar a la universidad la certificación expedida por la Registraduría el pasado 14 de septiembre, con el cual suple el certificado electoral, como lo expresara mediante juramento la Secretaria General del ente educativo.

5. No se le vulneró el derecho a la igualdad por el hecho de que a otros estudiantes se les hubiese reconocido el descuento del 10% en el valor de la matrícula y no a ella, por cuanto aquellos cumplieron a satisfacción los requisitos de la referida Ley 403 de 1997.

Finalmente, dice la Sala de decisión que, "estamos seguros que una vez arrime a su petición la constancia en que soporta la presente acción de tutela, la Universidad le concederá el descuento que con tezón (sic) y esfuerzo reclama por ser justo y equitativo. Por lo tanto, sin incurrir en injusticia ni estar nuestra decisión en contravía del artículo 13 de la Constitución Política, podemos afirmar que no procede la acción de tutela impetrada en esta oportunidad por la señora Mireya Galvis de García, toda vez que no se le vulneró el derecho a la igualdad y por el contrario debió agotar el procedimiento ante el Alma Mater de Pamplona, atendiendo el requerimiento que se le hacía.".

El Recurso

Inconforme con la anterior decisión, la accionante presentó escrito impugnatorio en el que manifiesta que no obstante desconocer el contenido del fallo, puesto que telefónicamente solo se le informó lo resuelto, dice, que por razones que ignora, en las elecciones del 26 de octubre de 1997 no se le entregó el certificado electoral en el formato especial, sino que se certificó dicho hecho en un tamaño oficio, el cual, una vez presentado a la Universidad de Pamplona para obtener el descuento del 10% del valor de la matrícula como estudiante del pos grado en Educación y Gestión Deportiva, no le fue aceptado por las razones transcritas en la tutela.

Sin embargo, dice tener conocimiento de que a otros estudiantes que se hallaban en su misma situación, sí les fue aceptada la certificación expedida por la Registraduría, lo que también ocurrió en otros centros educativos, por cuanto hubo fallas o irregularidades en la elaboración de los respectivos certificados electorales.

Así, insistiendo básicamente en su planteamiento inicial, sostiene la impugnante que no encuentra razón válida para que sea ella quien tenga que sufrir las consecuencias de las acciones u omisiones de la Registraduría del Estado Civil por no haberle hecho entrega del certificado electoral.

Precisa finalmente, que de conformidad con lo resuelto en el fallo impugnado cancelará el total del valor de la matrícula para no ver demorado el grado que se llevará a cabo este mes.

CONSIDERACIONES

1. Motivó la presente acción de tutela la negativa de la Universidad de Pamplona a reconocerle a la accionante el descuento equivalente al 10% del valor de la matrícula del pos grado en Educación y Gestión Deportiva, no obstante acreditar mediante certificación expedida por la Registraduría del Estado Civil que sufragó en las elecciones del 26 de octubre de 1997, imponiéndole como requisito la presentación del certificado electoral, el cual, dice, no sabe por qué razón no le fue entregado cuando ejerció el derecho al voto.

2. Al respecto, ha sostenido la Universidad que no obstante la constancia, para efectos de los beneficios a los electores de que trata la Ley 403 de 1997 solo es válido para tales efectos el certificado expedido por las autoridades electorales en un formato previamente definido, tesis que fue acogida por el Tribunal en el fallo recurrido en el que, habiendo reconocido que la petente reúne a cabalidad con los requisitos legalmente establecidos para el descuento reclamado, era a ella a quien le correspondía demostrar las causas por las que no se le expidió el referido certificado electoral, pues, la constancia del 14 de septiembre del año en curso en la que se da cuenta de las fallas en el sistema, ha debido presentarla a la Universidad y no utilizarla como sustento de la tutela.

3. Durante el trámite de la presente impugnación, se solicitó a la Universidad de Pamplona, información adicional sobre la queja de la petente, habiendo respondido la Secretaria General de dicha institución educativa que, "con relación a la tutela No. 4966 instaurada por la Señora Mireya Galvis de García, me permito informarle que se le reconoció el descuento del 10% sobre el valor de la matrícula del segundo semestre de la Especialización en Educación y Gestión Ambiental [sic], cursado en el primer semestre del presente año, como se puede ver en la comunicación de fecha 6 de octubre, dirigida por esta dependencia al Director Administrativo, una vez la mencionada hizo llegar a esta dependencia la certificación correspondiente. Aclaro, que aunque la certificación fue aportada por la señora Galvis de García en el momento de instaurar la tutela, a pesar de habérsela solicitado telefónicamente en varias oportunidades desde principios del mes de septiembre, solo la hizo llegar a esta dependencia después del fallo. Igualmente se le hará devolución debido a que el plazo para ponerse al día con los requisitos de grado vencía el 26 de octubre y por ello debió realizar el pago pendiente".

4. Al efecto, se tiene entonces que mediante la Ley 403 del 24 de agosto de 1997 el gobierno creó una serie de beneficios para quienes en forma

legítima ejercieran el derecho al voto, preceptuando en el numeral 5° del artículo 2°, que "El estudiante de institución oficial de educación superior tendrá derecho a un descuento del 10% del costo de la matrícula, si acredita haber sufragado en la última votación realizada con anterioridad al inicio de los respectivos períodos académicos", creando a su turno, en el artículo 5° el "Certificado Electoral como plena prueba del cumplimiento ciudadano del deber de votar, el cual será expedido por la mesa de votación, o el Registrador Municipal o Distrital del Estado Civil o el Cónsul del lugar donde se encuentre inscrita la cédula". En la misma normatividad también se creó el certificado sustitutivo para quienes, por causa justificada (fuerza mayor o caso fortuito), no pudiesen cumplir con dicho deber ciudadano (art. 4°).

Y con el fin de reglamentar la ley citada en precedencia, el 17 de octubre de 1997, se expidió el Decreto 2559, definiendo en el artículo primero, el certificado electoral como un documento público, "que contiene la declaración del Presidente de la mesa de votación, el Registrador Distrital o Municipal del Estado Civil o del Cónsul del lugar donde se haya inscrito la cédula, en el sentido de expresar que el ciudadano que en él aparece, cumplió con el deber de votar en las elecciones correspondientes", disponiendo igualmente que, " para el votante, los beneficios establecidos en la Ley 403 de 1997 sólo podrán hacerse efectivos a partir de la entrega del Certificado Electoral o el Certificado Electoral Sustitutivo, por parte de la autoridad electoral correspondiente" (art. 4°), los cuales deberán contener como datos mínimos, el Departamento, Municipio, Corregimiento, Inspección de Policía o Consulado, zona, puesto, mesa, la fecha de las elecciones, nombre del votante y su número de cédula de ciudadanía (art. 5°). También se establece el procedimiento a seguir para la entrega del respectivo documento, precisándose en el inciso tercero del artículo 6° que, "Si el certificado electoral no es reclamado por el elector en la mesa de votación, podrá solicitarlo en la Registraduría Distrital o Municipal del Estado Civil o en el Consulado del lugar donde tenga inscrita la cédula de ciudadanía, en donde también se expedirán las copias adicionales solicitadas".

5.-Además, al estudiar la Corte Constitucional el proyecto de Ley No. 002/95, que finalmente se concretó en la Ley 403 de 1997, en la cual se prevén una serie de beneficios para la ciudadanía que legítimamente ejerciera el derecho al voto, sostuvo, en relación con el descuento del 10% del costo de la matrícula para los estudiantes de instituciones de educación superior del sector oficial, lo siguiente:

"*En este caso, el trato desigual que se establece entre las personas que votaron y aquellas que no lo hicieron, tiene una justificación razonable. En primer lugar porque se trata de instituciones oficiales de educación superior, lo que permite que el estado pueda renunciar a algunos ingresos econó-*

micos que normalmente recibiría por el pago de matrículas, sin que con ello viole la autonomía universitaria. En segundo lugar, porque tanto el voto como el pago de la matrícula en una institución oficial, son cargas que impone el Estado al ciudadano, pudiendo, como ya lo había señalado la Corte, compensarlas. En tercer lugar porque este beneficio no sacrifica el acceso a la educación superior, pues se trata de personas que ya tienen ganado un cupo por méritos académicos, dentro de la institución universitaria.".

En este sentido, es claro, que se encuentran en pie de igualdad todos los ciudadanos que ejerzan legítimamente el derecho al voto, pues es el cumplimiento de dicho deber ciudadano el que hace emanar el derecho a acceder a los beneficios legales contemplados en la Ley 403 de 1997. El derecho entonces, emana de la demostración fehaciente del cumplimiento de tal derecho-deber político establecido en la Constitución, como mecanismo a través del cual todos los miembros de la colectividad participan en la conformación de los órganos del poder y en la toma de decisiones que les afectan.

Por manera que, una misma situación fáctica, debe tener las mismas consecuencias jurídicas previstas en la ley, pues no resultaría razonable, que el supuesto de hecho que da lugar a la consecuencia establecida en la ley, sea negado con amparo en interpretaciones que no consultan las razones que dieron lugar a la expedición de la norma, terminado, por ende, por inaplicarla, y todo ello, en desmedro del principio de equidad.

6. Lo anterior, por cuanto, no obstante que finalmente -después de proferido el fallo de tutela de primera instancia- la Universidad de Pamplona reconoció a favor de la accionante el descuento del 10% en el costo de la matrícula, por cuanto, finalmente acreditó la razón por la cual no le fue expedido el certificado electoral, necesario es precisar, que con su actitud anterior estaba vulnerando el derecho a la igualdad, pues nótese cómo, a pesar de que en la constancia expedida el 26 de febrero del año en curso por los Registradores especiales del Estado Civil, se da fe sobre el hecho de que la señora "Mireya Galvis de García, identificada con la cédula de ciudadanía No. 28.090.613 de Curití, sufragó en las elecciones de Corporaciones Públicas efectuadas el 26 de octubre de 1997, en la zona 06, puesto 03, mesa 17. Se expide en Bucaramanga a los veintiséis (26) días del mes de febrero de mil novecientos noventa y ocho (1998), según revisión efectuada en el registro de votantes (formulario E-11)" una vez aportada por ésta a la Universidad de Pamplona para obtener el mencionado descuento, a criterio de la Universidad no podía tenerse como válida, bajo el entendido de que según el Decreto 2559, sólo el certificado electoral podía demostrar el derecho al sufragio, lo cual entraña una curiosa contradicción, pues no se pone en duda su contenido sino la naturaleza del documento, desconociendo que fue expedido por los funcionarios de la

Registraduria, con base en el registro de votantes y que además, contiene todos los datos que la ley estableció para el certificado electoral.

7. Un tal proceder, no solo desborda la finalidad de la propia ley, sino que tampoco es razonable y además, desconoce el principio constitucional de la buena fe previsto en el artículo 83 de la Carta Política, según el cual, "Las actuaciones de los particulares y de las autoridades públicas deberán ceñirse a los postulados de la buena fe, la cual se presumirá en todas las actuaciones que aquéllos adelanten ante estos".

8. Es cierto que el Decreto 2559 de 1997, establece que los beneficios referidos en la Ley 403 del mismo año solo se harán efectivos con la presentación del certificado electoral, pero ello no significa otra cosa que la función que cumple dicho documento es la demostración del ejercicio del derecho al voto, no que el beneficio dependa de la existencia del certificado, por cuanto, bien puede suceder, como ocurrió en este caso, que se presenten situaciones imprevisibles por el legislador, como que "Por error involuntario la empresa encargada no elaboró algunos certificados, entre ellos el de la ciudadana en mención. Que por falta de formatos en blanco los certificados se han expedido en papel común, con la información que establecen las normas electorales vigentes", según lo expresado en la constancia expedida a solicitud de la señora Galvis de García para iniciar esta acción, que precisamente está suscrita por los mismos funcionarios que certificaron en febrero 26 que ella efectivamente ejerció el derecho al voto.

Por ello, y muy por el contrario de lo que al respecto sostuvo el *a quo*, no era a la accionante a quien le correspondia demostrar por qué no se le expidió el certificado electoral, pues ella únicamente debia acreditar ante la Universidad que legítimamente sufragó en las elecciones anteriores al periodo académico respecto del cual aspiraba un descuento en el valor de la matrícula, ya que no resulta razonable y equitativo que sea el votante el que deba asumir las fallas de la administración.

9. Sin embargo, y como quiera que a la señora Galvis de García ya se le ha hecho el reconocimiento del descuento a que tenía derecho por haber ejercido el derecho al voto, forzoso es concluir, que el amparo solicitado, ahora, carece de objeto, pues cesó la vulneración por parte de la accionada y por ello 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:

1. Confirmar el fallo impugnado, pero por las razones expuestas en la parte motiva.

2. En firme esta determinación, envíense las diligencias a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

3. Notifíquese de conformidad con lo dispuesto en el artículo 30 del Decreto 2591 de 1991.

Jorge Enrique Córdoba Poveda, Fernando Arboleda Ripoll, Ricardo Calvete Rangel, Carlos Augusto Gálvez Argote, Jorge Aníbal Gómez Gallego, Edgar Lombana Trujillo, Carlos Eduardo Mejía Escobar, Didimo Páez Velandia, Nilson Pinilla Pinilla.

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria

IMPUGNACION: La impugnación contra el fallo de tutela no es el instrumento jurídico del que deba valerse el demandante para reclamar la expedición de copias con el objeto de adelantar investigaciones penales. En estos casos se está ante un evento de de carencia de interés para recurrir.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Santa Fe de Bogotá, D. C., veinticuatro (24) de noviembre de mil novecientos noventa y ocho (1998).

Magistrado Ponente: Dr. *Ricardo Calvete Rangel*

Radicación No. 5050

Aprobado Acta No. 178

VISTOS

La Sala se pronuncia con respecto a la impugnación interpuesta por el Presidente de la Junta de Acción Comunal del Barrio San Vicente del Municipio de Soledad (A), contra la sentencia de fecha octubre 6 de 1998, mediante la cual el Tribunal Superior de Barranquilla amparó el derecho de petición quebrantado por la Alcaldesa de dicho municipio.

FUNDAMENTOS DE LA ACCIÓN

1. El actor obrando como Presidente y Representante Legal de la Junta de Acción Comunal del Barrio San Vicente en el Municipio de Soledad (A), instauró acción de tutela contra la Alcaldesa de ese municipio, doctora Astrid Barrasa Mora, para que se proteja el derecho de petición, toda vez que dicha instancia no contestó dentro del término legal la solicitud que se elevó el 18 de agosto del presente año, a fin de que se realizara un Consejo de Gobierno en el barrio con el fin de ser oída la comunidad en sus necesidades y a la vez aprovechar para sugerir la solución a las mismas.

2. Como fundamento de lo solicitado en la demanda de tutela se cita el artículo 23 de la C.N. aseverando que el derecho de petición se ha vulnerado porque no se dio una respuesta a lo solicitado, como ya se dijo en el párrafo anterior.

3. Se pide al Juez de tutela ordenar a la Alcaldesa de Soledad dar una "respuesta y resolución" a la petición presentada por la Junta de Acción Comunal demandante. Además se propone que sea sancionada la Alcaldesa de conformidad a lo establecido en los artículos 52 y 53 del Decreto 2591 de 1991, ya que esta funcionaria es la segunda vez que viola el mismo derecho, aunque por diferentes hechos.

4. El escrito fue inicialmente presentado por Anselmo Torresblanca Gutiérrez. Como éste no era el Representante Legal de la Junta de Acción Comunal, la demanda fue ratificada por su Presidente en lo términos que resumidamente se acaban de expresar.

5. A las diligencias se trajo copia de la petición dirigida por la accionante a la Alcaldesa de Soledad (A) de fecha agosto 18 de 1998 y certificación de existencia y representación de la Junta de Acción Comunal del barrio San Vicente.

6. La demandada fue notificada con oficio 59.167, el cual fue recibido el 1 de octubre del presente año. No obstante ello, se guardó silencio por la accionada con respecto a los hechos afirmados por el peticionario.

El Fallo Impugnado

1. El Tribunal estima que se debe presumir, de conformidad a los dispuesto en el art. 20 del Decreto 2591 de 1991, que la autoridad demandada no le ha dado cumplimiento a las normas legales que rigen el derecho de petición, pues la accionada a pesar de haber recibido orden del a quo en la acción de tutela de informar si se había resuelto la petición presentada el 18 de agosto último por la Junta de Acción Comunal que ahora demanda y en caso positivo se remitiera copia de lo pertinente o de lo contrario se precisaran los motivos de la omisión, no se dio respuesta alguna al informe pedido.

2. Se otorgó la tutela en favor de la actora en virtud a que lo expuesto en el párrafo anterior era suficiente para tutelar el derecho, pues en la actuación se demostró que la demandada había recibido la petición que dio lugar a la presente acción pública. En consecuencia se ordenó a la accionada responder la solicitud elevada por el peticionario.

En el fallo se ordenó prevenir a la Alcaldesa de Soledad (A) para que se abstenga en el futuro de incurrir en comportamientos lesivos de derechos fundamentales.

La Impugnación

Dentro del término de ejecutoria el Presidente de la Junta de Acción Comunal impugnó la sentencia por considerar que la decisión de tutela debió igualmente sancionar a la alcaldesa de Soledad (A) de conformidad

a lo dispuesto en los artículos 24 y 53 del Decreto 2591 de 1991. Como la última de las disposiciones citadas no se aplicó, solicita a la Corporación se expida copia para ante la Fiscalía General de la Nación a fin de que se adelante la investigación penal correspondiente en contra de la Alcaldesa y de la Sala del Tribunal que profirió el fallo impugnado.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

Lo planteado en el *sub judice* en esta ocasión obliga a la Corporación antes que todo a resolver el tema de si quien impugnó tenía interés jurídico para ello.

La impugnación es un derecho reconocido en el trámite de la acción pública, en virtud del cual las partes que intervienen dentro de un proceso al ser afectados con la decisión de primera instancia pueden acudir a aquella para que el inmediato superior haga un nuevo examen de la situación con la cual se muestra inconforme el censor.

No basta para autorizar el trámite del recurso contra la sentencia de tutela el que haya sido interpuesto oportunamente por quien forma parte de los sujetos llamados a impugnar las decisiones de tutela conforme al artículo 31 del Decreto 2531 de 1991, sino que también es necesario que exista un interés legítimo en la rebeldía manifestada, el que existe en la medida en que los efectos del fallo lesionan derechos de aquél, los cuales a su vez se buscan proteger con la decisión del juez de segunda instancia.

Si tenemos en cuenta que en el caso presente la acción de tutela se instauró con el objeto de tutelar el derecho de petición que la accionada estaba desconociendo al omitir dar respuesta a la solicitud que se le presentó el 18 de agosto de 1998 y ese derecho en su plenitud fue amparado por el fallo del *a quo*, no ve la Sala qué efecto nocivo a los derechos del impugnante se estén ocasionando con la providencia recurrida.

La censura se limitó exclusivamente a mostrar su inconformidad porque el Juez de Primera Instancia «no establece ninguna sanción a la alcaldesa de Soledad». De bulto surge que lo pretendido recae sobre algo accesorio, dejándose de atacar el fondo del asunto objeto de la acción de tutela, lo cual contraviene el objeto y fin de ésta, pues con ella se busca la protección inmediata de derechos fundamentales, cuando quiera que estos resulten vulnerados o amenazados por la acción u omisión de cualquier autoridad pública o de los particulares en los casos que señala la ley, situación ésta que no se presenta en el caso concreto.

La sentencia del Tribunal previno a la demandada para que en lo sucesivo se abstuviera de incurrir en comportamientos lesivos de derechos fundamentales conforme al artículo 24 del Decreto 2591 *ibidem* y no aplicó el artículo 52 *ejusdem*, como no tenía que hacerlo, porque no se estaba resolviendo incidente de desacato.

