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 DEL 7 DE MARZO DE 1936
REGISTRADO PARA CURSO LIBRE DE PORTE EN EL SERVICIO POSTAL.

SALA DE CASACION PENAL

TOMO CCLX PRIMER SEMESTRE DE 1999 NUMERO 2499

VOLUMEN I

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

REPUBLICA DE COLOMBIA



GACETA JUDICIAL

ORGANO DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

TOMO CCLX - NUMERO 2488

PRIMER SEMESTRE DE 1999

SALA DE CASACIÓN PENAL

VOLUMEN I

Santa Fe de Bogotá, D. C., Colombia - Año 1999

– 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 1999

SALA PLENA

Doctores *Francisco Escobar Enríquez*, Presidente
Fernando Arboleda Ripoll - Vicepresidente
Blanca Trujillo de Sanjuán - Secretaria General

SALA DE CASACION CIVIL Y AGRARIA

Doctor *Jorge Antonio Castillo Rugeles* - Presidente
Lina María Torres González - Secretaria

MAGISTRADOS

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

SALA DE CASACION LABORAL

Doctores *José Roberto Herrera Vergara* - 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
Armando Albarracín Carreño
Fernando Vásquez Botero

SALA DE CASACION PENAL

Doctor *Jorge Aníbal Gómez Gallego* - 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
Mario Montilla Nougues
Jorge Enrique Córdoba Poveda
Edgar Lombana Trujillo
Carlos Augusto Gálvez Argote
Jorge Aníbal Gómez Gallego

RELATORAS

Doctoras *Liliana Polanía Alvarez*
Sala de Casación Civil y Agraria
Esperanza Inés Márquez Ortiz
Sala de Casación Laboral
Ayda Lucy López de Giraldo
Sala de Casación Penal
Beatriz Eugenia Cortés Becerra
Tutelas



GACETA JUDICIAL

ORGANO DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

DIRECTORES:

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

TOMO CCLX - PRIMER SEMESTRE DE 1999 - Número 2499

RECURSOS/ REPOSICION

Es de la naturaleza de los recursos, corregir los yerros cometidos en las providencias judiciales, ubicándolas para un nuevo examen de cara a las razones jurídicas expuestas por el recurrente por las cuales el proveído es errado y así proceder a su corrección.

El estudio de la viabilidad del recurso de reposición consulta además de su procedencia, interés y oportunidad, la sustentación, esto es, la exposición de las razones por las cuales la providencia debe ser revocada, reformada, aclarada o adicionada.

Proceso No. 12291

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal

Magistrado Ponente: Dr. *Edgar Lombana Trujillo*

Aprobado Acta No. 04

Santa Fe de Bogotá, D. C., diecinueve (19) de enero de mil novecientos noventa y nueve (1999)

VISTOS

La Sala resuelve el recurso de reposición oportunamente interpuesto por el apoderado de la parte civil, contra la providencia de noviembre 24 del año anterior.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. En la referida providencia (fls. 293 a 297 cdno. original 3), esta Sala, en síntesis, señaló la improcedencia de la petición elevada por el señor representante de la parte civil, toda vez que la solicitud de pruebas se efectúo cuando el paso del tiempo había rebasado el término de instrucción establecido en el artículo 329 del Código de Procedimiento Penal, modificado por el artículo 42 de la Ley 81 de 1993.

2. En el memorial de impugnación, el representante de la parte civil a cambio de cuestionar los argumentos que tuvo la Sala para inacoger su solicitud -como es su deber-, se dedica a destacar la importancia de la práctica de los medios de prueba que fueran denegados en la providencia impugnada para establecer la verdad de las donaciones que se efectuaban al parlamentario, a más de considerar que aún de oficio la Corte las puede decretar.

3. Es de la naturaleza de los recursos, corregir los yerros cometidos en las providencias judiciales, ubicándolas para un nuevo examen de cara a las razones jurídicas expuestas por el recurrente por las cuales el proveído es errado y así proceder a su corrección.

El Estudio de la viabilidad del recurso de reposición consulta además de su procedencia, interés y oportunidad, la sustentación, esto es, la exposición de las razones por las cuales la providencia debe ser revocada, reformada, aclarada o adicionada.

Si como acaba de anotarse la inconformidad manifestada en el escrito no endilga a la providencia recurrida ningún tipo de error que deba ser corregido mediante la que resuelve la impugnación, aquellos argumentos no pueden ser considerados como el cumplimiento de la motivación exigida por el artículo 200 del Código de Procedimiento Penal, modificado por el artículo 28 de la Ley 81 de 1993 y el artículo 1° del Decreto 2282 de 1989 que reformó el artículo 348 del Código de Procedimiento Civil.

Ahora bien, como quiera que el representante de la parte civil interpuso el recurso en tiempo, pero en lugar de sustentarlo como es debido, es decir, haciendo referencia a aspectos tratados en la providencia recurrida que le resultaran adversos a sus intereses, procedió en cambio a plantear

la importancia de las pruebas e incluso a sugerir su práctica oficiosa, resultando de bulto que tal razonamiento no tiene relación alguna con lo decidido en el auto impugnado.

De lo anterior se destaca que tan solo se limitó a interponer el recurso incumpliendo el deber procesal de sustentarlo, omisión que lleva a declarar desierta la reposición.

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 DESIERTO el recurso de reposición interpuesto por el representante de la parte civil.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Jorge Enrique Córdoba Poveda, Fernando E. 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.

PERMISO ADMINISTRATIVO

El permiso administrativo de 72 horas a que se refiere el artículo 147 de la Ley 65 de 1993 sólo era procedente para condenados hasta el 15 de junio de 1997. A partir del 16 del citado mes y año, en virtud del artículo 5° del Decreto 1542, dicho beneficio se hizo extensivo a los condenados en única, primera y segunda instancia, o cuyo recurso de casación se encuentre pendiente, previo el cumplimiento de los requisitos allí señalados.

De conformidad con lo dispuesto por el numeral 1° del artículo 75 del Código de Procedimiento Penal, en concordancia con el artículo 15 de las normas transitorias de la mencionada obra, en el sub judice no era competencia del Juez de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad, ni del que dictó la sentencia de primera instancia, autorizar redención de pena por trabajo y estudio para efectos del artículo 147 de la Ley 65 de 1993, porque éste sólo podía otorgarse cuando la sentencia hubiere cobrado ejecutoria material.

Proceso No. 10032

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal

Magistrado Ponente: Dr. *Ricardo Calvete Rangel*

Aprobado Acta No. 04

Santa Fe de Bogotá, D. C., diecinueve (19) de enero de mil novecientos noventa y nueve (1999).

VISTOS

Resuelve la Sala la petición de libertad que ha presentado Miller Ordóñez Meneses y a la vez declara la nulidad del auto de fecha mayo 30 de 1997, proferido por el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Pitalito (Huila), mediante el cual se reconoció redención de pena por trabajo y estudio al procesado para los efectos del permiso administrativo de que trata el artículo 147 de la Ley 65 de 1993.

ANTECEDENTES

Miller Ordóñez Meneses atentó contra la vida de Aldemar Quinayas el pasado 10 de febrero de 1993, en hechos ocurridos en la zona rural del municipio de San Agustín (Huila). La víctima se encontraba cogiendo guayabas en el predio el Batán cuando intempestivamente fue agredido con un disparó de escopeta, quedándole como secuela la pérdida de la visión.

El Juzgado Segundo Penal del Circuito de Pitalito (Huila), por los hechos antes referidos, profirió sentencia absolutoria, la que fue apelada por la parte civil. El Tribunal Superior de Neiva al desatar la alzada revocó la decisión de primera instancia mediante proveído de fecha 1° de agosto de 1994, procediendo a condenar al acusado por el delito de tentativa de homicidio simple, imponiéndole una pena de trece (13) años de prisión.

El defensor del sentenciado interpuso recurso de casación contra la sentencia de segunda instancia, recurso que fue concedido con auto de fecha septiembre 2 de 1994. Como consecuencia de lo anterior, el Tribunal dejó a disposición de la Corte la causa y al detenido, así lo hizo saber a la Corporación con oficio 977 de noviembre 18 de1994.

La Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia recibió el proceso el 30 de noviembre de 1994, pasando a declarar ajustada la demanda de casación con proveído de diciembre 7 siguiente, para recibir luego de la Procuraduría Delegada el concepto respectivo el 23 de agosto de1995. El primero de marzo de 1996 se registró el proyecto de sentencia.

Estando en trámite el recurso de casación, el Director de la Cárcel de Pitalito solicitó al Juez Segundo Penal del Circuito de esa localidad el reconocimiento de redención de pena por trabajo y estudio para tramitar "Permiso Especial de setenta y dos horas". El Juez mediante auto de fecha mayo 30 de 1997 le reconoció a Miller Ordóñez Meneses una redención de pena de dieciséis meses y nueve días.

En esta oportunidad, el peticionario llegó ante el Juzgado de primera instancia solicitando la libertad con base en el artículo 1° de la Ley 415 de 1997, anexando actas del trabajo realizado durante 1998, el mes de octubre de 1993 y agosto de 1994, una certificación del consejo de disciplina, copia de la cartilla biográfica y certificado de conducta expedido por el Director de la Cárcel. El Juzgado Segundo Penal del Circuito de Pitalito (Huila) ordenó enviar a la Corte la documentación referida y oficiosamente dispuso que se anexara copia de la actuación respectiva y de la providencia de fecha mayo 30 de 1997 por medio de la cual se reconoció redención de pena al procesado para los efectos del artículo 147 de la Ley 65 de 1993.

CONSIDERACIONES

1. El permiso administrativo de 72 horas a que se refiere el artículo 147 de la Ley 65 de 1993, sólo era procedente para condenados hasta el

15 de junio de 1997. A partir del 16 del citado mes y año, en virtud del artículo 5° del decreto 1542, dicho beneficio se hizo extensivo a los condenados en única, primera y segunda instancia, o cuyo recurso de casación se encuentre pendiente, previo el cumplimiento de los requisitos allí señalados.

De conformidad con lo dispuesto por el numeral 1° del artículo 75 del Código de Procedimiento Penal, en concordancia con el artículo 15 de las normas transitorias de la mencionada obra, en el *sub judice* no era competencia del Juez de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad, ni del que dictó la sentencia de primera instancia, autorizar redención de pena por trabajo y estudio para efectos del artículo 147 de la Ley 65 de 1993, porque éste sólo podía otorgarse cuando la sentencia hubiere cobrado ejecutoria material, situación que no se presentaba cuando el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Pitalito dictó la providencia de mayo 30 de 1997, pues para ese entonces se encontraba, como aún lo está, en trámite y pendiente de resolver el recurso de casación que el procesado interpuso contra la sentencia proferida por el juez de segunda instancia.

El Juzgado de Pitalito perdió toda competencia en la presente causa para hacer pronunciamientos como el que realizó con auto de mayo 30 de 1997, desde el momento mismo en que con providencia de fecha junio 10 de 1994 concedió la apelación en el efecto suspensivo contra la sentencia que puso fin a la instancia. Podrá recobrar el conocimiento del proceso, pero para ello habrá que esperar a que se desate el recurso extraordinario que está en curso (art. 203 del C. P. P.).

Como en el momento en que el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Pitalito profirió el auto de mayo 30 de 1997 no gozaba de autoridad legalmente conferida para tomar dicha decisión, ésta providencia resulta nula por falta de competencia y así habrá que declararse, a la luz de lo establecido por el numeral 1° del artículo 304 de la Ley Procesal Penal.

2. La libertad solicitada se denegará por los siguientes motivos:

El delito por el que se le sentenció a Miller Ordóñez Meneses no está excluido de la regulación establecida por el art. 1° de la Ley 415 de 1997. Por esta razón, para los efectos de la excarcelación que se estudia, el cumplimiento de la pena se debe examinar bajo los parámetros del art. 72 A del C. P. que corresponde a las tres quintas partes, equivalentes en este caso a 93 meses y 18 días, habida consideración a que la pena impuesta fue de trece años de prisión.

El procesado fue privado de la libertad el 14 de abril de 1993 y puesto en libertad el 21 de enero de 1994. Nuevamente fue capturado el 5 de agosto del mismo año y aún permanece detenido en razón de las presentes diligencias. Significa lo anterior, que el peticionario lleva en detención física 62 meses y 23 días.

Los documentos aportados al proceso para acreditar el trabajo y estudio realizado por el petente en el centro carcelario no pueden ser tenidos en cuenta porque no se allegó el acta de evaluación de esas actividades, tal y como lo exige el artículo 101 de la Ley 65 de 1993. Además el acta del Consejo de Disciplina allegada no da cuenta de la conducta del interno, solamente hace una crítica a la gestión de la anterior administración carcelaria y una referencia al tiempo de labor del procesado.

El descuento de pena que hasta la fecha ha hecho Miller Ordóñez Meneses no le permite cumplir con el mínimo del *quantum* exigido en el artículo 1° de la Ley 415 de 1997 para tener derecho a la libertad.

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

RESUELVE:

1. DECLARAR la nulidad de la providencia de fecha mayo 30 de 1997 emitida por el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Pitalito (Huila), por lo consignado en precedencia.

2. DENEGAR la petición de libertad solicitada por el procesado Miller Ordóñez Meneses, por las razones anotadas en esta providencia.

Notifíquese y cúmplase.

Jorge Enrique Córdoba Poveda, Fernando E. 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.

REDENCION DE PENA/ CASACION

De conformidad con lo preceptuado por el artículo 510 del Código de Procedimiento Penal, "Corresponde al juez de ejecución de penas y medidas de seguridad, de oficio o a solicitud de alguno de los sujetos procesales, proferir mediante providencia motivada la resolución que haga cesar o rebaje una pena o medida de seguridad" (destaca la Corte).

Así pues, la resolución judicial a que alude el artículo 75 del Código Penal en que apoya su solicitud el procesado, sólo puede ser dictada por el juez competente, es decir, el de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad como lo entiende el libelista, desde luego que una vez el asunto le sea enviado para la ejecución del fallo definitivo, que presupone su debida ejecutoria.

Según el artículo 230 de la Carta Política los jueces en sus providencias sólo están sometidos al imperio de la ley, siendo la equidad sólo un criterio auxiliar de la actividad judicial.

Reiteradamente ha sostenido esta Corporación que durante el trámite del recurso extraordinario de casación, no puede atender incidentes distintos a la libertad provisional, pena cumplida o redención de pena para los mismos efectos y los previstos en el artículo 147 de la Ley 65 de 1993.

Proceso No. 9663

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal

Magistrado Ponente. Dr. *Dídimo Páez Velandia*

Aprobado Acta No. 005

Santa Fe de Bogotá, D. C., veinte (20) de enero de mil novecientos noventa y nueve (1999).

Se pronuncia la Sala respecto de la solicitud de libertad definitiva que eleva el procesado William Báez Saavedra, invocando el artículo 75 del Código Penal, como quiera que viene gozando de libertad provisional des-

de el primero (1°) de septiembre de 1995, otorgada por la Corte el 29 de agosto inmediatamente anterior, es decir, por haber superado el período de prueba que legalmente le correspondía.

Subsidiariamente y en escrito separado, solicita que se le expida constancia con relación a la libertad provisional otorgada, indicando las autoridades que conocieron de su proceso, con la finalidad de obtener del Departamento Administrativo de Seguridad la expedición del Certificado Judicial para así conseguir un empleo estable que le permita proveer por su subsistencia y la de su familia.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

Estima el libelista que el tiempo transcurrido desde el momento en que suscribió la diligencia de compromiso, han transcurrido más de tres (3) años que deben contabilizarse como período de prueba, es decir, los dieciocho (18) meses que le restaban para cumplir la totalidad de la sanción impuesta en sentencia anticipada por el Juzgado 14 Penal del Circuito de Bucaramanga y confirmada por el Tribunal Superior de la misma ciudad y una tercera parte más, para un total de veinticuatro (24) meses, los cuales ya superó en exceso sin haber incurrido en quebrantamiento alguno de los compromisos adquiridos.

Entiende que son los jueces de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad los llamados a reconocer el derecho, pero "...en justicia, por ecuanimidad y derecho, como quiera que el asunto de la referencia aún no ha sido fallado en sede de casación, estimo que dados los razonamientos anteriores es viable que por la H. Corte se me conceda esa anhelada libertad definitiva" (fl. 304).

De conformidad con lo preceptuado por el artículo 510 del Código de Procedimiento Penal, "Corresponde al juez de ejecución de penas y medidas de seguridad, de oficio o a solicitud de alguno de los sujetos procesales, proferir mediante providencia motivada la resolución que haga cesar o rebaje una pena o medida de seguridad" (destaca la Corte).

Así pues, la resolución judicial a que alude el artículo 75 del Código Penal en que apoya su solicitud el procesado, sólo puede ser dictada por el juez competente, es decir, el de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad como lo entiende el libelista, desde luego que una vez el asunto le sea enviado para la ejecución del fallo definitivo, que presupone su debida ejecutoria.

Según el artículo 230 de la Carta Política los jueces en sus providencias sólo están sometidos al imperio de la ley, siendo la equidad sólo un criterio auxiliar de la actividad judicial.

Reiteradamente ha sostenido esta Corporación que durante el trámite del recurso extraordinario de casación, no puede atender incidentes dis-

tintos a la libertad provisional, pena cumplida o redención de pena para los mismos efectos y los previstos en el artículo 147 de la Ley 65 de 1993, razón por la cual se abstendrá de conocer de la petición principal elevada por Báez Saavedra.

Por ser viable, la Secretaría expedirá certificación sobre la libertad provisional que le fuera otorgada al libelista, con expresa constancia sobre el estado actual del proceso.

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

RESUELVE:

1° ABSTENERSE de conocer respecto de la solicitud del procesado William Báez Saavedra, Consistente en que se declare cumplida la pena que le fuera impuesta en este proceso.

2° Por la Secretaría expídasele la certificación solicitada, conforme a lo indicado en la parte motiva.

Notifíquese y cúmplase.

Jorge Enrique Córdoba Poveda, Fernando E. Arboleda Ripoll, Ricardo Calvete Rangel, Jorge A. Gómez Gallego, Edgar Lombana Trujillo, Carlos E. Mejía Escobar, Dídimo Páez Velandia, Nilson Pinilla Pinilla, Jaime Rico Carvajal, Conjuez.

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

RECURSOS/ CASACION/ PERJUICIOS-Interés para recurrir

Para la procedencia de los recursos, tanto de los ordinarios como del extraordinario de casación, son menester dos requisitos: el primero, que se trate de un sujeto procesal al que la ley faculta para impugnar; el segundo, que exista interés en el recurrente, que se concreta en el perjuicio o agravio que la providencia atacada le causa.

Sin embargo, cuando se trata de la cuantía no basta para la existencia del interés que el fallo sea perjudicial al impugnante, sino que es necesario que el agravio tenga un determinado valor.

En tratándose del recurso de casación, tales presupuestos deben examinarse desde el momento mismo en que el Tribunal determine si lo concede o no y en caso de que no concurran, no concederlo. Pero como esos requisitos, especialmente el interés, pueden no aparecer claros en ese momento procesal, y sólo evidenciarse en la demanda, el recurso será otorgado, pero la Corte, al establecer su no concurrencia, rechazará In limine *el libelo.*

Desde luego, que si al momento de decidir sobre la concesión del recurso aparece ostensible la falta de interés y, no obstante, el Tribunal lo concede, el remedio será la nulidad.

Conforme al artículo 221 del C. de P. P, cuando el recurso de casación tenga por objeto únicamente lo referente a la indemnización de perjuicios decretados en la sentencia condenatoria, deberá tener como fundamento las causales y la cuantía para recurrir que regulan la casación civil. Esa cuantía determina el interés para impugnar, para efectos de la procedencia del recurso, y se halla previamente fijada en la ley, por lo cual deberá confrontarse, en cada caso concreto, con la pretensión económica del recurrente, que cuando se trata de la parte civil será la diferencia entre lo pedido y lo reconocido en el fallo.

Proceso No. 10158

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal

Magistrado Ponente: Dr. *Jorge Córdoba Poveda*

Aprobado Acta No. 005

Santa Fe de Bogotá, D. C., veinte (20) de enero de mil novecientos noventa y nueve (1999).

VISTOS

Sería del caso que la Corte pronunciara sentencia de mérito dentro del trámite del recurso de casación interpuesto por el apoderado de la parte civil contra el fallo de segunda instancia, proferido por el Tribunal Superior de Cundinamarca, el 5 de septiembre de 1994, en el que condenó a Eduardo Antonio Ramírez Giraldo por el delito de homicidio culposo, a las penas principales de 24 meses de prisión, multa de mil pesos y suspensión en el oficio de conducir vehículos automotores por 12 meses y al pago de los perjuicios ocasionados, en el equivalente, en moneda nacional, de 200 gramos oro, como materiales, y 100, como morales, si no observara que el impugnante carecía de interés jurídico para recurrir, motivo por el cual se abstendrá de proferir decisión de fondo y, en su lugar, decretará la nulidad de lo actuado a partir, inclusive, del auto mediante el cual el Tribunal concedió el recurso de casación.

HECHOS

Ocurrieron el 22 de enero de 1993, más o menos a las cinco de la tarde en la vía que de Villeta conduce a Guaduas, a la altura del kilómetro 96, cuando el señor Eduardo Antonio Ramírez Giraldo arrolló con el vehículo de placas KFJ 951, que le había prestado Fabio de Jesús Zuluaga Montoya, al señor José Sacramento Pérez y a los menores José Sacramento Pérez Robles y Sandra Patricia Pérez Robles, ocasionando lesiones a los dos primeros y la muerte a la última.

ACTUACIÓN PROCESAL

La Unidad de Fiscalía de Villeta, con resolución del 25 de enero de 1993, declaró abierta la instrucción y dispuso vincular mediante indagatoria a Eduardo Antonio Ramírez Giraldo.

La situación jurídica se le resolvió absteniéndose de proferir medida de aseguramiento, el 5 de febrero de 1993, y en el mismo pronunciamiento se aceptó la constitución de parte civil, presentada contra el responsable penal y "en forma solidaria contra los que dentro de este proceso se determine que son los terceros civilmente responsables".

Cerrada la investigación, el mérito del sumario se calificó con resolución de acusación, por el delito de homicidio culposo, mediante pronunciamiento fechado el 17 de febrero de 1994.

La etapa de juzgamiento correspondió al Juzgado Primero Penal del Circuito de Villeta que, luego de dar cumplimiento a lo normado en el artículo 446 del Código de Procedimiento Penal, realizó la diligencia de audiencia pública y dictó sentencia de primera instancia, el 16 de junio de 1994.

Apelado el fallo por el defensor y el representante de la parte civil, quien pidió que se aumentara a mil gramos oro el valor de los perjuicios morales y se declarara solidariamente responsable de todos los daños causados al propietario del automotor, el Tribunal Superior de Cundinamarca, al desatar el recurso, lo confirmó, el 5 de septiembre de 1994.

Contra la anterior decisión el apoderado de la parte civil interpuso el recurso extraordinario de casación, considerando que le asistía el derecho a impugnar "conforme al artículo 221 del C. de P. P, ya que la cuantía así lo permite".

Mediante providencia fechada el 7 de octubre de 1994, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cundinamarca concedió el recurso, al estimar que se reunían "las exigencias del artículo 221 del Código de Procedimiento Penal y 366 del Código de Procedimiento Civil, pues las pretensiones de la parte civil, como indemnización de perjuicios, superan la suma de diez millones de pesos (fl.53 c. o #1)".

En tiempo oportuno, el representante de la parte civil presentó la respectiva demanda, en la que formula dos cargos contra el fallo de segunda instancia, pretendiendo en el primero que la condena por el daño moral se eleve de 100 a 1.000 gramos oro; y en el segundo, que se declare al propietario del automotor con el que se causó el homicidio, como tercero civilmente responsable y, por lo tanto, se le condene solidariamente al pago de los perjuicios causados, esto es, al equivalente, en moneda nacional, de 200 gramos oro, como materiales y 100, como morales.

El libelo se admitió, el 30 de enero de 1995, por ajustarse a las exigencias legales y se dispuso correr traslado al Procurador Delegado en lo Penal, quien emitió el pertinente concepto, en escrito recibido el 14 de septiembre de 1995, estando, por ende, agotado el trámite procesal previo a la decisión de mérito.

Consideraciones de la Sala

Para la procedencia de los recursos, tanto de los ordinarios como del extraordinario de casación, son menester dos requisitos: el primero, que se trate de un sujeto procesal al que la ley faculta para impugnar; el segundo, que exista interés en el recurrente, que se concreta en el perjuicio o agravio que la providencia atacada le causa.

Sin embargo, cuando se trata de la cuantía no basta para la existencia del interés que el fallo sea perjudicial al impugnante, sino que es necesario que el agravio tenga un determinado valor.

En tratándose del recurso de casación, tales presupuestos deben examinarse desde el momento mismo en que el Tribunal determine si lo concede o no y en caso de que no concurran, no concederlo. Pero como esos requisitos, especialmente el interés, pueden no aparecer claros en ese momento procesal, y sólo evidenciarse en la demanda, el recurso será otorgado, pero la Corte, al establecer su no concurrencia, rechazará *in limine* el libelo.

Desde luego, que si al momento de decidir sobre la concesión del recurso aparece ostensible la falta de interés y, no obstante, el Tribunal lo concede, el remedio será la nulidad.

Conforme al artículo 221 del C. de P. P. cuando el recurso de casación tenga por objeto únicamente lo referente a la indemnización de perjuicios decretados en la sentencia condenatoria, deberá tener como fundamento las causales y la cuantía para recurrir que regulan la casación civil. Esa cuantía determina el interés para impugnar, para efectos de la procedencia del recurso, y se halla previamente fijada en la ley, por lo cual deberá confrontarse, en cada caso concreto, con la pretensión económica del recurrente, que cuando se trata de la parte civil será la diferencia entre lo pedido y lo reconocido en el fallo.

En el evento objeto de análisis, dos cargos, ambos referentes a la indemnización de perjuicios, fueron aducidos por el representante de la parte civil. En el primero, solicita que el valor de la condena por perjuicios morales se aumente de cien a mil gramos oro, siendo, por ende, su pretensión insatisfecha el equivalente, en moneda nacional, de 900 gramos oro.

En el segundo, lo que pide es que se declare que el dueño del automotor con el que se causó el homicidio es tercero civilmente responsable y se le condene solidariamente al pago de todos los perjuicios causados, que ascendieron al equivalente, en moneda nacional, de 300 gramos oro.

Ahora bien, en el bienio comprendido entre el 1° de enero de 1994 y el 31 de diciembre de 1995 (época en que se interpuso el recurso), la cuantía que determinaba el interés para recurrir era de $27.440.000, al tenor de lo dispuesto por los artículos 366, inciso 1° del C. de P. Civil (modificado el Decreto 2282/89) y 2° y 3° del Decreto 522 de 1988, que resulta muy superior a la pretensión del impugnante.

En efecto, si en el primer reproche lo que solicita es que el valor de la condena indemnizatoria por el daño moral se aumente en 900 gramos oro, siendo el valor del gramo oro en la fecha de la sentencia (5 de septiembre de 1994) de $10.684.78, el *quantum* de lo pedido ascendía a $9.616.302.

Y si en la segunda censura lo que pide es que declare que el dueño del automotor es solidariamente responsable, siendo el valor total de la con-

dena indemnizatoria el equivalente, en moneda nacional, de 300 gramos oro, el monto de su pretensión será de $3'205.434.

Como quiera que el valor de la pretensión insatisfecha en cada uno de los cargos es inferior a $27'440.000, que era la cuantía exigible, habrá que concluir que la parte civil carecía de interés para recurrir.

No obstante que el Tribunal tuvo los elementos de juicio suficientes para establecer que la pretensión no alcanzaba la cuantía exigible para poder recurrir y, por tanto, tomar una decisión acertada, se equivocó, ya que no tuvo claridad sobre cuál era el valor de esta última, en el momento en que se interpuso el recurso, razón por la cual lo concedió indebidamente.

En consecuencia, al no ser procedente el recurso de casación, por carecer de interés el impugnante, la actuación está viciada, por vulneración del debido proceso, por lo cual la Sala decretará la nulidad parcial de lo actuado a partir del auto fechado el 7 de octubre de 1994, por medio del cual se concedió el recurso de casación interpuesto por el representante de la parte civil, quedando comprendido dentro de los efectos anulatorios el proveído del 30 de enero de 1995, en el que la Sala declaró ajustada la demanda a los presupuestos formales. Al no ser procedente el recurso de casación cobra ejecutoria la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cundinamarca, el 5 de septiembre de 1994, y así se declarará.

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:

Decretar la nulidad de lo actuado a partir, inclusive, del auto fechado el 7 de octubre de 1994, mediante el cual el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cundinamarca concedió el recurso de casación interpuesto por el apoderado de la parte civil.

DECLÁRASE ejecutoriada la sentencia de segunda instancia.

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

Jorge Enrique Córdoba Poveda, Fernando E. 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.

DERECHO DE DEFENSA/ ABOGADO

La situación del sentenciado (...), expuesta por el actor, en la cual se basa la pretensión que se pone a consideración de la Sala y que encontró aval en el Ministerio Público, indiscutiblemente tiene fundamento.

Así lo revelan los actos y las omisiones de que da cuenta el actor y que constan en este expediente, en cuanto se confrontan con el contenido de la garantía atinente al derecho de defensa que consagra el artículo 29 de la Carta Política, puesto que este precepto establece con carácter imperativo el ejercicio de la defensa técnica, esto es, la que puede desplegar efectivamente un conocedor de las normas, de los ritos, de los beneficios, de la hermenéutica jurídica, en otras palabras, un experto en la ciencia del Derecho, cuya intervención efectiviza principios como los de lealtad, igualdad y justicia que hacen parte de la normatividad que rige un Estado social y democrático de derecho. Garantía que, obviamente debe trascender la apariencia que dan las formas y plasmarse en una actividad que signifique debate equilibrado entre los intereses del procesado y la actividad punitiva estatal en sus dos aspectos, el de la investigación y el del juzgamiento. Indudablemente, esa lucha no está en capacidad de librarla quien no ha integrado a su bagaje intelectual ese conocimiento profesional.

Desde la óptica procesal, los actos irregulares, por regla general, son susceptibles de ser convalidados bajo ciertos condicionamientos, sin embargo, no es lo que ocurre con el derecho de defensa que constituye la excepción, en cuanto el legislador no admite que una transgresión de esa índole transcurra impunemente. Lo anterior significa que la única manera de subsanar la irregularidad sustancial denunciada y comprobada es retrotraer el proceso y reconstruirlo con la guía y cumplimiento de los principios constitucionales, desde el momento en que éstos resultaron quebrantados.

Proceso No. 11242

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal

Magistrado Ponente: Dr. *Edgar Lombana Trujillo*

Aprobado Acta No.05

Santa Fe de Bogotá, D. C. veinte (20) de enero de mil novecientos noventa y nueve (1999).

VISTOS

Se decide el recurso extraordinario de casación interpuesto contra la sentencia del 8 de agosto de 1995, por medio de la cual el Tribunal Superior de Medellín confirmó, con un incremento punitivo, la condena que el Juzgado 35 Penal del Circuito de esa ciudad impuso a Mauricio Alexánder Posada Alzate como responsable de los delitos de homicidio intencional en grado de tentativa y porte ilegal de armas.

HECHOS

La sentencia recurrida en casación trae esta síntesis:

"...El día 29 de enero de 1994, aproximadamente a las nueve de la noche, arribaron a la residencia de Bayron León Ruiz Hoyos, ubicada en el barrio Caicedo, calle 52 con carrera 8a., Mauricio Alexánder Posada Alzate y otro sujeto conocido con el remoquete del "El Zarco", con el fin de segar la vida del primero de los citados, por ciertas rivalidades entre bandas de delincuentes, por lo que iban provistos de sendas armas de fuego (al parecer revólveres). Ubicados en la puerta que da acceso al domicilio y al no percibir la presencia de Bayron, sino la de su hermano Jorge Iván, viendo frustrada su acción delictiva, la emprendieron contra éste que estaba sentado en la sala, causándole varias lesiones que hicieron necesario su traslado inmediato a un centro asistencial para que se le prestara pronta atención médica...' ...Cometido el hecho sangriento, de inmediato emprendieron la retirada, siendo vinculado a la investigación Posada Alzate, días después, cuando se tuvo noticias que estaba preso acusado de haber atentado contra el patrimonio económico al participar en el hurto de un vehículo, provisto con arma de fuego. El otro coprocesado resultó ser menor de edad y por ello se dispuso compulsar las copias respectivas..."

SÍNTESIS PROCESAL

El 7 de abril de 1994, la fiscalía 8a. seccional de Medellín asumió la instrucción para lo cual ordenó la práctica de diversas pruebas, entre ellas la vinculación directa de Mauricio Alexánder Posada Alzate, entonces privado de la libertad por cuenta de otro despacho, quien, efectivamente, el tres de mayo de ese año, rindió indagatoria, diligencia en la que estuvo asistido por una ciudadana honorable, a falta de abogado titulado.

El 5 de julio de 1994, el sindicado solicitó la designación de un defensor de oficio y la ampliación de la injurada. En efecto se le nombró un

procurador judicial que se posesionó el 4 de agosto. Días mas tarde se decidió la situación jurídica de Posada Alzate en contra de quien se profirió medida de aseguramiento de detención preventiva.

La indagatoria de Mauricio Alexánder Posada Alzate se amplió el 15 de septiembre de 1994, pero en ella fue asistido por la misma persona honorable no abogado que lo había acompañado en la versión inicial.

Del auto del 8 de noviembre, que cierra la investigación, se notificó personalmente el defensor, pero éste dejó transcurrir en silencio el término para alegar. Con fecha del 6 de diciembre de 1994 se calificó el sumario, en el sentido de acusar a Mauricio Alexánder Posada Alzate de los delitos de homicidio en el grado de tentativa y porte ilegal de armas. Decisión que fue apelada y sustentada por el inculpado, pero confirmada el 25 de enero de 1995 por la Fiscalía de segunda instancia.

El conocimiento de la causa estuvo a cargo del Juzgado 35 Penal del Circuito de Medellín, que, en su instancia condenó a Mauricio Alexánder Posada Alzate el 19 de mayo de 1995, como autor de los delitos de homicidio intencional en el grado de tentativa y porte ilegal de armas, a la pena principal de diez (10) años y diez (10) meses de prisión, a la accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas por el término de diez (10) años y al pago de perjuicios en la forma en que lo especificó.

En sentencia del 8 de agosto de 1995 el Tribunal Superior de Medellín, al decidir la apelación interpuesta por el fiscal y el procesado, modificó la condena en el sentido de imponer una duración de trece (13) años a la pena de prisión, pues redosificó la pena privativa de la libertad al estimar improcedente la aplicación del beneficio a que se refiere el artículo 299 del Código de Procedimiento Penal.

La Demanda

El actor demanda la sentencia que en este proceso expidió el Tribunal Superior de Medellín al amparo de la causal tercera de casación por haber sido proferida en un juicio viciado de nulidad por falta de defensa técnica, que de haberse dado hubiera podido lograr una condena más benigna.

Partiendo del precepto del artículo 29 de la Carta Política, el libelista recuerda que Mauricio Alexánder Posada Alzate rindió indagatoria asistido por una persona honorable, sin que se encontrara en peligro de muerte y a pesar de que en Medellín actúan más de cien abogados titulados y que la Defensoría del Pueblo presta allí sus servicios, lo que contraría el querer del constituyente primario.

Aduce que en memorial del 5 de julio de 1994, el procesado formuló tres peticiones: que se ampliara la indagatoria, que se le dejara ver el proceso y se le expidieran fotocopias del mismo y se le designara un abo-

gado de la Defensoría del Pueblo, porque carecía de dinero para pagar uno. El instructor le respondió el 19 de julio ordenando el nombramiento del defensor para después oír al implicado en la ampliación de indagatoria, dejando la atención de las restantes peticiones para después, lo que nunca ocurrió.

Prosigue el impugnante advirtiendo que el 4 de agosto de 1994 se posesionó el defensor designado; sin embargo, el 15 de septiembre siguiente, sin auto que lo ordenara ni comunicación al defensor de oficio, la Fiscalía amplió la indagatoria, en donde el implicado fue asistido por una persona honorable, cuando el despacho ha debido cumplir con su propia determinación anterior y citar al abogado que había nombrado y posesionado, para hacer patente la garantía del derecho de defensa técnica. Adiciona el comentario de que el profesional designado oficiosamente solo intervino en la audiencia pública.

El censor pone de manifiesto que el defensor designado no se comunicó con Mauricio Alexánder Posada Alzate, ni le explicó lo que podía esperar del proceso, las posibilidades de la defensa, lo que podía esperar de ella o del sometimiento a la audiencia de sentencia anticipada o audiencia especial; en su opinión, no se interesó por el proceso ni la suerte del procesado, como se patentiza cuando éste en el memorial que obra a folio 191 manifiesta que no tiene disponibilidad de los folios ni un abogado que lo represente.

El recurrente observa que el apoderado no se notificó de la providencia que resolvió la situación jurídica del procesado; ni de aquella que corrió traslado de los dictámenes, dos de los cuales son médicos y hacen relación a una fecha distinta de ocurrencia de las lesiones; tampoco se notificó del auto que abrió el juicio a pruebas; y aunque se notificó del auto que cerró la investigación, no presentó ningún alegato. Arguye el actor que de esa conducta omisiva no se puede deducir que se trataba de una defensa estratégica porque nada permite inferirlo; por el contrario, revela la despreocupación por la suerte del proceso y del procesado, quien podía haber sido advertido de los beneficios de la sentencia anticipada y la consecuente rebaja de penas o de cómo le desfavorecía la prueba, de ahí que al impugnar la acusación, el implicado lo hubiera hecho con desorden y falta de lógica, según lo reconoció el *ad quem*.

El censor comenta que en materia de información sobre sentencia anticipada, audiencia especial y colaboración con la justicia, el procesado no puede tener la misma confianza en quien lo acusa que en el abogado que lo apodera.

De todo lo anterior, el demandante concluye que Mauricio Alexánder Posada Alzate no gozó de defensa técnica adecuada, por lo que solicita a la Corte que case la sentencia, profiera una anulatoria, ordene el reenvío

del expediente a la Unidad Primera de Vida de Medellín y decrete la libertad de Mauricio Alexánder Posada Alzate por vencimiento de términos.

Concepto del Procurador Segundo Delegado en lo Penal.

El señor representante del Ministerio Público estima que la censura planteada está llamada a prosperar, por ello su intervención legal concluye con la sugerencia que hace a la Sala para que se decrete la nulidad de lo actuado a partir de la diligencia de injurada que obra en la página 75 de la foliatura.

El Delegado se formó su opinión repasando las actuaciones que se cumplieron en este proceso desde la recepción de indagatoria a Mauricio Alexánder Posada Alzate, la ampliación de la misma y la pasividad del defensor de oficio designado, al lado de las cuales considera inadmisible que en la ciudad de Medellín, donde hay abundancia de profesionales del derecho no se hubiera encontrado un abogado que asistiera al implicado, y que ya después de designado uno de oficio, no se le hubiera comunicado que se ampliaría la indagatoria otorgándole a éste la asistencia jurídica de una persona no abogada.

Así mismo, el Procurador censura al apoderado de oficio por haberse convertido en un convidado de piedra, al extremo de dejar en cabeza del inculpado iletrado, la interposición y sustentación de los recursos.

En tales condiciones, para el conceptuante la violación al derecho de defensa que deriva de las actitudes mencionadas, resulta insubsanable, pues el ejercicio de la defensa técnica que obedece a un principio de continuidad e ininterrupción aparece limitado como que sólo figura en un plano meramente formal, hipotético y abstracto.

Antes de formular la petición ya anunciada, el agente del Ministerio Público consigna su criterio teórico sobre el tema.

Consideraciones de la Corte

La situación del sentenciado Mauricio Alexánder Posada Alzate, expuesta por el actor, en la cual se basa la pretensión que se pone a consideración de la Sala y que encontró aval en el Ministerio Público, indiscutiblemente tiene fundamento.

Así lo revelan los actos y las omisiones de que da cuenta el actor y que constan en este expediente, en cuanto se confrontan con el contenido de la garantía atinente al derecho de defensa que consagra el artículo 29 de la Carta Política, puesto que este precepto establece con carácter imperativo el ejercicio de la defensa técnica, esto es, la que puede desplegar efectivamente un conocedor de las normas, de los ritos, de los beneficios, de la hermenéutica jurídica, en otras palabras, un experto en la ciencia

del Derecho, cuya intervención efectiviza principios como los de lealtad, igualdad y justicia que hacen parte de la normatividad que rige un Estado social y democrático de derecho. Garantía que, obviamente debe trascender la apariencia que dan las formas y plasmarse en una actividad que signifique debate equilibrado entre los intereses del procesado y la actividad punitiva estatal en sus dos aspectos, el de la investigación y el del juzgamiento. Indudablemente, esa lucha no está en capacidad de librarla quien no ha integrado a su bagaje intelectual ese conocimiento profesional.

Este proceso se inició por el año de 1994 cuando aún regían, el inciso primero del artículo 148 del Código de Procedimiento Penal, conforme al cual "el cargo de defensor para la indagatoria del imputado, cuando no hubiere abogado inscrito que lo asista en ella, podrá ser confiado a cualquier ciudadano honorable, siempre que no sea servidor público" y el precepto 355 de la citada codificación que, por excepción, autorizaba la recepción de indagatoria sin la asistencia de defensor "cuando el imputado estuviere en peligro de muerte". Esas opciones legales, declaradas ahora inexequibles (Sent.C.C.049/96), permitían la rendición de injurada sin el patrocinio jurídico establecido constitucionalmente, bajo las condiciones que esos ordenamientos imponían, esto es, que no existiera un abogado inscrito o que el imputado estuviera en peligro de muerte.

No obstante, como Mauricio Alexánder Posada Alzate rindió indagatoria el 3 de mayo de 1994, en la ciudad de Medellín, no se dio circunstancia alguna que permitiera válidamente realizar esa diligencia con la asistencia de un ciudadano común y corriente y no con la asesoría de un abogado titulado, por cuanto ni el procesado estaba en peligro de muerte ni es dable afirmar que en la ciudad de Medellín fuera imposible conseguir un profesional de esa área, cuando tampoco existía especial urgencia para realizar la diligencia de descargos, toda vez que el implicado se encontraba privado de la libertad por cuenta de otra investigación; circunstancia que facilitaba obtener ese respaldo, por ejemplo, con la defensoría pública.

Ahora bien, la ausencia de defensa técnica se prolongó en el decurso de toda la actuación procesal, pues, como bien lo señaló el casacionista, el nombramiento de un defensor de oficio, a petición del procesado, no surtió ningún efecto real. Sencillamente quedó en el papel, porque a pesar de haber tomado posesión del cargo, la ampliación de la injurada se realizó sin su presencia, pues ni siquiera fue informado al respecto, según lo revela el expediente. Por su parte, el mandatario judicial no ejecutó acto procesal alguno que refleje el ejercicio tangible de una defensa; no hay solicitud de pruebas, no hay alegatos, no interpuso recursos, no sustentó las impugnaciones intentadas por el propio inculpado; no intervino en el recaudo de elementos de convicción; en ocasiones ni siquiera atendió las notificaciones personales de las decisiones judiciales que afecta-

ban a su protegido, y todo eso envuelve la vulneración del derecho de defensa, o lo que es igual, el quebrantamiento de una de las garantías constitucionales.

Dijo esta Sala en sentencia de Casación de septiembre 22 último (M.P. Dr. Fernando Arboleda Ripoll):

"Esta posibilidad de oposición y refutación de la pretensión punitiva del Estado debe ser real, continua y unitaria, características que se oponen a lo formal, lo temporal y lo soluble. No es, ni se trata, de llenar una exigencia de carácter normativo, sino de velar porque este derecho logre material y efectiva realización, obligación por cuyo cumplimiento debe propender el funcionario judicial encargado de la dirección del proceso.

El derecho a la defensa técnica o profesional es una prerrogativa intangible. El imputado no puede renunciar a ella, ni el Estado a su obligación de garantizarla. Si el procesado no quiere o no está en condiciones de designar un abogado que lo asista en el trámite procedimental, el órgano judicial tiene la obligación de proveérselo, y de estar atento a su desempeño, asegurándose que su gestión se cumpla dentro de los marcos de diligencia debida y ética profesional, propósito que por igual debe buscar en tratándose de abogados de confianza, designados a instancia del propio implicado.

No es que el órgano judicial pueda interferir en la estrategia defensiva del abogado; ni más faltaba. Mucho menos que pueda imponerle unos determinados derroteros a su gestión controversial. De lo que se trata es de evitar que el abandono de la gestión encomendada, entendida no como inactividad contenciosa, sino como ausencia absoluta de presencia procesal, desquicie la estructura básica del proceso.

En cumplimiento de su función el defensor puede, por su parte, ejercitar de manera amplia el derecho de contradicción mediante una activa controversia conceptual o probatoria, u optar por un silencio expectante dentro de los límites de la racionalidad, como estrategia defensiva, susceptible de ser determinada a través de actos procesales que permitan inequívocamente establecerla.

Esta maniobra de simple supervisión del trámite procedimental, caracterizada por la ausencia de actos positivos de gestión, debe diferenciarse de la situación de abandono de la función encomendada, que se presenta cuando el defensor, además de renunciar a los actos de contradicción probatoria e impugnación, no hace presencia procesal alguna, ni asume posturas de las cuales pueda deducirse una mínima actividad vigilante."

Desde la óptica procesal, los actos irregulares, por regla general, son susceptibles de ser convalidados bajo ciertos condicionamientos, sin embargo, no es lo que ocurre con el derecho de defensa que constituye la excepción, en cuanto el legislador no admite que una transgresión de esa

índole transcurra impunemente. Lo anterior significa que la única manera de subsanar la irregularidad sustancial denunciada y comprobada es retrotraer el proceso y reconstruirlo con la guía y cumplimiento de los principios constitucionales, desde el momento en que éstos resultaron quebrantados, esto es, a partir de la vinculación formal de Mauricio Alexánder Posada Alzate al proceso, o sea, desde la indagatoria que rindió el 3 de mayo de 1994, inclusive, dejando a salvo las pruebas ya recaudadas, que bien podrán ser controvertidas y discutidas en la etapa de reposición de la instrucción.

En síntesis, la pretensión de la demanda deberá ser atendida, incluyendo la petición de libertad impetrada para el procesado, pero no por vía de provisionalidad, sino con carácter incondicional en cuanto el vicio antecede a la injurada, y ello implica afectación de la medida de aseguramiento.

Tal invalidación, no obstante, no afectará las pruebas recogidas, y en tal sentido se hará la salvedad correspondiente.

Como además emerge la posibilidad de que el abogado doctor Luis Carlos Cárdenas Ortiz, designado de oficio, haya incurrido en falta a los deberes profesionales, se expedirán las copias pertinentes con destino al Consejo Seccional de la Judicatura de Medellín.

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. CASAR la sentencia que el 8 de agosto de 1995 dictó el Tribunal Superior de Medellín por haberse proferido en juicio viciado de nulidad por violación al derecho de defensa del procesado Mauricio Alexánder Posada Alzate.

2. DECLARAR LA NULIDAD de todo lo actuado, incluyendo la indagatoria a través de la cual el implicado fue vinculado formalmente al proceso, para que desde ese momento se reponga toda la actuación procesal, dejando a salvo la validez de las pruebas recaudadas.

3. CONCEDER LA LIBERTAD INCONDICIONAL de Mauricio Alexánder Posada Alzate para lo cual se librarán las órdenes respectivas, advirtiéndole al director de la cárcel de Bellavista de Bello (Antioquia) que la libertad se hará efectiva siempre y cuando el procesado no se encuentre solicitado por otra autoridad.

4. DISPONER la reposición de la actuación conforme a derecho y a lo previsto en esta providencia, a partir de los actos anulados y.

5. DISPONER la expedición de las copias previstas en la parte considerativa.

Cópiese, notifíquese y 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, Aclaración de Voto.

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

ACLARACION DE VOTO

Considero necesario expresar la siguiente explicación, frente a la decisión mediante la cual fue decidido el recurso de casación:

Ante la posición mayoritaria de la Sala concretada en la sentencia de casación de fecha 22 de septiembre de 1998, radicación Nº 10.771, M. P. doctor Fernando E. Arboleda Ripoll, que se cita en el fallo, me vi precisado a salvar el voto, por las razones entonces expuestas, a las cuales me remito en esta oportunidad, por resultar en alto grado aplicables al presente caso. Ahora comparto lo determinado por la Sala en la parte resolutiva, pero es pertinente aclarar que no se trata de un cambio de criterio, que por el contrario ratifico, sino que la situación, si bien guarda semejanza, no es igual.

Por un lado, los dos procesos se caracterizaron por una mínima intervención de los defensores, siendo de destacar que en el actual se vieron aún más afectadas las posibilidades defensivas debido a la actitud asumida por el sindicado, que en dos memoriales reconoció su responsabilidad en los hechos imputados.

Pero en aquel asunto, la indagatoria fue recibida a un hospitalizado en la tarde del último día del término legal establecido para su recepción, que apremiaba al Fiscal a escucharlo, cuando no había abogado que lo asistiera, rigiendo aún los artículos 148, inciso 1º, del Código Penal y 34 del Decreto 196 de 1991, pues no se había producido la sentencia 049 de la Corte Constitucional que el 8 de febrero de 1996 los declaró inexequibles. Igual que en este caso, en el cual no aparece sin embargo razón alguna para que no hubiera sido asistido el por indagar de un abogado titulado, cuando se hallaba privado de la libertad por cuenta de otro proceso y no había apremio de términos, ni lo hubo para la ampliación de la injurada.

Con el respeto de siempre,

Nilson E. Pinilla Pinilla, Magistrado

(Fecha: ut supra).

En estas condiciones y siendo que el eventual legislador penal creado por la normatividad transitoria de la entonces recién expedida Constitución, al regular lo relativo con esta función del Ministerio Público optó por reproducir el numeral séptimo del artículo 277 de la Carta en el artículo 131 del Código de Procedimiento Penal, dejó en cabeza del Procurador General de la Nación como supremo director del Ministerio Público el deber de determinar, bajo los parámetros de objetividad ya anotados, los procesos en que debería intervenir, al igual que la dinámica que le imprimiría a cada uno de ellos, fijándole un mínimo y básico catálogo de actuaciones en las que imperativamente debe hacerlo, clarificando, como sucede en los casos en que se adelanten investigaciones previas por los hechos punibles de competencia de los jueces regionales, respecto de las cuales se dispone al tenor del artículo 134 ibidem., declarado exequible por la Corte Constitucional en sentencia del 22 de abril de 1993, que "la participación del agente del ministerio público" es obligatoria.

Proceso No. 11756

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal

Magistrado Ponente Dr. *Carlos Augusto Gálvez Argote*

Aprobado Acta No.05

Santa Fe de Bogotá, D. C., veinte (20) de enero de mil novecientos noventa y nueve (1999).

VISTOS

Mediante sentencia del 13 de octubre de 1994 un Juzgado Regional de Medellín condenó a Johny Albeiro Montoya Vélez y Alex Fernando Muñoz Ruiz a la pena principal de 20 años de prisión, la accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas por 10 años, al pago de perjuicios materiales por $5'000.000.oo y morales en el equivalente a 1.000 gramos oro, como coautores responsables del delito de homicidio, en concurso con el

de lesiones personales e infracción al artículo 2 del Decreto No.1194 de 1989, adoptado como legislación permanente por el artículo 6 del Decreto No. 2266 de 1991.

El Tribunal Nacional al momento de pronunciarse sobre el grado jurisdiccional de consulta y el recurso de apelación interpuesto por el defensor de los procesados, en fallo del 7 de abril de 1995, modificó la decisión de primera instancia en el sentido de imponer a Montoya Vélez y Muñoz Ruiz igualmente el pago de una multa equivalente a 50 salarios mínimos legales mensuales como pena principal, reduciendo la condena de perjuicios materiales y morales al equivalente en moneda nacional de 470 y 500 gramos oro, respectivamente.

Contra la decisión del Tribunal, el defensor del procesado interpuso el recurso extraordinario de casación que ahora resuelve la Corte.

HECHOS Y ACTUACIÓN PROCESAL

Los hechos que originaron este proceso sucedieron aproximadamente entre las dos y tres de la mañana del día 12 de abril de 1992, cuando hasta la residencia de Héctor Alirio Zapata Gutiérrez localizada en el barrio "El Compromiso" de la ciudad de Medellín, llegaron varios hombres armados y con el rostro cubierto, llevándoselo consigo después de atarlo y de apoderarse de una plancha, dos anillos y una cadena de oro de su propiedad, para en una zona contigua hacerle un disparo con una escopeta de perdigones que sólo le produjo algunas heridas en el brazo y hombro derechos, logrando escapar de sus captores para ser atendido médicamente y dar cuenta de los sucesos a las autoridades de Policía, iniciándose de inmediato las pesquisas conducentes a la captura de quienes con posterioridad fueron identificados como Johny Albeiro Montoya Vélez y Alex Fernando Muñoz Ruiz, pertenecientes a las milicias populares, a quienes la víctima reconoció por su voz desde el primer momento, atribuyéndoseles no solamente el anterior suceso, sino la violenta muerte mediante el empleo de armas de fuego de la señora madre de Héctor Alirio, Lucía de Jesús Gutiérrez de Zapata, acaecida en el mismo sector, mientras aquél era auxiliado por los agentes del orden y atendido en el Centro de Salud Local.

Con base en la declaración rendida por Héctor Alirio Zapata Gutiérrez, el acta de levantamiento del cadáver de la señora Lucía de Jesús Gutiérrez, el informe rendido por el Comandante de la Subestación Santo Domingo, en el que se deja a disposición a Johny Albeiro Montoya Vélez y Alex Fernando Muñoz Ruiz, quienes fueron de inmediato escuchados en versión libre, el 20 de abril de 1992 el Juzgado 110 de Instrucción Criminal de entonces decretó la formal apertura investigativa, vinculándolos mediante diligencia de indagatoria.

Atendiendo al hecho de que se podía estar frente a conductas lesivas del Decreto 2266 de 1991, específicamente del Decreto 1194 de 1989 adop-

tado como legislación permanente por el primero, las diligencias fueron remitidas ante la oficina Seccional de Orden Público de Medellín.

Avocado conocimiento, la situación jurídica de los procesados fue resuelta por un Juzgado de Instrucción de Orden Público el 29 de abril siguiente, con medida de aseguramiento de detención preventiva por los delitos de pertenecer a grupos armados de justicia privada, homicidio, lesiones personales y hurto calificado y agravado.

Como mediante escrito que voluntariamente hiciera llegar al proceso el ciudadano Guillermo de Jesús Echavarría Noreña, manifestó conocer a los integrantes de las denominadas "Milicias Populares" de Medellín, específicamente de la zona en donde ocurrieran los hechos y por haber sido víctima de sus acciones, además de poseer otros datos de interés para la investigación, fue escuchado su testimonio, e igualmente practicada la diligencia de reconocimiento en fila con resultado positivo en relación con los dos procesados. También por ser vecino del barrio y conocer a los jóvenes procesados como milicianos, declaró el señor Luis Eduardo Giraldo Daza.

Una vez compilada nueva prueba testimonial y cerrada la investigación, el defensor de los procesados y el Ministerio Público presentaron los respectivos alegatos, calificándose el mérito de las pruebas por un Fiscal Regional de Medellín el 12 de octubre de 1993 mediante resolución acusatoria contra Montoya Vélez y Muñoz Ruiz como presuntos coautores de los punibles de ser integrantes de bandas de justicia privada, homicidio agravado y lesiones personales con incapacidad inferior a 30 días sin secuelas, de acuerdo con el último dictamen expedido por el Instituto Seccional de Medicina Legal de Medellín, al tiempo que se compulsaron copias para que se investigara el delito de hurto también denunciado.

Apelada esta decisión por el defensor de los acusados, en respuesta al traslado que para alegar como no recurrente se dispusiera mediante auto del 29 de noviembre de 1993, el Ministerio Público se excusó de conceptuar atendiendo al hecho de que por haber entrado a regir la Ley 81 de ese mismo año ya no era imperiosa la fijación en lista para presentación de alegatos, desatándose así el recurso el 7 de febrero de 1.994 con la integral confirmación del calificatorio impugnado.

Tramitada la etapa del juicio, previos los alegatos del defensor de los procesados y el representante del Ministerio Público, se profirieron las sentencias de primera y segunda instancia en los términos sintetizados en precedencia.

La Demanda

Primer cargo

Apoyado en la causal primera del artículo 220 del C. de P. P., contra la sentencia impugnada el defensor de los procesados propone una primera

censura por "violación de los artículos 1, 10, 247, 249, 254, 285, 292 y 294 del Código de Procedimiento Penal, por errores de hecho en la apreciación de la prueba".

Sostiene enseguida que la "crítica" hecha por los juzgadores al material probatorio no fue "sistemática, ni ordenada y en algunos casos olvidaron tener en cuenta algunas evidencias que reposan en el expediente", lo que demostrará después de analizar la prueba en su conjunto, pues en su concepto al no existir medios de convicción que directamente señalen a los procesados como responsables del delito de homicidio, ha debido reconocerse que sólo a través de la indiciaria se podría lograr dicho cometido, pero, enfatiza, esto no se hizo así, procediéndose en cambio a "tergiversar la prueba testimonial sobre los hechos indicantes".

Reproduce a continuación algunos extractos de las motivaciones del Tribunal, criticando el hecho de que no hubiera sometido la prueba testimonial a un riguroso análisis de conformidad con los artículos. 249 y 254 del C. de P. P., merced a la globalización que de ella hiciera, dando lugar así a una evidente "tergiversación" de su contenido.

"También incurrió el Ad quem, prosigue, como ya lo había hecho el Juez de la primera instancia en el falso juicio de existencia al suponer que las declaraciones de los sindicados son contradictorias y al darle valor probatorio a la declaración de Guillermo Echavarría Noreña pese a la nulidad que la afecta en su totalidad".

Bajo el título "ILUSTRACION DE LOS CARGOS", recoge una nueva cita textual del Tribunal, para censurar el hecho de que se afirme que a través de los testimonios del denunciante y de los agentes de la policía, se pueda demostrar el compromiso penal de Montoya Vélez y Muñoz Ruiz, pues de este modo fácilmente se establece que "Incurrió pues el Juzgador en un falso juicio de existencia por suposición al otorgarle un valor probatorio al dicho de los policías en lo relativo a la responsabilidad de los enjuiciados", sucediendo lo propio con las declaraciones de Echavarría Noreña y Giraldo Daza, esto es, que a lo sumo permitirían conocer la pertenencia a las milicias populares de aquéllos, pero no su participación en los hechos ilícitos.

Califica como "segundo error" de hecho derivado de un "falso juicio de identidad", la manera en que se "refundió y tergiversó" las declaraciones del denunciante, pues termina por desconocerse el momento preciso en que Zapata Gutiérrez supo que la mamá se encontraba en peligro, cuándo se enteró de que había fallecido y el instante en que por los hechos le hizo cargos a Alex Fernando Muñoz Ruiz, lográndose establecer una secuencia distinta de ellos de una cuidadosa lectura de las diversas versiones dadas por el quejoso, que el Tribunal no llevó a cabo.

Sin embargo, con base en un interrogante que le da la denominación de "aspecto clave" en la declaración de Zapata, se pregunta el actor cuál

habría sido el motivo por el cual si cuando los agentes de la policía acompañaron a aquél hasta su morada para sacar de allí a la esposa, ésta no le manifestó nada a cerca de la muerte de su suegra?. De ahí que el "resumen" del fallador le de "a la versión del denunciante una consistencia que en realidad no tiene", máxime cuando por lo expresado por la señora Amparo Mejía, la progenitora de Zapata habría sido observada en manos de los hombres armados después de ser capturado Montoya Vélez, con lo cual se descarta la participación de éste en el homicidio.

"Otro error de hecho" en la apreciación de la prueba, derivado de un "falso juicio de existencia por omisión" atribuye el actor, en relación con la necropsia, pues si se compara la hora probable de la muerte de la señora con el momento en que se produjo la captura de Montoya Vélez, estaría descartada su participación en este ilícito.

Como error hecho por "falso juicio de existencia por suposición", también acusa la diligencia de reconocimiento en fila cumplida por Echavarría Noreña, toda vez que no se le interrogó inicialmente sobre las características personales de quienes iba a reconocer, además de no haberse encontrado presente el defensor, lo que si bien la hace nula, como lo reconoció el Tribunal, vicia igualmente en su criterio, el testimonio rendido por aquél por conformar una unidad, debiéndose descartar por el mismo motivo las presuntas contradicciones de los procesados, pues en este aspecto el análisis del Tribunal fue por completo superficial y las diferencias existentes entre uno y otro relato, deben considerarse como normales.

Segundo cargo

Con base en la tercera causal del artículo 220 del C. de P. P., sustenta el actor esta censura por nulidad, afirmando que la sentencia se profirió con violación del debido proceso concretando la irregularidad en el trámite en el hecho de haberse negado el Ministerio Público a rendir concepto pese al traslado del proceso que le fuere hecho al momento de desatarse la apelación interpuesta contra la resolución acusatoria proferida en primera instancia, pues en su criterio, se equivocó al interpretar lo dispuesto por el art. 40 de la Ley 153 de 1887, toda vez qué ya se había iniciado el trámite del recurso impetrado, siendo aplicable el texto original del artículo 213 del C. de P. P.,es decir, que procedía el traslado a fin de que los distintos sujetos procesales presentaran sus alegatos, incurriendo así en una evidente irregularidad.

Solicita a la Corte, con base en lo expuesto, casar la sentencia recurrida.

Concepto del Procurador Delegado

Se ocupa inicialmente el Procurador Primero Delegado en lo Penal de la censura que por nulidad contiene la demanda, advirtiendo cómo de

conformidad con el artículo 277.7 de la Constitución Política la intervención del Ministerio Público no resulta imperativa en todas las diligencias y actuaciones judiciales y administrativas, por lo que no estaría viciado el trámite que en este caso se impartió al proceso al no ser una de aquellas hipótesis donde es imperativa, aun cuando estima que no fue correcto el entendimiento dado con apoyo en la Ley 153 de 1887 a la entrada a regir de la Ley 81 de 1993, toda vez que el recurso se habría concedido el 27 de octubre y ésta sólo tuvo vigencia a partir del 3 de noviembre de ese mismo año. Por ello, concluye, que el "cargo resulta inadmisible".

En relación con la censura fundada en la violación indirecta de la ley sustancial, destaca en primer término que no se hubiese concretado el precepto de esta naturaleza, como también que los presuntos falsos juicios de existencia por suposición probatoria sean confundidos con las posibles consecuencias que generaría el mismo, es decir, las deducciones del juez.

Se orienta la demanda, según el Delegado, a expresar un simple desacuerdo con los elementos de convicción valorados por el Tribunal, sin precisar "la nota ostensible o su capacidad para derruir la parte resolutiva del fallo impugnado", no siendo atendibles los argumentos en razón a la doble presunción de acierto y legalidad que reviste la sentencia.

En efecto, se cuestiona el grado de credibilidad otorgado al denunciante, mientras se negó cualquier mérito a lo manifestado por los procesados, como también el hecho de calificar sus explicaciones como contradictorias, sin advertir que a la versión suministrada por la propia víctima el juez a quo aunó diversa prueba indiciaria en perfecta coherencia y lógica con aquella, respetando en todo caso las reglas de la sana crítica.

Así, en relación con el testimonio de Echavarría Noreña, pese a reconocerse que la diligencia de reconocimiento estaba viciada, su testimonio que es previo a ella mantiene plena validez, como igual sucede con el rendido por Luis Eduardo Giraldo Daza, que lo respalda, de donde se fortalecen los indicios de capacidad, oportunidad, mentira y mala justificación, que guardan perfecta armonía con la directa imputación que les hiciera Zapata Gutiérrez, toda vez que los reconoció por sus voces desde el primer momento.

Además, para el Procurador Delegado, no es suficiente con proponerle a la Corte los errores de hecho y su incidencia en el fallo, ya que "con el estudio completo del haz probatorio el impugnante debe suministrarle a la Corte una nueva y opuesta visión del panorama procesal, para que con base en estas se profiera el fallo de sustitución que se reclama".

"No sobra recordar, agrega, que al dejar de apreciar una prueba da lugar a que se case la sentencia, siempre y cuando se demuestre que de haberla considerado la decisión atacada hubiera sido otra. No como en el

caso presente, en donde el demandante no demuestra la incidencia determinante de la omisión, limitándose a considerar que el Tribunal ha debido llegar a la misma conclusión a que él llegó, luego de apreciar desde su personal punto de vista el acopio probatorio".

Por ello, en relación con la hora en que se produjo la muerte de la señora madre del ofendido y la captura del procesado Montoya Vélez si bien el juzgador no hizo cotejo alguno, esto no da lugar a que se case la sentencia.

Además, culmina, "Así fuera dable otorgarle mérito a algunas de las consideraciones del demandante, la sentencia subsistiría a expensas de otras indescartables pruebas incriminatorias mencionadas en precedencia y que resultan determinantes en señalar a los acusados como responsables de los ilícitos por los que fueran acusados", razón de más para solicitar que no se case el fallo impugnado.

CONSIDERACIONES

Debiendo la Sala respetar el orden lógico en la contestación de los reparos que correspondía igual no desatender en su proposición al demandante, responderá de primero el cargo que desplazado a un segundo lugar se ha fundamentado en una aducida nulidad del proceso.

Causal tercera

1. Ciertamente, resulta particularmente interesante observar que desde la propia aparición del Ministerio Público en el ámbito constitucional colombiano en la Carta de 1.830, se han empleado por el Constituyente expresiones que aluden, en cuanto a las funciones de aquél, a su intervención ante las autoridades judiciales para que se "observen las leyes". Así, en el artículo 100 de la Constitución, se disponía, en su ortografía original, que "el ministerio público será ejercido por un ajente del poder ejecutivo con el título de procurador jeneral de la nación, para defender ante los tribunales y juzgados de la observancia de las leyes, y promover ante cualquiera autoridades, así civiles como militares y eclesiásticas, los intereses nacionales y cuanto concierna al orden público", y conservándose estos imperativos en las Constituciones de 1853, 1858, 1863 y en la de 1886, en un amplio dispositivo institucional le agregó a las funciones del Ministerio Público la de "perseguir los delitos y contravenciones que turben el orden social", expresión ésta que al decir de don José María Samper, uno de los autores de la Carta, precisamente "equivale a servir a la justicia", alcance que la Corte ha prohijado en diversas ocasiones, particularmente en la sentencia del 17 de febrero de 1971 (Gaceta Judicial Tomo CXXXVIII, Nos. 2340, 2341 y 2342, pág. 42).

2. Se trataba, entonces, de un órgano orientado "bajo la suprema dirección del gobierno", no obstante que como también lo afirmara la Cor-

te en sentencia del 28 de febrero de 1985, al tenerse en cuenta las modificaciones introducidas al artículo 144 por el Acto Legislativo No. 1 de 1.945, en el sentido de que "el Procurador General de la Nación será nombrado por la Cámara de Representantes, de una terna enviada por el Presidente de la República, para un período de cuatro años", esto es, que aquél ya no era designado directamente por el Presidente, como sucedía entre 1.886 y 1.945, no podía seguirse entendiendo a la Procuraduría como "perteneciente a la rama ejecutiva del poder público", pues ello sólo correspondía a un "rezago constitucional". Este incontrovertible cuestionamiento, unido a que, bien por falta de claridad en el texto o por la carencia de autonomía con que había aparecido el Ministerio Público en nuestra vida constitucional, hicieron que la comprensión jurisprudencial y el legislativo desarrollaran dicha función bajo un contexto y proyección secundario, en la medida en que su presencia en los procesos judiciales y específicamente en el penal, lo fuera simplemente como un colaborador que remitía sus deberes a cumplir con la vigilancia de la actividad de los funcionarios encargados de la administración de justicia y de emitir una opinión frente a determinadas decisiones que debían tomar los jueces, que como tal no obligaba su acogimiento, salvo alguna excepción histórica en punto de la concesión de la libertad.

3. De ahí que, al expedirse la Constitución vigente de 1991, el Ministerio Público haya sido sustancialmente modificado al ser estatuido como un organismo autónomo e independiente dentro de la administración pública, conforme lo dispone el artículo 118 de la Carta -no obstante que la Corte Constitucional continúe considerando, como lo ha hecho en el fallo de constitucionalidad 229 del 29 de mayo de 1995, que al estar sometido al cumplimiento de la ley "ello da a entender que ésta (la Procuraduría) sigue siendo sometida a la suprema dirección del ejecutivo, tal y como sucedía en la Constitución derogada"-, regulándose en el numeral séptimo del artículo 277, que deberá "intervenir en los procesos y ante las autoridades judiciales o administrativas, cuando sea necesario en defensa del orden jurídico, del patrimonio público o de los derechos y garantías fundamentales", con lo cual dejó de ser un simple auxiliar de la jurisdicción, que en la práctica parecía perder trascendencia, para pasar a ser sujeto procesal, que como tal, bajo su absoluta responsabilidad puede materializar su intervención mediante peticiones probatorias, o recurriendo las decisiones en que crea debe hacerlo, o presentando alegaciones, pero sin que ello signifique que esa liberalidad lo posibilite para no ejercer su función, pues es claro que desde el momento mismo en que uno de sus Delegados o Agentes es designado como su representante en un proceso, es sujeto procesal en el mismo y que bajo esta calidad actúa, incurriendo en falta disciplinaria o delito, según el caso, cuando no lo haga o lo hiciese contrariando la ley, es decir, por acción o por omisión.

4. Sin embargo, como el Constituyente con el fin de que la representación del Ministerio Público no quedase en el campo de lo formal o aparente difuminándose en una multitud de procesos, en los cuales por su

propio volumen que tornare extremadamente dificultosa su actuación, y por el contrario, fuese real y eficiente, dispuso una cierta potestad para su intervención, en virtud de la cual no le es exigible que inexorablemente intervenga en todos los procesos ni en todas las actuaciones judiciales, sino cuando "sea necesario", expresión ésta que ni gramaticalmente ni teniendo en cuenta los antecedentes de la disposición, puede entenderse como sinónimo de "cuando lo crea necesario" o "cuando lo estime conveniente", alternativas que precisamente no fueron acogidas para impedir que una tal elección dependiera del absoluto arbitrio del Ministerio Público, corriendo el riesgo la sociedad de que en casos en que a pesar de su gravedad o importancia quedara sin representación, remitiendo entonces el juicio de valor determinante para decidir su intervención, a la objetividad de los hechos y/o de la actuación misma, siempre teniendo como fin la defensa del orden jurídico, el patrimonio público y los derechos y garantías fundamentales.

5. En estas condiciones y siendo que el eventual legislador penal creado por la normatividad transitoria de la entonces recién expedida Constitución, al regular lo relativo con esta función del Ministerio Público optó por reproducir el numeral séptimo del artículo 277 de la Carta en el artículo 131 del Código de Procedimiento Penal, dejó en cabeza del Procurador General de la Nación como supremo director del Ministerio Público el deber de determinar, bajo los parámetros de objetividad ya anotados, los procesos en que debería intervenir, al igual que la dinámica que le impromitía a cada uno de ellos, fijándole un mínimo y básico catálogo de actuaciones en las que imperativamente debe hacerlo, clarificando, como sucede en los casos en que se adelanten investigaciones previas por los hechos punibles de competencia de los jueces regionales, respecto de las cuales se dispone al tenor del artículo 134 ibidem, declarado exequible por la Corte Constitucional en sentencia del 22 de abril de 1993, que "la participación del agente del ministerio público" es obligatoria.

6. Así y siendo que el conocimiento del presente asunto correspondió a los jueces regionales, es evidente que carece de razón el demandante, por cuanto no obstante que en verdad, como éste mismo lo afirma y lo avala el Procurador Delegado, fue equivocada la interpretación que le dio la Procuraduría Delegada al artículo 40 de la Ley 153 de 1887, como que al contrario de lo por ella afirmado, al haberse interpuesto el recurso de apelación contra la resolución acusatoria el 13 de agosto de 1993 y en contrase en trámite la ritualidad previa a la decisión del recurso y concretamente en traslado a los sujetos procesales para alegar por mandato del original artículo 213 del Código de Procedimiento Penal, era lo jurídico continuar éste trámite bajo la égida de esta disposición y no truncarla para dar aplicación a la Ley 81 de 1993, con el argumento de que al entrar a regir el 3 de noviembre de ese mismo año suprimiendo dicho traslado, no podía el Ministerio Público alegar, pues era lo lógico y jurídico hacerlo,

pero siempre y cuando le fuese obligatorio, que no es lo que se imponía en esa etapa procesal, ya que se trataba de la apelación de la acusación, ya superada, claro está, la indagación preliminar.

7. La confusión del censor, aunque no lo dice, pareciera que surge de la descontextualización que hace de la doble regulación contenida en el artículo 134 del Estatuto Procesal, tomando la palabra "investigación" como una expresión separada de la primera parte del mandato, desconociendo que al regularse en ella la exigencia para que en las indagaciones previas adelantadas por las unidades de policía judicial deba existir un agente del Ministerio Público "para que ejerza su vigilancia directa y permanente" sobre su desarrollo y resultado, la segunda, al disponer que "cuando se trate de investigaciones por hechos punibles de competencia de los jueces regionales, la participación del agente del ministerio público será obligatoria", incuestionablemente se está refiriendo a las "investigaciones previas", señaladas como objeto de la acción en la primera parte del texto, de ahí el por qué de la misma puntuación utilizada entre las dos frases: en un punto seguido, que para el cabal entendimiento de lo que expresa la ley, en ninguna forma puede constituir algo sin trascendencia, pues traduce la explicación gramatical del por qué el legislador no volvió a repetir las expresiones "investigación previa", sino que dando por sentado que dentro de la estructura de la oración ese era el objeto de la acción, la siguiente, está remitida al mismo.

De ahí que al haber pronunciado la Corte Constitucional, en el fallo ya citado, sobre la constitucionalidad, precisamente de la segunda parte de esta norma, que había sido demandada por cuanto en concepto del actor consagraba un "tratamiento diferencial y desfavorable para los procesados y condenados por los Jueces Regionales y el Tribunal Nacional", vulnerándose el principio de igualdad, al declarar su ceñimiento a la Carta Política afirmó que no procedía reparo alguno, "ya que por el contrario, la vigilancia del Ministerio Público sobre las unidades investigativas conformadas por las unidades de policía judicial, se constituye en una garantía preventiva que asegura el celoso cuidado que cabe y la atención sobre las eventuales extralimitaciones de dichos funcionarios.", agregando que "Nada se opone en la Constitución a que los Agentes de la Procuraduría General de la Nación, vigilen el cumplimiento de la Constitución, de la ley, de las decisiones judiciales y los actos administrativos en dichos casos, para proteger los derechos humanos, así como para asegurar su efectividad, defender los intereses de la sociedad, el orden jurídico y los derechos y garantías fundamentales.", y que "En consecuencia el artículo 277 de la Carta permite la existencia de dichos agentes y su presencia obligatoria en las actuaciones de las unidades investigativas de policía judicial".

8. No estando, entonces, la Delegada del Ministerio Público ante la segunda instancia, en la obligación de alegar durante el traslado surtido para desatar el recurso de apelación interpuesto por el defensor en contra

de la resolución acusatoria, tampoco resulta cierto como lo afirma el Procurador Delegado ante esta Corporación, que ya quedaba exonerada de hacerlo sino que al serle aplicable el trámite dispuesto por el artículo 213 del Código de Procedimiento Penal, como acertadamente se rituó la impugnación, quedaba esta funcionaria en libertad de conceptuar, siempre bajo su responsabilidad, y como ostentadora que era de sujeto procesal en esa actuación; y si no lo hizo, es porque consideró que para sacar avante los fines constitucionales y legales que le imperaba hacer cumplir, es decir, los de defender el ordenamiento jurídico, el patrimonio público y los derechos y garantías fundamentales, no era necesario, lo cual podía hacer.

9. Así, la única forma como podría recibir censura el proceder de la Delegada, sería demostrándose la necesidad que existía de su actuar positivo en ese momento, porque al no haberlo hecho permitió que se vulneraran los referidos fines consagrados por la Carta Política en el citado numeral 7 del artículo 277 y en artículo 131 del Código de Procedimiento Penal, y ninguna referencia siquiera hace el demandante al respecto, pues se limita a afirmar una presunta nulidad simplemente por el hecho de no haber alegado el Ministerio Público en el mencionado trámite de la apelación, pero sin demostrar en qué resultó vulnerado el debido proceso, quizá porque tampoco podía hacerlo, pues bajo los supuestos hermenéuticos ya precisados, ninguna irregularidad y menos de carácter sustancial, se observa en el trámite que censura sin sustento alguno.

El cargo no prospera.

Causal primera

1. Ha sido reiterativa la jurisprudencia de la Sala en insistir el cuidadoso método que debe rigurosamente seguirse cuando el ataque casacional se dirige contra la prueba indiciaria, habida cuenta de que por su naturaleza y estructura compleja, este medio de convicción en el hallazgo de la verdad surge en el proceso a través de un juicio lógico construido a partir de la revelación que hace un hecho conocido y que conduce a establecer otro ignorado, pues 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. Por eso se ha precisado que en materia de casación, depende de si el ataque al fallo recae sobre este medio como hecho indicador, lo cual supone censurar las pruebas que lo sustentan, caso en el cual debe hacerse a través de la proposición de errores de hecho y de derecho en los distintos falsos juicios que admiten, o si por el contrario es la inferencia el objeto del reparo, siendo lo pertinente entonces acudir al error de hecho pero por falso juicio de identidad.