La impugnación contra el fallo de tutela no es el instrumento jurídico del que deba valerse el demandante en el trámite de la acción constitucional para reclamar la expedición de copias con el objeto de adelantar investigaciones penales. Además esta clase de peticiones no le dan interés en la impugnación por cuanto que ello no afecta de manera alguna el derecho cuyo amparo se solicitó y concedió.

Ahora bien, oficiosamente no se encuentra motivo para ordenar la investigación penal que insinúa el recurrente, lo cual no obsta para que aquél acuda a la autoridad competente a denunciar los hechos punibles de que tenga conocimiento, en los términos de ley.

La Sala rechazará la impugnación interpuesta contra la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Atlántico, por falta de interés jurídico en el recurrente.

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. Rechazar por improcedente la impugnación interpuesta por el Representante Legal de la demandante contra el fallo de octubre 6 del presente año proferido por el Tribunal Superior del Atlántico, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

2. En firme esta decisión remítase el asunto a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

3. Notifíquese de conformidad con lo dispuesto en el artículo 30 del Decreto 2591 de 1991, y cúmplase.

Notifíquese y cúmplase.

Jorge Enrique Córdoba Poveda, Fernando E. Arboleda Ripoll, Ricardo Calvete Rangel, Carlos Augusto Gálvez Argote, Jorge Aníbal Gómez Gallego (sin firma), *Edgar Lombana Trujillo, Carlos E. Mejía Escobar, Didimo Páez Velandia* (sin firma), *Nilson Pinilla Pinilla.*

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria

TUTELA CONTRA PROVIDENCIAS DE TUTELA: La sentencia de tutela adquiere firmeza cuando la Corte Constitucional se abstiene de revisarla, resulta entonces inapropiado no reconocerle ejecutoria. No es procedente la acción constitucional contra la providencia que decide el incidente de desacato.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Santafé de Bogotá D. C., diciembre nueve (09) de mil novecientos noventa y ocho (1998).

Magistrado Ponente: Dr. *Carlos E. Mejía Escobar*

Radicación No. 5122

Aprobado Acta No. 190

VISTOS

Resuelve la Corte la impugnación propuesta contra la sentencia del once de noviembre del año en curso, por medio de la cual el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla denegó la tutela solicitada por el señor José Joaquín Hernández Ruiz contra el Juez Cuarto de Familia de esa ciudad y el Revisor Fiscal de la Asociación Cooperativa de Suboficiales de las Fuerzas Militares en Retiro del Atlántico - Acoolsure Luis Felipe Macausland, por presunta vulneración de los derechos fundamentales de petición y al debido proceso.

FUNDAMENTOS DE LA ACCIÓN

Manifestó el apoderado del accionante que su cliente presentó demanda de tutela contra el revisor fiscal de Acoolsure, señor Macausland, cuyo conocimiento correspondió al Juzgado Cuarto de Familia, despacho que mediante providencia del veinte de mayo del año en curso tuteló el derecho de petición del actor y ordenó al tutelado que en un término de cuarenta y ocho horas diera respuesta a la solicitud impetrada por el señor Hernández Ruiz.

El mismo actor presentó incidente de desacato contra el revisor fiscal, por no haber dado cumplimiento al fallo de tutela, por lo cual el Juzgado de Familia procedió a tramitarlo, mediante auto de agosto veintiocho del

año en curso. Luego correr el respectivo traslado, sorpresivamente, sin abrir el incidente a pruebas, dictó sentencia en la cual absolvió al accionado porque éste había contestado al juzgado la petición que el señor Hernández Ruiz lo que a juicio del titular de ese despacho era suficiente.

Considera el demandante, que a su cliente no se le había satisfecho su derecho de petición y por tanto, el Juez Cuarto de Familia cometió dos irregularidades que se constituyen en vías de hecho: una, resolver el incidente sin ordenar la apertura a pruebas y la otra, dictar sentencia violando el derecho de petición, porque la interpretación otorgada a la sentencia que él mismo dictó, es contraria a la realidad.

De otra parte señaló que el revisor fiscal de Acoolsure se burló del fallo de tutela al contestarle al juzgado y no a su cliente, quien hasta el momento no tiene en su poder la respuesta ni las copias pedidas. Por lo anterior solicitó se tutelaran los derechos fundamentales mencionados; se ordenara al Juez Cuarto de Familia dejar sin efectos la sentencia del incidente y en su lugar, se le ordenara la apertura a pruebas y tomara los correctivos del caso para que se haga efectiva la garantía del derecho de petición que le fue concedida mediante tutela; que el revisor fiscal cumpla con el fallo proferido por el Juez Cuarto de Familia y se compulsen copias en su contra por violar y burlar de manera flagrante la orden de tutela.

La Providencia Impugnada

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla inicialmente trató temas relativos a la competencia para conocer de la acción de tutela, a su procedencia y la doctrina frente a las vías de hecho, al derecho de petición y su procedencia frente a las organizaciones privadas, luego de lo cual se ocupó del caso objeto de estudio.

Al respecto señaló que el Juez Cuarto de Familia de Barranquilla sin justificación alguna se apartó de la Carta Política, los decretos reglamentarios de la acción de tutela y la Doctrina Constitucional que es de obligatorio cumplimiento y fija el alcance interpretativo del derecho de petición frente a los particulares u organizaciones privadas respecto de las cuales su ejercicio es excepcional, dado que solo puede intentarse para garantizar derechos fundamentales y siempre y cuando exista reglamentación de tal ejercicio. En tales circunstancias, el citado funcionario debió despachar desfavorablemente la tutela por no existir la respectiva reglamentación y la persona contra la cual se invocó no ostenta la calidad de autoridad pública, ni se encuentra encargada de la prestación de un servicio público.

Señala el *a quo*, que la carencia de fundamento objetivo de el fallo de tutela proferido por el Juez Cuarto de Familia impide considerarlo como una providencia judicial en firme a pesar de su apariencia como tal y de

no haber sido impugnada ni revisada por la Corte Constitucional. Por lo tanto, mal puede pretenderse el cumplimiento de un proveído ajeno a los lineamientos constitucionales, legales y doctrinales que debieron observarse en su proferimiento, y mucho menos la imposición de una sanción por su desacato a un fallo de tutela que debe observar que se haya profe rido dentro del marco del debido proceso.

La respectiva Sala del Tribunal estimó que quedaba relevada, por sus tracción de materia, para pronunciarse de fondo respecto de los cargos que se hacen al Juez Cuarto de Familia relacionados con el trámite impartido al incidente promovido por el accionante, y la decisión final adoptada por el mismo.

CONSIDERACIONES

La Sala procederá a desatar la impugnación propuesta, pese a que el recurrente no dio a conocer los motivos de su inconformidad, en atención a que el Decreto 2591 de 1991 no le impuso esa carga, ni puede entenderse que ella es conciliable con los principios de economía, celeridad y prevalencia del derecho sustancial que señala el artículo 3° de esa normatividad. Además el artículo 32 *ibidem*, señalan que otros son los factores a estudiar en segunda instancia.

La decisión de denegar la acción de tutela instaurada por el ciudadano José Joaquín Hernández Ruiz será confirmada, pero por las razones que se pasan a consignar:

Observa la Corte que el motivo que llevó al actor a interponer este mecanismo, es bien distinto a lo decidido por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla, instancia que se mostró relevada para pronunciarse de fondo acerca de la censura efectuada al Juzgado Cuarto de Familia de esa ciudad.

Ante esa perspectiva, es necesario dejar claro lo siguiente:

En primer lugar, la acción de tutela que ahora se examina tiene por objeto cuestionar la decisión proferida por el Juez Cuarto de Familia, respecto del incidente de desacato que allí se tramitó y que al momento de considerarlo pertinente dictó sentencia en el sentido de absolver al accionado el revisor fiscal de Acoolsure, porque éste había contestado la petición que el señor Hernández Ruiz le hiciera y con eso era suficiente.

Al respecto debe decirse, y ha sido criterio reiterado de la Sala que se trata de una decisión de carácter judicial, respecto de las cuales no es procedente instaurar la acción de tutela, porque no se le puede utilizar como recurso o instancia adicional al trámite ordinario o especial que regula el incidente de desacato contenido en el Decreto 2591 de 1991.

La resolución de conflictos que deban ser definidos a la luz de la normatividad que orienta este amparo constitucional, pese a su carácter preferente y sumario, es una actividad que se ejercita dentro de la misma órbita de las actuaciones judiciales y por ende, no es factor que legitima a las personas a incoarlo, so pretexto de un desconocimiento de las garantías fundamentales. La independencia de las decisiones, establecida en el artículo 228 de la Carta Política es principio que con igual rigor debe observarse en esta materia.

Es, por tales razones, que la tutela no es el mecanismo que se pueda utilizar para suplir órbitas que no le corresponden, ni adoptar determinaciones, modificar o dejar sin efecto, decisiones como la que es objeto de censura en la que el titular del juzgado accionado se abstuvo de imponer sanción por considerar que no se vulneraron las garantías fundamentales al observar "que el incidentado respondió a la orden de la tutela de responder a la petición del señor Hernández, en el término de 48 horas a partir de la notificación personal de la sentencia, aunque dicha respuesta la hizo al juzgado y no directamente al peticionario, ya que la sentencia ordenaba dar respuesta a la petición de fecha 13 de abril del cursante, formulado por el accionante, y el señor M'Causland lo hizo pero ante el juzgado"(Fl. 8, cdno. No 3 incidente de desacato).

Y es que, además de lo que se viene diciendo, de lo brevemente transcrito es fácil detectar que los argumentos en los que se respaldó el juzgado accionado, son claros, objetivos y razonados, fruto de haberse resuelto el motivo de la tutela primigenia en la que se demandaba el desconocimiento del derecho de petición del señor Hernández Ruiz por parte del revisor fiscal de Acoolsure, y que por ello ninguna razón de ser tenía la prosperidad de un incidente de desacato.

Estas son las razones por las cuales no es procedente la tutela incoada por el señor José Joaquín Hernández Ruiz.

De otra parte, resulta inapropiado sostener, como lo hace el Tribunal, que respecto del fallo emitido por el Juzgado Cuarto de Familia de Barranquilla no hubo ejecutoria sino vía de hecho, pese a que pasó por la Corte Constitucional y sobre el mismo se decidió no seleccionarlo, esto es, dejarlo en firme. Debe recordarse que la firmeza de una decisión judicial no se predica de la apreciación que se tenga de su contenido, sino de la ocurrencia, o no, de los factores que la consolidan. Desconocer la fuerza obligatoria de esa resolución, a la hora de ahora, es marginarla de su capacidad para producir efectos jurídicos, máxime cuando, los sujetos la consintieron y el órgano Constitucional avaló su firmeza.

Sea lo anterior suficiente para que la *Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal*, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

1. Confirmar la sentencia del once de noviembre del año en curso, proferida por el Tribunal Superior de Barranquilla, por las razones consignadas en precedencia.

2. En firme estas diligencias, remítanse a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

Notifíquese y cúmplase

Jorge E. Córdoba Poveda, Fernando Arboleda Ripoll, Ricardo Calvete Rangel, Carlos Augusto Gálvez Argote, Jorge A. Gómez Gallego, Edgar Lombana Trujillo, Carlos E. Mejía Escobar, Dídimo Páez Velandia, Nilson Pinilla Pinilla.

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria

REGIMEN PENITENCIARIO Y CARCELARIO, DERECHOS DE NATURALEZA LEGAL O CONTRACTUAL: el derecho que tiene el recluso a ser trasladado a otra penitenciaria es de rango legal por tanto, no es procedente la acción de tutela/ **DERECHO DE PETICION EN CENTROS PENITENCIARIOS:** el estado de privación de la libertad le impide al interno averiguar por sí mismo el estado de su pedimento, lo que impone, como criterio de racionalidad y de justicia, que sea la autoridad encargada de su vigilancia y custodia la que tenga el deber de reclamar esa información y suministrársela, hasta cuando la petición sea efectivamente resuelta.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Santa Fe de Bogotá D. C., diez (10) de diciembre de mil novecientos noventa y ocho (1998).

Magistrado Ponente: Dr. *Carlos E. Mejía Escobar*

Radicación No. 5063

Aprobado Acta No. 191

VISTOS

Decide la Sala la impugnación presentada por el accionante Arnulfo Mendoza Bohórquez en contra del fallo proferido el 30 de octubre de 1998 por la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cúcuta (Norte de Santander), por medio del cual decidió no tutelar los derechos fundamentales del peticionario, al tiempo que recomendó al Director de la Penitenciaría de Cúcuta el seguimiento del caso del interno Mendoza.

FUNDAMENTO DE LA ACCIÓN

El señor Arnulfo Mendoza Bohórquez, interno en la Penitenciaría Nacional de Cúcuta (Norte de Santander) presentó acción de tutela contra la dirección de ese centro carcelario y la Junta de trabajo del mismo, por la violación de su derecho fundamental al trabajo y para obtener el traslado a la Cárcel de Bucaramanga.

Señala que en el penal de Cúcuta lo trasladaron de un patio a otro y en el nuevo patio no le permiten trabajar, a pesar de que el Director del Establecimiento le indicó que le solucionaría el asunto después de la fiesta de la Virgen de las Mercedes, razón por la cual pidió el traslado a Bucaramanga, el que tampoco le han concedido a pesar de sus múltiples solicitudes sobre el asunto.

Fallo de Primera Instancia

La Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cúcuta negó la protección de los derechos fundamentales del actor, señalando que la petición de traslado que hizo ha sido tramitada conforme a las reglamentaciones legales, pero que su demora en la solución se debe al orden imperante en el trámite de las mismas.

Advierte que frente a situaciones como la que plantea el actor resulta adecuada la intervención del "Comité de Conciliación que estima, si es accesible y democrático con los internos" una posibilidad viable de solución de los problemas que se presenten al interior del penal, sin acudir a la acción de tutela, que en todo caso, dice el Tribunal, "ante la preterm isión del requisito gubernamental, verá negada su prosperidad".

La Impugnación

El fallo fue impugnado por el accionante, quien dedica la mayor parte de la sustentación de su escrito a señalar las razones por las cuales se le cambió de patio al tiempo que explica que el trabajo es la única forma de subsistencia que tiene en el penal. Indica que nunca firmó ninguna petición de cambio de patio, que eso lo hizo un Cabo por él y que luego de que le fallaron la otra tutela en contra, el Director de la Penitenciaría se burló de él.

Aclara que él lo que quiere es trabajar mientras le llega el traslado y no tiene problemas con nadie, pues lo que desea es salir pronto y por eso desea el trabajo para así poder redimir pena.

Consideraciones de la Corte

1. La apelación del fallo que decidió en primera instancia la acción de tutela instaurada por el actor Arnulfo Mendoza Bohórquez, será desatada por la Corte Suprema de Justicia en cuanto tiene que ver únicamente con la presunta violación de los derechos fundamentales del condenado Mendoza que puedan derivarse de la solicitud de traslado de cárcel que ha hecho ante las autoridades correspondientes.

2. La anterior aclaración en consideración a que lo que tiene que ver con la presunta violación del derecho fundamental al trabajo por el tras-

lado de patio de que fue objeto en la Penitenciaría de Cúcuta en la que está recluido, fue materia de otra acción de tutela presentada ante el Juzgado 2° Penal del Circuito y resuelto por ese Despacho Judicial el 29 de septiembre de 1998 (folios 21 a 24).

3. La acción de tutela está establecida constitucionalmente para la protección de los derechos fundamentales de todas las personas, y en ese orden de ideas no sería en principio procedente tal acción constitucional para obtener por parte de un interno en un centro carcelario su traslado a otro diferente.

En efecto, los traslados carcelarios se encuentran regulados legalmente en los artículos 73 a 78 de la Ley 65 de 1993 y en los artículos 400 y siguientes del Código de Procedimiento Penal, estableciéndose allí cual es la autoridad competente para autorizarlos y a solicitud de quienes, dentro de los cuales se encuentra el interno (ordinal 3° del artículo 74 de la Ley 65 de 1993).

Se trata entonces de un derecho de rango legal, imposible por tanto de ser protegido por la vía de la acción de tutela.

4. No obstante lo anterior, resulta igualmente claro que dentro del trámite de una solicitud de traslado o con un traslado carcelario, pueden verse afectados derechos de naturaleza fundamental y por tanto dignos de protección constitucional en la forma y términos del artículo 86 de la Carta.

Puede, por ejemplo, ponerse en peligro inminente el derecho a la vida de un interno cuando se le traslade a un centro carcelario en el que se sabe con certeza que pueden atentar contra su seguridad personal.

También puede verse afectado el derecho fundamental de petición, cuando quiera que a la petición de traslado elevada por un interno, de conformidad con las reglamentaciones legales, no se le otorga ninguna respuesta oportuna.

5. En el caso que plantea el accionante Arnulfo Mendoza Bohórquez, ese interno presentó una solicitud de traslado de la Penitenciaría Nacional de Cúcuta hacia las cárceles de Bucaramanga (Santander), San Gil (Santander), Socorro (Santander) o Acacías (Meta), desde el 28 de octubre de 1997 (folio 29), y según copia al carbón del acta de notificación de un trámite realizada al interno el 30 de septiembre de 1998 (folio 37), solo hasta ese día (casi un año después) se le informó que la solicitud había sido enviada a La Regional Oriente de Bucaramanga.

Así mismo, por información suministrada por el Director de ese Centro Carcelario (folios 33 y 34) se sabe que solo hasta octubre 28 de 1998 hubo comunicación con la Regional de Bucaramanga para coordinar la petición de traslado a la Cárcel Distrital de Bucaramanga, es decir hubo

de transcurrir un año para que se hicieran gestiones encaminadas a cumplir la petición del interno Mendoza Bohórquez.

De otra parte es en noviembre 5 de 1998 (folio 55) cuando el Director de la Penitenciaría Nacional de Cúcuta, ante la recomendación que el fallo del Tribunal le hizo sobre seguimiento del caso del condenado Mendoza Bohórquez informa que se "ha permitido tomar participación directa en este caso en compañía del psicólogo del penal (...) para tranquilizar al interno mencionado y canalizarle su petición de traslado a otro centro penitenciario por acercamiento familiar".

Es decir que ha sido necesario el transcurso de más de un año y la recomendación del fallo de tutela para que el director de la Penitenciaría Nacional de Cúcuta "canalice la petición de traslado" de un interno en el penal en el que el funcionario que así se expresa se desempeña como jefe de gobierno interno (circular No. 23 del 11 de marzo de 1994 del Inpec).

Tal situación no puede tenerse sino como una flagrante violación del derecho de petición del interno, a quien no sólo no se le ha resuelto la petición, sino que ni siquiera se le ha informado sobre su trámite. la única información que ha recibido es una escueta notificación, casi un año después de su solicitud, en la que se le hace saber que su pedimento de traslado ha sido remitido a la "Regional Oriente Bucaramanga".

Naturalmente que tal trámite no es suficiente para responder la petición cuyo núcleo esencial es obtener el traslado desde la Penitenciaría de Cúcuta a centros carcelarios en Bucaramanga, San Gil, Socorro o Acacías (Meta), por lo que la respuesta deberá señalar que se le traslada o no a uno de esos lugares incluidos en su solicitud y explicará de manera clara y concreta las razones por las que no se accede al traslado, si la respuesta fuere negativa.

6. La restricción de los derechos fundamentales en que se encuentran los procesados y condenados, e incluso la pérdida temporal que éstos últimos tienen de ciertos derechos - el de ciudadanía por ejemplo -, no significa la cosificación de quienes aún en tal estado de aflicción siguen siendo personas y como tales son merecedores en cuanto hace a sus solicitudes de obtener una respuesta pronta y eficaz que satisfaga plenamente el derecho fundamental que tienen "como personas", según lo define el artículo 23 de la Constitución Política.

Agrégase a lo anterior que el estado de privación de la libertad le impide al interno averiguar por sí mismo el estado de su pedimento, cuando ha recibido como única respuesta el traslado de él a otra autoridad, lo que impone, como criterio de racionalidad y de justicia, que sea la autoridad encargada de su vigilancia y custodia la que tenga entonces el deber de reclamar esa información y suministrársela, hasta cuando la petición sea efectivamente resuelta.

Aclárase en todo caso que la respuesta adecuada a una petición de traslado no tiene que ser necesariamente la concesión del traslado, pues acceder o no a tal pedimento depende de que las condiciones legales y reglamentarias lo permitan, que las circunstancias de locación, seguridad o salubridad lo hagan aconsejable y que no se afecte el normal desarrollo de los procesos, cuando se trate de sindicados, pero de igual manera, siempre al interno debe dársele una respuesta concreta a su petición, en los términos que el Código Contencioso Administrativo señala.

7. Declarada la violación al derecho fundamental de petición del señor Arnulfo Mendoza Bohorquez, el fallo de segunda instancia revocará el de primera instancia y en su lugar tutelará el derecho aludido, ordenando al Mayor ® Miguel Darío López Valenzuela, Director Titular de la Penitenciaría Nacional de Cúcuta (Norte de Santander), que durante el término improrrogable de las 48 horas siguientes a la notificación de este fallo le informe detalladamente al interno Arnulfo Mendoza Bohórquez sobre los resultados de su petición de traslado de esa Penitenciaría hacia una de las cárceles de Bucaramanga, San Gil, Socorro o Acacías (Meta) conforme a su solicitud del 28 de octubre de 1997.

La Presidencia de la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cúcuta (Norte de Santander) vigilará el cumplimiento del fallo, evaluando el contenido de la respuesta en cuanto a razonabilidad, claridad y concreción.

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. Revocar la sentencia de tutela del 30 de octubre de 1998 proferida por la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cúcuta (Norte de Santander) y en su lugar Tutelar el derecho fundamental de petición del accionante Arnulfo Mendoza Bohórquez.

2. Ordenar al Mayor ® Miguel Darío López Valenzuela, Director Titular de la Penitenciaría Nacional de Cúcuta (Norte de Santander), que durante el término improrrogable de las 48 horas siguientes a la notificación de este fallo le informe detalladamente al interno Arnulfo Mendoza Bohórquez sobre los resultados de su petición de traslado de esa Penitenciaría hacia una de las cárceles de Bucaramanga, San Gil, Socorro o Acacías (Meta) conforme a su solicitud del 28 de octubre de 1997.

3. La Presidencia de la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cúcuta (Norte de Santander) vigilará el cumplimiento del fallo, evaluando el contenido de la respuesta en cuanto a razonabilidad, claridad y concreción.

4. En firme esta decisión remítanse las diligencias a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

Notifíquese y cúmplase

Jorge Enrique Córdoba Poveda, Fernando Arboleda Ripoll, Ricardo Calvete Rangel, Carlos A. Gálvez Argote. Jorge Aníbal Gómez Gallego, Edgar Lombana Trujillo, Carlos E. Mejía Escobar, Didimo Páez Velandia, Nilson Pinilla Pinilla.

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria

LEGITIMACION ADJETIVA, NULIDAD EN TUTELA: Necesidad de presentar poder especial para presentar acción de tutela. La ausencia de este requisito conduce al rechazo de la demanda, la conducta del *a quo* al estudiar de fondo el asunto genera nulidad.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Santa Fe de Bogotá, D. C., diez (10) de diciembre de mil novecientos noventa y ocho (1998).

Magistrado Ponente: Dr. *Ricardo Calvete Rangel*

Radicación No. 5103

Aprobado Acta No. 191

VISTOS

La Corte resuelve la impugnación interpuesta por la abogada Lisbeth Ospina Henao a nombre de Blanca Gladys Otero Caicedo contra la sentencia proferida por una Sala de decisión Penal del Tribunal Superior de Cali de fecha 11 de noviembre de 1998, mediante la cual se declaró improcedente la acción de tutela promovida, en la que se solicitaba la protección al debido proceso, a la igualdad y al derecho de defensa, de cuya vulneración acusa al Juzgado Segundo Penal del Circuito de Palmira (V).

FUNDAMENTOS DE LA ACCIÓN

1. La Fiscalía 66 Seccional de Santiago de Cali profirió resolución de acusación en contra de Blanca Gladys Otero Caicedo, por un concurso homogéneo - heterogéneo y sucesivo de delitos de hurto agravado y falsedad en documento privado por destrucción, supresión y ocultamiento. Al resolverse el recurso de apelación interpuesto contra dicha providencia, la Fiscalía Delegada ante el Tribunal de Cali la modificó en el sentido de adecuar la conducta imputada como un concurso homogéneo y sucesivo de estafas y revocó el cargo por el concurso de delitos por falsedad en documento privado.

2. La parte civil, dentro del término establecido en el artículo 446 del C.P.P. solicitó al juez de conocimiento la declaratoria de nulidad de la

calificación argumentando que la modificación que hiciera de la adecuación típica la Fiscalía Delegada ante el Tribunal no era de su competencia, solicitud que se resolvió con auto del 24 de noviembre de 1997 y en el que no se nulitó la actuación pero se ordenó modificar la calificación provisional que se dio del hecho punible en la resolución que profirió la Fiscalía Delegada ante el Tribunal en segunda instancia, para imputar a la procesada los delitos de hurto agravado en concurso con el de falsedad.

3. El Juzgado Segundo Penal del Circuito de Palmira (V) con sentencia del 31 de agosto de 1998 condenó a la demandante a una pena principal de 37 meses de prisión como coautora de los delitos de hurto agravado y falsedad en documento privado.

4. La demandante acudió a la acción de tutela alegando:

a. El demandado profirió sentencia en un proceso viciado de nulidad, pues no era de su competencia variar la imputación delictiva que el ente acusador hizo en la resolución de acusación en segunda instancia, pues esa no es la función atribuida por la ley al juzgador.

b. De otra parte, como la sentencia se notificó a través de edicto al defensor sin haberse librado citación para notificarle personalmente el fallo condenatorio, lo cual se hizo con las demás partes,se desconoció el derecho a la igualdad y al de defensa.

5. En este momento no procede ningún recurso o acción contra la sentencia, razón por la que es procedente hacer la reclamación por vía de tutela, pues se incurrió en vía de hecho.

6. La sentencia proferida por el Juzgado accionado no fue recurrida, por lo que el 5 de octubre de 1998 se ordenó remitir las diligencias al Juzgado de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad.

7. El doctor Luis Arturo Ospina Henao, quien venía haciendo de defensor de Blanca Gladys Otero Caicedo en el aludido proceso, le sustituyó el poder a la doctora Lisbeth Ospina Henao con memorial que fue elaborado el 6 de agosto de 1998, al que se le dio nota de presentación personal por el sustituido ante el juzgado 6 Penal Municipal el 19 del mismo mes y año. La sustitución fue entregada ante el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Palmira el 28 de octubre de 1998, la que fue agregada al expediente sin recibir actuación alguna.

8. La demanda de tutela fue presentada por la doctora Lisbeth Ospina Henao sin especificar en qué calidad o por qué hacía las peticiones a nombre de Blanca Gladys Otero Caicedo.

La Sentencia del Tribunal

El Tribunal declaró improcedente la reclamación del demandante, con los siguientes argumentos:

1. Siendo la acción de tutela de carácter residual, ella procede con ocasión de decisiones o actuaciones judiciales que correspondan a vías de hecho.

2. Se consideró improcedente la acción por cuanto que los sujetos procesales gozaron en el trámite del proceso penal de todas las garantías procesales. El silencio de aquellos ante las decisiones legalmente notificadas no pueden dar lugar ahora a reclamaciones que sólo debieron formularse en el curso de la actuación procesal, pues la acción constitucional no es útil a la negligencia de aquellos por haber dejado precluir las oportunidades o vencer los términos para contradecir lo que se considera opuesto a los intereses vinculados al susodicho proceso.

3. Resalta el Tribunal que ningún derecho fundamental se desconoció al notificar se la sentencia mediante edicto sin citación personal previa, porque en el caso concreto legalmente no era exigible el cumplimiento de tales requisitos y de otra parte aquella debe hacerse personalmente al agente del Ministerio Público y al procesado sólo cuando está privado de la libertad, situación que no se dio en el asunto a que se refiere el petente.

4.El *a quo* estudió la demanda considerando a la abogada Lisbeth Ospina Henaocomo defensora de Blanca Gladys Otero Caicedo en la actuación judicial agotada contra aquella en el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Palmira.

La Impugnación

El fallo de tutela fue impugnado por la demandante, quien guardó silencio en cuanto a los motivos de su inconformidad, no siendo ello óbice para que la Sala resuelva lo que en derecho corresponda.

Consideraciones de la Sala

Conforme a lo dispuesto en el artículo 10 del Decreto 2591 de 1991 la acción de tutela pude ser interpuesta directamente por el afectado o por intermedio de apoderado, pero en este último caso se deben respetar la reglas establecidas para el ejercicio de la profesión.

Como la titular de los derechos reclamados en la demanda estudiada es Blanca Gladys Otero Caicedo, ha de entenderse que la doctora Lisbeth Ospina Henao está actuando en representación de aquella, pues de una parte no se demostró que la agenciada se encuentre en la situación en que es posible deprecar la tutela como agente oficioso, esto es, la imposibilidad para promover su propia defensa, y de otra parte tal situación no se puso de presente en la demanda,alegación que debe ser expresa conforme a lo exigido por el artículo 10 del citado Decreto 2591.

Para la Corte en el *sub judice* la petente requería de poder para actuar en representación de Otero Caicedo, dado que cumplía una gestión profesional y no obstante que la Sala había admitido que el defensor dentro del proceso penal pudiera interponer acción de tutela cuando estimara que allí se habían violado garantías de su defendido, en realidad como lo sostiene la Corte Constitucional en recientes pronunciamientos, se trata de una acción diferente y por lo tanto debe actuar con poder especial para ello.

Colígese de lo dicho que el Tribunal debió rechazar la demanda sin entrar a emitir fallo, por lo que se impone la declaratoria de nulidad de lo actuado y el rechazo de la demanda, como se hará en esta instancia, en decisión que no admite recurso alguno.

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. Declarar la nulidad de lo actuado por el Tribunal a quo a partir del auto mediante el cual avocó el conocimiento de la presente acción de tutela.

2. Rechazar la demanda de tutela que presentó la doctora Lisbeth Ospina Henao contra el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Palmira (V) por las razones expuestas en los considerandos de esta providencia.

3. En firme esta decisión se devolverá la actuación al Tribunal de Origen.

Notifíquese y cúmplase.

Jorge Enrique Córdoba Poveda, Fernando E. Arboleda Ripoll, Ricardo Calvete Rangel, Carlos Augusto Gálvez Argote, Jorge Aníbal Gómez Gallego, Edgar Lombana Trujillo, Carlos E. Mejía Escobar, Didimo Páez Velandia (con salvamento de voto), *Nilson Pinilla Pinilla.*

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria

Nota de Relatoría: Véase salvamento de voto publicado con la sentencia 4801 del 8 de septiembre de 1998 del Dr. Didimo Páez Velandia, pág. 740.

DECLARATORIA DE INSUBSISTENCIA: el juez en tutela no está facultado para calificar la existencia y validez de la motivación del acto administrativo, esta labor que en forma privativa corresponde a la jurisdicción administrativa.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Santafé de Bogotá, D. C., once (11) de diciembre de mil novecientos noventa y ocho (1998).

Magistrado Ponente: Dr. *Carlos Augusto Gálvez Argote*

Radicación No. 5083

Aprobado Acta No. 192

VISTOS

Decide la Corte la impugnación interpuesta por Elizabeth Fonseca de Rojas, contra el fallo proferido por el Tribunal Superior de esta capital el 20 de octubre del año en curso, que denegó por improcedente la acción de tutela instaurada contra la Jueza 56 Penal Municipal Dra. Gladys Adela Murillo Rodríguez, en protección de los derechos de igualdad, petición y trabajo.

FUNDAMENTOS DE LA ACCIÓN

Afirma la accionante haberse vinculado a la Rama Judicial desde hace aproximadamente 25 años, desempeñándose en los últimos tres como secretaria del Juzgado 56 Penal Municipal. El primero de junio del año en curso por reemplazo del anterior titular, llegó a laborar a dicha oficina la Dra. Gladys Adela Murillo Rodríguez, ante quien solicitó vacaciones que disfrutó del primero al 23 de septiembre. Cuando se reincorporó al trabajo, aquélla le instó a que renunciara al cargo, como se negara y en su lugar hiciera una nueva petición de vacaciones, por intermedio de la notificadora del juzgado, se le comunicó que mediante Resolución No. 010 de esa fecha fue declarada insubsistente, aduciéndose sin ninguna otra motivación, que por estar nombrada en provisionalidad, era de libre nombramiento y remoción.

En su criterio, la destitución declarada en su contra es a todas luces injusta, habida cuenta del largo trayecto que lleva trabajando en la Rama Judicial sin haber tenido siquiera un llamado de atención en los distintos cargos que ha desempeñado, de ahí que en su criterio, la «insubsistencia debe estar motivada por factores de orden disciplinario, intelectuales o morales», circunstancia no tenida en cuenta en este caso.

De otra parte, dice haberse violado igualmente el derecho de petición, como quiera que el propio 23 de septiembre solicitó sus vacaciones, sin que hasta la fecha se le hubiere dado respuesta.

FALLO DEL TRIBUNAL

Entiende el Tribunal como plenamente ajustado a derecho el proceder de la Jueza accionada, en la medida en que el cargo desempeñado por la señora Fonseca de Rojas era de libre nombramiento y remoción, por lo que en ningún momento necesitaba motivar la insubsistencia, de donde carece de sustento afirmar la vulneración de los derechos a la igualdad y al trabajo, máxime cuando el artículo 130 de la Ley 270 de 1996, establece un procedimiento previo disciplinario solamente para los empleados de carrera.

De otra parte, para el a quo, tampoco se presenta violación del derecho de petición, respecto del escrito de solicitud de vacaciones que hiciera a la Juez el 23 de septiembre y que no le fuera respondido, pues precisamente en esa misma fecha se profirió la resolución mediante la cual se declaró su insubsistencia. Finalmente en relación con el recurso de reposición impetrado contra la Resolución referida, como quiera que no había vencido el término que tiene la accionada para responderlo, no podría igualmente por este motivo afirmarse violación de ese mismo derecho fundamental.

En consecuencia, deniega por estimarla improcedente la acción de tutela presentada.

IMPUGNACIÓN

Sustenta la accionante el recurso interpuesto, en el hecho de que no obstante desempeñarse en provisionalidad, el proceso para proveer los empleos de la Rama Judicial no ha concluido, pues solamente se cumplió con la prueba de conocimientos y que si bien perdió dicho examen, el 27 de agosto pasado interpuso el recurso de reposición contra la calificación que le fuera dada, sin que hasta el momento se haya producido una respuesta a la misma, de donde entiende que por respeto a la estabilidad laboral, por lo menos ha debido esperarse a que se desatara dicho recurso contra el resultado de dicha evaluación, insistiendo en la viabilidad de la tutela a sus derechos a la igualdad y trabajo.

CONSIDERACIONES

1. Partiendo del supuesto según el cual, resultaba para la Jueza accionada absolutamente imperativo deber motivar en factores «de orden disciplinario, intelectuales o morales», la resolución por medio de la cual declaró su insubsistencia, es que acude la señora Elizabeth Fonseca de Rojas a la acción de tutela en este caso.

Por lo tanto, es a partir de una concepción extrema sobre el deber que tiene la administración de motivar absolutamente todos sus actos, que fluye para la solicitante la obligación de su superior y directo nominador, pese a tratarse de una empleada al servicio de la Rama Judicial que ocupaba en provisionalidad el cargo de secretaria del Juzgado 56 Penal Municipal, de explicar justificativamente las razones para prescindir de sus servicios.

2. En primer término, debe reconocerse que si bien al asumirse entre nosotros como forma de Estado a partir de la Constitución Política de 1991, el Social y Democrático de Derecho, sería lo más compatible a ella adoptar la tesis radical de conformidad con la cual sea exigible la motivación de los actos administrativos, con miras a lograr a partir de la publicidad de las razones del acto su eficaz control de legalidad, su real teleología fundamentadora e inclusive su utilidad y correcto sentido procesal como medio probatorio de la voluntad manifestada por la administración.

No obstante, ello no es posible ni necesario incluso, en todos los casos, como por ejemplo en relación con cargos de libre nombramiento y remoción, respecto de los cuales existe una auténtica facultad discrecional así prevista en función del buen servicio, que por su naturaleza y características no exige, desde luego, la expresión de los motivos para que la administración profiera sus decisiones.

3. Sobre el particular, además, se impone una distinción necesaria; uno es el motivo entendido como la exposición de las razones fundamentadoras en virtud de las cuales se expide la decisión y otra la finalidad que se puede buscar con ella. En el primer caso, dicho sustento no puede ser sino legal, esto es, que se entra directamente a cuestionar el contenido del acto, por el segundo, la situación de hecho en que se ha edificado el motivo.

4. Precisamente en el caso *sub judice*, en criterio de la accionante debía exigirse a la Jueza accionada que al momento de proferir la Resolución de insubsistencia, expresara los motivos para tomar esta decisión, pues en su concepto no sería suficiente con manifestar como razón implícita que podía adoptarla por tratarse de una empleada que ejercía un cargo en provisionalidad, por lo mismo de libre nombramiento y remoción, toda vez que mal hizo en prescindir de anteponer una racionalidad de orden disciplinario, intelectual o moral para ello.

De ahí que, independientemente de si asiste o no razón a la solicitante respecto a que en verdad al ponerse de presente su situación administrativa este hecho resultaba irrelevante como criterio motivacional del acto, es claro que al juez de tutela le esta vedado emitir cualquier calificación sobre el mismo, esto es, identificar en ello una eventual carencia de motivo, una falsa motivación o una irregular calificación de los motivos expuestos, pues esta necesariamente es una labor que en forma privativa corresponde a los jueces de lo contencioso administrativo, ante quienes en consecuencia es lo procedente ejercer las acciones pertinentes.

5. Así, si el acto se valora como inmotivado, se presume en la insubsistencia razones de buen servicio y sería demandable mediante la acción de nulidad y restablecimiento del derecho; a su turno, por la causal de nulidad derivado de una falsa motivación, si las razones aducidas no corresponden a las que se consagran en la ley; finalmente, por desvío de poder si no se trata del ejercicio de la facultad discrecional de remoción, sino tomando represalias por motivos personales, políticos, etc., incompatibles con criterios de buen servicio.

6. En consecuencia, existiendo procedimientos especiales ante jueces con un ámbito de competencia propio para la solución de situaciones como la presente en que se afirma la vulneración de derechos fundamentales, debe el juez de tutela ser muy cauteloso a la hora de propiciar pretextando una amplia atribución para el amparo de garantías, pues su intervención además de improcedente, podría por el contrario restringir la posibilidad del ejercicio de las acciones ordinarias llamadas a definir conflictos como el que surge del caso planteado.

7. Por último, no puede haber desde luego vulneración al derecho de petición, y en ello razón asiste al Tribunal, pues la solicitud de vacaciones no procedía en vista de que en la propia fecha de ser presentada se profirió la resolución por medio de la cual se declaró la insubsistencia de la accionante. Tampoco en relación con el recurso de reposición interpuesto, sencillamente porque en razón de la naturaleza del acto su única alternativa de cuestionamiento está dada a través del ejercicio de las acciones contencioso administrativas.