3. El actor propone este cargo con fundamento en la primera causal del artículo 220 del C. de P. P., acusando diversos errores de hecho. Sin

embargo y no obstante ser evidente que el juez de primer instancia sustentó la condena en copiosa prueba indiciaria, que por haber compartido prácticamente en su integridad el Tribunal conforman una unidad de decisión, el actor refiere este antecedente de la consolidación del fallo apenas de manera tangencial, pero no aborda la impugnación en forma consecuente con el mismo, haciendo claro que lo único pretendido a través de los distintos reparos, que no errores de hecho acusados, es oponerse a las conclusiones de los jueces, proponiendo con dicha finalidad un nuevo y diverso análisis de las pruebas allegadas al proceso, que obviamente opone a la sentencia en búsqueda de una decisión favorable a los intereses de los procesados, pero de inaceptable postulación en el extraordinario recurso, todo lo cual lleva implícita la necesidad de desechar el cargo.

4. Así, censura inicialmente en una paladina crítica general a la valoración probatoria, el hecho de no obrar en el expediente elementos de convicción suficientes para emitir un fallo condenatorio en contra de sus representados, manifestando en forma genérica y nada concreta que el fallador incurrió en evidente "tergiversación" de la prueba testimonial por no llevarse a cabo sobre ella "un riguroso análisis de conformidad con los artículos 249 y 254 del C. de P. P.", pese a lo cual a renglón seguido califica como "falso juicio de existencia", sin precisar la modalidad en que concurre, si por omisión o suposición, el hecho de que el sentenciador considerase que las versiones de los procesados eran contradictorias, siendo motivo de concurrente y simultánea crítica el hecho de haberse valorado el testimonio de Guillermo Echavarría Noreña, cuando el mismo se encontraba afectado de "nulidad".

5. La absoluta falta de orden lógico y concreción en las censuras es igualmente constante dentro del capítulo que intitula como "ILUSTRACION DE LOS CARGOS". En efecto, ahora el reparo en primer término se orienta a cuestionar el hecho de que el juzgador le otorgara a las declaraciones de Héctor Alirio Zapata Gutiérrez y los agentes de la policía que lo socorrieran cuando pidió ayuda encontrándose herido, procurándose la aprehensión de los procesados, e igualmente sobre los testimonios de Guillermo Echavarría Noreña, que ahora da por válido y Luis Eduardo Giraldo Daza, por incurrirse, según el demandante, en un "falso juicio de existencia por suposición", derivado de atribuirles "un valor probatorio" del cual carecen, al estimar que no son prueba suficiente para condenar.

6. De otra parte, tampoco se compadece en manera alguna con la técnica casacional -menos aun cuando como ya se advirtió el fallo se ha fundado en copiosa prueba indirecta, construyendo el *a quo* los indicios de móvil, personalidad, antecedentes, concomitantes y subsiguientes al hecho, mentira y mala justificación-, la afirmación del actor contenida dentro del que denomina "segundo error de hecho" que según su aprecia-

ción se funda en no habérsele dado una "cuidadosa lectura" a las diversas versiones dadas por el quejoso, que habría permitido ordenar el decurso de los acontecimientos en forma distinta a como lo hicieran los sentenciadores, toda vez que evidentemente nada distinto comporta este alegato que una contraposición analítica y valorativa de la prueba no admisible en casación.

Menos configura error de hecho por presunta omisión de la necropsia practicada a la señora Lucía de Jesús Gutiérrez de Zapata, el que no se hubiese cotejado la hora probable de su muerte con aquella en que fue capturado Montoya Vélez, máxime cuando esta sola circunstancia no tiene mayor incidencia en la responsabilidad penal por los hechos que se le han imputado, pues además de tratarse de un dato absolutamente contingente, la contundente prueba que milita en su contra tiene todo su vigor y sustenta incólume el fallo.

7. Finalmente, el Tribunal descartó como prueba la diligencia de reconocimiento en fila adelantada por el testigo Guillermo Echavarría Noreña, en razón de no haberse practicado con el lleno de las exigencias legales -como que no se citó al defensor de los procesados ni se suplió su ausencia mediante la designación de uno de oficio-, de donde equivocado es inferir que ha debido igualmente desecharse su testimonio -cumplido en oportunidad diversa y sin reparo formal alguno-, pues no existe ningún nexo entre una y otra diligencia que permita sostener que los vicios derivados de aquélla puedan transmitirse a ésta o que la misma merezca ser objetada por ese motivo, en razón a que tratándose de pruebas y no de actuaciones procesales, cada una mantiene absoluta independencia y no admite por lo mismo condicionamientos de legalidad que creen sujeción entre sí.

El cargo no prospera.

CASACIÓN OFICIOSA

Advierte la Sala, no obstante, que se equivocó el sentenciador al extender indebidamente su competencia para juzgar la infracción derivada de lesiones personales constitutivas de contravención especial, de conformidad con el artículo 1, numeral 9o. de la Ley 23 de 1991, toda vez que la incapacidad definitiva de Héctor Alirio Zapata Gutiérrez se fijó en el término de treinta días (fl. 119 c.o.), sin secuelas, de donde corresponde a la Corte de conformidad con lo dispuesto por los artículos 228, 229.1 y 304.1 del C. de P. P. casar oficiosamente la sentencia y decretar la nulidad parcial en relación con este pronunciamiento, aun cuando no hay lugar a la reposición de lo actuado por haberse extinguido las acción que se originaría de acuerdo con la naturaleza de los hechos acaecidos el 12 de abril de 1992.

Por consiguiente, la única incidencia de la invalidación parcial de lo actuado lo es sobre la dosificación de la pena. A este respecto por el delito

de homicidio agravado el Tribunal impuso 18 años de prisión, deduciendo por el concurso entre el punible de pertenecer a grupos armados de justicia privada y lesiones personales 2 años más; por tanto, siendo proporcional a este laxo incremento punitivo -en particular respecto a la primera de estas infracciones-, la sanción por la segunda será disminuida en un (1) mes, sin que esta decisión repercuta sobre los perjuicios al no haberse hecho ninguna discriminación sobre ello al momento de ser tasados.

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

RESUELVE:

1. Desestimar la demanda formulada a nombre de los procesados Johny Albeiro Montoya Vélez y Alex Fernando Muñoz Ruiz.

2. CASAR parcial y oficiosamente la sentencia recurrida, decretando la nulidad respecto del juzgamiento de la contravención especial de lesiones personales, sin que haya lugar a subsanar lo actuado, conforme a las razones expuestas.

3. A consecuencia de lo anterior se modifica la pena principal impuesta a los procesados Johny Albeiro Montoya Vélez y Alex Fernando Muñoz Ruiz, que finalmente se concreta en diecinueve (19) años y once (11) meses de prisión por los delitos de homicidio e infracción al art. 2 del Decreto 1194 de 1989, adoptado como legislación permanente por el art. 6 del Decreto 2266 de 1991, manteniéndose en lo demás incólume el fallo.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

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

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

ERROR EN LA DENOMINACION JURIDICA DE LA INFRACCION/ DEMANDA DE CASACION

El error en la denominación jurídica se demanda en casación por la causal tercera, independientemente de que el nomen juris *que se aduce afecte o no la competencia del funcionario que está conociendo, pues una de las garantías que comprende el concepto de debido proceso es que los cargos por los cuales se llama a juicio estén bien formulados, de manera que no es acertado solicitar simultáneamente la nulidad por falta de competencia, pues ese tópico depende de que triunfe la tesis del error en la denominación jurídica.*

El error en comento se origina en la resolución de acusación, de ahí que el censor se equivoca al pedir que se decrete la nulidad desde el auto que definió la situación jurídica del procesado, en donde la denominación jurídica es puramente provisional y puede ser cambiada al momento de la calificación que es cuando ya se cuenta con todos los elementos de juicio necesarios.

Proceso No. 10807

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal

Magistrado Ponente: Dr. *Ricardo Calvete Rangel*

Aprobado Acta No. 05

Santa Fe de Bogotá, D. C., veinte (20) de enero de mil novecientos noventa y nueve (1999).

VISTOS

Resolverá la Sala la demanda de casación presentada por el defensor del procesado Darío Carrillo, contra la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Santa Fe de Bogotá, confirmatoria de la dictada por el Juzgado Cincuenta y Seis Penal del Circuito de la misma ciudad, que condenó al aquí recurrente como autor responsable del delito de homicidio en el grado de tentativa, a la pena principal de cinco (5) años de prisión, a la accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas por igual tér-

mino al de la pena privativa de la libertad, a pagar en favor del ofendido la suma de cuatro millones novecientos nueve mil cuatrocientos noventa pesos por perjuicios materiales, el equivalente a trescientos gramos oro por perjuicios morales, y se le negó el subrogado de la condena de ejecución condicional.

I. Hechos

Fueron resumidos por el Procurador Delegado así:

"El día veintidós de noviembre de mil novecientos noventa y dos, Luis Alberto Avendaño Forero y Jorge Enrique Avendaño Gordillo ingerían licor en el establecimiento de la señora Ana Virginia Torres ubicado en el barrio Rincón de Suba, lugar al que llegó el procesado Darío Carrillo en compañía de Saúl Castro y sus menores hijas.

"Al rededor de las nueve de las noche Jorge Enrique Avendaño se dispuso a realizar una llamada desde el teléfono público, pero dado su estado de alicoramiento dejó caer el auricular, hecho que fue recriminado por el procesado Darío Carrillo y motivó un cruce de palabras desobligantes y luego golpes de mano.

"Darío Carrillo se retiró del lugar haciendo lo propio minutos más tarde los familiares de Avendaño y al acercarse a la casa de habitación de Jorge Enrique, observaron al procesado con un arma de fuego en la mano apuntando hacia ellos.

"Al tratar de huir Luis Alberto resbaló, circunstancia que fue aprovechada por Carrillo para dispararle produciéndole una herida que le fracturó la cuarta vértebra cervical con perturbación funcional del miembro superior izquierdo de carácter permanente e incapacidad para trabajar de un veinte por ciento.

"Buscando huir del sitio, Carrillo fue perseguido por Jorge Enrique Avendaño a quien también disparó y le ocasionó una herida que determinó una incapacidad médico-legal de quince días".

II. Actuación Procesal

El Juzgado Cuarenta Penal Municipal de Santa Fe de Bogotá ordenó abrir la investigación, a la que fue vinculado mediante indagatoria Darío Carrillo. En auto posterior el funcionario decidió romper la unidad procesal ordenando el envío de las copias pertinentes a la Inspección 10 B Distrital de Policía en lo relacionado con el afectado Jorge Enrique Avendaño Gordillo, aduciendo el carácter contravencional de las lesiones - incapacidad de quince días sin secuelas-.

Continuada la investigación únicamente con relación a las lesiones padecidas por Luis Alberto Avendaño Forero, el Juzgado Penal Municipal

le resolvió la situación jurídica al imputado con medida de aseguramiento consistente en caución prendaria equivalente a dos salarios mínimos mensuales, como presunto autor del delito de lesiones personales, decisión que fue recurrida por el apoderado de la parte civil en reposición y subsidiariamente en apelación.

El Juzgado Cuarenta Penal Municipal repuso la providencia recurrida y modificó la adecuación típica de la conducta, en el sentido de que debía procederse por el delito de tentativa de homicidio agravado, razón por la cual ordenó remitir las diligencias a la Unidad de Delitos contra la Vida de la Fiscalía General de la Nación, y propuso colisión de competencia negativa en el evento de que no fuera compartido su criterio.

La Fiscalía Cien Delegada de la Unidad Segunda de Vida avocó el conocimiento y decretó la nulidad de todo lo actuado a partir del auto que resolvió la situación jurídica del sindicado, al considerar que ninguna referencia se había hecho sobre la variación de la medida impuesta, e igualmente se omitió interrogar al indagado con relación al delito de tentativa de homicidio. Denegó la petición de embargo y secuestro de bienes solicitados por el apoderado de la parte civil, y ordenó ampliar la indagatoria.

La Fiscalía le resolvió la situación jurídica a Darío Carrillo con medida de aseguramiento de detención preventiva por el delito de homicidio en la modalidad de tentativa, negando el beneficio de libertad provisional y ordenando su captura.

Cerrada la investigación, la Fiscalía en providencia de febrero 21 de 1994 procedió a calificar el mérito del sumario con resolución de acusación por el delito de homicidio tentado de que fueron víctimas Jorge Enrique y Luis Alberto Avendaño, decisión que fue apelada por el defensor del procesado, pero como no sustentó se declaró desierto el recurso.

El Juzgado Cincuenta y Seis Penal del Circuito de Santa Fe de Bogotá tramitó la etapa del juicio, durante la cual dictó un auto en el que negó la nulidad que le había sido solicitada por incompetencia, así como las pruebas pedidas por el defensor, proveído que fue apelado, pero el Tribunal al resolver declaró improcedente la solicitud de nulidad, ordenó la recepción de varios testimonios que habían sido negados por el *a quo*, y además, advirtió la irregularidad consistente en que desde la calificación se asumió el conocimiento de un hecho que de antaño se había ordenado su investigación por separado, en decisión que no fue cuestionada.

El Juzgado Penal del Circuito declaró la nulidad parcial de lo actuado a partir de la resolución de acusación, únicamente en lo relativo con las lesiones ocasionadas a Jorge Enrique Avendaño Gordillo, disponiendo el cumplimiento a la ruptura de unidad procesal decretada en su oportunidad por el Juzgado Cuarenta Penal Municipal, compulsando las copias de

lo pertinente para la Inspección 10 B Distrital de Policía, y proseguir la tramitación del presente proceso en lo relacionado con la tentativa de homicidio perpetrada contra Luis Alberto Avendaño Forero.

Celebrada la diligencia de audiencia pública, el juzgado dictó sentencia condenatoria contra Darío Carrillo en los términos anteriormente reseñados, la que fue confirmada por el Tribunal.

III. La Demanda

Primer cargo

Con invocación de la causal tercera de casación, el actor acusa la sentencia de segunda instancia de haber sido dictada en un juicio viciado de nulidad por error en la denominación jurídica de la infracción, pues se condenó al procesado por tentativa de homicidio cuando los hechos son constitutivos del delito de lesiones personales, habiéndose generado una nulidad por falta de competencia del funcionario judicial, y con ello irregularidades sustanciales que afectaron el debido proceso de conformidad con los numerales 1 y 2 del artículo 304 del C. de P. P.

El artículo 29 de la C. N. enseña que "el debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales", así como que nadie podrá ser juzgado sino ante juez o tribunal competente, norma suprema que acogió el artículo 1º del C. de P. P., y cuyos principios encontraron desarrollo en los numerales 1 y 2 del artículo 304 ibidem. Transcribe apartes de diferentes obras de tratadistas nacionales, para apoyar el cargo.

Destaca apartes del testimonio de Jorge Enrique Avendaño para concluir que el origen de los disparos tuvo un motivo baladí; que hay simultaneidad entre el hecho de caer Luis Alberto y el acto de disparar Carrillo. Caso similar ocurre con otros testimonios, a los cuales hace referencia para sostener que de ellos se desprende que en el lugar de los disparos había poca visibilidad pues no hay alumbrado público y sólo estaban prendidas las luces de la casa del acriminado. Los desniveles entre las casas y la misma vía de comunicación entre la tienda y las casas de los Avendaño son pronunciadas, e igual ocurre con la de Darío Carrillo.

Resalta que el estado de embriaguez que padecía el procesado generaba un estado de "incoordinación mental" que aunada a la oscuridad, al desnivel del terreno, la coincidencia entre la dirección del disparo, hacia abajo, y la repentina e inesperada caída de Luis Avendaño, son contingencias que sirven para excluir el propósito de matar.

Transcribe un aparte de la sentencia de primera instancia, para decir que no cuenta con respaldo procesal el argumento de que el resultado no se materializó por la oportuna intervención médica.

Transcribe apartes de la sentencia de segunda instancia y critica la posición del Tribunal al deducir propósito homicida pues "ve en el primer

incidente, el de la tienda, 'tan poderoso en el procesado que lo hizo ir hasta su casa y retornar con el arma en la mano para accionarla contra Luis Alberto', pero tampoco aquí encontramos el propósito de matar, pues el accionamiento del arma cumplía el propósito de lesionar...". La actitud de Carrillo indica un único deseo: "castigar, lesionando a Avendaño. Solo que hiere más gravemente a Luis Alberto con quien no tenía ningún propósito para herir o matar. Y una vez descarga su ira, hiere, se va. Si el propósito invade desde el principio hasta el fin la vida de la tentativa y del delito, Carrillo hubiera dado muerte a Jorge Enrique, lo cual no ocurrió".

En cuanto a la gravedad de la lesión infringida a Luis Alberto Avendaño consistente en una incapacidad del 20% de su aptitud laboral, considera el censor que "ello no es un elemento más para tipificar la conducta en el grado de tentativa impuesto", sino que encuadra en los artículos 331 y 334 del Código Penal referentes al delito de lesiones personales y las consecuencias de las mismas.

Se aúnan por lo menos tres circunstancias que rompen la univocidad: "la incoordinación motora, la visión perturbada inconcreta e inestable producida por el alcohol ingerido. La ausencia de visibilidad y oscuridad presentes, la conducta del heridor que una vez logra su propósito se aleja. A esto, y por la rapidez de los sucesos, la circunstancial caída de Luis Alberto, y si medicina legal habla del disparo hecha (sic) de arriba hacia abajo, la conclusión inmediata: el disparo se hizo hacia abajo, hacia los pies. Esta situación conlleva a excluir este elemento de la tentativa de homicidio en el presente caso".

La tentativa exige que el resultado buscado por el sujeto activo del delito no se dé por circunstancias ajenas a su voluntad, condición que no se presentó pues logrado el propósito de herir se consumó el delito de lesiones personales. El *a quo* menciona la oportuna intervención médica, pero no pasa esa cita de ser especulativa; se sabe por el dictamen médico legal que la lesión no fue mortal pues no se afectó órgano vital alguno y la idoneidad se predica de la conducta y no de medios utilizados en la comisión del delito. "Y la conducta desplegada fue para herir, lesionar y no se otea en el horizonte un medio serio que permita decir que el resultado -muerte como lo propone el *a quo* y el Tribunal- no se presentó por una causa ajena al querer de Carrillo quien hubiera podido seguir disparando hasta lograr ese resultado si fuera el que hubiera querido.

Concluye con los anteriores presupuestos que si el delito perpetrado fue el de lesiones personales, la Fiscalía General de la Nación perdía toda competencia para instruir el proceso ya que correspondería a la órbita de los juzgados penales municipales, y resulta entonces clara la falta de competencia que debe ser declarada por la Corte, ya que es inaceptable que el Tribunal hubiese considerado convalidada la actuación con el simple argumento de que como la nulidad no había sido propuesta dentro del tér-

mino del artículo 446 del Código de Procedimiento Penal, perdía toda facultad para hacer un pronunciamiento al respecto considerando que se desconoció el principio de algunas que tienen el carácter absoluto o insaneable pues atañen a principios de orden público que nunca podrán ser convalidados.

Solicita que se declare la nulidad a partir del auto que define la situación jurídica de Darío Carrillo, se ordene su libertad, y la remisión del expediente al Tribunal de origen.

Segundo cargo

Con fundamento en el cuerpo primero de la causal primera del artículo 220 del C de P. P., el censor acusa la sentencia de ser violatoria en forma directa de la ley sustancial por aplicación indebida de los artículos 22 y 323 del Código Penal, dejando de absolver por atipicidad al procesado Darío Carrillo.

Analiza los cuatro elementos integrantes de la figura de tentativa y sostiene que "no se presenta en este caso" el propósito de cometer el delito de homicidio, porque el arma de fuego utilizada no es por sí sola generadora del delito o de tentativa del mismo, pues en autos aparece que se compulsaron copias para investigar al procesado por la contravención de lesiones personales inferiores a los treinta días de incapacidad en la persona de Jorge Enrique Avendaño, siendo las mismas circunstancias de tiempo modo y lugar en que resultó afectado Luis Alberto Avendaño, y la "peligrosidad del primer disparo es la misma que para el segundo y la intención del agente es la misma: dispara para lesionar no para matar"; la "univocidad de la intención" determina lesiones personales en Luis Alberto y en Jorge Enrique.

Con relación al "sitio a donde fue dirigida el arma, a la altura de cabeza y cuello" de Luis Alberto Avendaño, se tiene que por la situación de embriaguez que tenía Carrillo "si la bala acertó en lugar delicado del cuerpo fue más por la casualidad que por el estado fisicomotor del heridor", circunstancia a la que se acumula la oscuridad del ambiente, excluyente de intención perversa, y se debe tener en cuenta que el lesionado estaba caído cuando recibió el disparo, no acostado como dice el *a quo*, lo que contribuye a la infirmación de la intención homicida.

Transcribe apartes del fallo recurrido para calificar de errada la conclusión allí contenida, pues la "tesis del Tribunal que serviría para descubrir el *animus necandi* no encontró demostración suficiente para desvirtuar el punible de lesiones personales. El propósito de lesionar hasta este momento se mantiene incólume". Expresa que "demostrar que cuando Carrillo fue hasta su casa a armarse, iba con el propósito deliberado de matar pero cuando dispara contra Jorge Enrique el dolo cambia y es deli-

berado para lesionar, demuestra que no hay solidez en la argumentación".

En cuanto al segundo elemento, esto es el principio de la ejecución de un específico hecho delictuoso, nos encontramos que lo que se considera en relación con el punible de homicidio "no es tal pues lo que resultó fue la consumación del delito de lesiones personales", puesto que Carrillo tan pronto hiere no continúa disparando, luego las lesiones encuentran su encuadre típico en los artículos 331 y 334 del C. P.

Respecto al tercer elemento, la idoneidad y la univocidad de la conducta, el censor concluye que el comportamiento del procesado no puede menos que encuadrarse en el delito de lesiones personales, porque se ordenó investigación aparte para las lesiones causadas a Jorge Enrique Avendaño por ser inferiores a treinta días de incapacidad, luego resulta inequívoco que el dolo fue el de lesionar y no el de matar señalado por el fallador; ahora bien, si la lesión generó perturbación funcional permanente, ello lo sanciona el código de las penas como lesiones personales.

No se probó dentro del proceso la existencia de algún factor que impidiera el resultado muerte en la persona de Luis Alberto Avendaño, pues no hubo afectación de órgano vital del cuerpo ni desangramiento de magnitud que la atención clínica evitara el deceso, luego el fallador al aplicar el artículo 22 del Código Penal como amplificador del delito de homicidio contemplado en el artículo 323 *ibídem*, realizó una aplicación indebida de la ley en la parte resolutiva de la sentencia y se observa una escogencia equivocada de las normas aplicables al caso con el hecho probado dentro del proceso, pero como ni el Tribunal ni el Juzgado Penal del Circuito pueden invadir la competencia que la ley le asigna a los jueces penales municipales y el estudio del tipo aplicable no se compadece con los cargos formulados en la resolución de acusación, por atipicidad de la conducta se debe absolver al procesado.

De manera subsidiaria al primer cargo, solicita que se case la sentencia y actuando la Corte como tribunal de instancia, y ante la ausencia de tipicidad, absuelva del delito de tentativa de homicidio a Darío Carrillo.

IV. Concepto del Ministerio Público

El Procurador Tercero Delegado en lo Penal sugiere a la Corte no casar la sentencia atacada con fundamento en las siguientes razones:

Primer cargo

En caso de que fuera procedente la nulidad impetrada, su efecto no llevaría a la anulación de lo actuado hasta el momento anterior a la resolución de la situación jurídica del procesado, en razón a que es la resolución de acusación la que nacería viciada en tales eventos.

El Juzgado Cuarenta Penal Municipal adelantó investigación hasta cuando consideró que el hecho constituía un delito de tentativa de homicidio y por tanto correspondía su averiguación a la Fiscalía General de la Nación, entidad que desde entonces asumió la instrucción bajo el convencimiento de que las pruebas demostraban la existencia de un delito de tentativa de homicidio y por tanto era suya la competencia para su instrucción, luego no existió causal de nulidad por incompetencia antes de la resolución de acusación

La posición del censor lo conduce a insinuar la discusión del material probatorio para destacar su inadecuado análisis. Las conclusiones que extrae de algunas pruebas son interesadas, no respetan las consideraciones del funcionario en el momento de la calificación jurídica de la infracción, ni los verdaderos contenidos de tales pruebas. Asevera que no cuenta con respaldo procesal el hecho de que la muerte no se produjo por la oportuna asistencia médica que recibió el lesionado, sin demostrar en ese momento el porqué de su conclusión.

Hasta aquí el demandante no ha demostrado error alguno en la calificación jurídica que se le dio a la conducta investigada. Cambia entonces el hilo de sus planteamientos y dedica algunos párrafos a cada uno de los elementos constitutivos de la tentativa. En relación con el que denomina "propósito de cometer un determinado delito" niega el de matar que asistía al inculpado, y aun cuando en el pasaje del libelo alude al propósito de lesionar que acompañaba al procesado, no demuestra que ese hubiera sido en realidad el fin de la conducta investigada, pues se queda el plano de la crítica superficial, dejando con todo su vigor las conclusiones contrarias tomadas por el juzgador con fundamento en lo que muestra el acervo probatorio.

Hace referencia a las varias circunstancias adecuadamente probadas dentro del expediente, que se conjugaron para concluir en la finalidad de matar que indujo la conducta del inculpado, destacando que no son rebatidas por el recurrente en el capítulo que dedica al propósito de lesionar que en su entender tenía el acusado, derivado este último de que el arma utilizada sirve tanto para lesionar como para matar y de que los funcionarios judiciales separaron las investigaciones respecto de los dos lesionados para considerar un caso como tentativa de homicidio y el otro como delito consumado de lesiones personales, posición que entraña una contradicción porque la univocidad de la intención debe conducir a calificar los dos hechos de idéntica manera.

Aquí el censor incurre en una nueva confusión al equiparar el concepto de univocidad al de identidad, desconociendo que el primero se refiere dentro del ámbito del derecho penal, a aquél comportamiento que indica, sin anfibologías, la finalidad que persigue determinada conducta; el vocablo identidad, por el contrario, hace referencia a aquella igualdad de las cosas por lo que en el punto materia de discusión, entrañaría una misma

finalidad buscada con dos comportamientos diferentes y realizados, como lo fueron, en momentos y circunstancias distintos.

La intención es unívoca; de los aspectos objetivos analizados por el juzgador y demostrados con las pruebas aportadas al expediente, se puede concluir que la finalidad perseguida con los disparos que se hicieron contra la humanidad de Luis Alberto Avendaño era la de causar su muerte, no la de herirlo o amedrentarlo. No fue idéntica respecto de Jorge Enrique Avendaño, pues a este se le disparó como consecuencia de haber pretendido la aprehensión física del agresor, apuntando el arma a una diferente parte de su cuerpo como consecuencia de una lucha cuerpo a cuerpo y en el momento en que el atacante emprendía la huida luego de haber herido gravemente a Luis Avendaño, circunstancias éstas que bien pueden indicar la finalidad de herir, no la de matar.

Con la sola enunciación de los tres elementos que según el recurrente rompen la exigida univocidad de la conducta que en su entender no estuvo inequívocamente dirigida a la producción del resultado muerte, abandona la tesis para ocuparse del último de los elementos propios de la tentativa, olvidando que todas aquellas condiciones fueron debidamente analizadas y sustentadas probatoriamente por los funcionarios judiciales y que encuentran un efectivo respaldo en las probanzas, lo que impone la conclusión de que el hecho sí se adecua al delito tentado de homicidio.

El demandante parte de la hipótesis de que el accionar el arma cumplía el propósito de lesionar, sin destacar cómo ello es verdad, porque el hecho de huir no significa que hubiese cumplido sólo un fin de lesionar sino el de asumir una conducta que le permitiera eludir las consecuencias de su acto. Tampoco es cierto que según el dictamen pericial pueda inferirse que el disparo fue hecho hacia los pies del ofendido, pues por encontrarse caído en el suelo no tenía sus pies en un plano inferior a su cabeza, sino en el mismo nivel.

En cuanto a que el hecho no se consumó por circunstancias ajenas a la voluntad del agente, la exposición del actor es especulativa donde simplemente presenta como razón para aislar la consideración del juzgador que éste no mencionó el tratamiento médico que se le dio al herido, pero olvidó que éste tenía que recibir atención médica como se acreditó, y el que la herida no fuera mortal, fue una determinación científica posterior al instante de los hechos en los que sí se puede predicar que la intención era homicida, atendiendo a la región corporal donde se introdujo la bala, pues dirigido un proyectil a aquella área, puede inferirse de este hecho interpretado de conformidad con los demás que se declararon probados, que no sólo se buscaba el herir sino el matar. Que el autor no hubiera seguido disparando, no es una situación demostrativa de la finalidad de lesionar, pues basta un solo disparo para conseguir el propósito.

Por manera que lo perseguido por el demandante consiste en recibir con beneficio el resultado final de la acción, pero no comprometer la avidez criminal de su prohijado, la cual según las razones expuestas por los juzgadores era la de ultimar al primer herido. Quedan vigentes los presupuestos sobre los cuales se construyó la condena por el delito de tentativa de homicidio, el mismo que con similares argumentos dio paso a la resolución de acusación, dejando por contera en meros comentarios desatinados las expresiones del libelista. El cargo no debe prosperar.

Segundo cargo

La falta de técnica de este cargo subsidiario lo conduce a su desestimación, pues constituye una prolongación del primero pero por diferente vía. Olvidó el censor que la base fundamental para alcanzar la pretensión de casación del fallo bajo esta alternativa, es la de aceptar los hechos tal y como fueron declarados probados por el fallador y lo que a las claras se ve es que los reprueba, anteponiendo sobre ellos su interesada opinión, a más de acompañarla de un hecho nuevo -contradictorio al sostenido en el primer cargo- en el sentido de que la dirección del proyectil obedeció a la casualidad, dada la visión perturbada del agresor y su incoordinación motora.

Al intentar derrumbar los elementos de la tentativa, lo único que logra es seguir controvirtiendo lo analizado por el Tribunal. En lugar de promover el debate netamente jurídico, se resigna a repetir que "lo que resultó fue la consumación del delito de lesiones". Reitera que no hubo idoneidad ni univocidad en la conducta, amparado en la separación de las investigaciones, pero sin destacar cómo los dos hechos podían ser idénticos en cuanto al animus del agente, por lo que una vez más deja incólumes los argumentos del fallador al respecto.

Al referirse a la no producción del resultado por motivos ajenos a la voluntad del infractor, se limita a decir que es suficiente aceptar que el disparo no afectó órgano vital, con lo que nuevamente deambula apartado del contexto procesal, como se dejó consignado renglones atrás. La Delegada se refiere a los episodios en que se produjeron las lesiones para hacer notar que ocurrieron en circunstancias y momentos diversos, destacando que en la primera escena se disparó contra un sujeto que yacía indefenso sobre el piso.

Se está ante un alegato de instancia en el que el actor plantea argumentos fuera de la técnica del recurso, insiste en que los hechos son configurativos de lesiones, con razones que no son atendibles porque no demuestran ningún error y a lo único que conducen es a destacar que el impugnante participa de una conclusión diversa a la del juzgador, producto de una unidimencional visión de los hechos, además de que no tuvo en cuenta que cuando se alega error en la denominación jurídica del hecho, la única causal que debe invocarse es la tercera -lo hecho en el

primero e impróspero cargo-, ya que si se alega por la primera y la censura prospera, la Corte no podría dictar fallo de sustitución como lo manda el artículo 299 numeral 1 del C. de P. P. sin incurrir en un nuevo error atacable por la vía de la causal segunda.

V. Consideraciones de la Corte

Primer cargo. Nulidad

1. El error en la denominación jurídica se demanda en casación por la causal tercera, independientemente de que el *nomen juris* que se aduce afecte o no la competencia del funcionario que está conociendo, pues una de las garantías que comprende el concepto de debido proceso es que los cargos por los cuales se llama a juicio estén bien formulados, de manera que no es acertado solicitar simultáneamente la nulidad por falta de competencia, pues ese tópico depende de que triunfe la tesis del error en la denominación jurídica.

2. El error en comento se origina en la resolución de acusación, de ahí que el censor se equivoca al pedir que se decrete la nulidad desde el auto que definió la situación jurídica del procesado, en donde la denominación jurídica es puramente provisional y puede ser cambiada al momento de la calificación que es cuando ya se cuenta con todos los elementos de juicio necesarios.

De otra parte, el Juzgado Cuarenta Penal Municipal adelantó la investigación hasta el momento en el cual estableció que el hecho constituía un delito de tentativa de homicidio y por tanto correspondía su averiguación a la Fiscalía General de la Nación, autoridad que desde entonces asumió la labor instructora, luego es claro que cuando actuaron los funcionarios estuvieron revestidos de la competencia para tramitar las diligencias y tomar las decisiones pertinentes.

3. Quien demanda la nulidad por error en la denominación jurídica tiene que demostrar que al momento de la calificación el instructor incurrió en una de las siguientes fallas, las cuales fueron inadvertidas por el sentenciador: a) le dio a los hechos declarados probados, (y que el impugnante acepta), un nombre jurídico genérico que no es el que les corresponde; y, b) que como consecuencia de equivocaciones en la apreciación probatoria concluyó denominando el hecho incorrectamente.

Esta precisión es necesaria porque el recurso de casación no es una tercera instancia, ni de la sentencia, ni de la calificación, de manera que no es procedente limitarse a presentar una alegación en donde simplemente se enfrenta el pensamiento del censor al del funcionario judicial, pues esa posibilidad propia de la fase ordinaria del proceso ya está superada.

4. En el caso que nos ocupa el recurrente no demuestra ningún error, de modo que como lo destaca la Delegada, el demandante reduce su alegación al recuerdo del contenido de algunas pruebas, las conclusiones que de ellas tomó el juzgador, e incluso los argumentos que se expusieron por la defensa con ocasión de la apelación de la sentencia, todo lo cual brinda un cuadro descriptivo de la situación procesal, mas no acredita la errada denominación jurídica de la infracción.

En el escrito se presenta una síntesis de algunas de las pruebas recaudadas, extrayendo de ellas conclusiones particulares, algunas evidentemente contrarias a su verdadero contenido, como por ejemplo cuando el defensor afirma que "Hay simultaneidad entre el hecho de caer Luis Alberto y el hecho de disparar Carrillo", y acto seguido él mismo se encarga de desvirtuarlo con la cita de las versiones que de lo ocurrido dieron Jorge Enrique Avendaño, Luis Alberto Avendaño, y Rosa Amelia Castro Neira, quienes coinciden en asevenar que el disparo fue hecho por el procesado cuando Luis Alberto se encontraba en el piso.

También para negar el propósito de matar con que obró el incriminado insiste en hacer aseveraciones sin fundamento y contrarias a lo acreditado, como la de que el único deseo de Carrillo era castigar a Jorge Avendaño, sólo que hirió más gravemente a Luis Alberto, contra quien no tenía la intención de herirlo o matarlo, y si el propósito hubiera sido desde un principio matar a Jorge Enrique lo hubiera hecho. Lo cierto es que independientemente de que se haya confundido respecto a sí el que cayó fue Luis Alberto o su primo, a esa persona disparó a matarla, como lo concluye la sentencia.

La circunstancia de que el instructor hubiera separado las investigaciones respecto de los dos lesionados por considerar un caso como tentativa de homicidio y el otro como delito consumado de lesiones personales, carece de la trascendencia que pretende el libelista para los fines que persigue, pues el funcionario partió de que los dos hechos tuvieron desarrollo y motivación diferentes, mientras que el impugnante sin ninguna explicación de recibo los trata como si fueran iguales.

Las afirmaciones sobre la falta de gravedad de la herida porque la secuela de la disminución de la capacidad laboral no fue sino del veinte por ciento (20%); sobre la falta de capacidad homicida del arma empleada; la argumentación sobre el estado de embriaguez de su cliente, el desnivel del terreno, la oscuridad del sitio, la inferencia de que la lesión no fue mortal, etc., no son otra cosa que la respuesta personal a cada uno de los aspectos que fueron tenidos en cuenta para inferir la tentativa de homicidio, pero con ello no demuestra que el juzgador hubiere cometido algún error demandable en casación, simplemente que el defensor habría preferido esa interpretación, que en opinión de la Sala, afortunadamente

no fue acogida, pues implicaba un desacertado y sofístico análisis probatorio.

Lo evidente es que la conclusión sobre la finalidad de matar -no de lesionar- se derivó de una serie de circunstancias adecuadamente probadas dentro del expediente, que en nada se afectan con la infundada alegación del demandante, las cuales fueron destacadas con acierto por el Ministerio Público, en los siguientes términos:

"a. La negación del sindicado a reconocer su participación directa en la producción de los disparos y en el porte del arma, manifestada en su indagatoria y con la citación de testigos que no ratificaron esa ausencia de acción alegada.

"b. El forcejeo que se presentó en la tienda en donde se encontraban ingiriendo licor entre Jorge Enrique Avendaño y Darío Carrillo por un hecho baladí, situación ésta que en el entender de los funcionarios dio origen a los deseos de castigar a su agresor.

"c. La ponderada preparación del hecho que hizo el incriminado, de manera que tuvo oportunidad de abandonar la cantina, ir a su casa, proveerse del arma de fuego y salir nuevamente en búsqueda de su contrincante.

"ch. El hecho de que el disparo se realizó cuando la víctima se encontraba, indefensa, caída en el piso.

"d. El tipo de arma utilizada que resulta idónea para matar (también para lesionar).

"e. La ubicación anatómica de la herida recibida por Luis Avendaño, el cuello, lugar que indicó al juzgador la intención de dirigir el disparo a una zona vital del cuerpo, habiendo podido el incriminado dirigir el proyectil hacia sectores menos vulnerables del cuerpo de la víctima, como las extremidades inferiores.

"f. La dirección del disparo y la distancia a que se hizo el mismo, y

"g. Un tercer disparo que el procesado pretendió hacer en contra de los Avendaño y que finalmente fue a parar al aire, debido a la oportuna desviación que de su brazo hizo una tercera persona".

Es muy claro que valorados en conjunto todos los elementos probatorios anteriores, la inferencia no puede ser otra que la configuración de la tentativa de homicidio imputada.

El cargo no prospera.

2ª. *Causal primera*

Las fallas en que incurre el libelista en este cargo son además de elementales insalvables, pues violan flagrantemente el principio de no contradicción. Ellas son:

a) Es inexplicable que partiendo de repetir los argumentos del primer reproche para asegurar que el delito cometido fue lesiones personales y no tentativa de homicidio, llegue a la conclusión de que la sentencia ha debido ser absolutoria por atipicidad de la conducta.

b) Si lo que quería decir era que ante la equivocación en la calificación la consecuencia era la absolución, es oportuno recordar que en forma pacífica, reiterada y unánime, la Corte ha señalado que el error en la denominación jurídica no puede subsanarse de manera diferente a la nulidad, pues es un despropósito pretender que la ley ha consagrado como una de las formas para lograr la absolución, demostrar que se es responsable de un delito diferente al imputado en la calificación. Además, no puede olvidarse que no siempre es error del instructor, pues puede suceder que las pruebas practicadas en el juicio lleven a esa situación.

c) No tiene sentido alegar el error en la denominación jurídica por la causal primera, pues aún en un caso en que tuviera razón el impugnante la Corte no podría dictar sentencia de reemplazo dado que le quedaría incongruente con la resolución de acusación, lo cual es violatorio del debido proceso.

d) Cuando se invoca la violación directa de la ley sustancial no se puede discutir la apreciación probatoria realizada por el sentenciador, pues ese motivo de casación lleva implícita la conformidad del recurrente con ese punto, de modo que lo cuestionable es únicamente la selección o la interpretación de la ley.

Según se dijo inicialmente, en esta censura el actor repite sus críticas a las consideraciones probatorias de la instancia, lo que indica que la sustentación es contradictoria con la causal a cuyo amparo demanda.

Lo dicho es suficiente para demostrar la improcedencia del cargo.

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

RESUELVE:

NO CASAR la sentencia recurrida.

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

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

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

REAPERTURA DE LA INVESTIGACION / CESACION DE PROCEDIMIENTO

El artículo 25 del Decreto 1861 de 1989, que modificó el artículo 473 del Código de Procedimiento Penal de 1987 (Decreto 050), disponía que en ausencia de prueba para cesar procedimiento o para formular resolución de acusación, el juez debía ordenar la reapertura de la investigación *por un término que no podía exceder de un (1) año, con el señalamiento de las pruebas a practicarse durante dicho lapso. Igualmente preceptuaba que, vencido dicho término, nuevamente se cerraba la investigación, se corría traslado a las partes y "acto seguido decretará cesación de procedimiento si no hubiere mérito para formular resolución de acusación".*

En reiteradas oportunidades la Sala ha dicho que la previsión del artículo 25 del Decreto 1861 de 1989, que corresponde al inciso segundo del original artículo 273 del Código de 1987 (Decreto 050), consagró una causal de cesación de procedimiento o "una causal sui generis de 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 parezca de manera inconcusa" (auto de junio 28 de 1988, M.P. Gustavo Gómez Velásquez); por lo que resultaría incuestionable la operancia del principio de favorabilidad en el supuesto de que ahora se descubriera el cumplimiento de la preceptiva allí dispuesta, esto es, que oportunamente no se hubieran recaudado otras pruebas durante el término de reapertura y se mantenga valorativamente la situación de duda planteada en la primigenia calificación, pues indudablemente el procesado habría adquirido el derecho a una cesación de procedimiento.

Proceso No. 10664

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal

Magistrado Ponente: Dr. *Jorge Aníbal Gómez Gallego*

Aprobado Acta No. 05

Santa Fe de Bogotá, D. C., enero veinte de mil novecientos noventa y nueve.

VISTOS

Por sentencia del 9 de noviembre de 1994, el Juzgado 58 Penal del Circuito de la ciudad condenó a Fabio William Caita Soto a la pena principal privativa de la libertad de tres años y seis meses de prisión, como autor penalmente responsable del concurso de hechos punibles de Falsedad de Empleado Oficial en Documentos Públicos y Peculado por apropiación, conforme con el pliego de cargos endilgado.

Impugnado el aludido fallo, mediante pronunciamiento del 3 de febrero del año siguiente el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santafé de Bogotá lo modificó en el sentido de imponer al procesado 37 meses de prisión, en lugar de los 42 inicialmente deducidos, reduciendo igualmente en la misma proporción la sanción accesoria a la que el acusado también se hizo acreedor, determinación contra la cual el defensor de Caita Soto interpuso oportunamente el recurso de casación. Concedida la impugnación extraordinaria, el respectivo libelo fue declarado ajustado a las exigencias legales.

Escuchado el criterio del Procurador Primero Delegado, quien sugiere no casar el fallo impugnado, procede la Sala a resolver lo pertinente previa síntesis de los siguientes

HECHOS

Hacia el mes de octubre de 1987, la jefe de vigilancia administrativa del Departamento Nacional de Estadística -DANE- logró poner al descubierto una defraudación que por la suma de $15.345.oo, se perpetró entre el 25 de agosto y el 15 de septiembre del citado año en la oficina regional de la entidad con sede en la Capital de la República.

Para la apropiación del numerario fue menester adulterar algunos de los comprobantes de egresos de la caja menor de la dependencia en mención, procedimiento en el que el expoliador mediante adición y retoque en la fecha y en el valor real consignados en los recibos, antepuso un dígito para hacerlos aparecer por una cifra superior a la que verdaderamente correspondía.

De la autoría de tales hechos se sindicó a Fabio William Caita Soto, almacenista de la dependencia estatal afectada, una de cuyas funciones era el manejo de la caja menor de la oficina en cuestión, quien una vez producida la *notitia criminis* e iniciada la averiguación disciplinaria

que culminó con su destitución, reintegró el valor del ilícito apoderamiento.

ACTUACIÓN PROCESAL

La correspondiente investigación la asumió el Juzgado 43 de Instrucción Criminal de la época, despacho que ordenó la vinculación del prenombrado Caita Soto y del mensajero de la mentada oficina, José Eduardo Rodríguez Molina, a quienes una vez se les escuchó en descargos el funcionario instructor se abstuvo de imponerles medida de aseguramiento al resolverles la situación jurídica por interlocutorio del 19 de julio de 1988. Un año después, aproximadamente, se profirió cesación de procedimiento en favor de Rodríguez Molina en tanto que la averiguación prosiguió respecto del primeramente citado.

Clausurada la investigación por primera vez, el Juzgado 43 de Instrucción Criminal al calificar el mérito probatorio del sumario decidió re abrir la instrucción por el término señalado en la ley a fin de practicar algunas pruebas que se echaban de menos, empero producida la reforma judicial, fue a la Fiscalía 134 Delegada a la que le correspondió continuar con el trámite del asunto disponiendo el nuevo cierre del ciclo sumarial, para seguidamente decretar la nulidad de lo actuado por violación al derecho de defensa del sindicado.

Subsanada la irregularidad y fenecida nuevamente la etapa de la investigación, la Fiscalía Delegada en mención calificó por segunda vez el mérito del sumario profiriendo acusación contra el acriminado por los punibles de Falsedad Material de empleado oficial en documento público y Peculado por apropiación, mediante resolución del 22 de febrero de 1994.

Adelantada la etapa del juicio por el Juzgado 58 Penal del Circuito de esta ciudad Capital y celebrada la vista pública, el funcionario del conocimiento profirió la condena de la que ya se hizo mérito, decisión que al ser impugnada recibió confirmación del Superior con la modificación atrás reseñada mediante el pronunciamiento que es hoy objeto del extraordinario recurso.

LA DEMANDA

Dos cargos, uno por cada causal de casación argüida, formula el censor contra el fallo de segundo grado cuestionado. Veamos:

Primer cargo

Al amparo de la causal tercera de casación y con fundamento en la actuación procesal llevada a efecto durante el desarrollo de la fase instructiva, el impugnante acusa la sentencia por haberse proferido en juicio

viciado de nulidad al incurrir el investigador "*en seria irregularidad que afectó el debido proceso*", conforme con las voces del artículo 304-2 del Código de Procedimiento Penal.

Al desarrollar el cargo, sostiene el recurrente que el Fiscal 134 Delegado que asumió el conocimiento del asunto amplió en forma indebida el ciclo investigativo, cuando no podía hacerlo, puesto que el término instructivo "*se encontraba suficientemente vencido*" desde el 22 de febrero de 1991; luego era su deber dar aplicación al derogado artículo 473 del Código Procesal Penal "*cerrando la investigación y decretando la cesación de procedimiento*", como quiera que para ese momento del proceso no se habían allegado pruebas diferentes a las ya existentes.

Si el nuevo Código de Procedimiento Penal empezó a operar a partir del 1° de julio de 1992, en aras del principio de favorabilidad y en tratándose del tránsito de legislación al Fiscal no le quedaba otro camino que dar aplicación al Decreto 1861 de 1991, acogiendo los argumentos del Juez 43 de Instrucción Criminal en cuanto a la falta de mérito para acusar -aduce el casacionista- empero, al proseguir con la instrucción, irregularmente amplió el término de la investigación "*dando aplicación al nuevo Código de Procedimiento Penal, en perjuicio manifiesto del sindicado*".

Para cimentar su tesis el censor transcribe apartes jurisprudenciales de la Sala atinentes a la sucesión de leyes en el tiempo cuando ellas tienen que ver con la sustanciación y ritualidad de los juicios, y la manera como debe entenderse el principio de favorabilidad a partir del postulado consagrado en el artículo 40 de la Ley 153 de 1887, para los asuntos en los que al entrar a regir la nueva ley ya han corrido términos y se han surtido actuaciones y diligencias, todo para concluir que "*En nuestro caso, no solamente le era favorable la norma anterior al procesado, sino que, además, se encontraba la investigación sujeta a unos términos que no se respetaron, los que a su vencimiento debían dar lugar a un resultado insustituible, cual era la de calificar el mérito sumarial.*

"*Al haberse continuado con el trámite del proceso en forma irregular,* -prosigue el libelista-, *no se aplicó el principio de favorabilidad, por no haberse dado aplicación a la norma adjetiva penal que más le convenía al procesado, que era aquella que se encontraba vigente al momento en que feneció el término instructivo ordenado por el juez de instrucción criminal*".

Bajo tales circunstancias, por no haberse respetado el debido proceso, la actuación deviene nula a partir del momento en que de manera extemporánea el Fiscal 134 mediante proveído del 7 de mayo de 1993 decretó la práctica de algunas pruebas (Fls. 245 del cuaderno 1), arguye el casacionista, por lo cual solicita se case el fallo recurrido y en su lugar se profiera el que corresponda.

Segundo cargo

Violación indirecta de la ley sustancial, es la segunda censura que esgrime el impugnante extraordinario contra la sentencia de segundo grado cuestionada, por haber incurrido el fallador en un presunto error de derecho al "ADMITIR Y CONFERIR VALOR PROBATORIO A UN MEDIO DE CONVICCION IRREGULARMENTE APORTADO AL PROCESO, POR OMISION DE LAS FORMALIDADES QUE LA LEY EXIGE PARA SU ADUCCION".

Como introito de su argumentación para la demostración del cargo, advierte el censor que si bien en nuestro sistema procesal penal rigen los principios de la "*apreciación científica de la prueba*" y libertad probatoria, en contraposición a la tarifa legal y a la libre apreciación subjetiva de los elementos de persuasión allegados al proceso, aquel postulado tiene sus limitantes como quiera que para algunos casos la ley exige prueba especial, entre los cuales puede contarse la demostración de la calidad de empleado oficial que, en su sentir, debe acreditarse con "*el decreto de nombramiento y el acta de posesión*".

Pues bien, a pesar de que el sentenciador admitió estas falencias probatorias, es decir, "*no obstante detectar que hubo grave omisión a las formalidades para la aducción de la prueba que demostrara que Caita Soto era empleado oficial*", sin embargo se remitió a otros elementos de convicción con tal de "*suplir aquella que requería de trámite y aducción especial*", lo cual no puede lograrse como así se pretendió, con el acta de arqueo llevada a efecto a la caja menor de la entidad defraudada y la inspección fiscal practicada en la misma dependencia estatal, ni con la notificación del faltante al acusado y menos con la resolución de destitución que sobre el citado individuo recayó.

Por manera que, al aceptar el juzgador "*en forma errónea, la existencia de la prueba de empleado oficial con base en otras pruebas que no tenían tal calidad para demostrarlo*", incurrió en error de derecho que vulneró los artículos 246, 253, 254 y 255 del Código de Procedimiento Penal y "por vía indirecta, los artículos 218 y 220 del Código Penal, pues con el yerro presentado, no sabemos a estas alturas si la falsedad material objetivizada fue cometida por empleado oficial o si por el contrario lo fue por un particular".

Y si no se acreditó en el procesado su calidad de empleado oficial en la forma como debió hacerse, tampoco quedó establecida la tipificación del delito de Peculado por apropiación por el que igualmente se profirió condena, con lo cual se violó además, por vía indirecta, el artículo 133 del Estatuto Penal Sustantivo, agrega.

Esas son razones suficientes para que ante la evidencia del yerro argüido y de no prosperar el primer cargo relacionado en la demanda, la Corporación entre a casar la sentencia cuestionada y en su lugar profiera el fallo conforme a lo ordenado en el artículo 220 del Código de Procedimiento Penal, concluye el impugnante extraordinario.

CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

Para la Procuraduría Primera Delegada la NULIDAD planteada por el recurrente como primera censura, resulta "*inatendible*" puesto que lo sustancial, que es la esencia y finalidad de la justicia penal, impera ante las formas. No se discute, aduce el Ministerio público, que en verdad los términos de instrucción en el presente asunto se rebasaron con creces, pero hacer derivar de tal situación una circunstancia invalidante de toda la actuación o de parte de ella, no deja de ser un despropósito cuando indemostrado se encuentra una malsana intención en el funcionario investigador para entorpecer o privar del sagrado derecho de la defensa a uno cualquiera de los sujetos procesales intervinientes.

En efecto, no hay dudas en cuanto a que el 14 de febrero de 1990 cuando se calificó el sumario por primera vez con reapertura de la investigación por el término de un año y se ordenó recepcionar tres testimonios, se hallaba vigente el Decreto 050 de 1987. No obstante, vencido ese término sin que se hubiesen practicado tales pruebas y habiéndole correspondido a la Fiscalía 134 Delegada proseguir con el perfeccionamiento del sumario ya en vigencia del Decreto 2700 de 1991, "*no resultaba inexorable el proferimiento del cese de proceso en favor del acusado como lo reclama el demandante*", porque previamente a que se decretara de nuevo el cierre de la etapa instructiva para calificar por segunda vez el mérito sumarial, lo que hizo dicha dependencia judicial fue insistir en la práctica de las pruebas ordenadas en razón de esa reapertura, lográndose escuchar sólo a uno de los testigos.

Luego entonces, si el ente Fiscal al entrar a "*analizar y valorar conjuntamente el acervo probatorio*" existente encontró que los presupuestos para proferir resolución de acusación en contra de Caita Soto se hallaban satisfechos, razona el Procurador Delegado, el nuevo funcionario instructor mal podía quedar atado al criterio de su antecesor y rendirle tributo a la impunidad si en su sentir tanto la materialidad de las infracciones por las que se procedía, como la responsabilidad de quien fuera vinculado como presunto autor de las mismas, estaban establecidas "*no sólo por las pruebas testimoniales que lo responsabilizan del manejo de dichos documentos, sino por los resultados que en contra de Caita Soto, arrojó el experticio aunado a una serie de indicios tal como lo hemos analizado a lo largo de esta resolución*".

Además, agrega el representante de la sociedad, por expresa disposición del artículo 13 transitorio del actual Código de Procedimiento Penal, el derogado Decreto 050 de 1987 solamente continuaba rigiendo el trámite de los procesos en los cuales se hubiese iniciado la vista pública, al entrar en vigencia la nueva codificación penal adjetiva. Ello significa que para todos los demás asuntos "*se aplicarán las nuevas disposiciones, teniendo en cuenta el trámite que falta para agotarse. El Código nuevo rige el proceso desde el momento en que se encuentra hacia adelante, sin necesidad de invalidar nada lo actuado ni repetir pasos ya superados*", por lo cual resulta impertinente en el evento examinado tratar el tema de la favorabilidad.

Con apuntes jurisprudenciales de la Sala remata su concepto el Ministerio Público acerca de la improsperidad del cargo, destacando cómo el simple vencimiento de los términos de instrucción no deja de ser más que una irregularidad que no trasciende al campo de las nulidades, a menos que el derecho de defensa o cualquier otro derecho fundamental resulte avasallado para alguna de las partes, repite. Es cierto que dicha anomalía pueda acarrear para el funcionario instructor responsabilidad disciplinaria, amén del reproche penal que le pueda merecer su actitud omisiva, pero también lo es que una tal irregularidad como la que plantea el casacionista como causal de anulación, no tiene la capacidad suficiente para resquebrajar las bases de un debido proceso.

En cuanto al ERROR DE DERECHO planteado en la demanda como cargo subsidiario, arguye la Delegada que el censor incurre en "*desaciertos técnico-conceptuales*" que impiden su prosperidad, aserto que sustenta con la tesis que tiene establecida la Sala acerca de lo que debe entenderse por falso juicio de legalidad y falso juicio de convicción.

Para el agente del Ministerio Público el vicio alegado por el casacionista en cuanto a que en la sentencia de segundo grado atacada se dio por demostrada la calidad de empleado oficial del procesado, "*con pruebas que en su parecer resultan ilegales para tal fin*", se traduce en un error de derecho por falso juicio de legalidad; sin embargo, como en el fondo la inconformidad del censor "*no estriba en la ilegalidad de la aducción de las pruebas en cuestión sino que su descontento, en verdad, se centra en el análisis y valoración que el juzgador le otorgó (...)*" a esos mismos elementos de convicción de los cuales infirió la calidad de empleado oficial del acusado, considera que tales cuestionamientos ubicarían el ataque "*en un supuesto error de derecho por falso juicio de convicción*".

Pero no sólo en el mentado yerro técnico incurre el demandante que, de por sí, bastaría para desestimar el cargo, advierte, pues conforme a lo establecido en el artículo 18 de la Ley 190 de 1995 que modificó el artículo 63 del Código Penal, para todos los efectos de la ley penal son servidores públicos, además de los miembros de las corporaciones públicas, los

empleados y trabajadores del Estado y los de sus entidades descentralizadas territorialmente y por servicios, contándose entre éstos últimos, "*lógicamente*", quienes como el hoy procesado tuvieron o tienen vinculación laboral con el DANE.

Por lo tanto, si es la misma ley penal la que determina la calidad de empleado oficial o servidor público, precisa el señor Procurador, en relación con Caita Soto no se requiere de la "*prueba especial*" a la que alude el aparte final del artículo 253 del Código de Procedimiento Penal, como quiera que en virtud del principio de la libertad probatoria que rige nuestro ordenamiento jurídico procesal penal, la naturaleza de la relación laboral habida entre el procesado y la institución para la cual prestó sus servicios bien puede acreditarse por medios diferentes a los pretendidos por el impugnante. En estos términos el Procurador Delegado solicita la desestimación del cargo.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

1°. De la nulidad argüida

El artículo 25 del Decreto 1861 de 1989, que modificó el artículo 473 del Código de Procedimiento Penal de 1987 (Decreto 050), disponía que en ausencia de prueba para cesar procedimiento o para formular resolución de acusación, el juez debía ordenar la reapertura de la investigación por un término que no podía exceder de un (1) año, con el señalamiento de las pruebas a practicarse durante dicho lapso. Igualmente preceptuaba que, vencido dicho término, nuevamente se cerraba la investigación, se corría traslado a las partes y "acto seguido decretará cesación de procedimiento si no hubiere mérito para formular resolución de acusación".

Pues bien, en cumplimiento de dicha normatividad al concluir la Juez 43 de Instrucción Criminal de Bogotá mediante interlocutorio del 14 de febrero de 1990, que en el proceso impulsado contra Fabio William Caita Soto no existía prueba suficiente para proferir resolución de acusación, como tampoco para cesar procedimiento en su favor, decidió reabrir la investigación "*por el término máximo*" señalado en la disposición en cita y ordenando recibir dentro de dicho lapso los testimonios de Perla Pinillos, Adriana Rueda y Jorge Elíécer Mora (Fls. 236 a 239 del C.O. 1).

Solamente el 7 de enero de 1992, ya vencido el término de reapertura de la investigación, la funcionaria instructora dispuso citar a los testigos para evacuar las declaraciones que había echado de menos con antelación (Fls. 240 ídem.), pero la citación no se cumplió. Ya en vigencia del nuevo Código de Procedimiento Penal (Decreto 2700 de 1991), el asunto fue asignado al Fiscal 134 Delegado, pero dicho funcionario en vez de atender la sugerencia del agente del Ministerio Público para que se cerrara nuevamente la investigación y se procediera a calificar por segunda oportunidad el mérito sumarial (Fls. 243), optó por practicar las pruebas

ordenadas en la reapertura "*para efectos del perfeccionamiento de la investigación*" (Fls. 245), logrando escuchar únicamente al testigo Jorge Elliécer Mora (Fls. 250 y 251), luego de lo cual clausuró la investigación y produjo la resolución de acusación de la que hoy se duele el censor (Fls. 275 a 280).

En reiteradas oportunidades La Sala ha dicho que la previsión del artículo 25 del Decreto 1861 de 1989, que corresponde al inciso segundo del original artículo 273 del Código de 1987 (Decreto 050), consagró una causal de cesación de procedimiento o "*una causal sui generis de 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 parezca de manera inconcusa*" (auto de junio 28 de 1988, M.P. Gustavo Gómez Velásquez); por lo que resultaría incuestionable la operancia del principio de favorabilidad en el supuesto de que ahora se descubriera el cumplimiento de la preceptiva allí dispuesta, esto es, que oportunamente no se hubieran recaudado otras pruebas durante el término de reapertura y se mantenga valorativamente la situación de duda planteada en la primigenia calificación, pues indudablemente el procesado habría adquirido el derecho a una cesación de procedimiento.

Entendida así la situación de favorabilidad presuntamente ignorada en el presente caso, sin embargo no resulta ser la nulidad el camino adecuado para remover el aducido agravio en sede de casación, porque en tal supuesto el sentenciador habría omitido dar aplicación a 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 que para este efecto es norma de contenido verdaderamente sustancial y de insoslayable aplicación ultractiva por su mayor benignidad, que de haberse tenido en cuenta en su oportunidad por los juzgadores habría dado lugar a un auto de cesación de procedimiento, impidiendo las sentencias condenatorias ahora atacadas en esta sede extraordinaria.

Con todo, como estamos frente a un fallo que pretermitió ese reconocimiento, la forma de intentar correctamente la reparación del presunto agravio en casación era incoando el recurso por la vía correspondiente a la violación directa por falta de aplicación del artículo 473 del Código de Procedimiento Penal de 1987, norma sustancial para el procesado que a la sazón de su vigencia se hallaba en las específicas circunstancias allí previstas, lo que permitiría remover el fallo impugnado para dar lugar a la desestimada cesación de procedimiento, sin que resulte procedente regresar la actuación a través de una nulidad para propiciar una nueva segunda calificación, pues de darse esta fórmula el funcionario competente quedaría ante la opción de acusar o de precluir, siendo abiertamente ilegal recomendar o exigirle al calificador esta última alternativa cuyo efecto es el buscado en sede de casación. Es esta la razón para que la

propuesta de nulidad no resulte técnicamente viable en esta sede extraordinaria.

Empero, como la Corte no puede ser indiferente ante la eventual conculcación de una garantía fundamental (artículo 228 C.P.P. in fine), y de ese jaez es la favorabilidad que se echa de menos, de oficio se examinará el tema frente al texto del modificado artículo 473 del Decreto 050 de 1987.

Sobre el punto, en reciente pronunciamiento y con ponencia de quien aquí cumple igual función, la Sala dijo:

"No basta el vencimiento del irrebasable término de 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." (C-11.075, diciembre 2 de 1998, M.P. Jorge Aníbal Gómez Gallego).

En el caso que es materia de examen, ningún desconocimiento de la norma en cita se produjo en relación con la situación procesal de Caita Soto por cuanto si bien es cierto que el término de la investigación se extendió irregularmente, también lo es que el Fiscal 134 Delegado al reexaminar los elementos de persuasión obrantes en el proceso halló que en verdad *sí existía mérito para proferir la resolución de acusación*, decisión que tomó no con base en la prueba practicada por fuera del término de reapertura de la investigación, sino con los elementos que con suficiente capacidad suasoria fueron aportados al proceso desde antes de producirse la primera calificación y que a criterio de la Juez 43 de Instrucción no conducían ni a acusar ni a cesar procedimiento.

Lo anterior significa que para el Fiscal que hizo la segunda calificación, con el testimonio de Jorge Eliécer Mora -que fue la única prueba que se logró recaudar aunque de manera extemporánea durante el término de reapertura- o sin él, la determinación habría sido la misma si se repara en la motivación de dicho proveído, puesto que además de hallar demostrada la materialidad de las ilicitudes por las que se procedía, aspecto en el cual concuerda con el primer instructor, igualmente infirió que con los indicios resultantes de los testimonios de Liliam Otálora, Amalia Ospina de Delgado, Adriana del Carmen Rueda Monsalve, María Franza Enith López Buitrago, José Eduardo Rodríguez, así como de los hechos indicadores originados en las pericias grafotécnicas llevadas a efecto con ocasión de la susodicha investigación, amén de la propia actitud asumida por el sindicado tanto en sus descargos disciplinarios como judiciales, la responsabilidad del procesado en tales delincuencias aparecía comprometida en el grado exigido para llamarlo a juicio (Fls. 276).

Es pues la ausencia de mérito para acusar lo que le permite al calificador cesar procedimiento bajo las precisas circunstancias planteadas por el recurrente en su libelo, y no la simple extralimitación del término de instrucción, como equivocadamente se pretende. Lo ocurrido en el asunto examinado es que el Fiscal que calificó el sumario por segunda vez no compartió el criterio de la Juez que decretó la reapertura de investigación, toda vez que para aquél desde el primer cierre de la instrucción los presupuestos para dictar resolución de acusación se encontraban satisfechos, sin que lo dicho o dejado de decir luego por el testigo Jorge Eliécer Mora, quien fuera oído extemporáneamente, tuviera ninguna incidencia en la decisión que estuvo fundada en una mejor valoración de la prueba menospreciada por el primer calificador.

2°. El supuesto error de derecho

Si bien en la formulación del cargo el impugnante no precisa a cuál de las modalidades del error de derecho se refiere (*falso juicio de legalidad* o *de convicción*), tal omisión podría superarse con la fundamentación clara y específica de la censura, lo cual no ocurre en el presente caso pues al enunciar el reproche el recurrente enruta su alegación por el sendero del *error de derecho por falso juicio de legalidad*, al aseverar que el sentenciador "*admitió y confirió valor probatorio a un medio de convicción irregularmente aportado al proceso, por omisión de las formalidades que la ley exige para su aducción*", pero en su desarrollo termina argumentando un error de derecho por falso juicio de convicción, como bien lo puntualiza el Procurador Delegado.

La evidente incongruencia del libelista resulta patética porque en vez de demostrar que en verdad los elementos de convicción tenidos en cuenta por el sentenciador para declarar penalmente responsable al procesado fueron acopiados al plenario en forma irregular, ilegal o inoportuna

(Art. 246 del C. de P. P.), centra su discusión en el valor que a esas pruebas les dio el tribunal en el fallo cuestionado, olvidando que en nuestro ordenamiento jurídico procesal penal rige el sistema de la libertad probatoria y su apreciación racional.

Por consiguiente, pretender que la demostración de la calidad de empleado oficial o servidor público requiere de prueba especial, es decir, que única y exclusivamente se puede acreditar dicha condición con el decreto de nombramiento, el acta de posesión y la certificación de la autoridad competente acerca del ejercicio del cargo público, no deja de ser una exigencia extraña a nuestro ordenamiento positivo que riñe con el principio de libertad probatoria consagrado en el artículo 253 del Código de Procedimiento Penal.

En este orden de ideas, si el error de derecho por falso juicio de legalidad surge cuando la prueba ha sido practicada o incorporada al proceso ilegalmente, censura que en el evento *sub lite* quedó en el plano de la mera enunciación al omitir acreditar el impugnante su estructuración en el pronunciamiento del Tribunal, y si la idoneidad de la prueba con la cual se dio por establecida la calidad de servidor público de Caita Soto es puesta en tela de juicio simplemente porque el juzgador en ejercicio de la libertad de apreciación racional le asignó determinado valor luego de su examen en conjunto (Art. 254 ib.), sin que tal comprobación esté sujeta a una prueba especial o con valor privilegiado impuesto por el legislador en una norma que a fuerza de no existir el casacionista se abstiene de citar; el aducido error de derecho brilla por su ausencia, pues el falso juicio de convicción pretextado -que es en últimas a lo que conduce la argumentación del censor- deviene improcedente ante la práctica desaparición en nuestro medio del sistema de tarifa legal para la valoración probatoria.

Por consiguiente, este cargo también debe ser desestimado.

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

RESUELVE:

NO CASAR el fallo de fecha, origen, naturaleza y contenido indicados en la parte orgánica de esta providencia.

Cúmplase y devuélvase

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, Dídimo Páez Velandia, Nilson Pinilla Pinilla.

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

LIBERTAD PROVISIONAL-Requisitos factor subjetivo

La fijación y el cumplimiento de la pena consecuencia de la transgresión de bienes jurídicos tutelados, no queda supeditada a las deficiencias del sistema carcelario patrio, 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 que tienen que ver 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 de diagnóstico y pronóstico, que hacen parte de la valoración integral que debe hacerse, estudio comprensivo del modo de conducirse en sociedad y de actuar del procesado, 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.

Proceso No. 13996

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal

Magistrado Ponente Dr. *Nilson E. Pinilla Pinilla*

Aprobado Acta No. 08

Santa Fe de Bogotá, D. C., veintiséis (26) de enero de mil novecientos noventa y nueve (1999).

ASUNTO

Decide la Corte el recurso de reposición interpuesto y sustentado por el procesado Rubén Darío Arteaga Bedoya, contra el auto de fecha 2 de diciembre del año, 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 Rubén Darío Arteaga Bedoya 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 2 de diciembre de 1998, 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 este caso, de acuerdo con los fallos de instancia, se atribuye al implicado Arteaga Bedoya que en connivencia con 7 personas más, provistas algunas de éllas de armas de fuego, se apoderaron de un camión y de la carga que transportaba; además de la consumación del atentado contra el patrimonio económico, privaron transitoriamente de la libertad de locomoción al conductor y a los dos ayudantes del vehículo automotor.

Comportamientos como los aquí tratados, denotan propósito de fácil incremento patrimonial por vías execrables, que implican atentar contra diversos bienes jurídicos (la indemnidad y la libertad de las personas, el patrimonio), en grave menosprecio a los derechos de los demás y a la tranquilidad ciudadana, además de perturbar ese importante factor del desarrollo económico que es el transporte de bienes de subsistencia, aspectos que en principio indican a la Corte que, para los fines de readaptación social, el incriminado debe cumplir en su integridad con la pena impuesta, por el diagnóstico negativo sobre su personalidad que emerge de tales comportamientos.

No resulta suficiente, como lo sugiere en su petición, el simple cumplimiento de las dos terceras partes de la sanción; tampoco la conducta

calificada de "buena", y las labores de que dan cuenta los certificados expedidos por el centro carcelario, 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 Arteaga Bedoya siga cumpliendo la sanción impuesta en las instancias."

3° Notificado personalmente del auto anterior, Arteaga Bedoya interpuso y sustentó recurso de reposición. Plantea que para efectos de resolver la impugnación, la Corte estudie su verdadera participación en los hechos investigados, pues en su opinión no existe en el proceso prueba demostrativa de responsabilidad, de ahí que no se pueda acudir para negarle la libertad a lo decidido en los fallos de instancia que, por demás, están recurridos.

Indica que si de estudiar su personalidad se trata, no obstante que los establecimientos carcelarios de nuestro país no ofrecen medios que hagan posible la resocialización, él no registra antecedentes judiciales, durante el tiempo de reclusión ha cumplido labores que sumadas a su adecuado comportamiento intramural, han llevado a las autoridades carcelarias a mantenerlo en mínima vigilancia y a trasladarlo de patio en mejores condiciones, aspectos que refiere no fueron tenidos en cuenta al momento de resolver sobre la excarcelación, derecho que por esta vía reclama le sea otorgado.

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

En relación con el cuestionamiento que el procesado hace sobre el juicio de reproche a que llegaron los juzgadores de instancia, no hay fundamento ni oportunidad para efectuar el estudio que demanda, en un asunto que solo podrá tener las modificaciones que se deriven de la casación interpuesta; la ley no faculta para que, con base en una petición como la aquí presentada, se traten tales aspectos, lo cual implicaría además la realización de un análisis fuera de ocasión, que comprometería el debido proceso.

De otra parte, no sólo lo atinente a las labores cumplidas por Arteaga Bedoya 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 "buena"), constituyen factores importantes que en forma contraria al pensamiento del recurrente, han sido tenidos en cuenta por la Sala al estudiar la liberación provisional reclamada; lo que ocurre es que tales aspectos, del todo dignos de análisis, 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 queda supeditada a las deficiencias del sistema carcelario patrio, 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 que tienen que ver 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 de diagnóstico y pronóstico, que hacen parte de la valoración integral que debe hacerse, estudio comprensivo del modo de conducirse en sociedad y de actuar del procesado, 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, como ya se dijo, no es dable 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 2 de diciembre de 1998, por medio de la cual se negó la libertad provisional solicitada por el procesado Rubén Darío Arteaga Bedoya.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

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

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

CAMBIO DE RADICACION

En este caso se plantea un cambio de radicación de un proceso contravencional de un Distrito Judicial a otro, incidente que esta corporación está llamada a resolver, por lo siguiente:

Las normas que determinan el trámite de los procesos por las contravenciones especiales a que se refieren las Leyes 23 de 1991 y 228 de 1995, no regulan en forma expresa el cambio de radicación de esa clase de asuntos, ni señalan el funcionario competente para resolver las respectivas peticiones.

El artículo 38 de la citada Ley 228 establece que "En lo no previsto en la presente ley se aplicarán las disposiciones del Código de Procedimiento Penal y las normas sobre desistimiento, prescripción y nulidades contenidas en la Ley 23 de 1991, siempre que no se opongan al carácter oral del procedimiento establecido en ella."

De conformidad con la remisión a que alude el precepto que se acaba de transcribir, las disposiciones del Decreto 2700 de 1991 que regulan el cambio de radicación son aplicables a los procesos que adelanten los Jueces Penales o Promiscuos Municipales por las contravenciones especiales a que se refieren las Leyes 23 de 1991 y 228 de 1995.

Proceso No. 15116

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal

Magistrado Ponente Dr. *Nilson E. Pinilla Pinilla*

Aprobado Acta N°. 09

Santa Fe de Bogotá, D. C., enero veintisiete (27) de mil novecientos noventa y nueve (1999).

ASUNTO

Decide la Corte el cambio de radicación propuesto por el defensor del procesado Orlando Guzmán Becerra, respecto del proceso que adelanta el

Juzgado Promiscuo Municipal de Maripí (Boyacá) por las presuntas contravenciones especiales de abuso de confianza y estafa.

ANTECEDENTES

1° Mediante escrito dirigido al Juez Promiscuo Municipal de Maripí, el defensor del implicado Orlando Guzmán Becerra pide que se ordene el cambio de radicación del proceso contravencional que se adelanta contra su representado, toda vez que éste ha recibido amenazas del denunciante y de algunas personas residentes en la vereda Maripí Viejo de esa localidad. Refiere que algunos individuos "lo han estado buscando en la ciudad de Sogamoso con propósitos no claros y al parecer haciéndole un seguimiento de los lugares a donde se moviliza" (sic, f. 1).

En orden a demostrar los hechos en que funda la petición, solicita se reciba la declaración de Luz Gladys Sanabria y Marién Guzmán. Plantea que en razón a que su defendido, el mismo denunciante y la mayoría de los testigos tienen su lugar de residencia en Sogamoso, se tome en cuenta a los Jueces Penales Municipales de esa ciudad para efectos de continuar el trámite del proceso. Adjuntó copia de la audiencia preliminar que con fecha 16 de junio de 1998 llevó a cabo el Juzgado 2° Penal Municipal de Sogamoso, en cumplimiento de comisión conferida por el Juzgado Promiscuo Municipal de Maripí.

2° Enviada la petición al Juzgado Penal del Circuito (reparto) de Chiquinquirá, el 2° de esa jurisdicción en auto de 30 de septiembre del mismo año la remitió al Tribunal Superior de Tunja (f. 10), corporación que en proveído de 13 de octubre siguiente, ordenó enviarla a esta Sala, toda vez que al proponerse cambio de radicación del Distrito Judicial de Tunja al de Santa Rosa de Viterbo, al cual corresponde Sogamoso, podría radicar acá la competencia para definir el incidente (fs. 13 y 14).

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

1° En este caso se plantea un cambio de radicación de un proceso contravencional de un Distrito Judicial a otro, incidente que esta corporación está llamada a resolver, por lo siguiente:

Las normas que determinan el trámite de los procesos por las contravenciones especiales a que se refieren las Leyes 23 de 1991 y 228 de 1995, no regulan en forma expresa el cambio de radicación de esa clase de asuntos, ni señalan el funcionario competente para resolver las respectivas peticiones.

El artículo 38 de la citada Ley 228 establece que "En lo no previsto en la presente Ley se aplicarán las disposiciones del Código de Procedimiento Penal y las normas sobre desistimiento, prescripción y nulidades con-

tenidas en la Ley 23 de 1991, siempre que no se opongan al carácter oral del procedimiento establecido en ella."

De conformidad con la remisión a que alude el precepto que se acaba de transcribir, las disposiciones del decreto 2700 de 1991 que regulan el cambio de radicación son aplicables a los procesos que adelanten los Jueces Penales o Promiscuo Municipales por las contravenciones especiales a que se refieren las leyes 23 de 1991 y 228 de 1995. Como quiera que el peticionario pretende que el proceso contravencional que adelanta el Juzgado Promiscuo Municipal de Maripí (Distrito Judicial de Tunja) se radique en el Distrito Judicial de Santa Rosa de Viterbo, al cual pertenecen los Juzgados Penales Municipales de Sogamoso, donde reside el procesado Orlando Guzmán Becerra, de conformidad con lo previsto en el numeral 8° del artículo 68 del Código de Procedimiento Penal corresponde a esta Sala resolver la solicitud.

Además, tiene la Corte competencia para decidir el incidente en virtud de su carácter de único superior común de los dos Distritos Judiciales involucrados en la controversia, que debe ser resuelta.

2° El cambio de radicación previsto por los artículos 83 y siguientes del Código de Procedimiento Penal, tiene como finalidad la preservación del orden público, la imparcialidad e independencia en la dirección de la actuación, las garantías fundamentales, la publicidad del juzgamiento y la seguridad e integridad del sindicado.

La solicitud de tal cambio de radicación "debe ser motivada y a ella se acompañarán las pruebas en que se funda" (art. 85 ib.); en esta clase de incidente no existe período para práctica de pruebas a iniciativa de parte ni de oficio y de acuerdo con lo citado, éstas deben ser presentadas con la solicitud, con los argumentos que la fundamentan, si se aspira a que prospere. En caso contrario, la pretensión no está llamada a ser acogida, pues no puede la Corte o el Tribunal, según el caso, suplir deficiencias en los planteamientos ni la prueba a cargo del sujeto procesal interesado.

En el caso propuesto, el defensor de Orlando Guzmán Becerra no aporta ninguna prueba en orden a demostrar el temor por la hipotética actuación de un grupo de personas, que atentarían contra él en Maripí, o en Sogamoso, donde contradictoriamente pretende se radique el proceso, con el argumento de que allí residen su asitido y algunos intervinientes en el asunto.

Lejos de demostrar la situación de riesgo, el solicitante se limita a una simple manifestación genérica de peligro. No suministra información sobre la identidad de las personas que supuestamente están interesadas en ubicar al implicado, ni especifica debidamente las presuntas amenazas.

Referente a los medios de convicción que entren a demostrar sus asertos, pide recibir las declaraciones de Luz Gladys Sanabria y Marlén

Guzmán, desconociendo que constituye deber suyo presentar las pruebas con la solicitud, a fin de que el funcionario llamado a dirimir el incidente cuente, sea en forma sumaria, con elementos de juicio que le permitan establecer alguna de las hipótesis que dan pie al cambio de radicación.

Esa carencia de demostración de lo aducido y la inconsecuencia que se deriva de la pretensión de llevar el proceso, que para tranquilidad ya debía haber terminado, a una ciudad en donde se afirma que "lo han estado buscando", conduce a que se niegue el cambio de radicación solicitado.

Así, esta actuación continuará en el Juzgado Promiscuo Municipal de Maripí, que en ejercicio de sus facultades y con el apoyo que considere indispensable, habrá de implantar las prevenciones que pueda estimar del caso para la pronta decisión del proceso y la seguridad de Guzmán Becerra.

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

RESUELVE:

1° No acceder al cambio de radicación propuesto por el defensor del procesado Orlando Guzmán Becerra.

2° Regrese la actuación al Juzgado Promiscuo Municipal de Maripí, para los fines indicados.

Cópiese, comuníquese 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 Eduardo Mejía Escobar, Didimo Páez Velandia, Nilson Elías Pinilla Pinilla.

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

LIBERTAD CONDICIONAL-Aspecto subjetivo, narcotráfico

En el Libro Primero, Título IV, Capítulo Cuarto del Código Penal están regulados los aspectos sustanciales de la libertad condicional, como tema incluido dentro de otro más amplio que es el de la punibilidad, concretamente caracterizado por formar parte y a la vez constituirse en alternativa de la ejecución de la pena privativa de la libertad. En efecto, el artículo 72 sujeta la procedencia del subrogado a un factor objetivo que atañe a la duración de la pena impuesta y el cumplimiento de una parte de ella, pero también la vincula con el denominado aspecto subjetivo que se traduce en las expresiones legales "siempre que su personalidad, su buena conducta en el establecimiento carcelario y sus antecedentes de todo orden, permitan suponer fundadamente su readaptación social".

Pues bien, un primer paso para el entendimiento de la expresión "antecedentes de todo orden", *si se quiere preservar la coherencia del ordenamiento jurídico en la práctica, sería la interpretación a la luz de la mencionada ubicación sistemática y del orden lógico en la regulación jurídica del proceso penal, sin perjuicio del necesario reforzamiento con los elementos teleológicos que atañen a la ejecución penitenciaria. Así, las sanciones privativas de la libertad sólo pueden derivar de una sentencia condenatoria emitida en el curso de un proceso; el fallo debe fundarse en la certeza sobre un delito y la responsabilidad del acusado; y el proceso sólo puede incoarse ante la sospecha concreta de un hecho punible cometido por una persona claramente individualizada.*

Proceso No. 14536

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal

Magistrado Ponente: Dr. *Jorge Aníbal Gómez Gallego*

Aprobado Acta N° 09

Santa Fe de Bogotá, D. C., veintisiete de enero de mil novecientos noventa y nueve.

VISTOS

Se decide el recurso de reposición intentado por el doctor Rodrigo Garavito Hernández, condenado en las instancias por los delitos de enriquecimiento ilícito de particular y falsedad en documentos privados, en relación con el auto fechado el 10 de diciembre pasado, por medio del cual la Sala le negó la libertad provisional basada en los requisitos del subrogado de la libertad condicional.

El recurrente expone los siguientes motivos de agravio:

1. No acepta que en su sede política se hubiesen recibido 10 bultos que contenían camisetas para su propia campaña política, menos que tuviera conocimiento de que habían sido remitidos por los hermanos Rodríguez Orejuela, pues tales prendas se recibieron para el proselitismo en favor del candidato a la presidencia a la República y no en beneficio suyo. En cuanto a los cheques, dice que los recibió de empresas legalmente constituidas en ese entonces.

2. Tener en cuenta su condición de congresista para negarle el derecho a la libertad, constituye un contrasentido, pues jamás se le acusó y juzgó por enriquecimiento de servidor público sino de particular. Además, si en gracia de discusión se pudiera agravar su situación por la condición de parlamentario, esa circunstancia ya fue tenida en cuenta para incrementarle la pena y volverla a considerar violaría el principio del *non bis in idem*.

3. Negar la libertad condicional porque con su conducta delictiva traicionó la confianza de sus seguidores, es un argumento que sobrepone la moral al derecho, pues reconocer la readaptación social sería el mejor ejemplo para estructurar en la sociedad una cultura de reconciliación con el delincuente resocializado.

4. No entiende porqué requiere tratamiento penitenciario, según el criterio de la Sala, cuando un grupo de evaluación del INPEC, compuesto por distintos especialistas, aseguran lo contrario. Decir que debe purgarse la totalidad de la pena, por haber traicionado la confianza de los electores, significa que la Corte suplanta al legislador y crea una excepción-requisito no previsto en el artículo 72 del Código Penal.

5. Después de citar autores como Claus Roxin y Manuel Cobo Del Rosal, en relación con el tema de resocialización, concluye que la Sala maneja ese criterio sin tener en cuenta la evolución de la persona privada de la libertad, actitud con la cual confunde la mencionada función de la pena con una mera retribución que nada tiene que ver con el instituto de la libertad condicional.

6. De acuerdo con la Constitución Política, el funcionario judicial debe averiguar tanto lo favorable como lo desfavorable, pero en su caso la Corte sólo ha tenido en cuenta lo último, quizá porque él pertenece a una clase

política que la justicia critica y juzga conforme con su propia tabla axiológica.

7. Se pregunta si no debieran declararse impedidos la mayoría de los magistrados que le niegan la libertad en el proveído impugnado, en atención a que participaron en la etapa de la investigación y adoptaron decisiones de fondo, dejando desde entonces comprometido su criterio.

8. Reprocha la presunta violación del principio de igualdad previsto en el artículo 13 de la Constitución Política. Arguye que se le ha discriminado notablemente por el procedimiento inquisitivo al cual se le sometió; también porque se le negó la rebaja de pena por la confesión del delito de falsedad en documento privado; y ahora continúa la discriminación al no concederle la libertad en contravía de la opinión científica que declara su resocialización, cuando a otros condenados, que estaban en circunstancias objetivas y subjetivas similares, se les ha otorgado el derecho a la libertad condicional por la Corte y los Tribunales.

9. Cita doctrina y jurisprudencia sobre el valor normativo de los principios, en particular, en relación con la aplicación práctica del apotegma de la igualdad. Concluye con una petición de revocatoria de la providencia impugnada, sobre la base de que la Corte no puede negarle la libertad condicional con el argumento de la gravedad del hecho, ni con pretextos morales o relativos a las condiciones particulares que presentaba el reo al momento de realizar el hecho punible.

Examen de la impugnación

En el Libro Primero, Título IV, Capítulo Cuarto del Código Penal están regulados los aspectos sustanciales de la *libertad condicional*, como tema incluido dentro de otro más amplio que es el de la punibilidad, concretamente caracterizado por formar parte y a la vez constituirse en alternativa de la *ejecución de la pena privativa de la libertad*. En efecto, el artículo 72 sujeta la procedencia del subrogado a un factor objetivo que atañe a la duración de la pena impuesta y el cumplimiento de una parte de ella, pero también la vincula con el denominado aspecto subjetivo que se traduce en las expresiones legales *"siempre que su personalidad, su buena conducta en el establecimiento carcelario y sus antecedentes de todo orden, permitan suponer fundadamente su readaptación social"*.

Pues bien, un primer paso para el entendimiento de la expresión "*antecedentes de todo orden*", si se quiere preservar la coherencia del ordenamiento jurídico en la práctica, sería la interpretación a la luz de la mencionada ubicación sistemática y del orden lógico en la regulación jurídica del proceso penal, sin perjuicio del necesario reforzamiento con los elementos teleológicos que atañen a la ejecución penitenciaria. Así, las sanciones privativas de la libertad sólo pueden derivar de una sentencia condenatoria emitida en el curso de un proceso; el fallo debe fundarse en la

certeza sobre un delito y la responsabilidad del acusado; y el proceso sólo puede incoarse ante la sospecha concreta de un hecho punible cometido por una persona claramente individualizada.

De este modo, los "antecedentes de todo orden" que deben contemplarse para efectos de la libertad condicional, como componente y alternativa de la ejecución de la pena, no pueden ser distintos a lo que realmente ocurrió con la potencia de provocar la iniciación de un proceso penal y emitir una sentencia condenatoria (características del delito, responsabilidad y personalidad); así como lo que aconteció en el curso del proceso y ha sucedido durante el cumplimiento de las dos terceras partes de la pena (confesiones; aceptación de los cargos; reparación del daño; contribución con la justicia; dedicación a la enseñanza, trabajo o estudio; trabas a la investigación; indolencia ante el perjuicio; intentos de fuga; ocio injustificado; comisión de otros delitos, etc.).

Así pues, la gravedad del delito, por su aspecto objetivo y subjetivo (valoración legal, modalidades y móviles), es un ingrediente importante en el juicio de valor que constituye el pronóstico de readaptación social, pues el fin de la ejecución de la pena apunta tanto a una readecuación del comportamiento del individuo para su vida futura en sociedad, como también a proteger a la comunidad de nuevas conductas delictivas (prevención especial y general). Es que, a mayor gravedad del delito e intensidad del grado de culpabilidad, sin olvidar el propósito de resocialización de la ejecución punitiva, el Estado tiene que ocuparse preferentemente de las necesidades preventivas generales para la preservación del mínimo social.

Ahora bien, la mayor o menor gravedad del hecho punible es un componente que con distinta proyección incide en la medición judicial de la pena (art. 61 C. P.), la suspensión de la condena (art. 68 idem) o la libertad condicional (art. 72 *ibidem*), instituciones que corresponden a pasos graduales en el desarrollo del proceso penal y, por ende, ningún sacrificio representan para el principio del *non bis in idem*, pues, verbigracia, cuando tal ingrediente se considera para negar la libertad, por su mayor destacamiento frente a otros, no se propugna por la revisión de la sanción o la imposición de otra más grave, sino que, por el contrario, se declara la necesidad del cumplimiento cabal de la que se había dispuesto en la sentencia porque el procesado no tiene derecho al subrogado.

Por delitos como el narcotráfico, el enriquecimiento ilícito derivado de él, el terrorismo, la extorsión, los que involucran la corrupción de servidores públicos, entre otros, la sociedad colombiana está singularmente afectada, hasta el punto de provocar una enorme inseguridad personal y económica de sus gentes, pues se trata de una delincuencia extremadamente ambiciosa, egoísta y dañina. Desde esta perspectiva, el mejoramiento del individuo que antes cometió estos ilícitos, como amenaza de los mínimos

de convivencia, en principio, no puede pronosticarse favorablemente para una sociedad que, sin descuidar ese loable fin, aún no ha podido reducir esas graves formas de aparición delictiva, precisamente por la repetición de dichos comportamientos individuales y empresariales que difícilmente se abandonan por las pingües ganancias que representan.

Si los mencionados hechos punibles son graves por su naturaleza altamente desestabilizadora, en la medida que comprometen y amenazan complejamente bienes jurídicos colectivos, institucionales e indirectamente los que son bases de existencia del sistema, tal característica sube de tono al establecer que alguno de ellos fue cometido por quien ostentaba la investidura de congresista, dado que, como no se prevé para el ciudadano común, él es un representante del pueblo. Además, como colectivamente le corresponde hacer las leyes, la justicia no puede ser indulgente con quien ha traicionado de tal manera la confianza popular y que, en lugar de liderar la integración de la sociedad, realiza abominables actos que conducen a su mayor descomposición, así no sea en ejercicio de la función.

Precisamente, la distinta naturaleza y trascendencia de los hechos punibles, unidas a la mayor responsabilidad constitucional y legal de su autor, indican que no puede haber tratamiento igualitario para los desiguales, razón por la cual no se ha violado en este caso el principio de igualdad, con más veras si el peticionario pregona pero no demuestra la discriminación presente por la influencia de otras decisiones judiciales anteriores.

Así entonces, de acuerdo con las difíciles circunstancias de convivencia que atraviesa el país, el regreso de un individuo que delinquió tan gravemente al seno de la comunidad, obviamente antes de que cumpla la totalidad de la pena legal y regularmente impuesta, no sólo contribuye a agudizar la inseguridad sino que aleja cada vez más la posibilidad de ponerle límites a la misma, que propicien la coexistencia pacífica como elevado propósito del Estado Social y Democrático de Derecho.

La reconciliación de la sociedad con quienes atentan contra ella sólo puede partir de un equilibrio entre la búsqueda de mejora de unos y el propósito de aseguramiento de la otra.

En la providencia impugnada, la Sala hace referencia al hecho de que el procesado recibió 10 bultos con camisetas para impulsar una campaña política, enviadas por los hermanos Rodríguez Orejuela, reconocidos empresarios del narcotráfico a nivel nacional e internacional, y que además se benefició ilícitamente de cheques por un valor aproximado de cuatrocientos millones de pesos ($ 400.000.000), emitidos por empresas fachadas de propiedad de los mismos personajes, todo para indicar la gravedad de las conductas punibles de enriquecimiento ilícito y falsedades en documentos privados que se le atribuyen, como declaración que se hizo en

las instancias, y sobre las cuales se apoya esta decisión de libertad provisional, sin perjuicio de la controversia que debe cumplirse para desatar el recurso extraordinario de casación.

Así las cosas, la Corte hace eco de unas determinaciones de instancia para decidir sobre la excarcelación, pues, al fin y al cabo, ellas están vigentes antes de decidir el recurso, pero no puede ahora anticipar criterios sobre la entidad del conocimiento y las relaciones lícitas que el procesado pretende negar, dado que ello puede ser parte del objeto de la impugnación extraordinaria. Tampoco se puede opinar previamente sobre las inquietudes del solicitante en relación con los efectos de su presunta confesión o la validez del procedimiento al que fue sometido.

De igual manera, la sugerencia de impedimento que el recurrente hace al desgaire en el cuerpo de sus motivaciones, sin concretar formalmente una recusación, no puede entenderse como un planteamiento de lo que debe ser una actitud explícita de parte y no una mera invitación al funcionario judicial. De todas maneras, como aquí apenas se provee sobre la excarcelación y no en relación con el mérito y la regularidad de las decisiones de instancia, no existe ningún obstáculo para tomar la determinación pertinente, máxime que ante cualquier eventualidad la Corte, por conocer en la ocasión de las diligencias, antes que abstenerse debe resolver preferentemente sobre el tema (art. 111 C. P. P.).

Como la redacción del artículo 72 del Código Penal dispone un examen integral de las mencionadas exigencias subjetivas, se tiene que los "antecedentes de todo orden" impiden un juicio favorable a la readaptación social del procesado, determinación que entonces no puede ampararse en las solas muestras de rehabilitación por el trabajo productivo o el buen comportamiento carcelario, sino que también debe consultar seriamente el fin de protección social que incumbe a la ejecución de la pena. Por los juicios de valor que encarna, esta decisión no corresponde al equipo interdisciplinario del INPEC sino al juez, aunque la decisión no puede ignorar a priori sus conceptos, los cuales mucho peso tendrían en situaciones menos graves que la analizada.

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

RESUELVE:

No reponer el auto de fecha y origen indicados en la motivación.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

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

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

FALSEDAD EN DOCUMENTO PRIVADO-Uso

Se debe reiterar que la alocución "uso" que el artículo 221 del Código Penal impone como segundo acto que estructura la falsedad de documento privado, no alude a cualquier empleo que se pueda dar al escrito alterado, sino estrictamente a la utilización que le es propia. La letra de cambio es un título valor y como tal, constituye la prueba de existencia de una obligación; por tanto, está destinado a ser intercambiado por el valor que representa a su presentación ante el legítimo tenedor, sea que se trate de su girador o de un tercero que lo haya adquirido en cualquier negociación.

Eso significa que cuando, como en este caso, se presenta el título para su cobro judicial se le está justamente dando el uso inherente a su naturaleza (uso jurídico) y que describe típicamente el artículo 221 citado, de donde no queda duda que la falsificación de la letra de cambio y su utilización para promover un proceso de ejecución, involucra dos acciones jurídicamente relevantes para el derecho penal.

Proceso No. 11192

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal

Magistrado ponente: Dr. *Edgar Lombana Trujillo*

Aprobado Acta No. 10

Santa Fe de Bogotá, D. C., veintiocho (28) de enero de mil novecientos noventa y nueve.

VISTOS

Se decide el recurso extraordinario de casación interpuesto por la defensa contra la sentencia del 13 de julio de 1995, mediante la cual el Tribunal Superior de Santafé de Bogotá confirmó, con modificaciones la condena impuesta por el Juzgado Cincuenta y Seis Penal del Circuito a Gustavo Jiménez Gómez como responsable de los delitos de Falsedad en documento privado en concurso con el de Fraude Procesal.

Hechos

Durante el año de 1984 Germán Andradre Patiño recibió de María Custodia Saboya Ruiz la suma de dos y medio millones de pesos ($2'500.000,oo) en calidad de mutuo con interés: deuda que garantizó doblemente, con una letra de cambio en blanco, firmada por él y por Guillermo Barrera Navarrete como codeudor, y con tres cheques, uno por millón y medio de pesos y cada uno de los otros dos por quinientos mil pesos, girados sin fecha.

En el año de 1986 Andrade Patiño se atrasó en el pago de intereses, por lo que, a insinuación de la señora María Custodia Saboya y con el propósito de cancelar el préstamo, se propuso vender a Hernando Segura Saboya, primo de la acreedora, el apartamento 511 del Conjunto Residencial Santa Bárbara del Norte, localizado en la transversal 13 A # 123 - 10 de esta ciudad. A consecuencia de las conversaciones adelantadas con el interesado el 18 de septiembre de 1986 él y su esposa firmaron promesa de compraventa, previo informe de que el inmueble se encontraba embargado en razón de un proceso Ejecutivo Hipotecario que en su contra había instaurado la Corporación Granahorrar. En ese contrato se pactó el precio del inmueble en la suma de catorce millones de pesos ($14'000.000,oo). De esta suma, Segura entregó directamente a los vendedores un millón quinientos mil pesos ($1'500.000,oo) y se comprometió a cancelar dos millones de pesos ($2'000.000,oo) de la deuda que Germán Andrade Patiño tenía con la señora María Saboya: a cancelar la hipoteca de Granahorrar por la cuantía de tres millones ochocientos mil pesos ($3'800.000,oo); a saldar las obligaciones que el promitente vendedor tenía con los Bancos del Estado, de los Trabajadores y Nacional por cuatro millones doscientos mil pesos ($4'200.000,oo); y los dos millones y medio ($2'500.000,oo) restantes los cancelaría cuando el inmueble se encontrara libre de gravámenes.

De acuerdo con lo pactado, Hernando Segura canceló a María Custodia Saboya la deuda que con ella tenía Andrade. Los cheques que garantizaban ese crédito habían sido entregados con anterioridad por la acreedora a su apoderado, el abogado Gustavo Jiménez Gómez quien, con demanda presentada a nombre propio, desde mayo de 1986 y adicionada en agosto siguiente, había promovido con ellos un proceso ejecutivo tramitado ante el Juzgado Trece Civil del Circuito de Bogotá en contra de Germán Andrade. A pesar de conocer las negociaciones adelantadas entre el demandado y Hernán Segura, que significaron la cancelación del crédito del cual era titular María Custodia Saboya, el doctor Gustavo Jiménez Gómez prosiguió el cobro ejecutivo y en julio de 1988 volvió a adicionar la demanda ejecutiva, esta vez para incluir la letra de cambio que Andrade había firmado en blanco, pero ya incluidos los datos, como si hubiera sido girada el 19 de septiembre de 1986, por doce millones de pesos ($12'000.000,oo), en favor de Hernando A. Segura, con vencimiento para el 6 de diciembre del mismo año.

En noviembre de 1988, el demandado ejecutivamente se enteró de la existencia del proceso, cuando la sentencia condenatoria estaba en consulta en la Sala Civil del Tribunal Superior de Bogotá, que confirmó la decisión el 14 de septiembre de 1990.

SÍNTESIS PROCESAL

Teniendo como base la denuncia que el 10 de enero de 1989 formuló Germán Andrade Patiño y otras diligencias previas, mediante proveído del 13 de marzo de ese año, el Juzgado 84 de Instrucción Criminal dispuso iniciar la investigación penal.

En pronunciamiento del 7 de abril de 1989 se admitió la intervención de Germán Andrade Patiño en condición de parte civil dentro de esta actuación.

La vinculación procesal directa de los imputados se cumplió en este orden: el 24 de octubre de 1991 la de María Custodia Saboya Ruiz; en sesiones cumplidas el 25 de octubre y el 10 de diciembre la de Gustavo Jiménez Gómez. El 7 de enero de 1992 le correspondió a Hernando Segura Saboya.

El auto interlocutorio del 13 de marzo de 1992 contiene la resolución de la situación jurídica de los sindicados; en ella el instructor se abstuvo de dictar medida de aseguramiento contra María Custodia Saboya Ruiz y Hernando Segura Saboya; pero sometió a Gustavo Jiménez Gómez a detención preventiva por los delitos de falsedad en documento privado y fraude procesal.

El 26 de junio de 1992, el Tribunal Superior de Santafé de Bogotá resolvió la apelación que el defensor interpuso contra la providencia anterior, en el sentido de mantener la detención preventiva para Gustavo Jiménez Gómez sólo por el delito de fraude procesal, pues agregó la medida de aseguramiento de caución por la falsedad en documento privado.

El 30 de noviembre de 1992, la Fiscalía Seccional 132 de la Unidad II de Patrimonio Económico de Santafé de Bogotá cerró la investigación y la calificó el 27 de enero de 1993 en el sentido de dictar resolución acusatoria contra Gustavo Jiménez Gómez como autor de los delitos de falsedad de documento privado y fraude procesal, en tanto que precluyó la investigación respecto de María Custodia Saboya Ruiz y Hernando Agapito Segura Saboya.

El defensor del acusado vanamente impugnó la providencia calificatoria mediante los recursos principal y subsidiario, pues el 15 de febrero de 1993 sus pretensiones iniciales fueron desfavorablemente atendidas, de tal manera que se dio trámite al recurso de apelación, resuelto el 2 de febrero de 1994 con la confirmación de la resolución acusatoria; decisión a la cual se le adicionó la orden de compulsar copias para que se investigara la falsedad del timbre de pago impreso en una letra de cambio.

El conocimiento de la causa correspondió al Juzgado Cincuenta y Seis Penal del Circuito de Santafé de Bogotá, el que, celebró la audiencia pública en sesiones realizadas el 8 de agosto de 1994 y el 27 de enero de 1995, y profirió la sentencia de primer grado el 31 de marzo siguiente con la condena de Gustavo Jiménez Gómez como responsable de los delitos de falsedad en documento privado, en concurso con el de fraude procesal. Por ello, le impuso la pena principal de veinticuatro (24) meses de prisión, las accesorias de interdicción de derechos y funciones públicas por ese mismo lapso y la suspensión en el ejercicio de la profesión de abogado por el término de seis (6) meses. De otra parte, le impuso el pago de la indemnización de los daños y perjuicios materiales ocasionados, tasados en suma equivalente a quinientos (500) gramos oro. Finalmente, le concedió el subrogado de la condena de ejecución condicional.

El 13 de julio de 1995, el Tribunal Superior de Santafé de Bogotá desató la apelación interpuesta por la defensa dictando la sentencia que modifica la tasación de perjuicios, pues aumentó la cuantía de los de orden material a una suma equivalente a ochocientos (800) gramos oro, y fijó los de índole moral en cien (100) gramos oro. Igualmente extendió el beneficio de la condena de ejecución condicional a la pena accesoria relacionada con la suspensión en el ejercicio de la profesión de abogado. Las restantes determinaciones de la sentencia apelada fueron confirmadas.

La Demanda

Primer Cargo

Lo ampara en la causal primera de casación, por violación directa de la ley sustancial, por aplicación indebida del artículo 182 del Código Penal, en concordancia con los artículos 61 y 26 *idem*.

Al desarrollar el fundamento de este reproche, la libelista manifiesta que en este caso no se está en presencia de un concurso real de tipos penales sino aparente, por cuanto, en el fraude procesal hay una maniobra engañosa que no puede, al mismo tiempo, ser fraude procesal y otro delito, porque esto conlleva la violación del principio *non bis in idem*; de donde concluye que en este caso se debe castigar la falsedad en documento privado y desechar el concurso con el fraude procesal.

Hace suyos los siguientes argumentos de la doctrina:

"Si el medio fraudulento constituye delito diferente, por ejemplo, falsedad documental, trátese de documento público o privado, también excluye el concurso, aplicando el principio de la consunción, por ser el fraude procesal u acto posterior copenado que se integra al tipo con mayor riqueza descriptiva y que lo contiene, de manera que en el ejemplo utilizado se aplicaran de preferencia y exclusivamente los artículos 221 sobre falsedad en documento privado o 222 sobre uso de documento público falso,

según el caso". "En conclusión, el medio fraudulento propio del fraude procesal queda reducido a unos pocos casos en los cuales no se incurre en otro delito, por ejemplo, cuando para evitar una diligencia de entrega en un juicio de lanzamiento se cambian los signos externos que identifican la nomenclatura de un inmueble, o en una diligencia de inspección judicial en proceso civil o laboral, se engaña al funcionario cambiando de lugar objetos que ha de ser inspeccionados, etc.".

La casacionista prosigue con su labor, aduciendo que para la estructuración del delito de falsedad en documento privado se requiere del uso, por tratarse de un tipo de dos actos, el de falsificación y el de uso, sin uno de los cuales el comportamiento no se adecua al tipo penal. Y refiriéndose al caso en concreto, asegura que el documento presuntamente falso se usó para inducir en error al funcionario, por lo que, en su opinión, resulta excesivo castigar como reato autónomo el uso que es integrante de la falsedad.

Su conclusión, consiste en afirmar que la conducta imputada sólo se subsume en el artículo 221 del Código Penal, cuyo corolario es la indebida aplicación del artículo 182 *idem*, la eliminación del concurso y la aplicación indebida de los artículos 31 y 26 del estatuto citado.

En consecuencia, la demandante solicita a la Corte casar la sentencia impugnada en el sentido de manifestar que la conducta desarrollada por el acusado se adecua al artículo 221 del Código Penal sin concurrir con el delito de fraude procesal; por consiguiente, pide absolverlo de la última infracción y efectuar las reducciones punitivas del caso.

Segundo Cargo

La casacionista lo fundamenta en la causal tercera de casación, por cuanto la sentencia se dictó en un juicio viciado de nulidad, dado que en primera instancia, al acusado se le condenó a pagar solamente los perjuicios materiales en vista de que "los morales no se pudieron cuantificar dentro del presente plenario ni pudieron dar bases al juzgado para tasarlos" y el Tribunal los tasó en 100 gramos oro, sin indicar en qué se fundamentaba para afirmar que se causaron y si son subjetivados u objetivados.

La inconforme aduce que la autorización que da el artículo 106 del Código de Procedimiento Penal al Juez para fijar prudencialmente la indemnización que corresponda al ofendido o perjudicado, no significa que se haga sin fundamento; y al efecto cita un fragmento de la sentencia del 16 de noviembre de 1993, en donde actuó como ponente el Magistrado Guillermo Duque Ruiz.

De esa omisión deduce la violación del principio universal sobre la motivación de toda sentencia, consagrado en el artículo 180 del Código de Procedimiento Penal, la que, en su concepto, concuerda con la causal de nulidad prevista en el artículo 304.2 del estatuto ritual por haberse

cometido una irregularidad sustancial que afecta la garantía del debido proceso.

Después de resaltar el criterio jurisprudencial sobre la trascendencia de la fundamentación de una sentencia, la actora solicita a la Corte que case la sentencia decretando la nulidad de la parte de ella que se refiere a la indemnización de perjuicios morales.

LOS NO RECURRENTES

La Procuradora Trece Judicial Penal interviene como no recurrente para coadyuvar los argumentos de la demanda de casación. Aduce que al ser confirmada la sentencia de primera instancia se desconocieron los artículos 221, 182 y 26 del Código Penal por lo que la sentencia debe ser parcialmente casada para que sea reemplazada a fin de que la pena sea disminuida proporcionalmente.

Considera que se presentó una violación directa de la ley sustancial por aplicación indebida ocasionada por la equivocación en el proceso de selección de la norma aplicable al caso en concreto, pues se dejó de utilizar la disposición adecuada para emplear la que no corresponde.

En su opinión, la violación de la ley sustancial se concretó en las disposiciones contenidas en los artículos 1º., 3º.,26. 61 y 182 del Código Penal y 228 de la Constitución Política.

Para exponer los fundamentos jurídicos de su posición, aborda el aspecto fáctico de la decisión impugnada para expresar su disentimiento, con el argumento de que se presenta un concurso aparente de tipos penales, porque la misma conducta parece adecuarse a la vez a varias disposiciones del Código Penal que se excluyen.

La agente de la Procuraduría opina que el uso de un documento privado falso por quien no lo falsificó constituye un ardid o forma de engaño para la comisión de un delito distinto al de falsedad, como por ejemplo el de fraude procesal, pues ese proceder lo recoge integralmente la descripción típica del artículo 182 del Código Penal, que sanciona la conducta de quien por cualquier medio fraudulento induzca en error a empleado oficial para obtener una sentencia contraria a la ley. Y admitiendo que en esta controversia, quien falsificó la letra de cambio es el mismo que la usó ante la jurisdicción civil, concluye que por la razón expuesta se debe descartar la concurrencia del fraude procesal.

A manera de síntesis, la memorialista aduce que la falsedad en documento privado y el fraude procesal son tipos penales que se excluyen. El primero comprende dos actos, falsificar y usar; y la utilización del documento falso dentro de su marco propio y natural abarca la afectación del bien jurídico que el agente se propone vulnerar. Entonces, el empleo de documento falso para inducir en error a un funcionario a fin de obtener

una sentencia sustancialmente ilegal queda incluido en el segundo acto que describe la falsedad en documento privado.

Para terminar, insinúa que se efectúe la interpretación de la ley conforme lo establece el artículo 27 del Código Civil, y que se case parcialmente la sentencia recurrida de tal manera que aplicando el artículo 221 del Código Penal se tase la sanción para el condenado en doce meses de prisión.

Concepto del Procurador Tercero Delegado en lo Penal

1. Al abordar el estudio del primer cargo, el Delegado encuentra deficiente su fundamentación porque la demandante se limita a transcribir apartes de la opinión de un funcionario de la Fiscalía con respecto al concurso aparente de leyes, en tanto que se mantiene alejada de la sentencia de segunda instancia que ataca, al punto de no analizar la norma que reputa mal aplicada, ni el alcance que le dio el fallador, para confrontarlos con el sistema normativo general, en orden a demostrar que los hechos reconocidos en el fallo no se adecuan a las exigencias legales del concurso de hechos punibles.

Así mismo, el representante del Ministerio Público considera que la impugnante veladamente discute los hechos que se declararon probados en la segunda instancia al afirmar que el uso del documento falso es el mismo acto constitutivo del delito de fraude procesal, cuando el Tribunal no le dio esa configuración a la conducta juzgada. Al efecto, transcribe fragmentos de las consideraciones que al respecto trae la sentencia, en las cuales vislumbra la precisión de que la acción que se adecua al fraude procesal está conformada por la utilización de la letra falsa en el proceso ejecutivo y por el hecho de proseguir ese juicio con base en unos cheques que el girador había cancelado, que fueron el medio fraudulento dirigido a obtener una sentencia definitiva que ordenara al demandado cumplir con una obligación ya extinguida por pago.

Luego, se remite a la acusación, en donde el funcionario concretó los actos que constituyen cada uno de los delitos e involucrando en el fraude procesal tanto los cheques como la letra que fueron el fundamento de la ejecución.

Tomando las consideraciones expuestas tanto por el calificador de segundo grado como por el Tribunal, el Procurador define que el delito de fraude procesal está constituido por el hecho de adelantar un proceso ejecutivo singular con base en tres cheques que el girador ya había pagado e incorporar a la misma actuación una letra de cambio que había sido completada sin autorización del girador.

Bajo esa premisa, el conceptuante acusa a la demandante de no respetar los hechos que el juzgador declaró probados y de atacar la sentencia de segunda instancia con el pregón de la atipicidad de la conducta cons-

tiruliva de fraude procesal a partir de la utilización de la letra de cambio dentro del proceso ejecutivo singular, prescindiendo de algunos de los hechos que se consideraron estructuradores del delito.

Lo anterior es, en sentir del colaborador, una falla técnica dentro del ámbito de la violación directa de la ley sustancial, por cuanto una fundamentación de esa naturaleza sólo admite consideraciones de mero derecho relacionadas con un error del sentenciador en la adecuación típica, determinante de aplicación indebida de la norma.

Estima que ante las precisiones contenidas en la acusación y en la sentencia, no existe la posibilidad de abordar el estudio de un aparente concurso de leyes, porque aun cuando se desprendiera que el uso del documento privado falso ante un funcionario judicial sólo constituye el segundo acto que la ley exige para que se configure el delito de falsedad en documento privado, en este caso específico no daría lugar al rompimiento del fallo, en razón de que subsistirían otros hechos que independientemente de la falsedad de la letra de cambio, fueron considerados por el juzgador como medios engañosos utilizados para inducir en error al juez civil que tramitó el proceso ejecutivo.

Tampoco le ve opción de éxito a la hipótesis de la adecuación de un mismo hecho a dos descripciones típicas diferentes porque si el hecho de incorporar la letra de cambio al proceso de ejecución constituye un uso del documento privado falso y un medio capaz de inducir en error al funcionario judicial, "jurídicamente representa una acción a través de la cual el agente infringe dos disposiciones de la ley penal y con ello lesiona dos bienes jurídicos independientes, lo que permite la imputación separada por dos delitos, en tanto que el uso del documento a través del engaño al juez civil le era jurídicamente evitable al autor del hecho".

El Delegado amplía su opinión agregando que aquel uso del documento privado falso que configura el tipo penal del artículo 221 del Código Penal es un uso que no necesariamente debe implicar la lesión de un bien jurídico diferente a la fe pública, pues basta que la utilización corresponda a la condición de medio de prueba atribuida al documento; por consiguiente, bien puede cumplirse el tipo sin vulnerar otro interés jurídico protegido por la ley. Por ello, cuando el agente sabe que el uso lleva a lesionar un bien jurídico distinto al de la fe pública y agrega esa vulneración, se debe hacer una doble incriminación porque se dan dos acciones jurídicamente diferentes y hay un doble quebranto a las disposiciones de la ley penal.

En criterio del Procurador, al estar dirigida la voluntad del actor a la lesión de dos bienes jurídicos distintos, la fe pública y la administración de justicia, el uso que hizo del documento constituye una nueva infracción a la ley penal, no recogida por la descripción del artículo 221 del Código Penal; por tanto, se da la figura del concurso de hechos punibles.

Así, el Delegado concluye que el cargo merece ser desestimado porque el quebranto de la ley sustancial ni se demostró ni se produjo.

2. Por el contrario, el representante del Ministerio Público le concede razón a la impugnante cuando señala la ausencia de motivación en la sentencia acusada en lo que respecta al establecimiento del monto de los perjuicios morales, por cuanto el juzgado de primera instancia no efectuó esa cuantificación debido a la falta de elementos probatorios que le permitieran liquidarlos y a pesar de ello, el Tribunal los fijó con base en los factores estimativos tomados en cuenta para establecer los perjuicios materiales, sin abordar los que señala el inciso segundo del artículo 106 del Código Penal.

A continuación, el Delegado aduce que el fallador debió desarrollar los elementos de la norma que cita, tales como la modalidad de la infracción, ligada al impacto sicológico sufrido por el perjudicado, incluidos la angustia y el malestar producidos por la conducta punible y la directa afectación de la víctima y su familia al verse involucrados en una acción civil por obligaciones ya cumplidas o resueltas, más las consecuencias a nivel social y profesional. Proceder que el sentenciador debió asumir, no sólo porque así lo determina la norma, sino, además, a causa de que la juez de primera instancia se abstuvo de hacer la estimación en ausencia de base suficiente para fijar los perjuicios morales mediante la intervención de un experto y por carecer de elementos probatorios para recurrir a la facultad discrecional.

De lo anterior, el colaborador de la Sala deduce la violación del numeral 6º. del artículo 180 del Código de Procedimiento Penal en cuanto exige los fundamentos jurídicos relacionados con la indemnización de perjuicios al proferir la sentencia; acaecer que genera una de las nulidades previstas en el artículo 304.2 del mismo estatuto, pues se afectó el debido proceso.

Concluye, entonces, el agente del Ministerio Público, sugiriendo a la Corte que se case parcialmente la sentencia impugnada, declarando la nulidad de lo atinente a la indemnización que el procesado debe pagar por concepto de perjuicios morales y, haciendo uso de la facultad prevista en el artículo 229.1 del código de Procedimiento Penal dicte el fallo de reemplazo en el que se establezcan los fundamentos y la cuantía de ellos, como lo dispone el artículo 106 del Código Penal.

Consideraciones de la Corte

Primer Cargo

Aun cuando en este caso, uno de los cargos que el demandante pone a consideración de la Sala está formulado por la vía de la causal tercera de casación, no es necesario alterar el orden de presentación de ellos para

darles repuesta, habida cuenta que la nulidad postulada está circunscrita a la propia sentencia y de encontrarse estructurada no expandiría sus efectos a los momentos procesales surtidos antes de ese pronunciamiento.

Con esta aclaración, se asume la estimación de la primera censura que la actora dirige contra la sentencia de segundo grado proferida en este proceso, con una crítica previa al planteamiento que se observa deficiente, pues, como bien lo advierte el Delegado, la demandante olvidó que el punto de partida de la sustentación del recurso extraordinario es la providencia objeto de reproche, por lo que la exposición de un criterio jurídico por calificado que sea, resulta insuficiente en esta sede si no representa la confrontación y a la vez el derrumbamiento de los argumentos que sobre ese tema trae la sentencia impugnada.

De otra parte, también es acertada la crítica de orden técnico que la Procuraduría dirige a la recurrente en materia de la intangibilidad fáctica de la decisión que se ataca, cuando el recurso se dirige a demostrar una violación directa de la ley, pues es obvio que aquellos hechos que fueron enmarcados dentro de un contexto normativo específico deben ser los mismos que se han de tomar en consideración, cuando se trata de precisar, en esta sede, el acierto o desacierto en la aplicación del precepto que supuestamente resultó conculcado sea por infracción directa, aplicación indebida o interpretación errónea.

A ese respecto, es relevante que la demandante parte del supuesto de que al abogado Gustavo Jiménez Gómez se le atribuyó el concurso delictual de falsedad en documento privado y fraude procesal por el hecho de haber cobrado ejecutivamente una letra de cambio falseada; pero dejó de lado la otra acción que sustenta la condena, cual es el hecho de haber proseguido el cobro ejecutivo de tres cheques, a sabiendas de que la obligación en ellos representada ya había sido cancelada. En esas condiciones, la casacionista cercena y por tanto, modifica, la base fáctica de la sentencia, dejando sin piso la argumentación a través de la cual pretende demostrar que el acto que habría dado lugar al fraude procesal es el mismo "uso" que permitió la estructuración de la falsedad de documento privado y que, por tanto, aquel ilícito está subsumido en éste; vale decir que, el concurso delictual que se imputó a su patrocinado, es apenas aparente.

La razón por la cual esa hipótesis pierde toda consistencia, se encuentra en el hecho de que en este fenómeno del aparente concurso de tipos tipos se encaran varios comportamientos que lesionan diferentes bienes jurídicos y que se subsumen en distintos tipos penales excluyentes, partiéndose así de una unidad de acción que se ajusta a varias descripciones típicas de las cuales sólo una de ellas resulta aplicable.

En este caso, aún cuando la libelista sólo alude a la falsificación de la letra de cambio y su utilización cumplida en el proceso de ejecución, es

evidente que ese no fue el único hecho por el cual su protegido fue condenado por los delitos de falsedad en documento privado y fraude procesal, y de esa manera, ante una pluralidad de acciones, desaparece el supuesto básico que permitiría pensar en la tesis del aparente concurso de tipos, por cuanto, frente a varias acciones, es evidente que se produzca la adecuación a diversas descripciones típicas.

Por lo demás, bajo la concepción expuesta en el libelo, tampoco se dan los restantes elementos que concurren a estructurar el fenómeno de interpretación legal denominado, entre otras nominaciones, como aparente concurso de tipos, pues en la falsificación del título valor se advierte la finalidad de crear una obligación inexistente; y en su cobro judicial, el objetivo era engañar al funcionario judicial.

Así mismo, se observa que el proceder del implicado significó la vulneración de dos bienes jurídicos distintos; el primero el de la fe pública, por cuanto resultó traicionada la confiabilidad del conglomerado social sobre la veracidad con que son extendidos los títulos valores; y a la vez se lesionó a la administración de justicia, en la medida en que se le condujo a declarar una verdad procesal distante de la realidad, rompiendo los principios de verdad, equidad y justicia que a través de ella se garantizan.

Finalmente, se debe reiterar que la alocución "uso" que el artículo 221 del Código Penal impone como segundo acto que estructura la falsedad de documento privado, no alude a cualquier empleo que se pueda dar al escrito alterado, sino estrictamente a la utilización que le es propia. La letra de cambio es un título valor y como tal, constituye la prueba de existencia de una obligación; por tanto, está destinado a ser intercambiado por el valor que representa a su presentación ante el legítimo tenedor, sea que se trate de su girador o de un tercero que lo haya adquirido en cualquier negociación.

Eso significa que cuando, como en este caso, se presenta el título para su cobro judicial se le está justamente dando el uso inherente a su naturaleza (uso jurídico) y que describe típicamente el artículo 221 citado, de donde no queda duda que la falsificación de la letra de cambio y su utilización para promover un proceso de ejecución, involucra dos acciones jurídicamente relevantes para el derecho penal.

El cargo, pues, no prospera.

Segundo Cargo

1. En rigor, no existe la falta de motivación en la tasación de los perjuicios morales que hizo el Tribunal, la cual considera la Delegada como motivo para casar por nulidad el fallo impugnado.

En efecto: al revisar el sentenciador el aspecto concerniente a los perjuicios materiales consideró:

"Razón le asistió a la juzgadora de instancia cuando acudió a la aplicación de los artículos 106 y 107 del C. P. pues en el proceso no aparecen ni demostrados los reales perjuicios causados ni fueron liquidados por un perito y sin elementos de juicio que sirvan de parámetro resulta un tanto difícil hacer tal liquidación pues como se demostró en el proceso ejecutivo del Trece Civil del Circuito, lo único que se ha ejecutado a cuenta de lo liquidado que ascendió cerca de cuarenta y dos millones como se observa al folio 24 del 2º. c.o., fue el título que se entregó al abogado Jiménez Gómez por un valor de $3'181.896.57 que le fue a su vez entregado al señor Segura Saboya como él mismo lo acepta (fl.241 1er. c.o.), lo que significa que éste es el dato concreto con el que se cuenta pues la otra cifra a que alude el recurrente, de $1'384.710.57, corresponde a un saldo que a juicio de la acusación (fl.92 2º c.o.), dejó de pagar conforme a las cuentas que se hacen sobre lo pagado por el señor Segura, sin que ésto interese a este proceso penal porque aquí no se está investigando el cumplimiento o incumplimiento de esa promesa de compraventa y lo relacionado con el precio que se pagó o no se pagó, sino el comportamiento del encartado cuando adelantó un proceso ejecutivo en el que cobró tres cheques que habían sido pagados extraprocesalmente, además de una letra de cambio que fue ilícitamente llenada en su contenido y cobrado también por esta vía. Lógigamente son los perjuicios causados a quien resultó perjudicado con su conducta lo que concierne en este aspecto de los perjuicios como resultado de ese proceso ejecutivo, en el que se replie de la ejecución ordenada de cerca de cuarenta y dos millones sólo se ha pagado este título por los tres millones a que se hizo referencia antes.

En tales condiciones, los perjuicios materiales prudentemente tasados en razón de las consideraciones anteriores, se fijarán en una suma equivalente a ochocientos (800) gramos oro y los morales en cien (100) Gramos Oro con base en los lineamientos de los artículos 106 y 107 del C.P." (fls.82 y 83 cdno. Tribunal).

Las anteriores reflexiones implícitamente sustentan o motivan también lo que atañe a los perjuicios morales, de prudencial estimación por parte del juzgador, según las normas que se mencionaron en la parte final de dicha transcripción, sin que fuera imprescindible repetirlas para fundamentar la última de dichas condenas a perjuicios, pues repítese que la motivación de los de índole material lleva latente las bases fácticas a partir de las cuales resultaba legítimo hacer la tasación cuestionada.

De la referida motivación se extrae "la modalidad de la infracción, ligada al impacto sicológico sufrido por el perjudicado, incluídos la angustia y el malestar producidos por la conducta punible y la directa afectación de la víctima y su familia al verse involucrados en una acción civil por obligaciones ya cumplidas o resueltas, más las consecuencias a nivel social y profesional", exigencias que precisamente echa de menos la Delegada para fundamentar la falta de motivación.

2. Sin perjuicio de lo dicho, frente al artículo 221 del Código de Procedimiento Penal, el censor carece evidentemente de interés. Dijo al respecto esta Sala en providencia de julio 30 de 1996 (M.P. Ricado Calvete Rangel).

"Si el censor pretende formular cargos contra la sentencia respecto del tema penal, y también en materia exclusivamente de indemnización de perjuicios, puede hacerlo en la misma demanda en capítulos separados, pero respecto de cada uno de los tópicos que pretende cuestionar se deben reunir sus respectivos requisitos, es decir, para lo primero la pena máxima prevista, y para lo segundo la cuantía que en ese momento se exige en casación civil".

El resarcimiento económico correspondiente al daño moral causado con las infracciones penales, que se objeta en casación, fue tasado en 100 gramos oro para el 31 de julio de 1995, fecha en que se interpuso el recurso extraordinario, el valor del gramo oro estaba fijado en la suma de once mil quinientos pesos con doce centavos ($11.500,12), vale decir que la condena referenciada equivalía a un millón, ciento cincuenta mil doce pesos ($1.150.012,oo), suma que se encuentra a distancia considerable de la posibilidad de impugnar esa imposición indemnizadora, por cuanto, para ese año, la cuantía del interés para recurrir en casación civil era de veintisiete millones cuatrocientos cuarenta mil pesos ($27.440.000,oo) y como, además, no se acudió a las causales contempladas por la legislación procedimental civil, la demanda no prospera.

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

RESUELVE:

NO CASAR el fallo impugnado.

Cópiese y comuníquese y devuélvase a la oficina de origen.

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

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

UNIDAD PROCESAL/ DEBIDO PROCESO

La ley de procedimiento establece unos patrones rectores de los ritos que lo conforman, con el fin de agilizar y simplificar la labor de dispensar justicia y facilitar a los sujetos procesales de la acción penal su participación en el desarrollo de la actuación, y la garantía de sus derechos. No obstante algunos defectos de actuación no tienen trascendencia suficiente para anularla, y otros en ocasiones pueden ser convalidados, siempre que cumplan su objetivo, y que no desconozcan el derecho de defensa o las bases fundamentales de la instrucción y el juzgamiento.

Uno de los cánones que regula el procedimiento penal es el principio de la unidad procesal, según el cual, sólo se adelantará un proceso para investigar y juzgar cada hecho punible, independientemente de la cantidad de autores o partícipes, como también cuando se trate de hechos punibles conexos. Sin embargo, la desobediencia de esta regla no tiene alcance de nulidad, porque la propia ley así lo admite, salvo que se afecten garantías constitucionales (art. 88 C.P.P.), luego ese mandamiento no hace parte irreductible de la estructura del sumario o del juicio, y por tanto, su incumplimiento no da lugar a la transgresión del debido proceso.

Proceso No. 11532

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal

Magistrado Ponente: Dr. *Edgar Lombana Trujillo*

Aprobado Acta No.11

Santa Fe de Bogotá, D. C. veintinueve (29) de enero de mil novecientos noventa y nueve (1999).

Vistos

Se decide el recurso extraordinario de casación interpuesto contra la sentencia del 18 de mayo de 1995, mediante la cual el Tribunal Superior de Ibagué confirmó, modificándola la condena que el Juzgado Segundo

Penal del Circuito de Purificación impuso a Reynaldo Yate, Alfonso María Tovar Yate, Carlos Antonio Quiñones Alape y Jorge Aurelio Yate, como responsables de los delitos de homicidio, lesiones personales y tentativa de homicidio cometidos en contra de la vida e integridad personal de Julio Senén Rodríguez Quiñones, Nemesio Culma Tique y Hernando Capera Rodríguez.

Hechos

En la noche del 31 de julio de 1993, en la vereda Buenos Aires del Municipio de Coyaima y cuando se hallaban en las inmediaciones de la casa de María Jova Tapia, fueron baleados los integrantes de la Fundación Indígena Comunitaria Autónoma del Tolima (FICAT), Hernando Capera Rodríguez, Nemesio Culma Tique, Alvaro Tique Tapiero y Julio Senén Rodríguez Quiñones; incidente que culminó con lesiones para los tres primeros y la muerte del último, quien era el Gobernador de la vereda Chenche-Buenos Aires. El homicidio de Rodríguez Quiñones se atribuyó a Reynaldo Yate y Alfonso María Tovar Yate; las lesiones de Culma a Carlos Antonio Quiñones Alape, y a Jorge Aurelio Yate se le imputó la tentativa de homicidio que sufrió Capera Rodríguez. Los sindicados pertenecen al Consejo Regional Indígena del Tolima (CRIT). Aparentemente, el incidente se suscitó por la inconformidad con la adjudicación y entrega de tierras que en días precedentes hizo el INCORA a una y otra organización.

Síntesis Procesal

La apertura de la instrucción consta en resolución del 2 de agosto de 1993 dictada por la Fiscalía Veintinueve de Purificación. Al día siguiente fue oído en injurada Carlos Antonio Quiñones Alape.

El 6 de agosto de 1993, se decidió someter a Quiñones Alape a la medida de aseguramiento de detención preventiva, como determinador de los delitos de homicidio y lesiones personales (fls. 93-109).

En la misma fecha se cumplió la vinculación procesal de los capturados Alfonso María Tovar Yate, Reynaldo Yate y Jorge Aurelio Yate. En el acta que contiene la indagatoria de éste último consta que al ser advertido del derecho a designar un abogado, manifestó que nombraría al doctor Rafael Aguja Sanabria, pero que no tenía a quien designar para esa diligencia y por ello la Fiscal instructora le asignó como defensor de oficio al ciudadano Eduardo Zabala Bahamón (folio 81).

El 10 de agosto siguiente se adoptó medida de aseguramiento respecto a los indagados Jorge Aurelio Yate, Alfonso María Tovar Yate y Reynaldo Yate, en la condición de coautores de los delitos de homicidio y lesiones personales (fls. 114-133).

Concluida la investigación, el 14 de octubre de 1993 se profirió Resolución de Acusación contra Jorge Aurelio Yate, Reynaldo Yate, Alfonso María Tovar Yate y Carlos Antonio Quiñones Alape, por los hechos punibles de homicidio y lesiones personales (fls. 299-314).

Por virtud de la apelación interpuesta, el 8 de febrero de 1994, el *ad quem* precisó la acusación imputando a Reynaldo Yate y a Alfonso María Tovar Yate el homicidio agravado en Julio Senén Rodríguez Quiñones y las lesiones personales ocasionadas a Nemesio Culma. A Carlos Antonio Quiñones Alape lo llamó a responder solo por las lesiones causadas a Nemesio Culma; y a Jorge Aurelio Yate le imputó exclusivamente el delito cometido contra Hernando Capera, pero modificando la tipificación de lesiones personales por la de Homicidio, en grado de tentativa. Igualmente, ordenó investigar por separado lo relacionado con las lesiones ocasionadas a Alvaro Tique Tapiero (fls. 355-377).

El juzgamiento y por tanto la sentencia de primer grado estuvieron a cargo del Juzgado Segundo Penal del Circuito de Purificación, que el 31 de agosto de 1994 condenó a Reynaldo Yate y Alfonso María Tovar Yate a la pena principal de cuarenta y un (41) años de prisión; a Jorge Aurelio Yate a la pena principal de doce (12) años y seis (6) meses de prisión y a Carlos Antonio Quiñones Alape a la pena principal de veinte (20) meses de prisión. A todos les impuso las penas accesorias correspondientes y la obligación de indemnizar los perjuicios morales y materiales ocasionados a las víctimas o a los deudos de éstas, según el caso (folios 322 a 338 Cdno. #2).

El 18 de mayo de 1995, el Tribunal Superior de Ibagué confirmó la sentencia del a quo con una leve modificación relacionada con el plazo para cancelar la indemnización por daños y perjuicios, contra la cual el defensor común de los sentenciados Alfonso María Tovar, Reynaldo y Jorge Aurelio Yate interpuso el recurso extraordinario de casación. No obstante, para sustentarlo, cada uno de los inculpados designó un apoderado. En esas circunstancias el mandatario de Tovar no presentó la correspondiente demanda, lo que condujo al Tribunal a declarar desierto el recurso en lo que respecta a dicho sentenciado (folios 64-94 C.Tribunal).

Ya ante esta superioridad, por no reunir los requisitos formales, se rechazó in limine la demanda introducida a nombre de Reynaldo Yate. De tal manera que esta decisión versa sobre la demanda elaborada en representación de Jorge Aurelio Yate.

La Demanda

Dos cargos presenta el actor en contra de la sentencia de segundo grado proferida como culminación de este proceso, uno principal y otro subsidiario, ambos al amparo de la causal tercera de casación.

1. Primer cargo

Como reproche principal el censor manifiesta que el proceso está viciado de nulidad porque se recibió indagatoria a Jorge Aurelio Yate sin la asistencia de un abogado titulado, aun cuando se le hubiera designado un defensor de oficio.

Para sustentar la afirmación, el demandante se remite al texto del acta de la diligencia de injurada, en donde se afirma que ante la manifestación del imputado de no tener a quien designar, la fiscal en forma oficiosa le nombró como defensor al ciudadano Eduardo Zabala Bahamón.

Aduce que el municipio de Purificación es cabecera de circuito judicial en donde funcionan, aparte de las autoridades municipales, el Comando de Distrito de la Policía Nacional, una Notaría, Oficina de Registro de Instrumentos Públicos, dos entidades bancarias, varias entidades financieras, dos Juzgados Penales del Circuito, un Juzgado Civil del Circuito, un Juzgado Penal Municipal, un Juzgado Civil Municipal y una Inspección Urbana de Policía; que en ese lugar viven y laboran "cantidad de abogados titulados de manera permanente", y la Fiscalía 29 Seccional no hizo gestión alguna para procurar que la indagatoria de Jorge Aurelio Yate se cumpliera en presencia de un abogado titulado, así hubiera sido de oficio, y tampoco se le brindó esa asistencia en los días subsiguientes, hasta el 10 de agosto, día en que éste implicado y sus hermanos nombraron el defensor.

Para el libelista esta es una irregularidad sustancial que afectó el debido proceso y genera nulidad, al menos de la indagatoria y de las providencias de fondo subsiguientes como la medida de aseguramiento, el cierre de la investigación, la calificación del mérito sumarial, la sentencia de primera instancia y la sentencia de segunda instancia.

2. Segundo cargo

En sentir del impugnante el proceso también se encuentra afectado de nulidad por cuanto a Jorge Aurelio Yate se le investigó, juzgó y condenó conjuntamente con los procesados Reynaldo Yate, Alfonso María Tovar Yate y Carlos Antonio Quiñones Alape, por un hecho que carece de conexidad con los hechos por los cuales se procesó a los demás implicados.

Explica que la lesión causada a Hernando Capera Rodríguez con intención de matar, en la noche del 31 de julio de 1993 en la vereda Chenche Buenos Aires del municipio de Coyaima, es un hecho cuya autoría se ha atribuido con exclusividad a Jorge Aurelio Yate y en el que no participaron Reynaldo Yate, Alfonso María Tovar Yate y Carlos Antonio Quiñones Alape, según lo comprueban plurales elementos de convicción, entre los cuales menciona el informe policial rendido el 1o. de agosto, las declaraciones de Jesús Adolfo Quiñones Rodríguez, Hernando Capera Rodríguez

y la propia versión de Jorge Aurelio en cuanto da noticia de haber sido lesionado en las primeras horas de esa misma noche por un grupo de personas en el que se encontraba Capera Rodríguez, por cuanto de esas probanzas se deduce que el lesionamiento de Hernando Capera Rodríguez en el tiempo, fue muy anterior al de Nemesio Culma Tique, ocurrió a bastante distancia de la casa de María Jova Tapia y mucho antes de la muerte de Julio Senén Rodríguez Quiñones.

En consecuencia, el recurrente advierte que no hay ningún factor de conexidad entre el lesionamiento de Hernando Capera Rodríguez y los padecidos por Nemesio Culma y Alvaro Tique o con la muerte de Julio Senén Rodríguez Quiñones, como lo demuestra el hecho de que Jorge Aurelio Yate solo fue condenado por la lesión de Capera Rodríguez; argumento que el actor considera suficiente para afirmar que se violaron los artículos 87 y 88 del Código de Procedimiento Penal puesto que no se adelantaron por lo menos dos investigaciones separadas, incurriéndose en una irregularidad sustancial que afecta el debido proceso en los términos del artículo 29 de la Constitución Nacional, haciendo más dispendioso y posiblemente más difícil para Jorge Aurelio Yate demostrar su inocencia.

En su criterio, esa irregularidad sustancial origina la nulidad prevista en el numeral 2 del artículo 304 del Código de Procedimiento Penal y afecta todo lo actuado a partir del cierre de la investigación, inclusive.

Pretende el libelista que si prospera el primer cargo se anule todo lo actuado a partir de la indagatoria de Jorge Aurelio Yate, dejando con validez solo las pruebas practicadas a partir de ese momento. Si prospera el segundo reproche aspira a que se decrete la nulidad de todo lo actuado incluyendo el cierre de la investigación. Y, en cualquiera de los dos eventos impetra la libertad del sentenciado a quien patrocina.

Concepto del Procurador Primero Delegado en lo Penal

El agente del Ministerio Público manifiesta que la designación de una persona ilerada para asistir a Jorge Aurelio Yate en su indagatoria no constituye violación al debido proceso por cuanto si bien puede ocurrir que en Purificación residan varios profesionales del derecho, en el momento de la diligencia no se contaba con ninguno. Agrega que por esa época se encontraba vigente la autorización que daba al instructor el artículo 148 del Código de Procedimiento Penal para designar a cualquier persona honorable con el fin de que se desempeñara como defensor, con la única limitante de no ser funcionario público, lo que enmarca la actuación de la funcionaria dentro de los parámetros legales vigentes.

De otra parte, el Delegado relaciona la actividad profesional que desempeñó el propio casacionista desde el 10 de agosto de 1993, fecha en que asumió la representación de Jorge Aurelio Yate, Reynaldo Yate y Al-

fonso María Tovar Yate hasta llegar a la presentación de la demanda que sustenta el recurso de casación, de todo lo cual concluye que el procesado recurrente gozó de una cabal defensa técnica, y por ello considera que el cargo debe ser rechazado.

El conceptuante tampoco le encuentra fundamento a la segunda censura, que pregona la violación al debido proceso porque se investigaron y juzgaron bajo una misma cuerda conductas delictuales supuestamente inconexas, pues expresa su opinión contraria, vale decir que sí hay delitos conexos en el proceder de Jorge Aurelio Yate, Reynaldo Yate, Alfonso María Tovar Yate y Carlos Antonio Quiñones Alape.

Luego, el Delegado se da a la tarea de explicar las categorías existentes en materia de conexidad, para asignar la de naturaleza sustancial a los hechos investigados en este proceso y que se concretaron en la muerte de Julio Senén Rodríguez Quiñones y las lesiones de Hernando Capera y con ello participar del argumento que al respecto expresó el Tribunal.

Por lo demás, el colaborador del Ministerio Público advierte que el demandante no cumplió con la exigencia de demostrar la incidencia que la supuesta irregularidad tuvo en la legalidad del proceso o en el ejercicio de los derechos y garantías debidos a los intervinientes y en especial al procesado.

Así las cosas, como el libelista no intentó revelar el resquebrajamiento de la estructura legal del proceso, o un perjuicio real y determinante para los intereses de su representado, concluye que el cargo no debe prosperar.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

Primer Cargo

Para dar respuesta este cargo de nulidad, conviene recordar que bajo la vigencia del texto integral del artículo 148 del Decreto 2700 de 1991 -pues el inciso primero fue declarado inexequible el 8 de febrero de 1996-, era posible confiar a cualquier ciudadano honorable que no fuera funcionario público la asistencia del sindicado durante la injurada, cuando no hubiere abogado inscrito que lo hiciera.

Jorge Aurelio Yate fue capturado en la tarde del 3 de agosto de 1993 y al día siguiente se dejó a disposición de la Fiscalía 29 Seccional de Purificación, oficina investigadora ante la cual compareció el 6 de agosto para rendir indagatoria, lo que se cumplió desde las ocho de la mañana. El acta levantada a propósito de esa actuación informa que al aprehendido "se le hizo saber el derecho que tiene de nombrar un abogado que lo asista en la diligencia, manifestando que nombraba como su defensor al doctor Rafael Agüja Sanabria, pero para esta diligencia no tenía a quien designar, por lo cual, en forma oficiosa la Fiscal procedió a nombrarle

como defensor al ciudadano Eduardo Zabala Bahamón, quien estando presente aceptó el cargo..." (folio 81).

Esa constancia hace manifiesto que en el momento de llevar a cabo la indagatoria no se contaba con un abogado titulado que brindara asesoría profesional al sindicado, por lo que, sin anunciarlo, la instructora acudió a la facultad que le concedía para ese entonces el artículo 148 del Código de Procedimiento Penal. Ahora bien, el impugnante asegura que en el municipio de Purificación viven y laboran "cantidad de abogados titulados de manera permanente", aserto que pretende probar acudiendo a la circunstancia de que se trata de una cabecera de circuito judicial en donde funcionan tres juzgados penales, dos de circuito y uno municipal; dos civiles, uno de circuito y uno municipal; donde también hay Notaría, Oficina de Registro de Instrumentos Públicos, diferentes entidades bancarias, el Comando de Distrito de la Policía Nacional, una Inspección Urbana de Policía, más las autoridades municipales. No obstante, el hecho de que existan todas esas sedes oficiales en forma alguna constituye demostración del número de abogados que se encuentran radicados en la mencionada Población y ante todo, que se hallaban disponibles para el momento en que la injurada tenía cumplimiento, para que la instructora tuviera la verdadera posibilidad de designar a un profesional del Derecho como defensor del aprehendido.

En esas condiciones, dado que no se probó la disponibilidad de abogados para la fecha en que Jorge Aurelio Yate fue escuchado en indagatoria y que la ley permitía que éste fuera asistido por un ciudadano honorable, no se puede aceptar que la instructora hubiera incurrido en una irregularidad procedimental, quedando así descartada la conculcación al debido proceso; además, si bien esa disposición permisiva fue declarada inexequible, los efectos de su inconstitucionalidad operan hacia el futuro, esto es, para actuaciones surtidas después del 8 de febrero de 1996.

Por otra parte, desde el 10 de agosto de 1993, día en que se resolvió la situación jurídica de Jorge Aurelio Yate, éste contó con la asesoría del abogado a quien confió la defensa de sus intereses, cuya intervención cubrió todo el espectro defensivo, como que solicitó pruebas, presentó alegaciones, solicitó la libertad de sus representados, interpuso recursos, participó en la audiencia pública e incluso es el autor de la demanda de casación.

Así las cosas, la Sala encuentra que ni se ha conculcado el debido proceso ni se ha vulnerado el derecho de defensa que atañe al sentenciado Jorge Aurelio Yate, motivo por el cual el primer cargo de nulidad resulta infundado.

Segundo Cargo

En el segundo reproche que el censor dirige contra la sentencia asegura que se incurrió nuevamente en nulidad de la actuación por haberse

violado las disposiciones de los artículo 87 y 88 del Código de Procedimiento Penal que reglamentan la unidad procesal, por cuanto la conducta de Jorge Aurelio Yate se investigó conjuntamente con otras que no están conectadas con ésta y que debieron ser investigadas y juzgadas por separado, puesto que el atentado contra la vida de Hernando Capera Rodríguez nada tuvo que ver con las lesiones causadas a Nemesio Culma Tique a Alvaro Tique o con la muerte de Julio Senén Rodríguez Quiñones.

La ley de procedimiento establece unos patrones rectores de los ritos que lo conforman, con el fin agilizar y simplificar la labor de dispensar justicia y facilitar a los sujetos procesales de la acción penal su participación en el desarrollo de la actuación, y la garantía de sus derechos. No obstante algunos defectos de actuación no tienen trascendencia suficiente para anularla, y otros en ocasiones pueden ser convalidados, siempre que cumplan su objetivo, y que no desconozcan el derecho de defensa o las bases fundamentales de la instrucción y el juzgamiento.

Uno de los cánones que regula el procedimiento penal es el principio de la unidad procesal, según el cual, sólo se adelantará un proceso para investigar y juzgar cada hecho punible, independientemente de la cantidad de autores o partícipes, como también cuando se trate de hechos punibles conexos. Sin embargo, la desobediencia de esta regla no tiene alcance de nulidad, porque la propia ley así lo admite, salvo que se afecten garantías constitucionales (art. 88 C.P.P.), luego ese mandamiento no hace parte irreductible de la estructura del sumario o del juicio, y por tanto, su incumplimiento no da lugar a la transgresión del debido proceso.

Después de precisar estos principios, conviene puntualizar que el casacionista ha traído a esta sede una tesis que planteó infructuosamente ante el *ad quem* y cuyo fundamento radica en el desconocimiento de que el hecho punible atribuido a su protegido no está vinculado a las restantes infracciones penales que fueron objeto de investigación y juzgamiento conjunto. Entonces, el Tribunal expresó que "...al estudiar el proceso armónicamente se advierte una perfecta congruencia fáctica que concatena la acción sicofísica de todos los procesados quienes actuaron preordenadamente con un propósito muy bien definido cual era atacar con armas de fuego a miembros de la FICAT".

En el mismo sentido se pronunció el Juzgado de conocimiento cuando en la sentencia manifiesta que las "tres figuras delictivas analizadas, diferentes en el tiempo y en el espacio se pueden asimilar conexamente con respaldo positivo de los mismos medios probatorios, como resulta del examen cuidadoso de cada situación concreta. Todos los autores de estas infracciones penales, con todo conocimiento y libre decisión participaron, con una estudiada y eficaz división de trabajo".

Bien se observa que los sentenciadores admitieron la individualización circunstancial de la conducta realizada por Jorge Aurelio Yate con respecto a aquellas que ejecutaron los restantes procesados, deduciendo así una conexidad sicológica y procesal que el casacionista no entró a desvirtuar; apenas reiteró esos mismos supuestos aduciendo que la ilicitud atribuida a su patrocinado sucedió con antelación y en sitio distante a los hechos en que resultaron lesionados Nemesio Culma y Alvaro Tique y muerto Julio Senén Rodríguez Quiñones, sin demostrar la esencia del error que le atribuía a los juzgadores.

El éxito de la censura dependía de que el demandante, de una parte, hubiera logrado demostrar la inexistencia de la conexidad que los sentenciadores le atribuyeron a las diferentes ilicitudes que fueron materia de estudio de sus providencias, y de otra, que hubiera establecido en qué consistió la afectación sufrida por las garantías constitucionales, puesto que, aún en el caso de que hubiera logrado probar que el haber adelantado conjuntamente la investigación y el juzgamiento de los tres delitos a que se contrae este proceso constituía una irregularidad, ésta, per se, no resultaba suficiente para invalidar la actuación en tanto no tradujera la vulneración de un derecho protegido constitucionalmente.

En suma, este segundo cargo de nulidad carece de fundamento y tampoco es sustento válido para quebrantar el fallo atacado.

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

RESUELVE:

NO CASAR la sentencia impugnada.

Cópiese, comuníquese y devuélvase a la oficina de origen.

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

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

ACLARACION DE VOTO

Considero útil puntualizar en unas pocas palabras mi voto, porque en materia de defensa técnica los múltiples pronunciamientos que en sede de Casación y de Tutela se han hecho lo ameritan

De hecho, deben distinguirse distintos regímenes jurídicos frente a la defensa técnica, marcados por los tránsitos de Constitución y de Legislación. Así, una es la situación de los procesos cuyas indagatorias se practicaron en la etapa preconstitucional (Julio 7 de 1991) y otra la de aquellos adelantados durante la vigencia de la nueva Constitución (a partir de Julio 7 de 1991) Así mismo, dentro de éstos últimos, una fue la situación de las actuaciones cobijadas por la vigencia del art. 148 del C.P.P. y otra la que se generó a partir de la declaratoria de inexequibilidad de esta norma (Febrero 8 de 1996) Y aún dentro de éste último contexto, no se puede perder de vista que para la solución de cada caso particular, en términos de derecho positivo vigente, habría que considerar que algunos precedentes en materia de Tutela no producían efectos de carácter general e inmediato frente a todo el ordenamiento, sino consecuencias particulares y circunscritas al caso.

En los procesos preconstitucionales, era válido llevar a cabo diligencias de indagatoria sin defensor técnico, cuando no había quien asistiera al procesado en el momento de practicarla. Así mismo la garantía constitucional de defensa técnica era absoluta para el juicio, mas no así durante la instrucción.

En los iniciados con posterioridad a la Constitución, en cambio, la garantía se extiende durante toda la actuación sumarial y el juicio. Pero el tránsito constitucional, por exigencias de razonabilidad y por la vigencia del artículo 148 del C.P.P. durante varios años, permitió que con la fuerza de la presunción de constitucionalidad, la Ley, y por tanto la Jurisprudencia, validaran indagatorias recibidas sin asistencia de abogado titulado, siempre que la garantía no se desconociera en la etapa del sumario, es decir, que en algún momento del mismo se proveyera de defensor técnico al procesado y que la actuación procesal no resultase materialmente lesiva de la garantía de defensa.

Sin embargo ha estimado la Sala que podía haber eventos en que a pesar de la vigencia del artículo 148 del C.P.P, era inconcebible aceptar

que en algunas ciudades del país existiese imposibilidad de designar defensor técnico para el sumario, o que nombrado su actividad fuese tan mínima, que no afectara la validez del proceso. Se considerarían, entonces, circunstancias como las siguientes para determinar si el proceso estaba afectado de nulidad:

1. Que la indagatoria fuera precipitada por una situación de captura en flagrancia.

2. La inminencia del vencimiento de los términos para recibirla (lo que sería compatible, incluso con casos de captura por orden judicial).

3. La concurrencia permanente de abogados habilitados para la defensa técnica del acusado, en el lugar en que habría de desenvolverse la instrucción según las reglas de competencia territorial y objetiva, y la distribución judicial del país.

4. La necesidad de restringir la excepcional ausencia de defensor técnico a la fase inicial de la investigación.

5. El razonable grado de instrucción de ciudadanos que en algunos eventos eran designados como defensores y actuaban como tales durante segmentos de la instrucción.

6. El cumplimiento o no de la obligación subsiguiente de proveer defensa letrada, para la continuación del trámite, a la menor brevedad posible.

En el proceso que acá ocupa la atención de la Sala se debe recalcar que no obstante ser postconstitucional (auto de apertura de Agosto 2 de 1993), para ese entonces regía el art. 148 del C.P.P. y, por ende, operaba con todo vigor la presunción de constitucionalidad que ampara a toda norma jurídica.

Esta circunstancia hacía válida la diligencia de indagatoria, en su triple dimensión procesal, es decir, como acto de vinculación del acusado (nacimiento de la relación jurídico procesal), como acto fundamental (pero no exclusivo) de defensa, y como acto prueba. La discusión habría de trasladarse entonces a la verificación sobre la efectividad de la garantía de defensa técnica durante el sumario en general.

La concurrencia de las personas a los actos procesales, y el ejercicio material de sus derechos, envuelven cargas procesales que de no ser observadas por los legitimados, pueden repercutir en consecuencias desfavorables o privativas para el sujeto procesal respectivo. En éste evento, advertido estaba el procesado de su vinculación al proceso dada su condición de capturado, así como de sus derechos en virtud de dicha calidad. Además, habiéndose presentado la captura el 3 de Agosto, junto con la de otras dos personas en una vereda de otro Municipio (Coyaima), la Fiscalía señaló un término razonable para garantizar la provisión de defensor,

hasta el punto de fijar fecha de indagatoria (y practicarla) el 6 de Agosto de 1993, diligencia en la que el propio acusado señaló quien sería su defensor pero éste no concurría aún al proceso ni a la práctica de la diligencia. Colocaba así a la Fiscalía en el dilema de paralizar el trámite a la espera del profesional, o de continuarlo designando apoderado de oficio para esa diligencia, siendo válido y legal, para entonces, que en ausencia de abogados dicha designación recayera en un ciudadano honorable.

La imposibilidad de designar abogado de oficio para esa actuación, se pone de manifiesto en el hecho de que la tercera indagatoria recepcionada en la misma fecha (la de Reynaldo Yate, a las 3 p.m.) se adelantó con abogado oficioso (fl 87), por lo que no podría explicarse en voluntad omisiva del aparato judicial la ausencia de abogado para el ahora recurrente. No es entonces el hecho abstracto de que el Municipio de Purificación cuente con profesionales residentes, o no, lo que acá resulta determinante . Es dicha circunstancia en su relación con lo demás factores y derechos constitucionales comprometidos: el número de acusados por indagatoriar, el hecho de que parte de la pesquisa se adelantaba en otro Municipio, la vigencia simultánea de términos preclusivos frente al plural número de procesados, la existencia de otra situación jurídica por resolver (referida a otro capturado) y la eventual necesidad de practicar otras diligencias, todo ello en tan breve período.

Si bien es cierto entonces que para el suscrito, como punto de partida señalado desde la decisión de Mayo 9 de 1995 en ponencia compartida con el entonces Magistrado Duque Ruiz (Rdo. 8937), en principio no debía admitirse la defensa no cualificada en lugares donde no concurriesen de manera permanente y habitual abogados habilitados para ello, serían las circunstancias del caso las que podrían generar la validez o invalidez de una indagatoria en concreto y, más precisamente, del proceso mismo.

En este proceso no hay elemento alguno para considerar que el funcionario judicial pudo (y si pudo, debió) designar defensor calificado para la indagatoria, lo cual difícilmente podía sostenerse en algunas de las Capitales de Departamento como Bogotá, Medellín, Cali o Neiva, que corresponden a varios de los antecedente en que se ha decretado anulación del proceso.

Y si no hay esa clase de elementos y sí existen otros, al contrario, para deducir que la actuación brindó garantía de defensa técnica a los implicados, mal podría estar viciado de nulidad el trámite.

En otras palabras, frente a la situación anterior a la inexequibilidad del art. 148 del C.P.P., y salvo en lugares donde es inconcebible admitir que era imposible dotar de abogado titulado al por indagatoriar, la residencia permanente de abogados en el lugar es apenas uno de los elementos a considerar, pero no necesariamente el más determinante y, por supuesto, tampoco el único.

Carlos E. Mejía Escobar.

CONEXIDAD/ COMPETENCIA

Los funcionarios que trabaron la colisión de competencia concuerdan en estar frente a delitos conexos entre sí, uno consistente en el suministro del revólver por parte del determinador al autor material del homicidio agravado. Aquel comportamiento aparece descrito en el artículo 1° del Decreto 3664 de 1986, adoptado como legislación permanente por el 1° del Decreto 2266 de 1991, cuyo juzgamiento está atribuido a los Juzgados Regionales, según lo estatuido en el ordinal 4° del artículo 71 del Código de Procedimiento Penal.

Como dicho delito está vinculado de medio a fin con el homicidio, se presenta una conexidad teleológica y había que dar aplicación al inciso segundo del artículo 89 del Código de Procedimiento Penal, recayendo la competencia para conocer del proceso por el concurso de hechos punibles en un Juzgado Regional.