La sentencia impugnada, en consecuencia, 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:

1. Confirmar la sentencia impugnada.

2. Ejecutoriada esta decisión; 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.

Jorge Enrique Córdoba Poveda, Fernando Arboleda Ripoll (sin firma), *Ricardo Calvete Rangel, Carlos Augusto Gálvez Argote, Jorge Aníbal Gómez Gallego, Edgar Lombana Trujillo, Carlos Eduardo Mejía Escobar* (sin firma), *Didimo Páez Velandia, Nilson Pinilla Pinilla.*

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria

CONTAMINACION AMBIENTAL, DERECHO A LA LIBERTAD DE EJERCER PROFESION U OFICIO: la contaminación generada porempresa avícola no vulnera el derecho del propietario de un restaurante a ejercer oficio por la disminución de sus ingresos/ **SENTENCIA DE TUTELA:** 1. la orden de impartir sanciones *ipso facto* a los infractores de normas ambientales desconoce el derecho que éstos tienen a la defensa y a un debido proceso. 2. La orden impartida a la entidad accionada de abstenerse de propagar olores nauseabundos no puede ser inmediata, lo procedente es ordenar se adelanten los trabajos necesarios para evitar la propagación ambiental de olores / **TUTELA CONTRA PARTICULARES, DERECHO A LA SALUD:** las personas afectadas en su salud por los problemas de contaminación se encuentran en estado de indefensión respecto del particular que con su actividad contamina el ambiente, en este caso procede la tutela/ **MEDIDAS PROVISIONALES EN TUTELA:** no es procedente en segunda instancia la solicitud de suspensión del acto administrativo.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Santafé de Bogotá, D. C., dieciséis (16) de diciembre de mil novecientos noventa y ocho (1998).

Magistrado ponente: Dr. *Didimo Páez Velandia*

Radicación No. 5102

Aprobado Acta No. 195

Por impugnación del apoderado de la Empresa Granja Avícola Buenos Aires S. A., del Secretario de Salud Municipal de Ibagué y el apoderado del accionante Ismael Quintero Rojas, han llegado las presentes diligencias a esta Corporación para conocer de la sentencia de fecha 10 de noviembre del corriente año, mediante la cual el Tribunal Superior de la citada ciudad tuteló en favor de los accionantes los derechos fundamentales "a la salud, integridad física y consecuencialmente a la vida; conformación, preservación y desarrollo de la familia; la intimidad y unidad familiar; igualdad ante la ley; libre desarrollo de la personalidad; y, medio ambiente sano", vulnerados por la Empresa Granja Buenos Aires S. A. y

por omisión de las autoridades encargadas del control ambiental Cortolima, Secretaría de Salud Municipal y Jefatura de Saneamiento Ambiental de Ibagué.

FUNDAMENTOS DE LA ACCIÓN

Dicen los accionantes Ismael Quintero Rojas y Sandra Patricia Cañizales, ser propietarios del restaurante "Nuevo Peaje" ubicado en el corregimiento Buenos Aires en jurisdicción del Municipio de Ibagué, y estar afectados en sus "derechos fundamentales de libre desarrollo de su personalidad, intimidad, igualdad, libre empresa, conformación, preservación y desarrollo de la familia, la vida, integridad física, salud, gozar del medio ambiente sano y limpio, un espacio publico libre de contaminación", con ocasión de las actividades desarrolladas por la Granja Buenos Aires que se encuentra precisamente al frente de su establecimiento comercial, de donde emanan olores nauseabundos y enjambres de moscas, que hacen imposible la normal supervivencia en sus contornos, viéndose afectada gravemente la salud de su pequeña hija María Camila Quintero Cañizales a quien tuvieron que enviar a Girardot donde sus abuelos por prescripción médica, como consecuencia del grado de polución.

Afirman hallarse en estado de inferioridad con relación al particular accionado debido a la disposición final de basuras, incumplimiento de construcción de barreras tecnológicas que impidan la propagación de moscas y malos olores, sin medidas sanitarias que eviten la contaminación ambiental en la zona y en las quebradas El Cabuyo y La Barbona.

Se refieren en concreto a las omisiones de las autoridades locales y regionales para atender los varios y reiterados reclamos de los vecinos del lugar, lo que conduce a la imposibilidad manifiesta de poder ejercer un arte, profesión u oficio licitos y los derechos fundamentales reclamados, razón por la cual solicitan que de inmediato y como mecanismo transitorio, se proceda a la suspensión provisional de la autorización administrativa de explotación empresarial a la Granja Avícola y se le prohiba la invasión del espacio público aéreo y se le imparta la orden de despejar y hacer cesar la actividad contaminante, decisión que evitaría mayores perjuicios patrimoniales, morales y sanitarios.

EL FALLO RECURRIDO

El Tribunal Superior de Ibagué en su sentencia, hace un profundo análisis de la situación vivida por los habitantes de la zona afectada por l contaminación ambiental producida por las actividades avícolas de l Empresa Granja Buenos Aires S. A., apoyado en las pruebas testimoniales recibidas, la diligencia de inspección judicial practicada por el Magistrado sustanciador, el contenido del video que aportó uno de los declarantes y los informes recibidos por las autoridades accionadas, para concluir

apoyado en criterio de la Corte Constitucional, que a pesar de que la acción está dirigida a obtener la protección de derechos colectivos y para que las autoridades competentes cumplan con sus funciones y con las normas que regulan esa clase de actividades, en el caso concreto por haber sido violados derechos fundamentales y puestos en peligro otros de la misma naturaleza, por la actividad avícola de la empresa accionada y la omisión de las autoridades, resulta procedente la acción de tutela.

Puntualiza que "No existe alternativa diferente a la de acoger la petición elevada por los accionantes para que se obligue por la jurisdicción constitucional que en este momento representamos, a las accionadas, esto es, el Director de Cortolima, el Secretario de Salud Municipal y la señora Jefe de Saneamiento ambiental de Ibagué, a que de inmediato entren a tomar las previsiones coercitivas indispensables para que los propietarios de la Granja Avícola de Huevos Vigor, o Granja Buenos Aires, ubicada en el Corregimiento del mismo nombre, cumplan, también de inmediato con las exigencias de las normas que sobre el medio ambiente dispone la ley pertinente" (fl. 408 y 409).

"Y son precisamente a las citadas entidades estatales a las que corresponde aplicar los correctivos del caso, imponer las sanciones adecuadas y proporcionadas a la mal disimulada reticencia y evasiva de los responsables del funcionamiento de la citada granja en calidad de persona de derecho privado ante la cual también opera la tutela para que cesen, en el acto, la manifiesta actitud depredadora del medio ambiente, para que éste, en la zona de influencia de ella, como en cualquier otro lugar de nuestro territorio, sea sano, absolutamente sano, y así pueda ser disfrutado bajo igualdad de condiciones de los otros asociados que en forma afortunada no están sometidos a semejante, consentido, atropello" (fl. 410).

En consecuencia, tuteló en favor de los accionantes y de su pequeña hija, los derechos "a la salud, integridad física y consecuencialmente a la vida; conformación, preservación y desarrollo de la familia; la intimidad y unidad familiar; igualdad ante la ley; libre desarrollo de la personalidad; y, medio ambiente sano",ordenando que "..tanto el Director de Cortolima, doctor Ever Antonio Navarro Ortíz, el Secretario de Salud Municipal, doctor Felix Orlando Nieto Montenegro, y la Jefe de Saneamiento Ambiental de Ibagué, doctora Mariela Suárez Suárez, entren de inmediato -para la definitiva erradicación de la polución ambiental de olores y moscas ya ampliamente analizada- a hacer cumplir las disposiciones que sobre el control del medio ambiente, contenidas en las respectivas leyes, deben imperiosamente observar tanto los propietarios como el gerente, o quien haga sus veces, de la Granja Agrícola Buenos Aires, aplicándoles, *tpso facto*, las sanciones de rigor, incluido dentro de ellas, obviamente, de persistir los efectos contaminantes, el cierre definitivo de la empresa".

"...Ordena asimismo a la tutelada empresa industrial Granja Avícola Buenos Aires S. A. abstenerse en forma absoluta, inmediata y definitiva

de continuar propagando a la atmósfera olores nauseabundos provenientes de su proceso productivo, así como permitir la producción, proliferación e incremento de moscas como consecuencia de la ineficacia administrativa en los controles biológicos, físicos y químicos asumidos hasta este momento, so pena de incurrir en desacato.." (fls. 417 y 418).

Negó el amparo solicitado respecto del ejercicio del derecho a la libre empresa y dispuso se compulsaran copias con destino a la Procuraduría Departamental para que se investigaran las posibles faltas en que pudiesen estar incursos los funcionarios accionados.

La Impugnación

El apoderado de Ismael Quintero Rojas, impugnó el fallo al momento de la notificación personal (fl. 421), desconociéndose en esta oportunidad los motivos de disentimiento al no presentar escrito de sustentación.

La Jefe de Saneamiento - Unidad de Salud de Ibagué impugnó la sentencia pero de manera extemporánea (fl. 469).

El Secretario de Salud Municipal de Ibagué, impugna el fallo por estar en desacuerdo con la orden impartida de aplicar sanciones "*ipso facto*", es decir, de inmediato, pues en su criterio ello viola el derecho fundamental al debido proceso y el de defensa también de rango constitucional.

Agrega que según la sentencia, todo parece indicar que se estimó por parte del Tribunal que la Secretaría de Salud Municipal no ha efectuado las labores de control a la Granja Avícola Buenos Aires S. A., lo cual riñe con la realidad procesal (fl. 442). Hizo llegar al Tribunal la Resolución No. 061 del 19 de noviembre último, mediante la cual se dispuso la clausura temporal y parcial de la mencionada Granja, ordenando a su representante legal "como medida sanitaria preventiva, la aplicación adecuada y constante en el alimento de las aves, de larvatex u otro producto similar para controlar la mosca, fumigando adicionalmente la gallinaza con un insecticida efectivo y de manera adecuada, mientras persista la explotación avícola.." (fls. 11 a 15 - Cuad. No. 2 Corte).

Finalmente, el representante legal de la Sociedad Granja Avícola Buenos Aires S. A. a través de apoderado, impugnó la sentencia que ocupa la atención de la Sala, por estimar improcedente la acción de tutela contra particulares, ya que su representada no se encuentra dentro de las situaciones previstas en el artículo 42 del Decreto 2591 de 1991, esto es, ser prestadora de un servicio público o que los accionantes respecto de ella se encuentren es estado de subordinación o indefensión y, además, los accionantes no carecen de medios de defensa judicial para la protección de sus derechos.

Destaca que las actividades de su representada datan de más de 35 años con lo cual no pretende que "se encuentre legitimada para causar

deterioro del medio ambiente, ni para vulnerar derechos constitucionales fundamentales. Pero ese lapso transcurrido en ejercicio de tales actividades en el mismo lugar, sí es indicativo de que las personas que de una u otra manera se hayan visto afectadas por las mismas, han contado a lo largo del tiempo con mecanismos judiciales a su disposición, idóneos para enfrentar efectivamente cualquier vulneración de sus derechos" (fl. 445).

Acepta que la acción de tutela resulta viable cuando no se cuenta con otros recursos judiciales para la protección de derechos fundamentales, lesionados o amenazados por otros de naturaleza colectiva, es decir, que exista conexidad entre unos y otros. Empero, en el caso concreto la presunta afectación de la menor hija de los accionantes, no obedece precisamente a las actividades de su representada, pues los quebrantos de salud determinados por los galenos que así lo certifican, pueden ser consecuencia de el consumo de alimentos contaminados o de aguas no tratadas, además que en el sitio de residencia de la familia Quintero Cañizales, no tiene servicios públicos como el alcantarillado. En cambio, sí lo tienen las numerosas familias que habitan dentro del área de la empresa y más de 150 niños de toda la región que cuentan con una escuela en la granja, es decir, que la enfermedad de la niña no sería consecuencia de las actividades avícolas que cumple la empresa accionada, pues de ser ello así, estarían igualmente afectados sus padres y demás miembros de la comunidad, lo que equivaldría a un patético cuadro de enfermedad colectiva, lo cual brilla por su ausencia.

Agrega el libelista que otro factor que ha debido indagarse en el trámite de esta acción, es el relativo al consumo de agua por parte de los solicitantes, por cuanto las infecciones diarréicas que padece la menor se adjudican a la contaminación de aguas y alimentos, lo cual no ocurre con la población que se halla dentro del área de la Granja, pues allí sí se cuenta con el servicio de acueducto o agua potable, teniendo la familia Quintero Cañizales que consumir agua subterránea que no recibe tratamiento alguno, siendo ello ajeno a las actividades que cumple su representada.

Estima que la violación o amenaza de un derecho fundamental no se determina por la subjetividad que presente el accionante, pues la creencia de que la presencia de moscas y malos olores atenta contra el derecho a la vida, es cuestión que para el caso concreto no se presenta, ya que es necesario un mínimo de evidencia fáctica con daño material o moral, lo cual no se halla demostrado y menos con relación a la salud, a la vida y al disfrute de un núcleo familiar que se aducen, sin desconocer que en el ejercicio de las actividades de la empresa "se generan varias molestias ambientales que, dicho sea de paso, se encuentran en vía de corrección..." (fl. 449).

Se encuentra también en desacuerdo con la sentencia, en cuanto a la orden perentoria de aplicar *ipso facto* las sanciones de rigor, ya que la

naturaleza de los fallos de tutela es esencial y excluyentemente de carácter preventivo, y no sancionador, pues la imposición de sanciones por actividades contaminantes se halla reglada por la Ley 90 de 1993 y en el Decreto 1594 de 1984, luego la orden dada por el Tribunal obliga a los funcionarios a que violen las disposiciones reguladoras de la materia, con claro detrimento del debido proceso y el derecho de defensa. Además, se invade la esfera autónoma del organismo competente para salvaguardar el medio ambiente, es decir, se incurre en extralimitación de funciones, lo que resulta inadmisible en nuestro sistema jurídico.

Advierte el recurrente que como consecuencia del fallo del Tribunal, Cortolima dictó resolución ordenando el cierre temporal de la Granja, lo cual, puede resultar más nocivo que los presuntos males que se pretenden corregir "Si se tiene en cuenta que en aquél lugar se encuentran doscientas veinte mil (220.000) gallinas ponedoras que producen veinte mil toneladas de gallinaza por razones naturales y no por razones industriales...".

Agrega que con dicha medida "se verá seriamente comprometido el interés público, puesto que la mortandad por sacrificio o inanición de 220.000 aves generará indudablemente consecuencias de insospechable magnitud dañina para el medio ambiente y la salud de las personas. Además, la suspensión de 450 empleos directos obligatoria ante el fallo, provocará la indudable agravación de los problemas de empleo que ya padece como la que más la ciudad de Ibagué" (fl. 452).

Solicita de la segunda instancia se disponga la inmediata suspensión de la Resolución mediante la cual se dispuso el cierre temporal de la granja avícola, dando aplicación al artículo 7° del Decreto 2591 de 1991 y en el fallo revocar la sentencia impugnada, por no existir vulneración de derechos fundamentales invocados por los accionantes y, de manera subsidiaria, se excluya a la sociedad por él representada, por ser un particular contra quien no procede la acción de tutela.

Consideraciones de la Corte

Para conservar un orden lógico, la Sala procederá a dar respuestas a los recurrentes, exclusivamente en cuanto se refiere a los motivos específicamente señalados por cada uno y, con relación al apoderado de Quintero Rojas, ante la ausencia de sustentación de la impugnación, como la mayoría considera que ello no es óbice para decidir, se proyecta de fondo en cuanto a lo desfavorable, con mi salvedad ampliamente conocida.

El Tribunal Superior de Ibagué, para negar el amparo solicitado respecto del derecho a la propiedad privada como libre empresa, presuntamente vulnerado por las actividades de la Granja Avícola Buenos Aires S.

A., advierte que "no quedó demostrada la relación de causa a efecto que debe existir entre uno y otro, esto es, entre dicha conducta y el efecto menoscabo al derecho que tiene cualquier ciudadano para crear y sostener la libre empresa" (fl. 416).

Lo cierto es que el mencionado derecho lo reclaman los accionantes por considerar que la Granja Avícola con sus actividades, viene impidiendo el normal ejercicio de un arte, profesión u oficio lícitos en su restaurante "Nuevo Peaje", es decir, con afectación de la clientela que por razón de la proliferación de moscas y los malos olores se ha visto disminuida.

Es claro que la citada empresa y las autoridades demandadas, en manera alguna han impedido el ejercicio de la actividad mencionada, pues ninguna noticia existe de que las primeras les haya perturbado en su ejercicio, exigido requisitos no previstos en la ley o cerrado temporal o definitivamente su negocio. Lo que eventualmente puede presentarse y en razón a las causas ya dichas, es la disminución de ingresos ante la reducción en sus ventas, lo cual constituiría no la afectación del derecho fundamental reclamado, sino un presunto daño económico que no puede ser objeto del amparo constitucional pretendido por los accionantes.

El Secretario de Salud Municipal de Ibagué no cuestiona en sí la sentencia de primer grado en cuanto tuteló derechos fundamentales de los accionantes. Su reparo lo hace consistir en que el Tribunal al ordenar a las diferentes autoridades, aplicar a la Granja Avícola Buenos Aires S. A., "*ipso facto*" las sanciones correspondientes por incumplimiento de sus obligaciones como empresa, cuyas actividades afectan gravemente el Medio Ambiente y, como consecuencia de ello derechos fundamentales de los accionantes y demás vecinos del lugar, se les está obligando a que dicten actos administrativos de manera inmediata, lo cual conduce a que se violen los derechos a un debido proceso y el de defensa.

Asiste razón al recurrente y también al apoderado de la empresa accionada en este punto, puesto que las órdenes del juez de tutela, así ellas se dirijan al amparo de derechos fundamentales, no pueden conducir a la afectación de otros y menos si se trata de derechos de rango constitucional.

Para el caso concreto y ante la indiscutible omisión imputada a las diferentes autoridades accionadas para hacer efectivas las disposiciones legales sobre la materia, inexorablemente aquellas tienen que iniciar o continuar con la actuación pertinente, para que luego de agotado el procedimiento previsto en la ley, es decir, oída la empresa y vencida en actuación administrativa, si en verdad resultare acreedora a las sanciones descritas para la conducta imputada, entonces sí producir el correspondiente acto administrativo susceptible de ser impugnado, pues solo así se garantiza el ejercicio pleno de los derechos de un debido proceso y de

defensa, que debe ser observado tanto en las actuaciones judiciales como administrativas, conforme a lo previsto en el artículo 29 de la Carta Política.

Se impone pues, la revocatoria del fallo en cuanto ordenó a las autoridades accionadas, aplicar a la Granja Avícola Buenos Aires S. A. "*ipso facto*" las sanciones correspondientes por incumplimiento de sus obligaciones como empresa por sus actividades, y como consecuencia de ello quedarán sin efecto los actos que en cumplimiento de la determinación del Tribunal se hayan producido.

Lo anterior, en manera alguna quiere decir que las autoridades encargadas del control ambiental, en cumplimiento de sus funciones no puedan adoptar medidas urgentes para evitar daños mayores e irreparables, o que el juez de tutela para garantizar el ejercicio pleno de los derechos fundamentales, esté imposibilitado para impartir las órdenes que el caso concreto amerite, se reitera, dirigidas a conjurar la amenaza o la violación del derecho fundamental reclamado.

En cuanto a los motivos de discrepancia con el fallo aducidos por el apoderado de la Empresa Avícola Buenos Aires S. A., adicionales al ya considerado anteriormente sobre las órdenes impartidas por el Tribunal a las diferentes autoridades también accionadas, le asiste razón en lo relativo a que la tutela por expreso mandato del artículo 45 del Decreto 2591 de 1991 no procede contra particulares por conductas legítimas.