Proceso No. 14639

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal

Magistrado Ponente: Dr. *Nilson E. Pinilla Pinilla*

Aprobada Acta N° 11

Santa Fe de Bogotá, D. C., enero veintinueve (29) de mil novecientos noventa y nueve (1999).

Asunto

Conoce la Corte el conflicto negativo de competencia suscitado entre el Juzgado Penal del Circuito de Anserma (Caldas) y un Juzgado Regional de Medellín, para seguir conociendo del proceso que se adelanta contra Rubén Darío Rodríguez Guerra y Jaime Arturo Cano Gil por homicidio.

Hechos

La noche del 8 de mayo de 1997, en el restaurante "El Parador Santana", ubicado en el sitio denominado "La Y", a un costado de la carretera que de

Anserma conduce a Pereira, el menor Rubén Darío Pulgarín Carmona dio muerte a la abogada Blanca Inés López Meza de varios disparos de revólver. Al referido menor le había sido suministrada el arma por Rubén Darío Rodríguez Guerra, alías "Muelengue", previo acuerdo de cometer el delito por $400.000, según expuso Pulgarín Carmona al ser capturado. Los dos fueron transportados por Jaime Arturo Cano Gil al lugar de los acontecimientos.

ANTECEDENTES PROCESALES

Después de compulsar copia para que el funcionario competente adelantara la instrucción en lo referente al comportamiento del menor Rubén Darío Pulgarín Carmona, la Fiscalía 23 Seccional de Anserma abrió investigación, oyó en indagatoria a los otros dos implicados y les profirió medida de aseguramiento de detención preventiva. Cerrada parcialmente la investigación, en lo referente al delito de homicidio, continuándola en cuanto al porte de armas de fuego, el 29 de agosto de 1997 la Fiscalía 36 *ídem* profirió resolución de acusación por homicidio agravado, contra Rubén Darío Rodríguez Guerra como determinador y a Jaime Arturo Cano Gil como cómplice (fs. 244 y ss., cd. 1°).

Correspondió al Juez Penal del Circuito de Anserma adelantar el juicio, en cuyo transcurso suspendió la audiencia pública y el 4 de mayo de 1998 se declaró incompetente para continuar con el conocimiento del proceso, aduciendo que al haber Rubén Darío Rodríguez Guerra proporcionado el revólver al sicario incurrió en un delito de competencia de los Jueces Regionales, el de suministro de arma de fuego previsto en el Decreto 3664 de 1986, convertido en legislación permanente por el 2266 de 1991, el cual es conexo con el homicidio endilgado. En consecuencia, dispuso el envío del expediente a la justicia regional de Medellín y propuso conflicto negativo de competencias.

El 2 de junio de 1998, un Juzgado Regional de Medellín no aceptó ser el competente, porque la investigación fue cerrada parcialmente y, aunque existe real conexidad, operó la ruptura de la unidad procesal, lo cual originó instrucción separada por el posible suministro de arma de fuego, que se adelanta con la radicación N° 24.824 en una Fiscalía Regional de Medellín. Como el juicio recibido se contrae a un homicidio que no es de su competencia, no puede asumir su conocimiento. Por lo tanto, traba el conflicto que demanda la intervención de la Corte.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

Corresponde a la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia dirimir los conflictos de competencia que se susciten en asuntos de la jurisdicción penal ordinaria entre un Juez Penal del Circuito y un Juez

Regional, de conformidad con lo dispuesto en el ordinal 5° del artículo 68 del Código de Procedimiento Penal.

Los funcionarios que trabaron la colisión de competencia concuerdan en estar frente a delitos conexos entre sí, uno consistente en el suministro del revólver por parte del determinador al autor material del homicidio agravado. Aquel comportamiento aparece descrito en el artículo 1° del Decreto 3664 de 1986, adoptado como legislación permanente por el 1° del Decreto 2266 de 1991, cuyo juzgamiento está atribuido a los Juzgados Regionales, según lo estatuido en el ordinal 4° del artículo 71 del Código de Procedimiento Penal.

Como dicho delito está vinculado de medio a fin con el homicidio, se presenta una conexidad teleológica y había que dar aplicación al inciso segundo del artículo 89 del Código de Procedimiento Penal, recayendo la competencia para conocer del proceso por el concurso de hechos punibles en un Juzgado Regional.

Sin embargo, la Fiscalía Seccional que adelantaba la instrucción la cerró sólo en relación al homicidio agravado y dispuso que en el cuaderno de copias continuara lo referente al delito contra la seguridad pública. El funcionario acudió así al mecanismo consagrado en el artículo 438 A del Código de Procedimiento Penal y efectuó un cierre parcial, lo cual originó la ruptura de la unidad procesal, consagrada en el ordinal 2° del artículo 90 *ibídem*, que no genera nulidad pues no se afectó garantía alguna (art. 88, inc. 2°; ib.) y tuvo como consecuencia que el escindido homicidio agravado corresponda al Juzgado del Circuito y el suministro del arma de fuego al Regional, o a la respectiva Fiscalía según el estado procesal en que se encuentre la actuación.

Por lo tanto, el Juzgado Penal del Circuito de Anserma es el competente para continuar con el juicio, ya que según el literal c) del ordinal 1° del artículo 72 del Código de Procedimiento Penal, corresponde a los Jueces de Circuito conocer de los delitos cuyo juzgamiento no esté atribuido a otra autoridad y el homicidio de que se trata tiene tal característica.

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

RESUELVE:

1° DIRIMIR el conflicto negativo de competencias planteado, en el sentido de declarar que al Juzgado Penal del Circuito de Anserma le corresponde continuar conociendo de este proceso. Remítasele la actuación para lo de su cargo.

2° Enviar copia de esta determinación al Juez Regional de Medellín, para su información.

Cópiese, comuníquese y cúmplase.

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

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria

SALVAMENTO DE VOTO

Respetuosa y cordialmente expreso a continuación las razones por las cuales suscribí la providencia con salvamento de voto, apartándome del criterio mayoritario de la Sala.

El estudio del proceso nos indica lo ocurrido la noche del 8 de mayo de 1997 en el establecimiento conocido como "Parador Santana" ubicado en el sitio La Y en la carretera que de Anserma conduce a la ciudad de Pereira. Esa noche un individuo menor de edad, utilizando un revólver marca Smith Wesson, calibre 357 y distinguido con el número de serie ADC 5045, de varios impactos le arrebató la vida en forma aleve y premeditada y bajo promesa remuneratoria, a la abogada Blanca Inés López Mesa.

Para la comisión del delito el sujeto menor de edad utilizó el mencionado revólver que para ese fin había recibido con anterioridad del sujeto conocido con el alias de "muelengue".

Por los hechos de la noche de aquel día fueron capturados por la Policía Nacional y dejados a disposición de la Fiscalía Local los sujetos Rubén Darío Pulgarín Cardona (menor de 18 años) y a quien se le decomisó el revólver S.&W 357, Rubén Darío Rodríguez Guerra, alias "muelengue", y Jaime Arturo Cano Gil; estos dos últimos en posesión de sendos revólveres marca Llama, calibre 38 largo y demás características expresadas en el examen balístico que obra en autos.

La Fiscalía Seccional tuvo conocimiento de manera oportuna de cómo ocurrieron los hechos en sus particularidades y de quiénes fueron sus autores mediatos, así como del autor material de los mismos. Por esta razón desde el mismo momento de los acontecimientos se supo en autos que el sujeto apodado "muelengue" le suministró al menor Rubén Darío Pulgarín el revólver calibre 357.

Resalto, desde el mismo momento de los acontecimientos la Fiscalía sabía que de manera objetiva estaba en presencia de delitos conexos así: el suministro de arma de fuego al menor, el homicidio en la modalidad de agravado en la persona de la abogada y en un presunto delito de porte ilegal de armas de defensa personal, que integran un concurso heterogéneo.

No obstante lo anterior, la Fiscalía 23 Seccional de Anserma, al definir la situación jurídica lo hizo solamente por el homicidio agravado, omitiendo pronunciarse sobre los punibles relacionados con las armas de fuego, como puede apreciarse en aquella resolución de fecha 14 de mayo de 1997, dictada 6 días después de la ocurrencia de los hechos.

Finalmente, la misma Fiscalía 23 Seccional, por resolución vista al folio 150 resuelve cerrar parcialmente la investigación con relación al delito de homicidio y a los dos detenidos, y ordena continuar la investigación, en el cuaderno de copias por el porte ilegal de armas contra los mismos dos sindicados. Olvidó aquí la Fiscalía el delito de suministro de armas en que pudo haber incurrido alias "muelenguc", con relación al revólver calibre 357 S & W entregado al homicida inimputable por minoría de edad. Posteriormente y por el delito de homicidio llamó a los detenidos a juicio.

Llegado el expediente por el delito de homicidio al Juzgado del Circuito de Anserma, este despacho da inicio a la ritualidad del juicio, interrumpiendo la audiencia por haberse declarado incompetente "aduciendo el suministro de arma de fuego previsto en el Decreto 3664 de 1986, convertido en legislación permanente por el 2266 de 1991, el cual es conexo con el homicidio endilgado" y por ello, ambos delitos de competencia de la justicia regional de Medellín, propuso pues la colisión que un juzgado regional de Medellín no aceptó y de la cual se ocupó la Sala en decisión de la que me hube de apartar.

RAZONES DEL SALVAMENTO DE VOTO

Partiendo del principio indubitable del derecho penal, como lo es el de estricta legalidad tanto en la tipificación de los delitos y de las penas como de la creación del mismo procedimiento penal, que en ningún caso puede tener excepciones a esta regla, garantía constitucional (art.29) y legal (art. 1º C.P.P.) puedo establecer las siguientes consideraciones.

a. En cuanto al procedimiento penal, las normas son de orden público y por ello mismo de forzosa observancia; por tanto no le es dado al Juez ni a los sujetos procesales desconocerlos ni modificarlos so pretexto de sutiles interpretaciones cuando éstas chocan con el texto claro de la ley.

b. Del debido proceso hace parte fundamental, entre otras garantías y en lo que aquí importa, para fundamentar mi discentimiento, el "Juez o Tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio", como lo ordena el artículo 1º del C.P.P.

En este orden de ideas, y como se verá en seguida, el Juez competente para conocer de este asunto, de manera indeclinable es un Juez Regional de la ciudad de Cali, y las formas propias del juicio lo son, exclusivamente

aquellas señaladas para la denominada Justicia Regional y no el Juez Ordinario ni el juzgamiento por las normas comunes.

c. Así las cosas, por ninguna razón ni motivo podía el Fiscal Seccional, primero cerrar la investigación, porque esa decisión le está reservada al Fiscal competente y él no lo es ni lo era para el tiempo en el cual produjo esa decisión y, menos calificar el mérito del sumario con resolución de acusación, decisión judicial también reservada de manera exclusiva e indelegable, al competente.

Hago estas enfáticas afirmaciones porque como recuerdo y lo puntualicé arriba, el delito de suministro de arma de fuego en su investigación y juzgamiento está reservada a la justicia regional, tal como lo dispone el artículo 71.4 del Código de Procedimiento Penal. Y tal delito, como también lo llevo dicho ya, era conocido como situación de hecho, desde el mismo momento del inicio de la investigación y con abundante prueba que así lo establecía.

d. No podía dicho Fiscal, romper la unidad procesal, so pretexto de investigar el presunto delito de porte ilegal de armas de defensa personal (los dos revólveres Llama, calibre 38 incautados a los procesados), acudiendo a lo dispuesto por el artículo 438-A del Código de Procedimiento Penal y generando como efecto el rompimiento de la unidad procesal al tenor de lo dispuesto por el artículo 90.2 de dicha codificación; habiendo olvidado que el hecho objetivo que le negaba la competencia para tomar esa clase de decisiones fue el suministro, para cometer el delito de homicidio, del revólver calibre 357 del cual se ha hablado ya.

e. Dice la providencia de mayoría que tanto el Juez Regional de Cali como el Juez Penal del Circuito de Anserma son contestes en tener los hechos punibles aquí investigados como conexos, y en verdad que tal conexidad existe. Se ha desconocido entonces tanto por los jueces trabados en conflicto como por parte de la decisión mayoritaria el claro tenor del inciso único del artículo 89 del Código de Procedimiento Penal que a la letra dice:

"Cuando se trata de conexidad entre hechos punibles de competencia del Juez Regional y de cualquier otro funcionario judicial, corresponderá el juzgamiento al juez regional".

f. Pero para abundar en razones, examinaremos lo dispuesto por el inciso del artículo 88 del Código de Procedimiento Penal.

"Los hechos punibles conexos se investigarán y juzgarán conjuntamente.

"La ruptura de la unidad procesal no genera nulidad siempre que no se afecten las garantías constitucionales".

Lo que la ley transcrita permite es, sin duda, para romper la unidad procesal, que se preserven las garantías procesales.

En el caso sub examine y por decisión de la mayoría, no se han preservado las garantías constitucionales. Es todo lo contrario, se ha desconocido primero el debido proceso en su estructura del juez natural y la competencia por razón de la materia.

La falta de competencia del funcionario judicial es la primera de las causales de nulidad previstas por el artículo 304 del Código de Procedimiento Penal y es más, es concreción legal de la previsión constitucional, artículo 29, que dispone que:

"Nadie podrá ser juzgado sino conforme a las leyes preexistentes al hecho que se le imputa, ante juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas de cada juicio."

La competencia, pues, entendida como la medida de la jurisdicción, resulta ser improrrogable y es por ello también que la noción del juez competente se confunde con la del juez natural y ambas, competencia y juez natural, son exigencia del debido proceso.

g. Finalmente, si como lo dispone el artículo 22 del Código de Procedimiento Penal, las normas rectoras se aplican con prevalencia sobre cualquier otra disposición de este Código, y son obligatorias, pero además "serán utilizadas como fundamento de interpretación" no cabe duda que el artículo 1º del Código Penal, así como el también 1º del C. de P.P. que tienen ese carácter, imponen que el conflicto de competencia, por razón de la conexidad delictual, hubiera sido dirimido en favor del Juez Regional de Cali.

Respetuosamente,

Edgar Lombana Trujillo, Magistrado

(Fecha, ut supra)

DEMANDA DE CASACION/ VIOLACION INDIRECTA DE LA LEY

Es conveniente, en procura de la claridad y precisión requeridas, que los demandantes en casación citen por su nomenclatura legal la causal que aduzcan y, dentro de esta causal, señalen también la clase de violación que planteen: si directa o indirecta. En este caso el actor ha debido, por tanto, citar el artículo 220, numeral 1º del Código de Procedimiento Penal, y dentro de ese artículo, citar el apartado segundo, que es el que contempla la violación indirecta (a través de la prueba); y si encontró que el fallador cometió "errores de hecho y de derecho", ha debido por lo menos decir en qué consistía cada uno de ellos, y qué pruebas afectaban.

Proceso No. 10575

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal

Magistrado Ponente Dr. *Didimo Páez Velandia*

Aprobado Acta No. 011 .

Santa Fe de Bogotá, D. C., veintinueve (29) de enero de mil novecientos noventa y nueve (1999).

Decide la Corte el recurso extraordinario de casación interpuesto por el defensor de Héctor de Jesús Echavarría Mazo contra la sentencia de enero 16 de 1995, por medio de la cual el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín condenó a dicho procesado a la pena principal de 26 años y 6 meses de prisión como autor de los delitos de homicidio y porte ilegal de armas.

ANTECEDENTES

1. En la tarde del 4 de septiembre de 1993 el "topógrafo de la construcción" Darío de Jesús Martínez Flórez se encontró con su amigo Mario de Jesús Casas Balbuena y se dirigieron a la residencia de éste, ubicada en la urbanización "Aldea de Itagüí" (Departamento de Antioquia), carrera 55B No. 62-13, donde compartieron música y licor.

Aproximadamente a las 9 de la noche, arribaron a dicha residencia los "vigilantes" Jair de Jesús Valencia Pérez y Héctor de Jesús Echavarría Mazo. El primero "le había entregado el turno" a éste a las 6 de la tarde y se encontraba ya vestido "de civil", contrario a Echavarría Mazo, quien se hallaba con el uniforme respectivo. Estos dos vigilantes también recibieron de Mario de Jesús algunos tragos y también estaba presente Juan Alberto Rodríguez, sobrino de Mario.

Pasó algún tiempo y Mario subió al segundo piso para buscar un disco que deseaba escuchar Darío de Jesús y allí se encontraba cuando escuchó un disparo y luego otro; bajó y encontró caído en el piso y muerto a Darío de Jesús Martínez López; "se asomó con cuidado" y entonces el vigilante Echavarría Mazo lo amenazó con hacerle lo propio, emprendiendo luego la huida en compañía de su compañero Valencia Pérez, quien luego lesionó a otros habitantes de ese barrio y fue golpeado por los vecinos.

Echavarría Mazo, quien portaba una escopeta y con ella inicialmente había efectuado dos disparos "al aire" en las afueras de la mencionada residencia, fue finalmente capturado, como también su compañero Valencia.

- En el acto mismo de levantar el cadáver de Martínez López, declaró el referido Mario de Jesús (fl.2 vto.), quien dijo que, al bajar, "en las afueras de mi casa vi al vigilante Héctor Echavarría y me dijo: 'Salga usted y su sobrino para darles bala también'".

2. La Fiscalía 99 de Medellín abrió investigación (fl.8) y oyó en indagatoria a Echavarría Mazo (fl.9), quien dijo que cuando su compañero Valencia Pérez (vigilante "que trabaja de día", dice) hizo los dos disparos, le "siguió trabajando" y luego se fue para el hospital para ver en qué podía servirle a Valencia, quien se encontraba lesionado allí. Niega rotundamente haber hecho disparos esa noche.

- En su indagatoria (fls.26), Valencia Pérez afirma que él no tenía arma y que no hizo, por tanto, los disparos. Agrega que la escopeta se la entregó a Echavarría Mazo cuando "le entregué el turno" y que lo único que recuerda es haber escuchado, desde la parte de arriba de la casa, los disparos. Reitera que en la sala de la residencia se quedaron la víctima y Echavarría Mazo.

3. Se profirió auto de detención contra los dos referidos vigilantes, por los delitos de homicidio y porte ilegal de armas, pues no tenían el correspondiente salvoconducto para portar la aludida escopeta (fl.29).

- Mario de Jesús Casas se ratificó en su referido dicho (fl.48), y otro vigilante del sector, Luis Norberto Piedrahita Arenas, declaró (fl.59) que únicamente escuchó disparos y vio que un vigilante uniformado corría

con la escopeta en las manos. Cuenta que Echavarría Mazo cuando ingiere licor pierde el control, dispara el arma y produce temor (fl.59 vto.).

- El mencionado sobrino de Mario de Jesús, Jesús Alberto Casas Rodríguez, declaró (fl.59 vto.) sustancialmente en los mismos términos de su tío Mario, enfatizando en que Echavarría Mazo se encontraba "atrincherado", "después de que le pegó el tiro al señor Darío" (fl.60 vto.), deducción que saca de la forma como ocurrieron los hechos, pues él se encontraba en el segundo piso de la residencia haciendo una llamada telefónica.

- Los policías Henry Oswaldo Araújo, Gildardo Ramos, José Ubaldino Hurtado y José Jairo González (fls.61 vto., 63, 64 y 67), declararon que, en los vistos términos, fueron informados de la ocurrencia de los hechos, una vez llegaron al sitio de los mismos.

- Amplió la indagatoria Echavarría Mazo (fl.77) y reiteró su inocencia, añadiendo incluso que cuando su compañero Valencia hizo los disparos, él estaba "en la línea de fuego" y sufrió las correspondientes heridas en el cuello, cosa que posteriormente descartó el respectivo peritaje (fl.165).

4. Cerrada la investigación (fl.88), se profirió providencia calificatoria de 4 de enero de 1994 (fl.101), por medio de la cual se acusó a los sindicados: a Echavarría Mazo, por los delitos de homicidio y porte ilegal de armas; a Valencia Pérez, por lesiones personales y por el mencionado porte ilegal.

Apelada esa decisión, la misma fue confirmada en febrero 7 del mismo año (fl.118).

5. El Juzgado Primero Penal del Circuito de Itagüí, celebró audiencia pública (fl.173) y dictó sentencia de octubre 20 de 1994 (fl.206), por medio de la cual condenó a Echavarría Mazo a 26 años y 6 meses de prisión y a Valencia Pérez a 2 años de esa clase de pena.

Esa sentencia fue apelada por el defensor de Echavarría Mazo y por éste, y el Tribunal de Medellín la confirmó enteramente mediante la suya que fue recurrida en casación por el defensor del precitado apelante (fl. 275).

La Demanda

Bajo el enunciado de "causal primera de casación" (fl.323) el demandante afirma que "no hay prueba directa" sobre la responsabilidad de su defendido Echavarría Mazo en el homicidio por el cual fue condenado, sino que únicamente se aduce en su contra seis indicios al respecto: el intento de desviar la investigación, de mala justificación, de oportunidad, de mentira, de manifestaciones posteriores al delito y el indicio de capacidad para delinquir.

Considera "equivocada" la valoración que de estos indicios hizo el fallador y manifiesta que la sentencia atacada es violatoria "de la norma

sustancial 247-1 del Código de Procedimiento Penal" (fl.324) y agrega que "pretendo impugnar la fuente del indicio (la prueba misma en sí), acudiendo a los errores de derecho y hecho".

A continuación aduce que los referidos indicios son "meras elucubraciones inequitativas, ilógicas, injustas" (fl.324), dedicándose luego el casacionista a examinar uno a uno los 6 indicios citados, y en esta tarea, pretender rebatir los mismos desde su personalísimo punto de vista. Con este propósito, en suma, alega que en todos esos 6 casos, el procesado no hizo cosa diferente a defenderse, acudiendo al correspondiente derecho constitucional y legal.

Al finalizar su escrito impugnatorio, estima el censor: "Ahora bien, pregunta el suscrito, ¿cuál móvil llevaría a Echavarría Mazo a perpetuar un homicidio en la persona de Darío de Jesús Marín Flórez, siendo como lo fue, persona a la que apenas momentos antes, segundos, había conocido? ¿Cuál sería el móvil? ¿Cuáles fueron los motivos determinantes que influyeron en el homicidio de Darío Marín? El no investigar tales motivos, constituyen una flagrante violación a lo preceptuado en el artículo 334 del Código de Procedimiento Penal" (fl.326 y 327 infra.).

Pide, pues, a la Corte casar el fallo recurrido y absolver al procesado Echavarría Mazo.

Concepto del Ministerio Público

-Al respecto conceptúa el señor Procurador Segundo Delegado en lo Penal que "desconocimiento total de los principios básicos que orientan la técnica que rige el recurso extraordinario de casación, es lo que se desprende de la simple lectura de la demanda por parte del demandnate (sic)..." (fl.8 y 9 cdno. Corte).

Entiende la Delegada que "la pretensión del autor no es otra que la de cuestionar sin ninguna consideración la decisión del *ad quem*, cuando éste, previo un cuestionamiento lógico estableció sin equivocaciones de ninguna índole que Héctor de Jesús Echavarría Mazo fue el autor del homicidio cometido en la persona de Darío de Jesús Marín Flórez" (fl. 9 infra.).

"Otras de las falencias" (fl.10) que la Delegada le encuentra al libelo acusador es que éste no examina la totalidad de las pruebas que el fallador consideró para proferir el fallo, "toda vez, que de forma tangencial se limita a afirmar con respecto al acervo probatorio tal como si se tratara de un alegato de instancia, que su pupilo fue condenado a veintiséis años de prisión 'por el punible de homicidio, SIN PRUEBAS, únicamente con seis indicios inventados por el fallador y confirmados por el Tribunal'" (fl.cit.).

La Delegada, pues, conceptúa que el fallo no debe ser casado en parte alguna.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

Considera la Sala que la primera y capital equivocación del casacionista es la de que impugna exclusivamente la prueba en que fundó la condena el fallo de primera instancia y no en la que en definitiva analizó y tuvo en cuenta el Tribunal en la sentencia objeto del recurso extraordinario.

En efecto: si bien es cierto que el fallo dictado por el Juzgado Primero Penal del Circuito de Itagüí adujo en contra del procesado Echavarría Mazo los seis indicios a los cuales se circunscribe la alegación del demandante, también es cierto que el Tribunal de Medellín, al revisar como segunda instancia tal fallo, profirió el suyo que si bien terminó confirmando el primero se apoya en razones diversas aunque fundadas en pruebas indirectas sobre el señalamiento de la autoría material del procesado recurrente.

De los siguientes párrafos -fls.295 a 297- se desprende sin dubitación ninguna la legitimidad del anterior aserto:

"En ese orden de ideas ha destacarse el testimonio del señor Mario de J. Casas Balbuena, *de significativa importancia*, dada la objetividad de sus aseveraciones, las óptimas condiciones en que percibió lo que atesta, su desinterés por perjudicar infundadamente, en materia tan grave, al señor Echavarría Mazo con exclusión de Valencia Pérez, por no tener nexos afectivos o de otra clase con ninguno de los dos (adviértase que el primero era nuevo como celador en el barrio y que el segundo era apenas conocido suyo por razón de su trabajo) y, en fin, el hecho de que la imputación del testigo, aunque inconfundible, *no es directa en la persona de Echavarría Mazo como tal sino en la del celador uniformado que responde a ese nombre*, lo que revela la seriedad de su dicho, pues nada se opone a que, sin menoscabar el mérito de su declaración, mediante un razonamiento lógico deductivo excluyera a Jair directamente de esa acción, si se tiene en cuenta que, al contrario de Echavarría Mazo, era conocido suyo y que se hallaba sin escopeta y vestido de civil, hechos uno y otro fácilmente advertibles y que efectivamente observó nítidamente.

Frente a ese singular cuadro fáctico adquiere especial relevancia el hecho de que *el señor Casas Balbuena indique también al compañero de Jair como autor de los disparos producidos en la calle poco antes de que los dos se presentaran por segunda vez a su casa*, conducta esa claramente sintomática del ánimo beligerante que abrigaba esa noche Echavarría, algo no extraño a él si se advierte lo notificado por su colega Luis Norberto Piedrahíta Arenas, en cuanto que 'era una persona que se ponía a beber uniformado y se emborrachaba y nos tocaba correrle, porque se ponía hacer disparos al aire y uno por prevenir se le escondía' (Fs. 59 y vto.).

Con ese testimonio *y el de Juan Alberto Casas Rodríguez, de igual repercusión probatoria y tan merecedor de crédito como el de don Mario* -si

se tiene en cuenta que no conocía aquel previamente a los procesados ni al ahora extinto, y que tenía investidura oficial, lo que avala su imparcialidad-, *se demuestra en forma inequívoca que el celador que se hallaba esa noche uniformado y armado de escopeta era Echavarría Mazo*, aspecto el primero aceptado incluso por éste, y corroborados ambos por el vigilante Luis Norberto Piedrahita Arenas, quien sin presenciar los episodios a que se refieren los hechos, observó aisladamente a un celador uniformado que corría en poder de una escopeta, sin constatar de quién se trataba.

Sentada esa premisa, vigorizada además por el *mencionado reconocimiento informal* que de Echavarría Mazo hicieran don Mario y su sobrino la noche de los hechos, y por la información que en igual sentido suministraron en esa misma oportunidad a las autoridades, aflora la conclusión de que fue el procesado en referencia el autor de la agresión mortal al señor Darío de J. Marín. Se trata de un señalamiento que, aunque en cierta forma indirecto, por las especiales circunstancias antecedentes y concomitantes de que está rodeado y de las personas de quienes proviene, *entraña una inculpación directa de evidente significación.*

Tal conclusión lleva ínsita la aceptación del dicho del coprocesado Jair de J. Valencia Pérez en cuanto atribuye a Echavarría Mazo la autoría del homicidio, por lo que adquiere el carácter de prueba directa con esa connotación..."

Luego el referido fallo de segunda instancia afirma la credibilidad que merece la imputación hecha por el cosindicado Valencia Pérez y de la "inestable y contradictoria posición del procesado Echavarría Mazo" (fl.297 infra) y de los consecuenciales indicios "que SECUNDAN eficazmente la prueba de cargo reseñada en precedencia" (fl.298 supra, se subraya).

A dicha equivocación del casacionista, cabe agregar otras:

a. Es conveniente, en procura de la claridad y precisión requeridas, que los demandantes en casación citen por su nomenclatura legal la causal que aduzcan y, dentro de esta causal, señalen también la clase de violación que planteen: si directa o indirecta. En este caso el actor ha debido, por tanto, citar el artículo 220, numeral 1º del Código de Procedimiento Penal, y dentro de ese artículo, citar el apartado segundo, que es el que contempla la violación indirecta (a través de la prueba); y si encontró que el fallador cometió "errores de hecho y de derecho", ha debido por lo menos decir en qué consistía cada uno de ellos, y qué pruebas afectaban.

b. Ahora bien: como el casacionista fue expreso en decir que impugnaba "la fuente del indicio" (no la "inferencia lógica" definitoria del indicio, art.300 C.P.P.), estaba en la obligación de demostrar si con respecto a algunas de esas pruebas se incurrió en error de derecho por falso juicio de legalidad (hacer valer una prueba sin los requisitos legales para ello) o

en error de hecho por falso juicio de existencia (olvido o suposición) o de identidad (distorsionamiento de la prueba, ilogicidad en su asunción). Pero nada de esto hizo el censor; se limitó a disentir del criterio judicial en una alegación libre no técnica, lo cual no es de recibo en casación.

c. Cuando la citada normatividad habla de "violación de una norma sustancial", se refiere a que la norma que debía regir el caso (por ej. aquí el artículo 323 del C.P., tipificante del homicidio) no fue aplicada, fue aplicada indebidamente o fue erróneamente interpretada, hipótesis que doctrinariamente se conocen como los "*sentidos de violación*".

En ese entendido, la violación sustancial que alega el casacionista del artículo 247-1 del Código de Procedimiento Penal, *no reviste ese carácter*. Repítese que en este caso lo que ha debido plantear el censor (según su demanda) es la *indebida aplicación* del artículo 323 del Código Penal.

d. Finalmente, lo argüido por el actor al término de su libelo acusador, de que el sentenciador violó el artículo 334 del Código de Procedimiento Penal ("objeto de la investigación"), *entraña un cargo que se sale de la causal primera aducida*, toda vez que esa violación traduciría un cargo de nulidad, donde le toca al actor demostrar qué pruebas se dejaron de practicar y la incidencia de las mismas en el fallo. Esa "mezcla" de cargos, pues, constituye yerro del casacionista.

Por lo dicho, entonces, la sentencia atacada no se casará.

Con base en lo expuesto la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, de acuerdo con el Ministerio Público, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

DESESTIMAR la demanda presentada. En consecuencia, NO CASAR el fallo recurrido.

Cópiese y cúmplase.

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

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

ERROR DE HECHO / ERROR DE DERECHO

La doctrina jurisprudencial admite que el error de hecho y el error de derecho *tienen origen común en la apreciación probatoria, pero los distingue para establecer que el primero viola el "ser" mientras que el segundo atañe al "deber ser"; en otras palabras, uno tiene que ver con la existencia empírica de la prueba, pero el otro se refiere a las prescripciones jurídicas sobre la misma.*

Así entonces, las pruebas practicadas con violación del debido proceso indicado en la ley, son inexistentes o nulas de pleno derecho por imperativo normativo, pero ontológicamente existen en el proceso. La inexistencia a la cual se refiere el inciso final del artículo 29 de la Constitución es jurídica y no empírica. En el caso de las pruebas que no cumplen las condiciones preestablecidas en la ley, no basta una comprobación empírica para determinar la disfuncionalidad sino que es necesario un juicio de valor jurídico a la luz de la confrontación de lo producido con el texto legal. Esta es la razón por la cual, en este último evento, el error sería de derecho y no meramente de hecho.

Proceso No. 11058

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal

Magistrado Ponente: Dr. *Jorge Aníbal Gómez Gallego*

Aprobado Acta N° 11

Santa Fe de Bogotá, D. C., veintinueve de enero de mil novecientos noventa y nueve.

Vistos

Se resuelve el recurso extraordinario de casación propuesto y sustentado por el defensor del procesado Pedro Martín Ortiz Carvajal, en relación con la sentencia de segunda instancia del 10 de mayo de 1995, por medio de la cual el Tribunal Superior de Santafé de Bogotá confirmó el

fallo condenatorio dispuesto por el Juzgado Sesenta y Siete Penal del Circuito de esta misma ciudad.

Después de admitida la impugnación, se corrió traslado del expediente y conceptuó el Procurador Tercero Delegado en lo Penal.

HECHOS Y RELACIÓN PROCESAL

El 26 de diciembre de 1993, aproximadamente a las 10 de la noche, José Libardo Colina, quien se desempeñaba como cotero en la plaza de abastos de esta ciudad, llegó a su residencia situada en la transversal 26B Este N° 84-40 Sur, barrio Nevado, en compañía de los menores Wilson Armando Castillo Garzón y Jhon Javier Cardona Torres, quienes habitaban en la misma morada. Antes de entrar a la casa, José Libardo y Wilson Armando se dirigieron a la tienda del frente y compraron algunos artículos, pero, cuando salieron del establecimiento, fueron seguidos por varios individuos que allí se encontraban ingiriendo licor, dos de los cuales descerrajaron sendas armas de fuego en contra del primero y le ocasionaron la muerte.

El cadáver fue arrastrado por los agresores hasta la calle 87B y lo dejaron frente al número 27-03 sureste, lugar en el cual se hizo el levantamiento. Como uno de los victimarios se refugió en una habitación del segundo piso correspondiente al mencionado establecimiento de comercio, que entonces era atendido por la señora María Elisa Cubillos de Montaño y su hija María Gladys Montaño Cubillos, de ello se dio cuenta a los investigadores que acudieron al escenario por voces ciudadanas de auxilio, quienes allanaron el lugar y capturaron a Pedro Martín Ortiz Carvajal y allí mismo incautaron una chaqueta tinta de sangre que tenía en su poder.

La Fiscalía General de la Nación abrió formalmente la instrucción, recibió en indagatoria al imputado Ortiz Carvajal y, previo cierre de investigación, el 15 de abril de 1994 dictó resolución de acusación en contra del vinculado por un concurso de delitos de homicidio y porte ilegal de arma de fuego de defensa personal y ordenó compulsar copias para investigar a otros posibles coautores del hecho criminoso (fs. 11, 23, 44, 117 y 127).

El Juez Sesenta y Siete Penal del Circuito asumió el conocimiento y dictó sentencia de primera instancia el 17 de marzo de 1995, providencia en la cual declaró la responsabilidad penal del acusado, como coautor de los hechos punibles antes mencionados, y lo condenó a la pena principal de 28 años y 6 meses de prisión. También le impuso la pena accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas por un período de 10 años

y la obligación de resarcir los daños y perjuicios en cuantía de 1500 gramos oro (fs. 282).

El fallo fue impugnado, pero el Tribunal lo confirmó por medio de la sentencia que ahora es objeto de esta decisión extraordinaria.

CONTENIDO DE LA DEMANDA

El demandante repara en la sentencia un error de hecho por falso juicio de existencia, debido a que se supuso la prueba sobre la imputabilidad del procesado, yerro que condujo a la indebida aplicación del artículo 323 del Código Penal y la consecuente falta de aplicación de los artículos 31 y 33, en relación con los artículos 93 a 102 del mismo estatuto.

Explica que, de acuerdo con el examen del departamento de toxicología del Instituto de Medicina Legal, el resultado fue negativo para embriaguez en ese momento, pero que el acusado "sí pudo estar embriagado en la hora de los hechos (9 horas de diferencia entre los hechos y la práctica del examen)". A partir de esta anotación y de las expresiones de algunos testigos que apreciaron la ebriedad del procesado, no era admisible el dictamen psiquiátrico que descarta el trastorno mental, pues éste carece de sustento objetivo y científico.

En efecto, en contravía de lo dispuesto en el artículo 267 del Código de Procedimiento Penal, el dictamen no explica los exámenes, los experimentos ni las investigaciones que se realizaron tendientes a establecer la posible inimputabilidad por trastorno mental transitorio.

Otro tanto ocurre con el informe de toxicología que intenta una aproximación al grado de concentración alcohólica en el cuerpo del procesado, con base solamente en un cálculo especulativo del porcentaje de metabolismo del alcohol. Pues bien, aunque un adulto normal desasimila a razón de entre 7 y 10 gramos por hora, serias dudas deja el experticio sobre si el examinado era un adulto normal o si se le podía calificar como un "metabolizador rápido", o si el procesado siguió ingiriendo licor después de los hechos, todo lo cual tendría notoria influencia en la determinación indicada.

Sin mayores consideraciones, el psiquiatra concluyó que "Pedro Martín Ortiz Carvajal no presentó trastorno mental o inmadurez psicológica para el momento del hecho legalmente descrito", manifestación que se revela como uno de los casos en que el perito "dicta sentencia de responsabilidad". En efecto, de acuerdo con el inciso final del artículo 29 de la Constitución Política, las mencionadas pruebas eran nulas de pleno derecho, por carecer de sustentación objetiva y científica, y, por ende, no existían en el proceso y mal podía entonces el juez aplicar lo que no existe.

Ahora bien, para establecer el grado de toxicidad, el perito parte de que los hechos ocurrieron a las 10:30 horas de la noche, cuando unánimemente todos los testigos señalan que los disparos sucedieron a las 9 de la noche, dato que indica cómo, si se sigue la línea argumentativa de la pericia, el procesado superaba los doscientos (200) miligramos de alcohol en sangre, cantidad en la que cualquier persona se encuentra "*completamente ebrio*". Con este diagnóstico que en realidad debió producirse por el experto en el caso analizado, "sin lugar a dudas se hubiera dictaminado la inimputabilidad mental transitoria por ingestión de alcohol".

Aduce el demandante que podría plantearse como subsidiario el cargo por falso juicio de legalidad, en relación con las mismas pruebas, pero resulta que las omisiones en que han incurrido los forenses no pueden considerarse como meras informalidades, sino que en sí son irregularidades violatorias del debido proceso probatorio cuya consecuencia práctica es la inexistencia.

Finalmente, el actor arguye que el solo hecho de que el procesado haya alcanzado a disparar o exhibiera coherencia en el desarrollo del *iter criminis*, no es argumento suficiente para predicar automáticamente la conciencia de los actos en el ebrio. En efecto, debe tenerse en cuenta además que el licor produce severas modificaciones en la conducta del sujeto, tales como relajación de la personalidad, inversión de valores, reducción de frenos inhibitorios y pérdida de las dimensiones.

En muchas circunstancias provocadas por el alcohol, dice el censor, acertamos a llegar a nuestra casa, pero nos conducimos inconscientemente y no con claridad mental.

La no consideración de los dictámenes cuestionados, dice el actor, sin duda hubiera conducido a una conclusión de inimputabilidad, o por lo menos a la duda probatoria, lo cual repercutiría en la imposición de la medida de seguridad aconsejable al procesado. Propone entonces la casación parcial del fallo, en lo que atañe al delito de homicidio, y proceder como lo determina el artículo 229 del Código de Procedimiento Penal.

Concepto del Ministerio Público

El Procurador Delegado entiende que el cargo debió presentarse dentro del marco del error de derecho como falso juicio de legalidad, dado que supuestamente se dejaron de observar las disposiciones que rigen la prueba pericial y que señalan la necesidad de expresar en ella los exámenes, experimentos e investigaciones realizados, así como los fundamentos técnicos y científicos de las respectivas conclusiones.

De otra parte, la reclamación es incorrecta en la medida que pretende el reconocimiento de la inimputabilidad exclusivamente sobre la base de un presunto estado de embriaguez, cuando, según la ley colombiana, aquella deriva del trastorno mental o de la inmadurez psicológica que tengan

entidad suficiente para eliminar las capacidades de comprensión de la ilicitud o de determinación de la conducta de acuerdo con dicha comprensión (art. 31 Código Penal). De allí que sea necesario probar la existencia y magnitud del trastorno mental que en un sujeto individualizado pudo haber generado la ingestión de alcohol y su íntima relación con el hecho punible que es objeto del proceso penal.

No es suficiente aducir la posibilidad de que el procesado se hallara ebrio al momento de los hechos, o en todo caso dudar sobre dicho estado, pues se presume de derecho que todo autor de un hecho punible ha de considerarse imputable, en razón de que las capacidades de comprensión y determinación son connaturales al ser humano, y entonces la inimputabilidad resulta ser una condición excepcional.

El Ministerio Público no advierte fallas protuberantes en la producción de la prueba pericial y, por el contrario, su contenido armoniza con alguna prueba testimonial y las propias versiones del inculpado, hasta conducir al convencimiento de que éste comprendía el hecho que estaba realizando y podía comportarse de acuerdo con dicha comprensión.

A pesar de que la ingestión de alcohol puede afectar progresivamente las funciones cognoscitivas y volitivas del individuo, tal actividad no necesariamente anula sus capacidades de comprensión y determinación. Así lo enseñan especialistas en medicina forense como Eduardo Vargas Alvarado y César Augusto Giraldo G., el último de los cuales distingue entre la embriaguez patológica y la voluntaria, pues la primera puede generar trastornos mentales determinantes de una situación de inimputabilidad, no así la segunda que, si bien produce alteraciones en la percepción y la conciencia, ellas no alcanzan a constituir un trastorno mental en los términos del artículo 31 del Código Penal.

Para el Procurador la sentencia atacada no contradice las mencionadas enseñanzas científicas ni el contenido de las pruebas periciales, pues, por el contrario, aceptó la posibilidad de que el procesado se hallara ebrio, mas también descartó la posibilidad de que los disparos se hubieran hecho como consecuencia de un automatismo inconsciente, en razón a que en su ejecución medió la persecución de los autores a la víctima y porque, antes de la aparición de ésta en la tienda, no se habían registrado episodios agresivos, según lo establecido con la prueba testimonial.

La conducta observada por el procesado inmediatamente después de que la víctima entrara a la tienda; el comportamiento posterior al hecho sangriento, consistente en entrar a una residencia que reconocía como la suya y dormir allí; las incoherentes explicaciones que ensayó al comienzo del proceso para justificar una amnesia lacunar; la comisión del hecho punible por más de una persona y la forma cómo se realizó, son factores analizados conjuntamente en el dictamen psiquiátrico y corroboraron la

convicción del Tribunal de que Ortiz Carvajal no padecía trastorno mental alguno al momento de los episodios violentos.

De otra parte, el fallo cuestionado enseña otros elementos de juicio suficientes para descartar el trastorno mental transitorio, los cuales no fueron discutidos en el libelo, y ello significa que si mentalmente se suprimiera el dictamen psiquiátrico, de todas maneras pervive bondadosa prueba testimonial y la propia indagatoria como base para negar la causa de inimputabilidad alegada.

Solicita el Procurador que no se case la sentencia recurrida.

Consideraciones de la Corte

Conviene iniciar las reflexiones a partir de la vía escogida por el actor, pues, con base en una prescripción de "nulidad de pleno derecho" que hace el artículo 29 de la Constitución Política, se pretende una variación en los supuestos de lo que tradicionalmente se conoce como error de hecho y error de derecho en materia probatoria.

En efecto, es interesante el planteamiento que hace el demandante a la luz del error de hecho como falso juicio de existencia por suposición, en el entendido de que si el artículo 29 citado prescribe que son nulas de pleno derecho las pruebas obtenidas con violación del debido proceso, sencillamente se infiere que las mismas son inexistentes y no podían estimarse como base de la decisión cuestionada. Así entonces, como el actor cree que tanto el dictamen psiquiátrico como el informe de toxicología no reúnen las condiciones del artículo 267 del Código de Procedimiento Penal, en el sentido de que no indican cuáles fueron los exámenes, experimentos e investigaciones realizados para llegar a la conclusión ofrecida, ni tampoco los fundamentos técnicos o científicos de la misma, se pregona que dichas pruebas son nulas de pleno derecho o inexistentes. De modo que si el fallo protestado se apoyó en prueba inexistente, sencillamente supuso el fundamento probatorio que lo mantiene.

Pues bien, la doctrina jurisprudencial admite que el error de hecho y el error de derecho tienen origen común en la apreciación probatoria, pero los distingue para establecer que el primero viola el "ser" mientras que el segundo atañe al "deber ser"; en otras palabras, uno tiene que ver con la existencia empírica de la prueba, pero el otro se refiere a las prescripciones jurídicas sobre la misma.

Así entonces, las pruebas practicadas con violación del debido proceso indicado en la ley, son inexistentes o nulas de pleno derecho por imperativo normativo, pero ontológicamente existen en el proceso. La inexistencia a la cual se refiere el inciso final del artículo 29 de la Constitución es jurídica y no empírica. En el caso de las pruebas que no cumplen las condiciones preestablecidas en la ley, no basta una comprobación empíri-

ca para determinar la disfuncionalidad sino que es necesario un juicio de valor jurídico a la luz de la confrontación de lo producido con el texto legal. Esta es la razón por la cual, en este último evento, el error sería de derecho y no meramente de hecho.

En verdad, según lo prevé el artículo 267 del C. de P. P., "el dictamen *debe ser* claro, preciso y detallado; en él se explicarán los exámenes, experimentos e investigaciones efectuados, lo mismo que los fundamentos técnicos, científicos o artísticos de las conclusiones..." (se ha resaltado). De modo que si hipotéticamente se admite que las pericias no reunían como prueba aquellas características, simplemente habrían violado una prescripción jurídica (orden, prohibición o permiso), un "deber ser" legal, sin que se haya comprometido la existencia empírica o racional de la prueba como tal.

En otros términos, puede decirse que en el error de hecho en materia probatoria subyace una actitud frente a lo descriptivo, en el sentido de que se transgrede la información suministrada por la prueba o se finge la que ella pueda suministrar; mientras que en el error de derecho subsiste una actitud de cara a lo prescriptivo, porque se violan las órdenes, recomendaciones o advertencias que explícitamente hace la norma o la ley.

Es la razón por la cual la Corte siempre se ha referido al error de hecho ante las presencias o ausencias materiales en la prueba por verificación empírica; y al error de derecho cuando media la confrontación legal.

Estas distinciones son importantes en la medida en que permiten concebir tridimensionalmente el derecho, como hecho, valor y norma, concepción integradora (no unificadora) que también aprovecha para saber claramente cuándo enfrentamos problemas de justicia, validez o eficacia en la aplicación del derecho.

Como el debido proceso probatorio del dictamen pericial está específicamente señalado en los artículos 264 y siguientes del Código de Procedimiento Penal, significa que la desatención de estas normas debe postularse como nulidad de pleno derecho, o inexistencia como suelen calificarla algunos autores para su distinción de la nulidad propiamente dicha, pero con la aclaración de que se trata de una inexistencia jurídica y no fáctica, porque obedece a requerimientos legales y no al hecho fenomenológicamente considerado.

Así entonces, el planteamiento hubiera sido completo y preciso si se refiere a un error de derecho como falso juicio de legalidad, porque no está en vilo la existencia fáctica sino la existencia jurídica de la prueba. Se agrega, además, que el debido proceso probatorio penal atañe a los requisitos de existencia, validez y eficacia de la prueba y su violación siempre dará lugar a la desestimación de la misma y no a una nulidad en sentido estricto.

Con todo, como para la Corte es claro el sentido de la repulsa del actor por un supuesto error en la estimación probatoria, y además entiende que el caso planteado puede ofrecer alguna confusión en la denotación del falso juicio de existencia desde el punto de vista fáctico y no estrictamente jurídico, se dará respuesta a las pretensiones del recurrente en el siguiente orden:

1. No es cierto que el dictamen psiquiátrico carezca de explicaciones sobre los exámenes, experimentos e investigaciones efectuados o del fundamento técnico o científico para avalar sus conclusiones. Nótese cómo en el respectivo documento se indica que se emplearon como técnicas la lectura del proceso recibido, la entrevista personal para evaluación y el examen clínico psiquiátrico.

A partir de estas técnicas, se exploraron los antecedentes personales y familiares, los patológicos y psiquiátricos, los tóxicos, los jurídicos y se dibujó la personalidad básica del procesado.

Dentro de las premisas del dictamen, el perito destaca que "el examinado se mostró evasivo, controlado y desconfiado al examen y anamnesis. Encontramos varias inconsistencias en su relato como por ejemplo su lugar de residencia, su relación con las personas de la casa donde fue detenido, antecedentes sexuales, relación o vínculos con los hermanos... Negó que pagara arriendo según lo manifestado por la declarante María Gladys Montaña a folio 61... Dice que el día de los hechos había consumido bebidas alcohólicas; dice que se fue a dormir, y dice que fue detenido por la policía cuando estaba amaneciendo. Dice que no pagaba arriendo en la habitación y que lo metieron esa noche en la misma. Dice que nunca ha tenido armas de fuego" (Cuaderno de incidente, fs. 2).

Con base en estos antecedentes y en las propias manifestaciones del procesado, el experto concluye que, a pesar de la ingestión alcohólica, el examinado no presentó trastorno mental o inmadurez psicológica para el momento del hecho legalmente descrito.

Por lo demás, el perito no hace intromisiones indebidas, como lo sugiere el actor, pues apenas declara la ausencia de trastorno mental o inmadurez psicológica, que es lo correspondiente a sus especiales conocimientos científicos, sin ingresar en juicios de valor sobre la capacidad de comprensión de su ilicitud o de determinarse de acuerdo con esa comprensión (inimputabilidad).

2. Sobre esa conciencia suficiente en la realización del acto delictuoso y la coherencia ejecutiva del mismo, el Tribunal ilustró en los siguientes términos:

"La forma como actuó Ortiz Carvajal tras tener que abrir la puerta de la habitación donde había recibido temporal alojo, según el relato hecho al detective Jorge Alberto Bohórquez Ballén, es decir por haber tratado de

ocultar la chaqueta manchada de sangre y haber afirmado posteriormente ante el mismo atestante que esa prenda no le pertenecía pues había sido llevada maliciosamente a esa habitación por los agentes del F-2 que también penetraron a tal lugar.

"Es claro que ese modo de comportarse no corresponde a lo que lógica y naturalmente debe exhibir una persona que se considera ajena a la realización de una conducta reprochable, ya sea porque su memoria no le informa que la haya ejecutado o porque es consciente de que su memoria no le falla y que en realidad no tuvo participación en la comisión de esa conducta;

"Los torpes esfuerzos que Ortiz Carvajal realizó para desorientar a la administración de justicia y procurar desligarse, de esa forma, de cualquier sospecha de participación suya en el hecho punible, lo cual no puede haber tenido otro objetivo que el de pretender eludir las consecuencias jurídico-penales de una conducta cuya autoría propia se reconoce, pues la ignorancia acerca de tal autoría debería haber conducido obviamente a Ortiz Carvajal a declarar su desconocimiento de lo acontecido sin acudir a maniobras de tergiversación y despiste;

"... Ahora bien: encontrándose demostrado, a través de elementos de juicio que nos persuaden a suficiencia sobre este punto, que Pedro Martín Ortiz Carvajal fue uno de los autores del mortal abaleamiento sufrido por José Libardo Colina, necesario nos resulta colegir que los actos necesarios para producir tal resultado -o sea percibir la presencia de Colina dentro de la tienda, salir a perseguirlo y descargar en su cuerpo las armas de fuego- no pueden ser ejecutados por una persona sin efectuar actos de reflexión que determinen la secuencia de pasos a seguir en la consecución de un propósito de esa naturaleza.

"Pensar algo contrario, esto es acoger la tesis de la defensa recurrente acerca de la inconsciencia de Ortiz Carvajal en relación con su actuación criminal, equivaldría a reconocer la posibilidad de que una persona realice un comportamiento mecánico que ni siquiera podría calificarse de humano pues significaría que el cuerpo de esa persona puede actuar, eventual y súbitamente y fuera de las situaciones que la ciencia designa bajo la denominación de sonambulismo, sin el control y dirección constantes de la mente consciente, esto es de una manera robotizada que no es concebible para acciones como la desplegada en el caso del cual trata este proceso, en el que concordaron evidentemente las voluntades de por lo menos dos personas para producir, con perfecta coordinación de movimientos, un hecho punible cual fue la eliminación física de José Libardo Colina.

"Es evidente que para actuar en la forma rápida, decidida y precisa como procedieron quienes dispararon contra Colina se requería ejercer a plenitud funciones mentales de reconocimiento de personas, lugar y uso

de instrumentos letales y que esa actuación estuvo guiada por la voluntad en el caso de cada uno de los partícipes en ese crimen. En cuanto se sabe aquí, hasta el momento en que hizo acto de presencia Colina en la tienda donde se hallaban esas personas no se había presentado incidente violento alguno, de manera que quienes procedieron en su contra decidieron en forma rápida acerca de la suerte inmediata de ese ciudadano y sin vacilaciones lo eliminaron físicamente.

"No resulta admisible en forma alguna, por ende, esa alegación de pasajera enajenación mental en Ortiz Cavajal para el momento crucial de los acontecimientos investigados y debe concluirse que el procesado actuó con pleno conocimiento y dominio de sus actos cuando participó en el fatal abaleamiento de José Libardo Colina, es decir que no resulta aplicable respecto de Pedro Martín Ortiz Carvajal lo previsto en el artículo 31 del C. P. y el procesado debe ser considerado, por el contrario, sujeto imputable que actuó con premeditación y dolo en la comisión del hecho punible que dio origen a la presente acción penal" (fs. 20-24, cuaderno 4).

3. Esta sustancial argumentación del Tribunal, basada en el examen conjunto de la prueba, ni siquiera fue controvertida seriamente por el actor, pues apenas alcanza a reprochar que el hecho de que una persona en estado de ebriedad despliegue actos coherentemente dirigidos a la consumación de un ilícito, no significa automáticamente y por esa sola razón que el sujeto tenía conciencia y era entonces imputable.

Pues bien, el legislador definió la inimputabilidad por medio de una fórmula mixta de carácter bio-psiquiátrico y normativo, en el sentido de que es necesario establecer la presencia de un trastorno mental o de la inmadurez psicológica, pero también es indispensable demostrar que al momento de los hechos dicha entidad *nosológica* suprimió la capacidad de comprensión de la ilicitud o de orientarse comportamentalmente, de acuerdo con esa comprensión (art. 31 C. P.). Precisamente, la forma de determinarse a la hora de los acontecimientos (mayormente que antes o después de los mismos) es la expresión más genuina no sólo de la normalidad o de una disfuncionalidad psíquica del sujeto, sino también de la capacidad o incapacidad de comprender la entidad del acto que realiza.

Por ello, el procesado, junto con sus compañeros de acción criminal, no sólo revelan lucidez ejecutiva sino suficiente consciencia cuando perciben la reciente entrada de una persona a la tienda en la cual ellos escanciaban licor; cuando se dirigen selectivamente a ella para atacarla y no contra otras personas y cosas que se hallaban en el mismo recinto; cuando disparan persistentemente armas de fuego contra ese visitante (9 impactos presenta el cadáver); cuando persiguen a la víctima dentro de algún espacio considerable y hasta las goteras de su residencia, sin acometer a quienes le acompañaban; cuando arrastran el cadáver, con propósito de ocultamiento, hasta un lugar diferente a aquél en que se produ-

jo la agresión; cuando el procesado Ortiz Carvajal huye y busca refugio en el cuarto de una residencia que no le era extraña porque allí pagaba arriendo; y también por la posterior actitud evasiva sobre el conocimiento del lugar en el cual fue capturado y la chaqueta que estaba a su lado.

4. Lo que en verdad enseñan estos actos, unívocamente encadenados a producirle la muerte a una persona, es que, a pesar de la embriaguez, sus realizadores tenían un control voluntario de la situación, y entonces resultaría absurdo pregonar que el procesado se determinó claramente pero sin comprender lo que hacía. Aquí, por la transparencia y la evidencia misma de la realización delictiva, no es posible divorciar por sus fines el contenido de la conciencia y el de la voluntad.

Además, todos estos datos en el caso concreto, y los del mismo jaez que puedan encontrarse en otros, son los que indican verídicamente la claridad mental y la coherencia comportamental como factores integradores de la imputabilidad, la cual no puede derivarse de una presunción de derecho, como lo sugiere el Ministerio Público, sino que también debe verificarse procesalmente. Cosa distinta es argüir que generalmente los actos delictuosos se cometen en situación de imputabilidad, por la singular forma en que se realizan, pero excepcionalmente habrá de investigarse la inimputabilidad ante actuaciones bizarras del sujeto activo.

5. No importa precisar o desvirtuar el grado de embriaguez que ostentaba el procesado, porque no es tal circunstancia per se la que permite hablar de inimputabilidad, sino la pérdida absoluta de la conciencia de la ilicitud o de la capacidad de dirigirse conforme con dicha comprensión. La acción del licor puede disminuir la percepción sensorial, afectar las funciones mentales superiores, la memoria, la coordinación motora y el control de los impulsos, sin que necesariamente anule la conciencia de los actos realizados.

Pues bien, es posible que el procesado no recordara algunos episodios por efecto de una amnesia lacunar, sin que tal sea el síntoma de una falta de conciencia o de capacidad para autorregularse. En efecto, sobre el tema el profesor y médico forense César Augusto Giraldo G. escribe:

"En la embriaguez aguda puede presentarse con alguna frecuencia la conocida laguna, que no es más que una amnesia de fijación, que borra el recuerdo de un hecho; pero para actuar inimputablemente no se requiere que la persona no recuerde, sino que no tenga capacidad de comprensión o de determinación; un individuo con una gran embriaguez, por ejemplo, difícilmente enciende su vehículo y lo conduce hasta su casa; al otro día va al garaje y encuentra su carro sin ningún daño, y por su 'laguna', no recuerda cómo llegó a su residencia, pero en un momento dado él quiso irse para su casa y determinó su viaje, aunque le hubiese dado dificultad manejar su vehículo en medio del tráfico; de nuevo, el Código no dice, que

quien con dificultad tenga capacidad de comprensión o de determinación. Igual cosa pudiera decirse del individuo embriagado que esgrime su arma y lesiona a determinada persona, alegando al otro día no recordar nada..." (Medicina Forense, 5ª ed., 1991).

6. Aunque el demandante hace la advertencia de que no identifica automáticamente cualquier embriaguez con la inimputabilidad, lo cierto es que a todo trance quiere hacer ver la ebriedad del procesado, sin demostrar, en primer lugar, el trastorno mental que ella pudo haberle producido y, en segundo orden, la consecuente eliminación de la capacidad de comprensión y de autorregulación comportamental.

7. Por último, una cosa es la falta de motivación del dictamen y otra bien diferente la precariedad que pueda exhibir en algunas determinaciones como el grado de embriaguez al momento de los hechos, provocada por el transcurso del tiempo, pues, según se dice en el respectivo informe de toxicología, el paciente fue examinado 9 horas después de los mismos, y entonces apenas se relacionó la posibilidad de la ebriedad (fs. 92 y 115). Con todo, a pesar de la debilidad de esta información, otras pruebas le mostraron al Tribunal la existencia de la embriaguez pero también la inexistencia de la pregonada inimputabilidad.

En este orden de ideas, no puede prosperar el cargo propuesto.

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

RESUELVE:

NO CASAR la sentencia de fecha, origen y contenido indicados en la motivación.

Cópiese, cúmplase y devuélvase.

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

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

DEMANDA DE CASACION/ FISCAL

Y, no es que se trate, claro está, de desestimular, contradictoriamente, tan trascendente función, que se insiste, deben cumplir todos los sujetos procesales, pero en especial, el ente acusador y el órgano de control, sino de recabar sobre la exigencia intelectual intrínseca que implica el desempeño de esta clase de deberes, como que lejos de lo formal se impone cuando menos el manejo básico no única y exclusivamente de la técnica casacional sino, y como es apenas obvio, de los conocimientos sustanciales correspondientes a los institutos jurídico penales que exijan los fenómenos cuestionados, pues de lo contrario, y como sucede en este caso, cuando, por lo objetivamente demostrado en el libelo, el Fiscal demandante ni siquiera acudió a la revisión del texto legal para acercarse a la comprensión de los requisitos exigidos para la sustentación de esta clase de impugnación, que son los que marcan su principal diferencia con los escritos de instancia y que hacen que la demanda sustentatoria no sea de libre elaboración, ni siquiera se distingue entre una excluyente de antijuridicidad y el reconocimiento de su exceso, que inusitadamente se termina confundiendo con el estado de ira, no puede en ninguna forma reconocerse que en forma seria se está buscando las correcciones de los presuntos vicios en que hayan podido incurrir los falladores de instancia.

Proceso No. 13642

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal

Magistrado Ponente: Dr. *Carlos Augusto Gálvez Argote*

Aprobado Acta No.12

Santafé de Bogotá D.C., dos (2) de febrero de mil novecientos noventa y nueve (1999).

VISTOS

Presentada por el Fiscal Quinto Delegado ante la Unidad de Reacción Inmediata de Barranquilla la demanda por medio de la cual pretende

sustentar el recurso extraordinario de casación que oportunamente interpuso contra la sentencia de segunda instancia proferida el 9 de mayo de 1997 por el Tribunal Superior de esa ciudad, confirmatoria del fallo de primer grado en el que el Juzgado Quinto Penal del Circuito dispuso absolver a Daniel Bula Herrera del delito de homicidio por el que fuera acusado, procede la Sala a pronunciarse sobre su admisibilidad.

Hechos

El 12 de julio de 1994, luego de las diversas discusiones en que se vieron enfrentados César Augusto Higgins Maury o "Juancho Varela" y Daniel Enrique Bula Herrera por la ilegítima venta que aquél hiciera de un lote de terreno de su propiedad, ubicado en la jurisdicción de Juan de Acosta (Atlántico), e iniciarse las respectivas acciones policivas, Higgins Maury se hizo presente en el despacho de la Alcaldía, en donde se encontraba Bula Herrera y su abogado junto con la Inspectora del lugar y la Asesora del Alcalde, advirtiendo que impediría que la construcción iniciada por la persona a la que había vendido el lote fuera suspendida.

Habiéndose retirado del sitio, Higgins se enfrentó nuevamente a Bula Herrera previniéndolo de que lo iba a matar al tiempo que le propinó una cachetada que lo derribó de espaldas. Sin embargo, cuando Bula intentó levantarse, Higgins nuevamente se le fue encima tratando de abrir un maletín, momento en que recibió varios disparos de su contrincante, a causa de los cuales murió.

La Demanda

Al amparo del cuerpo segundo de la causal primera de casación, un solo cargo propone el demandante, aduciendo un error de hecho por distorsión probatoria.

Para demostrar la censura, precisa el recurrente, que discrepa del fallo del Tribunal, por cuanto "lo escencial de la confesión calificada de Bula Herrera no es el respaldo de la declaración del señor Rafael Cirujano, pues su testimonio presenta elementos significativos como es una rama (sic) de fuego aportada al proceso dos años después de ocurridos los hechos, independientemente de que haya existido o no oportunidad procesal para su presentación antes de la audiencia, situación esta que deja a entre ver (sic) manipulación de la prueba, así como muy sabiamente lo refiere el magistrado ponente al dicho de José Camargo Suárez; sino también porque no se hace referencia específica a la agresión física que se dice fue víctima el señor Bula Herrera, pretendiendo incorporarla de manera sutil, como que al momento de ver a Bula salir del pasillo, este se sobaba la cara.".

Es que, afirma el censor, al tenerse en cuenta que de acuerdo con la versión del procesado, el occiso no tuvo tiempo de sacar el arma porque el maletín no le abría, mientras que él sí lo pudo hacer porque cargaba su arma al cinto, esgrimiéndola al tiempo que se incorporaba, aspectos estos que aunados a la repetición de los disparos, las partes del cuerpo de la víctima en que hicieron impacto y la experiencia de Bula Echavarría en el manejo de armas por tratarse de un militar retirado, así como la versión del testigo Raúl Mariño Julio, en el sentido de haber escuchado al procesado decir: "arranca rápido que acabo de matar a ese hijueputa", inmediatamente después de ocurridos los hechos, se impone concluir, que no existió ánimo defensivo "propio de la legítima defensa sino más bien de la ira, cuando él lo manifiesta en la audiencia, obligan a considerar por fuera de la duda razonable que por lo menos el señor Daniel Enrique Bulla Herrera se excedió en su defensa".

Tampoco, dice, comparte el análisis del Tribunal sobre la proporcionalidad en la defensa en el sentido de que "no se determina solo por el medio", pues "hay que agregarle" el contexto de la acción", esto es, que la persona que tenía el arma desenfundada es experto en el manejo de ellas, como lo aceptó Bula en la indagatoria y que además tuvo tiempo de reincorporarse y prever que su enemigo podía abrir el maletín, lo cual, "anula la diferencia corpórea en la que tanto hizo énfasis la sala y que a la postre en este caso no es tan significativa".

Manifiesta, finalmente, que no está de acuerdo con la negativa del *ad quem* a compulsar copias para que se investigue por falso testimonio a José Camargo Sánchez, a quien no le dio credibilidad, pasando de inmediato y sin justificación que se evidencie, a calificar de contradictorias algunas de las expresiones empleadas por el Tribunal, tales como: "por tanto no existe indicio alguno de existencia de *animus occidenti* de parte del procesado para con el obitado..."; "...tampoco que (sic) colige que Juancho Varela (occiso) tuviera resquemor alguno para con el acusado" y "...si recordamos que entre víctima y procesado existía ya un conflicto serio; que como está probado en autos, había discutido agriamente en la oficina de la alcaldía".

En consecuencia, solicita se case la sentencia recurrida y se dicte el fallo que corresponda.

CONSIDERACIONES

1. Siendo que en este caso, quien ha recurrido en casación es un Fiscal de la República, oportuno resulta recordar cómo un tal ejercicio de la función, al igual que sucede respecto de los Procuradores Judiciales y de los defensores públicos, corresponde a la exacta dinamización de las funciones Constitucionales y legales que a ellos como sujetos procesales, les impone el Estado para buscar, así, que los vicios o yerros en que haya

podido incurrir el juzgador de segunda instancia, sean corregidos por la Corte al revisar su legalidad, propendiendo porque el cumplimiento del ordenamiento jurídico sea el includible sustento de las decisiones judiciales.

2. Cuando así procede, es evidente lo loable de un tal desempeño funcional, que en no pocas oportunidades se reclama, pues así lo exigen la nueva Carta Política y el vigente sistema procesal penal, desde luego, no solo en punto de la interposición de este extraordinario recurso, sino frente a toda la actividad contradictoria del proceso, incluyendo los recursos de grado.

No obstante, el cumplimiento de esta función no puede posibilitar el abuso de la gestión interponiéndose recursos indiscriminadamente, más aún, cuando se trata del que de suyo implica el manejo propio que esta excepcional clase de impugnación exige, como que se trata de un recurso reglado por la Ley Procesal, no sólo respecto a su rito sino, y básicamente, en cuanto a las exigencias que debe cumplir la demanda por medio de la cual se lo sustente; de ahí que, *contrario sensu*, no sea lo loable su utilización como si se tratara de un *sui generis* medio de académico aprendizaje o de inusitado mecanismo para buscar una ingenua revisión oficiosa del proceso por parte de la Corte, pues como es sabido, se trata de un recurso rogado y la Corporación, por regla general, carece de esta facultad, y qué decir, cuando por la reiteración de los mismos funcionarios con idéntica insuficiencia en los constantes libelos, parecieran dejar la sensación de que solo se trata de cumplir con una formalidad a la manera de un curioso reto estadístico, desconociendo la verdadera responsabilidad que impone la administración de justicia, sea cual fuese el margen desde el cual se actúe, pues cuando así se procede, además de que con ello se está anulando la real dimensión de su función, flacos son los favores que le hacen a la recta administración de justicia, ya que lo único que se logra con este censurable proceder es la congestión de la propia Corte en detrimento del importante número de casos pendientes por ser decididos.

4. Y, no es que se trate, claro está, de desestimular, contradictoriamente, tan trascendente función, que se insiste, deben cumplir todos los sujetos procesales, pero en especial, el ente acusador y el órgano de control, sino de recabar sobre la exigencia intelectual intrínseca que implica el desempeño de esta clase de deberes, como que lejos de lo formal se impone cuando menos el manejo básico no única y exclusivamente de la técnica casacional sino, y como es apenas obvio, de los conocimientos sustanciales correspondientes a los institutos jurídico penales que exijan los fenómenos cuestionados, pues de lo contrario, y como sucede en este caso, cuando, por lo objetivamente demostrado en el libelo, el Fiscal demandante ni siquiera acudió a la revisión del texto legal para acercarse a la comprensión de los requisitos exigidos para la sustentación de esta clase de impugnación, que son los que marcan su principal diferencia con

los escritos de instancia y que hacen que la demanda sustentatoria no sea de libre elaboración, ni siquiera se distingue entre una excluyente de antijuridicidad y el reconocimiento de su exceso, que inusitadamente se termina confundiendo con el estado de ira, no puede en ninguna forma reconocerse que en forma seria se está buscando las correcciones de los presuntos vicios en que hayan podido incurrir los falladores de instancia.

5. En efecto, limitándose a enunciar entre comas y sin ninguna clase de claridad sobre la importancia de la proposición del cargo, digamos que bajo una laxa valoración del libelo, logra atacar el fallo impugnado por error de hecho por distorsión "en la valoración probatoria"; sin embargo, acto seguido, cualquier consideración tendiente a comprender este escrito como una demanda de casación declina, cuando se observa que con pleno desconocimiento sobre el fin del recurso, ninguna referencia hace, ni expresa ni tácita, sobre la normas sustanciales que considera quebrantadas, dejando igualmente de lado, como no podía ser de otra forma, la especificación sobre el sentido de la violación, omitiendo concretar las pruebas supuestamente distorsionadas en su contenido material por el sentenciador, procediendo en su reemplazo a elaborar un inconexo discurrir sobre sus apreciaciones personales respecto a como cree sucedieron los hechos y a la valoración que en su criterio merecen en conjunto las pruebas aportadas al proceso, afirmando contradictoriamente, y en verdad, sin que ello le interese al casacionista, una versión que excluiría de suyo la legítima defensa, por lo menos desde un punto de vista teórico, para de inmediato y sin ninguna premisa que le sirva de sustento a la conclusión, colegir un exceso en el reconocimiento de esta causal excluyente de antijuridicidad que, en su criterio, habría que solucionarlo por la vía del estado de ira de que trata el artículo 60 del Código Penal.

6. Pero, además, y como si esto fuera poco, sin el más mínimo conocimiento sobre la demostración de los cargos en casación, llevándose de calle la autonomía de las causales, amén de los demás desaciertos anotados y la inconexa relación de frases sacadas del contexto del fallo del *ad quem* que involucra con una inusitada compulsación de copias para un testigo, termina el demandante en una mayúscula confusión entre el error de hecho y el de derecho por falso juicio de convicción al dedicarse a plasmar una serie de cuestionamientos de orden valorativo que lo único que dejan en claro es la contraposición entre su criterio y el del fallador, *incurre* de alegar en esta sede, pues como reiteradamente lo ha sostenido la jurisprudencia, no siendo tarifado nuestro sistema procesal penal para medios probatorios como los aquí referidos, en la medida en que los jueces para su apreciación probatoria solamente deben someterse a las reglas de la sana crítica con base en la lógica, la ciencia y la experiencia, el fallo impugnado se mantiene por llegar a la Corte amparado de la doble presunción de acierto y legalidad.

7. Distante, entonces, la presente demanda de cumplir con los requisitos formales exigidos por el artículo 225 del C. P. P. para que procediera su admisión, como que la falta de claridad y precisión es su característica, se impone su rechazo in limine y por ende, la deserción del recurso, como en efecto se decidirá.

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

RESUELVE:

RECHAZAR *in limine* la demanda presentada por el Fiscal Quinto Delegado ante la Unidad de Reacción Inmediata de Barranquilla, contra la sentencia proferida en segunda instancia el 9 de mayo de 1997, por el Tribunal Superior de la misma ciudad, declarándose, en consecuencia, desierto el recurso extraordinario de casación interpuesto por este sujeto procesal.

Contra esta decisión no procede recurso alguno.

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

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

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

JUSTIFICACION DEL HECHO/ INIMPUTABILIDAD

La justificación del hecho y la inimputabilidad del procesado constituyen fenómenos totalmente distintos. Mientras en aquélla el comportamiento no es punible por ausencia de antijuridicidad, en ésta la responsabilidad se mantiene, presuponiendo tipicidad y antijuridicidad de la conducta. De allí que no sea posible su proposición dentro de un mismo cargo, pues conducen a soluciones procesales distintas.

Proceso No. 12703

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal

Aprobado acta No.12

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

Santa Fe de Bogotá, D. C., dos de febrero de mil novecientos noventa y nueve.

Se pronuncia la Corte sobre la admisibilidad formal de la demanda de casación presentada por el defensor del procesado Maximino Galvis.

Antecedentes

El 29 de enero de 1995, en el Corregimiento de Berlín, Municipio de Tona (Santander), Maximino Galvis disparó su arma de fuego contra Roberto Cabeza Bautista y Angel Ramón Moreno Villamizar, causando la muerte del primero y heridas de consideración al segundo.

Por estos hechos el Juzgado Doce Penal del Circuito de Bucaramanga, mediante sentencia de 6 de junio de 1996, condenó a Maximino Galvis a la pena principal de veintisiete (27) años y seis (6) meses de prisión, y multa de $4.500.oo, como autor responsable de los delitos de homicidio, lesiones personales y porte ilegal de armas de fuego de defensa personal (fls.322-1).

Apelado este fallo por el procesado y su defensor, el Tribunal Superior, mediante el suyo de 15 de agosto siguiente, que ahora es objeto del recurso de casación, lo confirmó integralmente.

La Demanda

Con fundamento en la causal primera de casación, cuerpo segundo, el demandante acusa la sentencia impugnada de violar indirectamente la ley sustancial, concretamente los artículos 29.4, 31 y 32 del Código Penal, debido a un error de hecho en la apreciación de la prueba, y al haber el juzgador ignorado elementos de juicio que conducían al reconocimiento del "*in dubio pro reo*", regulado en el artículo 445 del estatuto procesal.

Después de hacer referencia a la prueba requerida para dictar sentencia condenatoria en materia penal, afirma que el procesado no se encuentra inmerso en ella, razón por la cual los fallos debieron haber enfrentado la duda, que excluye la certeza, resolviendo el asunto en su favor, como categóricamente lo ordena el citado artículo 445.

Sostiene que del desarrollo, análisis y posterior juzgamiento de los hechos, surge dubitación respecto de la existencia de fenómenos volitivos que expliquen la conducta del sindicado, imponiéndose, ante la carencia absoluta de prueba, indicio o aproximación que señale tales motivos, la formulación "de los siguientes prolegómenos":

a) En primer término surge la hipótesis de que el procesado hubiese actuado en estado de total obnubilación de la conciencia por la ingestión de bebidas embriagantes. La sinrazón imperante o falta de móvil en los ilícitos cometidos imponía como prueba determinante de su estado de inconsciencia no la de psiquiatría practicada luego de nueve meses de ocurridos los hechos, sino una toxicológica, que sin resultados hubo de solicitar, pues una pericia de esta naturaleza habría servido de parámetro adecuado para sopesar el real estado síquico anímico del sindicado.

Respaldado en conceptos doctrinales hace precisiones sobre lo que debe entenderse por trastorno mental, e insiste en que la prueba adecuada para determinar el estado de inimputabilidad no era el examen psiquiátrico tardíamente practicado, sino el toxicológico, que no fue decretado ni realizado, pues a través de aquél mal puede acreditarse que la ebriedad no alcanzó el grado de trauma mental, o no anuló la capacidad de comprensión.

De acuerdo con la doctrina de la Corte sobre las posibles formas de violación de la norma que consagra el principio *in dubio pro reo*, el caso de marras vendría a enmarcarse en ellas con relación a los artículos 31 y 32 del Código Penal, toda vez que no existe certeza plena de que la conducta del procesado se haya realizado o no en las circunstancias allí establecidas. De este modo se concluye que respecto de la prueba acogida como excluyente de la inimputabilidad aducida se incurrió en violación indirec-

ta de la ley por existencia de errores de hecho dentro de las siguientes eventualidades: 1) cuando se ignora o desconoce la existencia de la prueba; 2) cuando se tergiversa su alcance o expresión fáctica; 3) cuando se supone o imagina una prueba que no existe.

b) Las consideraciones precedentes no excluyen la posibilidad que dentro del mismo estado de inimputabilidad transitoria derivado de la situación de alicoramiento, el procesado se viera instintivamente obligado a repeler una agresión directa, violenta e injusta del occiso. En materia penal el imputado es inocente cuando ha obrado dentro de cualquiera de las causales de justificación, como en el caso previsto en el artículo 29.4 del Código Penal, y ello ameritaba el estudio de prueba existente en el proceso que los juzgadores no consideraron y olímpicamente ignoraron, como el análisis de la ruana que el procesado portaba la noche de los hechos; los testimonios de los hermanos Mario y Javier Gamboa, quienes informan de las agresiones de que fue objeto el sindicado; el certificado expedido por el Juez del Municipio de Toca dando cuenta del proceso seguido contra el occiso por los delitos de "robo, violencia carnal y atraco" en perjuicio de Nelly Sarmiento de Bayona; y, el testimonio de ésta: todo lo cual demuestra el carácter violento, díscolo y agresivo de la víctima.

Este acervo probatorio, no estimado en su dimensión verdadera, conduce inexorablemente a crear una duda real sobre las circunstancias en que sucedieron los hechos, lo que claramente está señalando violación del artículo 29.4 del Código Penal, por no aplicación, debido a errores de hecho originados en el desconocimiento de prueba existente.