Sin embargo, es preciso puntualizar que la omisión en el cumplimiento de los deberes que impone la ley al particular, y también las conductas que en alguna forma se apartan de tal ordenamiento, no pueden considerarse como legítimas y en tal evento, indiscutiblemente que de afectar derechos fundamentales en los casos expresamente contemplados en el artículo 42 del referido Decreto 2591 de 1991, procede el amparo de tutela.

Es el propio recurrente quien advierte que su representada viene desde hace 35 años dedicada a las labores avícolas, con lo cual no pretende afirmar que "..se encuentre legitimada para causar deterioro del medio ambiente, ni para vulnerar derechos constitucionales fundamentales.." (fl. 445), es decir, que se es consciente de las obligaciones que les impone la legislación sobre medio ambiente.

La magnitud de la Empresa que según el libelista actualmente cuenta con 220.000 aves ponedoras que "producen veinte mil toneladas de gallinaza por razones naturales.." (fl. 452), no solamente implica para la accionada una permanente limpieza del sitio donde se mantienen los animales, sino también el adecuado tratamiento de la misma, mediante la adecuación del área de secamiento, conforme a las ya variadas y precisas recomendaciones de los técnicos sobre la materia, lo cual en verdad ha sido atendido aunque de manera parcial por la empresa.

También es cierto que la Granja Avícola Buenos Aires S. A. no es responsable de que los vecinos del lugar no cuenten con servicios públicos esenciales como acueducto y alcantarillado, como sí lo tienen quienes dependen de ella. Pero, no admite duda que el impacto del medio ambiente contaminado en la forma descrita por el Tribunal y comprobado por el Magistrado sustanciador en la diligencia de inspección judicial practicada al lugar el 25 de agosto último (fl. 291) es causado por las actividades avícolas allí realizadas por la accionada, con incidencia mayor en quienes precisamente no cuentan con los servicios básicos a que hace referencia el recurrente.

No puede desconocer la Corte que lo relativo al medio ambiente, cuenta actualmente con abundante legislación como lo indica el libelista y que, eventualmente los accionantes puedan contar con medios de defensa distintos de la acción de tutela. No obstante ello, ante la inminente afectación de la salud de los habitantes del lugar, en especial la de los niños independientemente si la enfermedad de María Camila Quintero Cañizales tiene origen en la ausencia de servicios públicos en el lugar de residencia o a causas ajenas a la actividad de la Empresa, lo cierto es que ante el eventual riesgo del derecho fundamental por excelencia que es la vida, resulta indiscutible la procedencia del amparo solicitado, pues, así la Granja Avícola Buenos Aires S. A. no sea prestadora de servicios públicos, o que los peticionarios no guarden con ella relación de subordinación alguna, resulta evidente que todos ellos se encuentran en estado de indefensión frente al comportamiento de la accionada, sin que pueda admitirse lo afirmado por el recurrente, ya que al menos con relación a la citada menor, por así contemplarlo el numeral 9° del artículo 42 del Decreto 2591 de 1991, se presume tal estado.

Finalmente, la pretensión del recurrente consistente en que debe darse aplicación al artículo 7° del Decreto 2591 de 1991, para disponer la suspensión de la Resolución No. 1813 del 13 de noviembre del corriente año resulta impertinente, pues si mediante ella Cortolima adoptó medidas sanitarias preventivas mientras persista la explotación avícola, ello es precisamente lo que le corresponde conforme a la ley.

Pero si de lo que se trata es de evitar la orden de "cierre temporal de la actividad avícola", para lo cual dispuso la evacuación inmediata de la gallinaza, ello no es posible por la vía indicada pues la norma solo faculta al juez de tutela, desde el momento mismo de la presentación de la solicitud de amparo de un derecho fundamental, para suspender "la aplicación del acto concreto que lo amenace o vulnere".

Lo pertinente es como en efecto se hizo, aunque en términos diferentes, solicitar en la segunda instancia, la revocatoria de la sentencia y como consecuencia de ello, dejar sin efectos las determinaciones u órdenes impartidas por el *a quo*.

Adicionalmente, la Resolución No. 1813 del 13 de noviembre último, según se le advierte a la destinataria en el numeral cuarto de la parte resolutiva, es susceptible de impugnación en reposición ante el Director General de Cortolima que la profirió. En caso de ser desatado el recurso en forma desfavorable, podrá demandarse el acto ante la jurisdicción contencioso administrativa, competente para disponer su suspensión provisional si se le solicita, incluso antes de ser admitida la correspondiente demanda, si es que en verdad de su ejecución pueden surgir perjuicios ciertos e inminentes al interés público como lo asegura el recurrente con relación a los 450 trabajadores y el consecuente sacrificio de las 220.000 aves ponedoras que en la Granja Avícola se encuentran actualmente.

En lo que sí le asiste razón al recurrente, es que la orden de abstención de propagar olores nauseabundos provenientes del proceso productivo impartida por el Tribunal a la empresa por él representada, no puede tener efectos absolutos, inmediatos y definitivos, pues inexorablemente su Gerente o representante legal incurriría en desacato y se haría acreedor a las sanciones correspondientes conforme a lo indicado en el artículo 52 del Decreto 2591 de 1991, razón por la cual la referida orden de la sentencia recurrida será revocada.

Sin embargo, en comunicación de fecha 23 de junio del corriente año, Felipe Fidel Tobar Caldas en su condición de Gerente de producción, el mismo que compareció a este proceso como representante legal de la sociedad accionada, manifiesta al Subdirector de Gestión Ambiental de Cortolima, ser consciente de acuerdo con la Ley 99 de 1993, "de nuestro compromiso con la Sociedad por preservar y mejorar ambientalmente el entorno..." (fl. 281), no obstante lo cual, todo parece indicar que no se ha hecho efectivo ese ineludible compromiso, es decir, no han sido oportunamente atendidas las recomendaciones dadas por las autoridades locales de Ibagué, para preservar y mejorar ambientalmente el entorno.

Se impone en consecuencia, no la abstención de actividades dirigidas a la eliminación de las causas de la contaminación ambiental, sino la iniciación y ejecución de obras y trabajos en las instalaciones de la granja, o continuar con las ya en curso, conforme a las recomendaciones consignadas en el informe de seguimiento ambiental de la Corporación Autónoma Regional del Tolima "Cortolima" de fecha 4 de diciembre de 1997, (fls. 129 a 131), así como también, las contenidas en el informe de seguimiento de fecha 17 de julio del corriente año.Entre tanto, se procederá a observar las conclusiones 3, 4, 5, 7, 9, y 10 (fls. 144 y 145), cuyo cumplimiento será verificado por la Subdirección Gestión Ambiental de Ibagué, con visitas semanales a las instalaciones e informes mensuales al Tribunal de la misma ciudad, pues el incumplimiento de los aquí dispuesto, será motivo para que dicha colegiatura inicie incidente por desacato, pudiéndole acarrear al infractor las sanciones descritas en el artículo 52 del

Decreto 2591, sin perjuicio desde luego de las que puedan imponer las autoridades ambientales pór inobservancia de las normas sobre la materia.

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. Revocar la sentencia de fecha diez (10) de noviembre del corriente año, mediante la cual el Tribunal Superior de Ibagué, tuteló en favor de Ismael Quintero Rojas, Sandra Patricia Cañizales y su menor hija María Camila Quintero Cañizales, los derechos fundamentales "a la salud, integridad física y consecuencialmente el de la vida; conformación, preservación y desarrollo de la familia; la intimidad y unidad familiar; igualdad ante la ley; libre desarrollo de la personalidad; y, medio ambiente sano", exclusivamente en cuanto se ordenó a las autoridades accionadas, de "ipso facto" , aplicar a la Granja Avícola Buenos Aires S. A. las sanciones de rigor, incluso, de persistir en los efectos contaminantes "el cierre definitivo de la empresa" y a ésta "abstenerse en forma absoluta, inmediata y definitiva de continuar propagando a la atmósfera olores nauseabundos provenientes del proceso productivo, así como permitir la producción y proliferación e incremento de moscas", por las razones consignadas en precedencia.

En consecuencia quedan sin efecto los actos administrativos que se hayan dictado en cumplimiento de las órdenes impartidas por el *a quo* en la forma ya dicha.

2. Lo anterior sin perjuicio de que el Gerente o Representante Legal de la Empresa Granja Avícola Buenos Aires S. A., o a quien haga sus veces, cumpla con las recomendaciones de las autoridades encargadas del control del medio ambiente, conforme a lo puntualizado en la parte motiva.

3. Para la notificación personal a los funcionarios y al particular accionado, dada la proximidad de las vacaciones judiciales, se comisiona al Jefe de Unidad de Fiscalías Delegadas ante el Tribunal de Ibagué, a quien se le remitirá copia de esta sentencia y de los aludidos informes de seguimiento (fls. 129 a 131 y 140 a 147).

4. Notifíquese conforme a lo previsto en el artículo 30 del Decreto 2591 de 1991, remítase el asunto a la Corte Constitucional para su eventual revisión y cúmplase.

Jorge E. Córdoba Poveda, Fernando Arboleda Ripoll, Ricardo Calvete Rangel, Carlos Augusto Gálvez Argote, Jorge A. Gómez Gallego, Edgar Lombana Trujillo, Carlos E. Mejía Escobar, Didimo Páez Velandia, Nilson Pinilla Pinilla

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria

INDICE TEMATICO SENTENCIAS PUBLICADAS TUTELAS DE SALA DE CASACION PENAL SEGUNDO SEMESTRE DE 1998

Pág.

A

AGENCIA OFICIOSA EN TUTELA

- la subordinación no es una circunstancia que permita la representación a través de agente oficioso 705

AUTONOMIA UNIVERSITARIA

- la interpretación que conforme al reglamento hace la Universidad del artículo 3o del Decreto 765 de 1977 para establecer si el trabajo desempeñado por el accionante puede sustituir el consultorio jurídico no vulnera los derechos de éste. Quien no ejerce una función judicial mal puede incurrir en la conducta descrita en el artículo 157 del Código Penal 675

C

CERTIFICADO ELECTORAL

- para obtener los beneficios establecidos en la Ley 403 de 1997 se requiere demostrar que se ejerció el derecho al voto, el certificado electoral no es el único medio de prueba que acredita este hecho 797

CONFLICTO DE COMPETENCIA

- Así la parte accionada esté integrada por una autoridad seccional, de conformidad con el artículo 37 del Decreto 2591 de 1991 la competencia radica en el juez de la sede de la entidad nacional

Pág.

- el acto o la abstención suscitada desde un determinado lugar puede proyectar y materializar sus efectos violatorios o amenazantes en otros radicando allí también competencia 697
- es competente el juez donde tiene la sede el Ministerio de Hacienda cuando lo que se pretende con la acción de tutela es la orden de inclusión de partidas en el presupuesto y de disponibilidad presupuestal 782
- Es también competente el juez del lugar donde se materializa la vulneración de los derechos, en este caso la sede vital del titular afectado por la falta de gestión de las entidades accionadas en orden a situar la partida presupuestal que garantice la cancelación de su cesantía parcial 785
- La competencia por el factor territorial la determina el lugar donde se produjo el acto de la autoridad que se cuestiona 694

CONTAMINACION AMBIENTAL

- la contaminación generada por empresa avícola no vulnera el derecho del propietario de un restaurante a ejercer oficio por la disminución de sus ingresos 830

D

DEBIDO PROCESO

- es improcedente la acción de tutela contra providencias judiciales (Reiteración) .....
- la simple vulneración de los plazos dispuestos en la ley no constituye desconocimiento del derecho 724

DEBIDO PROCESO DE TUTELA

- la nulidad por falta de citación a las autoridades nacionales que profieren el acto que se considera lesivo de los derechos del actor es insaneable 987
- la nulidad por falta de citación a las autoridades nacionales que profieren el acto que se considera lesivo de los derechos del actor se subsana al ponerla en conocimiento de las partes (artículo 145 del Código de Procedimiento Civil) 692

Pág.

- la posibilidad de impugnar la sentencia y de, en los términos del artículo 33 del Decreto 2591 de 1991, señalar ante la Corte Constitucional la conveniencia de su selección para la revisión discrecional, son medios que no pueden evadirse con la presentación de una nueva acción en la que se pretenda la modificación del fallo 687

DEBIDO PROCESO DISCIPLINARIO

- las decisiones que en ejercicio de la facultad disciplinaria profiere la Junta Central de Contadores son administrativas; la tutela no es procedente por ser una acción residual, el accionante debe agotar la vía gubernativa y si es del caso, acudir a la jurisdicción contencioso administrativa 657

DEBIDO PROCESO PENAL

- el juez tiene autonomía para aceptar o no la solicitud de ampliación de la indagatoria (artículo 361 Código de Procedimiento Penal). La negativa de ampliar la injurada no vulnera el derecho del procesado 682
- el rechazo del recurso de apelación por falta de sustentación es una decisión que si se encuentra racionalmente motivada no constituye vía de hecho 665
- vulnera el derecho el funcionario que sin mediar decisión escrita devuelve memorial irrespetuoso 777

DEBIDO PROCESO POLICIVO

- No hay vulneración al debido proceso por falta de competencia cuando el inspector de tránsito remite al juez penal las diligencias seguidas por la colisión de vehículos donde se causaron lesiones a algunos pasajeros 768

DECLARATORIA DE INSUBSISTENCIA

- el juez de tutela no está facultado para calificar la existencia y validez de la motivación del acto administrativo, esta labor que en forma privativa corresponde a la jurisdicción administrativa 825

Pág.

DERECHO A LA EDUCACION

- la interpretación que conforme al reglamento hace la Universidad del artículo 3o del Decreto 765 de 1977 para establecer si el trabajo desempeñado por el accionante puede sustituir el consultorio jurídico no vulnera los derechos de éste. Quien no ejerce una función judicial mal puede incurrir en la conducta descrita en el artículo 157 del Código Penal 675

DERECHO A LA LIBERTAD DE EJERCER PROFESION U OFICIO

- la contaminación generada por empresa avícola no vulnera el derecho del propietario de un restaurante a ejercer oficio por la disminución de sus ingresos 697

DERECHO A LA SALUD

- en los casos en que sea urgente dispensar tratamiento médico para evitar un deterioro en la salud y la exposición consecuencial de la vida del afiliado, el artículo 61 del Decreto 806 de 1998, norma de carácter legal, se torna inaplicable en desarrollo del artículo 4o de la Constitución Política 699
- las personas afectadas en su salud por los problemas de contaminación se encuentran en estado de indefensión respecto del particular que con su actividad contamina el ambiente, en este caso procede la tutela 830
- quien solicita protección mediante tutela debe demostrar que su vida esta en riesgo y por tanto, es indispensable el tratamiento odontológico que reclama 759

DERECHO AL BUEN NOMBRE EN EMISION DE CONCEPTOS

- La información de la Universidad al ICFES sobre los criterios éticos plasmados en sus reglamentos no vulnera el derecho del estudiante afectado con la descalificación 724

DERECHO AL TRABAJO

- La acción de tutela no es procedente cuando la ejecución de la sentencia que ordena el reintegro se reduce en su totalidad a factores económicos como la indemnización 772

Pág.

DERECHO DE PETICION

- no hay vulneración del derecho cuando la autoridad se abstiene de responder peticiones irrespetuosas 672
- vulnera el derecho la respuesta parcial de la autoridad 748

DERECHO DE PETICION A UNIVERSIDADES

- el término para dar respuesta a las solicitudes es el previsto en los reglamentos 718

DERECHO DE PETICION EN CENTROS PENITENCIARIOS

- el estado de privación de la libertad le impide al interno averiguar por si mismo el estado de su pedimento, lo que impone, como criterio de racionalidad y de justicia, que sea la autoridad encargada de su vigilancia y custodia la que tenga el deber de reclamar esa información y suministrársela, hasta cuando la petición sea efectivamente resuelta 815

DERECHOS DE NATURALEZA LEGAL O CONTRACTUAL

- el derecho que tiene el recluso a ser trasladado a otra penitenciaria es de rango legal por tanto, no es procedente la acción de tutela 815

G

GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

- el trámite de consulta es el previsto en el artículo 52 del Decreto 2591 de 1991 no hay lugar a aplicar por interpretación extensiva el artículo 137 del Código de Procedimiento Civil 752

I

IMPEDIMENTO EN TUTELA

- No es causal para separarse del conocimiento de la acción de tutela, el hecho de haber conocido con anterioridad de una por los mismos hechos y derechos 714

Pág.

IMPUGNACION EN TUTELA

- el término para sustentar la impugnación es de tres (3) días posteriores a la notificación del fallo, el escrito presentado con posterioridad es extemporáneo 734
- La impugnación contra el fallo de tutela no es el instrumento jurídico del que deba valerse el demandante para reclamar la expedición de copias con el objeto de adelantar investigaciones penales. En estos casos se está ante un evento de falta de interés para recurrir 806
- sustentación 788
- es indispensable la sustentación como requisito de procedencia de la impugnación 740

INCIDENTE DE DESACATO

- Es inadecuado e irrazonable presentar una acción de tutela contra la decisión que sanciona por desacato 752

INDEMNIZACION EN TUTELA

- requisitos de procedencia 744

L

LEGITIMACION ADJETIVA EN TUTELA

- el portador de licencia temporal vigente no está legitimado para intervenir como representante legal en ésta acción (artículo 229 Constitución Política) Lo procedente ante este evento es el rechazo de la demanda 731
- está legitimado el abogado para presentar acción de tutela en nombre propio cuando la providencia que presenta como lesiva de sus derechos deviene como respuesta a su postulación 792
- Necesidad de presentar poder especial para presentar acción de tutela. La ausencia de este requisito conduce al rechazo de la demanda, la conducta del *a quo* al estudiar de fondo el asunto genera nulidad 821

LEGITIMACION POR ACTIVA

- El apoderado como sujeto procesal tiene legitimidad para reclamar por vía de tutela la violación o amenaza del debido proceso como derecho fundamental 661

Pág.

M

MEDIDAS PROVISIONALES EN TUTELA

- no es procedente en segunda instancia la solicitud de suspensión del acto administrativo 830

N

NULIDAD EN TUTELA

- es insaneable la nulidad que se produce cuando el *a quo* se abstiene de resolver por considerar de manera equivocada que falta legitimidad en el accionante 661
- es nula la actuación cuando acreditada la legitimidad del demandante la sentencia de primera instancia deniega las pretensiones por estimarlas inexistente 792
- la falta de legitimación adjetiva del portador de licencia temporal es causal para decretar la nulidad 731
- la nulidad por falta de citación a las autoridades nacionales que profieren el acto que se considera lesivo de los derechos del actor es insaneable 687
- la nulidad por falta de citación a las autoridades nacionales que profieren el acto que se considera lesivo de los derechos del actor se subsana al ponerla en conocimiento de las partes (artículo 145 del Código de Procedimiento Civil) 821
- Necesidad de presentar poder especial para presentar acción de tutela. La ausencia de este requisito conduce al rechazo de la demanda, la conducta del *a quo* al estudiar de fondo el asunto genera nulidad 821

R

REFORMATIO IN PEJUS EN TUTELA

- el *ad quem* puede revisar sin cortapisa alguna las pretensiones de la demanda 759
- "es un contrasentido que ni siquiera se tenga en cuenta al recurrente cuando expresa su específica inconformidad, vale decir, que aún pueda revisarse lo aceptado por él" 764

Pág.

REGIMEN PENITENCIARIO Y CARCELARIO

- el derecho que tiene el recluso a ser trasladado a otra penitenciaria es de rango legal por tanto, no es procedente la acción de tutela 815

REINTEGRO LABORAL

- La acción de tutela no es procedente cuando la ejecución de la sentencia que ordena el reintegro se reduce en su totalidad a factores económicos como la indemnización 772

RESPONSABILIDAD POR ACCIDENTE DE TRANSITO

No hay vulneración al debido proceso por falta de competencia cuando el inspector de tránsito remite al juez penal las diligencias seguidas por la colisión de vehiculos donde se causaron lesiones a algunos pasajeros 768

S

SEGURIDAD SOCIAL

- en los casos en que sea urgente dispensar tratamiento médico para evitar un deterioro en la salud y la exposición consecuencial de la vida del afiliado, el artículo 61 del Decreto 806 de 1998, norma de carácter legal, se torna inaplicable en desarrollo del artículo 4o de la Constitución Política 699

SENTENCIA DE TUTELA

- la orden de impartir sanciones *ipso facto* a los infractores de normas ambientales desconoce el derecho que éstos tienen a la defensa y a un debido proceso 830
- La orden impartida a la entidad accionada de abstenerse de propagar olores nauseabundos no puede ser inmediata, lo procedente es ordenar se adelanten los trabajos necesarios para evitar la propagación ambiental de olores 705

T

TUTELA CONTRA PARTICULARES

- las personas afectadas en su salud por los problemas de contaminación se encuentran en estado de indefensión respecto del

Pág.

particular que con su actividad contamina el ambiente, en este caso procede la tutela 830

TUTELA CONTRA PROVIDENCIAS DE TUTELA

- La sentencia de tutela adquiere firmeza cuando la Corte Constitucional se abstiene de revisarla, resulta entonces inapropiado no reconocerle ejecutoria. No es procedente la acción constitucional contra la providencia que decide el incidente de desacato 810

INDICE CRONOLOGICO DE SENTENCIAS
DE TUTELAS
SEGUNDO SEMESTRE 1998
SALA DE CASACION PENAL

Pág.

DEBIDO PROCESO DISCIPLINARIO: las decisiones que en ejercicio de la facultad disciplinaria profiere la Junta Central de Contadores son administrativas; la tutela no es procedente por ser una acción residual, el accionante debe agotar la vía gubernativa y si es del caso, acudir a la jurisdicción contencioso administrativa

La Junta Central de Contadores profiere decisiones a través de actos administrativos, a esta conclusión se llega luego de analizar aspectos como el origen de la entidad (Decreto 2373 de 1956), reglamentación, funcionamiento, el hecho de estar adscrita a un Ministerio (artículo 16 de la Ley 43 de 1990), por la naturaleza de las decisiones que se le han encargado y los recursos que contra las mismas señala la ley (artículos 22 y 28 de la Ley 43 antes mencionada) además, de su clasificación como "unidad administrativa" (artículo 15 *ejusdem*). Así entonces, las objeciones contra las decisiones que adopte la Junta al término del trámite de procesos disciplinarios contra contadores, como la determinación de los efectos procesales por irregularidades que se hubieren presentado durante el trámite, deben ser planteadas ante la jurisdicción contencioso administrativa una vez agotada la vía gubernativa; las acciones consagradas en los artículos 83 y ss del Código Contencioso Administrativo son el medio idóneo para solicitar la protección de las garantías constitucionales fundamentales del sancionado. "[...] mal puede el juez de tutela invadir una órbita competencial que le es ajena, para imponer su criterio dentro de una actuación administrativa, máxime cuando ella ha sido objeto de toda una reglamentación propia y que no tiene desde luego carácter optativo sino imperativo trámite que bajo ninguna circunstancia puede soslayarse, no siendo procedente aún pretextando la vulneración de derechos

Pág.

pues resulta bien sabido que la intervención del juez de tutela es apenas subsidiaria." *Magistrado Ponente Doctor Carlos Augusto Gálvez Argote. Sentencia. Fecha: JULIO 07 DE 1998. Decisión: Confirma. No Tutela.* Proceso 4596 - Penal. 661

LEGITIMACION POR ACTIVA: El apoderado como sujeto procesal tiene legitimidad para reclamar por vía de tutela la violación o amenaza del debido proceso como derecho fundamental. / NULIDAD EN TUTELA: es insaneable la nulidad que se produce cuando el a quo se abstiene de resolver por considerar de manera equivocada que falta legitimidad en el accionante.

El debido proceso se vulnera en el trámite del amparo constitucional cuando el *a quo* no se pronuncia sobre la totalidad de los extremos de la litis estando dados los presupuestos para ello. La decisión del Tribunal de abstenerse de conocer la tutela por considerar que no tiene legitimación activa el apoderado que estima vulnerada la preceptiva contenida en el artículo 29 de la Constitución Política en el proceso donde actúa en representación de alguna de las partes, desconoce el debido proceso, genera una nulidad insaneable declarable de oficio, según el artículo 145 del Código de Procedimiento Civil, el cual es aplicable en el sub judice por principio de integración, según lo autoriza el artículo 4° del Decreto 306 de 1992. En consecuencia, la Sala ordena la devolución del expediente para que el Tribunal profiera el fallo que en derecho corresponda. Magistrado Ponente Doctor Ricardo Calvete Rangel. Auto. Fecha: JULIO 07 DE 1998. Decisión: Declara Nulidad. Devuelve. Proceso 4608 - Penal. 665

DEBIDO PROCESO PENAL: el rechazo del recurso de apelación por falta de sustentación es una decisión que si se encuentra razonablemente motivada no constituye vía de hecho

La Sala estudia si la deserción del recurso de alzada por ausencia de sustentación, constituye vía de hecho por "carecer de fundamento objetivo y obedecer a la sola voluntad o capricho" de los Magistrados contra quienes se incoó la reclamación (Corte Constitucional T 079 de 1993):

"De la racional motivación que exhibe la [...] providencia, donde la decisión adoptada emerge como producto de una sistemática interpretación de los artículos 196b y 215 del Código de Procedimiento Penal (adicionados y modificados, respectivamente, por los artículos 27 y 32 de la Ley 81 de 1993) -cuyo acierto, se reitera, no puede ser objeto de ponderación por vía de tutela-, y los supuestos fácticos en que se fundamenta, imputables a la

Pág.

negligencia del defensor de los accionantes en el cumplimiento de los deberes profesionales adquiridos, la cuestionada desestimación del recurso de alzada por ausencia de sustentación no reviste los caracteres de incompetencia, irracionalidad o arbitrariedad necesarios para ser considerada una 'vía de hecho' que legitime virtualmente el amparo constitucional.

Igual predicamento procede respecto 'del hecho de no haber solicitado en remisión a los sindicados - accionantes para que, conforme a las indicaciones del defensor, sustituyeran el poder en el otro profesional del derecho que acudió al acto', pues la obligatoria comparecencia de los no recurrentes privados de la libertad a la audiencia de sustentación del recurso de apelación, la deduce el *a quo* al optar por la aplicación analógica del artículo 452 del Código de Procedimiento Penal, como una de las posibles interpretaciones de que pueden ser objeto las citadas normas."

"La 'vía de hecho', como negación de los presupuestos formales y de los fundamentos objetivo propios de una motivada providencia judicial, surge de la flagrante y manifiesta contraposición del capricho o la arbitrariedad del funcionario por encima del imperativo legal, y no de la inactividad o negligencia de las partes; menos aún, de los esfuerzos interpretativos que el juez de tutela exhibe para demostrar la errada solución impartida racionalmente por el juez del proceso a un determinado caso". Magistrado Ponente Doctor Fernando E. Arboleda Ripoll. Sentencia. Fecha: JULIO 22 DE 1998. Decisión: Revoca. No Tutela. Proceso 4631 - Penal. 672

DERECHO DE PETICION: no hay vulneración del derecho cuando la autoridad se abstiene de responder peticiones irrespetuosas

No vulnera el derecho de petición, la abstención de la entidad a responder escritos irrespetuosos, el artículo 23 de la Constitución Política establece entre las formalidades la del respeto, si el accionante no cumplió con esta condición mal puede por vía de tutela solicitar respuesta. Magistrado Ponente Doctor Edgar Lombana Trujillo. Sentencia. Fecha: JULIO 23 DE 1998. Decisión: Confirma. No Tutela. Proceso 4718 - Penal. 675

AUTONOMIA UNIVERSITARIA, DERECHO A LA EDUCACION: la interpretación que conforme al reglamento hace la Universidad del artículo 3° del Decreto 765 de 1977 para establecer si el trabajo desempeñado por el accionante puede sustituir el con-

Pág.

sultorio jurídico no vulnera los derechos de éste. Quien no ejerce una función judicial mal puede incurrir en la conducta descrita en el artículo 157 del Código Penal

No aparece demostrado que la autoridad accionada haya incurrido en acción u omisión ilegal o arbitraria que haga procedente la tutela.

Las medidas adoptadas por la universidad para armonizar el artículo 3° del Decreto 765 de 1977 con la realidad social, los programas académicos y con la convivencia interna de la comunidad universitaria, son plenamente válidas por responder al principio constitucional de la autonomía universitaria y no ir en contra de la ley.

El artículo del reglamento de consultorio que supedita la autorización de sustitución de esta práctica al análisis de las funciones que el estudiante desempeña en el trabajo, se aprobó con la participación de los estudiantes y es perfectamente aplicable en la universidad, no sólo por responder a un verdadero desarrollo del artículo 1° de la Constitución Política sino porque de su texto no surge una contradicción evidente con la ley.

El artículo 157 del Código Penal no es objeto de violación cuando un empleado que sólo desarrolla labores operativas en la fiscalía cumple con la función de asesorar como miembro de Consultorio jurídico, esta asesoría es legal pues no deviene de quien ejerce función judicial; la norma tiene como finalidad proteger la independencia de la administración de justicia, evitando que en una misma persona confluyan las situaciones de asesor y sujeto de la decisión, lo que evidentemente rompería la equidad procesal. Magistrado Ponente: Doctor Carlos Eduardo Mejía Escobar. Sentencia. Fecha: JULIO 24 DE 1998. Decisión: Revoca. No Tutela. Proceso 4623 - Penal. 682

DEBIDO PROCESO PENAL: el juez tiene autonomía para aceptar o no la solicitud de ampliación de la indagatoria (artículo 361 Código de Procedimiento Penal). La negativa de ampliar la injurada no vulnera el derecho del procesado.

"[...] la teleología del citado artículo 361 de Código de Procedimiento Penal es evitar al procesado el tener que sustentar la petición de ampliar la injurada, y la dilación injustificada por parte del funcionario en la adopción de la decisión correspondiente, sin que pueda sostenerse válidamente que el mandato de 'recibirla en el menor término posible', despoje a éste del indelegable y reglado gobierno del proceso que por ley está llamado a ejercer.

Pág.

[...] se revocará la orden de "prevenir al juez en los términos indicados, pues la concesión o motivada negación de la ampliación de indagatoria, no es decisión que competa al juez de tutela, sino al funcionario de conocimiento, quien en forma autónoma e independiente, y con estricta sujeción a la ley, regenta el proceso." Magistrado Ponente Doctor Fernando E. Arboleda Ripoll. Sentencia. Fecha: AGOSTO 06 DE 1998. Decisión: No confirma. Tutela. Proceso 4680 - Penal. 687

DEBIDO PROCESO DE TUTELA. NULIDAD EN TUTELA: la nulidad por falta de citación a las autoridades nacionales que profieren el acto que se considera lesivo de los derechos del actor es insaneable.

Magistrado Ponente Doctor Dídimo Páez Velandia. Auto. Fecha: AGOSTO 06 DE 1998. Decisión: Decreta Nulidad. Notas Aclaratorias: Dr. Nilson E. Pinilla Pinilla - Salvamento de Voto. Proceso 4730 - Penal. 692

DEBIDO PROCESO DE TUTELA, NULIDAD EN TUTELA: la nulidad por falta de citación a las autoridades nacionales que profieren el acto que se considera lesivo de los derechos del actor se subsana al ponerla en conocimiento de las partes (artículo 145 del Código de Procedimiento Civil)

"[...] independientemente de si la actuación se adelanto y decidió en primera instancia con oportuno conocimiento del Instituto de Seguros Sociales a nivel nacional, en proceso que, por lo demás, culminó en tal instancia con la denegación de la tutela incoada contra dicha entidad, sigo insistiendo que, frente a la irregularidad por falta de notificación a la parte accionada, el trámite por seguir en segunda instancia es poner en conocimiento de los intervinientes la anomalía (Código de Procedimiento Civil, artículo 145) y si no se alega en el término allí previsto, quedará saneada y el proceso continuará su curso." Magistrado Doctor: Nilson E. Pinilla Pinilla. Salvamento de Voto. Fecha: AGOSTO 06 DE 1998. Proceso: 4730 - Penal. 694

CONFLICTO DE COMPETENCIA: La competencia por el factor territorial la determina el lugar donde se produjo el acto de la autoridad que se cuestiona

"Ni de la Constitución ni de la Ley cabe deducir que la competencia por el factor territorial se precisa por el lugar donde el acto de la autoridad pública cause efectos. *En cambio, una simple lectura de los artículos 86 y 37 de la Carta Política y del Decre-*

Pág.

to 2591 lleva a constatar que dicha competencia la determina el lugar donde tal acto de autoridad se produzca."

Si la petición de designación del profesor corresponde privativamente a la Secretaría del Departamento, el juez competente es el del lugar donde esta entidad tiene su sede. Magistrado Ponente Doctor Edgar Lombana Trujillo. Auto. Fecha: AGOSTO 19 DE 1998. Decisión: Dirime Conflicto. Notas Aclaratorias: Dr. Nilson E. Pinilla Pinilla - Aclaración de Voto. Proceso 4789 - Penal. 697

CONFLICTO DE COMPETENCIA: el acto o la abstención suscitada desde un determinado lugar puede proyectar y materializar sus efectos violatorios o amenazantes en otros radicando allí también competencia

" [...] la competencia en materia de tutela atendiendo el factor territorial no siempre coincide con el lugar donde acontecieron unos hechos, pues siendo el objeto del amparo la efectiva protección de derechos fundamentales ante comprobada acción u omisión de las autoridades públicas o de los particulares en los casos previstos por la ley, el acto o la abstención suscitada desde un determinado lugar puede proyectar y materializar sus efectos violatorios o amenazantes en otros. Tal es el caso de la actuación de un organismo que, no obstante tener su sede principal en determinada ciudad, irradia su ámbito de acción sobre diferentes sitios." Magistrado Doctor: Nilson E. Pinilla Pinilla. Aclaración de Voto. Fecha: AGOSTO 19 DE 1998. Proceso: 4789 - Penal. 699

DERECHO A LA SALUD, SEGURIDAD SOCIAL: en los casos en que sea urgente dispensar tratamiento médico para evitar un deterioro en la salud y la exposición consecuencial de la vida del afiliado, el artículo 61 del decreto 806 de 1998, norma de carácter legal, se torna inaplicable en desarrollo del artículo 4° de la Constitución Política.

Las restricciones y limitaciones del POS sólo "[...] operan a condición de que la vida del afiliado y obviamente su salud como derecho asociado al anterior, no se encuentren en grave riesgo. Pero si sucede al contrario, vale decir si se requiere de una inmediata intervención médica, bien sea a través del suministro de medicinas o de algún tipo de tratamiento para conjurar una crisis en la salud que ponga en peligro la vida del paciente, no le es dable a la entidad prestadora de servicios de salud negarse a suministrar la atención médica requerida, invocando normas le-

Pág.

gales o reglamentarias restrictivas del Plan Obligatorio de Salud, pues como lo tiene dicho la jurisprudencia, ante la seria afectación del derecho fundamental a la vida, prima su protección por sobre tal tipo de disposiciones, que en casos así son inaplicables. [...]"

La aplicación del artículo 61 del Decreto 806 de 1998 en el evento de afiliados que no reúnen el mínimo de semanas cotizadas para el tratamiento de enfermedades conocidas como catastróficas, ruinosas o de alto costo, así como cualquiera otra restrictiva del POS "[...] está condicionada a la no vulneración del derecho fundamental a la vida. Así pues, en los casos en que el tratamiento médico sea urgente dispensarlo para evitar un deterioro en la salud y la exposición consecuencial de la vida del afiliado, dichas normas de carácter legal se tornan inaplicables en desarrollo del artículo 4° de la Constitución Política." Magistrado Ponente Doctor Carlos Eduardo Mejía Escobar. Sentencia. Fecha: AGOSTO 25 DE 1998. Decisión: Confirma. Concede Tutela. Proceso 4742 - Penal. 705

AGENCIA OFICIOSA EN TUTELA: La subordinación no es una circunstancia que permita la representación a través de agente oficioso

La facultad de un tercero para agenciar derechos en los términos del artículo 10 del Decreto 2591 de 1991 apunta a la situación física o mental en que se halle quien sufre la vulneración o atentado a sus derechos fundamentales, mas no a la subordinación o estado de indefensión respecto del accionado, situación que se predica para la procedibilidad de la tutela frente a particulares pero que no faculta al agente para reclamar la protección de derechos ajenos.

Ante la indiscutible ilegitimidad del agente para demandar la protección de los derechos fundamentales de quien dice representar, la Sala revoca el fallo y en su lugar rechaza la acción incoada. Magistrado Ponente Doctor Dídimo Páez Velandia. Auto. Fecha: SEPTIEMBRE 01 DE 1998. Decisión: Revoca. Rechaza. Proceso 4790 - Penal. 714

IMPEDIMENTO EN TUTELA: No es causal para separarse del conocimiento de la acción de tutela, el hecho de haber conocido con anterioridad de una por los mismos hechos y derechos.

"Si bien es cierto las causales de impedimento que se aplican son las del Código de Procedimiento Penal, su interpretación debe hacerse dentro de la institución a la que están sirviendo

Pág.

[...] una interpretación tan exegética del ordinal 4° del artículo 103 del Código de Procedimiento Penal , como la que hace la Magistrada que se declara impedida, resulta inadecuada por oponerse al efecto útil de [...] la acción de tutela - la norma cuya hermenéutica se intenta.

En efecto, una tal lectura de ese artículo se opone al contenido del artículo 38 del Decreto 2591 de 1991, en cuanto ordena perentoriamente el rechazo de la acción de tutela que sea presentada por la misma persona ante varios jueces o Tribunales, cuyo real efecto [...] , es no solo sancionar con tal pena [...] al actor temerario sino prevenir la posibilidad de que se infrinja el deber de juramento sobre la no presentación de una misma acción por los mismos hechos y derechos, que impone el inciso 2° del artículo 37 del mismo Decreto, sin perjuicio de las sanciones penales a que haya lugar por la conducta en que se haya incurrido."

Magistrado Ponente Doctor Carlos Eduardo Mejía Escobar. Auto. Fecha: SEPTIEMBRE 01 DE 1998. Decisión: Declara Infundado Impedimento. Proceso 4815 - Penal. 718

DERECHO DE PETICION A UNIVERSIDADES: el término para dar respuesta a las solicitudes es el previsto en los reglamentos / DERECHO AL BUEN NOMBRE EN EMISION DE CONCEPTOS: La información de la Universidad al ICFES sobre los criterios éticos plasmados en sus reglamentos no vulnera el derecho del estudiante afectado con la descalificación

1. "Es cierto que el derecho de petición puede invocarse respecto de particulares cuando estén encargados, entre otras hipótesis, de la prestación del servicio público de educación, pero no puede exigirse que la respuesta deba producirse [...] en el término máximo de quince días previsto en el Código Contencioso Administrativo, pues las instituciones tienen su propio reglamento y se programan de acuerdo con él, de manera que es dentro de esas pautas que están obligadas a respetar el derecho del peticionario.

[...]

lo que se busca es garantizar que las personas tengan el derecho de petición ante particulares que prestan un servicio público, y ante la falta de ley que señale términos debe acogerse el reglamento de la institución, y de todas formas si no está previsto, la respuesta debe darse en un tiempo razonable que no permita inferir que se está violando la garantía."

2. El concepto rendido por la Universidad al ICFES acerca de la ausencia de condiciones para optar al título de abogado de una

Pág.

persona que ha sido condenada por un delito, tiene como respaldo el reglamento universitario que considera "[...] falta grave que un estudiante incurra en acciones consideradas delito, con lo cual la institución ejerce la autonomía que la ley le concede, y contribuye a la moralización del país.