Apoyado en estas consideraciones solicita a la Corte casar la sentencia impugnada para en su lugar dar aplicación al principio *in dubio pro reo*, declarando al procesado inocente por concurrir la causal de justificación del artículo 29.4 del Código Penal, o inimputable por existir duda acerca de un presunto o real trastorno mental transitorio.

Se Considera

El artículo 225 del Estatuto Procesal permite al impugnante en casación formular cargos excluyentes, pero exige que sean planteados separadamente en el texto de la demanda, y de manera subsidiaria, siendo su inobservancia motivo suficiente para desechar el libelo por incoherente, y porque la Corte, en virtud de las limitaciones que se derivan del carácter dispositivo del recurso, no puede entrar oficiosamente a fijar el alcance de la impugnación.

Una de las deficiencias de carácter técnico que la demanda objeto de estudio presenta, dice relación con el desconocimiento de esta exigencia, pues dentro de la misma censura el actor entremezcla tres posturas jurí-

dicas claramente incompatibles: a) existencia de una causal de justificación (inaplicación del artículo 29.4 C. P.); b) presencia de un motivo de inimputabilidad (inaplicación del artículo 31 *ejusdem*); y, c) duda probatoria en torno de cada una de las anteriores (inaplicación del artículo 445 del C.P.P.).

La justificación del hecho y la inimputabilidad del procesado constituyen fenómenos totalmente distintos. Mientras en aquélla el comportamiento no es punible por ausencia de antijuridicidad, en ésta la responsabilidad se mantiene, presuponiendo tipicidad y antijuridicidad de la conducta. De allí que no sea posible su proposición dentro de un mismo cargo, pues conducen a soluciones procesales distintas.

Por su parte, la alegación simultánea de la existencia de duda probatoria, implica aceptar que los presupuestos fácticos de la causal de justificación y la circunstancia personal del procesado no fueron demostrados, planteamiento que contraría la propuesta inicial en el sentido de que Maximino Galvis actuó en legítima defensa y también en estado de inimputabilidad, el cual comporta certeza, siendo sus consecuencias jurídicas totalmente diferentes.

A través del reconocimiento de un estado de duda el actor no puede pretender una declaración de certeza. Por eso, si consideraba que existía incertidumbre en torno de la causal de justificación, ha debido demandar aplicación del artículo 445 del estatuto procesal, por surgir dudas sobre la antijuridicidad de la conducta, no la declaración de existencia de la justificante.

Un correcto manejo de la técnica casacional, imponía al demandante la formulación de cada uno de estos reproches en cargos separados, y de manera subsidiaria, demostrando, en cada caso, la existencia del error y su trascendencia, a fin de que la Corte pudiera entrar a analizarlos.

Aparte de lo que se deja dicho, no cuesta trabajo advertir que el casacionista, al afirmar la inimputabilidad del procesado, se limita a contradecir las conclusiones probatorias de los fallos a partir de consideraciones estrictamente personales, a la manera de un alegato de instancia, y a cuestionar la no práctica de una prueba de toxicología, entremezclando en esta forma al cargo un vicio de actividad procesal, susceptible de ser alegado sólo por la vía de la causal tercera.

Total ausencia de fundamentación se manifiesta también en el segundo reparo, pues el demandante omite confrontar la prueba supuestamente ignorada con la tomada en cuenta por los juzgadores de instancia para desechar la justificante, dejando de lado, por tanto, la demostración de la trascendencia del yerro.

Como la demanda, en síntesis, no cumple los requisitos mínimos de carácter formal ni de sustentación requeridos para su admisión, y la Cor-

te, según se dejó visto, no puede entrar a suplirlos, se la rechazará in limine, de acuerdo con lo previsto en el artículo 226 del Estatuto Procesal.

Contra esta decisión, acorde con lo establecido en la norma precitada y en el artículo 197 *ejusdem*, no procede recurso alguno.

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

RESUELVE:

RECHAZAR la demanda de casación presentada por el defensor del procesado Maximino Galvis. En consecuencia, se declara desierto el recurso.

Comuníquese y devuélvase al tribunal de origen. Cúmplase.

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

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

IMPEDIMENTO

La institución del impedimento es otro de los mecanismos que buscan salvaguardar la independencia, la neutralidad y la imparcialidad, para que los funcionarios procedan en los asuntos sometidos a su consideración teniendo capacidad objetiva y subjetiva en concreto para actuar ecuánimemente, evitando cuestionamientos al interior de la misma administración o frente a la comunidad, que debe percibir sin recelo las actuaciones de sus servidores.

La Carta establece la estructura y las funciones básicas de la administración de justicia, pero no le es pertinente entrar en reglamentaciones detalladas ni ocuparse de particularidades judiciales, cuya regulación atañe al legislador, particularmente a través de la ley estatutaria y de las codificaciones. Así, dentro de la normatividad nacional no tienen cabida impedimentos supralegales o de carácter constitucional y debe acudirse al código respectivo en cuanto de esa institución se trate, lo cual no obsta para que, por supuesto, se tenga en cuenta la Constitución como fuente y sustento de toda interpretación legal.

Proceso No. 14979

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal

Magistrado Ponente: Dr. *Nilson Pinilla Pinilla*

Aprobado Acta N° 12

Santa Fe de Bogotá, D. C., febrero dos (2) de mil novecientos noventa y nueve (1999).

Asunto

Se procede a resolver acerca del impedimento manifestado por el Magistrado de la Sala Penal del Tribunal Superior de Cali doctor Juan Bautista Quintero Meza, quien integra la Sala de Decisión que conoce de la apelación contra la sentencia proferida por el Juzgado Tercero Penal de

ese Circuito, condenando a María Eugenia Martínez Rizo por tentativa de homicidio agravado.

ANTECEDENTES

Por hechos ocurridos en Cali el 8 de agosto de 1996, cuando fue herido Oscar Ayala y despojado del automotor que conducía y de otros objetos, fue indagada María Eugenia Martínez Rizo quien, habiéndosele dictado medida de aseguramiento de detención preventiva por hurto calificado y agravado en concurso heterogéneo con tentativa de homicidio agravado (f. 51 cd. inicial), solicitó sentencia anticipada.

Celebrada la diligencia respectiva, el Juzgado 4° Penal del Circuito de Cali resolvió "INAPROBAR la acusación concretada... en el 'acta de formulación de cargos'..." (f. 222 y 223 ib.), porque únicamente le fue imputado el hurto calificado y agravado, pero no la tentativa de homicidio agravado.

La sindicada interpuso los recursos de reposición y apelación. Decidido desfavorablemente el primero (fs. 230 y Ss. ib.), la actuación fue remitida al Tribunal Superior de Cali que, con ponencia del doctor Juan Bautista Quintero Meza, "al resultar insuficiente el pliego de cargos", resolvió confirmar la decisión recurrida, reformándola en el sentido de decretar "la nulidad del acta de formulación de cargos" (fs. 254 y 255 ib.).

De nuevo el asunto en la Fiscalía, el 27 de febrero de 1997 es proferida resolución de acusación contra María Eugenia Martínez Rizo, como coautora del concurso heterogéneo de delitos de tentativa de homicidio agravado y hurto calificado y agravado (fs. 271 y Ss. ib.). Al resolver apelación de la defensa, la Fiscalía Delegada ante el Tribunal anuló parcialmente la actuación a partir del cierre de investigación, para que se atendiera la solicitud de sentencia anticipada en relación con el hurto, y confirmó la acusación "en lo que al delito de HOMICIDIO TENTADO atañe" (f. 311 ib.).

Iniciado el juicio, el defensor de la procesada recusó, por la causal establecida en el numeral 12 del artículo 103 del Código de Procedimiento Penal, a la doctora Nelly Amparo de la Cruz Gómez, Juez Tercera Penal del Circuito de Cali, por ser la misma funcionaria que como Cuarta había improbado la exclusión del homicidio, quien no aceptó la recusación (f. 326 ib.) porque se trató de sentencia anticipada y no de audiencia especial, remitiendo el asunto al Tribunal.

La corporación declaró infundada la recusación, porque la citada causal 12 está "circunscrita a la figura jurídica 'DE LA AUDIENCIA ESPECIAL'... y en el caso que nos ocupa no se ha dado aplicación a esa forma de terminación anticipada del proceso, la funcionaria recusada, en su calidad de juez, intervino en un trámite de SENTENCIA ANTICIPADA..." (f.

335 ib.). El Magistrado Quintero Meza, quien había propuesto como inicial ponente que se decretara nulidad por no haberse propiciado de nuevo la posibilidad de sentencia anticipada también por el homicidio tentado, salvó voto, anotando además que aunque por ello no había lugar a pronunciarse sobre la recusación, la razón de ésta es para él clara.

Apelado el auto que después negó una nulidad invocada por el defensor, el Tribunal lo confirmó, de nuevo con salvamento de voto del doctor Juan Bautista Quintero Meza (fs. 409 y Ss. ib.).

Dictada sentencia condenatoria, dicho Magistrado se declara impedido para conocer de la apelación contra ella interpuesta, por haber aludido en "múltiples pronunciamientos... a aspectos pertinentes a la calificación y... adelanté una posible responsabilidad penal también por tentativa de homicidio de la encausada" (fs. 581 y Ss. ib).

Dice que su impedimento es de carácter constitucional y no legal y transcribe de manifestación similar: "...actualmente la norma superior determina con total transparencia que el funcionario que formula cargos -el fiscal- sea alguien absolutamente diferente a aquel que deba fallar; es decir, que por norma superior esa función no puede darse en una misma persona."

Argumenta que la anterior Constitución no desarrollaba las garantías procesales, por lo cual no era lo mismo obrar en su vigencia que bajo la actual, que además impone el cumplimiento de lo reconocido en los tratados internacionales. Insiste en "que la primacía de la Carta Política obliga a entender que toda norma que resulte constitucional es por supuesto legal, pero no toda norma legal por sí misma es constitucional; el camino correcto a todo jurista debe ser por tanto el de examinar primero la constitucionalidad de un texto de derecho, para entonces sí tener certeza de su legalidad."

Agrega el doctor Quintero Meza que al haber adelantado un concepto sobre "una posible responsabilidad penal", incurrió en "prejuzgamiento que me aleja de la posibilidad de ser realmente imparcial" y que su "capacidad de juzgar con independencia y ajenidad se halla altamente disminuida". Reconoce que esta situación literalmente no cabe dentro de ninguna de las causales legales de impedimento que evalúa, "pero sustancialmente se nutre de las razones a que alude el numeral 11, por lo cual es obligado entender que quien como mi persona participó en el nuevo diseño calificador como determinador, debe por tanto declararse impedido de conocer de este fallo, debiéndose entender tal marginamiento por interpretación de orden constitucional."

Los restantes integrantes de la Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior de Cali no aceptaron el impedimento, señalando que en esta materia se impone el principio de taxatividad. El fundamento de la impar-

cialidad no impide cumplir con los deberes propios de la función, en resoluciones que se deban tomar dentro del mismo asunto y, de acogerse lo indicado por el doctor Juan Bautista Quintero Meza, se iría contra "el estado funcional que le asiste a todo intraneus, el cual le impone corregir lo equívoco o inadecuadamente elaborado, y si para ello necesaria y obligatoriamente tiene que hacer referencia a episodios tocantes con el protagonista del hecho, vislumbrando y consignando, incluso, su serio compromiso en el acontecer, no quiere decir, que esté comprometiendo su criterio y corriendo riegos, él mismo, en ulteriores decisiones, porque entre otras cosas, puede suceder que en el mismo caso se haya dado posteriormente un ejercicio probatorio diferente, o el debate público enseñe situaciones distintas a las consideradas inicialmente, lo cual y precisamente en aras de dicha imparcialidad, necesariamente daría lugar a un juicio diferente" (f. 598 ib.).

El asunto es sometido entonces a la decisión de esta Sala, en observancia de lo dispuesto por el artículo 106 del Código de Procedimiento Penal.

Consideraciones de la Corte

La institución del impedimento es otro de los mecanismos que buscan salvaguardar la independencia, la neutralidad y la imparcialidad, para que los funcionarios procedan en los asuntos sometidos a su consideración teniendo capacidad objetiva y subjetiva en concreto para actuar ecuánimemente, evitando cuestionamientos al interior de la misma administración o frente a la comunidad, que debe percibir sin recelo las actuaciones de sus servidores.

En el presente caso, para el Magistrado de la Sala Penal del Tribunal Superior de Cali Juan Bautista Quintero Meza se hace indispensable que el problema se estudie "desde la Ley constitucional, por cuanto diferentes son las funciones que al ente acusador se entregan en el canon 250, de aquellas que se otorgan a los sentenciadores en el artículo 228, funciones diversas que jamás pueden coincidir en un mismo funcionario", denotando que aunque su impedimento es constitucional, "se nutre de las razones a que alude el numeral 11" del artículo 103 del Código de Procedimiento Penal.

Sobre lo último, no aparece que este integrante de la corporación que ha de resolver el recurso vertical interpuesto contra la sentencia condenatoria, haya actuado como fiscal dentro del mismo proceso. Si ha debido hacerlo con anterioridad, pero no en carácter de calificador o acusador, sino como miembro de la corporación territorial y funcionalmente competente, asumiendo labores que a ésta han sido legalmente asignadas, para absolver asuntos llevados a su conocimiento en la oportunidad respectiva.

Por su claro carácter taxativo y restrictivo, que ha sido reiterado por esta Corte, al igual que por la Constitucional en los pronunciamientos citados por los colegas de quien se declaró impedido, tampoco se aprecia que las causales de impedimento permitan aplicaciones extensivas ni interpretaciones laxas, como para que una previsión que es eminentemente excepcional sea aplicada a casos que parezcan análogos.

Por lo demás, al principio cardinal de la organización jurídica que la carta política rija con preeminencia sobre cualquier otra disposición de diferente jerarquía y que en todo caso de incompatibilidad se apliquen las disposiciones constitucionales, no se le puede dar un alcance caprichoso, como para estirar la preceptiva constitucional a extremos que no cobijó, ni sobre tópicos deferidos al legislador.

La Carta establece la estructura y las funciones básicas de la administración de justicia, pero no le es pertinente entrar en reglamentaciones detalladas ni ocuparse de particularidades judiciales, cuya regulación atañe al legislador, particularmente a través de la ley estatutaria y de las codificaciones. Así, dentro de la normatividad nacional no tienen cabida impedimentos supralegales o de carácter constitucional y debe acudirse al código respectivo en cuanto de esa institución se trate, lo cual no obsta para que, por supuesto, se tenga en cuenta la Constitución como fuente y sustento de toda interpretación legal.

El Magistrado Juan Bautista Quintero Meza estima que ciertas actuaciones del juez y de su respectiva segunda instancia los colocan en roles de fiscal. Pero pierde de vista que la Carta no consagró un régimen acusatorio puro y que en otros países con sistemas de más marcada tendencia acusatoria, al juez se le han encomendado labores que excepcionalmente le llevan a intervenir en la instrucción. Así se ha estatuido también en Colombia, como es el caso de los artículos 54 de la Ley 81 de 1993 (414-A C. de P. P.) y 82 de la Ley 190 de 1995, sobre lo cual se ha pronunciado la Corte Constitucional, al referirse a la primera disposición citada y encontrarla exequible (C-395, septiembre 8/94, M. P. Carlos Gaviria Díaz):

"Sobre el particular cabe resaltar, una vez más, la colaboración e intercomunicación entre fiscales y jueces que como miembros de la rama judicial no se excluyen, pudiendo éstos últimos intervenir en la fase instructiva, sin desconocer, claro está, las competencias señaladas a los primeros...

No se advierte en esto desplazamiento del fiscal, ni desconocimiento de su independencia...; tampoco es patente el desdibujamiento de sus competencias o la alteración de las funciones básicas de acusación y juzgamiento como lo creen los actores.

...el hecho de que la Asamblea Nacional Constituyente haya desechado una propuesta del gobierno que ponía en manos de los jueces la adopción

de las medidas de aseguramiento, no respalda una interpretación dirigida a negar toda intervención de los jueces de la República en la fase investigativa..."

Ese control de legalidad de las medidas de aseguramiento y sobre decisiones relativas a la propiedad, tenencia o custodia de bienes, no riñe con la normatividad superior ni es opuesto a un sistema procesal penal mixto con tendencia acusatoria, ni da base para que se predique que, al realizarlo, el juez y su segunda instancia, que pueda llegar también a pronunciarse, adquieran investidura de fiscales. Siguen siendo lo que son y es precisamente en tal virtud que cumplen con deberes de esa naturaleza especial, como factores del Estado para garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución (art. 2°), que cumplen sometidos al imperio de la ley (art. 230 ib.).

Tampoco es de recibo que la preservación de la imparcialidad de los administradores de justicia los convierta en servidores públicos desechables, que sólo puedan exponer una vez su criterio dentro de un proceso, hecho lo cual dejen de ser "ese Juez transparente que la Carta Magna ofrece al investigado" o les resulte "absolutamente imposible construir una nueva imagen de la realidad" (f. 585), perdiendo la ecuanimidad que les debe ser característica y quedando fatalmente ligados, no a cumplir la ley y a resolver con objetividad y acierto, sino a sostener su posición inicial, para el caso acerca de la responsabilidad penal en la tentativa de homicidio, que el propio Magistrado al plantear el impedimento refiere como "posible" (fs. 584 y 588 ib.).

Mal podría pretenderse, por ejemplo, que el fiscal que haya proferido una medida de aseguramiento quedase impedido para calificar la misma instrucción, cuando *"la única afirmación capaz de distanciar al funcionario de la definición de un proceso es aquella que se vierta por fuera de sus funciones oficiales, pues dentro del anotado principio de taxatividad los actos emitidos bajo el ámbito propio del juez o magistrado solamente le marginan en el evento de haber dictado la decisión de cuya revisión se trata"* (C. S. de J., noviembre 11/94, M. P. Juan Manuel Torres Fresneda), situación claramente diversa a la que se derive de un específico mandato legal, como lo instituido por los artículos 236 y 103 numerales 11 y 12 del Código de Procedimiento Penal, estos últimos provenientes de la reforma introducida por el artículo 15 de la Ley 81 de 1993, que quien aduce el impedimento estima debida "a urgencias coyunturales y no a política criminal seria" (f. 590).

También ha definido claramente esta corporación, en las providencias citadas por los Magistrados que no admitieron la inhibición del otro integrante de la Sala, que si la ley impone al juzgador *"el cumplimiento de ciertos deberes funcionales, mal podría establecer esa misma circunstancia en independiente y paralegal motivo de excusa para continuar partici-*

pando en el desarrollo previsto por el ordenamiento procedimental" (abril 7/97, rad. 12.754, M. P. Fernando Arboleda Ripoll) y que *"la posibilidad de declararse impedido no depende de los escrúpulos que puedan asistirle al funcionario para entrar a revisar de nuevo un asunto del que ya conoció funcionalmente, sino de una exacta adecuación del caso a las hipótesis que se consagran en las diversas causales"*, bajo el riesgo de obligar en segunda instancia a que cada proceso *"fuera rotando entre los diferentes miembros de una sala hasta dejar los últimos pronunciamientos a la intervención de un interminable desfile de conjueces"* (octubre 10/95, M. P. Juan Manuel Torres Fresneda).

El derecho sustancial debe imponerse con primacía y eficiencia, no dejando lugar a los excesos de suspicacia, la propensión hacia los formulismos y el culto a las apariencias, ni a que se quiera acomodar la preceptiva vigente para ajustarla al pensamiento que se tenga sobre las rígidas estructuras de un sistema teórico.

Estima así la Corte que los restantes Magistrados de la Sala de Decisión Penal del Tribunal acertaron al no admitir el impedimento expresado por el tercer integrante, quien deberá seguir actuando como corresponde a su posición.

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

RESUELVE:

Declarar infundado el impedimento manifestado en este asunto por el doctor Juan Bautista Quintero Meza, Magistrado del Tribunal Superior de Cali.

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

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

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

TERMINACION ANTICIPADA DEL PROCESO/ SENTENCIA ANTICIPADA-Interés para recurrir

En la sentencia anticipada el procesado acepta su responsabilidad respecto de los cargos que se le formulan, es decir, consiente el perjuicio que le causa la resolución desfavorable, en lo atinente a la declaración de responsabilidad, siendo tal admisión irretractable. Por lo mismo, renuncia al interés para impugnar la sentencia con fundamento en la negación de esa responsabilidad, no teniéndolo, por lo tanto, sino en aquellos eventos que impliquen su reconocimiento, los que están expresamente previstos en el ordinal 4° del artículo 37B del C. de P.P. subrogado por el 5° de la ley 81 de 1993, vigente para la época en que se presentó la demanda, a saber, el subrogado de la condena de ejecución condicional, la condena para el pago de los perjuicios y la extinción del dominio sobre bienes, a los que se debe agregar la vulneración de derechos fundamentales del procesado, al tenor del inciso 4° del art. 37, ejusdem.

Fuera de estos casos, cualquier otra inconformidad de la parte defensora, resulta absolutamente impertinente, por carencia de interés.

Por lo demás, la irretractabilidad se infiere no sólo de los preceptos citados, sino de la propia estructura lógica y jurídica de esta figura jurídica, pues si se admitiera se estaría entronizando su negación y total inoperancia.

*Así mismo, aunque la ley habla de apelación, hay que entender, según doctrina de la Sala, que queda incluida la impugnación extraordinaria, "pues es claro que si el recurso de casación recae sobre el fallo de segunda instancia y éste, por obra de la limitante no podía pronunciarse en relación con aspectos distintos a los antes señalados, resulta también patente, por sustracción de materia, que la Corte no podía ocuparse de lo que legalmente estaba vedado al Tribunal". **

---

*. (Casación, abril 16 de 1998, M.P. Drs. Jorge Aníbal Gómez Gallego y Carlos E. Mejía Escobar).

Proceso No. 10306

Corte Suprema de Justicia Sala de Casacion Penal

Magistrado Ponente: Dr. *Jorge Córdoba Poveda*

Aprobado Acta N° 11 (enero 29/99)

Santa Fe de Bogotá, D. C., dos (2) de febrero de mil novecientos noventa y nueve (1999).

VISTOS

Procede la Corte ha decidir el recurso de casación interpuesto por el defensor del procesado Daniel París Chiappe contra la sentencia anticipada proferida por el Tribunal Superior de Ibagué, el 13 de octubre de 1994, en la que al confirmar la del Juzgado Once Penal del Circuito de la misma ciudad, fechada el 21 de junio de 1994, lo condenó a la pena principal de cuarenta meses de prisión, a la accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas por el mismo lapso y al pago de los perjuicios ocasionados, como coautor de los delitos de captación masiva y habitual de dineros del público y estafa, en concurso.

Presentada la respectiva demanda se declaró ajustada a las exigencias legales.

Corrido traslado al Ministerio Público, el Procurador Primero Delegado en lo Penal solicitó no casar el fallo impugnado.

HECHOS

José Guillermo Obregón Hormaza y Daniel París Chiappe, por medio de la escritura pública N° 2630 del 19 de noviembre de 1976 de la Notaría Segunda de Ibagué, inscrita el 24 del mismo mes y año en la Cámara de Comercio, constituyeron la sociedad denominada "Lonja de Ibagué, Capitalización y Seguros Limitada", cuyo objeto social comprendía, entre otras actividades, el ofrecimiento y venta de títulos, venta de seguros de vida y generales, la ejecución de toda clase de negocios de comisión comercial y la compraventa de propiedad raíz y su administración.

Dentro de las labores que realizó la empresa estuvo la de captar dineros de ahorro particular, en forma masiva y habitual, sin contar con la previa autorización de la Superintendencia Bancaria, en cantidad superior a los 30 millones de pesos, habiendo cesado en el pago de intereses y declarándose en quiebra a mediados del año de 1993, con el natural perjuicio de numerosos ahorradores.

ACTUACIÓN PROCESAL

La Fiscalía General de la Nación, el 7 de julio de 1993, dispuso la apertura de la instrucción y ordenó la práctica de varias pruebas.

Con resolución del 28 de julio de 1993 se aceptó la constitución de parte civil.

Indagados Daniel París Chiappe y José Guillermo Obregón Hormaza, la situación jurídica se les resolvió con medida de aseguramiento de detención preventiva, el 30 de agosto de 1993, por el delito de captación masiva y habitual de dineros del público, de que trataba el artículo 20 del Decreto 2920 de 1982[1].

Perfeccionada la investigación, se cerró y se calificó el mérito del sumario, el 11 de febrero de 1994, con resolución de acusación contra los procesados, por los delitos de captación masiva y habitual de dineros en concurso con estafa.

El expediente pasó al Juzgado 11 Penal del Circuito de Ibagué, en donde en el transcurso de la etapa de juzgamiento y antes de señalarse fecha para la celebración de la audiencia pública, los procesados presentaron sendos escritos, no coetáneos, en que solicitaron se les dictara sentencia anticipada y aceptaron su responsabilidad respecto de los 2 punibles por los cuales se les formuló resolución de acusación, habiéndose proferido el fallo de primera instancia, con relación a Obregón Hormaza, el 24 de mayo de 1994, y a París Chiappe, el 21 de junio del mismo año, imponiéndoles como pena principal 40 meses de prisión.

Con respecto a este último, el defensor interpuso el recurso de apelación y el Tribunal Superior de Ibagué al desatarlo, confirmó la condena, el 13 de octubre de 1994.

Los Argumentos de la Demanda

El defensor del procesado Daniel París Chiappe formula dos cargos contra la sentencia de segunda instancia, con fundamento en el cuerpo segundo de la causal primera por violación indirecta de la ley sustancial.

Primer cargo

Violación indirecta de los artículos 26 y 356 del Código Penal por aplicación indebida, a causa de errores de hecho "en la apreciación de unas pruebas y falta de apreciación de otras".

La demostración del cargo la inicia manifestando que el Tribunal dio por probado el delito de estafa partiendo de las denuncias instauradas por Janeth L. Martínez, Stella Meneses Duarte, Myriam Arana de Valencia, Odilia Quiñónez de Arana, Lilia de los Angeles Martínez y Gilma Sánchez de Ortiz y en el testimonio de la secretaria Nubia Guzmán y

[1] El contenido de esta norma fue recogido por el artículo 1.7.1.1.3 del Decreto 1730 del 4 de julio de 1991 y el artículo 208.3 del Decreto 663 del 2 de abril de 1993.

demás acreedores, cuando lo que se infiere de tales dichos es que su representado no tuvo ninguna intervención en los préstamos que se realizaron, pues algunas de esas personas ni siquiera lo conocían, y otras apenas de vista, o tan sólo lo habían oído nombrar, habiéndose entendido, en todas las transacciones, con el coprocesado Obregón.

Luego hace una relación de las diversas deposiciones para concluir que si su defendido no trató con los acreedores defraudados no se le puede imputar que los hizo víctimas de artificios o maniobras engañosas.

Más adelante afirma:

"Influido por la idea de la captación, hecho que sí resulta probado mediante los citados testimonios y la confesión de los procesados, el Tribunal generalizó el concepto de que "el hecho investigado" se encuentra probado, y sin detenerse a examinar, en relación con la estafa, si sus elementos estructurales, entre ellos los artificios o engaños, se encuentran demostrados en el proceso, dio por establecida dicha infracción".

"No se esforzó el Tribunal por indagar a través de los citados testimonios si por parte de París Chiappe hubo artificios o engaños que indujeran a los acreedores a entregar a Obregón, los dineros, y en qué consistieron éstos. Simplemente los dio por probados, sin estarlo".

Enseguida cita un aparte de la providencia de primera instancia en la que se dice que pese a no ser París directivo de la sociedad, firmaba las letras y sabía que ésta tenía que responderle a las personas que les habían entregado sus dineros, por lo que no se puede afirmar que no intervino en el proceso ejecutivo del *iter criminis*, para aseverar que estos argumentos fueron acogidos por el Tribunal, al formar una unidad jurídica las sentencias de primera y segunda instancia, excepto aquel en que se dice que la sentencia anticipada no se fundamentó en prueba legal, regular y oportunamente allegada al proceso, sino en la aceptación clara de los cargos y la responsabilidad por parte del procesado.

"Es decir, que para la juez, como para el Tribunal, la existencia de la sociedad, la consulta que a París le hacía Obregón acerca de los préstamos, la revisión del movimiento diario que alguna vez hizo su hijo Juan Daniel, la firma de las letras de cambio y el conocimiento que aquel tenía de la insolvencia de la sociedad, configuraron la estafa y constituyen a la vez prueba de la responsabilidad de aquel procesado."

Sin embargo, acota, los ahorradores acudieron a dicha empresa por recomendaciones de amigos o familiares, o en la búsqueda de mayores intereses de los pagados en las entidades bancarias y financieras, pero no porque "hubiese habido artificio o engaño alguno de parte de París, como tampoco de parte de Obregón".

"En resumen, El Tribunal incurrió en una serie de errores de hecho en la apreciación de la prueba que se deja mencionada, que lo llevaron a creer configurado, sin estarlo, un supuesto delito de estafa".

Termina diciendo que se aplicó indebidamente el artículo 356 del C. P. y, consecuentemente, el artículo 26 de la misma obra, por considerar erróneamente tipificada la estafa y, por ende, el concurso con la captación masiva de dineros del público.

Solicita se case la sentencia, se absuelva por estafa y se haga la reducción punitiva correspondiente.

Segundo cargo

Formula un segundo cargo en el que afirma que el Tribunal dejó de aplicar los artículos 64 numeral 1° y 65 del C. P., por no haber tenido en cuenta para efectos de dosificar la pena la buena conducta anterior de París Chiappe, como circunstancia de atenuación punitiva, la que aparece demostrada con los testimonios de Leonel José de La Pava, Elvira Gaitán de Alvarado y José Vicente Rengifo, "personas de entera credibilidad", como tampoco la avanzada edad del procesado, más de 65 años, y que debió considerarse por analogía.

En consecuencia, solicita casar la sentencia para atenuar la sanción y concederle al acusado el subrogado de la condena de ejecución condicional, prevista en el artículo 68 del C.P.

Concepto del Procurador Primero Delegado en lo Penal

En lo concerniente al primer reproche estima que el censor incurre en evidentes errores de técnica porque no señala el sentido de la transgresión, esto es "si se dio por suposición, omisión o apreciación errónea de la prueba ".

Sostiene que el impugnante no se dedica a demostrar la existencia del error "sino a refutar la valoración que de la prueba testimonial hizo el sentenciador para arribar al fallo de condena por el delito de estafa, cometido en concurso material con el de captación masiva y habitual, penetrando al campo del error de derecho por falso juicio de convicción, no existiendo tarifa legal a la cual deba someterse el juzgador".

En cuanto a la segunda censura conceptúa que tampoco le asiste la razón y destacando las penas asignadas a los ilícitos por los que fue condenado, a su particular gravedad y a sus consecuencias nefastas desde el punto de vista social y económico concluye:

"En el asunto que es motivo de estudio, el juzgador no podía partir del mínimo (2 años), como lo pretende el demandante, al invocar la buena conducta y edad avanzada del procesado, por expresa prohibición del artículo 67 del C. P., dadas las circunstancias de agravación contempladas en el artículo 66 numerales 2, 3, 7 y 9 del C. P., que concurrían, las cuales primaban y por ello partió de 3 años".

Por lo tanto, solicita no casar el fallo impugnado.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

Primer cargo

La censura propuesta no está llamada a prosperar por carecer el impugnante de interés para recurrir. En efecto, para la procedencia de los recursos, tanto de los ordinarios como del extraordinario de casación, es necesario que se trate de un sujeto procesal al que la ley faculta para impugnar y que exista interés legítimo, que se concreta en el agravio o perjuicio que la providencia atacada le causa.

En la sentencia anticipada el procesado acepta su responsabilidad respecto de los cargos que se le formulan, es decir, consiente el perjuicio que le causa la resolución desfavorable, en lo atinente a la declaración de responsabilidad, siendo tal admisión irretractable. Por lo mismo, renuncia al interés para impugnar la sentencia con fundamento en la negación de esa responsabilidad, no teniéndolo, por lo tanto, sino en aquellos eventos que impliquen su reconocimiento, los que están expresamente previstos en el ordinal 4° del artículo 37B del C. de P. P., subrogado por el 5° de la ley 81 de 1993, vigente para la época en que se presentó la demanda, a saber, el subrogado de la condena de ejecución condicional, la condena para el pago de los perjuicios y la extinción del dominio sobre bienes, a los que se debe agregar la vulneración de derechos fundamentales del procesado, al tenor del inciso 4° del art. 37, *ejusdem*.

Fuera de estos casos, cualquier otra inconformidad de la parte defensora, resulta absolutamente impertinente, por carencia de interés.

Por lo demás, la irretractabilidad se infiere no sólo de los preceptos citados, sino de la propia estructura lógica y jurídica de esta figura jurídica, pues si se admitiera se estaría entronizando su negación y total inoperancia.

Así mismo, aunque la ley habla de apelación, hay que entender, según doctrina de la Sala, que queda incluida la impugnación extraordinaria, "pues es claro que si el recurso de casación recae sobre el fallo de segunda instancia y éste, por obra de la limitante no podía pronunciarse en relación con aspectos distintos a los antes señalados, resulta también patente, por sustracción de materia, que la Corte no podía ocuparse de lo que legalmente estaba vedado al Tribunal".[2]

En el evento que ocupa la atención de la Sala, el procesado aceptó libremente los cargos que le fueron formulados, tanto por la captación masiva y habitual de dineros del público, como por la estafa, de manera que no puede desconocer, ahora, a través de este recurso extraordinario,

[2] (Casación, abril 16 de 1998, M.P. Drs. Jorge Aníbal Gómez Gallego y Carlos E. Mejía Escobar).

la apreciación probatoria con relación a este último punible y considerar que no está demostrado, esto es, retractarse de la aceptación y negar la responsabilidad, pues para ello carece de interés.

Por otra parte, es preciso señalar que lo relativo a la inexistencia de la estafa no fue materia del recurso de apelación, que sólo versó sobre la dosificación punitiva, el subrogado de la condena de ejecución condicional y la suspensión de la ejecución de la pena, lo que demuestra que el acusado, acatando, ahí sí, lo dispuesto por el artículo 37B, citado, aceptó, desde un principio, que carecía de interés para recurrir, pretendiendo ahora, improcedentemente, lo contrario, ya que sí carecía de interés para apelar tampoco lo tendrá para impugnar en casación, puesto que implicaría utilizar el recurso extraordinario para burlar la limitación anotada e introducir una retractación, como lo ha reiterado la Sala.[3]

El cargo no prospera.

Segundo cargo

También lo aduce por violación indirecta de la ley sustancial al haberse ignorado por las instancias varias declaraciones de testigos sobre la buena conducta anterior del procesado, así como que era mayor de 65 años, lo que condujo a la falta de aplicación de los artículos 64.1. y 65 del C. de P., en el momento de la dosificación de la pena, y a que se le negara la condena de ejecución condicional.

Este reproche se queda en el simple enunciado, sin el más mínimo esfuerzo de desarrollo o demostración, por lo cual será rechazado.

Sin embargo, no es cierto que las aseveraciones sobre la buena conducta anterior del procesado no hayan sido apreciadas por el Tribunal, al dosificar la pena, como resulta de la siguiente transcripción:

"Pero es que, valga aquí la aclaración, aún admitiendo que la conducta del procesado fue excelente como se declara, surgiendo inequívocas circunstancias genéricas de mayor punibilidad, no podría partirse de la pena mínima"

El cargo se desestima.

Son suficientes las consideraciones precedentes, para que la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley.

---

[3] (Auto. de 16 de septiembre/93. M.P. Dr. Guillermo Duque Ruiz; casación 9714, marzo 4/96. M.P. Dr. Fernando Arboleda Ripoll; casación 11.362, 8 de marzo/96. M. P. Jorge E. Córdoba Poveda, entre otras).

RESUELVA:

NO CASAR el fallo impugnado.

Cópiese y devuélvase a la oficina de origen.

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

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

SANA CRITICA

Es al juez a quien corresponde determinar el valor de los medios de convicción, de conformidad con las reglas de la lógica, la ciencia y la experiencia y si su conclusión, que viene acompañada de la doble presunción de acierto y legalidad, no coincide con lo planteado por el defensor, no puede derivarse de allí suficiente razón para endilgarle haber incurrido en error demandable en casación.

Proceso No. 12783

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal

Magistrado Ponente: Dr. *Nilson E. Pinilla Pinilla*

Aprobado Acta N° 12

Santa Fe de Bogotá, D. C., febrero dos (2) de mil novecientos noventa y nueve (1999).

ASUNTO

Decide la Corte sobre la admisibilidad formal de la demanda de casación presentada por el defensor del procesado Jorge Hebert Conde.

HECHOS Y ACTUACIÓN PROCESAL:

En cercanías del parque de la carrera 104 con calle 131 de Santafé de Bogotá, aproximadamente a las diez de la noche del sábado 25 de marzo de 1995, Jorge Hebert Conde disparó en tres oportunidades arma de fuego, hiriendo en el cuello al joven José Tito Chocontá Galindo que caminaba acompañado de Carlos Andrés Zapata Sánchez. La víctima fue llevada a la Clínica Juan N. Corpas, donde se le prestó la atención que salvó su vida.

Gracias al señalamiento que hiciera Zapata Sánchez y a la manifestación efectuada ante una patrulla de la Policía Nacional, Jorge Hebert Conde fue aprehendido e indagado; el 27 de marzo siguiente la Fiscalía 29 Delegada le dictó medida de aseguramiento de detención preventiva, sin

derecho a excarcelación, por tentativa de homicidio, medida que al resolver recurso de apelación interpuesto por el defensor, la Unidad de Fiscalía Delegada ante los Tribunales Superiores de Santafé de Bogotá y Cundinamarca confirmó el 4 de mayo de 1995.

Decretado el cierre de la instrucción, el 12 de julio de dicho año fue calificada por la misma Fiscalía Seccional (fs. 154 a 159), mediante resolución de acusación contra Jorge Hebert Conde, por el delito de homicidio tentado (art. 29 de la ley 40 de 1993 y 22 C. P.). Esta providencia fue confirmada el 25 de agosto siguiente al resolver alzada interpuesta por el defensor del procesado (fs. 22 a 27 cd. segunda instancia Fiscalía).

El 13 de mayo de 1996 (fs. 333 a 342), el Juzgado 72 Penal del Circuito de Santafé de Bogotá condenó al procesado a la pena de 12 años y 6 meses de prisión como autor de homicidio tentado contra José Tito Chocontá Galindo y la accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas por el término de 10 años, al igual que a la indemnización en concreto de los perjuicios y dispuso "no concederle subrogado penal alguno".

El Tribunal Superior del Distrito Capital, al resolver la apelación elevada por el acusado y su defensor, confirma el fallo el 8 de agosto siguiente, reduciendo el valor a indemnizar por concepto de perjuicios morales (fs. 16 a 25 cd. Tribunal). El procesado recurre en casación y su nuevo defensor sustenta la impugnación extraordinaria.

La Demanda

Sin mencionar los sujetos procesales y refiriendo, en lo que tiene que ver con la actuación procesal, que se adelantó "un debate probatorio del que a mi juicio no puede extraerse la culpabilidad del sindicado y por tanto no es posible fijarle responsabilidad sin caer en injusticia" (f. 48 cd. Tribunal), el impugnante propone dos cargos con fundamento en la causal primera de casación.

"CARGO PRIMERO". Manifiesta que la sentencia es violatoria "en forma directa de los artículos 2 y 5 del Código Penal y artículos 2, 4, 9, 20, 36 y 443 del Código de Procedimiento Penal, por haberlos inaplicado, habiendo debido aplicarlos; y de los artículos 323 y 22 del Código Penal y 441 y 456 del Código de Procedimiento Penal por haberlos aplicado indebidamente" (f. 50 ib.).

En lo que denomina "SUSTENTACION DEL CARGO", señala que "jamás se acreditó de ninguna manera que el señor Jorge Hebert Conde fuera el autor del hecho delictuoso", pues no existe ninguna prueba que así lo indique, habiéndose equivocado el fallador al condenar en la forma como lo hizo, desoyendo al Fiscal que en la audiencia pública se separó de la resolución de acusación emitida por su antecesor y planteó absolución,

preguntándose el recurrente si esta postura no representa "una revocatoria tácita de la resolución de acusación" y si ante ella "¿Puede el juzgador en las instancias desconocer ese pronunciamiento que no es otra cosa que la confesión estatal de su impotencia?" (f. 52 ib.).

Luego de referirse a las disposiciones que considera aplicadas indebidamente o no aplicadas, con varias menciones distintas a las que había anunciado, hace énfasis en que en este asunto al incriminado no se le logró demostrar su culpabilidad y plantea "que la sentencia debe caer", dando lugar a la absolución del procesado y a su inmediata libertad.

"CARGO SEGUNDO". Comienza el demandante por señalar que el Tribunal "erró por vía de hecho al no apreciar unas pruebas y dejar de estimar otras, lo que constituyó error manifiesto que lo condujo a resolver en contra del sindicado con notoria injusticia", violando "indirectamente los artículos 246, 247, 249 y 254 del Código de Procedimiento Penal".

Sostiene que "el Juzgador de primera instancia" se equivocó en el recaudo y apreciación de algunas pruebas, citando el informe presentado por la Policía Nacional; que en la declaración rendida por el Agente Gustavo Adolfo García la Fiscalía "hace respuestas (sic) ... sugestivas"; que los testimonios de "los agentes y demás personas sólo son testimonios de oídas porque Andrés Zapata les contó"; que el fallador desestimó la prueba de "absorción atómica o análisis de residuos de disparos" que fue negativa para el procesado, pese a lo cual también menciona que se analizó "muy parcializadamente"; dice que a su representado "nunca se le encontró ninguna arma con la que hubiera podido causar la herida al señor José Tito Chocontá"; que las prendas de vestir que tenía aquella noche son diferentes a las que exhibía la persona que disparó; que si se hallaba presente en el sitio de los acontecimientos después de ocurridos, esto es un indicio de no autoría pues, de lo contrario, no estaría esperando a que lo capturaran; que los agentes de la Policía manifestaron que había "confesado" que sí disparó y botó el arma, cargos que nadie aceptaría sin presiones; deduciendo de estas y otras abigarradas conjeturas que los juzgadores se equivocaron al apreciar las pruebas.

Plantea que ante la duda existente sobre la responsabilidad del procesado, la sentencia se debe casar declarándolo "inocente y/o que se equivocó el ad quem por no haber otorgado al procesado el in dubio pro reo" (f. 61 ib.).

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 más, debe sujetarse a una serie de reglas legalmente determinadas al efecto.

Así, dispone el artículo 225 del Código de Procedimiento Penal que el libelo deberá contener, entre otros requisitos formales, la identificación de los sujetos, una síntesis de los hechos y de la actuación procesal y la causal que se aduzca para pedir la revocación del fallo, indicando en forma clara y precisa sus fundamentos, mientras el 226 ibídem determina que el recurso se declarará desierto si la demanda no reúne las condiciones formales.

En cuanto al "CARGO PRIMERO", el censor sostiene que en el fallo se incurrió en violación directa de la ley sustancial, toda vez que su acudido fue condenado por el delito de tentativa de homicidio cuando, en su opinión, no se demostró que fuera el autor del hecho investigado.

Desestima el demandante que quien acusa una sentencia por violación directa de un precepto sustancial, está aceptando los medios de demostración y la apreciación que a éstos se les haya reconocido en el fallo, constituyendo error insalvable que el impugnante que acude a dicha vía directa exponga su propia consideración probatoria, tratando de esta manera de contrariar y rebatir la que ha sustentado el juzgador.

En su inconsecuente enfoque, al incluir entre las normas dejadas de aplicar los artículos 36 y 441 (que inicialmente citó como aplicado indebidamente) del Código de Procedimiento Penal, aparentemente para enfatizar que en el proceso no existe elemento de prueba que permitiera llegar a la condena, dice que desde el mismo momento en que se resolvió la situación jurídica del sindicado se debió precluir la investigación, y que si no hubo mérito para proferir medida de aseguramiento, menos aún para acusar (f. 54 cd. Trib.).

Así, no sólo incumple el demandante, desde la presentación de la censura, los requisitos formales de señalar en forma adecuada a las partes intervinientes y la síntesis de la actuación procesal alejada de los cuestionamientos que desde allí ensaya, sino que pretende sustentar el cargo como si fuese vulneración indirecta, adentrándose en alegaciones probatorias que lo retrotraen inclusive a etapas procesales ya superadas, cuando, se repite, en la vía directa no se puede cuestionar las pruebas y el casacionista debe aceptar los hechos, los medios de convicción y la valoración que les dio el juzgador en el fallo recurrido, como punto inamovible a partir del cual demostrará si la norma no se aplicó, o lo fue indebidamente, o su interpretación resultó errada.

Para evidenciar aún más la ausencia de precisión del cargo, que fatalmente conduce a que sea rechazado, al referir como "normas inaplicadas" los artículos 4° y 20 del estatuto procesal penal, efectúa manifestaciones equívocas sobre supuestas violaciones contra garantías fundamentales de su poderdante, que remitirían a causal diferente.

Además, si de falta de aplicación se trata, no señaló el recurrente cuál es ese precepto de naturaleza sustancial que obliga al juez a acoger sin discusión los planteamientos que en el curso del debate público le formulen los participantes, para este caso el Fiscal que, como admite, en el juicio pasa a convertirse en un sujeto procesal más, ni cómo es que tal Fiscal puede imponer la remoción de la acusación, cursando ya la etapa de juzgamiento.

Finalmente, cuando plantea que la responsabilidad exige la previa comprobación de la culpabilidad y que es ésta la que debe establecerse, demostración que, según dice, no se logró en contra de su asistido, incurre en una grave inconsistencia frente a sus planteamientos anteriores, que parecían dirigidos más bien a sustentar la falta de prueba sobre la autoría.

En el "CARGO SEGUNDO", no tuvo en cuenta el recurrente que el planteamiento de errores en la apreciación probatoria, que hayan dado origen a la violación indirecta de la ley sustancial, segunda modalidad de la causal primera de casación; implica demostrar la equivocación en que incurrió el fallador, bien que se trate de un *error de hecho*, como cuando se ignora o se supone la prueba (falso juicio de existencia), o se tergiversa o distorsiona su sentido (falso juicio de identidad); o que se ubique en el *error de derecho*, que será posible frente a un falso juicio de legalidad, proveniente de tomarla en cuenta a pesar de un vicio grave en la práctica o incorporación de la prueba, advirtiendo que el falso juicio de convicción por lo general deviene improcedente al haber desaparecido de la sistemática procesal colombiana la tarifa legal.

Las especies de error de hecho, a pesar de pertenecer a un mismo género, son esencialmente distintas, dado que no es lo mismo que una prueba sea ignorada o imaginada, a que haya sido tergiversada, o apreciada con desconocimiento de los criterios reconocidos por la lógica, la experiencia y la ciencia.

Por lo anterior, es pertinente que al plantear el cargo, el recurrente indique con claridad en cuál de tales yerros incurrió el sentenciador, no siendo permitido alegar a un mismo tiempo y respecto de la misma prueba más de una modalidad, por cuanto el planteamiento resulta equívoco.

Como quedó anotado en el resumen de la demanda, el recurrente sostiene que el Tribunal "erró por vía de hecho al no apreciar unas pruebas y dejar de estimar otras".

Parecería que el planteamiento apunta a un error de hecho por falso juicio de existencia; no obstante, en el desarrollo del reproche, que no es planteado con la debida separación sino que involucra una amalgama de varios aspectos probatorios, sostiene que el fallador desestimó la prueba de absorción atómica, pero al mismo tiempo predica que sí se analizó pero

"parcializadamente", dando a entender que las dos clases de error de hecho confluyeron, cuando la realidad es que se excluyen entre sí, por lo cual el razonamiento termina siendo contradictorio.

En lo que tiene que ver con otros medios de prueba, como la declaración de Carlos Andrés Zapata Sánchez y del agente de la Policía Gustavo Adolfo García, el recurrente se limita a decir que lo aseverado por el primero, quien acompañaba a la víctima, resulta deleznable frente a su estado de alicoramiento, la distancia y oscuridad que reinaban en el lugar de los hechos; mientras que el segundo "y demás personas sólo son testimonios de oídas", postura en la cual abandona la supuesta falta de apreciación, para en su lugar endilgar que los juzgadores de instancia se equivocaron en el análisis.

Se aprecia así que, lejos de ofrecer claridad y precisión en el cargo que anunció, el impugnante pretende imponer su personal forma de valorar las pruebas, sobre el análisis efectuado por la Administración de Justicia. Esta alegación, si bien es usual en las instancias, no es de recibo en casación.

Es al juez a quien corresponde determinar el valor de los medios de convicción, de conformidad con las reglas de la lógica, la ciencia y la experiencia y si su conclusión, que viene acompañada de la doble presunción de acierto y legalidad, no coincide con lo planteado por el defensor, no puede derivarse de allí suficiente razón para endilgarle haber incurrido en error demandable en casación.

En relación con la solicitud de aplicación del principio in dubio pro reo tampoco es afortunada, al quedar en la mera enunciación. No expresa si el fallador reconoció su presencia y no obstante condenó, lo cual originaría violación directa, o no percibió la subsistencia de la duda al valorar erradamente la prueba, derivando certeza de donde no emergía, que constituiría violación indirecta. Hay formulación incompleta de este otro enfoque, uno más de los que se deducen entre los tanteos de impugnación, que apunta a que "al menos" se le reconozca la duda a su representado, sin precisar los errores de hecho o de derecho supuestamente cometidos, ni la incidencia de estos hipotéticos yerros en el fallo, requisitos que en modo alguno cumple el escrito objeto de estudio.

Lo anterior constituye otro desacierto, que igualmente impide que se efectúe un análisis esencial, en virtud del principio de limitación que rige la casación (art. 228 C. de P. P.), del cual la Corte no puede apartarse, sin que de otro lado aparezca mérito ni oportunidad para efectuar un estudio oficioso.

De esta manera, en obedecimiento a lo previsto por el artículo 226 ejusdem, la Corte debe rechazar la demanda, por los requisitos formales que incumple, y declarar desierto el recurso interpuesto.

Esta determinación adquiere ejecutoria en la misma fecha de su suscripción (art. 197 ib.) y no admite recurso alguno.

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

RESUELVE:

RECHAZAR *in limine* la demanda de casación presentada por el defensor del procesado Jorge Hebert Conde y, en consecuencia, declarar desierto el recurso interpuesto.

Contra esta determinación no cabe recurso alguno.

Cópiese, comuníquese y devuélvase al Tribunal de origen.

Cúmplase.

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

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

DEFENSA TECNICA/ ABOGADO

Cierto es que uno de los primeros actos propios de la defensa material es la designación de un defensor de confianza, a lo que no puede oponerse ni mucho menos impedirlo el Estado, pues siendo éste uno de los derechos más trascendentes e importantes no solo dentro del concepto del debido proceso legal, sino de la legitimación del ejercicio del poder punitivo, es claro, que de acuerdo con nuestra legislación vigente, el nombramiento del apoderado es ante todo decisión del imputado.

Tal derecho-garantía que es de carácter público y subjetivo, es además irrenunciable de parte de su titular, tanto que se convierte en una obligación para el Estado la provisión de la defensa en caso de que el procesado no quiera o no pueda costear los gastos que demanda la asistencia de un abogado de confianza, razón por la cual, es la defensoría pública la primera en ser la llamada a cumplir la labor de la asistencia legal gratuita, o en su defecto, la defensa de oficio, que como cumplimiento del deber constitucional de la solidaridad y colaboración con las autoridades de la República, deben aceptar los abogados litigantes.

Proceso No. 11396

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal

Magistrado Ponente: Dr. *Carlos Augusto Gálvez Argote*

Aprobado Acta No.11 (enero 29 de 1999)

Santa Fe de Bogotá, D. C., dos (2) de febrero de mil novecientos noventa y nueve. (1999).

VISTOS

Mediante sentencia del 12 octubre de 1994 el Juzgado Penal del Circuito de Acacías (Meta), condenó a José Ferney Bermúdez Agudelo a la pena principal de 40 años y 6 meses de prisión, a la accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas por 10 años y al pago de los perjui-

cios ocasionados como autor de los delitos de homicidio agravado y porte ilegal de armas para la defensa personal. En el mismo fallo también se condenó a Jorge Luis Bermúdez Agudelo a un año de prisión y a la accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas por el mismo lapso de la sanción privativa de la libertad, concediéndole el subrogado de la condena de ejecución condicional, como autor del delito de porte ilegal de armas para la defensa personal.

Apelado el anterior fallo por el defensor de los procesados, mediante proveído del 7 de septiembre de 1995 el Tribunal Superior de Villavicencio, modificó la condena impuesta a José Ferney Bermúdez Agudelo tasándola en 25 años y 6 meses de prisión, por considerar que no se configuraba el agravante de la indefensión de la víctima imputado en la resolución acusatoria, confirmando en lo demás la decisión impugnada.

Contra dicha sentencia el defensor de José Ferney Bermúdez Agudelo, interpuso el recurso extraordinario de casación que ahora resuelve la Sala.

Hechos y Actuación Procesal

Estos tuvieron ocurrencia en el Municipio de Acacías, Departamento del Meta, el 28 de agosto de 1993, a eso de las diez de la noche, cuando al transitar por la zona de tolerancia del lugar los hermanos José Ferney y Jorge Luis Bermúdez Agudelo, en compañía de Germán Guerra Zárate, alias Suro y José Ignacio Suárez, fueron abordados por Carlos Fernando Trujillo Díaz, quien salió del bar "Las Tertulias", acusándolos de ser quienes le habían arrojado una botella a sus pies, habiendo intervenido Suárez con el fin de evitar que el asunto pasara a mayores, sin haber obtenido éxito, pues no obstante que los hermanos Bermúdez continuaron su marcha, Trujillo Díaz los alcanzó retándolos para que "pelearan a mano limpia" habiendo "apercollado" a Jorge Luis con el fin de derribarlo sin que lo lograra, continuando así la discusión, momento que aprovechó José Ferney para dispararle con el arma de fuego que portaba, estableciéndose que el proyectil penetró por la región occipital derecha con orificio de salida en la frontal izquierda, falleciendo minutos más tarde en el hospital de Villavicencio, a donde fue trasladado por la policía para que se le prestara atención médica.

Como los hermanos Bermúdez emprendieron la huida una vez ocurrido los hechos, fueron perseguidos por John Alexander Gutiérrez Bastos, quien al encontrarse con los agentes Fredy Cañas Lozada y Diomedes Trejos, les informó lo sucedido, facilitándose así la captura de los procesados a la altura de la carrera 16 con calle 17 del barrio San Cristóbal de esa localidad, encontrándose en poder de Jorge Luis la pistola distinguida con el número 24213, calibre 7.65 mm., con proveedor metálico y 5 cartuchos para la misma. Como los aprehendidos lograron escapar, se hizo necesario iniciar su recaptura, la cual se logró momentos más tarde en la residencia de sus padres.

Rendido el informe correspondiente a estos insucesos por parte del Comandante de la Policía de Acacías, el 30 de agosto de 1993 la Fiscalía Seccional 23 de esa localidad profirió resolución de apertura de la investigación, procediendo al día siguiente a recepcionar las declaraciones de los agentes que intervinieron en la captura y la de William Alberto Basto León, así como la indagatoria de José Ferney Bermúdez, quien fue asistido por el ciudadano Luis Antonio Rey Gutiérrez, pues no obstante que en la misma fecha el doctor Argemiro Ortega había presentado el poder que le habían conferido los hermanos Bermúdez Agudelo designándolo como su defensor, no se hizo presente para la práctica de dicha diligencia.

Al siguiente día, esto es, el primero de septiembre de 1993, se vinculó también mediante injurada a Jorge Luis Bermúdez, designándosele como defensor de oficio al doctor Bernardo Castro, procediéndose el día 3 del mismo mes a escuchar en declaración a Luis Carlos López Guzmán, quien afirmó haber presenciado los hechos, señalando como autores del homicidio a dos sujetos desconocidos, razón por la cual de inmediato se dispuso la práctica de un reconocimiento en fila de personas, nombrándose nuevamente como defensor oficioso de los procesados al ciudadano Luis Alfonso Rey Gutiérrez, reconociendo el testigo a Jorge Luis como la persona que acompañaba al individuo que disparó contra Luis Fernando Trujillo, esto es, quien fuera señalado en su versión como "mechudo", afirmando al respecto que probablemente se encontraría en la fila pero que habría cambiado el aspecto, esto es, se había peluqueado y vestía ropa diferente, dejando igualmente constancia que la persona que vio en el despacho cuando compareció a rendir declaración, fue la culpable de que se iniciara el problema, refiriéndose, aclaró el despacho, a Germán Guerra Zárate.

Ese mismo día se definió la situación jurídica de los procesados afectándolos con medida de aseguramiento de detención preventiva, a José Ferney como autor del delito de homicidio y a Jorge Luis por el de porte ilegal de armas para la defensa personal, otorgándole a éste último la libertad provisional bajo caución juratoria, decisión de la que se notificó personalmente el doctor Argemiro Olaya.

Así, durante esta fase investigativa se allegó proveniente de la Fiscalía 18 Permanente de Acacías, el acta sobre la inspección al cadáver de Carlos Fernando Trujillo Díaz, se recepcionó diversa prueba testimonial, se obtuvo el resultado sobre el examen de alcoholemia del occiso en el que se reportó que tenía una concentración de 77.930 mg, y se efectuó una inspección al lugar donde sucedieron los hechos con la intervención de los testigos William Alberto Basto y Ana María Garzón Romero, quienes indicaron los lugares desde donde percibieron la ocurrencia de los acontecimientos.

Perfeccionada entonces la investigación, a petición del defensor de confianza de los procesados, el 18 de noviembre de 1993 se decretó su cierre

y el 15 de diciembre del mismo año se profirió resolución acusatoria en contra de José Ferney Bermúdez Agudelo por los delitos de homicidio agravado por la indefensión de la víctima y porte ilegal de armas para la defensa personal; y de Jorge Luis únicamente por el punible contra la seguridad pública, decisión que fue recurrida en apelación por el defensor de los acusados y confirmada el 8 de febrero de 1994, por la Fiscalía Segunda Delegada ante el Tribunal de Villavicencio.

En la etapa del juicio se decretaron y practicaron todas las pruebas solicitadas por la defensa y una vez realizada la audiencia pública se profirió la sentencia de primer grado, la cual recibió confirmación del Tribunal, al desatar la apelación interpuesta por el defensor de los procesados.

LA DEMANDA:

Cargo principal

Con sustento en la causal tercera de casación, acusa el libelista el fallo de segundo grado de haberse proferido en un juicio viciado de nulidad por vulneración del derecho a la defensa del procesado José Ferney Bermúdez Agudelo, por "pretermitirse los artículos 1º, 148 y 358, todos del Código de Procedimiento Penal".

Para el demandante se quebrantó el derecho a la defensa técnica del procesado al habérsele escuchado en indagatoria y practicado el reconocimiento en fila de personas con la asistencia del ciudadano Luis Alberto Rey Gutiérrez, no obstante que ese mismo día, 31 de agosto de 1993 a las 9:05 a.m., el Dr. Argemiro Olaya Parrado presentó a la Fiscalía el poder conferido por Bermúdez Agudelo como su abogado de confianza, esto es, horas antes de que se cumpliera dicha diligencia, que lo fue a las 4:15 p.m., sin que se dejase constancia alguna en el sentido de que se intentó su comparecencia.

En apoyo de sus afirmaciones, recuerda que en fallos del 21 de julio de 1983, 26 de junio de 1984 y 9 de junio de 1992, la Corte encontró fundada esta causal en casos similares al presente, pasando de inmediato a reiterar lo anotado en precedencia, afirmando con apoyo en lo previsto en el artículo 386 del C.P.P., que no era necesario que el Fiscal desatendiera la voluntad del procesado de estar asistido en la indagatoria por su abogado de confianza, como así expresamente se manifestó en el poder, pues habiéndose puesto a disposición del funcionario instructor el 30 de agosto de 1993, proceder al día siguiente a su vinculación sin la asistencia técnica resultaba apresurado, pues contaba aún el Fiscal con dos días más para evacuar dicha diligencia respetando la designación hecha por el imputado, máxime si se tiene en cuenta que de acuerdo con la legislación vigente de la época, la designación del defensor de oficio, y concretamente

la de un ciudadano honorable, si bien era procedente, lo era en forma residual.

Pasa entonces a reproducir los apartes pertinentes de los artículos 1º, 358, 368 y 355 del C.P.P., concluyendo que fue arbitraria la designación que hiciera la Fiscalía del ciudadano Rey Gutiérrez como defensor oficioso de José Ferney Bermúdez tanto para la indagatoria como para el reconocimiento en fila de personas, pues no hizo ningún intento por lograr la asistencia del abogado de confianza, lo cual, dice, no era difícil si se considera que la población de Acacías es relativamente pequeña y el Dr. Olaya Parrado había demostrado desde tempranas horas su clara voluntad de participar en ella y además, reitera, no había ningún apremio de tiempo para que se llevara a cabo el día 31 de agosto, toda vez que, aún contaba el Fiscal con dos días más para recepcionarla dentro de los términos legales.

Así, luego de hacer algunas consideraciones en torno a la importancia y prioridad de la designación del defensor de confianza por parte del procesado, frente a la oficiosa que le hiciera la Fiscalía en este caso, pasa a referirse al contenido del artículo 148 del C.P.P., precisando que si bien dicha disposición permitía el nombramiento de un ciudadano honorable para que cumpliera la labor de defensor en la indagatoria, su procedencia sólo era viable ante la imposibilidad de contar con la presencia del abogado de confianza o de uno de oficio, pues dicha preceptiva legal, para entonces, guardaba coherencia con lo previsto sobre el tema en el Decreto 196 de 1971, el cual, aclara, fue expedido bajo el imperio de la Constitución de 1886.

Y para corroborar sus apreciaciones al respecto, afirma que la jurisprudencia de esta Sala se ha pronunciado sobre la interpretación de dichos preceptos legales, transcribiendo al efecto extensos apartes de decisiones en las que se ha referido a la importancia de la diligencia de indagatoria y de la presencia en ella de un profesional del derecho que atienda los intereses del procesado, siendo entonces la designación de un ciudadano, la medida más extrema, cuando objetivamente se han agotado todos los medios para procurar la asistencia de un abogado titulado.

Enfatiza, además, que no existe justificación válida para que se sustituyera "abusivamente" al abogado nombrado por el procesado para que asumiera su defensa desde la indagatoria por el ciudadano Luis Antonio Rey, no solo porque el hecho de que en Acacías exista juzgado de Circuito por sí solo demuestra la actividad de otros abogados, sino porque el profesional que asistió también oficiosamente a Jorge Luis Bermúdez, "habría podido asumir el encargo con mayor solvencia y sin las taras ahora alegadas aquí, no obstante que también había nombrado al Dr. Olaya como su defensor", destacando al efecto, que, "observada la caligrafía del Sr. Rey Gutiérrez, y sin ser peritos grafólogos, se infiere meridianamente

que escasamente sabe firmar", pues no obstante su honorabilidad, ello no representaba suficiente garantía de defensa técnica, máxime, en cuanto a la trascendencia que tiene frente al proceso la diligencia de indagatoria como medio de defensa del sindicado ante las imputaciones del Estado, pasando de inmediato a reproducir apartes de la Sentencia C-071 de 1995 en la que la Corte Constitucional analizó lo pertinente a las cualidades y calidades que debe ostentar quien asume en un proceso penal la representación de los intereses del acusado, lo cual, a su turno, le sirve de sustento para afirmar que en este caso no es posible sostener que la actuación posterior convalidó dicha irregularidad, como que en los términos de la jurisprudencia citada, se trata de una nulidad insubsanable.

En consecuencia, solicita "se case la sentencia y en su lugar se declare la nulidad de las siguientes actuaciones: indagatoria, resolución de situación jurídica, resolución de cierre de la investigación, resolución de acusación, audiencia pública en sus dos sesiones, Sentencias de primera y segunda instancias, respecto de José Ferney Bermúdez Agudelo."

Cargo subsidiario

Al amparo del cuerpo segundo de la causal primera de casación, propone el demandante este reproche, acusando el fallo de segunda instancia de violar indirectamente y por error de hecho en la modalidad de falso juicio de identidad, los artículos 2º, 5º, 35, 40 y 41 del C. P. y 246 y 254 del C. P. P., que dice, "fueron desconocidos".

Para demostrar el yerro aducido, advierte que previamente se ocupará de las pruebas en que se sustentaron los fallos de primera y segunda instancia, señalando respecto del proferido por el *a quo*, que en éste, la ocurrencia del hecho homicida se determinó a través de la historia clínica, el acta del levantamiento del cadáver y el registro civil de defunción, y el porte ilegal de armas con la información suministrada por el Ejército Nacional y el decomiso del arma, mientras que la responsabilidad de José Ferney en el delito contra la vida se sustentó en la consideración de conformidad con la cual, entre los hermanos Bermúdez Agudelo y el grupo de Carlos Trujillo Díaz -el occiso- hubo un enfrentamiento que se suscitó a raíz del lanzamiento de una botella que hicieran los segundos a los procesados, generándose un cruce golpes y puños entre Jorge Luis y Trujillo Díaz, momento que aprovechó José Ferney para dispararle al primero. Igualmente, dice el casacionista, que en este fallo se desecha la posibilidad de un eventual exceso en la legítima defensa por estimar el juez de primer grado, que no hubo sorpresa en el supuesto atraco mencionado por los incriminados, considerando a su turno que las versiones de aquellos son "inciertas y no probantes", sustentando la culpabilidad en la fuga que emprendieron una vez resultó herido Trujillo Díaz, así como en la presencia de varios indicios que se atribuyen en su contra. Y, en cuanto al porte ilegal del arma, todo se redujo a tener la imposibilidad de demostrar

el procesado su tenencia legítima como prueba para imputársele tal delito.

Pasa a renglón seguido a relacionar las pruebas recaudadas en la investigación, refiriéndose a "lo que aportan sobre los hechos", lo sostenido por el juzgado y lo que, a su juicio, es su correcta apreciación.

En cuanto al fallo de segunda instancia, esto es, el que es objeto de ataque en casación, precisa que si bien, en lo que toca al porte ilegal del arma el Tribunal no relaciona las pruebas en que se apoya, de su contenido se desprende que se remite a lo consignado en el de primer grado, siguiendo también los argumentos allí expuestos en cuanto a la negativa de reconocerle a su defendido la legítima defensa en exceso con el argumento de que no hay prueba que respalde la posición de los procesados, ni tampoco de lo probado se desprende que la vida de Jorge Luis estuviese en peligro, ya que, "simplemente éste reñía con Trujillo Díaz, momento en que le disparó José Ferney Bermúdez Agudelo".

Pasa así a referirse a la versión de Luis Carlos López Guzmán, de quien afirma, que al haber sostenido que luego de ir al baño, salió y en ese momento ya estaban alegando por "una quebrada de una botella", que un individuo que había sido "chimbero" intervino para que no continuaran, que se fueron y los comenzaron a insultar, momento en que el hoy occiso, Carlos Fernando Trujillo y el Chato, John Alexánder Gutiérrez Bastos, se fueron para la esquina, es evidente que fue tergiversada por el sentenciador, dado que, "si el común de la gente entendemos por alegar, manifestaciones de manera verbal, cómo es que el sentenciador de Alzada desfigura la realidad de estar hablando con la de liarse a golpes con otro, pues a folio 45 del cuaderno de segunda instancia concluye: sólo que se suscitó una pelea en la cual tomó parte activa el hoy occiso Carlos Fernando Trujillo Díaz", pues de acuerdo con la narración de este deponente lo que se colige es que no se concretó pelea alguna porque además se fueron, desapareciendo cualquier intento de enfrentamiento, ya que cuando López Guzmán afirma que el Trujillo Díaz se fue con el Chato, lo que está es denotando la ocurrencia de dos momentos en la secuencia de los hechos, siendo el segundo instante aquél en que la víctima va en persecución del procesado para atacarlo a él y a su hermano.

En cuanto a lo afirmado bajo juramento por Jorge Ignacio Suárez Velásquez, quien dijo que cuando lanzaron la botella que cayó a los pies de Trujillo Díaz, éste y sus amigos los acusaron -a él y a los hermanos Bermúdez- de ser los autores de tal hecho, dice el demandante que si bien el sentenciador transcribió "lo que considera fundamento para que se constituya en pelea (Cfr. fl. 45), lo cierto es que, desfigura nuevamente la prueba", a pesar de ser evidente el afán del testigo y de los hermanos Bermúdez por evitar un enfrentamiento.

Sobre la declaración de William Alberto Basto León, quien según la valoración del *ad quem*, en la ampliación de su testimonio dijo que la víctima salió primero a la calle acompañado de dos personas, que estaban disgustando con otros dos y que al parecer inicialmente se dieron golpes, luego los hoy enjuiciados se fueron hacia la esquina y los otros los siguieron, "peleaban (sic) los dos que están presos contra el finado, mientras que los amigos de éste evitaban la pelea (Cfr.44 Segunda Instancia)", mientras que, dice el actor, si se observa lo sostenido en su primera intervención, que lo fue dos días después de ocurridos los hechos, dicha declaración "pierde toda coherencia", pues de su contenido bien puede colegirse que no presenció ni el origen ni el desarrollo de los hechos, sino su desenlace.

También, asegura, se tergiversó lo afirmado en la diligencia de inspección judicial por Ana María Garzón Romero, pues según la sentencia, ésta afirmó que si lo sostenido por los hermanos Bermúdez Agudelo fuera cierto, al día siguiente a la ocurrencia de los hechos, en la plaza de mercado le hubiera dicho a la policía que el hoy occiso y sus amigos pretendían atracar a los encartados, que la pelea fue a puños y que Trujillo Díaz se encontraba escuchando vallenatos cuando los otros lo llamaron y fue ahí, cuando comenzó la gresca.

Para demostrar lo que, a su modo de ver, objetivamente se desprende de dicha prueba, se remite el demandante a lo expuesto en relación con la sentencia de primera instancia donde se concluye que dicha testigo "no vio lo que al fin de cuentas, lo que dice que vio según lo consignado en la sentencia"; de ahí que, asegura, la propia sentencia admite que no se estableció cuál fue el origen de la pelea, pues lo que manifiesta la señora Romero es lo que intuye por ser vecina del lugar donde ocurrieron los hechos y conocía a los compañeros de Trujillo Díaz, de quienes afirmó "son ladrones reconocidos".

Pasa, entonces, a señalar la "prueba no atendida por los juzgadores", refiriéndose en primer término al informe de Policía en el que se dejó constancia que los hermanos Bermúdez Agudelo reconocieron ser los autores de la lesión; mencionando igualmente que en la diligencia de indagatoria José Ferney sostuvo que lo único que hicieron fue defenderse y que procedió así, "cuando miré que a mi hermano lo querían fregar"; y que Jorge Luis por su parte, manifestó que las personas que salieron del establecimiento estaban armados con picos de botella; Germán Guerra Zárate, alias el suro, dijo en su declaración que fueron atacados sorpresivamente en la calle; José Ignacio Suárez que escuchó cuando Ferney le dijo a su hermano "camine porque nos van a atracar" y cuando un tal Chato expresó "gonorrea voy a matar a uno de estos". De la misma manera, tanto los testigos como los Policías que rindieron el informe, dice, coincidieron en sostener que los hechos ocurrieron aproximadamente a las 11 de la noche en la zona de tolerancia de Acacías.

Se refiere a continuación nuevamente a que los hechos se fraccionan en dos momentos distintos, el primero, cuando tienen el encuentro los hermanos Bermúdez Agudelo con el occiso y sus amigos, y el segundo, cuando son atacados por aquellos, afirmando inexplicablemente que "de entrada tanto el Funcionario instructor como los juzgadores de primera y segunda instancia han restado cualquier credibilidad a los testigos Germán Zárate, Jorge Ignacio Suárez Velásquez y a las versiones de los procesados en sus injuradas, así como desconocido las manifestaciones de los testigos que hacían parte del grupo de Trujillo Díaz y que son coincidentes con los del grupo de los hermanos Bermúdez Agudelo, piezas todas estas que aportan datos de trascendencia", pues conforme a la sana crítica no es suficiente desechar la prueba con el argumento de que intentan favorecer, son inciertas o desvirtuadas.

De no haber mediado tales yerros, concluye, que el fallador habría absuelto a José Ferney por encontrar que actuó bajo el error invencible de que su conducta estaba amparada por la causal de justificación de la legítima defensa, atendida la hora en que ocurrieron los hechos, el lugar, las frases amenazantes y la calidad de los compañeros de Trujillo Díaz.

Solicita, en consecuencia, se case el fallo impugnado y se absuelva al procesado del delito de homicidio simple.

Concepto del Procurador Tercero Delegado en lo Penal

Cargo principal

Partiendo de un análisis sobre el orden prevalente que debe existir entre la designación del apoderado de confianza y el ciudadano honorable para la asistencia del imputado en la diligencia de indagatoria, el Delegado precisa que:

"El respeto a la voluntad del incriminado en lo relativo a la defensa técnica, empero, entra en tensión con el interés que el estado tiene para administrar una pronta y cumplida justicia, en cuyo proceso se han de respetar otros derechos del implicado, tales como la definición de su situación frente al proceso, dentro de términos legalmente definidos. De esta forma la propia ley impide la inmovilidad de la actuación procesal por deseo expreso o tácito de la defensa, resolviendo el conflicto enunciado en favor de los derechos del implicado, para lo cual autoriza la intervención del defensor de oficio para cualquier otro evento distinto a los anteriormente enunciados; genera, con el carácter de ineludible, la obligación de prestar el servicio de defensor de oficio (artículo 147 del Código de Procedimiento Penal) y habilita a algunas personas no profesionales para la atención de las causas penales (artículo 146 *ibidem*).

El interés de continuar con la actuación no es solamente del estado, quien no puede estar a disposición de las autoridades judiciales por tiem-

po indeterminado sin que se le oiga en indagatoria o sin que se le resuelva su situación jurídica, provisional o definitivamente.

Por ello, cuando el defensor expresamente nombrado por el implicado no atiende sus deberes, es legal y legítimo que la autoridad judicial competente provea a las necesidades de la defensa técnica-aún cuando el sindicado se niegue a recibir atención profesional- y designe a quien debe velar por la protección de las garantías procesales del acusado.

Bajo esta perspectiva, la ausencia del defensor designado en una o varias diligencias, no constituye por sí misma violación del derecho a la defensa o muestra irrespeto a la voluntad del implicado y consiguientemente, una causa para invalidar las diligencias o actuaciones cumplidas. Para que pueda prosperar una alegación de tal naturaleza, se debe demostrar que el funcionario judicial, de alguna forma, coartó la intervención de la defensa técnica; que impuso al procesado un representante judicial contrariando las disposiciones legales, o bien, que la provisión de la defensa técnica de oficio constituyó una manera de evadir los controles a su actuación o de quebrantar las garantías del acusado."

Pasa, entonces, a relacionar cronológicamente las actuaciones que se llevaron a cabo desde la fecha de la captura de los hermanos Bermúdez Agudelo hasta cuando se les resolvió la situación jurídica, destacando aquellas en las que se designó como defensor oficioso de los encausados a un ciudadano honorable, para enfatizar cómo el defensor de confianza asumió plenamente el cumplimiento de sus deberes a partir de la notificación personal que se le hiciera del proveído citado, circunstancia a partir de la cual concluye el Procurador, se evidencia que no fue arbitrario el proceder del Fiscal al designar el defensor oficioso, tanto para la indagatoria como para el reconocimiento en fila de presos, pues ello se debió "a las necesidades de la investigación y a la protección de las garantías procesales del incriminado, pues su defensor no se hizo presente a las instalaciones de esa oficina judicial en las oportunidades debidas, sin explicación alguna y a pesar de que contaba con las condiciones procesales para hacerlo", no obstante que mediante resolución del 30 de agosto de 1993 se señaló la hora de las 4:15 p.m. del día 31 para escuchar en injurada a José Erney, esto es, antes de que el doctor Parrado presentara el poder que lo acreditaba como defensor de aquél, debiéndose tener en cuenta que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 142 del Código de Procedimiento Penal, a partir de ese momento comienza la actuación del abogado y por ende, pudo enterarse de la decisión. Además, agrega, el Fiscal no estaba obligado a enviarle citación con tal fin, puesto que ninguna norma procesal le exigía proceder de esa manera.

En el mismo sentido, agrega, el procesado no hizo ninguna manifestación sobre el presunto desconocimiento de la designación que hiciera de su abogado respecto a la fecha y hora de tal diligencia ni solicitó su aplazamiento, ni tampoco con posterioridad el propio defensor manifestó inconformidad con dicho procedimiento, pues todo demuestra que el profesional a quien el procesado le otorgó poder para que lo representara no compareció oportunamente al proceso ni se excusó de ello, debiendo entonces el Estado actuar de conformidad; por esta razón, sostiene el Ministerio Público, que pretender la nulidad después de agotado todo el proceso, no es menos que un acto de deslealtad procesal.