Con esa afirmación no se le está poniendo en la picota pública, simplemente se le comunica a otra autoridad el criterio que la Universidad tiene sobre un hecho cierto, que choca contra el perfil ético que la Universidad aspira a que tengan sus egresados. [...]

Si el demandante considera que el Decano de la Facultad incurrió en comportamientos que podrían dar lugar a la comisión de algún ilícito, la vía prevista por la ley para presentar ese tipo de quejas no es la tutela sino la denuncia ante las autoridades competentes, de modo que es ante ellas que debe acudir." Magistrado Ponente Doctor Ricardo Calvete Rangel. Sentencia. Fecha: SEPTIEMBRE 02 DE 1998. Decisión: Confirma. No Tutela. Proceso 4762 - Penal. 724

DEBIDO PROCESO: la simple vulneración de los plazos dispuestos en la ley no constituye desconocimiento del derecho

Reiteración "[...] oportuno es señalar que tanto daño le hace a la administración de justicia una injustificada dilación de los términos procesales, como riesgoso lo es aun más forzar un pronunciamiento en forma precipitada por la simple vulneración de los plazos dispuestos en la ley y censurable que esta orden se imparta pretextando una mora inexistente, pues como se ha insistido en múltiples oportunidades por la Sala, es la conducta del funcionario reveladora de una verdadera denegación o renuncia en la administración de justicia, que por ser por tal modo manifiesta e injustificada, lo que propiciaría acudir a la acción de tutela." Magistrado Ponente Doctor Carlos Augusto Gálvez Argote. Sentencia. Fecha: SEPTIEMBRE 08 DE 1998. Decisión: Revoca. No Tutela. Proceso 4796 - Penal. 731

LEGITIMACION ADJETIVA EN TUTELA: el portador de licencia temporal vigente no está legitimado para intervenir como representante legal en ésta acción (artículo 229 Constitución Política) Lo procedente ante este evento es el rechazo de la demanda/ NULIDAD EN TUTELA: la falta de legitimación adjetiva del portador de licencia temporal es causal para decretar la nulidad.

"El Artículo 86 de la Constitución Política permite que se acuda a la tutela a nombre de otro y el Decreto 2591 posibilita actuar a

Pág.

través de representante', presumiendo auténticos los poderes y acepta que se agencien derechos ajenos 'cuando el titular de los mismos no esté en condiciones de promover su propia defensa' (artículo 10). Nada se indica acerca de quién puede oficiar como 'representante' razón por la cual, no siendo éste un caso de persona jurídica, minoridad u otra forma de incapacidad, es indispensable acudir a los postulados generales contenidos en la normatividad vigente.

El artículo 229 de la Carta Política preceptúa que toda persona tiene derecho a acceder a la administración de justicia y la ley indicará en qué casos podrá hacerlo sin la representación de abogado. En consecuencia, el constituyente consagró como regla general que el representante en una acción judicial, como es la tutela, debe contar con dicho título profesional.

[...]

De tal manera, la apoderada del accionante, portadora de licencia temporal vigente [...] no estaba habilitada legalmente para ejercer la profesión en acciones de tutela, institución constitucional a la cual se puede acudir por sí mismo, sin ser abogado y sin apoderado (inc. 2º artículo 14 Decreto 2591 de 1991), donde por el contrario, no se previó que el representante judicial esté exceptuado de cumplir los requisitos generales exigidos por la Constitución y las leyes para el desempeño profesional."

Ante la falta de legitimidad de personería, la Sala decreta la nulidad de lo actuado con excepción de los medios de comprobación acopiados y rechaza la acción. Magistrado Ponente Doctor Nilson E. Pinilla Pinilla. Auto. Fecha: SEPTIEMBRE 08 DE 1998. Decisión: Declara Nulidad. Rechaza. Proceso 4799 - Penal. 734

IMPUGNACION EN TUTELA: el término para sustentar la impugnación es de tres (3) días posteriores a la notificación del fallo, el escrito presentado con posterioridad es extemporáneo/ DEBIDO PROCESO: es improcedente la acción de tutela contra providencias judiciales (Reiteración)

1. "[...] si bien la acción de tutela se caracteriza por su informalidad, ello no significa que los diferentes sujetos procesales que en ella intervienen estén relevados de acatar las disposiciones procedimentales de dicha acción constitucional contenidas en el Decreto 2591 de 1991, en el cual se establece claramente el término dentro del cual es posible impugnar el fallo de primera instancia, que no es otro que el de tres días siguientes a la notificación del fallo, sin que sea admisible que quien impugne se arrogue la posibilidad de sustentarlo con posterioridad, pues el

Pág.

hecho de presentar la impugnación no implica en modo alguno la facultad de diferir el arbitrio del impugnante su fundamentación o adición. [...] Por ende cualquier escrito sustentatorio presentado por fuera del término de ejecutoria debe tenerse como extemporáneo."

2. Reiteración: Es improcedente la acción de tutela contra providencias judiciales.

No es función del juez de tutela imponer al juez natural su criterio jurídico o de valoración de los medios de prueba. O ser una instancia adicional en la cual debatir las decisiones que han resultado desfavorables al accionante.

3. Salvamento de Voto Reiteración: la sustentación es un requisito de procedencia de la impugnación.

Magistrado Ponente Doctor Carlos Augusto Gálvez Argote. Sentencia. Fecha: SEPTIEMBRE 08 DE 1998. Decisión: Confirma. No Tutela. Notas Aclaratorias: Dr. Dídimo Páez Velandia - Salvamento de Voto. *Proceso 4801 - Penal* .....

IMPUGNACION

Es indispensable la sustentación como requisito de procedencia de la impugnación 740

INDEMNIZACION EN TUTELA: requisitos de procedencia

Reiteración "El artículo 25 del decreto 2591 de 1991 faculta al juez de tutela para ordenar en abstracto la indemnización del daño emergente causado, pero para arribar a esta decisión, se deben cumplir los siguientes requisitos a) La indemnización solamente es posible decretarla si se concede la tutela; b) Que la violación sea manifiesta y provenga de una acción arbitraria; c) Que el afectado no disponga de otro medio judicial para obtener el resarcimiento del perjuicio; y, d) Que la indemnización sea necesaria para asegurar el goce efectivo del derecho.

La indemnización por vía de tutela es excepcional. No es cierto que siempre que prospera la acción de tutela [...] deba necesariamente el juez ordenar la indemnización en abstracto del perjuicio causado." Magistrado Ponente Doctor Ricardo Calvete Rangel. Sentencia. Fecha: SEPTIEMBRE 08 DE 1998. Decisión: Confirma. No Tutela. Proceso 4805 - Penal. 744

DERECHO DE PETICION: vulnera el derecho la respuesta parcial de la autoridad

Pág.

"La manifestación estatal debe ser pertinente y correlato de lo pedido, así no se acceda a lo solicitado. El pronunciamiento ha de guardar armonía y comprender la totalidad de lo inquirido, pues de lo contrario no se satisface el derecho de petición. La respuesta parcial implica la no contestación de la integridad de lo impetrado o de uno o varios aspectos que lo conformen, con lo cual se evidencia la vulneración." Magistrado Ponente Doctor Nilson E. Pinilla Pinilla. Sentencia. Fecha: SEPTIEMBRE 22 DE 1998. Decisión: Confirma. Concede Tutela. Proceso 4859 - Penal. 752

INCIDENTE DE DESACATO: Es inadecuado e irrazonable presentar una acción de tutela contra la decisión que sanciona por desacato/ GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA: el trámite de consulta es el previsto en el artículo 52 del Decreto 2591 de 1991 no hay lugar a aplicar por interpretación extensiva el artículo 137 del Código de Procedimiento Civil

1. Es inadecuado e irrazonable presentar una acción de tutela contra la decisión que sanciona por desacato. Este incidente tiene su propio control de legalidad en el grado jurisdiccional de consulta.

No aparece demostrado que la autoridad accionada haya incurrido en acción u omisión ilegal o arbitraria que haga procedente la tutela, la decisión de sancionar fue adoptada después de verificar por varios meses el incumplimiento de la orden constitucional.

2. " [...] si bien es cierto el Decreto 2591 de 1991 se integra con el Procedimiento Civil, ello es procedente cuando se trate de eventos en los que aquella preceptiva carezca de norma expresa, lo que no ocurre en este caso, ya que el trámite incidental si bien es cierto se guía por lo normado en el artículo 137 del Código de Procedimiento Civil, para la consulta, en caso de imposición de sanción, de manera perentoria se dispone que el superior jerárquico decidirá dentro de los 3 días siguientes, al tenor del artículo 52 del Decreto 2591 de 1991." Magistrado Ponente Doctor Jorge Enrique Córdoba Poveda. Sentencia. Fecha: SEPTIEMBRE 29 DE 1998. Decisión: Confirma. No Tutela. Proceso 4840 - Penal. 759

REFORMATIO IN PEJUS EN TUTELA: el ad quem puede revisar sin cortapisa alguna las pretensiones de la demanda/ DERECHO A LA SALUD: quien solicita protección mediante tutela debe demostrar que su vida está en riesgo y por tanto, es indispensable el tratamiento odontológico que reclama

Pág.

1. "En tratándose de la acción constitucional de tutela, tiene establecido la Sala, que las reglas procesales deben interpretarse dentro de la sistemática de tal institución, y en tal sentido ha establecido la procedencia de la impugnación, con prescindencia de que sea sustentado o no, de donde surge que aun fundamentado en un específico sentido, ello tampoco limita en manera alguna la competencia del *ad quem* que como Juez constitucional puede revisar la actuación sin cortapisa alguna." La Sala a pesar de que la impugnación tiene como propósito la adición del fallo de primera instancia, revoca para negar el amparo luego de efectuar una revisión sobre la totalidad de las pretensiones.

2. No es procedente la acción de tutela para obtener la orden para un tratamiento odontológico del que no hay evidencia procesal de que afecte el derecho a la vida del accionante de tal manera que siquiera la ponga en riesgo. "[...] resulta entonces improcedente la presente acción de tutela, pues ella está instituida únicamente para la defensa y protección de los derechos fundamentales, sin que pueda hacerse extensiva a todo conflicto que se genere en la sociedad, so pena de que la acción constitucional pierda su esencia extraordinaria para protección de derechos que por su importancia superlativa exigen un proceso de similar tenor, por su agilidad, eficacia y eficiencia." Magistrado Ponente Doctor Carlos Eduardo Mejía Escobar. Sentencia. Fecha: SEPTIEMBRE 29 DE 1998. Decisión: Revoca. No Tutela. Notas Aclaratorias: Dr. Didimo Páez Velandia - Aclaración de Voto. Proceso 4850 - Penal. 764

REFORMATIO IN PEJUS EN TUTELA: "es un contrasentido que ni siquiera se tenga en cuenta al recurrente cuando expresa su específica inconformidad, vale decir, que aún pueda revisarse lo aceptado por él".

Magistrado Doctor: Didimo Páez Velandia. Aclaración de Voto. Fecha: SEPTIEMBRE 29 DE 1998. Proceso: 4850 - Penal. 768

DEBIDO PROCESO POLICIVO, RESPONSABILIDAD POR ACCIDENTE DE TRANSITO: No hay vulneración al debido proceso por falta de competencia cuando el inspector de tránsito remite al juez penal las diligencias seguidas por la colisión de vehículos donde se causaron lesiones a algunos pasajeros

1. A la inspección de tránsito y transporte corresponde adelantar el proceso por infracciones al Código Nacional de Tránsito y condenar al responsable a pagar los daños ocasionados a los automotores. (Ley 23 de 1991 artículos 18.19 y 20) "No deben confundirse esas acciones con las derivadas de los hechos

Pág.

punibles de lesiones personales, las cuales según la incapacidad y la ausencia o no de secuelas configuran una contravención o un delito, cuya investigación corresponde en la actualidad a la fiscalía local o al juez penal municipal."

2. "En lo concerniente a la contravención, la competencia estaba asignada a las inspecciones penales de policía, de acuerdo con el artículo 1° de la Ley 23 de 1991, hasta el 14 de agosto de 1996 cuando fue proferida la sentencia de la Corte Constitucional que declaró inexequible parcialmente el artículo 16 de la Ley 228 de 1995.

El último precepto en mención mantenía en dichas inspecciones el conocimiento de las contravenciones de lesiones personales acontecidas antes del 22 de diciembre de 1995 y a las realizadas desde esa fecha les asignó la competencia a los jueces penales municipales. Pero, con la declaratoria de inexequibilidad de la frase 'que se cometan a partir de su vigencia', a estos funcionarios les correspondió adelantar los procesos por todas ellas (anteriores y nuevas)."

3. "Las inconformidades existentes con relación a alguno de esos procesos, ya sea el administrativo o el judicial, pueden ser manifestadas por medio de las acciones respectivas consagradas en la ley, como para el primer caso fue previsto en el inciso 3° del artículo 20 de la Ley 23 de 1991, que subrogó el 252 del Código Nacional de Tránsito, permitiendo acusar la resolución que impone el pago de perjuicios ante el Tribunal de lo Contencioso Administrativo." Magistrado Ponente Doctor Nilson E. Pinilla Pinilla. Sentencia. Fecha: OCTUBRE 06 DE 1998. Decisión: Confirma. No Tutela. Proceso 4889 - Penal. 772

DERECHO AL TRABAJO. REINTEGRO LABORAL: La acción de tutela no es procedente cuando la ejecución de la sentencia que ordena el reintegro se reduce en su totalidad a factores económicos como la indemnización

No es procedente la acción de tutela para solicitar el pago de indemnizaciones cuando la entidad accionada no ha cumplido con la orden de reintegrar al trabajador impartida mediante sentencia administrativa.

"La compensación en dinero de las obligaciones impuestas en una sentencia no siempre es posible cuando se trata de amparar derechos fundamentales, pues su protección no se hace eficaz cuando se le reduce en su totalidad a factores económicos, como la indemnización. El propósito de la tutela es impedir o evitar una agresión actual o potencial de un derecho fundamental cuyo

Pág.

amparo se puede lograr por medios diversos a la misma indemnización. Si a esta última situación se llega, esto es, si la acción de la justicia no puede hacer otra cosa que reparar a través de la orden indemnizatoria, la actualidad o inminencia como condiciones para la procedencia de la tutela no existen y por ende se hace improcedente la acción pública. Por estas razones principalmente hay que sostener que no es idóneo el proceso ejecutivo cuando se acude a la reclamación subsidiaria por el perjuicio compensatorio en los casos de reintegro al cargo, pues en últimas el derecho fundamental al trabajo y permanencia en el mismo (artículos 25 y 53 de la Constitución Política) que se ampara con el mandato de incorporación al cargo no queda satisfecho integralmente con la solución monetaria a que se ha hecho referencia." Magistrado Ponente Doctor Ricardo Calvete Rangel. Sentencia. Fecha: OCTUBRE 06 DE 1998. Decisión: Confirma. Concede Tutela. Proceso 4911 Penal. 777

DEBIDO PROCESO PENAL: vulnera el derecho el funcionario que sin mediar decisión escrita devuelve memorial irrespetuoso

En el procedimiento penal "[...] no está prevista la devolución 'de hecho' o verbal de los escritos. Incluso en tratándose de escritos irrespetuosos (artículos 39-3 Código de Procedimiento Civil y 21 del Código de Procedimiento Penal) debe ser mediante una decisión *escrita* del funcionario en la cual conste tal cosa."

La devolución de memoriales acompañada solo de la manifestación verbal de la autoridad es una actitud que viola los derechos al debido proceso, a la defensa del accionante y el derecho a acceder a la administración de justicia. La Sala concede el amparo y ordena al juez resolver en el término de 48 horas los escritos presentados. Magistrado Ponente Doctor Edgar Lombana Trujillo. Sentencia. Fecha: OCTUBRE 06 DE 1998. Decisión: Revoca. Concede Tutela. Proceso 4915 - Penal. 782

CONFLICTO DE COMPETENCIA: 1. es competente el juez donde tiene la sede el Ministerio de Hacienda cuando lo que se pretende con la acción de tutela es la orden de inclusión de partidas en el presupuesto y de disponibilidad presupuestal. 2. Así la parte accionada esté integrada por una autoridad seccional, de conformidad con el artículo 37 del Decreto 2591 de 1991 la competencia radica en el juez de la sede de la entidad nacional.

Reiteración: "Si bien es cierto el mecanismo de la tutela es sumario, breve y preferente, al alcance de cualquier persona, no se encuentra abandonado al arbitrio indiscriminado del ciudada-

Pág.

no, sino, que se debe desarrollar dentro de parámetros de lógica y coherencia.

Por ello, si la disponibilidad presupuestal y la inclusión de partidas se encuentra supeditada a la actividad del Ministro de Hacienda principalmente, el que tiene su sede en [...] Santafé de Bogotá, a pesar de ser un órgano del orden nacional, es procedente entender que la actividad judicial debe ser desplegada por un juez de esta ciudad." Magistrado Ponente Doctor Jorge Enrique Córdoba Poveda. Auto. Fecha: OCTUBRE 07 DE 1998. Decisión: Dirime Conflicto. Notas Aclaratorias: Dr. Nilson E. Pinilla Pinilla - Aclaración de Voto. Proceso 4952 Penal. 785

CONFLICTO DE COMPETENCIA: Es también competente el juez del lugar donde se materializa la vulneración de los derechos, en este caso la sede vital del titular afectado por la falta de gestión de la entidades accionadas en orden a situar la partida presupuestal que garantice la cancelación de su cesantía parcial

Reiteración: "en el caso aquí propuesto, dos de las entidades accionadas Ministerio de Hacienda y Crédito Público y Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura- tienen su sede principal en Santafé de Bogotá. Con todo, si en la petición presentada por el actor se reclama que la falta de gestión en orden a situar partida presupuestal que garantice la cancelación de su cesantía parcial, conculca derechos fundamentales suyos ('a la igualdad y al trabajo en condiciones justas y dignas'), *esta presunta omisión, si bien puede originarse de manera mediata en esta ciudad, necesariamente se materializaría en la sede vital del titular de tales derechos, para este caso en Medellín, donde además está radicada la Directora Administrativa Judicial de Antioquia, que en alguna forma, por el trámite que le correspondería desarrollar localmente, pudo resultar coadyuvando u originando el probable quebrantamiento o amenaza.*"

"De acuerdo con lo dispuesto por el inciso 1° del artículo 37 del Decreto 2591 de 1991 en cuanto también admite la competencia a prevención, ha podido el Juzgado [...] Municipal de Medellín tramitar y definir la petición, con lo cual habría además actuado, en mi concepto, de manera acorde con los principios de prevalencia del derecho sustancial, economía, celeridad y eficacia propios de la acción de tutela. (artículo 3° ib.) Magistrado Doctor: Nilsón E. Pinilla Pinilla. Aclaración de Voto. Fecha: OCTUBRE 07 DE 1998. Proceso: 4952 - Penal. 788

Pág.

IMPUGNACION-sustentación/ DEBIDO PROCESO DE TUTELA: la posibilidad de impugnar la sentencia y de, en los términos del artículo 33 del decreto 2591 de 1991, señalar ante la Corte Constitucional la conveniencia de su selección para la revisión discrecional, son medios que no pueden evadirse con la presentación de una nueva acción en la que se pretenda la modificación del fallo

1. Reiteración: La sustentación no es requisito para la admisión y estudio de la impugnación, " [...] 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 proferir como sustancial la simple manifestación del desacuerdo, sobre lo procedimental de la expresión de las razones de esa confutación, ya que sólo de esta manera se logran los propósitos del Estado Social de Derecho que propende la Constitución que actualmente nos rige."

Salvamento de voto: es indispensable la sustentación como requisito de procedencia de la impugnación.