En cuanto al argumento relativo a que para la fecha en que se vinculó a José Ferney aún faltaban dos días para que dentro de los términos legales se cumpliera dicho acto, para el Delegado, no deja de ser un planteamiento sofístico, "pues si bien tal situación se presentó, no es menos cierto que el defensor, luego de la presentación del poder, no se apersonó del caso sino hasta el momento de la notificación de la providencia que resolvió la situación jurídica a los indagados, con lo cual se advierte que no era su voluntad asumir plenamente el cumplimiento de sus deberes inmediatamente a la presentación del poder.".

Tampoco, explica, la subsistencia de los términos procesales conlleva a la inactividad procesal ni autoriza al funcionario para abstenerse de escuchar en indagatoria al imputado, ni mucho menos es obligatorio que los actos deban cumplirse en el última día del término previsto para ello, porque la ley así no lo prevé.

Finalmente, precisa que con la entrada en vigencia de la Carta Política de 1991, se generó un "enfrentamiento" entre el artículo 29 de la Carta Política y el 148 del C.P.P., pues mientras la disposición constitucional garantiza el derecho a la defensa técnica bajo el entendido de que sólo puede llevarse a cabo por un abogado, la norma procesal habilitaba a los ciudadanos honorables para cumplir dicha función en la diligencia de indagatoria sin que ello implicara la ineficacia del acto procesal, no estando los funcionarios que bajo su imperio así actuaron obligados a declarar la excepción de inconstitucionalidad, pues, para entonces se presumía su conformidad con la norma de normas.

En el caso presente, debe tenerse en cuenta, entonces, que habiéndose declarado la inconstitucionalidad del artículo 148 del Código de Procedimiento Penal por la Corte Constitucional mediante sentencia C-049/96, la nulidad aducida por el petente sólo sería posible si la indagatoria de Bermúdez Agudelo se hubiera cumplido con posterioridad a ella, puesto que esa clase de fallos, tienen efectos *erga omnes* y sus efectos lo son hacia el futuro.

Así, a juicio del Delegado, el cargo no debe prosperar.

Cargo subsidiario

Advierte en primer lugar el representante del Ministerio Público, que con abandono del rigor propio de la técnica que orienta este recurso, el demandante ataca la sentencia de primer grado desconociendo que los yerros acusables en esta sede lo son contra el fallo de segunda instancia, omitiendo fundamentar la alegada violación a la ley sustancial, pues si bien señala algunas normas que tacha de ignoradas por el juzgador, incurre en una contradicción al hacer extensivo dicho predicado a los artículo 2,5, 35,36, 40.3 y 41 del Código Penal y 246 y 254 del Código de Procedimiento Penal, pues si se acusa al sentenciador de omitir la aplicación de la norma relativa al dolo, no es posible decir lo mismo del artículo 40.3 del Estatuto Sustantivo.

De otra parte, esto es, en cuanto al contenido probatorio de la censura, precisa el Delegado que aún en el evento de obviarse las deficiencias técnicas del libelo, tampoco tiene razón el demandante en sus proposiciones, como que únicamente destacó algunas contradicciones entre los contenidos de las pruebas y las conclusiones del fallador, sin argumentar de qué manera se quebrantó la ley.

En este sentido, resalta el desatino del censor al referirse al testimonio de Luis Carlos López Guzmán, de quien hace una cita incompleta con el ánimo de convencer a la Corte de que lo narrado por él fue un conato de pelea, o más bien una discusión que el Tribunal sin justificación alguna convirtió en confrontación física, afirmación que, dice el Delegado, queda totalmente desvirtuada por lo narrado por el propio testigo al narrar que la víctima cogió a uno de ellos, de los del grupo de Bermúdez, para que pelearan a mano limpia, con el propósito de tumbarlo.

De Jorge Ignacio Velásquez, el demandante simplemente pone de presente lo que narró en la declaración y la forma como fue apreciada por el Tribunal mostrándose de acuerdo con ello, pero reiterando que no acepta la conclusión de que se suscitó una riña.

En cuanto a William Alberto Basto León, no demuestra el censor distorsión alguna, pues aparte de que admite que el *ad quem* la valoró en estricto sentido, pretende establecer el yerro con el argumento de que el testigo no presenció los hechos, afirmación que no encuentra soporte en el acta respectiva, pues tanto en la primera como en la segunda intervención dicho deponente aseveró que percibió el problema que desencadenó con la muerte de Trujillo Díaz, exponiendo algunas incidencias que le permitieron al juzgador concluir firmemente la forma como ocurrieron los acontecimientos delictuosos.

Tampoco demuestra tergiversación alguna de la declaración de Ana María Garzón Romero, reduciéndose los esfuerzos del casacionista a una contraposición de su criterio con el del sentenciador.

Solicita, en consecuencia, no casar el fallo impugnado.

CONSIDERACIONES

Cargo principal

Propone el demandante este cargo por violación al derecho a la defensa técnica, que dice, se quebrantó al desconocerse por la Fiscalía la designación que hiciera José Ferney Bermúdez Agudelo de un abogado de su confianza, pues a su juicio, fue arbitrariamente sustituido por uno oficioso que además no tenía la calidad de abogado y con quien se surtió la diligencia de indagatoria y la de reconocimiento en fila de personas.

Dos son pues, las razones sobre las que el casacionista estructura la nulidad alegada, una la forma arbitraria como se desconoció la voluntad del sindicado de estar asistido por un abogado titulado en la indagatoria y subsiguiente actuación procesal según designación que él mismo hiciera, lo cual, dice, encuentra demostración en el hecho de que el mismo día en que se llevó a cabo tal diligencia el doctor Argemiro Parrado presentó en horas de la mañana el poder que lo acreditaba como defensor de confianza del procesado y no obstante ello, procedió a nombrársele un defensor de oficio sin antes hacer lo necesario para lograr su comparecencia, pudiendo esperar a lograrlo, habida cuenta que aún restaban dos días del término legal para la vinculación del imputado.

El segundo motivo, si bien tiene estrecha e inescindible relación con el anterior, lo hace consistir el demandante en la calidad de la persona designada por la Fiscalía para ejercer la defensa oficiosa tanto en la indagatoria como en el reconocimiento en fila de personas, pues se trata de un ciudadano honorable, de cuyos rasgos caligráficos, sostiene, es claro que escasamente sabía firmar.

En estas condiciones, y atendida la secuencia procesal, corresponde a la Sala determinar si la actuación de la Fiscalía en este sentido fue arbitraria y por ende, atentatoria del derecho a la defensa técnica del procesado José Ferney Bemúdez Agudelo. Veamos:

a. *Sustitución de la voluntad del procesado:*

Cierto es que uno de los primeros actos propios de la defensa material es la designación de un defensor de confianza, a lo que no puede oponerse ni mucho menos impedirlo el Estado, pues siendo éste uno de los derechos más trascendentes e importantes no solo dentro del concepto del debido proceso legal, sino de la legitimación del ejercicio del poder punitivo, es claro, que de acuerdo con nuestra legislación vigente, el nombramiento del apoderado es ante todo decisión del imputado.

Tal derecho-garantía que es de carácter público y subjetivo, es además irrenunciable de parte de su titular, tanto que se convierte en una

obligación para el Estado la provisión de la defensa en caso de que el procesado no quiera o no pueda costear los gastos que demanda la asistencia de un abogado de confianza, razón por la cual, es la defensoría pública la primera en ser la llamada a cumplir la labor de la asistencia legal gratuita, o en su defecto, la defensa de oficio, que como cumplimiento del deber constitucional de la solidaridad y colaboración con las autoridades de la República, deben aceptar los abogados litigantes.

Así, debe recordarse que antes de la inexequibilidad del inciso primero del artículo 148 del Código de Procedimiento Penal, declarada por la Corte Constitucional mediante sentencia C-049 del 9 de febrero de 1996, la ley procedimental habilitaba a personas de reconocida honorabilidad para el cumplimiento de la función defensiva en la diligencia indagatoria en aquellos eventos en los que no fuese posible contar con ninguna de las modalidades de asistencia letrada.

El fundamento entonces de tal derecho constitucional emerge de la necesidad de permitir al procesado el ejercicio de la contradicción frente a las imputaciones que se hagan y las pruebas en que se sustenten las mismas, lo cual, y esto ha sido el motivo de la polémica suscitada a partir de la entrada en vigencia de la constitución de 1991, se aspira a que en todos los casos sea ejercido por un profesional del derecho.

Así las cosas, es claro que el derecho a la defensa técnica se vulnera cuando de manera caprichosa o arbitraria se impide al imputado no solo designar un defensor de su confianza o cuando se le impide a dicho profesional ejercer libremente y dentro de los cánones propios de la ética profesional el mandato otorgado, o cuando no pudiendo éste asumir los costos de los servicios de un abogado el Estado no cumple con su obligación de proveerlo bien mediante los abogados contratados por la defensoría pública, o con un defensor de oficio, o, en vigencia del inciso 1º del artículo 148 del Código de Procedimiento Penal, con la asistencia de un ciudadano de reconocida honorabilidad para efectos de la diligencia de indagatoria.

Ahora bien, en este caso se discute la actuación de la Fiscalía, bajo el entendido que no era necesario acudir a la asistencia oficiosa para la defensa de Bermúdez Agudelo para la recepción de su indagatoria porque con anterioridad al cumplimiento de dicha diligencia había conferido poder a un abogado titulado, respecto de quien no se hicieron las diligencias suficientes para lograr su comparecencia, pues de ello no se dejó constancia en el acta y además no se confió dicha función a un profesional del derecho sino a una persona que escasamente sabe firmar.

Así las cosas, necesario es precisar, que en la presentación que de la censura hace el demandante omite mencionar que una vez puestos los capturados a disposición de la Unidad de Fiscalías de Acacías junto con el

informe de la Policía de la misma localidad sobre la ocurrencia de los hechos, documentos que fueron recibidos a las 5:50p.m. del 30 de agosto de 1993, al siguiente día, esto es, el 31, se profirió la resolución de apertura de la investigación señalando la hora de las 4:00 p.m. de ese día para escuchar en indagatoria a José Ferney y las 9 a.m. del primero de septiembre del mismo año para la de Jorge Luis, los cuales hacían parte del expediente para el momento en que el doctor Argemiro Olaya presentó los poderes conferidos por los hermanos Bermúdez Agudelo, sin que pueda sostenerse, porque de ello no hay ningún elemento de juicio que así lo permita inferir, que dicho abogado no se enteró de la hora en que, ese mismo día, se llevaría a cabo la indagatoria de José Ferney, pues si bien para ese momento no podía tener acceso al expediente por no haberse aún vinculado legalmente al proceso a los imputados, las circunstancias que rodearon la práctica de dichas diligencias demuestran todo lo contrario, esto es, que previamente se había entrevistado con los hermanos Bermúdez Agudelo comprometiéndose a asistirlos en sus descargos, como así queda revelado por aquellos en las actas respectivas, debiéndose destacar cómo al informársele a José Ferney su derecho a nombrar un profesional que lo representara en ese acto procesal respondió que, "...el abogado a quien le dio poder Dr. Argemiro Olaya no se hecho (sic) presente, a lo cual el despacho procede a nombrarle oficiosamente al señor...", lo que no significa cosa distinta a que esperaba su presencia en ella, circunstancia definitivamente corroborada cuando, al día siguiente, esto es, el referido primero de septiembre de 1993, en el acta de la indagatoria de Jorge Luis Bermúdez, consta que al hacérsele saber el derecho a nombrar un abogado, respondió que, "ya tiene nombrado un abogado pero quedó de venir ayer y no se hizo presente".

Nada indica pues que se haya actuado en contravía de la voluntad del procesado o que la designación de una persona de reconocida honorabilidad obedeciera al simple y arbitrario capricho del investigador, ya que no tenía el imperativo de preocuparse por asegurar la presencia de un abogado para dicha diligencia porque aquél ya había designado uno de su confianza, debiéndose tener en cuenta no solo que la diligencia se inició a las 4:15 de la tarde, lo que hacía más difícil la posibilidad de contar con un defensor técnico, sino que ante tal eventualidad y no habiendo un profesional del derecho que pudiese asumir oficiosamente la defensa durante la indagatoria se vio precisado a aplicar lo previsto en el inciso primero del artículo 148 del Código de Procedimiento Penal vigente para entonces, debiéndose presumir la buena fe en tal proceder, como precisamente lo demuestra lo sucedido en la indagatoria de JORGE LUIS llevada a cabo en horas de la mañana del primero de septiembre de 1993, a la que tampoco se hiciera presente el Dr. Olaya Parrado, surgiendo nuevamente la necesidad de proveer un defensor oficioso, que en esta oportunidad recayó en un litigante titulado, siendo ello indicativo que ante la carencia de defensores públicos en Acacías y habiéndole sido posible contar para

ese acto procesal con un profesional del derecho, así lo hizo, descartando la colaboración a un ciudadano honorable para esos efectos, como debió hacerlo para la primera injurada, con lo cual se desvirtúan las afirmaciones del casacionista, cuando partiendo de un insuitado argumento contrario, pareciera presumir la mala fe del funcionario para dar a entender que precisamente de la designación del abogado oficioso en la indagatoria de Jorge Luis pone de presente que sí existía tal posibilidad para el momento en que José Ferney hubo de responder a las imputaciones que pesaban en su contra.

Además, José Ferney tampoco se negó a rendir la diligencia, aceptando por el contrario, que en ese acto procesal lo asistiera el ciudadano Luis Alberto Rey Gutiérrez, ni tal proceder de la Fiscalía fue cuestionado por el Dr. Olaya Parrado quien estuvo a cargo de la defensa hasta la apelación de la sentencia de primer grado. Cosa distinta es que dicho profesional no asumiera desde un comienzo sus deberes de defensor con la diligencia y la atención necesarias, pues, como con razonable y acertado criterio lo sostiene el Procurador Delegado, su actitud posterior, pone de presente que comenzó a ejercer sus funciones sólo a partir de la fecha en que se le notificó personalmente la resolución que definió la situación jurídica de los procesados.

Ahora, lo pertinente al tiempo que le restaba al Fiscal para llevar a cabo dicha diligencia, no significa nada distinto a que la misma se hizo dentro del término legal, pues no se pueden construir a ultranza argumentos de lo que no podía preveerse en el momento en que sucedió, pues el hecho de que para la indagatoria de Jorge Luis se hubiese podido contar la presencia de un abogado que actuó de oficio, no significa ahora, que el Fiscal actuó precipitadamente como se anotó en precedencia, debiéndose además considerar la incidencia que tenía en el caso concreto el hecho de que se tratara de dos personas capturadas cuya vinculación debía llevarse a cabo dentro de los términos legales, con el ítem de que también se daba la necesidad de evacuar las pruebas que surgían como necesarias de los hechos puestos en conocimiento para proceder a resolver, también oportunamente la situación jurídica de los procesados, que se profirió el día quinto después que fueran dejados a disposición del funcionario competente, pues de lo contrario paradójicamente se incurriría en el contrasentido de que por haber obrado dentro de los términos legales y conforme a las disposiciones vigentes, se imponga la anulación de lo que en su momento era procedente y debido.

b. *La calidad del defensor de oficio*

En lo que concierne a este segundo argumento del censor, ya la jurisprudencia ha tenido la oportunidad de precisar que las diligencias cumplidas bajo su vigencia no vician de nulidad la actuación, no solo porque para entonces se presumía válidamente la constitucionalidad del inciso

primero del artículo 148 del Código de Procedimiento Penal de 1993, sino porque, los efectos de la cosa juzgada constitucional a partir de la declaratoria de inexequibilidad de dicho precepto en febrero de 1996, solo es exigible a partir de dicho momento y no antes.

En este sentido, en sentencia del 26 de junio de 1996, con ponencia del Magistrado, doctor Ricardo Calvete Rangel, sostuvo la Sala:

"Así las cosas, la designación de la señorita Luz Dary Zárate V., ciudadana cuya profesión no se precisa en el acta de la diligencia, en ese momento no solo no constituía irregularidad alguna, sino que el funcionario obró así en cumplimiento de la ley, de manera que su posterior declaración de inconstitucionalidad produce efectos hacia el futuro, y no puede pretenderse, so pretexto de esa circunstancia sobreviniente, la nulidad de un proceso ajustado a la legislación vigente."

Y, es que además, si se quisiera argumentar en contra de esta postura que considerar válidas las diligencias de indagatoria practicadas con anterioridad al fallo de constitucionalidad y no las realizadas con posterioridad, generaría situaciones de desigualdad, máxime si ya anticipadamente la Corte Constitucional había anunciado la contrariedad del artículo 148 del Código de Procedimiento Penal con la Carta, habría de responderse que la fecha de la diligencia mencionada es anterior a la Sentencia de Unificación 044 del 9 de febrero de 1995, mediante la cual la Corte Constitucional hizo tal pronunciamiento, y además al no fijarse en la sentencia C-049/96 ningún alcance temporal específico, debe entenderse que sus efectos lo son a partir de dicha fecha, pues de conformidad con lo previsto en el artículo 45 de la Ley 270 de 1996, o Estatutaria de la Administración de Justicia, "Las sentencias que profiera la Corte Constitucional sobre los actos sujetos a su control en los términos del artículo 241 de la Constitución Política, tienen efectos hacia el futuro a menos que la Corte resuelva lo contrario".

Lo anterior, es igualmente predicable de la diligencia de reconocimiento en fila de personas, pues, de acuerdo a la secuencia de las actuaciones procesales surtidas hasta la resolución de la situación jurídica, no puede concluirse nada distinto al desinterés del abogado de confianza en los comienzos de la investigación, pues la atención prestada al proceso por parte del doctor Argemiro Olaya se vino a dar a partir del momento en que se notificó de dicho proveído, situación que, se repite, forzó al instructor a acudir a la colaboración del ciudadano Rey Gutiérrez, pues no se olvide que en cuanto a la práctica de esta diligencia, prescribe el artículo 368 del mismo Código, que "...deberá hacerse a la mayor brevedad posible aún dentro de la misma declaración del testigo, y a tal asistirá el defensor del sindicado quien podrá dejar constancia de lo ocurrido en la diligencia. Si aquél no se hallare en ese momento o no concurriere oportunamente, se nombrará un apoderado de oficio para el reconocimiento.".

Pero si lo que se quiere significar es que dicha diligencia aparte de demostrar el quebranto del derecho a la defensa, es también ilegal porque la autorización de entonces para la designación de un ciudadano honorable lo era únicamente para la declaración de indagatoria y no para este tipo de pruebas, el reproche tampoco tendría vocación de éxito, puesto que el planteamiento correspondería a la causal primera por falso juicio de legalidad, con la consecuente obligación del casacionista de demostrar que sin esa prueba ilegalmente aducida, la sentencia no se sostendría en su decisión condenatoria, lo cual, debe precisarse, tampoco alcanzaría a quebrar el fallo impugnado puesto que dicho medio de convicción no fue valorado por los juzgadores.

No prospera el cargo.

Cargo subsidiario

Desentendido por completo de la técnica que rige este extraordinario recurso, propone el defensor del procesado este cargo al amparo de la causal primera, cuerpo segundo, aduciendo genéricamente una violación indirecta, que concreta en el "desconocimiento" de los artículos 2º, 5º, 35, 36, 40 y 41 del Código Penal y 246 y 247 del Código de Procedimiento Penal, como consecuencia de errores de identidad, pues a su juicio, los sentenciadores tergiversaron el contenido de las declaraciones de Luis Carlos López Guzmán, Jorge Ignacio Suárez Velásquez, William Alberto Basto León, Ana María Garzón Romero y Germán Guerra Zárate, concluyendo equivocadamente que los hechos se presentaron en una pelea desencadenada entre el grupo de los amigos del occiso y el de los hermanos Bermúdez, cuando en realidad lo que hubo fue una discusión, y la verdad que se desprende de tales versiones es que el grupo de Carlos Fernando Trujillo Díaz pretendía atracar a los procesados y a sus amigos, habiendo actuado JOSE FERNEY con el convencimiento errado de que su comportamiento estaba amparado por la causal de justificación de la legítima defensa, lo cual resulta fácil de comprender si se tiene en cuenta la hora, el lugar y las palabras amenazantes proferidas por la víctima y sus acompañantes.

Tal y como lo hace notar el Delegado, la primera crítica que merece esta censura tiene que ver con el hecho de dirigir inicialmente los reparos hacia el fallo de primera instancia, desconociendo no solo que el recurso de casación procede contra los fallos de segundo grado que profieran los Tribunales de Distrito Judicial, Penal Militar y Nacional y que éstos a su vez conforman una unidad inescindible con los de primera en todo aquello que no resulten modificados, como ocurre en este caso en el que si bien se revocó lo pertinente a la causal específica de agravación del homicidio, el Tribunal acogió in integrum las consideraciones del Juzgado en torno a la tipicidad del hecho y responsabilidad penal de José Ferney Bermúdez Agudelo.

De ahí que, el método escogido por el casacionista para demostrar los supuestos yerros alegados resulte desordenado, confuso y farragoso, no solo porque, como se afirmó en precedencia, ataca simultáneamente los dos fallos de las instancias, sino porque se limita a señalar como vulneradas un listado de normas, sosteniendo simplemente que fueron desconocidas, de lo que se impondría en principio colegir que aduce como sentido de la violación la exclusión del sentenciador de tales preceptos para aplicarlos al caso concreto, no obstante ser las que por recoger el supuesto fáctico legal, son las que regulan el caso específico.

Además, yerra el casacionista al señalar simultáneamente como no aplicados los artículos 1º., 3º., 35 y 36 del Código Penal, pues, precisamente porque al regularse en ellos lo pertinente al concepto de hecho punible, las formas de culpabilidad y la definición de dolo se contradice por completo frente a las pretensiones del ataque, en el que sus reparos están precisamente enderezados a cuestionar las conclusiones del fallador sobre la culpabilidad dolosa de Bermúdez Agudelo en el delito de homicidio, lo cual, a su turno, pone en contradicción tales preceptos con el artículo 40.3 del Código Penal, normas que en su contenido y alcance se excluyen, puesto que las primeras permiten sustentar que el hecho se cometió consciente y voluntariamente queriendo la producción del resultado criminoso finalmente obtenido y la última precisamente contiene una circunstancia que desvirtúa la existencia del dolo entendido como forma de culpabilidad, esto es, disculpa el comportamiento realizado dentro de esas precisas condiciones.

Tal confusión conceptual se patentiza con mayor énfasis en la pretendida demostración de los aducidos falsos juicios de identidad en los que, aparte de hacer de un índice de los testimonios analizados por los falladores y transcribir fuera de contexto algunas de las respuestas de los que considera tergiversados, así como de lo expuesto en la sentencia sobre su valor probatorio, enfrenta el censor las conclusiones que deduce a partir de su peculiar forma de apreciar las pruebas, con las contenidas en los fallos de instancia, desviando inevitablemente el ataque hacia el error de derecho por falso juicio de convicción, que, como tantas veces lo ha sostenido la jurisprudencia de la Sala, resulta de inane alegación porque nuestro sistema procesal penal no es tarifado, razón por la cual, los diversos medios de convicción deben juzgarse conforme a las reglas de la sana crítica, pues la ley no justiprecia medios de prueba como la testimonial que es, en este caso, el objeto de ataque.

Por lo anterior, debe recordarse que el error de hecho por falso juicio de identidad comporta un desacierto del juzgador en el proceso intelectivo de comprensión de un medio probatorio legal y oportunamente aportado al proceso, en su contenido material que bien puede presentarse porque se le hace decir lo que objetivamente no dice, o porque en la apreciación, que debe ser racional, el juez se aparta de manera ostensible, absurda y

caprichosa de las reglas de la ciencia y de la experiencia extrayendo conclusiones que riñen con la lógica.

Ninguno de tales eventos se presenta en el asunto objeto de decisión por cuanto, como ya se dijo, el censor enfrenta sus propias conclusiones, producto de su personal criterio valorativo en el que se ve forzado a descontextualizar lo que en realidad sostuvieron los testigos citados para sostener que son contradictorios, oponiéndose desde luego a las conclusiones de la sentencia que fueron el producto del análisis integral de las pruebas referidas.

En efecto, contradiciéndose en sus propias apreciaciones probatorias de las que deduce que únicamente hubo un conato de pelea en la que los dos grupos enfrentados se insultaron sin que hubiera agresión física, para concluir que el procesado actuó en legítima defensa acude, entre otras a la afirmación de José Ferney de que disparó porque a su hermano lo iban a "fregar", refiriéndose al momento en que la víctima intentó derribar a Jorge Luis, al tiempo que refiere como no apreciadas, los testimonios de Germán Guerra Zárate y José Ignacio Suárez que anteriormente citó como tergiversados, quienes a pesar de que tratan de respaldar a los procesados en su versión de que fueron atacados sorpresivamente, son contestes en sostener que José Ferney hizo el disparo cuando la víctima sujetaba por el cuello a Jorge Luis y por ende, actuó en legítima defensa, circunstancias que no fueron desatendidas por el fallador, pues del análisis conjunto de la prueba, incluyendo lo sostenido por los enjuiciados concluyó que:

"Sobre la posible legítima defensa que José Ferney Bermúdez hubo de utilizar para defender a su hermano Jorge Luis, tampoco existe en el proceso prueba que permita reconocerla. Nos cuenta Luis Carlos López Guzmán (ya citado arriba como integrante del grupo del hoy occiso y quien desmiente el atraco) que el ahora finado y Chato (John Alexander Gutiérrez Bastos) se fueron para la esquina detrás de los hoy sindicados; él y Juan los siguieron y ...'entonces fue cuando el finadito cogió uno de ellos para que no fuera bocón para que pelearan a mano limpia, entonces el finado lo abrazó a tumbarlo, entonces fue cuando el más alto, el de la pistola que es alto ...le disparó en la cabeza, y entonces tres de ellos de los que lo mataron arrancaron a correr ...'. Después de que se llevaron al herido para el hospital, hubo otra pelea entre ellos JUAN y otro de los que andaban con los Bermúdez, a quien aquél agredió para que le dijera quiénes habían matado al amigo. Sobre el momento del disparo, refirió: "...El finadito cogió a uno a tumbarlo por la fuerza, lo tomó por el pecho con ambos brazos, lo abrazó y entonces no lo alcanzó a tumbar bien, y cuando el finado lo soltó al que iba a tumbar, nosotros Juan y el Chato cogieron (sic) al finado para que no siguiera peleando y siguiera tomando y estaban parados hablando diciéndole que no más, y ahí fue cuando el man (sic) otro se le acercó y le disparó ...

José Ignacio Suárez Velásquez (también citado arriba, como acompañante de los Bermúdez) inicialmente dice que Jorge Luis estaba agarrado del cuello por el ahora occiso y también lo agarró el hermano del Chato por el cuello de la camisa, pero a ninguno le miró que esgrimiera armas. Se le hizo ver que otros testigos afirmaban que José Ferney disparó cuando ya a su hermano lo habían soltado, y respondió: '...Por eso digo que cuando él aflojó al hermano de Ferney fue cuando recibió el disparo....'.

Aunque pudiera concluirse que los testigos tratan de favorecer, cada cual a sus compañeros, lo que se llega a deducir de todas las declaraciones es que en el momento en que José Ferney decide sacar la pistola y disparar contra Carlos Fernando, no estaba puesta en peligro la vida de su hermano Jorge Luis. Este reñía con su oponente quien lo había soltado, según dicen algunos, sin que se le hubiera visto a Carlos Fernando o a sus amigos que esgrimían arma de cualquier tipo." (fs. 45 y 46 Cdno. Tribunal).

Menos aún le asiste razón al casacionista cuando señala como pruebas omitidas, aquellas que refieren que la víctima y sus acompañantes pretendían atacar a los Bermúdez Agudelo y a sus amigos con picos de botella, puesto que las únicas que refieren tal circunstancia son los testimonios extraprocesalmente rendidos por Efrey Alonso Torres y Leonel Méndez Guzmán ante el Juzgado Promiscuo Municipal de Acacías a petición del entonces defensor de los procesados, y aportados al proceso durante la sustentación oral de la apelación del fallo de primera instancia, a los cuales el Tribunal les restó credibilidad por cuanto tales versiones ofrecen "detalles que ninguna otra persona, ni siquiera los mismos sindicados, habían dado respecto de la manera como sucedieron los hechos" (f. 47 cdno. Tribunal).

No prospera el cargo.

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

RESUELVE:

NO CASAR el fallo impugnado.

Cópiese, cúmplase y devuélvase al Tribunal de origen.

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

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

ACLARACION DE VOTO

Dada la abundancia de argumentos con que la decisión de la Sala responde los cuestionamientos del Casacionista, quiero precisar mis inquietudes frente a algunos de ellos, o, por lo menos, frente al alcance que podría dárseles. Esto tiene que ver con expresiones en las que se alude a:

1. La ausencia de mala fe en la Fiscalía cuando designa defensor iletrado para la indagatoria, pese a que el procesado había otorgado poder a un abogado.

2. El asentimiento del procesado a rendir indagatoria sin el defensor por él nombrado y a que en cambio se practicara la diligencia asistido por un ciudadano;

3. La ausencia de cuestionamiento, por parte del abogado que designó el acusado, sobre la actuación que llevó a cabo la Fiscalía al recepcionar la indagatoria en los términos en que lo hizo.

4. La anterioridad de la indagatoria frente a la Sentencia de unificación que en sede de tutela profirió la Corte Constitucional el 9 de febrero de 1995, es decir la SU .044 de ese año.

Pues bien, es evidente que la ausencia de defensa técnica no es convalidable ni saneable, por lo que los dos últimos argumentos recalcan, más que los efectos del consentimiento del procesado o su defensor sobre un supuesto vicio, su conducta procesal en tanto observa o deja de observar una carga de la que podrían derivarse cierta clase de beneficios.

La sola manifestación de que se cuenta con defensor de confianza, de por sí no puede supeditar al aparato de justicia para que se abstenga de actuar hasta que la libérrima voluntad del acusado y de quien lo representa permitan el adelantamiento del trámite. De ese modo, es carga procesal no sólo la opción de designar defensor técnico de confianza sino además la presencia del mismo durante el proceso, esto es, la materialización efectiva de ese ánimo, sobre todo en circunstancias como las de captura de la persona ya que los términos legales para el acto de vinculación comienzan a correr.

No se pueden sobreponer entonces, como si fueran una misma cuestión y parece entenderlo el recurrente, el derecho a gozar de defensor

técnico y la facultad de designar a uno de confianza, para derivar de allí obligaciones jurídico procesales para el instructor que la ley no ha previsto, y que no pueden desprenderse de la consagración de la garantía.

Estas consideraciones de la decisión, entonces, apuntan a resaltar fundamentos fácticos a partir de los cuales se infiere que no hubo disponibilidad inmediata para asumir el encargo profesional y que, consecuencialmente, ninguna facultad o derecho del acusado fue violentado. Y a demostrar, entonces, cómo la ausencia de reclamo posterior indica que no había materia para reclamar, y no que existiendo ésta, y por consiguiente el vicio, se hubiese saneado o convalidado.

En cuanto al precedente de tutela, simplemente se justifica su mención como respuesta a consideraciones desprendidas del texto de la demanda, de la manera en que se pretende construir el cargo, mas no porque se acepte por la Sala una argumento a contrario, es decir, que si la diligencia hubiese sido practicada después de la SU 044 de febrero 9 de 1995, la indagatoria - como acto de vinculación, del procesado - estaría viciada de nulidad.

Sobre el punto me parece interesante hacer ver cómo la aludida sentencia de unificación no era susceptible de generalizaciones que permitiesen aplicar sus resoluciones a todos los casos en que esté de por medio el debate sobre la garantía de defensa técnica. Porque lo unificado por el pronunciamiento no es la resolución del caso particular sino el alcance y contenido del derecho fundamental, pero éste, en muchos eventos, no puede entenderse desconectado de la problemática concreta que generó el pronunciamiento de unificación.

Que esto es así, lo ponen de presente posteriores decisiones de tutela, producidas por el mismo órgano, en que aún a pesar de que ratifica el principio básico sostenido en el fallo que se comenta, ha encontrado necesario acudir a subsiguientes precisiones de su contexto, como ocurrió por ejemplo en la sentencia de mayo 30 de 1996, noviembre 28 del mismo año y noviembre 11 de 1998, y a relativizar, o por lo menos matizar, dichos alcances, hasta el punto de sustentarse alguno de ellos en la "difícil transición constitucional" por razón de las prácticas preconstituyentes que pesaban sobre el aparato judicial, o de obstáculos institucionales para la puesta en marcha de algunos entes públicos (Defensoría del Pueblo, por ejemplo), o considerar que antecedentes por vía de acción frente a normas de similar contenido al del inciso primero del artículo 148 del C. P. P. no tenían fuerza obligatoria frente a éste sino que invertían la carga de la argumentación.

Inevitable resulta entonces que los funcionarios judiciales asuman con cuidado de cirujano el análisis de las situaciones que siendo postconstitucionales eran anteriores a la expedición de la sentencia C 049 de febrero 8 de 1996, que excluyó del ordenamiento positivo el artícu-

lo 148 del C. P. P. inciso primero. Porque es amplia la gama de particularidades que pueden haber determinado la ausencia de defensa técnica en alguna diligencia, o en algún fragmento de la actuación sumarial y porque - como ha venido la Sala haciéndolo - no en todos ellos ha sido afectada de modo determinante la garantía.

De otra parte, la alusión a la buena o mala fe del funcionario judicial no envuelve un análisis subjetivo o personalizado de su conducta sino una confrontación objetiva de las circunstancias en que como autoridad pública, determinaban el ejercicio de su función. Independientemente de cualquier consideración anímica, el análisis se centra en la dilemática que enfrente con ocasión de las actuaciones de las partes respecto de su deber de actuar.

Estas disquisiciones, que pretenden hacer más explícitos algunos apartes de la sentencia, ratifican por supuesto mi pleno acuerdo con ella.

Carlos E. Mejía Escobar.

PECULADO/ PENA

Razón le asiste al defensor cuando afirma que no se tuvo en cuenta el principio de favorabilidad, pues si bien la ley 190 de 1995 aumentó la pena mínima del peculado por apropiación a seis (6) años, simultáneamente ordenó una considerable disminución, (de la mitad a las tres cuartas partes), cuando la cuantía no supere un valor de cincuenta (50) salarios mínimos legales mensuales vigentes, lo cual hace que para esos eventos la pena mínima aplicable pueda ser dieciocho (18) meses de prisión, circunstancia que a su vez determina que la medida de aseguramiento procedente sea la caución juratoria o prendaria.

Proceso No. 14841

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal

Magistrado Ponente: Dr. *Ricardo Calvete Rangel*

Aprobado Acta No. 14

Santa Fe de Bogotá, D. C., febrero cuatro de mil novecientos noventa y nueve.

VISTOS

Se pronuncia la Sala sobre la solicitud del defensor, consistente en que se cambie la medida de aseguramiento impuesta al procesado Rudy Bocanegra Prieto.

ANTECEDENTES

La Procuraduría dispuso compulsar copias con destino a la Fiscalía para que se investigara la apropiación de un millón seiscientos setenta y ocho mil trescientos veinte pesos ($1.678.320), girados a Jorge Arturo Sierra con el cheque número D3052025 de la Caja Agraria de Mitú, con los cuales se pagaba el contrato de suministro 0004 del 11 de marzo de 1992 celebrado con el Departamento del Vaupés. El título valor en referencia fue cobrado por terceros y el dinero entregado a Adriana Fierro a través de Bernabé Silva.

La Fiscalía vinculó a la instrucción al doctor Rudy Bocanegra Prieto, a quien atribuye que en su condición de Gobernador del Departamento

ordenó que los dineros en mención llegaran a manos de Adriana Fierro, lesionándose de esa manera el erario público.

El Fiscal General de la Nación, mediante resolución de marzo 4 de 1998, impuso a Rudy Bocanegra Prieto medida de aseguramiento consistente en detención preventiva, la cual sustituyó por detención domiciliaria, providencia en la que se imputó el delito de peculado por apropiación, agravado por la cuantía conforme a los dispuesto en el artículo 2 de la Ley 43 de 1982, por ser aquella mayor a quinientos mil pesos, con lo que la pena principal a imponer oscilaba entre 4 y 15 años de prisión.

Cerrada la investigación, la Fiscalía calificó el mérito del sumario con resolución de acusación en contra del acriminado, haciéndole idéntica imputación jurídica a la que le enrostró en la providencia que definió la situación jurídica, por considerar tales disposiciones vigentes para la época de los hechos, cuyo acontecimiento se ubica entre marzo y abril de 1992.

Estando en trámite la causa en esta Corporación, el defensor solicita que se cambie la medida de aseguramiento impuesta, por cuanto el artículo 133 del Código penal fue modificado por la Ley 190 de 1995, en el sentido de fijar la pena de prisión de seis (6) a quince (15) años, pero autorizando una rebaja de la mitad a las tres cuartas partes si el valor de lo apropiado no supera el equivalente a cincuenta salarios mínimos mensuales vigentes al momento de los hechos.

Como en el presente caso se da esa situación, la pena mínima queda en dieciocho (18) meses de prisión, lo que indica que de acuerdo con el artículo 393 del Código de Procedimiento Penal la medida de aseguramiento aplicable era la caución juratoria o prendaria, no la detención domiciliaria.

En consecuencia se debe ordenar su libertad inmediata, y como el acusado ya demostró su incapacidad económica para pagar caución prendaria, se le debe admitir la juratoria.

Consideraciones de la Sala

De acuerdo con la providencia que resolvió la situación jurídica, la norma tenida en cuenta fue la vigente para el momento de los hechos, esto es, el artículo 133 del Código Penal, con la modificación del artículo 2 de la Ley 43 de 1982, que señala para el peculado por apropiación una pena de cuatro (4) a quince (15) años de prisión cuando el valor de lo apropiado es mayor de quinientos mil pesos ($500.000).

Al ser la pena mínima superior a dos (2) años, la medida de aseguramiento aplicable según los artículos 396 y 397 del estatuto procesal era la detención domiciliaria, la cual fue efectivamente impuesta.

Sin embargo, razón le asiste al defensor cuando afirma que no se tuvo en cuenta el principio de favorabilidad, pues si bien la Ley 190 de 1995 aumentó la pena mínima del peculado por apropiación a seis (6) años,

simultáneamente ordenó una considerable disminución, (de la mitad a las tres cuartas partes), cuando la cuantía no supere un valor de cincuenta (50) salarios mínimos legales mensuales vigentes, lo cual hace que para esos eventos la pena mínima aplicable pueda ser dieciocho (18) meses de prisión, circunstancia que a su vez determina que la medida de aseguramiento procedente sea la caución juratoria o prendaria.

Dado que la cuantía del peculado por el cual se acusa al ex-Gobernador Bocanegra es de un millón seiscientos setenta y ocho mil trescientos veinte pesos ($1.678.320), suma inferior al valor de cincuenta salarios mínimos de entonces, que ascendía a tres millones doscientos cincuenta y nueve mil quinientos pesos ($3.259.500), la pena mínima para ese comportamiento parte de dieciocho (18) meses, por lo tanto, como ya se dijo, la medida de aseguramiento que procedía era la caución, no la detención domiciliaria.

Como es obvio, la prohibición prevista en el numeral 4°, del artículo 417 del Código de Procedimiento Penal se refiere a los casos de peculado en los que la cuantía permite la detención preventiva, de manera que no hay ninguna contradicción con las demás normas.

Ahora bien, como el acusado demostró su incapacidad económica para cancelar caución prendaria, y la Fiscalía le impuso la juratoria para concederle la detención domiciliaria, se ordenará su libertad inmediata y se tendrá la caución prestada como medida de aseguramiento, quedando igualmente sometido al cumplimiento de las obligaciones establecidas en el artículo 419 *ibidem*.

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

RESUELVE:

Cambiar la medida de aseguramiento de detención domiciliaria impuesta por el Fiscal General de la Nación el 4 de marzo de 1998 contra el procesado Rudy Bocanegra Prieto, por la de caución juratoria, para lo cual se tendrá en cuenta la ya prestada.

Ordenar la libertad inmediata del detenido. Líbrese la comunicación correspondiente al INPEC.

Con el fin de notificar al implicado se comisiona al Juzgado Primero Penal del Circuito de Villavicencio.

Notifíquese y cúmplase.

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

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

PRECLUSION DE LA INVESTIGACION/ FISCAL/
RESOLUCION DE ACUSACION/ NULIDAD

Para concretar la función de investigar los delitos y acusar eventualmente a los presuntos responsables, ante los juzgados y tribunales, el mismo texto constitucional prevé como facultad propia de la Fiscalía la de "calificar y declarar precluidas las investigaciones", *salvo en el caso de los congresistas, miembros de la fuerza pública por hechos relacionados con el servicio e indígenas (arts. 250-2, 186, 235-3, 221 y 246).*

A la segunda parte de la expresión constitucional, "declarar precluidas las investigaciones", *no puede dársele el mismo sentido legal de una de las formas de calificación, al lado de la resolución acusatoria (arts. 439 y 443 C. P. P.), o la significación también legal de uno de los modos de terminación anticipada del proceso (art. 36 idem), porque si la frase está precedida por la acción ínsita en el verbo* "calificar" *y conectada lógicamente con ella, sería un absurdo que el constituyente hubiese repetido en el mencionado giro lo que precisamente acababa de decir con el vocablo comprensivo de la calificación (acusación y preclusión).*

Si la nulidad es la sanción que establece la ley para el acto jurídico que en su realización haya violado u omitido las formas preordenadas por ella misma, en principio, no podrán decretarse nulidades por razones de mérito (in iudicando), sino de regularidad del procedimiento (in procedendo). Se trata de irregularidades en los elementos esenciales de composición de los actos del proceso, que por tener tal entidad desvirtúan en el hecho procesal su aptitud para cumplir el fin a que estaban destinados.

En este orden de ideas, en lo que atañe a la nulidad de la resolución acusatoria por falta al debido proceso, sólo la justifican los vicios que impedirían proveer de fondo y dictar sentencia. Así entonces, si el fiscal exhibe la motivación básica, fundada en una apreciación racional de las pruebas que obran en el proceso y en una argumentación jurídica propia de su facultad de interpretación, no puede ser motivo de nulidad, por el prurito de que el juez razona más

elevadamente o de manera diferente, el hecho de que el calificador por antonomasia en ese momento haya descartado una circunstancia de agravación, o reconocido la atenuante por ira o intenso dolor, o admitido la complicidad como título de participación -en lugar de la autoría que piensa el juez-, o determinado la culpa o la preterintención, en vez del dolo, como componentes del aspecto subjetivo del tipo.

Estas discrepancias entre los funcionarios judiciales, en verdad, no obstaculizan la decisión de fondo, a menos que, como se dijo antes, la alternativa calificatoria propuesta por el juez comporte un cambio de competencia y haya lugar entonces a la respectiva colisión negativa, pues, en otras circunstancias, sería un desbordamiento de su poder que acudiera a una especiosa nulidad por falta al debido proceso, con el fin de imponer arbitrariamente la calificación que él concibe. Cosa distinta ocurre si en la pieza acusatoria falta la motivación sobre el hecho constitutivo del gravamen o la degradación, o la misma es ambigua o contradictoria, o el funcionario imagina soportes empíricos o racionales que no existen o que lógicamente no pueden inferirse dentro del proceso (absurdo), pues en tal caso la sentencia no puede dictarse porque carecería del apoyo acusatorio necesario para su congruencia.

La Corte ha sostenido reiteradamente que solamente el error en la denominación jurídica de la infracción constituye causal de nulidad, como vulneración del debido proceso, porque en tal evento el fiscal se aparta drásticamente de las reglas de lógica y comprensión jurídica que rigen el proceso de adecuación típica del comportamiento, dado que trasciende el capítulo o el título correspondiente, pues en tal evento la calificación jurídica ignorada por el fiscal y vista por el juez, se soporta sobre los mismos hechos que el instructor declaró probados, con lo cual el juzgador que decreta la invalidez no invade la órbita de las funciones propias del acusador.

Proceso N. 10918

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal

Magistrado Ponente: Dr. *Jorge Aníbal Gómez Gallego*

Aprobado Acta N° 14

Santa Fe de Bogotá, D. C., cuatro de febrero de mil novecientos noventa y nueve.

VISTOS

Cumplido el trámite convencional correspondiente al recurso extraordinario de casación, la Sala se ocupa de la sentencia de segundo grado fechada el 29 de marzo de 1995, por medio de la cual el Tribunal Superior

de Cartagena condenó al procesado Alfredo Luis Marrugo Cervantes, quien había sido acusado por los delitos de homicidio doloso simple y porte ilegal de arma de fuego de defensa personal, según hechos en los cuales perdió la vida la dama Ferlinda Esther Bru Arellano.

El concepto previo fue emitido por el Procurador Segundo Delegado en lo Penal.

Hechos y Actividad Procesal

Según lo relatan los fallos de instancia, los episodios acaecieron el día 27 de abril de 1992, aproximadamente a las 12 meridiano, en la calle la Estrella del municipio de Turbaco (Bolívar). Ocurre que en la fecha y hora mencionadas, el procesado, en compañía de *Jorge Luis de León Hueto y Jhony Carlos Mestre Guardo*, se acercó en el camión que conducía a la casa de su prima *Ledys María Carazo Marrugo*, situada al frente de la residencia de la familia *Bru Arellano*, con el fin de preguntarle a su pariente por gestiones para el pago del gas. Enteradas de dicha presencia, las señoras *Ferlinda Arellano Arellano y Ferlinda Bru Arellano*, madre e hija, salieron para reclamarle al circunstante por amenazas anteriores que él había proferido en contra de la familia, pues, según indicaciones probatorias, existían desavenencias porque un hermano de la señora *Judith Moya*, esposa de Alfredo Luis Marrugo Cervantes (a. jolón), no quiso reconocer la criatura que presuntamente había procreado con *Manuela Bru Arellano*, hermana de la víctima.

En este trance, cuando ya los acompañantes habían regresado al exaltado conductor al interior del vehículo, desde allí el sindicado disparó por una vez el revólver que portaba sin permiso e hizo impacto a la altura de la mama derecha de la joven Ferlinda Esther Bru Arellano, quien falleció después como consecuencia de dicha lesión. El agresor huyó de inmediato en el mismo automotor.

La investigación fue iniciada por el Juzgado Promiscuo Municipal de Turbaco, despacho que, por ser entonces competente para instruir, también recibió indagatoria al imputado y le definió la situación jurídica (fs. 3, 18 y 71).

Cerrada formalmente la instrucción, la Fiscal Quinta Delegada ante los Jueces Penales del Circuito de Cartagena, calificó el mérito del sumario, por medio de resolución de acusación fechada el 4 de septiembre de 1992, de acuerdo con la cual el procesado debía responder por un concurso de hechos punibles de homicidio y porte ilegal de arma de fuego de defensa personal, según las previsiones del texto original del artículo 323 del Código Penal y el artículo 1° del Decreto 3664 de 1986, convertido en legislación permanente por el Decreto 2266 de 1991(fs. 145 y 187).

Impugnada la resolución acusatoria, la Unidad de Fiscalía ante el respectivo Tribunal la confirmó, por medio de resolución fechada el 26 de octubre de 1992, pero con la aclaración de que el acusado debía respon-

der por homicidio preterintencional (art. 325 C. P.), en lugar del doloso, y también por porte ilegal de arma de fuego de defensa personal.

Asumido el conocimiento por el Juzgado Séptimo Penal del Circuito, el juez avanzó hasta la culminación de la audiencia pública (fs. 297), pero, en lugar de dictar sentencia, apreció que la Fiscalía habría incurrido en sendos errores que condujeron a la violación del debido proceso y el derecho de defensa, pues el funcionario calificador de segunda instancia hizo una adecuación específica por el delito de homicidio preterintencional en la parte resolutiva de la decisión, actitud con la cual no sólo se alejó de la realidad probatoria que señalaba una forma de comisión dolosa y no preterintencional, sino que también convirtió en definitiva la calificación que legalmente debe ser provisional. Por estas razones, el juzgado anuló la actuación a partir del calificatorio de primera instancia (fs. 330).

El defensor apeló el auto por medio del cual se decretó la nulidad, mas oportunamente desistió del recurso y así lo aceptó el Tribunal en interlocutorio del 11 de octubre de 1993.

En la tarea de reposición de lo anulado, el Fiscal 30 Delegado emite nueva resolución acusatoria el 22 de diciembre de 1993, esta vez por los delitos de homicidio doloso simple y porte ilegal de arma de fuego de defensa personal (fs. 355), calificación que fue confirmada por la Unidad de Segunda instancia en el proveído del 22 de marzo de 1994, dictado como consecuencia de la apelación interpuesta por la defensa.

Después de realizar el traslado previsto en el artículo 446 del Código de Procedimiento Penal, y evacuadas las pruebas que se ordenaron, el defensor se dirige a la juez para ponerle en conocimiento un memorial del procesado en el cual solicita que se dicte "sentencia anticipada justa", escrito en el cual manifiesta la aceptación de todos los cargos formulados en la resolución de acusación y deja constancia de que acepta "el dolo únicamente para los efectos de que le de aplicación, sin ningún problema, al mencionado artículo 37 del Código de Procedimiento Penal, inciso 8° (último)" (fs. 382, 409 y 410).

El fallo de primera instancia, de naturaleza anticipada, se produce el 14 de octubre de 1994, decisión en la cual la juez de circuito condena al procesado Alfredo Luis Marrugo Cervantes a la pena principal de doce (12) años y un (1) mes de prisión, como autor de un concurso de delitos de homicidio simple y porte ilegal de armas. De igual manera, la sentencia prevé la sanción accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas por igual lapso; niega el subrogado de la condena de ejecución condicional y dispone el pago de los perjuicios morales en cuantía de 800 gramos oro (fs. 450).

La sentencia del Tribunal confirma la condena, mas dispone que la pena principal se reduzca a once (11) años y tres (3) meses de prisión, a la vez que sitúa la sanción accesoria en el límite legal de los diez (10) años.

CONTENIDO DE LA DEMANDA:

El actor presenta tres (3) cargos en contra de la sentencia impugnada y los argumenta del siguiente modo:

1. El primero lo describe con apoyo en la causal tercera de casación y dice que el fallador supuestamente procyó dentro de un juicio viciado de nulidad, dado que la resolución acusatoria, a partir de su confirmación por la Unidad de Fiscalía de segunda instancia, se había convertido en ley del proceso, a pesar de lo cual el Juzgado asumió arbitrariamente un papel de tercera instancia y decretó su invalidez por discrepancias de criterio con la Fiscalía, pues estimaba que el homicidio era doloso y no preterintencional.

Con esa manera de proceder en el auto del 4 de agosto de 1993, el Juzgado sin duda viola el debido proceso, pues constitucional y legalmente se ha establecido que la instrucción y la acusación las maneja exclusivamente el fiscal, dentro de una órbita legal que no pueden invadir los jueces, a quienes también independientemente se les ha confiado la tarea del juzgamiento.

La violación de las formas propias del juicio alegada, se explica porque el error en la calificación ya no constituye causal de nulidad, como sí lo era en los códigos de procedimiento penal de 1938 y 1971; porque si el juez pudiera corregir el calificatorio antes de dictar sentencia, así sea al amparo de una nulidad, se diría entonces que él es el calificador y no el fiscal: porque sólo cuando se practican pruebas en la fase del juicio y se avizoran como consecuencia cambios en la adecuación típica o en la modalidad del cargo que agrave la situación del procesado, podrá el juez anular la calificación para precaver la inconsonancia con la sentencia, mas si las nuevas circunstancias probatorias son favorables al acusado, podrá el juez reconocer directamente su influencia en el fallo, sin necesidad de anular, siempre que no abandone el capítulo del correspondiente título.

Estima el censor que se han violado los numerales 2 y 3 del artículo 304 del C. de P. P., dado que en el mencionado auto el juzgado le ordenó a la Fiscalía que calificara el sumario de acuerdo con su apreciación, razón por la cual deberá decretarse la nulidad a partir del proveído cuestionado.

2. La segunda censura se apuntala en la causal primera de casación, como violación indirecta de la ley sustancial, consistente en un error de hecho como falso juicio de existencia, relacionado con la presunta ignorancia de la inspección judicial practicada al vehículo conducido por el procesado, el dictamen emitido por los peritos en la segunda inspección judicial y el testimonio de Robinson Villalobos Gutiérrez.

Si tales pruebas se hubiesen apreciado por el Tribunal, dice el actor, la conclusión tendría que ser la de que el procesado cometió el delito de

homicidio culposo, motivo por el cual se violaron los artículos 37 y 329 del Código Penal.

3. De manera subsidiaria, como tercer cargo, se invoca nuevamente la causal primera, ahora como violación directa de la ley sustancial, dado que el Tribunal supuestamente aplicó en forma indebida el artículo 38 de la ley 81 de 1993 y dejó de aplicar el texto original del artículo 299 del Código de Procedimiento Penal, que fue modificado desfavorablemente por la primera norma, según el cual el procesado tiene derecho a una rebaja de la tercera parte de la pena, si confiesa. En efecto, aunque hubiese sido calificadamente, el procesado reconoció el hecho desde su primera declaración.

De otra parte, el precepto que se dejó de aplicar no exige que la confesión sea el fundamento de la sentencia, como sí lo hacía el artículo 301 del Decreto 050 de 1987. Es posible que la Corte se haya referido a tal requerimiento para la rebaja de pena, pero en casos que tengan que ver con la modificación introducida por el artículo 38 de la ley 81 de 1993, precepto éste por cuyo medio se volvió a implantar la mencionada condición.

Concepto del Ministerio Público

El Procurador Delegado se refiere a la demanda en los siguientes términos:

A. Le concede razón al impugnante en cuanto al primer cargo, relacionado con la nulidad, pues realmente el juez no debió decretar la invalidez de la resolución de acusación por desacuerdos con la Fiscalía en lo que atañe al tipo subjetivo o formas de culpabilidad. Los errores cometidos en esta materia son de carácter *in iudicando* y no *in procedendo*, pues, en el evento de que uno de los sujetos procesales buscara el saneamiento por vía de casación, necesariamente debería acudir a la causal primera y no a la tercera, pues el yerro apenas se circunscribe al grado de culpabilidad atribuible al procesado y no al género de la infracción. En este último evento, aunque la actual legislación procesal penal no consagra expresamente la errónea calificación como motivo de nulidad, el concepto se ha incorporado al principio del debido proceso y como tal se posibilita la declaratoria de invalidez.

Sólo cuando se afecta el *nomen iuris* de la infracción puede acudirse a la vía de la nulidad, no por discusiones sobre las formas de culpabilidad, pues, además, el *a quo* no hizo reparos por indeterminación en el contenido de la acusación, falta de motivación, anfibología de la misma, violación del principio de no contradicción, o yerros relativos a la época de comisión del delito o a la individualización del procesado, motivos que sí justificarían el decreto de invalidez por la obvia incertidumbre que generan. Mas

si se plantea un problema de "culpabilidad totalizada", como cuando se han aplicado "criterios de responsabilidad objetiva", podrá optarse por el recurso de la nulidad, pues en tal caso se habría contrariado no solo un principio rector de la ley penal colombiana (proscripción de la responsabilidad objetiva, art. 5°) sino el debido proceso.

En la cuestionada providencia de nulidad, la juez hizo una valoración probatoria y llegó a la conclusión de que las probanzas estaban lejos de acreditar un homicidio preterintencional, actitud con la cual la funcionaria cercenó el derecho de defensa del procesado, porque anticipó un fallo de condena en relación con el aspecto subjetivo del delito, pues el dolo deducido ya era por completo incontrovertible aun al tamiz del mismo fallador.

De otra parte, el mismo comportamiento procesal del *a quo* transgredió la estructura básica acusatoria del proceso penal colombiano que, no por ser tildada de mixta, deja de garantizar en esencia que la dirección de las etapas de acusación y juzgamiento están atribuidas a funcionarios distintos, fiscal y juez respectivamente, sin que exista la posibilidad de una entremezcla de competencias, así sea en procura de enmendar errores de la administración de justicia.

Aunque el defensor desistió del recurso de apelación interpuesto contra la decisión anulatoria y posteriormente se produjo la aceptación del procesado de los cargos incluidos en la nueva acusación, lo cierto es que tales manifestaciones no son convalidantes de la anomalía. En verdad, se trata de una irregularidad sustancial afectante del debido proceso, que como tal se muestra ajena al principio de convalidación que rige el instituto de las nulidades, pues, de acuerdo con el numeral 4° del artículo 308 del Código de Procedimiento Penal, el consentimiento del perjudicado con el acto irregular tiene efectos sancadores "siempre que se observen las garantías constitucionales", una de las cuales es la estructura acusatoria a la colombiana que, por ende, no es renunciable ni sancable. De otra manera, entonces se llega al absurdo de que la aplicación del procedimiento imperante estaría supeditada al arbitrio del juez o el procesado.

Por último, el escogimiento mismo del objeto de anulación fue equivocado, en la medida que la resolución acusatoria de primera instancia (4 de septiembre de 1992) sí hacía la imputación por homicidio doloso, como lo pretendía el juzgador, y entonces la invalidez sólo podía proyectarse a la decisión acusatoria de segunda instancia (26 de octubre de 1992), que fue la que modificó el cargo a homicidio preterintencional.

Estas son las argumentaciones que el Procurador exhibe para solicitar la nulidad de lo actuado, a partir del proveído anulatorio del 4 de agosto de 1993.

B. En relación con la segunda censura, el Procurador advierte que el censor carece de legitimación para buscar cambios de dolo a culpa en el

contenido de la responsabilidad del procesado, dado que si el proceso culminó por sentencia anticipada, tal actitud de la parte equivale a una retractación de lo antes aceptado, ya que, de acuerdo con el artículo 37B del C. de P. P., sólo pueden apelarse aspectos relacionados con el *quantum* punitivo, el subrogado de la condena de ejecución condicional y la extinción del dominio sobre bienes. Este límite al objeto de la impugnación debe extenderse al recurso de casación, pues resulta un contrasentido que en dicha sede extraordinaria el procesado o su defensor puedan retractarse de lo que voluntariamente se aceptó en la instancia.

Pide la desestimación del cargo.

C. Se refiere el tercer reproche a la indebida aplicación del artículo 38 de la ley 81 de 1993, en lugar del precepto original del artículo 299 del C. de P. P., pero su presentación contiene una imprecisión técnica, porque los razonamientos esbozados para sustentar el yerro, no apuntan a un falso juicio de selección de la norma sino a su errónea interpretación.

Es que el texto inicial y el modificado tienen igual contenido en cuanto a los requisitos de la rebaja de pena por confesión, diferenciándose solamente en la medida de la rebaja de pena correspondiente (antes, 1/3 parte y 1/6 parte ahora).

Haciendo caso omiso de la imprecisión, el Ministerio Público dice que de todas maneras el actor no demostró la configuración de un yerro interpretativo, pues el Tribunal en su decisión acogió una reiterada doctrina de la Corte, según la cual sólo la confesión que se constituye en fundamento de la sentencia amerita la reducción de pena (sentencias de casación 17 de agosto de 1994 y 24 de agosto de 1995).

Si bien la Delegada no comparte la interpretación según la cual la confesión debe ser soporte importante de la sentencia, porque sería hacer agregados que ya fueron suprimidos en la redacción de la norma, lo cierto es que reconoce un válido respaldo en la determinación del Tribunal. En lugar de hacer esa inconveniente exigencia, el Procurador prefiere decir que el relato inicial del procesado no constituye confesión, dado que carece de la sinceridad, certeza y veracidad requeribles para su configuración, pues, antes que admitir la comisión del hecho punible, se dedicó a estructurar mendazmente a su favor una causal excluyente de la antijuridicidad -legítima defensa-, entremezclada con motivos de inculpabilidad o con alegaciones de sola culpa.

Propone la denegación de esta última pretensión subsidiaria.

Consideraciones de la Sala

Se reflextonará preferentemente sobre el cargo propuesto a la luz de la causal de nulidad, no sólo porque se adujo en primer lugar, sino para

hacer efectivo el principio de prelación que rige en materia de casación, pues, si llegare a prosperar la glosa, por su efecto sobre la validez de buena parte de la actuación procesal que habría de reponerse, indudablemente carecerían de sentido otras determinaciones y motivaciones, fundadas en las demás censuras, que sólo apuntan a obtener la modificación del fallo de segunda instancia.

Se trata de establecer si es arbitraria la decisión de nulidad adoptada en el auto del 4 de agosto de 1993; si ella desquicia la estructura procesal vigente en el régimen penal colombiano o desborda los poderes reglados atribuidos a los funcionarios judiciales que la dinamizan, pues esta última connotación daría lugar a la violación del debido proceso y a la consecuente invalidez procesal. Para estas determinaciones conviene elucidar las siguientes premisas:

1. *Estructura procesal penal vigente.* No se pretende ahora demostrar el mayor o menor grado de la inclinación acusatoria que sin duda ostenta nuestro sistema procesal penal, pues basta decir que la separación de juez y acusación es el presupuesto estructural de cualquier modelo teórico acusatorio que pretenda serlo y tal elemento básico está consignado inequívocamente en la Constitución Política vigente. Aunque la construcción teórica de cualquier sistema procesal es ampliamente convencional, lo cierto es que existen en Colombia unos límites constitucionales irrebasables, tales como que el debido proceso comprende la investigación, la acusación y el juzgamiento, si a ello hubiere lugar; que estas son funciones básicas que no pueden suprimirse o modificarse ni aun durante los estados de excepción; y que las dos primeras corresponden a la Fiscalía General de la Nación y la última a los juzgados y tribunales, organismos que son judiciales pero con distinta estructura y funcionamiento (arts. 29, 250, 252 y 253).

Ahora bien, para concretar la función de investigar los delitos y acusar eventualmente a los presuntos responsables, ante los juzgados y tribunales, el mismo texto constitucional prevé como facultad propia de la Fiscalía la de "*calificar y declarar precluídas las investigaciones*", salvo en el caso de los congresistas, miembros de la fuerza pública por hechos relacionados con el servicio e indígenas (arts. 250-2, 186, 235-3, 221 y 246).

A la segunda parte de la expresión constitucional, "*declarar precluídas las investigaciones*", no puede dársele el mismo sentido legal de una de las formas de calificación, al lado de la resolución acusatoria (arts. 438 y 443 C. P. P.), o la significación también legal de uno de los modos de terminación anticipada del proceso (art. 36 *idem*), porque si la frase está precedida por la acción ínsita en el verbo "*calificar*" y conectada lógicamente con ella, sería un absurdo que el constituyente hubiese repetido en el mencionado giro lo que precisamente acababa de decir con el vocablo comprensivo de la calificación (acusación y preclusión).

De otra parte, el carácter absurdo de ese entendimiento se intensifica porque en tal evento aparece una insostenible inversión de valores, en el sentido de que serían los vocablos "legales" los que sirven de fundamento de interpretación de los preceptos "constitucionales", y no como debe ser: que la ley se interprete a la luz de los principios, valores, derechos y normas de la Constitución, pues ésta tiene un sentido directamente normativo ("norma de normas", art. 4°) y su establecimiento se habría nutrido de la teoría del derecho, la filosofía, la política y otras ciencias que sin duda contribuyen a su nacimiento. Pues bien, la conexión lógica expresada en los términos constitucionales "*calificar y declarar precluidas las investigaciones*", no significa entonces nada distinto de que el acto de "*calificación*" agota la actividad investigativa del Estado en esa primera fase del proceso (art. 29) y que sobre dicha calificación, una vez ejecutoriada, no podrá volver para modificarla en su esencia garantista ni la Fiscalía ni tampoco los jueces, pues de esta manera el texto constitucional no sólo reitera la separación funcional entre acusadores y juzgadores, sino que también indica cómo los primeros tienen el deber de presentar ante los segundos una pieza procesal autosuficiente, que se baste a sí misma para iniciar un debate que no podrá salirse de su marco.

Es posible que ese acto formal de calificación, por medio del cual se declaran precluidas las investigaciones, no sea compatible lógica y funcionalmente con la experiencia histórica del ordinario procedimiento acusatorio en otros sistemas procesales, según los cuales el fiscal acusa por hechos, sin preocuparse de calificaciones jurídicas que corresponden al juez o tribunal, y en los que tampoco habría lugar a la preclusión de una etapa investigativa que no existe como actividad jurisdiccional, pero que en Colombia la Constitución y la ley sí tienen perfectamente individualizada como ejercicio judicial. A pesar de ello, el principio procesal de la preclusión aplicado al sumario en nuestro sistema significa que, además de buscar un pronunciamiento justo que declare la vigencia del derecho y la certeza de su disfrute, el ordenamiento procesal penal -por mandato constitucional- quiere que ello se consiga sin perjuicio de la necesaria celeridad y sin que los jueces puedan menospreciar apriorísticamente el esfuerzo jurisdiccional que constituye esa etapa procesal ya superada. A la par de procurar el valor de la seguridad, el proceso judicial se convierte en un mecanismo dinámico por su progreso y la repartición de funciones.

No es extraña la figura de la preclusión a una fase procesal en la cual no culmina ordinariamente el proceso (investigación) o a un acto intermedio como es la acusación, porque sobre el tema la doctrina advierte que dicho efecto preclusivo no se presenta sólo en el momento *final*, como medio para garantizar la intangibilidad del resultado del proceso (cosa juzgada), sino que se produce de igual manera *durante* el proceso, a medida que por su curso, las diversas cuestiones son decididas. De igual ma-

nera, la *preclusión* se ha entendido como un principio procesal cuya designación se hace por oposición al denominado de *secuencia discrecional*, precisamente para indicar que el proceso tiene etapas delimitadas y progresivas, cada una de las cuales supone la clausura de la anterior sin posibilidad de renovarla.

La preclusión de un acto procesal significa que no es posible volver a realizarlo, así sea con el pretexto de mejorarlo o de integrarlo con elementos omitidos en la debida oportunidad, máxime si quien pretende renovarlo (juez) carece de competencia para hacerlo. El principio de preclusión, en la práctica, trata de evitar los retrocesos procesales innecesarios, salvo la nulidad que tampoco podría asumirse como disculpa, pues sería ella una manera de disfrazar la violación de la regularidad procesal y el desbordamiento de las atribuciones constitucionales y legales de los respectivos órganos judiciales.

A propósito de la caracterización de la estructura procesal vigente en Colombia, vale la pena reiterar que el acto de "calificar", como en el lenguaje jurídico usual significa poner los hechos o relaciones en un casillero legal, pues se trata de determinar la ley aplicable al caso, entonces desde la perspectiva procesal penal no puede ser algo diferente de una imputación tanto fáctica como jurídica, dado que se refiere a la apreciación de la naturaleza y las circunstancias de un delito, su autor y la pena que a ello corresponde, de cara a los textos legales, pues en dicha materia rige clamorosamente el principio de legalidad, como lo pregona el artículo 29 de la Constitución Política, cuando prevé el juicio de valor sobre el acto reprochado siempre "conforme a leyes preexistentes".

En atención entonces a los principios procesales de separación funcional y preclusión, la calificación del delito y la responsabilidad del autor, por estar contenida en una acusación, no puede desconocerse o variarse circunstancialmente antes de la sentencia, pues ésta constituye el próximo acto procesal del juez en la secuencia altamente integrada que dibuja el proceso, legalmente dispuesto para recoger los frutos de la discusión del juicio, cuando ya se establece lo confirmado o lo desvirtuado de la carga acusatoria, durante ese nuevo y progresivo ejercicio jurisdiccional que es la fase de juzgamiento. La variación operable en fallo, obviamente, está circunscrita al capítulo o al título correspondiente, como lo prefirió el legislador en el artículo 442-3 del C. P. P., siempre que no surjan para el procesado consecuencias más graves de las anunciadas en la acusación. De igual manera, ante circunstancias objetivas de declinación de la acción penal (prescripción o muerte del procesado), es inexorable la cesación de procedimiento que, de todas maneras, no es un acto procesal que desconoce precozmente la acusación, sino que precisamente declara la imposibilidad de debatirla con vocación de sentencia.

Desde luego que el juez puede disentir de la resolución acusatoria, no para acomodarla u ordenar que se ajuste a su talante para él mismo

impulsar el juicio, por medio de sesgadas nulidades; pero, como lo ha sostenido la Sala, sí puede negarse a conocer del proceso cuando la discrepancia recae sobre la calificación jurídica y la que se estima ignorada podría generar un cambio de competencia, pues negarle esa facultad al juzgador sería desconocer la posibilidad de la colisión de competencias, que es el camino legalmente dispuesto para encarar esta clase de discordancias, siempre que el juez no precipite decisiones sobre la regularidad del proceso (C. P. P., arts. 97 y ss.).

Así ocurre, por ejemplo, "...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 colisión negativa sin destinar decisiones sobre la validez de la actuación.

"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 procesado, pues, de hacerlo, suplantaría al fiscal en el ejercicio de la función acusadora que, como es bien sabido, le pertenece" (auto 28 de agosto de 1995. Radicado 10.695. M. P. *Fernando Arboleda Ripoll*).

A estas razones de estructura procesal, que en Colombia son una realidad jurídico-positiva de nivel constitucional y además legal, obedecen las precisiones que hizo la Corte en la sentencia de casación del 2 de agosto de 1995, cuyos términos son los siguientes:

"En desarrollo del mandato constitucional, el estatuto procesal distribuyó las competencias entregando a los fiscales la misión de 'investigar, calificar y acusar, si a ello hubiere lugar', ante los jueces y tribunales, a quienes otorgó la función de juzgar. A partir de la ejecutoria de la resolución de acusación, el fiscal adquiere la condición de sujeto procesal y pierde la dirección de la investigación (art. 444 C. P. P.).

"Esto significa que el fiscal no puede pretender en la etapa del juicio adicionar la acusación, ya que los cargos deben estar formulados en su totalidad en el proveído calificatorio, de manera que el enjuiciado tenga la certeza de que es exclusivamente de ellos que debe defenderse.

"La dimensión de la responsabilidad asignada a los fiscales por la nueva Constitución obliga a que su cumplimiento se realice con el mayor esmero, cuidado y profundidad, y a su vez hace necesario que el Ministerio Público esté atento a interponer los recursos de ley cuando la calificación no sea correcta. A la etapa del juicio no se puede llegar con incertidumbre

sobre cuáles son los cargos, ni ese es momento oportuno para tratar de concretarlos.

"La elaboración de los cargos en cuanto a la tipicidad implica precisión sobre los hechos investigados, con todas las circunstancias de modo, tiempo y lugar que los especifiquen, señalando los tipos penales correspondientes a la denominación jurídica y a las circunstancias agravantes y atenuantes modificadoras de la punibilidad, así como a las genéricas que deban ser advertidas desde ese momento, esto es, aquellas que requieren de una valoración o análisis previo a su deducción.

"El marco dentro del cual se debe desarrollar el juicio está determinado por la resolución de acusación, en donde el Estado por conducto del fiscal le indica al acriminado cuáles son los cargos que le formula, para que el pueda proveer a su defensa con la seguridad de que no va a ser sorprendido con una condena por hechos o situaciones distintas. De igual modo, los sujetos procesales tendrán en dicha resolución un punto de referencia definido sobre las pruebas que pueden presentar y solicitar en el período probatorio de la causa, las cuales se deben limitar a las que sean conducentes y eficaces para corroborar, degradar o desvirtuar la acusación, no siendo de recibo las que pretendan dar lugar a nuevos cargos.

"Desde luego que lo dicho es sin perjuicio de que el juez frente a una resolución que afecta el debido proceso, bien por inobservancia de sus requisitos formales o por error en la denominación jurídica, deba invalidarla para que el fiscal subsane la irregularidad advertida" (M. P., *Ricardo Calvete Rangel*. Se ha subrayado).

También en el auto del 28 de agosto de 1998, cuya ponencia hizo el magistrado *Fernando Arboleda Ripoll*, se perfiló dicha singularización en el siguiente párrafo:

"La Sala ha reiterado la fuerza vinculante que tiene la resolución de acusación ejecutoriada en un sistema procesal penal con tendencia acusatoria como el colombiano, en la medida en que no puede ser desconocida por el juzgador con argumentos apriorísticos, y al concretar los hechos por los que se llama a juicio delimita la competencia y fija el marco de referencia para el ejercicio del derecho de defensa o la terminación anticipada del proceso (arts. 37 inc. final, 38 y 39 del C. de P. P., modificados por los arts. 3, 6 y 7 de la Ley 81/93)".

2. *Nulidad de la resolución de acusación*. Las prevenciones de profesionalismo y rigor técnico en la actividad del fiscal y el ministerio público, que se hacen en la jurisprudencia transcrita, además del sano sentimiento de precaver las nulidades, se convierte en un clamor para evitar la violación de las garantías del procesado o las defraudaciones a la sociedad en el ejercicio del poder punitivo, pues no todas las equivocacio-

nes del fiscal en la acusación se podrán enmendar por aquella vía o por el poder del juez en la sentencia, merced precisamente a la vigencia de los principios de separación funcional y preclusión de la calificación sumarial, que de tal manera se constituyen en un esquema de garantía.

En efecto, si la nulidad es la sanción que establece la ley para el acto jurídico que en su realización haya violado u omitido las formas preordenadas por ella misma, en principio, no podrán decretarse nulidades por razones de mérito (*in iudicando*), sino de regularidad del procedimiento (*in procedendo*). Se trata de irregularidades en los elementos esenciales de composición de los actos del proceso, que por tener tal entidad desvirtúan en el hecho procesal su aptitud para cumplir el fin a que estaban destinados.

En este orden de ideas, en lo que atañe a la nulidad de la resolución acusatoria por falta al debido proceso, sólo la justifican los vicios que impedirían proveer de fondo y dictar sentencia. Así entonces, si el fiscal exhibe la motivación básica, fundada en una apreciación racional de las pruebas que obran en el proceso y en una argumentación jurídica propia de su facultad de interpretación, no puede ser motivo de nulidad, por el prurito de que el juez razona más elevadamente o de manera diferente, el hecho de que el calificador por antonomasia en ese momento haya descartado una circunstancia de agravación, o reconocido la atenuante por ira o intenso dolor, o admitido la complicidad como título de participación en lugar de la autoría que piensa el juez-, o determinado la culpa o la preterintención, en vez del dolo, como componentes del aspecto subjetivo del tipo.

Estas discrepancias entre los funcionarios judiciales, en verdad, no obstaculizan la decisión de fondo, a menos que, como se dijo antes, la alternativa calificatoria propuesta por el juez comporte un cambio de competencia y haya lugar entonces a la respectiva colisión negativa, pues, en otras circunstancias, sería un desbordamiento de su poder que acudiera a una especiosa nulidad por falta al debido proceso, con el fin de imponer arbitrariamente la calificación que él concibe. Cosa distinta ocurre si en la pieza acusatoria falta la motivación sobre el hecho constitutivo del gravamen o la degradación, o la misma es ambigua o contradictoria, o el funcionario imagina soportes empíricos o racionales que no existen o que lógicamente no pueden inferirse dentro del proceso (absurdo), pues en tal caso la sentencia no puede dictarse porque carecería del apoyo acusatorio necesario para su congruencia.

La Corte ha sostenido reiteradamente que solamente el error en la denominación jurídica de la infracción constituye causal de nulidad, como vulneración del debido proceso, porque en tal evento el fiscal se aparta drásticamente de las reglas de lógica y comprensión jurídica que rigen el proceso de adecuación típica del comportamiento, dado que trasciende el

capítulo o el título correspondiente, pues en tal evento la calificación jurídica ignorada por el fiscal y vista por el juez, se soporta sobre los mismos hechos que el instructor declaró probados, con lo cual el juzgador que decreta la invalidez no invade la órbita de las funciones propias del acusador.

Así, en el auto del 25 de abril de 1995, la Corte expuso:

"...es oportuno reiterar que para esta Corporación el error en la denominación jurídica trae como consecuencia la nulidad del proceso a partir del auto calificatorio inclusive.

"Al juez como director de la etapa de juzgamiento le corresponde velar porque la acusación haya sido formulada correctamente, aspecto este que forma parte de la garantía del debido proceso, y que de ningún modo constituye violación del principio de imparcialidad, pues en el caso de la denominación jurídica se trata simplemente de verificar que a los hechos declarados probados por la fiscalía no les haya dado un nomen juris equivocado.

"No es cierto que el fiscal sea una especie de dueño absoluto de la acusación, entre sus funciones efectivamente está la de acusar, pero dicha acusación no será de recibo si no se ajusta a las exigencias del debido proceso, entre las cuales, como ya se dijo, está la de dar a los hechos que estime acreditados la denominación jurídica acertada" (M. P. *Ricardo Calvete Rangel*. Subrayas fuera de texto).

En el caso examinado, la primera providencia calificatoria de segunda instancia, con el fin de sostener su conclusión sobre el aspecto subjetivo del delito, motivadamente se apoyó en el testimonio de *Jhony Mestre Guardo* y *Eybeth del Rosario Castillo Torres*, también en una inspección judicial, para declarar que no podía haber propósito de matar, pues, en una primera fase del encuentro entre los rijosos, el victimario solamente amenazó con el revólver a las damas que lo ofendían y fue llevado por sus acompañantes al interior del camión (aspectos sobre los que no existen discrepancias), lo cual le indica al fiscal como más plausible que el disparo (además único), se haya forzado cuando la víctima se acercó agresivamente al vehículo, no para matarla sino con el fin de disuadirla. Porque, de otra parte, según las observaciones de la inspección, el "fatídico balazo" no se hizo directamente a la ofendida sino que impactó primero en la puerta contraria a la del timón.

En el auto de nulidad, la juez no cree en las huellas de disparo al interior del vehículo y sugiere que fueron fingidas para desorientar la investigación; se atreve a dividir el mérito de la declaración de *Jhony Mestre Guardo*, porque acepta una parte pero rechaza la que invocó el fiscal; y, en fin, también motivadamente, pero después de anticipar indebidamente el análisis del caudal probatorio, declara que "lejos están las evidencias procesales de ameritar un homicidio preterintencional..." (fs. 333).

En este caso, es clara la violación del principio de imparcialidad, porque la juez hubo de acudir anticipadamente a una evaluación del material probatorio, discordante de la que hizo la fiscalía, mas no para enseñar arbitrariedades manifiestas o vacíos protuberantes en la motivación, sino para imponer su propio criterio de valoración. Como lo advierte el Procurador Delegado, el juzgado intervino indebidamente en la acusación y se comportó como una instancia de la Fiscalía.

La decisión del juzgado también se ampara en el hecho de que, como la calificación se hizo por homicidio preterintencional, el correctivo sería la nulidad de esta pieza procesal, pues al hacerse el cambio a homicidio doloso en la sentencia, entonces se afectaría el debido proceso y con ello el derecho de defensa del procesado, pues se le sorprendería con un cargo más grave cuya entidad no tuvo oportunidad de controvertir argumentativa y probatoriamente (fs. 332). Aquí la falacia también es patética, porque para el momento no existía la sentencia imaginada por el juzgador (lo cual evidencia mayormente su prejuzgamiento), y entonces se estaba decretando la nulidad de un acto procesal (resolución acusatoria), no por el vicio que ella contenía, sino por la eventualidad del fallo.

Jurídicamente no pueden concebirse nulidades por eventualidad, es necesario establecer que el acto procesal cuestionado contiene una anomalía, que nació viciado y que como tal impide el adelantamiento regular de la relación procesal o su culminación por medio de una decisión de fondo. Contrario a lo hecho por la juez, determinado un vicio relevante de la resolución acusatoria -no una mera discrepancia de criterio-, no se podía pensar en ninguna clase de sentencia (condenatoria o absolutoria), porque la irregularidad era impediente y obligaría su declaración y la consecuente invalidez de la actuación procesal.

La presunta introducción de especificaciones jurídicas en la parte resolutiva de la acusación, es otro de los argumentos de la nulidad especiosamente decretada por el juzgado, primero, porque la resolución acusatoria de primera instancia se apegó al parámetro tradicional de hacer la individualización del cargo en la motivación y situarlo por su género en la resolución (fs. 187) y, así entonces, cuando se produjo la decisión de segunda instancia, ésta no modificó la parte resolutiva de la providencia examinada sino que, dentro de la dinámica propia de la revisión por el grado de apelación, simplemente adoptó una determinación que confirmaba el cuerpo de la primera con la aclaración de que se procedía por el delito de homicidio preterintencional. En segundo lugar, la pretextada irregularidad por hacer especificaciones en la parte resolutiva de la acusación, obedece a rezagos de anteriores estatutos procesales, ahora incompatibles lógica y funcionalmente con la exigencia de la mayor precisión y claridad en los cargos, los cuales podrán desvirtuarse o degradarse en el curso del juicio, pero jamás incrementarse.

De modo que, así examinada la situación, la providencia del 4 de agosto de 1993 quebranta la separación funcional y orgánica entre acusación y juzgamiento, constitucionalmente establecida para preservar la imparcialidad de los jueces, en orden a que no se precipite arbitrariamente el rompimiento de la presunción de inocencia. Además, como con dicho proveído la juez reforzó indebidamente la acusación, se tiene que violó el principio procesal de la preclusión y también desvaneció el equilibrio entre la acusación y la defensa, pues dos funcionarios judiciales fungieron de acusadores, fundamentos estos que, junto con la separación funcional indicada, hacen parte del debido proceso y su violación indudablemente genera nulidad.

Así lo reconoció la Sala en la sentencia de casación del 10 de junio de 1998. Después de destacar los rasgos de la acusación y el juzgamiento en el procedimiento ordinario, al igual que los poderes del fiscal y el juez, advirtió que el trámite de sentencia anticipada (que era el caso examinado allí) estaba expuesto a los mismos principios, dada la equivalencia del acta de formulación de cargos a la resolución de acusación, y concluyó sobre dicha pieza procesal lo siguiente:

"1. Es intangible, pues ni el fiscal ni el juez tienen competencia para variar o adicionar la acusación, esto es, para introducir modificaciones a la imputación hecha y aceptada.

"2. El juez, por lo tanto, deberá dictar sentencia conforme a los hechos y circunstancias aceptados, debiendo existir congruencia entre aquella providencia y el acta de formulación y aceptación de cargos.

"3. La intangibilidad de la acusación no impide, según criterio mayoritario de la Sala, que el Juez, al proferir el fallo, pueda atenuar la responsabilidad, aunque no agravarla, pero sin desconocer la denominación jurídica imputada, esto es, manteniendo la identidad del género delictivo.

"4. La incompetencia del juez para variar la acusación, no obsta para que como supremo garante de la legalidad pueda anular la citada acta cuando advierta que se violaron garantías fundamentales o que en la misma se incurrió en error en la denominación jurídica de la infracción.

"En el caso que ocupa la atención de la Sala, el Juez del Circuito carecía de facultad para invalidar el acta de formulación y aceptación de cargos, pues tal nulidad no se dispuso porque se hubieran desconocido las garantías fundamentales o porque se hubiera incurrido en error en la denominación jurídica del hecho punible, sino porque se estimó que no se encontraba probada la atenuante de la ira, esto es, no por un error de procedimiento sino por un presunto yerro de juicio que, salvo los casos en que trasciende la validez de la actuación, no genera nulidad.

"Al disponer, indebidamente, la ineficacia de tal acta, el juez se arrogó, indebidamente, la facultad de modificar la acusación, en perjuicio del

acusado, pues obligó a que se profiriera una segunda, sin la mentada atenuante, con lo que vulneró la estructura del proceso, no sólo por irrumpir en una función reservada a la Fiscalía, como lo es la acusatoria, sino, además, porque desconoció que, en ese momento procesal, la acusación había devenido intangible, por lo que ni el mismo fiscal podía variarla..." (M. P., *Jorge Córdoba Poveda*).

Ahora bien, no enjuga la irregularidad la posterior aceptación de responsabilidad en los términos del homicidio doloso y el trámite de sentencia anticipada a que dio lugar, tal como se había consignado en la calificación que repuso lo indebidamente anulado, porque la *convalidación* del acto irregular por el consentimiento del perjudicado, lógicamente atañe a derechos o garantías renunciables o disponibles por los sujetos procesales que la intentan. En efecto, enseña el mismo numeral 4° del artículo 308 del Código de Procedimiento Penal, norma que trae las reglas que gobiernan las nulidades procesales, que la convalidación opera "*siempre que se observen las garantías constitucionales*". La separación funcional entre acusación y juzgamiento, se repite, es una garantía prevista en la Constitución, que atañe a la estructura del proceso, y es precisamente la que se desconoció en el caso. Como se dice en la última decisión citada, no es posible el saneamiento porque se trata de un error de estructura y no de mera garantía.

En general, la estructura procesal es un objeto indisponible para las partes, salvo lo que en su momento y condicionalmente (sobre todo por voluntad clara del procesado), se pueda adoptar en virtud de lo señalado en los artículos 37, 37A, 38, 39 y 369A-I del Código de Procedimiento Penal.

Conviene aclarar una posición equívoca del Procurador Delegado. Si se hubiera conservado la calificación por homicidio preterintencional, y uno de los sujetos procesales hipotéticamente acudiera en casación (el Ministerio Público, por ejemplo), aunque se trata de un presunto error de juicio, la reclamación debería hacerse por la causal tercera (nulidad), porque el yerro de mérito tendría efectos en la regularidad de la actuación, dado que no bastaría cambiar la sentencia de homicidio preterintencional a doloso, pues, así solamente, se generaría una incongruencia con la resolución acusatoria y, en ese orden de ideas, lo correcto sería proyectar la invalidez a partir de dicha pieza procesal. Algo más: no sería esta hipótesis esa suerte de nulidad por eventualidades, porque, de todas maneras, lo primero y fundamental que debe demostrar el actor son los patéticos errores de hecho o de derecho, como falsos juicios de existencia, de identidad o de legalidad que afectan la sentencia.

Otra confusión del Ministerio Público, que no es posible ignorar para que no produzca mayor perplejidad, es la atinente a la demanda de la responsabilidad objetiva por vía de casación. En verdad, tal figura está

proscrita en un ordenamiento en el que rige el principio de culpabilidad, como el Colombiano (art. 5° C. P.), pero en sede extraordinaria basta señalar el error de juicio cometido por el fallador (causal 1ª), y solicitar consecuentemente la revocatoria de la sentencia condenatoria emitida con base en esa falsa apreciación, mas no la nulidad de la resolución acusatoria, porque la absolución que sigue se deberá a la falta de demostración de uno de los ingredientes del hecho punible.

Así las cosas, se casará la sentencia impugnada y se decretará la nulidad de la actuación procesal, a partir del auto del 4 de agosto de 1993. Con dicha medida reviven las calificaciones de primera y segunda instancia dictadas antes de dicha providencia, así como la audiencia pública y demás actuaciones y pruebas que habían sido afectadas como consecuencia (fs. 187, 209, 297 y ss).

Una vez ejecutoriada esta decisión, el Tribunal regresará el proceso al Juzgado Séptimo Penal del Circuito, con el fin de que proceda a dictar sentencia, pues ya se había realizado la audiencia pública y el expediente había ingresado a despacho para tal menester (fs. 318).

No es necesario proveer sobre los demás cargos de la demanda.

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:

Casar la sentencia de segunda instancia fechada 29 de marzo de 1995, obra del Tribunal Superior de Cartagena, en el sentido de decretar la nulidad de la actuación procesal a partir del auto del 4 de agosto de 1993, dictado por el Juzgado Séptimo Penal del Circuito de la misma ciudad.

Para la notificación de esta sentencia al detenido, se comisiona al Juzgado Penal del Circuito -reparto- de Riohacha, lugar en el cual se halla recluido.

Cópiese, notifíquese y devuélvase al Tribunal de origen.

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

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

SANA CRITICA/ ERROR DE DERECHO/ FALSO JUICIO DE EXISTENCIA/ CONSULTA

Desde el punto de vista de la técnica casacional, si el libelista pretende censurar una prueba por considerar que se obtuvo con desconocimiento de los requisitos formales, su alegación es pertinente hacerla de manera separada y con estribo en el error de derecho por falso juicio de legalidad, a efectos de que la prueba no sea tenida en cuenta.

El error de hecho por falso juicio de existencia, resulta viable invocarlo cuando quiera que la prueba que se señala como omitida no solamente no fue tenida en cuenta por el fallador en su análisis, sino que por lo que ella demostraba, resultaba tan trascendente en el resultado del fallo, que otra hubiera sido la decisión tomada en la sentencia objeto de ataque.

En los casos en que el fallo de primera instancia tenga el grado jurisdiccional de consulta, ha dicho la Sala, el principio constitucional de la reformatio in pejus no tiene operancia, aún cuando se trate de apelante único. También ha señalado esta Corporación, que dicho grado jurisdiccional ha sido consagrado por el legislador a efectos de que se sometan a revisión algunas decisiones judiciales. Se trata de una figura procesal que, a diferencia de los recursos, opera por expresa voluntad del legislador y no a discreción de los sujetos procesales. A través de este mecanismo el superior tiene la facultad de revisar de manera ilimitada y en todos sus aspectos el asunto respectivo.

Proceso No. 10168

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal

Magistrado Ponente: Dr. *Carlos E. Mejía Escobar*

Aprobado Acta No. 14

Santa Fe de Bogotá, D. C., febrero cuatro (4) de mil novecientos noventa y nueve (1999).

VISTOS

Resuelve la Corte el recurso de casación interpuesto contra la sentencia del tres de agosto de mil novecientos noventa y cuatro, por medio de la cual el Tribunal Superior Militar condenó a William Castiblanco Fetecua a la pena de dos años de prisión y multa por valor de mil pesos ($1.000.oo), como autor responsable del delito de peculado por apropiación.

HECHOS Y ACTUACIÓN PROCESAL

Aquellos se reseñaron en las instancias en los siguientes términos:

"El Departamento de inteligencia de la Unidad puso a disposición del Despacho cuatro (4) llantas cada una con su rin, que fueron recuperadas en la población de Madrid, las cuales informó pertenecen al compresor ETAA y habían sido sacadas de la Unidad para la fecha en que se realizó la Expomilitar, en una camioneta Wagon conducida por el señor Forero, conductor de la Unidad. Las citadas llantas fueron vendidas por el Técnico Segundo Castiblanco Fetecua William, Jefe del Taller de ETAA por la suma de cien mil pesos ($100.000.oo) al DI. Colorado Pineda Miguel Roberto, para el efecto, el suboficial había ordenado a un personal del taller ETAA efectuar el cambio de cuatro llantas que se encontraban instaladas en un compresor que estaba fuera de servicio en la bodega 29 por las cuatro llantas que tenía el compresor del taller, los cuales estaban en mejor estado". (fl.223 cdno original).

Por los anteriores hechos el Juzgado 44 de Instrucción Penal Militar dispuso la formal apertura de investigación el diecisiete de septiembre de mil novecientos noventa y tres. Luego de recibir declaración juramentada a algunos testigos, escuchó en indagatoria a William Castiblanco Fetecua a quien le impuso medida de aseguramiento de detención preventiva, mediante providencia del cinco de octubre de ese mismo año.

Por auto del ocho de octubre siguiente se dispuso compulsar copias con destino a la justicia ordinaria a efectos de que se adelantara la respectiva investigación contra algunos operarios del taller ETAA, empleados civiles de la Fuerza Aérea Colombiana, por su posible participación en los referidos acontecimientos.

Perfeccionada en lo posible la investigación, ésta se declaró cerrada el dieciocho de febrero de mil novecientos noventa y cuatro fecha en la que también el Comando de la Base Aérea de Madrid, Juzgado de Primera Instancia, convocó a Consejo de Guerra con el fin de juzgar la conducta del Técnico Segundo William Castiblanco Fetecua.

Declarada la firmeza de la resolución de convocatoria el primero de marzo de ese año, lo que dio lugar a que se iniciara la etapa del juicio, se ordenó el respectivo traslado a las partes, al cabo del cual se llevó a

cabo el Consejo de Guerra el seis de abril de mil novecientos noventa y cuatro.

El Comando Aéreo de Mantenimiento dictó fallo de primer grado el trece de abril de ese mismo año, en el que condenó a William Castiblanco Fetecua a la pena de dieciocho meses de prisión por el delito de Peculado por Apropiación, a las accesorias de separación absoluta de las Fuerzas Militares e interdicción de derechos y funciones públicas, esta última por un lapso igual al de la pena principal.

El Tribunal Superior Militar, en providencia del tres de agosto de mil novecientos noventa y cuatro, al conocer del recurso de apelación interpuesto por el defensor del procesado contra la citada decisión, resolvió reformarla en el sentido de imponer a Castiblanco Fetecua la pena de dos años de prisión y multa equivalente a la suma de un mil pesos ($1.000.oo) y adicionarla para declarar que no tenía derecho al subrogado penal de la condena de ejecución condicional.

Contra esta decisión se interpuso el recurso de casación que se procede a desatar.

La Demanda de Casación

Tres cargos formula el censor contra la sentencia del Tribunal Superior Militar así:

Primer Cargo

Estima el libelista que el fallador incurrió en violación de una norma de derecho sustancial, por error de hecho, por falso juicio de identidad, pues en la evaluación probatoria que hace el Tribunal Superior Militar tergiversa el contenido de los testimonios de Miguel Roberto Colorado Pineda, Henry Clavijo Maldonado y Carlos Eduardo Cruz Peralta, atribuyéndoles un sentido totalmente distinto al que realmente tienen.

Luego de hacer alusión a la forma como el sentenciador se refirió a cada uno de tales deponentes, asegura el demandante que para éste existe certeza acerca de la comisión del hecho y de que se consumó en las circunstancias descritas por Colorado Pineda porque éste fue parte en el negocio y conoció de todos los detalles y porque su dicho se encuentra respaldado en los de Cruz y Clavijo.

Sin embargo, para el censor, la declaración de Colorado no tiene los alcances que el *ad quem* le atribuye porque, en primer lugar, en el proceso está plenamente demostrado que fue en la casa de este individuo donde el Departamento de Inteligencia encontró las llantas y porque el mismo, bajo la gravedad del juramento, confesó que mintió al Departamento dos, cuando lo interrogó acerca de la sustracción de las llantas "*y es innegable que a quien depone en semejantes circunstancias no se le puede atribuir el grado de credibilidad que el Colegiado le da*".

En segundo lugar, porque no es rigurosamente exacto que los distintos hechos a los que se refiere en su testimonio estén confirmados por el dicho de sus otros dos compañeros de trabajo pues, según él, el adjunto Clavijo dice mucho más de lo que le atribuye el colegiado "*y así tenemos que desmiente a Colorado al advertir que la oferta del negocio ilícito provino de éste (al paso que Colorado afirma que fueron Castiblanco y Laverde quienes formularon la oferta); que no dijo por cuánto y que nunca escuchó de arreglos de dineros ni presenció que aquél le entregara suma alguna a William Castiblanco (...) - mientras que Colorado dice que el arreglo fue por $100.000.oo pesos pagados en dos contados y que se hizo en presencia de sus demás compañeros de trabajo -; y que, en cuanto a la sacada de las llantas, ignora cómo fue hecha porque sólo se enteró de la sustracción cuando a mediados de sep./93 el Depto. 2 lo llamó a interrogarlo*".

Por tanto, para el demandante, el *ad quem* le imprimió al dicho de Clavijo un alcance que no tiene.

En tercer lugar, agrega, el testimonio del Adjunto Cruz Peralta inicialmente desmiente en forma integral el dicho de Colorado al desconocer categóricamente el supuesto negocio de las llantas y, por ende, la fijación del precio, la forma de pago, la distribución de dineros entre los integrantes del taller ETAA, la sacada de las llantas, etc. Pero la titular del Juzgado 44 de Instrucción Penal Militar de ese entonces "*montó en cólera porque no estaba escuchando el mismo relato que le había hecho su compañero el Capitán Guzmán Turquino y procedió a intimidar al deponente*". Al respecto señaló que al momento de dejar la 'constancia', ya le había formulado ocho preguntas que Cruz Peralta le contestó directamente y le había hecho las amonestaciones de ley. Es entonces cuando la oficial le pregunta por segunda vez al subalterno si sabe que Colorado hubiera comprado las llantas y éste "*completamente dominado por el temor*" empieza a contestar, recitando a continuación lo que la funcionaria quería oír y que Cruz Peralta había escuchado por primera vez en la oficina de inteligencia de la Base Aérea, cuando a mediados de septiembre del noventa y tres fue llevado allí como todos los demás integrantes del taller ETAA, como se halla comprobado en los autos.

Al respecto comenta el casacionista que ese peculiar método de conseguir que el testigo conteste sin evasivas, es muy propio del medio castrense donde se acude a medios coercitivos, se utiliza abusivamente la autoridad jerárquica pues se trata de una oficial que interroga a un auxiliar de mecánica que en medio de la diligencia le recuerda que puede irse a prisión y el Tribunal Superior Militar llega al extremo de afirmar que en ese medio es normal que el testigo encabece sus respuestas con una referencia al grado militar o civil del interrogador y que en la constancia no se advierte ánimo de atemorizar o coaccionar, sino el deseo de recordarle al testigo que se halla bajo juramento y las consecuencias que, según la ley sustantiva, de ahí se derivan, cuando la ley penal no autoriza para inte-

rrumpir el desarrollo del testimonio y amenazar al deponente con las sanciones penales en especial cuando tales amonestaciones ya se habían hecho.

Además, no había lugar a ese 'recordatorio' porque Cruz Peralta en ningún momento estuvo renuente a contestar en forma clara. Para demostrarlo, transcribió el párrafo pertinente de dicha declaración. De allí concluye el libelista que el deponente sí fue compelido a declarar en el sentido que la oficial quería y por lo tanto a su testimonio, a partir del folio 24, no se le puede dar el alcance que le atribuyó el Tribunal Superior Militar.

Estima que con este proceder el Colegiado castrense desconoció el contenido de los artículos 531 y 535 del Código Penal Militar y 292 y 294 del Código de Procedimiento Penal.

En consecuencia, solicita, se le dé aplicación al numeril 1º del artículo 229 del Código de Procedimiento Penal.

Segundo Cargo

Estima que el juzgador vulneró una norma de derecho sustancial por error de hecho, al ignorar la existencia de una prueba testimonial *"a pesar del obvio contenido favorable en cuanto apunta a la inocencia del procesado"*.

Explica el libelista que el fallador de segunda instancia resolvió formar su convencimiento del análisis y evaluación de sólo tres de los diez testimonios que sobre la sustracción de llantas obran en el plenario. Que sobre el tema del peculado por apropiación fueron oídos, además de Colorado, Clavijo y Cruz, el Capitán Guzmán Tarquino, el Técnico Segundo Castiblanco Fetecua, único sindicado y jefe del taller ETAA, los Adjuntos Delgado, Laverde Moya, Vargas Franco y Castañeda Vargas y el conductor Adjunto Forero Riaño.

Dice que en la sentencia se encuentra una referencia genérica acerca de estos siete testigos, cuyo aparte transcribe, pero que el único de ellos que declara en el sentido referido por el Tribunal es el jefe de inteligencia quien retuvo para sí toda la investigación y las informaciones reservadas que dice haber recibido, indebida e ilegal reserva que toleró la Juez Cuarenta y Cuatro de Instrucción, quien debió exigirle la entrega de las actas que contienen las versiones rendidas por los nueve trabajadores del taller, que fueron interrogados en el Departamento Dos, apenas se recibió la noticia criminis, así como el acta de incautación de las llantas en la casa de Colorado.

Ese secreto, permitido por la juez instructora y prohijado por el *ad quem*, condujo a que no se supiera cómo, cuándo y en qué circunstancias se tuvo conocimiento de un hecho delictivo, que se cometió supuestamen-

te tres meses y medio antes ni qué fue lo que en realidad dijo cada uno de ellos. Esa forma de investigación puede ser útil en asuntos militares pero no frente a procedimientos judiciales donde los secretos y las reservas no tienen cabida, porque pueden dar pie a que se consolide la arbitrariedad contra un humilde suboficial que fue lo que aquí ocurrió y que recibió aprobación por parte del Tribunal Superior Militar.

Los otros seis deponentes desmienten por completo todo lo relativo a la venta de las llantas, pago del precio, reparto del mismo entre ellos, traslado de las llantas hacia la casa de Colorado y remuneración de este servicio. Lo que prueban este grupo de declarantes y que fueron omitidos por el Tribunal es, a juicio del censor, lo siguiente:

"Que el jefe de taller ETAA - el T2 William Castiblanco Feliecua ordenó a Cruz, Clavijo y Delgado cambiar cuatro llantas entre dos equipos". "Que la finalidad era mejorar el equipo que estaba siendo reparado en el taller ETAA". "Que esos elementos quedaron apilados dentro del mismo taller". "Que las llantas decomisadas en la casa de Colorado son las mismas que habían sido desmontadas".

De otra parte y desmintiendo esos dos testimonios, con estos seis quedó comprobado:

"Que no es cierto que Castiblanco y Laverde le hubieran hecho a Colorado una oferta pública de venta de las llantas, en presencia y con el beneplácito de todos los demás trabajadores del taller ETAA". "Que no es cierto que Colorado hubiera entregado a ninguno de ellos suma alguna de dinero y que, en consecuencia, jamás hubo reparto entre jefe y subalternos". "Que las llantas no fueron sacadas de la Base por el adjunto Forero Riaño". "Que se ignora la época en que fueron sustraídas". " Que todos ellos vinieron a enterarse de la sustracción de las llantas, de que habían sido ubicadas por el Depto. 2 y de todo aquello que la supuesta negociación entre todos ellos con el consiguiente reparto de dineros y pago por la sacada de las mismas hacia la casa del adjunto delator, única y exclusivamente cuando a mediados de septiembre/93 son llevados todos a las dependencias de la Oficina de Inteligencia de esa guarnición aérea y ante su extrañeza sobre la comisión del hecho, allí se les cuenta con lujo de detalles la versión de Colorado". "Que Colorado le dijo a uno de ellos (Delgado) que le había pagado $50.000 al sindicado, sin que le conste al deponente (f.13), y que también le confesó: '...sabe qué tocayo, la embarré llevándome unas llantas".

Según el libelista, estos testimonios no fueron tenidos en cuenta por el fallador de segunda instancia, pues otro habría sido el sentido de la sentencia y en ella no se dejaron consignadas las razones que se tuvieron para no hacerlo. Que si bien la valoración de este medio probatorio debe estar sometido a los criterios de la sana crítica, no está a su arbitrio entresacar de un grupo de testimonios, aquellos que considera, más desfavorecen al procesado ni puede escoger los que le favorezcan para desecharlos sin indicarle al condenado la razón por la cual lo hizo.

Solicita casar el fallo y dar aplicación al numeral 1° del artículo 229 del Código Penal.

Tercer Cargo

Al amparo de la causal primera, inciso primero, anuncia que se produjo vulneración de una norma de derecho sustancial, porque el Tribunal Superior Militar incrementó indebidamente la pena en seis meses, a pesar de que el procesado fue apelante único.

Explica que si bien el artículo 415 del Código Penal Militar permite la reformatio *in pejus* al desatar la alzada, también es cierto que esa disposición quedó insubsistente al entrar en vigencia de la Carta Política actual, entre muchas razones, por lo previsto en el inciso primero del artículo cuarto de dicha normatividad y el artículo noveno de la Ley 153 de 1887.

Solicita, al igual que en las anteriores censuras, se dé aplicación al numeral 1° del artículo 229 del Código de Procedimiento Penal.

CONCEPTO DEL PROCURADOR SEGUNDO DELEGADO EN LO PENAL

Para esa representación del Ministerio Público, los reproches elevados contra la sentencia del Tribunal Superior Militar no deben prosperar por los siguientes razonamientos.

Sobre el *primer cargo* precisó los supuestos básicos que exige el recurso de casación acerca de la invocación y demostración de los yerros respecto del falso juicio de identidad para luego indicar que el libelista se dedicó a discrepar del valor otorgado por el *ad quem*, circunstancia que redunda hacia el error de derecho por falso juicio de convicción, lo que no resulta lógico al no estar sometidos, en nuestra sistema procesal, los medios de persuasión a la tarifa legal sino a los parámetros de la sana crítica. Por lo tanto, agrega, su fin no es otro que el de anteponer su personal criterio al de dicha estimación.

Mencionó el señor Procurador la indebida entremezcla de irregularidades sobre la aducción del testimonio de Carlos Eduardo Cruz las cuales corresponderían a un error de derecho y que de modo alguno guarda relación con el vicio *in iudicando* inicialmente propuesto.

Agrega que la cita de las normas supuestamente infringidas, arts. 531 y 535 del Código Penal Militar y 292 y 294 del Código de Procedimiento Penal son preceptos que por sí solos nada dicen del ataque anunciado al quedar aislada y confusamente relacionada y sin señalar el sentido de la violación alegada.

En cuanto al *segundo cargo* señaló que de acuerdo a los parámetros establecidos por la jurisprudencia para la demostración del error de hecho por falso juicio de existencia el recurrente no logra dar cumplimiento

a tales exigencias, pues el señalamiento que hace de las pruebas supuestamente omitidas no coincide de la realidad que se desprende de los fallos, de donde es posible deducir que el conjunto testimonial al que alude, sí fue tenido en cuenta. Agregó que de la lectura de estos testimonios no es posible llegar a las deducciones del casacionista pues se trata de simples relatos que dejan entrever que la razón de su negativa sobre el conocimiento de los hechos, no corresponde a nada diferente a la de no resultar implicados en la comisión de los mismos, al habérseles señalado como supuestos partícipes del ilícito.

Sobre a la no inclusión en el expediente de la "secreta investigación" de inteligencia que condujo a la recuperación de los objetos sustraídos, indicó que tal señalamiento no solo no corresponde al error de hecho que acusa, ni la sentencia se fundamenta en el mencionado trabajo.

Respecto a las normas que en este reproche señaló el libelista como vulneradas, dicha referencia no permite catalogarse como una proposición jurídica completa, porque no se indica el sentido adoptado por esa transgresión de preceptos sustanciales.

Finalmente en cuanto a la *tercera censura* señaló que si bien su formulación está acorde con la vía de ataque dispuesta para impugnar la infracción al artículo 31 de la Carta Política, los razonamientos esbozados por el libelista son desacertados y no se compadecen con la realidad que emerge del fallo.

Con fundamento en algunos pronunciamientos que sobre el tema ha efectuado la Sala Penal de esta Corporación, concluyó la Delegada que el Tribunal Superior Militar no vulneró el citado principio constitucional, por virtud de que la sentencia está sometida al grado jurisdiccional de consulta, por lo que era procedente la nueva tasación punitiva.

Consideraciones de la Sala

Primer Cargo

Resulta evidente, de la lectura del cargo, que los reparos elevados por el censor contra la sentencia proferida por el Tribunal Superior Militar carecen del fundamento necesario para su viabilidad, pues lo que pretende enrostrar como un error de hecho en la apreciación de las pruebas, termina por convertirse en un simple desacuerdo con la manera como el sentenciador valoró los testimonios que el actor señala como presuntamente tergiversados, lo que no pasa de ser sino la oposición al criterio del Tribunal en relación con el grado de credibilidad que éste les atribuyó.

Como esa es la orientación que le imprime a su libelo, imposible le resulta concretar cualquier error en sede de casación, habida cuenta que se limita es a cuestionar la prueba judicial desde su particular punto de

vista, como pretendiendo que se acojan sus planteamientos y se desechen los del fallador sin lograr demostrar, como era su deber, acorde a los parámetros técnicos y jurídicos, la supuesta ilegalidad de la sentencia censurada por el motivo aludido.

Sostiene el demandante que la declaración del señor Miguel Roberto Colorado no tiene los alcances que el fallador le atribuye porque fue en su casa donde se encontraron las llantas -objeto de venta- y éste confesó al Departamento de Inteligencia que mintió cuando lo interrogaron acerca de tales elementos, por lo que en tales condiciones no se le puede atribuir el grado de credibilidad que el colegiado le da. Que no es exacto, además, que los distintos hechos a los que éste se refiere en su testimonio, estén confirmados por las declaraciones de sus compañeros de trabajo.

Este planteamiento, así como los que le siguen, no resulta admisible en sede de casación porque proviene de su personal opinión tendiente a restarle credibilidad a la declaración de Colorado Pineda, sobre la base de que su dicho no coincide con el de los Adjuntos Clavijo Maldonado y Cruz Peralta, testigos presenciales de los hechos.

Debe advertirse al libelista que el falso juicio de identidad lo que supone es que el sentenciador ponga a decir a la prueba lo que ella no dice y de ahí que se predique su distorsión. Pero las contradicciones que puedan existir entre las versiones de los distintos testigos, lo cual es perfectamente posible, es cuestión que debe sopesar el juzgador al momento de evaluar el conjunto probatorio acorde con las reglas de la sana crítica. Sólo el desconocimiento de los parámetros que orientan este mecanismo de apreciación probatoria es atacable en esta sede extraordinaria, el cual tiene para su demostración una concreta vía de ataque y unos precisos lineamientos, como en reiteradas oportunidades lo ha dejado en claro la Sala.

Entonces, cuando el fallador se encuentra en presencia de atestaciones que si bien no coinciden en su totalidad, pero sí en lo fundamental, puede extractar de ellas lo que estime importante para formarse su propio juicio y desechar aquello que le resulte mendaz o intrascendente. De allí que sea imprescindible la verificación integral de los medios probatorios por parte del juzgador, quien acorde a los hechos que pretendió verificar y a los elementos de juicio recopilados con ese objetivo, deberá tomar la decisión judicial acorde a su íntima convicción moral a la experiencia y al conocimiento en general.

Contrario a lo anteriormente señalado, el cargo que se estudia se orienta a controvertir el grado de credibilidad que el Tribunal otorgó al deponente Colorado Pineda, testimonio que para el fallador se constituyó en la prueba de cargo, debido a que de él procede la acusación contra Castiblanco Fetecua "*como la persona que le propuso la transacción de las cuatro llantas por valor de cien mil pesos; inicialmente entregó la mitad del dinero*

también por el cincuenta por ciento del objeto, representados en billetes de dos mil pesos lo que viene a corroborar lo atestado por Cruz Peralta, clarificando que los restantes cincuenta mil pesos valor de las segundas se los pagó a Castiblanco en billetes de cinco mil pesos, cancelación que se realizó 'después que me entregaron las dos primeras llantas y faltaban las otras dos' ..." (fl. 269).

Ninguna distorsión se presenta por el hecho de que el Adjunto Henry Clavijo Maldonado asegure en su declaración, en contraposición a lo afirmado por el testigo de cargo, que fue éste - Colorado- quien hizo la oferta del negocio ilícito y pese a ello el Tribunal hubiese desechado tal afirmación. Además, si tal declarante nada refirió acerca de arreglos o entrega de dineros, se debió a que ignoraba tal acontecimiento y no a que tal situación no hubiese tenido ocurrencia. Véase en este aspecto, cómo se desenvolvió el interrogatorio de este testigo, Adjunto Tercero Henry Clavijo Maldonado:

"PREGUNTADO: Diga si usted recuerda que Colorado haya hablado de un valor por esas llantas y con quién. CONTESTO. El nos dijo a todos los que estábamos en el taller incluyendo al jefe Castiblanco que estaba ahí, pero ignoro la cuantía o el arreglo que hayan hecho, ignoro esa situación. (...)PREGUNTADO: Diga si usted ha visto en alguna oportunidad que el DI Colorado haya entregado plata al jefe Castiblanco y por qué motivo. CONTESTO: Delante mío no hubo entrega de dineros que yo sepa. PREGUNTADO: Diga si recuerda, que el día que Colorado manifestó que él compraba las llantas, ofreció la suma de cincuenta mil pesos y a quién. CONTESTO: Lo ignoro, porque yo doy fe hasta cuando se las dejamos al jefe Castiblanco en el taller. (Resaltó la Sala) (fls. 29 y 30).

En cuanto al testimonio del Adjunto Cruz Peralta no es, como lo asegura el libelista, que éste desmienta inicialmente el dicho de Colorado (postura que de manera equivocada adopta para tratar de restarle credibilidad a éste) acerca del conocimiento que tenía de que Roberto Colorado hubiera comprado las llantas objeto de la ilicitud.

Aclárese de una vez que al inicio del interrogatorio, este declarante se mostró totalmente ajeno a las preguntas que se le estaban formulando y que se referían a los hechos materia de investigación, circunstancia que es la que aprovecha el censor para afirmar que de esa manera desmintió al testigo de cargo. La Juez instructora, al ver la renuencia del deponente le recordó, y de ello dejó constancia, que se encontraba bajo la gravedad del juramento y que el hecho de callar total o parcialmente la verdad, le podía conllevar a las sanciones de ley.

Considera el demandante que con ello se trató de intimidar al testigo para que declarara en el sentido que la juez quería y, por tanto, dicho testimonio a partir del folio 24 no tiene el alcance que se le atribuyó.

Pues bien; desde el punto de vista de la técnica casacional, si el libelista pretende censurar una prueba por considerar que se obtuvo con desco-

nocimiento de los requisitos formales, su alegación es pertinente hacerla de manera separada y con estribo en el error de derecho por falso juicio de legalidad, a efectos de que la prueba no sea tenida en cuenta. Esa indebida mezcla de irregularidades le restan claridad al libelo, lo que cobra mayor fuerza con la cita de normas que en nada se relacionan con el yerro enunciado.

Al margen de lo anterior, no encuentra la Sala, de la lectura de la declaración rendida por el Adjunto Cruz Peralta, que ésta se hubiese rendido bajo la presión de la funcionaria instructora. No es posible deducir, como infundadamente lo señala el censor, que la Juez haya montado en cólera y haya intimidado al deponente por el hecho de advertirle las consecuencias que le podía traer el callar la verdad o faltar a ella total o parcialmente.

Entiende la Corte, además, que por el conocimiento que hasta ese entonces tenía la Juez 44 de Instrucción Penal Militar acerca de los hechos con base en las pruebas recaudadas (cfr. fls. 3 al 14 del c.o.), señalaban a Cruz Peralta como testigo presencial de los hechos. Por ello, al ver que se mostraba totalmente ajeno a ellos y que contradecía de plano lo que varios testigos le habían informado, era su deber verificar la mendacidad de aquellos o la de éste. El manejo así dispuesto por la funcionaria para descubrir la realidad de lo acontecido, no desconoce ninguna norma legal.

En las precedentes circunstancias, la censura no puede prosperar.

Segundo Cargo

Al igual que el anterior, los fundamentos que el censor presenta como sustento del cargo que se analiza, no constituyen la demostración de un error en la apreciación de las pruebas, sino la discrepancia con el criterio del fallador.

El error de hecho por falso juicio de existencia, resulta viable invocarlo cuando quiera que la prueba que se señala como omitida no solamente no fue tenida en cuenta por el fallador en su análisis, sino que por lo que ella demostraba, resultaba tan trascendente en el resultado del fallo, que otra hubiera sido la decisión tomada en la sentencia objeto de ataque.

No se trata de realizar una nueva propuesta de la forma como se debió analizar el acervo probatorio, pues ese tipo de apreciaciones no resultan examinables en esta sede; el disentimiento del demandante no puede apoyarse en apreciaciones subjetivas, de plena convicción personal, sino en vicios objetivos de la prueba como tal, bien porque el juzgador la hubiese ignorado, imaginado o tergiversado o porque ante los vicios de formación de la misma no era viable tenerla en cuenta. La propuesta del censor, no hace referencia a ninguna de tales hipótesis.

Ahora bien; el juez, quien por mandato constitucional sólo está sometido al imperio de la ley, debe apreciar las pruebas en conjunto y de acuerdo

a las reglas de la sana crítica. El proceso valorativo que el funcionario debe realizar, implica la confrontación de los diferentes elementos de juicio en aras de determinar cuáles de ellos le generan convicción en cuanto a la verdad de los acontecimientos acerca de los cuales se indagó. Debido a la variedad de argumentos que pueden exponerse a través de la prueba testimonial es su deber sopesar entre todos ellos, cuáles son los hechos desvirtuados y cuáles los comprobados; cuáles aportan datos importantes y cuáles resultan carentes de objetividad y credibilidad.

De otra parte, si se examina el contenido de la sentencia, una o varias pruebas no se pueden señalar como omitidas, por el solo hecho de que el fallador no haga un expreso pronunciamiento acerca de su contenido. Los seis testimonios que el libelista menciona como excluidos sí fueron tenidos en cuenta. En efecto, de las declaraciones rendidas por el Ct Fernando Guzmán Tarquino, así como las de Jorge Alberto Delgado, Carlos Alberto Laverde Moya, Carlos Arturo Castañeda Vargas y Santiago Forero Riaño, el fallador pudo concluir lo siguiente:

"Que dado el rumbo que tomó la investigación, se conoció sobre la negociación ilícita y a pesar de los esfuerzos desplegados por Colorado Pineda para que su esposa cambiara el lugar de las llantas, ésta fue sorprendida por el capitán Guzmán Tarquino, en el momento en que se disponía a cumplir con su objetivo, teniendo que entregarlas, puestas a disposición del funcionario instructor, varias son las personas que los reconocen como las mismas que fueron cambiadas al compresor AMD - 0715, en el taller que se hallaba bajo la responsabilidad de Castiblanco Fetecua, nos referimos a Jorge Alberto Delgado, Henry Clavijo, Carlos Alberto Laverde Moya, Carlos Arturo Castañeda Vargas y Santiago Forero Riaño" (fl. 267, c.o).

Aparte de lo que se viene diciendo debe advertirse que el casacionista contrariando la claridad y coherencia de que deben estar revestidos los argumentos de la demanda, involucra en el cargo que se analiza, reproches totalmente ajenos a la causal aducida, como cuando afirma que la juez instructora debió exigir al jefe de inteligencia la entrega de unas actas que contienen versiones rendidas por los trabajadores del taller, que fueron interrogados en el Departamento dos, pues frente a procedimientos judiciales los secretos y reservas no tienen cabida.

De otro lado, como ya se dijo, no es la vía anunciada el ámbito preciso para reprochar la supuesta ilegalidad de una prueba, los informes a los que se refiere el libelista no fueron la base para dictar el fallo, pues ni siquiera formaron parte del acervo probatorio.

El cargo no prospera.

Tercer Cargo

Señala el demandante que se produjo desconocimiento de una norma de derecho sustancial, al incrementarse de manera indebida en seis me-

ses la pena al procesado. Que el artículo 430 del Código Penal Militar quedó insubsistente al entrar en vigencia la actual Carta Política.

Como bien lo señaló en su concepto el representante del Ministerio Público, es cierto que la causal escogida por el censor para formular la censura es la acertada, pues ante el carácter sustancial de la norma que contiene dicha garantía resulta lógico entender que su desconocimiento genera un vicio *in iudicando* cuya vía de ataque es la causal primera de casación.

No obstante, acorde a sus argumentos, ninguna razón le asiste para afirmar que se incurrió en la violación anunciada.

En los casos en que el fallo de primera instancia tenga el grado jurisdiccional de consulta, ha dicho la Sala, el principio constitucional de la *reformatio in pejus* no tiene operancia, aun cuando se trate de apelante único. También ha señalado esta Corporación, que dicho grado jurisdiccional ha sido consagrado por el legislador a efectos de que se sometan a revisión algunas decisiones judiciales. Se trata de una figura procesal que, a diferencia de los recursos, opera por expresa voluntad del legislador y no a discreción de los sujetos procesales. A través de este mecanismo el superior tiene la facultad de revisar de manera ilimitada y en todos sus aspectos el asunto respectivo.

De otra parte, no es posible una interpretación como la que propone el libelista, porque en este caso no se presenta la incompatibilidad de que trata el artículo 4º, numeral 1º de la Constitución Nacional y el artículo 9º de la Ley 153 de 1887, invocadas en la demanda por el censor. Sobre el punto, conviene referir que la Corte Constitucional, en sentencia C-055 de febrero 18 de 1993, con ponencia del Magistrado José Gregorio Hernández, se pronunció de la siguiente manera:

"Al tenor del artículo 31 de la Constitución, toda sentencia judicial podrá ser apelada o consultada salvo las excepciones que consagra la ley.

"La consulta es un grado de jurisdicción que procede sin necesidad de solicitud por ninguna de las partes comprometidas en el proceso y, en ese sentido es un mecanismo automático que lleva al juez de nivel superior a establecer la legalidad de la decisión adoptada por el inferior, generalmente con base en motivos de interés público o con el objeto de proteger a la parte más débil en la relación jurídica de que se trata.

"La consulta es una figura distinta de la apelación. Se surte obligatoriamente en los casos y con las características que define la ley, sin contar con la voluntad de las partes. A diferencia de la apelación, no es un recurso. Por eso no hay apelante y, por ende, la competencia del juez de segundo grado no depende de si una sola o ambas partes aspiran a la modificación de la sentencia proferida en primera instancia, de tal manera que goza de atribuciones suficientes para reformar y aun revocar el proveído que se somete a su conocimiento. Pero desde luego habrá de tenerse en cuenta el motivo de

la consulta, es decir, el interés que con ella se busca tutelar, a fin de establecer dentro de las características propias que ofrece en las distintas jurisdicciones, hasta donde podrá llegar el juzgador en el momento de introducir cambios a la providencia en cuestión.

"De lo dicho se concluye que el argumento del actor en cuanto a la posible contradicción del artículo 434 acusado con el 31 de la Carta por hacer imposible la garantía que prohibe la 'reformatio in pejus' es a todas luces equivocada.

"En relación con la supuesta 'violación procesal al principio de integridad', alegado por el demandante, cuyos perfiles son muy confusos en el contexto de la demanda, supone la Corte que el cargo hace referencia a una presunta obligación del legislador en el sentido de prever la prohibición de la 'reformatio in pejus' a propósito de la consulta.

"Por una parte, la Constitución Política no hace forzosa la consulta respecto de toda sentencia, como parece entenderlo el demandante, sino que estatuye su procedencia como regla general, dejando al legislador la facultad de determinar las decisiones en las cuales, por excepción, no cabe aquella. De otro lado, en cuanto a la consulta ya establecida y regulada en un determinado ordenamiento legal, no tiene sentido que su procedencia se relacione con la 'reformatio in pejus' ya que, según lo dicho, este nivel de decisión jurisdiccional no equivale al recurso de apelación y, por ende no tiene lugar respecto de ella la garantía que específica y únicamente busca favorecer al apelante único.

"La norma cuestionada no hace cosa distinta de desarrollar la previsión constitucional definiendo cuándo procede y cuándo no el grado de consulta en los procesos de los cuales conoce la justicia penal militar".

Con fundamento en lo anterior, estima la Sala que los razonamientos hasta aquí expuestos son suficientes para concluir que los fundamentos del cargo son desacertados. En consecuencia no prospera.

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

RESUELVE:

NO CASAR el fallo impugnado.

Vuelvan las diligencias al Tribunal de origen.

Cúmplase.

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

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

DEMANDA DE CASACION/ COAUTORIA

1. Repetidamente la doctrina de esta Corte ha sostenido que cuando se denuncia la transgresión directa de la ley sustancial, es de cargo del actor precisar el sentido de la violación, e indicar, en cada caso, si esto ocurrió porque el juzgador dejó de aplicar determinado precepto sustancial, lo aplicó indebidamente, o no obstante haber acertado en su selección, lo interpretó erróneamente haciéndole producir efectos que la norma no establece, sin que resulte lógicamente posible aducir más de una modalidad de error respecto del mismo precepto.

2. Mayor soporte tiene lo que viene de ser expuesto, si se considera la cita jurisprudencial que hace el Tribunal de una providencia fecha febrero 28 de 1985 con ponencia del Magistrado Luis Enrique Aldana Rozo, reiterada en la sentencia proferida el 10 de marzo de 1993 con ponencia del doctor Ricardo Calvete Rangel, en la cual sobre el tema de la coautoría se precisó:

"En verdad que doctrina y jurisprudencia han aceptado que en los casos en que varias personas proceden en una empresa criminal, con consciente y voluntaria división de trabajo para la producción del resultado típico, todos los partícipes tienen la calidad de autores, así su conducta vista en forma aislada no permita una directa subsunción en el tipo, porque todos están unidos en el criminal designio y actúan con conocimiento y voluntad para la producción del resultado comúnmente querido o, por lo menos, aceptado como probable. En efecto, si varias personas deciden apoderarse de dinero de un banco pero cada una de ellas realiza un trabajo diverso: Una vigila, otra intimida a los vigilantes, otra se apodera del dinero y otra conduce el vehículo en que huyen, todas serán autores del delito de hurto. Así mismo, si a esa empresa criminal van armados porque presumen que se les puede oponer resistencia o porque quieren intimidar con el uso de las armas y como consecuencia de ello se producen lesiones u homicidios, todos serán coautores del hurto y de la totalidad de los atentados contra la vida y la integridad personal, aun cuando no todos hayan llevado o utilizado las armas, pues

participaron en el común designio, del cual podían surgir estos resultados que, desde luego, se aceptaron como probables desde el momento mismo en que actuaron en una empresa de la cual se podían derivar".

Proceso No. 11609

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal

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

Aprobado acta No. 14

Santa Fe de Bogotá, D. C., cuatro de febrero de mil novecientos noventa y nueve.

Resuelve la Corte el recurso extraordinario de casación interpuesto contra la sentencia de marzo seis de mil novecientos noventa y cinco, mediante la cual el Tribunal Nacional condenó a la procesada Angela Patricia Cuartas Bedoya por el concurso de delitos de homicidio agravado, hurto calificado y agravado, cohecho por dar u ofrecer, porte de armas de uso privativo de las fuerzas militares y concierto para delinquir.

Hechos y Actuación Procesal

A eso de las diez de la noche del tres de agosto de mil novecientos noventa y uno, el bus de placas SE 9079 afiliado a la Empresa Arauca S.A. y conducido por Francisco William Caro Rojas, partió de Medellín con destino a la ciudad de Manizales. Cerca de la media noche, cuando había asumido el mando del vehículo el ayudante Antonio Claret Loaiza Osorio, de entre los pasajeros surgieron varios individuos portando armas de fuego y granadas de fragmentación, quienes dieron muerte al conductor suplente y se dedicaron a apoderarse de las pertenencias de los pasajeros. Posteriormente, luego de introducir el automotor por una vía sin pavimentar, los asaltantes dispararon contra el taxi de placas HC-0407, que ocasionalmente pasaba por la vía principal, en donde se movilizaba el señor José Romel Ocampo Bustamante quien a consecuencia de ello murió instantáneamente, y en dicho auto emprendieron la huida dirigiéndose hasta la población de Arauca (Caldas), cercana del sitio de los hechos.

En este lugar, uno de los miembros de la cuadrilla hirió al joven Fabián Andrés Sánchez Ladino, lo que motivó la intervención de la policía, ya informada de lo ocurrido con el bus, dando captura a los sujetos Jairo Alberto Pérez, Rubén Darío Benítez, José Humberto Moreno Carrasquilla y Angela Patricia Cuartas Bedoya, en tanto que Adriana Cuartas Bedoya, Juan Evangelista Martínez, Delio Tapias, Giovanna N. y Víctor N., también integrantes de la pandilla, lograron evadir la acción de las autoridades, llevándose consigo algunas de las armas utilizadas en el hecho violento.

En el momento de la aprehensión de los antes mencionados, se encontró en su poder una granada de fragmentación, siete cartuchos para revólver calibre 38, así como elementos varios de los hurtados a los pasajeros, y para impedir su captura ofrecieron a los uniformados la suma de cien mil pesos, los cuales también fueron incautados.

Abierta la investigación por un Juzgado de Instrucción de Orden Público con sede en Medellín (fls. 5 y ss.), se vinculó mediante indagatoria a Jairo Alberto Pérez (fls. 15), Angela Patricia Cuartas Bedoya (fls. 20 y ss.), Rubén Darío Benítez (fls. 25 y ss.) y José Humberto Moreno Carrasquilla (fls. 29), contra quienes fue proferida medida de aseguramiento de detención preventiva (fls. 41 y ss.).

Clausurado el ciclo instructivo por la Fiscalía Regional de Medellín (fls. 317), a donde pasaron las diligencias por competencia, y antes de que esta decisión causara ejecutoria, los procesados Jairo Alberto Pérez, Rubén Darío Benítez y José Humberto Moreno Carrasquilla, solicitaron la realización de la diligencia de audiencia para terminación anticipada del proceso, prevista en el original artículo 37 del Decreto 2700 de 1991, la cual se llevó a cabo ante un Juzgado Regional de Medellín en donde se los acusó del concurso de delitos de concierto para delinquir, homicidio agravado, hurto calificado y agravado, porte ilegal de armas de fuego de defensa personal y de uso privativo de las fuerzas militares y de policía, y cohecho por dar u ofrecer, cuyos cargos fueron aceptados sin objeción por estos sindicados (fls. 453 y ss.).

El fallo anticipado fue proferido por un Juzgado Regional de Medellín, autoridad que condenó a cada uno de los acusados a la pena principal de veinticinco años de prisión, por encontrarlos penalmente responsables del concurso de delitos imputado en el acta de formulación de cargos (fls. 462 y ss.).

Dispuesta la ruptura de la unidad procesal para continuar la actuación respecto de Angela Patricia Cuartas Bedoya, la Fiscalía Regional de Medellín, por proveído de diciembre veintitrés de mil novecientos noventa y tres calificó el mérito probatorio del sumario respecto de esta procesada, profiriendo en su contra resolución acusatoria por el concurso de delitos de homicidio, hurto calificado y agravado, concierto para delinquir, cohecho por dar u ofrecer y porte ilegal de armas de uso privativo de las fuerzas militares y de policía, al tiempo que dispuso expedir copias para la investigación relacionada con la conducta de Adriana Cuartas Bedoya, Dello Tapias, Víctor N., Giovanna N. y demás partícipes en las ilicitudes (fls. 550 y ss), decisión que causó ejecutoria el veinticuatro de febrero del siguiente año (fl. 567 vto).

El trámite del juicio se llevó a cabo ante un Juzgado Regional de Medellín, en donde previa citación para sentencia (fl. 601), por providencia proferida el cuatro de octubre de mil novecientos noventa y cuatro

culminó la instancia condenando a la procesada a las penas principales de diez (10) años de prisión, tres (3) meses de arresto y multa en cuantía de un mil pesos ($1.000.oo), por encontrarla penalmente responsable del concurso de delitos de fabricación y tráfico de armas y municiones de uso privativo de las fuerzas armadas, hurto calificado y agravado, cohecho por dar u ofrecer y concierto para delinquir, al tiempo que la absolvió del concurso de delitos de homicidio, también imputados en el pliego enjuiciatorio.

En el numeral cuarto de la parte resolutiva, dispuso el fallo "NEGAR, a Angela Patricia Cuartas Bedoya, el subrogado de la Condena de Ejecución Condicional, por no reunir los requisitos del artículo 68 del Estatuto de las penas, pero se le reconoce como parte de la pena, el tiempo que lleva recluida desde el día de su captura hasta que recobre su libertad" (fls. 639 y ss.).

Contra el fallo de primer grado, la Procuraduría Judicial en Asuntos Penales de Medellín, la Fiscalía Regional y la procesada, interpusieron recurso de apelación que resolvió el Tribunal Nacional, mediante sentencia de segunda instancia proferida el seis de marzo de mil novecientos noventa y cinco, en la cual revocó la absolución dispuesta en primer grado, modificó la sentencia impugnada en el sentido de condenar a la procesada a la pena principal de treinta años de prisión y multa en cuantía de un mil pesos, por encontrarla penalmente responsable del concurso de delitos de homicidio agravado, hurto calificado y agravado, cohecho por dar u ofrecer, porte de armas de uso privativo de las fuerzas militares y concierto para delinquir; revocó el ordinal cuarto de la parte resolutiva de la sentencia de primer grado, en lo atinente a la denegación del subrogado de la condena de ejecución condicional y negó el de la libertad condicional, entre otras decisiones (fls. 3 y ss. cno. Tribunal).

Contra el fallo de segundo grado, la defensora oportunamente interpuso recurso extraordinario de casación, el cual fue concedido por el *ad quem* (fl. 35) y dentro del término legal se presentó la correspondiente demanda de casación (fls. 47 y ss. cno. Tribunal), siendo admitida por la Corte (fl. 3 cno. Corte).

La Demanda

Apoyada en la causal primera de casación, la demandante denuncia violación directa de la ley sustancial, desacierto que concreta a los artículos 5, 21, 23 y 36 del Código Penal.

Luego de transcribir algunos apartes del pronunciamiento del Tribunal, expone que la transgresión del artículo 5° se originó en la presunción del dolo y la consecuente deducción de responsabilidad objetiva prohibida por la ley; el quebranto del artículo 21 tuvo lugar porque la procesada "no fue autora ni la causa de la muerte de los dos conductores, ni quiso

sus fallecimientos"; la violación del artículo 23, porque "tampoco fue coautora del hecho punible contra Loaiza y Ocampo, y la tesis de solidaridad penal esgrimida, riñe con los más elementales principios que rigen la culpabilidad"; y, por último, la vulneración del artículo 36 *ejusdem*, obedeció a haberse declarado penalmente responsable a la procesada del homicidio doble agravado, "olvidando que el agente debe querer la realización del hecho punible y estar asistido de la intención delictual, y ese requisito del propósito debe probarse y jamás presumirse".

Además, sostiene, la responsabilidad es individual e intransmisible, siendo proscrita la objetiva, no obstante el fallador pretende hacer responsable a Angela como coautora de los delitos en que incurrieron sus compañeros.

Afirma indudable que Angela Patricia Cuartas Bedoya pertenecía a un grupo y que realizó el tipo que define el delito de concierto para delinquir, pero no se le puede extender el dolo de este delito al propósito homicida ya que no fue compartida por ella la intencionalidad primaria de los coacusados de concertarse para hurtar las pertenencias de los pasajeros del bus, al punto que cuando tuvo conocimiento de ella decidió bajarse del vehículo en plena carretera, a pesar de lo avanzado de la noche.

En este sentido enfatiza que no existe prueba que respalde la afirmación del Tribunal, según la cual "el descenso del bus de la procesada y su compañera pudo obedecer a una estrategia de conjunto... la jefatura dispuso que las dos mujeres abandonaran el bus, quizás para que sirvieran de distractores a la policía", correspondiendo esto a "invenciones probatorias", también prohibidas por la ley.

Si bien se presentó un atentado contra el patrimonio económico y dos contra la vida, ninguno de estos delitos puede imputársele a la procesada, habida cuenta que el Estado sólo puede hacer juicio de reproche respecto de hechos típicos y antijurídicos, y ni siquiera se encontraba en el lugar cuando ocurrieron los hechos.

Del contenido del artículo 21 del Código Penal, colige la impugnante que el reproche ha de hacerse a quien haya desencadenado una sucesión de hechos hasta llegar al resultado típico que el verbo rector señala, siendo autor, quien realiza el hecho punible o determina a otro a realizarlo, según precisión hecha por dicha norma, y coautor, quien en igualdad de circunstancias con otro sujeto, lleva a cabo el hecho delictuoso, debiendo reunir dos ingredientes: uno moral y otro material, en donde confluyan la voluntad y los actos de contribución a la realización del hecho.

La procesada no solamente no estuvo presente en el momento en que los homicidios y el apoderamiento de bienes tuvieron lugar, sino que además no estuvo de acuerdo con tales conductas. Como fue sostenido en el fallo de primer grado, el homicidio del conductor del bus se originó en la

discrepancia surgida con Delio por el cobro de los pasajes, y en tal medida fue éste quien por razones muy suyas quiso dispararle, mientras que la muerte del taxista fue el producto de la determinación de Juan para conseguir el vehículo en el que deberían huir.

Estos sucesos no podían ser anticipados por Angela quien ya se había marchado del lugar y sobre ellos no existió preacuerdo, por obedecer a decisiones propias de quienes los llevaron a cabo sin que esta procesada hubiere realizado un solo acto para ocasionar la muerte de los referidos conductores, "como que ni siquiera podía adivinar lo que pasaría después de dejar el bus".

En relación con el artículo 36 del Código Penal, agrega que para que un hecho pueda tenerse como doloso, se exige que el agente haya tenido conocimiento previo de él, de suerte que cuando la acción o la omisión se llevan a efecto, se haya representado el resultado en su mente. Por este motivo, Angela Patricia no podía representarse las muertes de los conductores, cuando ni siquiera quienes quedaron en el bus podían saber qué pasaría luego del inesperado incidente con el conductor, y tampoco podía suponer que Juan llevaría el bus hasta una carretera destapada y tomaría la determinación de segar la vida de Ocampo.

Según la injurada de Jairo Alberto Pérez, antes de llegar a un sitio "donde el piso es con bombillitos", le dijo a Angela Patricia y a Johanna que descendieran del bus, y que después de esto Delio sacó el revólver y se acercó a la cabina del conductor, quien los trató de "ladrones hijueputas"; en ese momento le disparó y empezaron a hurtar las pertenencias de los pasajeros, posteriormente llevaron el bus por una carretera destapada, desinflaron las llantas, botaron las llaves del vehículo y esperaron un carro en la carretera principal. Juan, ante el hecho de no lograr que algún vehículo se detuviera, disparó en tres oportunidades contra un taxi dándole muerte al chofer, para huir luego en ese automotor.

Rubén Darío Benítez, por su parte, confirmó que cuando llevaron a cabo el asalto, Angela ya no se encontraba en él, como igual lo refiere el testigo Juan Felipe Guzmán Cardona.

Al Estado correspondía demostrar que la procesada Angela Patricia Cuartas Bedoya deseó y se representó la muerte de los dos conductores, pues le compete probar que los homicidios y apoderamientos de bienes fueron producto de la voluntad del agente material o el coautor, y la contribución prestada por éste. Si esto no se prueba, el juzgador no puede acudir a invenciones como las que se deducen fácilmente del fallo, al decir que el descenso del bus pudo obedecer a una estrategia de conjunto, y que la jefatura de la organización criminal dispuso que las mujeres abandonaran el bus, quizás para que sirvieran de distractores.

Afirma que Angela Patricia Cuartas Bedoya debe responder penalmente por los delitos de violación al Decreto 3664 de 1986 y cohecho por dar u

ofrecer, no por los delitos de homicidio y hurto los cuales se llevaron a efecto cuando no se encontraba en el lugar del hecho.

Concluye la censura solicitando de la Corte casar el fallo que impugna, por ser violatorio de la ley sustancial (fls. 47 y ss. cno. Tribunal).

CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

1. El Procurador Segundo Delegado en lo Penal estima que la demanda exhibe graves defectos de orden técnico que impiden aceptar el único cargo propuesto contra el fallo del Tribunal.

En ese sentido advierte que no obstante empezar por precisar la recurrente que la vía de censura elegida es la causal primera prevista por el artículo 220 del Código de Procedimiento Penal, por violación directa de los artículos 5, 21, 23 y 38 del Código Penal, en su desarrollo opta por ubicar la crítica en el aspecto probatorio.

A esta conclusión llega luego de tomar en cuenta no sólo la frecuente expresión de que ninguna prueba en el proceso demuestra la intención de Angela Patricia de cometer los punibles de homicidio y hurto, sino, además, por incursionar de modo abierto en el campo probatorio.

Es así como la actora cuestiona el mérito otorgado a algunos medios de prueba recaudados durante la instrucción, tales como la indagatoria de Jairo Alberto Pérez y la de Rubén Darío Benítez, así como las declaraciones de Juan James Valencia Gómez y Juan Felipe Guzmán, con el ánimo de reclamar la obligación del Estado de demostrar la responsabilidad y coautoría de su representada.

Con la desorientación del planteamiento por la demandante, da al traste con la viabilidad del recurso extraordinario, pues cuando opta por el camino de la violación directa de la ley sustancial, resulta eliminada la posibilidad de soportar el cuestionamiento con fundamento en la prueba recaudada, por corresponder a una propuesta por violación indirecta de la ley.

Esto da lugar a considerar que la impugnante ignora la diferencia existente entre una y otra forma de violación de la ley sustancial, pues no empece estar comprendidas dentro de la causal primera, los diferentes cuerpos que la integran conservan diferencias lógicas y naturalísticas absolutas, las cuales en esencia las tornan en contradictorias y excluyentes. Por esto la entremezcla de sus planteamientos determina la infructuosidad de la propuesta impugnatoria.

Es de la esencia de la violación directa de la ley sustancial, la obligación para el accionante de respetar los hechos y su prueba en la forma como fueron declarados en el fallo, pues si el motivo de censura se origina en la inconformidad con la apreciación fáctica y probatoria llevada a cabo

por el juzgador, no será la violación directa la que procede denunciarse, sino la indirecta, dado que la transgresión no se produce en el juicio directo del fallador sino de falsos juicios de apreciación probatoria.

Además de estos defectos, que en criterio de la Delegada son suficientes para la improsperidad del reproche propuesto en la demanda, destaca otros en que indebidamente incurre la impugnante, tales como omitir precisar el sentido de la violación de la ley sustancial debiendo haber especificado si las normas que enuncia como transgredidas no se aplicaron, se aplicaron indebidamente, o se interpretaron erróneamente; y aducir la violación al principio de proscripción de responsabilidad objetiva como transgresión de la ley sustancial, cuando es cuestionamiento sólo atendible al amparo de la causal tercera de casación por constituir un desconocimiento a las garantías del procesado, y como nulidad legal prevista en el numeral segundo del artículo 304 del Código de Procedimiento Penal, por constituir irregularidad sustancial que afecta el debido proceso.

Por esto, en concepto de la Delegada, como el escrito presentado a manera de demanda de casación incumple los requisitos técnicos de procedencia del recurso, en respeto del principio de limitación que lo gobierna y de la doble presunción de acierto y legalidad que ampara los fallos de segundo grado, debe declararse su ineficacia para remover la sentencia que se impugna.

2. Con asombro observa la Delegada la decisión contenida en el numeral quinto de la parte resolutiva del fallo del juzgador de segundo grado, en cuanto dispone revocar la denegación del subrogado penal de la condena de ejecución condicional, "para en su lugar, insólitamente, concederlo", dado que la procesada no satisface ninguno de los presupuestos establecidos por el artículo 68 del Código Penal para hacerse acreedora a la suspensión de la condena impuesta.

Explica, sin embargo, que de consultar la parte motiva del fallo se establece que el juzgador de segundo grado excluyó la posibilidad de analizar siquiera lo relacionado con dicho subrogado, y circunscribió la determinación a evaluar la procedencia del subrogado penal de la libertad condicional prevista por el artículo 72 *ejusdem*, figura ostensiblemente distinta de aquella.

De todas maneras, sostiene el Concepto, lo generado en últimas por el fallo es la desarmonía entre lo consignado en la parte motiva y lo decidido en la resolutiva, anomalía que se erige como una irregularidad sustancial que afecta el debido proceso por lesiva del principio de legalidad, en la medida que al concedérsele a la procesada el subrogado de la condena de ejecución condicional, se desconocen los presupuestos legales que para su otorgamiento exige el artículo 68 del Código Penal, tanto en su aspecto objetivo (por superar la pena impuesta los tres años de prisión) como en el subjetivo a que se refiere el ordinal segundo de la disposición en cita,

principalmente en cuanto que la naturaleza y modalidades del hecho punible realizado por Angela Patricia Cuartas Bedoya, hacen manifiesta la necesidad de aplicarle tratamiento penitenciario.

Dado entonces que esta la irregularidad sustancial afecta el debido proceso y comprende exclusivamente la decisión que se impugna, estima el Procurador necesario acudir a la oficiosidad prevista por el artículo 228 del C. de P. P., decretando la nulidad parcial del numeral quinto de la parte resolutiva del fallo de segundo grado, para de este modo viabilizar la vigencia del numeral cuarto de la sentencia de primera instancia, en el sentido de negar el subrogado penal de la condena de ejecución condicional.

Concluye el Procurador Delegado su Concepto, sugiriendo a la Sala desestimar el único cargo propuesto por la accionante en su demanda, no casar, en consecuencia, la sentencia impugnada, y decretar la nulidad parcial de la misma, en lo relacionado con el numeral quinto de su parte resolutiva (fls. 5 y ss. cno. Corte).

Se Considera

En verdad, como se sostiene por la Delegada en su Concepto, los manifiestos defectos técnicos que ofrece la demanda de casación presentada, conducen a declarar la improsperidad del único cargo que allí se postula contra el fallo del Tribunal.

Repetidamente la doctrina de esta Corte ha sostenido que cuando se denuncia la transgresión directa de la ley sustancial, es de cargo del actor precisar el sentido de la violación, e indicar, en cada caso, si esto ocurrió porque el juzgador dejó de aplicar determinado precepto sustancial, lo aplicó indebidamente, o no obstante haber acertado en su selección, lo interpretó erróneamente haciéndole producir efectos que la norma no establece, sin que resulte lógicamente posible aducir más de una modalidad de error respecto del mismo precepto.

De igual modo, la jurisprudencia ha repetido que la selección por el actor del primer cuerpo de la causal primera como vía de ataque al fallo de segundo grado, excluye toda posibilidad de introducir cuestionamientos relacionados con la apreciación probatoria, puesto que partiendo de aceptar los hechos y los medios que los prueban, tal y como fueron declarados por el juzgador en la sentencia, la censura ha de apuntar exclusivamente a controvertir el aspecto jurídico, discrepando sólo de lo relacionado con la aplicación o interpretación de determinado precepto o preceptos sustanciales.

Pero además, ha sido insistentemente dicho que es de la esencia en esta clase de denuncias, integrar completamente la proposición jurídica, indicando todas las normas sustanciales que regulan el caso concreto,

con señalamiento de aquellas aplicadas indebidamente, las que debieron haber sido aplicadas, o precisando las erróneamente interpretadas, de cara siempre a la declaración de justicia contenida en el fallo, pues resulta inútil proponer la configuración de uno o varios de tales desaciertos sin demostrar su repercusión en la parte resolutiva de la sentencia que se impugna, como es igualmente improcedente denunciar la transgresión de un precepto general del Código Penal, sin incidencia en un específico tipo definido como delito en la parte especial del mismo, o en estatutos punitivos especiales.

En este caso, la recurrente de modo expreso enuncia su propuesta impugnatoria a partir de señalar la transgresión directa de la ley sustancial, en lo relacionado con los artículos 5, 21, 23, y 36 del Código Penal, pero no solamente nada dice sobre el sentido en que se produjeron las aludidas violaciones ni su repercusión en la declaración de justicia hecha en la parte resolutiva de la sentencia de segundo grado, sino que inopinadamente incursiona en el campo de la vía indirecta introduciendo cuestionamientos al aspecto probatorio que tampoco demuestra.

No de otra manera pueden ser entendidas las continuas referencias que hace, contrariando lo declarado en el fallo, en el sentido de que su asistida no fue autora ni ocasionó las muertes de Antonio Claret Loaiza Osorio y José Romel Ocampo Bustamante, que en los hechos imputados no actuó dolosamente, y que la condena la soportó el juzgador en "invenciones probatorias" prohibidas por la ley, todo lo cual ha debido postular, desarrollar y demostrar, con total apego a la técnica establecida para la violación indirecta de la ley.

La confusión que la demanda ofrece, es de tal entidad que de ella ni siquiera logra establecerse el alcance que se persigue darle a la impugnación. Se desconoce si la censura se orienta por denunciar que la procesada no realizó el hecho imputado, o que, habiéndolo llevado a cabo, actuó amparada por una causal de justificación o de inculpabilidad.

Al sostener la demandante que a Angela Patricia Cuartas Bedoya se le dedujo responsabilidad objetiva suponiéndose la prueba de la culpabilidad de la conducta y aducir seguidamente que no fue autora ni coautora de los homicidios por los que fue condenada, refleja una particular concepción de la estructura del delito así como del instituto al cual acude, pues estos dos planteamientos, por excluirse mutuamente, no pueden ser alegados de manera simultánea, a menos de tornar la alegación insalvable, por contradictoria, toda vez que presupuesto para invocar la inculpabilidad de la conducta es precisamente dar por demostrada su realización objetiva.

Pero ni aún bajo el supuesto de sostener que el ataque al fallo de segundo grado se orienta por la violación indirecta de la ley sustancial, deviene certero, puesto que también omite precisar los errores de aprecia-

ción probatoria en que incurrió el juzgador. Tanto es así, que no se indica si los desaciertos cometidos fueron de hecho o de derecho, como tampoco su trascendencia en la parte dispositiva de la sentencia ameritada.

Tan cierto es esto que la demanda no informa si lo acontecido fue que el fallador incurrió en falsos juicios de existencia por haber ignorado alguna prueba que obra válidamente en el proceso, o supuesto una no incorporada; o en falsos juicios de identidad por haber distorsionado el sentido de un medio de convicción haciéndole producir efectos que objetivamente no se deducen de él; en errores de derecho por incurrir en falsos juicios de legalidad o de convicción; o, por transgredir las reglas de la sana crítica como método de apreciación probatoria legalmente establecido.

Tampoco se dice a qué conducen las referencias sobre las injuradas de Jairo Alberto Pérez y Rubén Darío Benítez, ni logra identificar los errores que se cometieron en la apreciación de los testimonios de Juan James Valencia Gómez y Juan Felipe Guzmán Cardona, no obstante mencionar tangencialmente su contenido para particularmente fijar su alcance, sin referir siquiera qué se dijo de estos medios en el fallo, ni cuál su mérito persuasivo asignado por el juzgador.

Pareciera que el motivo fundamental de inconformidad con el fallo, lo postula la actora a partir de sostener que por no haber estado presente Angela Patricia Cuartas Bedoya en el momento en que sus compinches dieron muerte a los dos conductores y despojaron de sus pertenencias a los pasajeros del bus, no realizó los tipos penales de homicidio y hurto por los que en su contra se irrogó condena. Pero ni aún desde ese particular punto de vista, la afirmación logra desvirtuar la doble presunción de acierto y legalidad con que está amparado el fallo de segundo grado, ni desquiciar la declaración de justicia en él contenida.

Recuérdese en ese sentido que, siguiendo las reglas de la sana crítica en la apreciación probatoria, el juzgador de segundo grado descartó la hipótesis defensiva fundada en este mismo argumento que fuera propuesta por la acusada, y por el contrario, a partir de la prueba obrante encontró acreditada, en grado de certeza, su responsabilidad penal en los hechos materia de juzgamiento.

Dijo entonces el Tribunal:

"Ni ella ni los acompañantes de la empresa criminal han desvirtuado el hecho cierto de que la función de la Cuartas Bedoya era de llevar con ella las armas, y aprovechando su condición de dama, burlar las requisas que eventualmente los agentes del orden practicaban en los retenes a lo largo de las carreteras nacionales, luego no puede decirse que no tenía función específica en el actuar ilícito".

"Del comportamiento de la organización delictiva se puede deducir una coautoría impropia, razón por la cual debe tenerse a Angela Patricia

como coautora de los diversos punibles en que incurrieron sus compañeros, en la maniobra destinada a despojar de sus bienes a quienes se movilizaban en el automotor, y a causar la muerte de dos personas, así no se encontrase en el momento mismo de la comisión de los hechos, porque de antemano sabía los propósitos de sus coasociados, cometer cualquier tipo de reatos, sin descartar los atentados contra la vida y la integridad de las personas o, acaso es que los delincuentes se encontraban provistos de armas de gran poder destructivo únicamente para exhibirlas? La conducta cinemática del caso que ocupa la atención de la Sala pone de relieve, que no tenían la finalidad restringida de servir de elemento intimidatorio".

Precisó asimismo el juzgador que "la inculpada debía estar enterada de la peligrosidad de sus socios, como que con uno de ellos mantiene relaciones de concubinato, y a pesar de ese conocimiento quiso, voluntariamente, seguir perteneciendo a la cuadrilla, sin interesarle los riesgos que su insistente comportamiento le podrían acarrear".

"El factor voluntariedad emerge claramente del sinnúmero de oportunidades a su alcance para abandonar la banda, pero teniendo plena capacidad de discernimiento, optó por la vía del delito, derivando de esa actividad su sustento y sus expectativas, compartiendo con su hermana y su compañero el destino que escogieron".

Sobre el grado de colaboración a la empresa criminal, estableció el juzgador que "la misión encomendada a ella resultaba de gran importancia para los intereses de los delincuentes, pues eso de pasar desapercibidos para las autoridades, con el ocultamiento inteligente de las armas, aseguraba en alto grado el éxito en el plan que el grupo se había trazado".

"Nótese -prosigue el fallo- que el descenso del bus de la procesada y su compañera pudo obedecer a una estrategia del conjunto, no al supuesto llanto de Angela Patricia, cuyo hecho únicamente lo relata ella, porque tiempo después fueron recogidas por sus compañeros en el sector donde se habían quedado. Si no hubiere sido por un acuerdo sobre el lugar y el tiempo del reencuentro, no parece claro que este hecho se hubiere cumplido".

Y, luego de referir la posibilidad de haber descendido del bus con la finalidad de distraer a la policía acantonada en la zona, en cuanto aparece acreditado que las dos mujeres se dirigieron al puesto de los agentes del orden donde permanecieron largo rato, destaca el Tribunal que "la tarde del domingo 4 de agosto, Angela Patricia figura en una acción que revela el pacto de asociación criminal, ya que es vista por los Agentes de la Policía de Arauca cuando recibe de otra mujer un trapo; este trapo lo esconde en una caja de mercado que estaba debajo de la cama; en el trapo oculta una granada de fragmentación. En esta oportunidad está acompañada de todos los componentes de la cuadrilla; unos son detenidos, otros escapan. Este hecho es revelador de su fidelidad al compromiso de permanecer al lado de sus compinches cumpliendo con el rol asignado..."

Por manera que aún si se prescindiera de los monumentales desaciertos de orden técnico que la demanda de casación contiene, y se supusiera que la censura se orienta a denunciar transgresión de las reglas que gobiernan la persuasión racional como método establecido por la ley para la apreciación probatoria, ni siquiera bajo un tal supuesto de ataque se logra conmover los fundamentos del fallo.

Mayor soporte tiene lo que viene de ser expuesto, si se considera la cita jurisprudencial que hace el Tribunal de una providencia fecha febrero 28 de 1985 con ponencia del Magistrado Luis Enrique Aldana Rozo, reiterada en la sentencia proferida el diez de marzo de mil novecientos noventa y tres con ponencia del doctor Ricardo Calvete Rangel, en la cual sobre el tema de la coautoría se precisó:

"En verdad que doctrina y jurisprudencia han aceptado que en los casos en que varias personas proceden en una empresa criminal, con consciente y voluntaria división de trabajo para la producción del resultado típico, todos los partícipes tienen la calidad de autores, así su conducta vista en forma aislada no permita una directa subsunción en el tipo, porque todos están unidos en el criminal designio y actúan con conocimiento y voluntad para la producción del resultado comúnmente querido o, por lo menos, aceptado como probable. En efecto, si varias personas deciden apoderarse de dinero de un banco pero cada una de ellas realiza un trabajo diverso: Una vigila, otra intimida a los vigilantes, otra se apodera del dinero y otra conduce el vehículo en que huyen, todas serán autores del delito de hurto. Así mismo, si a esa empresa criminal van armados porque presumen que se les puede oponer resistencia o porque quieren intimidar con el uso de las armas y como consecuencia de ello se producen lesiones u homicidios, todos serán coautores del hurto y de la totalidad de los atentados contra la vida y la integridad personal, aun cuando no todos hayan llevado o utilizado las armas, pues participaron en el común designio, del cual podían surgir estos resultados que, desde luego, se aceptaron como probables desde el momento mismo en que actuaron en una empresa de la cual se podían derivar".