2. "Los fallos de tutela son, sin ninguna duda, decisiones judiciales y en tal consideración están al igual que los demás fallos judiciales, amparados por las presunciones de legalidad y acierto, que solo pueden ser desvirtuadas conforme a las reglas del debido proceso que gobiernan esa acción constitucional específica.

En ese orden de ideas, las decisiones de tutela pueden ser impugnadas por aquellas partes que tengan legitimidad para hacerlo y se muestren disconformes con el contenido del fallo, pero aún si la decisión desfavorable a los intereses del impugnante se mantiene por la autoridad judicial de segunda instancia, puede acudirse a la Corte Constitucional para señalar ante sus magistrados la conveniencia de su selección para la revisión discrecional que señala el artículo 33 del Decreto 2591 de 1991.

Tan precisas reglas del proceso que rige la acción de tutela, no pueden evadirse con la presentación de otra acción de tal tipo que modifique el fallo que así adoptado corresponde al ejercicio de la independencia judicial, pilar del Estado Social de Derecho que la Constitución define." Magistrado Ponente Doctor Carlos Eduardo Mejía Escobar. Sentencia. Fecha: OCTUBRE 14 DE 1998. Decisión: Confirma. No Tutela. Notas Aclaratorias: Salva-

Pág.

mento de Voto - Dr. Dídimo Páez Velandia. Véase salvamento de voto publicado con la sentencia 4801 del 8 de septiembre de 1998. (Reiteración). Proceso 4905 - Penal. 792

LEGITIMACION ADJETIVA EN TUTELA: está legitimado el abogado para presentar acción de tutela en nombre propio cuando la providencia que presenta como lesiva de sus derechos deviene como respuesta a su postulación/ NULIDAD EN TUTELA: se anula la actuación cuando acreditada la legitimidad del demandante la sentencia de primera instancia deniega las pretensiones por estimarlas inexistente

1. Tiene legitimación para presentar acción de tutela en nombre propio el abogado que no solo actúa como apoderado de la parte civil en el proceso que cuestiona sino que la providencia que plantea como lesiva del debido proceso devino como respuesta a la postulación por él hecha en ejercicio de las facultades otorgadas por la ley procesal penal.

2. "En los eventos en donde acreditada la legitimidad del demandante el fallo niega la tutela por estimarla inexistente, la Sala ha decidido decretar su anulación por evidente vulneración del debido proceso al tenor de lo reglado por el artículo 29 de la Carta Política, en virtud a que circunscrito el fallo a patentizar la falta de legitimación, omite resolver sobre el objeto de la acción de tutela ya que no determina si en efecto se puso en riesgo o se lesionó el derecho fundamental cuya protección se demanda, y menos sobre las consecuencias que ello apareja, la que de ser suplida por la Sala privaría a las partes de la garantía de la doble instancia [...]"Magistrado Ponente Doctor Edgar Lombana Trujillo. Auto. Fecha: OCTUBRE 20 DE 1998. Decisión: Decreta Nulidad. Remite. Proceso 4933 - Penal. 797

CERTIFICADO ELECTORAL: para obtener los beneficios establecidos en la ley 403 de 1997 se requiere demostrar que se ejerció el derecho al voto, el certificado electoral no es el único medio de prueba que acredita este hecho.

"Es cierto que el Decreto 2859 de 1997, establece que los beneficios referidos en la Ley 403 del mismo año solo se harán efectivos con la presentación del certificado electoral, pero ello no significa otra cosa que la función que cumple dicho documento es la demostración del ejercicio del derecho al voto, no que el beneficio dependa de la existencia del certificado, por cuanto, bien puede suceder, como ocurrió en este caso, que se presenten situaciones imprevisibles por el legislador, como que 'por

Pág.

error involuntario la empresa encargada no elaboró algunos certificados [...]'. Por ello, y muy al contrario de lo que al respecto sostuvo el *a quo*, no era a la accionante a quien le correspondía demostrar por qué no se le expidió el certificado electoral, pues ella únicamente debía acreditar ante la Universidad que legítimamente sufragó en las elecciones anteriores al período académico respecto del cual aspiraba un descuento en el valor de la matrícula, ya que no resulta razonable y equitativo que sea el votante el que deba asumir las fallas de la administración." Sin embargo, como en el curso de la acción se reconoció el descuento a que tenía derecho la accionante, el amparo solicitado carece de objeto y por ello se confirmará el fallo. Magistrado Ponente Doctor Carlos Augusto Gálvez Argote. Sentencia. Fecha: NOVIEMBRE 10 DE 1998. Decisión: Confirma. No Tutela. Proceso 4966 Penal. 806

IMPUGNACION: La impugnación contra el fallo de tutela no es el instrumento jurídico del que deba valerse el demandante para reclamar la expedición de copias con el objeto de adelantar investigaciones penales. En estos casos se está ante un evento de falta de interés para recurrir.

"No basta para autorizar el trámite del recurso contra la sentencia de tutela el que haya sido interpuesto oportunamente por quien forma parte de los sujetos llamados a impugnar las decisiones de tutela conforme al artículo 31 del Decreto 2531 de 1991, sino que también es necesario que exista un interés legítimo en la rebeldía manifestada, el que existe en la medida en que los efectos del fallo lesionan derechos de aquél, los cuales a su vez se buscan proteger con la decisión del juez de segunda instancia."

"La censura se limitó exclusivamente a mostrar su inconformidad porque el Juez de primera instancia 'no establece ninguna sanción a la alcaldesa de Soledad'. De bulto surge que lo pretendido recae sobre algo accesorio, dejándose de atacar el fondo del asunto objeto de la acción de tutela, lo cual contraviene el objeto y fin de ésta, pues con ella se busca la protección inmediata de derechos fundamentales, cuando quiera que estos resulten vulnerados o amenazados por la acción u omisión de cualquier autoridad pública o de los particulares en los casos que señala la ley, situación ésta que no se presenta en el caso concreto. [...] La impugnación contra el fallo de tutela no es el instrumento jurídico del que deba valerse el demandante en el trámite de la

Pág.

acción constitucional para reclamar la expedición de copias con el objeto de adelantar investigaciones penales. Además esta clase de peticiones no le dan interés en la impugnación por cuanto que ello no afecta de manera alguna el derecho cuyo amparo se solicitó y concedió." Magistrado Ponente Doctor Ricardo Calvete Rangel. Auto. Fecha: NOVIEMBRE 24 DE 1998. Decisión: Rechaza Por Improcedente Impugnación. Proceso 5050 - Penal. 810

TUTELA CONTRA PROVIDENCIAS DE TUTELA: La sentencia de tutela adquiere firmeza cuando la Corte Constitucional se abstiene de revisarla, resulta entonces inapropiado no reconocerle ejecutoria. No es procedente la acción constitucional contra la providencia que decide el incidente de desacato.

"La resolución de conflictos que deban ser definidos a la luz de la normatividad que orienta este amparo constitucional, pese a su carácter preferente y sumario, es una actividad que se ejercita dentro de la misma órbita de las actuaciones judiciales y por ende, no es factor que legitima a las personas a incoarlo, so pretexto de un desconocimiento de las garantías fundamentales. La independencia de las decisiones, establecida en el artículo 228 de la Carta Política es principio que con igual rigor debe observarse en esta materia.

" [...] resulta inapropiado sostener, como lo hace el Tribunal, que respecto al fallo emitido por el Juzgado [...] no hubo ejecutoria sino vía de hecho, pese a que pasó por la Corte Constitucional y sobre el mismo se decidió no seleccionarlo, esto es, dejarlo en firme. Debe recordarse que la firmeza de una decisión judicial no se predica de la apreciación que se tenga de su contenido, sino de la ocurrencia, o no, de los factores que la consolidan. Desconocer la fuerza obligatoria de esa resolución, a la hora de ahora, es marginarla de su capacidad para producir efectos jurídicos, máxime cuando, los sujetos la consintieron y el órgano Constitucional avaló su firmeza." Magistrado Ponente Doctor Carlos Eduardo Mejía Escobar. Sentencia. Fecha: DICIEMBRE 09 DE 1998. Decisión: Confirma. No Tutela. Proceso 5122 - Penal. 815

REGIMEN PENITENCIARIO Y CARCELARIO. DERECHOS DE NATURALEZA LEGAL O CONTRACTUAL: el derecho que tiene el recluso a ser trasladado a otra penitenciaría es de rango legal por tanto, no es procedente la acción de tutela/ DERECHO DE PETICION EN CENTROS PENITENCIARIOS: el estado de privación de la libertad le impide al interno averiguar por sí mismo

Pág.

el estado de su pedimento, lo que impone, como criterio de racionalidad y de justicia, que sea la autoridad encargada de su vigilancia y custodia la que tenga el deber de reclamar esa información y suministrársela, hasta cuando la petición sea efectivamente resuelta

1. " [...] Los traslados carcelarios se encuentran regulados legalmente en los artículos 73 a 78 de la Ley 65 de 1993 y en los artículos 400 y siguientes del Código de Procedimiento Penal, estableciéndose allí cual es la autoridad competente para autorizarlos y a solicitud de quienes, dentro de los cuales se encuentra el interno (ordinal 3° del artículo 74 de la Ley 65 de 1993).

Se trata entonces de un derecho de rango legal, imposible por tanto de ser protegido por la vía de la acción de tutela."

2. "La restricción de los derechos fundamentales en que se encuentran los procesados y condenados, e incluso la pérdida temporal que éstos últimos tienen de ciertos derechos - el de ciudadanía por ejemplo -, no significa la cosificación de quienes aún en tal estado de aflicción siguen siendo personas y como tales son merecedores en cuanto hace a sus solicitudes de obtener una respuesta pronta y eficaz que satisfaga plenamente el derecho fundamental que tienen 'como personas', según lo define el artículo 23 de la Constitución Política.

Agrégase a lo anterior que el estado de privación de la libertad le impide al interno averiguar por sí mismo el estado de su pedimento, cuando ha recibido como única respuesta el traslado de el a otra autoridad, lo que impone, como criterio de racionalidad y de justicia, que sea la autoridad encargada de su vigilancia y custodia la que tenga entonces el deber de reclamar esa información y suministrársela, hasta cuando la petición sea efectivamente resuelta."

La Sala tutela el derecho de petición y ordena al Director de la Penitenciaría informar detalladamente al interno, accionante, sobre los resultados de su solicitud de traslado. Magistrado Ponente Doctor Carlos Eduardo Mejía Escobar. Sentencia. Fecha: DICIEMBRE 10 DE 1998. Decisión: Revoca. Concede Tutela. Proceso 5063 - Penal. 817

LEGITIMACION ADJETIVA EN TUTELA, NULIDAD EN TUTELA: Necesidad de presentar poder especial para presentar acción de tutela. La ausencia de este requisito conduce al rechazo de la demanda, la conducta del *a quo* al estudiar de fondo el asunto genera nulidad.

Pág.

"Para la Corte en el *sub judice* la petente requería de poder para actuar en representación de [...] [su mandante], dado que cumplía una gestión profesional y no obstante que la Sala había admitido que el defensor dentro del proceso penal pudiera interponer acción de tutela cuando estimara que allí se habían violado garantías de su defendido, en realidad como lo sostiene la Corte Constitucional en recientes pronunciamientos, se trata de una acción diferente y por lo tanto debe actuar con poder especial para ello."

"Colígese de lo dicho que el Tribunal debió rechazar la demanda sin entrar a emitir fallo, por lo que se impone la declaratoria de nulidad de lo actuado y el rechazo de la demanda, como se hará en esta instancia, en decisión que no admite recurso alguno." (paréntesis se anexó al texto). Magistrado Ponente Doctor Ricardo Calvete Rangel. Auto. Fecha: DICIEMBRE 10 DE 1998. Decisión: Declara Nulidad. Rechaza. Remite. Notas Aclaratorias: Salvamento de Voto - Dr. Didimo Páez Velandia. Véase salvamento de voto publicado con la Sentencia 4801 del 8 de septiembre de 1998. (Reiteración). Proceso 5103 - Penal. 821

DECLARATORIA DE INSUBSISTENCIA: el juez en tutela no está facultado para calificar la existencia y validez de la motivación del acto administrativo, esta labor que en forma privativa corresponde a la jurisdicción administrativa

La Corte respecto del reclamo por la declaratoria de insubsistencia de la accionante motivada exclusivamente en el hecho de estar ocupando el cargo en provisionalidad consideró " [...] independientemente de si asiste o no razón a la solicitante respecto a que en verdad al ponerse de presente su situación administrativa este hecho resulta irrelevante como criterio motivacional del acto, es claro que al juez de tutela le está vedado emitir cualquier calificación sobre el mismo, esto es, identificar en ello una eventual carencia de motivo, una falsa motivación o una irregular calificación de los motivos expuestos, pues esta necesariamente es una labor que en forma privativa corresponde a los jueces de lo contencioso administrativo, ante quienes en consecuencia es lo procedente ejercer las acciones pertinentes.

Así, si el acto se valora como inmotivado, se presume en la insubsistencia razones de buen servicio y sería demandable mediante la acción de nulidad y restablecimiento del derecho; a su turno, por la causal de nulidad derivado de una falsa motivación, si las razones aducidas no corresponden a las que consa-

Púg.

gran en la ley; finalmente, por desvío de poder si no se trata del ejercicio de la facultad discrecional de remoción, sino tomando represalias por motivos personales, políticos, etc., incompatibles con criterios de buen servicio.

En consecuencia, existiendo procedimientos especiales ante jueces con un ámbito de competencia propio para la solución de situaciones como la presente en que se afirma la vulneración de derechos fundamentales, debe el juez de tutela ser muy cauteloso a la hora de propiciar pretextando una amplia atribución para el amparo de garantías, pues su intervención además de improcedente, podría por el contrario restringir la posibilidad del ejercicio de las acciones ordinarias llamadas a definir conflictos como el que surge del caso planteado." Magistrado Ponente Doctor Carlos Augusto Gálvez Argote. Sentencia. Fecha: DICIEMBRE 11 DE 1998. Decisión: Confirma. No Tutela. Proceso 5083 - Penal. 825

CONTAMINACION AMBIENTAL, DERECHO A LA LIBERTAD DE EJERCER PROFESION U OFICIO: la contaminación generada por empresa avícola no vulnera el derecho del propietario de un restaurante a ejercer oficio por la disminución de sus ingresos/ SENTENCIA DE TUTELA: 1. La orden de imponer sanciones *ipso facto* a los infractores de normas ambientales desconoce el derecho que éstos tienen a la defensa y a un debido proceso. 2. La orden impartida a la entidad accionada de abstenerse de propagar olores nauseabundos no puede ser inmediata, lo procedente es ordenar se adelanten los trabajos necesarios para evitar la propagación ambiental de olores / TUTELA CONTRA PARTICULARES, DERECHO A LA SALUD: las personas afectadas en su salud por los problemas de contaminación se encuentran en estado de indefensión respecto del particular que con su actividad contamina el ambiente, en este caso procede la tutela./ MEDIDAS PROVISIONALES EN TUTELA: no es procedente en segunda instancia la solicitud de suspensión del acto administrativo.

1. No aparece demostrado que la empresa avícola y las autoridades demandadas hayan impedido el ejercicio del comercio al accionante propietario de un restaurante, le hayan exigido requisitos no previstos en la ley o hayan cerrado temporal o definitivamente su negocio. Lo que eventualmente puede presentarse en razón de la afectación de la clientela por la proliferación de moscas y malos olores es la "[...] disminución de ingresos ante la reducción en sus ventas, lo cual constituiría no la afectación del

derecho fundamental reclamado, sino un presunto daño económico que no puede ser objeto del amparo constitucional pretendido por los accionantes."

2. ORDENES EN TUTELA

2.1. Las órdenes de juez de tutela, así ellas se dirijan al amparo de derechos fundamentales, no pueden conducir a la afectación de otros derechos y menos si también son de rango constitucional. La decisión de ordenar "*ipso facto*" a las autoridades imponer sanciones a la empresa, desconoce el derecho al debido proceso y el de defensa de la entidad, por lo que la Sala revoca la decisión del *a quo* en este sentido. "Lo anterior, en manera alguna quiere decir que las autoridades encargadas del control ambiental, en cumplimiento de sus funciones no puedan adoptar medidas urgentes para evitar daños mayores e irreparables, o que el juez de tutela para garantizar el ejercicio pleno de los derechos fundamentales, esté imposibilitado para impartir las órdenes que el caso concreto amerite, [...] dirigidas a conjurar la amenaza o la violación del derecho fundamental reclamado."

2.2. " [...] la orden de abstención de propagar olores nauseabundos provenientes del proceso productivo impartida por el Tribunal a la empresa [...], no puede tener efectos absolutos, inmediatos y definitivos, pues inexorablemente su Gerente o representante legal incurriría en desacato y se haría acreedor a las sanciones correspondientes conforme a lo indicado en el artículo 52 del Decreto 2591 de 1991, razón por la cual la referida orden de la sentencia [...] será revocada.

[...]

Se impone en consecuencia, no la abstención de actividades dirigidas a la eliminación de las causas de la contaminación ambiental, sino la iniciación y ejecución de obras y trabajos en las instalaciones de la granja, o continuar con las ya en curso, conforme a las recomendaciones consignadas en el informe de seguimiento ambiental de [...] Cortolima [...] "

3. MEDIOS DE DEFENSA JUDICIAL

3.1. Y TUTELA CONTRA PARTICULARES: "No puede desconocer la Corte que lo relativo al medio ambiente, cuenta actualmente con abundante legislación como lo indica el libelista y que, eventualmente los accionantes puedan contar con medios de defensa distintos a la acción de tutela. No obstante ello, ante la inminente afectación de la salud de los habitantes del lugar, en espe-

Pág.

cial la de los niños independientemente si la enfermedad [...] tiene origen en la ausencia de servicios públicos en el lugar de residencia o a causas ajenas a la actividad de la Empresa, lo cierto es que ante el eventual riesgo del derecho fundamental por excelencia que es la vida, resulta indiscutible la procedencia del amparo solicitado, pues, así la Granja Avícola [...] no sea prestadora de servicios públicos, o que los peticionarios no guarden con ella relación de subordinación alguna, resulta evidente que todos ellos se encuentran en estado de indefensión frente al comportamiento de la accionada, sin que pueda admitirse lo afirmado por el recurrente, ya que al menos con relación a la citada menor, por así contemplarlo el numeral 9º del artículo 42 del Decreto 2591 de 1991, se presume tal estado."

3.2. SUSPENSION PROVISIONAL: Si se trata de evitar la orden de 'cierre temporal de la actividad avícola' ordenada en sentencia de primera instancia, para lo cual se dispuso la evacuación inmediata de gallinaza, no es procedente la solicitud de suspensión provisional prevista en el artículo 7° del Decreto 2591 de 1991, el interesado debe solicitar la revocatoria de la sentencia a través de la impugnación.

3.3. Contra la resolución que adopta medidas sanitarias preventivas mientras persiste la explotación avícola, tampoco es procedente la suspensión provisional, la decisión es susceptible de impugnación en reposición y podrá demandarse ante la jurisdicción contencioso administrativa, competente ella si para disponer la suspensión provisional incluso antes de ser admitida la demanda, si es que en verdad de su ejecución pueden surgir perjuicios ciertos e inminentes al interés público como lo asegura el recurrente con relación a los 450 trabajadores. Magistrado Ponente Doctor Didimo Páez Velandia. Sentencia. Fecha: DICIEMBRE 16 DE 1998. Decisión: Revoca. No Tutela. Proceso 5102 - Penal. 830



En la Imprenta Nacional de Colombia
se realizó el diseño gráfico de esta obra
«Gaceta Judicial - Sala de Casación Penal - Tutelas
Segundo Semestre 1998
Volumen II»
en julio del 2000.

Ivstita et Litteras