Entonces, frente a los evidentes defectos técnicos que la demanda de casación presenta, y la manifiesta ausencia de fundamento de las alegaciones en ella propuestas, se impone su desestimación.

Ahora, en cuanto hace a la petición de la Delegada en el sentido de que la Corte acuda a la facultad oficiosa que le asigna el artículo 228 del Código de Procedimiento Penal, a fin de salvaguardar el principio de legalidad que en su opinión resultó transgredido en el fallo de segundo grado, y proceda a decretar la nulidad parcial de la actuación exclusivamente en cuanto se refiere a la concesión por el Tribunal del subrogado de la condena de ejecución condicional, han de hacerse las siguientes consideraciones.

Ciertamente el juzgador de primer grado de modo expreso denegó a la procesada el subrogado penal de la condena de ejecución condicional atendiendo el incumplimiento de los presupuestos exigidos por el artículo 68 del Código Penal, como también que el Tribunal revocó esa determinación; pero de ahí a sostener que el juzgador de segunda instancia concedió irregularmente el citado subrogado, y que en tal medida resulta necesario proceder de modo oficioso a su invalidación, es posición que lejos está de compartir la Corte.

De la motivación expuesta en la parte considerativa del fallo impugnado, sobre que "el único sustituto que cabe considerar en este caso es el de la libertad condicional... ", inequívocamente se establece que con su razonamiento el *ad quem* estaba descartando implícitamente la concesión de la condena de ejecución condicional, y que la orden de revocar la denegación que expresamente hiciera el a quo -la cual resulta explicable dado que la condena solo versaba sobre parte de los delitos imputados en el pliego enjuiciatorio-, constituiría apenas una informalidad no obstativa.

El Procurador extrema el concepto "revocar" utilizado por el juzgador de segundo grado, para derivar consecuencias que no corresponden, si se da en considerar que la revocatoria de una decisión no conlleva pronunciamiento en sentido contrario, habida cuenta que éste debe ser expreso. Para demostrar la intrascendencia del lapsus atribuible al sentenciador, baste con indicar que por parte alguna del fallo de segundo grado se encuentra que hubiese sido otorgada la libertad a la procesada por concepto de la condena de ejecución condicional, ni siquiera ordenaba como habría sido lógico, el señalamiento de condiciones para su disfrute, lo cual es lo consecuente con el incumplimiento de los requisitos de orden objetivo y subjetivo que el artículo 68 lb. precisa deben ser reunidos para su consideración.

De esta suerte, no obstante la informalidad advertida por la Delegada, su inocuidad frente a la legalidad del fallo resulta manifiesta, y, de contera, descarta la configuración del motivo de invalidación aducido, máxime si queda claro que el Tribunal simplemente revocó una determinación cuyo análisis apreció impertinente avocar, precisamente a consecuencia de no satisfacerse de modo ostensible y objetivo ninguno de los presupuestos establecidos para abordar su estudio.

Por último, la Sala no puede dejar pasar la oportunidad sin advertir que no obstante las reiteradas referencias hechas por los funcionarios encargados de la instrucción del proceso, como por los juzgadores, en relación con la agresión a la humanidad de que fue víctima el joven Fabián Andrés Sánchez a consecuencia de un disparo con arma de fuego propinado por uno de los integrantes de la banda criminal que llevó a cabo el asalto al bus y ocasionó las muertes de los dos conductores, ninguna

determinación fue adoptada en orden a su esclarecimiento por la autoridad judicial competente.

Por esto, en cumplimiento de lo ordenado por el artículo 25 del Código de Procedimiento Penal se dispondrá que por el Tribunal de origen se expidan copias de lo actuado y se remitan sin tardanza a la Unidad de Fiscalía correspondiente para la averiguación penal a que haya lugar.

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:

PRIMERO. NO CASAR la sentencia impugnada.

SEGUNDO. Por el Juzgador de segundo grado, expídanse las copias a que se hizo referencia en la parte motiva, para los fines allí indicados.

Devuélvase al Tribunal de origen.

Cúmplase.

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

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

COMPLEJIDAD/ CONEXIDAD/ SECUESTRO/
EXTORSION/ REBELION

Los conceptos de complejidad y conexidad son claramente diferenciables. Mientras el primero de ellos presupone la estructuración de un solo ilícito, el segundo entraña la configuración de un concurso de hechos punibles, es decir pluralidad de conductas delictivas, estrechamente relacionadas entre sí por vínculos de diversa índole, como ideológicos, consecuenciales u ocasionales.

Por tanto, si lo pretendido era demostrar que los delitos de secuestro y extorsión quedaban comprendidos en la rebelión, por ser elementos típicos estructurantes de ella, ha debido alegar interpretación errónea del artículo 125 del Código Penal (modificado por el Decreto 2266 de 1991, artículo 8º, sub. 1º), y aplicación indebida de los artículos 6º y 7º del Decreto 2790 de 1990 (acogido como legislación permanente por el Decreto 2266 de 1991, art. 11), mas no exclusión evidente del artículo 127 del Código Penal, toda vez que la aplicación de esta preceptiva supone la configuración de delitos distintos de la rebelión y la sedición, jurídicamente autónomos.

Un ataque por falta de aplicación del citado artículo 127, sólo resultaba posible de ser planteado de manera subsidiaria, no a partir de la consideración de que los delitos de secuestro y extorsión quedaban comprendidos por la rebelión (principio de absorción de los delitos comunes por el político), sino que siendo hechos punibles jurídicamente autónomos, debían ser objeto de exclusión de pena, por haber sido cometidos en combate, y no constituir actos de ferocidad, barbarie o terrorismo.

Proceso No. 11837

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal

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

Aprobado acta No.14

Santa Fe de Bogotá, D. C., cuatro de febrero de mil novecientos noventa y nueve.

Resuelve la Corte el recurso extraordinario de casación interpuesto contra la sentencia de 9 de febrero de 1995, mediante la cual el Tribunal Nacional condenó a los procesados Alonso de Jesús Posada Espinosa (a. Agustín) y Martín Alonso Velásquez Zapata (a. Esteban) a la pena principal de 28 años de prisión y multa de 1.200 salarios mínimos mensuales legales, como coautores responsables de los delitos de secuestro extorsivo, extorsión y rebelión.

Hechos y Actuación Procesal

El 29 de junio de 1991, en la zona rural del Municipio de Yarumal (Antioquia), unidades de la Policía Nacional, en desarrollo de operaciones contraguerrilla, sostuvieron un enfrentamiento armado con una célula del XXXVI frente de las FARC, resultando muertos cinco (5) subversivos y Humberto Uribe Escobar, quien había sido secuestrado el 16 de mayo anterior. En la acción fueron decomisadas varias armas de fuego, munición y material de intendencia (fls. 1 a 30-1).

A mediados del mes de julio, el Departamento de Policía de Antioquia capturó en la zona urbana del citado Municipio a Alonso de Jesús Posada Espinosa (a. Agustín), Martín Alonso Velásquez Zapata (a. Esteban), Fernando Alberto Vergara Gómez (a. Wilmar) y Severo Elías Quiroz Fonnegra (a. Armando), quienes, en versión espontánea y luego en indagatoria, admitieron pertenecer al comité de finanzas del XXXVI frente de las FARC (el mismo del cual hacían parte los guerrilleros muertos en el enfrentamiento del 29 de junio), haber participado en secuestros y extorsiones, y tener en su poder, en una zona apartada, material de guerra y de intendencia, del cual hicieron entrega (fls. 78, 84, 87-1).

Preguntado Alonso de Jesús Posada Espinosa por sus actividades en la guerrilla, reconoció haber colaborado en la vigilancia de los secuestrados Luis Humberto Silva Sánchez, subgerente de Producción de la empresa minera "Las Brisas S. A"; Joaquín Emilio Sánchez Henao, comerciante; y, de los agentes de la Policía Nacional DG. Gilberto Arango Cardona, José Antonio Salcedo Barrios y Henry Insuasty Zambrano, aprehendidos junto con Sánchez Henao en la incursión guerrillera efectuada al Municipio de Guadalupe (Ant.) el 30 de marzo de 1991. Afirmó no haber prestado vigilancia en el secuestro de Humberto Uribe Escobar, pero explica que para los días en que se produjo su muerte se disponían a integrarse a esa comisión. También intervino en algunas exigencias de dinero (fls.100 y 254-1).

Martín Alonso Velásquez Zapata, aceptó haber participado concretamente en la custodia de Joaquín Emilio Sánchez Henao, durante aproximadamente tres meses, hasta su liberación (fls.102, 262-1). En el mismo sentido declaró Severo Elías Quiroz Fonnegra, quien además reconoció haber colaborado en la vigilancia de Luis Humberto Silva Sánchez, durante el tiempo que permaneció con el anterior (fls.104, 251-1).

Fernando Alberto Vergara Gómez, admitió haber participado directamente en el secuestro de Humberto Uribe Escobar, por cuya liberación estaban pidiendo 120 millones de pesos, y en algunas exigencias de dinero, dentro de las que recuerda las efectuadas a los hacendados Darío Calle y Bernardo Roldán. Explicó que el grupo de finanzas estaba compuesto por once guerrilleros: los cuatro capturados, dos que lograron salir con vida el día del enfrentamiento con la policía, y los cinco que murieron, y que sus funciones eran secuestrar y exigirle plata a los ricos (fl. 91,313-1).

Por información recibida de las personas aprehendidas, la Unidad Investigativa de Orden Público de Policía Judicial capturó el 18 de julio a Eudes Emilio Muñoz Sepúlveda (a. El mono o Marcolino), quien confesó pertenecer al XXXVI frente de las FARC, en calidad de informante (fls. 223, 226, 228 y 258-1).

En sendas diligencias de reconocimiento en fila de personas, el agente de policía DG. Gilberto Arango Cardona identificó a Fernando Alberto Vergara Gómez, Alonso de Jesús Posada Espinosa, Severo Elías Quiroz Fonnegra y Martín Alonso Velásquez Zapata, como integrantes del grupo que los mantuvo retenidos desde el 30 de marzo hasta el 20 de mayo de 1991, cuando fueron entregados a una comisión de diálogo (fls.106, 107, 108, 109, 110-1).

Oído Joaquín Emilio Sánchez Henao en declaración juramentada, manifestó haber permanecido en poder de la guerrilla aproximadamente tres meses, y haber obtenido su liberación por una suma de dinero, cuyo monto desconoce. A los Agentes de la Policía Nacional no los vio durante su cautiverio, pero dos o tres días después de su retención fue reunido con Luis Humberto Silva Sánchez, otro secuestrado. Para la época de los hechos tenía 66 años de edad (fls. 366-1 y 593-2).

Luis Humberto Silva Sánchez informa que su secuestro se inició la tarde del 15 de noviembre de 1990, en la planta de "Minera Las Brisas S.A", y se prolongó hasta el 14 de junio de 1991, cuando fue liberado cerca del Municipio de Guadalupe. No tiene conocimiento del valor que pudo haberse pagado por su rescate, ni se ha interesado en preguntarlo. Los motivos pudieron haber sido no solo económicos sino políticos. Agrega que durante los últimos tres meses de su cautiverio permaneció en compañía de Joaquín Sánchez (fls. 602-2). El mismo día de su secuestro, según información suministrada por personal de la empresa, los plagiarios se apoderaron de dos escopetas de propiedad de la compañía "Miro Seguridad", y de víveres por valor de treinta a cuarenta mil pesos.

En razón de que los sindicados Severo Elías Quiroz Fonnegra (a. Armando) y Fernando Alberto Vergara Gómez (a. Wilmar) demostraron ser menores de 18 años, se expidieron copias para que su conducta fuera investigada por los Juzgados de Familia. Resuelta la situación jurídica de

los otros procesados, el instructor dictó en su contra medida de aseguramiento de detención preventiva por los delitos de rebelión (artículo 1º del Decreto 1857 de 1989), e infracción del artículo 19 del Decreto 180 de 1988 (fls. 322-1). Posteriormente, adicionó dicha medida respecto de Alonso de Jesús Posada Espinosa y Martín Alonso Velásquez Zapata, por los delitos de secuestro extorsivo, extorsión y hurto calificado agravado (fls.470-2). En cuanto dice relación con Eudes Emilio Muñoz Sepúlveda, la actuación penal continuó en proceso separado, por haberse acogido a la sentencia anticipada (fls. 497-2).

Cerrada la investigación y calificado el mérito probatorio del sumario, la Fiscalía Regional, por auto de 9 de febrero de 1994, profirió resolución acusatoria contra Posada Espinosa y Velásquez Zapata por los siguientes delitos: Rebelión, según lo previsto en los artículos 1º del Decreto 1857 de 1989 y 8º del Decreto 2266 de 1991; secuestro extorsivo, conforme a lo establecido en los artículos 6º del Decreto 2790 de 1990 y 11 del Decreto 2266 de 1991, agravado de acuerdo con los ordinales a), c) y h) del artículo 23 del Decreto 180 de 1988 (art.4º del Decreto 2266/91), por la retención de Luis Humberto Silva Sánchez, Joaquín Emilio Sánchez Henao, Humberto Uribe Escobar, y los agentes de policía DG. Gilberto Arango Cardona, José Antonio Salcedo Barrios y Henry Isuasty Zambrano; hurto calificado agravado, en cuantía superior a $525.000.oo, por el apoderamiento de armas y víveres de la empresa "Minera las Brisas S.A"; y, extorsión, conforme a lo establecido en los artículos 7º, inciso 2º, del Decreto 2790 de 1990, y 11 del Decreto 2266 de 1991, derivado de las exigencias de dinero a los señores Bernardo Roldán y Darío Calle (fls. 514-2).

Rituada la causa, un Juzgado Regional de Medellín, mediante sentencia de 19 de octubre de 1994, condenó a los procesados a la pena principal de 8 años de prisión como autores responsables de los delitos de rebelión, secuestro extorsivo, y extorsión, conforme a las imputaciones formuladas en la resolución acusatoria, pero con aplicación de los artículos 268, 270 y 355 del Código Penal, y los absolvió por los delitos de hurto calificado agravado e "infracción al artículo 19 del Decreto 180 de 1988" (uso de prendas militares), cargo este último que el fiscal omitió incluir en la parte resolutiva de la providencia acusatoria, no obstante haber sido estudiado y anunciado en sus consideraciones (fls. 623-2).

Sometido este fallo al grado jurisdiccional de consulta, el Tribunal Nacional, mediante el suyo que ahora recurre en casación la defensa, condenó a cada uno de los acusados a la pena principal de 28 años de prisión y multa de un mil doscientos salarios mínimos, y la accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas por 10 años, como coautores responsables de los delitos de rebelión; secuestro extorsivo en Luis Humberto Silva Sánchez, Joaquín Emilio Sánchez Henao y Humberto Uribe Escobar; secuestro de los agentes de policía DG. Gilberto Arango Cardona, José Antonio Salcedo Barrios y Henry Insuasty Zambrano; y, extorsión en Darío Calle Machado. Respecto de la extorsión recaída en Bernardo de Jesús Roldán Mejía, profirió decisión absolutoria (fls. 10-3).

Las modificaciones punitivas introducidas al fallo consultado estuvieron determinadas por la aplicación de las penas señaladas en los Decretos 2790 de 1990 y 2266 de 1991 para el delito de secuestro, incomprensiblemente desconocidas por el juzgador de primer grado, quien partió de las previstas en el original artículo 268 del Código Penal.

LA DEMANDA

Dos cargos, uno principal y otro subsidiario, ambos al amparo de la causal primera de casación, presenta el demandante contra la sentencia impugnada.

Cargo primero:

Violación directa de la ley sustancial por "interpretación errónea de las normas aplicadas".

Asegura que los juzgadores de instancia aplicaron indebidamente el artículo 125 del Código Penal, modificado por el artículo 1º del Decreto 1857 de 1989, como quiera que el comportamiento descrito por la norma (rebelión) contiene las demás conductas por las cuales fueron juzgados los procesados.

Afirma que esta postura encuentra respaldo en los pronunciamientos de esta Sala de 27 de mayo de 1986, con ponencia del Magistrado Dr. Lisandro Martínez Zúñiga, y de 6 de mayo de 1986, con ponencia del Magistrado Dr. Jorge Carreño Luengas, de cuyo contenido transcribe algunos apartes.

Se refiere luego a una decisión del mes de agosto de 1993, para sostener que en ella la Corte reconoció el carácter permanente del delito de rebelión, por lo que a partir de este pronunciamiento, y de citas doctrinales que transcribe, debe entenderse que los rebeldes se encuentran inmersos en un combate permanente frente al Estado, para efectos de la aplicación del artículo 127 del Código Penal.

Apoyado en estas consideraciones afirma que en el caso *sub judice*, el acervo probatorio, el cual no es objeto de debate, permite concluir que los inculpados en su actuar no estuvieron determinados por móviles egoístas, ni sabían siquiera la destinación que sus superiores hacían de los recursos obtenidos.

Es claro, además, que estas organizaciones alzadas en armas deben fortalecer sus finanzas con la realización de diferentes actividades, la mayor parte de ellas al margen de la ley, y desarrollar una serie de atentados contra los bienes jurídicamente protegidos, para poder acometer los objetivos previstos en el artículo 125 del Código Penal.

De los ilícitos imputados a los procesados, sólo el de secuestro, no podría ser considerado conexo con el delito político, en virtud de lo dis-

puesto en la Ley 40 de 1993. Pero como antes de la vigencia de esta normatividad nada se decía, debe entenderse que con anterioridad a ella, dicho punible hacía parte del delito de rebelión, siempre y cuando el móvil fuera político y los dineros recibidos por los insurgentes destinados al fortalecimiento de la organización. Y es claro que los punibles imputados a los procesados fueron cometidos con antelación a la entrada en vigencia de la citada ley.

Pide, en consecuencia, sancionar las diferentes conductas imputadas a Posada Espinosa y Velásquez Zapata, con arreglo a lo establecido en los artículos 125 y 127 del Código Penal.

Cargo subsidiario:

Violación directa de la ley sustancial por falta de aplicación del artículo 301 del Código de Procedimiento de 1987, vigente para cuando se presentaron los hechos, que consagraba una rebaja de pena por confesión de una tercera parte.

Inicia el desarrollo del reproche advirtiendo que en el presente caso se cumplen a cabalidad los requisitos señalados por el artículo 296 del estatuto procesal para afirmar la validez de la confesión de sus representados, en cuanto se realizó ante funcionario judicial, en presencia de defensor, de manera consciente y voluntaria, y habiendo sido informados del derecho a no declarar contra sí mismos.

Aunque la norma desestimada por los juzgadores no se encuentra incluida dentro de los preceptos sustanciales penales, adquiere esta calidad, según criterio de la Corte, en razón de establecer una disminución de la punibilidad. De esta forma, se hace predicable el reconocimiento de la causal de casación planteada, pues la confesión sirvió además de sustento al fallo impugnado.

No obstante que a los procesados no se les decomisó al momento de su captura elemento alguno que pudiera develar su condición de rebeldes, podría decirse, siguiendo el criterio de la Corte, que por ser un delito de conducta permanente, su captura se habría producido en situación de flagrancia.

Pero lo mismo no sería posible afirmarlo de los secuestros, la extorsión y el hurto, porque estos punibles fueron endilgados gracias a la confesión que los sindicados hicieron de ellos en el proceso, y a la colaboración que prestaron haciendo entrega a las autoridades del material de guerra y de intendencia que se hallaba en su poder, y denunciando la pertenencia al movimiento subversivo de Eudes Emilio Muñoz.

No obstante haber sido reconocida en las distintas etapas del proceso la confesión efectuada por Posada Espinosa y Velásquez Zapata, tal circunstancia no fue considerada por los juzgadores de instancia al momento de fijar la pena a imponer.

Solicita, por tanto, que se case la sentencia impugnada, y se aplique la rebaja prevista en el artículo 301 del Código de Procedimiento Penal de 1987, por ser la norma para entonces vigente.

CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

1. En relación con el primer cargo, el Procurador Tercero Delegado en lo Penal afirma que el censor incurre en algunas imprecisiones y omisiones que hacen difícil su entendimiento, pues simultáneamente plantea "interpretación errónea de las normas aplicadas", indebida aplicación del artículo 125 del Código Penal y exclusión evidente del 127 *ibidem*, invocando de esta manera tres sentidos diversos de violación, sin decidirse por uno de ellos ni concretar el error cometido.

Estas inconsistencias obedecen a que el impugnante supone que los delitos de extorsión y secuestro forman parte integrante del tipo de rebelión, confundiendo de esta manera el delito complejo con una circunstancia extintiva de punibilidad, cuyos ámbitos teóricos reclaman, en orden a la demostración de errores, presupuestos distintos y formas diferentes de alegación.

Si se observa la descripción de la conducta contenida en el artículo 125 del Código Penal, claramente se advierte que en ella sólo podría subsumirse el que regula la posesión de armas, en cuanto que el empleo de estos instrumentos es elemento esencial de la rebelión. Los demás comportamientos ilícitos que se cometan en su desarrollo, conservan autonomía jurídica y permiten su adecuación al tipo penal respectivo.

Lo que acontece en el sistema jurídico colombiano es que las conductas delictivas cometidas en desarrollo de las acciones rebeldes, se hallan cobijadas con una medida de exclusión de pena, no porque no constituyan conductas típicas, sino por razones de política criminal. Por ello, frente a aspectos como éste, no es lo mismo alegar errónea interpretación del tipo penal de la rebelión, que falta de aplicación de la norma que consagra la exclusión de pena. Una y otra premisa reclaman desarrollos y comprobaciones distintas.

En algunos apartes de su libelo, el casacionista considera que los delitos de secuestro y extorsión fueron cometidos en combate, y pretende, con fundamento en lo sostenido por la doctrina nacional y la jurisprudencia de la Corte, que se haga este reconocimiento, pero el caso no puede solucionarse a la luz de estas directrices, por ser completamente distinto al que sirve de fundamento a la decisión jurisprudencial citada.

A la luz del derecho internacional humanitario, el término combate hace relación a un choque armado entre combatientes, es decir, se le da tal categoría a los enfrentamientos suscitados entre miembros de las fuerzas armadas constitucionales y los guerrilleros o grupos disidentes. De esta

manera, toda acción en la que se utilicen las armas como medio de enfrentamiento, es admitida como posible, pues los combatientes tienen la categoría de blanco legítimo.

En estas circunstancias, es de entenderse que la población civil no hace parte de las fuerzas sediciosas ni gubernamentales, y que no forma parte de ese combate, razón por la cual no puede ser tenida como blanco legítimo, ni las acciones dirigidas en su contra catalogadas como propias de un combate.

Con el secuestro y la extorsión se está haciendo objeto de ataque a la población civil, que debe encontrarse ajena al conflicto. El argumento de que con ello se está contribuyendo a los fines de la lucha, desvirtúa todo el contenido del derecho internacional humanitario, y abre una peligrosa puerta a toda una serie de conductas que atacan bienes jurídicos debidamente protegidos, de los cuales son titulares los ciudadanos no involucrados en el conflicto.

Distinta es la situación que se presenta en la retención de combatientes, como el conocido de los soldados de las Delicias, pues este hecho a la luz de las normas que regulan los conflictos, sería legítimo como acción de guerra, a condición de que se hayan respetado las normas del derecho internacional humanitario. En estos eventos y bajo dichas condiciones, "no podría hablarse de un delito de secuestro que debe ser sancionado de manera autónoma a la rebelión" porque entonces sí cabría, salvo excepción legal, la exclusión de pena prevista en el artículo 127 del Código Penal.'

Dada la naturaleza del delito de rebelión, es de entender que en su desarrollo se puedan vulnerar normas que describen conductas típicas relacionadas con el logro de sus objetivos. Por esto no se penaliza el porte de armas; el porte de uniformes y prendas de uso privativo de las fuerzas militares; los hurtos de armas; y, en fin, lo que implique compromiso con la lucha que se adelanta. Pero la afectación de bienes jurídicos como la libertad individual y la autonomía personal de los ciudadanos no involucrados en el conflicto, no puede considerarse parte integral del delito político, ni como hecho conexo jurídicamente con éste, ni como comportamiento que, según las razones de política criminal que inspiran la medida, deba quedar exento de sanción.

Seguidamente se refiere a la redosificación de la pena realizada por el Tribunal para sostener que el artículo 6º del Decreto 2790/90, adoptado como legislación permanente por el Decreto 2266 de 1991, consignaba situaciones especiales relacionadas con las víctimas del delito de secuestro, que justificaban el aumento decretado.

Por las anotadas razones, considera que el cargo debe desestimarse.

2. En relación con el segundo reproche, es del criterio que la censura debe prosperar, puesto que de la lectura de las indagatorias y de las distintas decisiones que se produjeron en el curso del proceso, se colige que los procesados aceptaron su condición de guerrilleros, e informaron voluntariamente de su participación en los delitos de extorsión y secuestro.

Las autoridades sólo tenían conocimiento de la condición de guerrilleros de los procesados, pues de los otros delitos vinieron a tener noticia a través de sus confesiones, las cuales cumplieron los requisitos señalados en el artículo 296 del Código de Procedimiento Penal.

En estas condiciones, debe aceptarse la confesión por los ilícitos de secuestro y extorsión, mas no por el de rebelión, por las razones anotadas, y porque en relación con los primeros los procesados no fueron sorprendidos en situación de flagrancia, y la confesión reúne como acto procesal las características de validez necesaria para el reconocimiento de la diminuente.

En punto al argumento expuesto por el demandante sobre la aplicación de la rebaja de pena de una tercera parte prevista en el artículo 301 del Decreto 050 de 1987, estima que por favorabilidad debe accederse, teniendo en cuenta que era la norma vigente al momento de los hechos y de la confesión realizada, no obstante que para la fecha de la sentencia ya no lo fuera, por existir otra normatividad.

Consecuente con estos razonamientos pide a la Corte casar parcialmente la sentencia impugnada, y proferir la de reemplazo, reconociendo la rebaja de pena de una tercera parte por confesión.

SE CONSIDERA:

1. *Cargo principal.*

1.1. *Cuestión previa:*

Ante todo debe ser aclarado que el artículo 127 del Código Penal, cuya aplicación el demandante reclama, fue excluido del ordenamiento jurídico por la Corte Constitucional mediante sentencia N° C-456 de 1997, al haber sido encontrado contrario a la Carta Política, resultando hoy día jurídicamente inaplicable. Mas como quiera que para la época de los hechos se encontraba vigente, ha de examinarse el reproche con el fin de determinar su presunta violación y, su eventual aplicación ultractiva, en virtud del principio de favorabilidad.

1.2. Respuesta a la censura:

No deja de tener razón el Procurador Delegado cuando sostiene que la propuesta de ataque presentada por el casacionista resulta ininteligible, puesto que denuncia a un mismo tiempo violación directa de la ley sustancial por errónea interpretación de las normas aplicadas en la sentencia, aplicación indebida del artículo 125 del Código Penal, y falta de apli-

cación del 127 *ibidem*, sin definirse en concreto por ninguno de estos sentidos o conceptos de la violación.

Un planteamiento de esta naturaleza deviene ciertamente contradictorio, pues mientras en el primer caso el vicio sería de exégesis e implicaría que las normas aplicadas por los juzgadores son las correctas, en los últimos sería de selección del precepto, y comportaría aplicación de uno que no corresponde, o inaplicación del que concierne al caso. Esto hace que los sentidos de la violación sean por esencia incompatibles, y que resulte equivocado proponer, por tanto, a un mismo tiempo, y respecto de unas mismas normas, errores de una y otra naturaleza, como lo hace el censor.

Esta confusión en la concreción del concepto o sentido de la violación, se origina en el hecho de haber sido formulados dentro de una misma censura, ataques que por su contenido y naturaleza ameritaban desarrollos autónomos, y en la no clara concepción de lo que debe ser entendido por delito complejo, delito conexo, y delito cometido en combate.

Los conceptos de complejidad y conexidad son claramente diferenciables. Mientras el primero de ellos presupone la estructuración de un solo ilícito, el segundo entraña la configuración de un concurso de hechos punibles, es decir pluralidad de conductas delictivas, estrechamente relacionadas entre sí por vínculos de diversa índole, como ideológicos, consecuenciales u ocasionales.

Por tanto, si lo pretendido era demostrar que los delitos de secuestro y extorsión quedaban comprendidos en la rebelión, por ser elementos típicos estructurantes de ella, ha debido alegar interpretación errónea del artículo 125 del Código Penal (modificado por el Decreto 2266 de 1991, artículo 8º, sub. 1º), y aplicación indebida de los artículos 6º y 7º del Decreto 2790 de 1990 (acogido como legislación permanente por el Decreto 2266 de 1991, art. 11), mas no exclusión evidente del artículo 127 del Código Penal, toda vez que la aplicación de esta preceptiva supone la configuración de delitos distintos de la rebelión y la sedición, jurídicamente autónomos.

Un ataque por falta de aplicación del citado artículo 127, sólo resultaba posible de ser planteado de manera subsidiaria, no a partir de la consideración de que los delitos de secuestro y extorsión quedaban comprendidos por la rebelión (principio de absorción de los delitos comunes por el político), sino que siendo hechos punibles jurídicamente autónomos, debían ser objeto de exclusión de pena, por haber sido cometidos en combate, y no constituir actos de ferocidad, barbarie o terrorismo.

Aunque estas inconsistencias de carácter técnico serían de suyo suficientes para desestimar el reproche, no puede dejar de precisarse que los elementos estructurantes de los delitos de secuestro y la extorsión no hacen parte de la descripción típica contenida en el artículo 125 del Códi-

go Penal, y que en estas condiciones no resulta posible sostener la tesis del delito complejo.

El fenómeno de la complejidad no lo determina la existencia de un vínculo de carácter ideológico entre las distintas conductas típicas, inferida de una relación de medio a fin, como parece entenderlo el demandante. Una tal connotación surge de incluir en el contexto típico de determinada conducta delictiva, o su circunstancia agravante, los elementos constitutivos de tipicidades autónomas. Y, el artículo 125 del Código Penal, como ya se anotó, y lo destaca también el Procurador Delegado, no refiere dentro de sus elementos configurantes, la retención de personas, ni las exigencias de dinero.

Ahora bien. Frente al contenido del artículo 127 *ejusdem*, los delitos comunes imputados a los procesados no podrían tampoco ser considerados ilicitudes cometidas en combate. Esta expresión no puede ser entendida en términos abstractos de confrontación política, ni de condición inherente o estado obvio y siempre presente de la actividad subversiva. Si se aceptara esta interpretación, habría de concluirse que todos los actos delictivos cometidos en desarrollo de la acción rebelde serían, sin excepción, actos ejecutados en combate, hipótesis de la cual no parte el legislador.

El combate a que se refiere el artículo 127 del Código Penal, presupone un enfrentamiento armado entre combatientes, una acción militar de carácter regular o irregular contra el legítimo contradictor, determinable en tiempo y espacio, pues no es sólo la condición de rebelde de quien ejecuta el acto delictivo lo que exonera de penalidad su acción, sino la circunstancia de haber cometido el hecho en el contexto de una confrontación armada con las fuerzas del Estado.

Las acciones delictivas de los subversivos contra personas civiles ajenas al conflicto, no constituyen actos propios de combate, en cuanto la población civil, como lo destaca el Procurador en su concepto, no tiene la condición de combatiente, ni puede ser considerada objetivo militar por quienes pretenden el cambio del establecimiento. De allí que los secuestros de que fueron víctimas los señores Luis Humberto Silva Sánchez, Joaquín Emilio Sánchez Henao y Humberto Uribe Escobar, y la extorsión en Darío Calle Machado, no puedan ser catalogados actos cometidos en combate, para efectos de aplicar la exención de pena dispuesta en el artículo 127 del Código Penal.

Un tanto distinta es, sin lugar a dudas, la situación que se presenta en relación con los secuestros de los agentes de policía DG. Gilberto Arango Cardona, José Antonio Saledo Barrios y Henry Oscar Insuasty Zambrano, pues su aprehensión se efectuó en desarrollo de un enfrentamiento con las fuerzas del orden, en una incursión guerrillera al Municipio de Guadalupe, circunstancias que permitirían pensar que esta acción

delictiva tuvo ocurrencia dentro del contexto propio de un enfrentamiento, siendo aplicable el citado artículo 127, como implícitamente pareciera reconocerlo la Delegada en alusión al caso de los soldados de las Delicias.

No obstante, el hecho de haberse proyectado el injusto típico más allá de las acciones propias del combate, para prolongarse indefinidamente en el tiempo (15 días), ubica la conducta de los procesados al margen de la contienda, y por fuera de los presupuestos requeridos para el reconocimiento de la eximente, si se toma en cuenta que el secuestro es delito de ejecución permanente.

Además de esto, no puede perderse de vista el carácter atroz de esta conducta punible, connotación que no desaparece por la circunstancia de haber recaído sobre un miembro de la fuerza pública, y que, por igual, enerva cualquier posibilidad de aplicación de la referida norma.

La censura no prospera.

2. *Cargo subsidiario.*

Esta propuesta de ataque está llamada a prosperar en cuanto dice relación con los secuestros extorsivos de Luis Humberto Silva Sánchez, Joaquín Emilio Sánchez Henao y Humberto Uribe Escobar, y la extorsión de que se hizo víctima a Darío Calle Machado, pues es claro que respecto de estos ilícitos los procesados no fueron sorprendidos en situación de flagrancia, y que merced a sus confesiones se llegó a la sentencia de condena.

Ha de recordarse que Posada Espinosa y Velásquez Zapata fueron aprehendidos en la zona urbana del Municipio de Yarumal, encontrándose vestidos de civil, en virtud de informaciones de inteligencia no conocidas en el proceso que los señalaban como integrantes del grupo de finanzas del XXXVI frente de las Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia (FARC), que operaba en la región, siendo por su conducto que las autoridades tuvieron conocimiento de la existencia en su poder de importante material de guerra e intendencia, el lugar donde permanecía oculto, y de sus actividades en la guerrilla como miembros del mencionado frente.

No obstante haber el Tribunal reconocido esta situación fáctica, nada dijo sobre la procedencia de la rebaja de pena por confesión, incurriendo de esta manera en violación directa de la ley sustancial, por falta de aplicación del artículo 301 del Decreto 050 de 1987.

No puede afirmarse lo mismo del secuestro de que fueron víctimas los agentes de policía DG. Gilberto Arango Cardona, José Antonio Salcedo Barrios y Henry Insuasty Zambrano, pues el fundamento de la condena por este delito lo constituyó el señalamiento que el Dragoneante Arango Cardona hizo de ellos en diligencias de reconocimiento en fila de perso-

nas, como miembros del grupo que los mantuvo privados de la libertad, elemento de prueba que sirvió para sustentar igualmente la condena por rebelión.

Se casará, entonces, el fallo impugnado, con el fin de reconocer la rebaja de pena prevista en el artículo 301 del Decreto 050 de 1987 (una tercera parte), vigente para cuando los procesados reconocieron su responsabilidad en los hechos, por resultar su aplicación más favorable, pero únicamente en cuando dice relación con los delitos de secuestro extorsivo y extorsión que vienen de ser precisados.

2.1. Redosificación punitiva:

El delito de secuestro extorsivo y el secuestro de miembros de la fuerza pública con fines políticos, lo sancionaba el artículo 6° del Decreto 2790 de 1990 (acogido como legislación permanente por el Decreto 2266 de 1991, art.11), con pena de 20 a 25 años de prisión y multa de un mil a dos mil salarios mínimos.

Tomando en cuenta que la pena imponible a los procesados por el secuestro de los agentes de policía se mantiene inalterable, por no ser aplicable respecto de ella la rebaja por confesión, se partirá de allí para la nueva dosificación punitiva, conforme a lo previsto en el artículo 26 del Código Penal.

El Tribunal Nacional, al cuantificar la pena, tomó por referente el secuestro de Humberto Uribe Escobar, y dedujo, a partir del mínimo de 20 años, dos (2) más por las especiales circunstancias del hecho, y otros dos por concurrir las agravantes de los numerales 1º y 3º del original artículo 270 del Código Penal (en persona mayor de 60 años y por tiempo superior a 30 días), pues consideró que el artículo 23 del Decreto 180 de 1988 no era aplicable al caso.

Pues bien. Como quiera que en relación con el plagio de los agentes de policía sólo puede ser predicada la agravante deducida de la circunstancia de haberse prolongado la privación de libertad por más de treinta días, la pena para este delito se incrementará en un (1) año, para un parcial de 21 años de prisión, que sería la imponible por el secuestro de uno solo de los agentes.

Por razón del concurso de hechos punibles, el Tribunal incrementó la pena en cuatro (4) años, monto sobre el cual habría de aplicarse la rebaja de la tercera parte (1 año y 4 meses). Pero como el incremento de los 4 años deriva no sólo de los hechos punibles cobijados por la diminuente de la confesión, sino de ilícitos no amparados por ella, se aplicará una rebaja de un (1) año, quedando el aumento por razón del concurso en 3 años. Por consiguiente, la pena imponible a cada uno de los procesados será de 24 años de prisión.

Aplicando los mismos criterios, y teniendo en cuenta que no todos los delitos concursales establecen la multa como pena principal, ésta se fija en 1.100 salarios mínimos legales mensuales.

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. CASAR la sentencia impugnada.

2. MODIFICAR el numeral primero de su parte resolutiva, en el sentido de imponer a los procesados Alonso de Jesús Posada Espinosa y Martín Alonso Velásquez Zapata, como pena principal, veinticuatro (24) años de prisión, y multa de un mil cien (1.100) salarios mínimos mensuales legales. En lo demás, el fallo se mantiene incólume.

Notifíquese y devuélvase al Tribunal de origen. Cúmplase.

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

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

FALSO JUICIO DE IDENTIDAD/ FALSO JUICIO DE EXISTENCIA

Una cosa es tergiversar el contenido objetivo de una prueba para conferirle un significado y alcance distinto al que de manera obvia le corresponde -es lo que se conoce como falso juicio de identidad-; y otra, omitir la consideración de una conducta de la cual da cuenta determinada prueba -falso juicio de existencia-; y, otra muy distinta, efectuar un estudio analítico de la prueba y concluir de manera diversa a como lo hace el censor, caso éste en el cual el asunto se radica en una divergencia de criterio, ajena al error aducible en casación, pues se reduce a la inconformidad con el crédito otorgado a la prueba por el fallador en ejercicio de la crítica racional a que está obligado.

Proceso No. 9770

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal

Magistrado Ponente: Dr. *Dídimo Páez Velandia*

Aprobado Acta No. 14

Santa Fe de Bogotá, D. C., febrero cuatro (4) de mil novecientos noventa y nueve (1999).

Cumplido el trámite de rigor decide la Corte del recurso de casación incoado contra la sentencia dictada el 22 de marzo de 1994 por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Fede Bogotá, en la cual, por confirmación de la de primera instancia, se condena al exagente de la Policía Nacional Tito Antonio López Niño a la pena principal de diez años de prisión y a las accesorias de interdicción de derechos y funciones públicas por el mismo término y pérdida del empleo público que desempeñaba, como autor del delito de homicidio en la persona de Luis Enrique Cabrera. En la misma providencia se adoptan otras determinaciones pertinentes.

HECHOS Y ACTUACIÓN PROCESAL

Siendo algo más de las once de la noche del día 1° de diciembre de 1993 el entonces agente de la Policía Nacional, que se hallaba en uso de

vacaciones, Tito Antonio López Niño, lesionó mediante disparo con arma de fuego a dos personas: Luis Enrique Cabrera y Arnulfo Nopán Cifuentes, de las cuales la primera falleció horas después, en hechos acaecidos luego de que un grupo de personas le ayudaran al agresor a desenterrar su vehículo automotor una de cuyas llantas había caído en un hueco en la vía pública y pretendían que él les retribuyera el valor con lo de la gaseosa que les había prometido.

A la investigación, que iniciara la Fiscalía 110 Delegada basada en las diligencias preliminares (fls. 1-31 cd. ppl. 1), se vinculó mediante indagatoria al sindicado, que fue comprometido en juicio (fl. 92 cd. ppl. 2) por el delito de homicidio simple, en resolución acusatoria que por apelación confirmó el 30 de marzo de 1993 la Fiscalía Delegada ante el Tribunal (fl. 25 cd. ppl. 3). La misma providencia dispuso romper la conexidad procesal en relación con la contravención especial de lesiones personales ocasionadas al señor Arnulfo Nopán.

Una vez concluida la fase del juicio, el fallador de la primera instancia emitió sentencia de condena (fls. 96-117 cd. ppl. 4) imponiéndole las penas antes referidas, pues el Tribunal, al desatar el recurso de apelación interpuesto por la defensa, la acogió a integridad en su fallo, contra el cual el propio acusado ha interpuesto el recurso extraordinario que ocupa la atención de la Corte (fl.35 cd...Tr.).

La Demanda

Un cargo principal y dos subsidiarios, aquél al amparo de la causal 3a. del artículo 220 del C. de P.P. y éstos, de la causal 1a., cuerpos primero y segundo del mismo precepto, con los cuales propugna la defensora por el desquiciamiento del fallo de segundo grado, así:

Cargo Primero. Se profirió en juicio afectado de nulidad por falta de motivación. Se generó el vicio en la resolución acusatoria porque también ésta careció de motivación debido a que en su redacción no se observó el deber de análisis y valoración jurídica de la prueba que ordena el artículo 180 del C. de P.P.

Después de explicar en qué consiste la valoración de la prueba advierte contra "aquellas estrategias por muy habilidosas e inteligentes que parezcan" de aislar pruebas para atacarlas, sin someterlas al análisis conjunto que impone la ley. Discurre largos párrafos en torno a está premisa.

Concretándose al caso, afirma que la resolución acusatoria no interrelacionó en el estudio probatorio las declaraciones de los agentes de la policía Ibáñez Pedraza y Ricaurte, ni las de Hugo Mosquera e Israel Bernal, "núcleo central del conflicto y centro de gravedad de la nulidad", y que la misma inconsistencia analítica se repitió en las sentencias de las instancias. Tampoco confrontó las dos versiones que de los hechos rindió

John Jairo García, quien en su primera exposición dijo que la acción del procesado fue intempestiva y en la segunda dijo la verdad afirmando que la agresión de éste no fue en respuesta a la solicitud de recompensa por la ayuda que recibió. Añade que la declaración de Arnulfo Nopán -al que le otorga atributos de credibilidad- no se comparó con la del mencionado Hugo Rojas ni con la de su propio progenitor. Luis Eduardo Nopán.

Con la reiterativa afirmación de "la falta de motivación...", comenta los testimonios de los ya mencionados Arnulfo Nopan y Mosquera para negarle todo crédito a éste por haber "faltado a la verdad", atribuyendo al Tribunal, "por afanes intelectuales-jurídicos" la desviación de la investigación "hacia materias o terrenos diferentes" omitiendo la obligada motivación.

Agrega, ahora protestando por el desconocimiento de la diminuente de la ira al acusado, que ésta se rechazó:

"... con el peregrino argumento de haber aceptado la invitación a pelear, e irónicamente se le dice al detenido que al proceso solo llegaron diálogos de vulgaridades e insultos recíprocos", pero sin decirle "por qué le excluía del dolo de ímpetu inmerso en la improvisada riña, plenamente acreditada... ", para, concluir en este reparo, que con la falta de motivación, el Tribunal desconoció la previsión del artículo 254 del C. de P. P. Seguidamente y en extensos y reiterantes párrafos motiva la incidencia del error que pregona, considerando que lo actuado debe anularse "a partir del acto en que se originó", con la consiguiente concesión de la libertad al implicado.

Cargo Segundo. Subsidiario. La sentencia viola en forma indirecta la ley sustancial, a causa del error manifiesto de hecho en que incurrió, consistente en falsos juicios de identidad por distorsión en su contenido en la apreciación de la prueba documental y testimonial. Las pruebas afectadas fueron el informe de Policía número 26311 y "los testimonios a él incorporados", que daban cuenta de "la presencia de la riña en contra" del procesado "... estadio natural de la ira" que excluye el dolo de propósito dando pie al de ímpetu.

En alusión a los elementos descriptivos de la diminuente, dice la actora que el comportamiento injusto provocador de la ira de su cliente lo ejerció el declarante Mosquera con palabras y ademanes injuriosos ante el "público" cuando ya el procesado se había identificado como policía y descubrieron que estaba armado. Añade que *ni la conducta de tal deponente ni la de los otros ofensores "fue tenida en cuenta al momento de confirmar la condena"* y comenta largamente la importancia de determinar de qué forma la acción de un individuo ataca el interés jurídicamente protegido, en este caso el de la vida, para establecer la clase de dolo, afirmando que en los casos de riña imprevista se admite el dolo de ímpetu, desarrollando su

pensamiento con comentarios sobre las circunstancias que según dice, caracterizaron los hechos y sobre la importancia de la dirección de conducta, tanto del acusado, como de los demás protagonistas, aún los extraños, uno de los cuales lo fue el occiso.

Respecto de la gravedad de la ofensa a su procurado según dice, plenamente establecida en el informe policial, afirma que la sentencia erró por haber "*subestimado*" la intensidad de esa ofensa, aunque renglones adelante la acusación se asienta en la tergiversación del referido informe.

Explica la gravedad de la ofensa; y, no obstante estar hablando de los elementos descriptivos de la ira, en otro párrafo recapitula con apoyo doctrinario los elementos estructurales de tal figura, adecuándolos al caso y dando por sentada su ocurrencia.

A continuación, tras nuevas especulaciones, considera que "*si la H. Corte reexamina todo el acervo probatorio*" pero en especial los informes policiales puede concluir que su *defendido*:

"no sólo ha presentado reacciones de tipo explosivo ... que van unidas ... a la pérdida casi absoluta del control consciente de los actos, sino también sentimientos de humanidad", éstos al ofrecer su vehículo para transportar a los heridos para recibir atención médica, lo cual indica la inexistencia de dolo deliberado. Agrega como motivo también de acusación a la sentencia haber desechado el miedo presente en la mente del agente para rechazar la atenuante.

En la "síntesis del cargo", tras reiterar el error de que ha hablado, precisa que el informe policial distorsionado coincide con las declaraciones de Arnulfo y Robinson Nopan que señalaron a Mosquera "como la causa del conflicto", que "el sentenciador, ... se aparta del informe e injustamente retira de la conducta de Mosquera cualquier iniciativa de provocación" y lo ubica como "víctima del conflicto ...", haciéndole de paso también "producir efectos diferentes a la deponencia de Israel Bernal, testigo de excepción que desmiente el fallo recurrido".

Explicando la incidencia del error de que habla reconoce que la sentencia hizo referencia al "diálogo de madrazos o de diálogo de vulgaridades" de Mosquera con el procesado, transcribiendo el aparte contextual en que el Tribunal desechó la provocación injusta de que habló la defensa en las instancias y dedicando largos párrafos a cuestionar el análisis probatorio del fallo porque "a cambio de haber examinado los distintos actos en que se desenvolvió el evento homicida, los confunde o los resume en detrimento natural de la verdad real de los hechos".

La sentencia desconoce que "jamás el detenido esgrimió su arma como primer respuesta a los requerimientos de cobro de lo no acordado.". Sólo después de agotar la paciencia y de recibir la escalada de ofensas y agresiones "disparó indeterminadamente", en respaldo de lo cual transcribe

apartes de las actas de testimonio de Israel Bernal, Arnulfo Nopan, Luis Cabrera y John Jairo García. Añade que la sentencia "sin tener en cuenta las dos etapas en que se desarrollaron los hechos ... los subsume, apareciendo el detenido como un agresor sin etapas previas que evidentemente lo injuriaban".

Bajo un siguiente título de "conclusiones" afirma que al procesado no se le podía condenar a 10 años de prisión sino a 40 meses de esa pena, insistiendo en el ya conocido argumento. A continuación de desechar el dolo de propósito en su patrocinado, solicita que la Corte haga las declaraciones coincidentes con su criterio y que consecuente, case el fallo y reconozca al acusado haber actuado en el estado de ira del artículo 60 C.P.

Cargo Tercero. También subsidiario. La sentencia es violatoria en forma directa, de la ley sustancial, exactamente, de los preceptos 325 y 60 del C.P.

Después de dedicar páginas extensas a la definición del delito preterintencional con respaldo en autor nacional afirma que el Tribunal incurrió en errada interpretación de los artículos 35, 36, 37, 38 y 60 del C.P. debido a que:

"no quiso detenerse en doble resultado, como quiera que olvidó que hoy no es dable sostener que en la conducta de mi cliente no sea posible un comportamiento doloso ante un resultado (lesiones) y culposo frente a otro posterior y más grave (muerte) ...";

y sabiendo que pueden coexistir la ira con la preterintención interpretó separadamente las dos normas, errando así como lo pregona.

No analizó el fallo la dirección de conducta del detenido *y al desechar* las peticiones de reconocimiento de las atenuantes, erró por no haber interrelacionado los dos textos legales con las consideraciones del mismo fallo que transcribe.

Respecto de la figura de la ira se limita a transcribir un sector de la sentencia acusada referente al tema, pero sin indicar en qué consistió la errada interpretación de que había. Finalmente solicita a la Corte declarar:

"Que sin tener en cuenta los elementos estructurales de la figura preterintencional, erróneamente se produjo el proveído; y sin tener en cuenta los requisitos de la ira dio por inexistentes el estado, a sabiendas de que la gravedad de la ofensa, jamás se puede nutrir de simples apreciaciones subjetivas del sentenciador...";

Añade que si la interpretación legal hubiera sido correcta, el Tribunal habría producido una sentencia "semejante" a la que en otro caso dictó la Corte, de la cual transcribe largos apartes.

Pretende reforzar su criterio afirmando que el lesionado Arnulfo Nopán nunca denunció al acusado por tentativa de homicidio y, tras consignar algunas especulaciones más, solicita que la Corte case la sentencia acu-

sada y la reemplace reconociendo que el delito fue cometido con dolo preterintencional y en estado de ira, con la consiguiente reducción punitiva.

EL MINISTERIO PÚBLICO

A la propuesta casacional se opone, el señor Procurador Segundo Delegado en lo Penal arguyendo, respecto del *cargo primero*, que ninguna irregularidad con carácter invalidante afecta el proceso.

Señala que la falta de motivación que atribuye la demanda al fallo invocando la causal 3a. de casación se reduce a demostrar que algunas de las pruebas recaudadas no se analizaron y que otras lo fueron de manera distinta a como lo hace la demandante, con lo que traslada el reparo a la causal 1a. de casación, forma de argumentar que entremezcla antitécnicamente causales incompatibles.

Pero además, dice, el reparo carece de fundamento y, en demostración de que así es, transcribe extensos apartes del fallo de la primera instancia y del confirmatorio del Tribunal, en que el devenir fáctico se analizó con objetividad e imparcialidad.

Oponiéndose al *cargo segundo* advierte cómo "el demandante se ha limitado a censurar la sentencia como si se tratara... de una tercera instancia, manifestando simplemente su inconformismo respecto de la negativa al reconocimiento de la diminuente punitiva de la ira ...", no aceptada en los debates; y que lo que traduce la demanda es el deseo del defensor de anteponer su criterio sobre la estimación probatoria al del juzgador, basado en su estudio "racional y lógico" y olvidando la prevalencia de éste, precedido como está, de la doble presunción de acierto y legalidad.

Demostrando cómo en ningún momento el fallador distorsionó el contenido de las pruebas a que alude el demandante y advirtiendo que de ninguna manera en el caso presente procedía reconocer la diminuente de la ira por la actitud asumida por el acusado, quien en su indagatoria siempre se inclinó por intentar estructurar la justificante de legítima defensa.

Para desestimar el *cargo tercero*, en que se aduce la violación directa de algunas normas de carácter sustancial, por aplicación indebida, observa el funcionario que, desconociendo los fundamentos de esta clase de ataque, en el que no son válidos cuestionamientos de naturaleza probatoria, el demandante, dedica su discurso justamente a criticar la valoración probatoria adelantada por el sentenciador y además equivoca el concepto de la violación que aduce, porque la errada interpretación supone la acertada selección del precepto aplicado pero su equivocada intelección por el juez, y quien la alegue, debe "fijar claramente cuál es el verdadero contenido y alcance del precepto sustancial" y demostrar en qué consistió el error interpretativo.

Consideraciones de la Corte

No se remite a duda la total ineficacia de la demanda para remover la sentencia dictada a la culminación del trámite de las instancias en este proceso, porque como acertadamente lo acota el Ministerio Público, no sólo fallas de técnica en la exposición afectan las censuras, sino la absoluta carencia de fundamento en las proposiciones.

Es de observarse cómo el *cargo primero*, que pregona la invalidez parcial de la actuación a partir de la resolución acusatoria por falta de motivación, en cuanto en criterio de la censora desde esa pieza procesal se produjo la grave irregularidad, no es más que un acumulado de afirmaciones tendientes a que la Corte reexamine el material probatorio y, aceptando la óptica de los hechos que ella asume, desconozca las deducciones probatorias del Tribunal.

Hacer depender la falta de motivación del fallo que pregona, de la falta de motivación de la resolución acusatoria como si la sentencia fuese copia de ese acto acusatorio y de contera, con prescindencia total de la objetividad que debe caracterizar un enjuiciamiento en derecho a la sentencia que pone término al proceso en su fase instancial, como lo es la demanda de casación, descubre la total falta de seriedad del ataque, pues que situación así consentida en el trámite del proceso por la defensa -pese a ser otro el profesional que entonces la ejercía- sólo indicaría falta de lealtad de este sujeto procesal al no propender en su momento (artículo 446 del C. de P. P.) por la observancia de los requisitos sustanciales y formales que la ley procesal tiene establecidos para la resolución acusatoria en sus artículos 441 y 442 y que constituyen la motivación para esa clase de proveído y esperar la emisión del fallo en el sentido que no le satisface para, ahí sí, reclamar la declaración de nulidad que antes silenció.

Pero si en gracia de discusión y por virtud de la facultad de proponer las nulidades también en el recurso de casación, se dejase pasar desapercibida esta actitud de la defensa, encuentra la Sala carente por completo de fundamento la acusación. Tanto la resolución acusatoria en sus dos instancias, como los fallos también de esas instancias fueron motivados según el leal saber y entender de los funcionarios que los expidieron. En esos proveídos se analizó de manera conjunta y racional la suma probatoria atendiendo la realidad del expediente y la normatividad reguladora de la prueba.

No es cierto que se hubiesen seleccionado pruebas para "atacarlas o destruirlas" en pro de determinada tesis y para eludir el deber de motivación, como equivocadamente lo entiende la actora. La Fiscalía acusadora aludió con ponderado criterio a la prueba para establecer lo acaecido y adecuarlo en su calificación a la ley sustancial, respondiendo los argumentos de la defensa, por entonces empeñados en demostrar la justificante de legítima defensa (fls.101 cd. ppl. 2 y 29 cd. pp.3); mientras que el

Tribunal acogió en integridad el juicioso análisis de la sentencia de primer grado y mantuvo el cargo de la resolución acusatoria porque no halló al término del juicio evidencias circunstanciales que lo modificasen, sin que esto implicara matricular arbitrariamente su criterio en el del acto acusador o en el del fallador de primer grado. Nótase cómo sobre la realidad establecida desde el acto acusador, el juzgado del Circuito consignó detenidamente las razones de orden fáctico y jurídico para descartar tanto la atenuante de la ira, hacia la que había virado la defensa con la misma profesional ahora demandante, como las demás tesis que esta misma parte esgrimió en pro del implicado. (fls. 108 y ss. cd. ppl. 4). Que en su estudio probatorio no hubiesen aplicado el mismo orden de examen de pruebas que la demandante proporciona, no es, ni mucho menos, falta de motivación, pues esta asume entidad cuando a la decisión se arriba sin argumentos, esto es, sin causa; o con razones ajenas a la evidencia que arroja el proceso.

Además, con la forma de desarrollar el cargo la demanda, trasciende el ámbito de la causal invocada, la 3a., para adentrarse en terreno de la causal 1a., mixtura inaceptable en la técnica casacional.

Careciendo de consistencia en lo absoluto, es fuerza declarar que *el cargo no prospera.*

Idéntica suerte acompaña al cargo segundo, que endilga a la sentencia ser violatoria en forma indirecta de la ley sustancial por errores de apreciación probatoria cometidos por el Tribunal, en efecto:

La censora afirma en primer momento, en síntesis, que el Tribunal *distorsionó el contenido* de los informes policiales y los testimonios que indicaban la ocurrencia de una riña "en contra" de su procurado, iniciada por el testigo Mosquera Rojas al hacerlo blanco de injurias ante las cuales reaccionó disparando su arma y ocasionando los resultados conocidos, magnificando la gravedad de tales injurias para ver de construir a integridad la figura de la atenuante de la ira consagrada en el artículo 60 del C.P., *pero renglones* adelante hace consistir la objeción en la *falta de apreciación* de la "conducta" de Mosquera y los demás ofensores provocadores, *para finalmente instalar el reclamo* en el reconocimiento de que esa conducta -que degeneró en intercambio de vocablos soeces entre el testigo Mosquera Rojas y el procesado cuando éste se negó a pagar a las personas que le ayudaron a sacar su vehículo de entre un hueco las gaseosas que les había ofrecido y displicente más bien les ofreció "bala"-, *sí fue* tenida en cuenta por el fallador, solo que con una connotación diferente a la que la profesional demandante le confiere, de detonante de la ira de su cliente.

El raciocinio, como se observa, envuelve la suficiente confusión conceptual sobre la naturaleza del error que supone acaecido la actora, como para desestimar el cargo por falta de precisión y de claridad.

Una cosa es tergiversar el contenido objetivo de una prueba para conferirle un significado y alcance distinto al que de manera obvia le corresponde -es lo que se conoce como falso juicio de identidad-; y otra, omitir la consideración de una conducta de la cual da cuenta determinada prueba -falso juicio de existencia-; y, otra muy distinta, efectuar un estudio analítico de la prueba y concluir de manera diversa a como lo hace el censor, caso éste en el cual el asunto se radica en una divergencia de criterio, ajena al error aducible en casación, pues se reduce a la inconformidad con el crédito otorgado a la prueba por el fallador en ejercicio de la crítica racional a que está obligado.

La actuación procesal indica cómo los *informes policiales* fueron examinados desde la resolución acusatoria cuando sobre ellos se pretendió forjar una legítima defensa (fl. 30 cd. ppl. 3), mientras que la conducta de Mosquera Rojas fue objeto de estudio en la sentencia de primer grado, en la que para desechar la atenuante de la ira se explicó el desarrollo secuencial de los hechos y la exteriorización del comportamiento de tal individuo (fls. 108-109 cd. ppl. 4), vale decir, las objeciones de la demanda respecto de las aludidas pruebas carecen de objetividad.

Así la situación, como del reparo sólo subsiste el interés de oponer su propia opinión a la del fallador, pero huérfana de la indicación y demostración de los errores que hubieran determinado la injusticia del fallo que proclama, resulta imperativo declarar la improsperidad de esta censura.

Atinente al *Cargo Tercero*, evidente así mismo, resulta su ineficacia, según pasa a verse.

Aquí el reclamo se conceptualiza como violación directa de los artículos 38 y 60 del C.P. por errada interpretación, lo que conllevó el desconocimiento de las atenuantes de la preterintención y de la ira. Sin embargo, olvidando que esta forma de violación de la ley sustancial implica la correcta escogencia por el juez del precepto que aplica pero su equivocada intelección, se ocupa la actora de especular en torno a las dos figuras jurídicas mencionadas, *que no fueron aplicadas*, errando de esta manera en la proposición del reparo.

Además, visto el contexto de esta acusación, se reduce a una serie de afirmaciones desprovistas de demostración, amparadas por unas transcripciones que considera pertinentes pero que en nada contribuyen a demostrar en el caso concreto el error jurídico que se predica, pues afirmar simplemente que el fallador no interrelacionó los textos de las normas inaplicadas para configurar el cargo y que actuó con desidia al no analizar la dirección de conducta del acusado, no constituye la requerida demostración de una objeción tendiente, como la demanda de casación lo es, a destruir las premisas de un fallo, que, como tantas veces lo ha repetido la jurisprudencia de esta Sala, viene amparado de la doble presunción de acierto y de legalidad, que no puede desconocerse en sede extraordinaria

mientras no aparezcan demostrados los errores aducibles en casación y su trascendencia en las resultas del mismo.

El cargo no prospera.

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

RESUELVE:

NO CASAR la sentencia impugnada. En firme, DEVUELVASE el expediente a la oficina de origen.

Cópiese y cúmplase.

Jorge A. Gómez Gallego, Fernando E. Arboleda Ripoll, Ricardo Calvete Rangel, Jorge E. Córdoba Poveda, Edgar Lombana Trujillo, Carlos E. Mejía Escobar, Didimo Páez Velandia, Nilson Pinilla Pinilla, no firmó.

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

DEFENSA TECNICA/ ABOGADO

La omisión de la Fiscalía, al no proveer de oportuna y efectiva defensa al sindicado luego de su vinculación al proceso, estando obligado a ello, conlleva a evidente perjuicio contra ese derecho inalienable a la asistencia de un letrado durante la investigación, porque ante lo manifestado por (...) al finalizar su injurada, en el sentido de que "yo lo que quiero es arreglar con la Fiscalía y negociar mi pena y pagar...", ello sugería la expresión de su voluntad de acogerse al trámite consagrado en el artículo 37 o en el 37 A del Código de Procedimiento Penal.

Proceso No. 11003

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal

Magistrado Ponente: Dr. *Ricardo Calvete Rangel*

Aprobado Acta No. 14

Santa Fe de Bogotá, D. C., febrero cuatro de mil novecientos noventa y nueve.

VISTOS

Resuelve la Sala sobre la demanda de casación presentada por el defensor del procesado Fagardo Darío Gualdrón Manrique, contra la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Santa Rosa de Viterbo, confirmatoria de la dictada por el Juzgado Penal del Circuito de Soatá, modificándola en el sentido de bajar la pena principal de veinticinco (25) años diez (10) meses de prisión, a ciento seis (106) meses por los delitos de homicidio y lesiones personales, y ordenando compulsar copias para que se investigue la presunta comisión de la contravención de lesiones personales referida en su numeral primero.

I. HECHOS

Fueron narrados por Tribunal así:

"En la cantina de propiedad de la señora Georgina Ramírez de Camacho ubicada en el área urbana de Covarachía, a eso de las seis de la tarde del

22 de noviembre de 1993, el Alcalde de la localidad señor Segundo Quintero Pinto, fue herido de muerte por el señor Fagardo Darío Gualdrón Manrique quien para entonces se desempeñaba como conductor de la ambulancia del municipio. Se dice que el primero en momentos de cancelar la cuenta de lo consumido, le dijo al segundo que tenían que hablar algún asunto. En efecto, se cruzaron algunas palabras y Fagardo Darío le propinó al alcalde una bofetada; se oyeron de inmediato unas detonaciones y el burgomaestre cayó herido de muerte; otras personas allí presentes, también resultaron lesionadas...".

II. Actuación Procesal

Con base en el acta del levantamiento del cadáver, la Fiscalía 20 Seccional, Unidad de Soatá (Boyacá) declaró abierta la investigación, vinculando mediante indagatoria a Fagardo Darío Gualdrón Manrique, quien en la diligencia de injurada -practicada en Duitama- fue asistido por un ciudadano sin la calidad de abogado titulado, y en el desarrollo de la misma manifestó, entre otros aspectos, lo siguiente: "...Yo lo que quiero es arreglar con la Fiscalía y negociar mi pena y pagar...".

La situación jurídica fue resuelta con medida de aseguramiento consistente en detención preventiva por los delitos de homicidio y lesiones personales, negándole la libertad provisional; además, en dicho proveído se dispuso, que "...conforme al texto de la Ley 81 de noviembre de 1993, en sus arts. 37 y 37 A, modificatoria de algunas normas del C. de P. P. el acuerdo tendrá como base lo establecido en esta resolución, de que el acuerdo se haga por iniciativa del sindicado, o ya de la Fiscalía".

Cerrada la investigación, en proveído de la misma fecha, se designó un defensor de oficio; luego de presentados los alegatos de conclusión, el 18 de marzo de 1994 el Fiscal calificó el mérito del sumario con resolución de acusación por los delitos de homicidio y lesiones personales, disponiendo que la reiteración de la solicitud del procesado, en lo que tiene que ver con la aplicación de los artículos 37 y 37 A del C. de P. P., "ya no tiene cabida en este caso, porque la investigación se había cerrado, por consiguiente el sindicado desde luego con la anuencia de su Defensor debe pretender esta iniciativa una vez quede ejecutoriada esta Providencia".

El procesado con la coadyuvancia de su defensor, solicitó "antes del término de ejecutoria de la resolución de acusación" el trámite regulado en el artículo 37 A del Código de Procedimiento Penal. Remitido el proceso al Juzgado de conocimiento, este funcionario dispuso que se resolvería en su oportunidad una vez cumplido el trámite del artículo 446 *ibidem*, petición de la que en últimas desistió el imputado, en escrito obrante al folio 410 del cuaderno principal.

En el desarrollo de la etapa del juicio se aportaron al proceso diversos elementos de prueba, y luego de celebrada la audiencia pública se dictó

sentencia condenatoria que impuso al acusado la pena principal de veinticinco (25) años diez (10) meses de prisión, la accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas por el término de diez años, y el resarcimiento de los perjuicios, al tiempo que le negó el subrogado de la condena de ejecución condicional, por los delitos de homicidio y lesiones personales. El Tribunal Superior la modificó en los aspectos inicialmente indicados.

III. La Demanda

El actor formula dos cargos contra la sentencia del Tribunal, el primero como principal al amparo de la causal tercera de casación, y el segundo subsidiario con apoyo en la causal primera, así:

Primer cargo

La sentencia se profirió en un juicio viciado de nulidad en razón a la violación del debido proceso, a través de lo cual se conculcó el derecho a la defensa de Gualdrón Manrique.

Previa y extensa alusión a diversos preceptos constitucionales y legales que regulan el instituto de la nulidad, así como a jurisprudencia de la Corte Suprema y de la Corte Constitucional sobre el tema, el ataque lo sustenta así:

"Del examen que se hace al compendio protocolario, de una manera ostensible, se observa que en el presente caso, no existió derecho a la defensa del sindicado..., en la forma como lo establece la Constitución Nacional, es decir, durante la etapa de investigación, hecho con el cual, se menoscabó el derecho constitucional fundamental que como persona humana tiene para defenderse y a que se le siga un debido proceso conforme a las leyes preexistentes.

"Para demostrar la violación flagrante al derecho de defensa del aquí sindicado, basta entonces para ello hacer una revisión en el plenario, en donde se constata...

"...El primero de diciembre de la predicada anualidad, fue oído en declaración de indagatoria Fagardo Darío Gualdrón Manrique, por la Fiscalía 20 seccional de Soatá, autoridad ésta, que para llevar a cabo dicha diligencia, solicitó autorización de desplazamiento en comisión hasta la ciudad de Duitama, donde se encontraba recluido el sindicado por orden de la misma unidad Fiscal,...

"A pesar de que en la ciudad de Duitama, existen varios abogados titulados radicados, y que ejercen habitualmente su profesión, para la mencionada diligencia la Fiscalía procedió a designar al señor Wilson Rueda, de condiciones civiles anotadas con antelación, persona que no es abogada titulada, tal como consta en la diligencia, con lo cual se quebran-

tó el mandato previsto en el art. 148 inciso 1° del Código de Procedimiento Penal...

"...Posteriormente...se le resolvió la situación jurídica a Fagardo Darío Gualdrón Manrique....Hasta este momento procesal el sindicado carecía en absoluto de defensa técnica, pues la persona que fue nominada por el Juzgado en la diligencia de indagatoria, como se ha dicho no es abogado titulado al parecer, la Fiscalía...designó a la primera persona que deambulaba por los alrededores del establecimiento carcelario, porque ni siquiera se tomó el trabajo...de indicar donde reside tal persona, para saber si fue cierto que asistió como defensor...; actitud con la cual se incurrió en un yerro tanto *in procedendo*, como *in eligendo*, a virtud, que la Fiscalía lo hizo de designar en la indagatoria a una persona que no era abogado, a sabiendas de que en Duitama existen más de cien profesionales que ejercen dicha actividad.

"En razón a esta circunstancia, el sindicado..., se vio privado del ejercicio de una defensa técnica, que bien hubiera podido interponer recurso alguno en contra de la providencia que resolvió la situación jurídica de éste, pero sin embargo no tuvo esa oportunidad, porque como se observa hasta ese momento carecía en absoluto de defensor..."

La ausencia de defensa técnica persistió durante toda la etapa de instrucción, como quiera que sólo hasta el 18 de febrero de 1994 se nombró defensor de oficio, fecha en la cual se le dio posesión del cargo y se declaró cerrada la investigación, circunstancia que permite aseverar que:

"Con este proceder, se tomó a la defensa de Gualdrón Manrique, prácticamente por asalto, por cuanto se le cercenaron las posibilidades de participar en el debate probatorio, de solicitar inclusive en la forma más adecuada al ordenamiento jurídico su pretensión que formuló en la diligencia de inquirir, al finalizar la misma, en el sentido de que deseaba negociar su pena con la fiscalía y pagarla: es decir, en la etapa de investigación..., no tuvo asistencia técnica alguna y con ello se quebrantó el artículo 29 de la Constitución Nacional y el artículo 1° del Código de Procedimiento Penal, el primero que regula el derecho constitucional fundamental del debido proceso y el derecho a la defensa, el cual es de aplicación inmediata, y el segundo que consagra un principio rector de carácter prevalente tal como lo dispone el artículo 22 del estatuto ritual penal, preceptos estos en los cuales en forma clara...se dispone tanto por el constituyente como por el legislador que el sindicado TIENE DERECHO A LA DEFENSA Y A LA ASISTENCIA DE UN ABOGADO ESCOGIDO POR EL O DE OFICIO, DURANTE LA INVESTIGACION".

Aunado a ello aduce el recurrente:

"...las normas del debido proceso, no sólo se quebrantaron al no seguir el procedimiento que escogió el procesado de terminar anticipada-

mente el calvario del proceso al cual fue sometido y cual se acogía a los beneficios previstos en las citadas disposiciones, a los cuales se le negó olímpicamente por las autoridades falladoras de primera y segunda instancia, sitio que además, con el proceder antes indicado, se le negó durante todo el curso de la investigación el derecho a la contradicción de la prueba, previsto en el artículo 7o. del Estatuto Penal adjetivo, como principio rector".

Finalmente solicita a la Corte casar la sentencia impugnada, decretando la nulidad de todo lo actuado a partir de la diligencia de indagatoria, inclusive, con los demás ordenamientos consecuenciales.

Segundo Cargo

Al amparo de la causal primera, cuerpo segundo, alega subsidiariamente que se incurrió en violación indirecta de la ley sustancial, "por configurarse un manifiesto error de derecho por falso juicio de convicción al haberse dado a la prueba un valor que no corresponde, por desconocimiento de la sana crítica al momento de su valoración..."

Como normas violadas cita los artículos 246,247, 254,294,y 298 del C.P.P., por "haber sido excluidas evidentemente, por inobservancia en la aplicación...", y en aras del reconocimiento de la legítima defensa en favor del procesado, afirma que la discusión ésta, es en lo relacionado con la antijuridicidad de la conducta típica, toda vez que en el análisis probatorio que aparece, se abandonan las reglas de la sana crítica del testimonio y los parámetros previstos en las disposiciones citadas, para adentrarse en una serie de suposiciones, con lo cual se incurrió en el error enunciado, y se le dio al elemento de juicio un valor distinto del que la ley le atribuye.

El *ad quem*, luego de relacionar los testimonios y la indagatoria, realizó algunas apreciaciones aisladas en relación con pruebas que se trajeron a los autos, para desestimarlas, como en el caso de José Miguel Niño y el resto del caudal probatorio, "en donde al parecer la (sic) signó toda la credibilidad para menguar la misma en relación con el testigo antes referido". Con este proceder se desconocieron aspectos de suma trascendencia en la ocurrencia de los hechos. Nada le mereció el hecho de que la mayoría de los testigos a los cuales les asignó el mayor grado de credibilidad se hallaran en estado de embriaguez, y que tenían interés en las resultas del proceso por ser algunos empleados del municipio (cita algunos testimonios), otros lesionados, y los demás familiares del obitado.

Resalta las diversas contradicciones en las que a su modo de ver incurrieron los aludidos testigos, rescatando el contenido de las declaraciones de Georgina Ramírez de Camacho y José Miguel Niño, "quienes se muestran acordes con la ocurrencia real de los hechos que narra el sindicado, sin que exista prueba idónea en autos que así los desvirtúe". Si se hubiera

apreciado con "mejor sensatez el ropaje probatorio", el fallador infaliblemente hubiese concluido que el procesado actuó en legítima defensa de su vida. Acusa al sentenciador de no haber expuesto razonadamente el mérito que le asigna a cada una de las pruebas indicadas, "cuando lo cierto del caso es que dicha prueba está afectada o viciada, en razón a concurrir con ella fenómenos que les indujeron a distorsionar -por conveniencia- la verdad".

Solicita que se case la sentencia acusada, y que en fallo de reemplazo absuelva a su defendido de los cargos por los que se le condenó.

IV. Concepto Del Ministerio Público

El Procurador Segundo Delegado en lo Penal sugiere a la Corte casar la sentencia del ad quem, declarando la nulidad de lo actuado a partir inclusive de la diligencia de indagatoria del procesado, y rechazar la censura subsidiaria.

Primer cargo

Luego de un extenso análisis relacionado con las garantías fundamentales inherentes al sindicado, tales como el debido proceso y el derecho a la defensa, que complementa con citas de tratadistas y jurisprudencia sobre el tema, plantea las razones en que se apoya para estimar que la censura aquí formulada está llamada a prosperar.

Es contradictorio que en un estado social y democrático de derecho se permita al tenor de una disposición legal, afortunadamente sin operancia en la actualidad (art. 148 del C. P. P.), que en algunos eventos la defensa del implicado para la indagatoria pudiese ser confiada a personas legas en derecho, quienes ni como posibilidad, ni como realidad, podrían hacer efectivo el concepto del derecho de defensa.

Ha de entenderse que el derecho de defensa con reconocimiento constitucional e internacional, como garantía absoluta, no puede ser objeto de violación o limitación alguna, y este se cercena, precisamente cuando la defensa en la indagatoria ha sido confiada una persona que no detenta el título de abogado.

La ausencia de defensor en dichos términos, revierte especial trascendencia invalidatoria a la actuación, en tanto no se limitó al no ejercicio del contradictorio en el devenir instructivo, sino que se proyectó a la no tramitación de la solicitud del indagado en torno a una negociación inicial de pena con la Fiscalía, lo que sugería la aplicación de los artículos 37 o 37 A del Código de Procedimiento Penal, lo que determinó igualmente el menoscabo del debido proceso.

De conformidad con la actuación, es claro que ante lo manifestado por el procesado, el funcionario instructor en el proveído que resolvía su situación jurídica adecuo esa afirmación a los presupuestos de dichos artí-

culos, sin que el devenir ordinario del proceso fuese sometido a uno de dichos parámetros. En forma equivocada el Fiscal desatendió la aquiescencia manifestada por el indagado, y a más de lo decidido en esa resolución, finalmente en la etapa investigativa no dio curso a la misma, avocándolo a insistir en esa petición, cuando la oportunidad para dar aplicación al deprecado artículo 37 A ya había precluido, para en últimas conminarlo a desistir de la misma.

La inactividad denotada en este sentido no puede endilgarse al sindicado, pues el completo desconocimiento de las disciplinas del derecho que lo caracteriza, así como la presencia de un abogado que lo asistiera durante la investigación, en tanto el único defensor conque contó en esa etapa lo fue un ciudadano sin aptitud jurídica, le impidieron interpretar lo resuelto por el Fiscal en aquella resolución, así como el adecuar su solicitud a los contenidos y oportunidades dispuestos para tal efecto en esas normas.

Con dicha postura, es evidente que la garantía del debido proceso se vio afecta por completo, en la medida en que imperaba el trámite de la actuación al tenor de lo normado en uno de esos preceptos; a partir de allí, se imponía su terminación anticipada obviándose el ritual ordinario, con lo que se truncó su posibilidad de acceder a los beneficios legales reflejados considerablemente en la pena.

El vicio *in procedendo* puesto de presente infringe derechos y principios fundamentales consagrados en la Carta y el régimen procesal penal, en consecuencia se genera la invalidación de lo actuado, en razón a la estructuración de la causal de nulidad regulada en el artículo 304 numerales 2 y 3 ibídem, por lo que se sugiere su declaratoria a partir inclusive de la diligencia de injurada.

Segundo cargo

Es indudable que el contenido de la censura presenta dos aspectos que finalmente terminan contrapuestos con la técnica y la debida argumentación exigidas en esta sede extraordinaria.

El falso juicio de convicción carece de un cabal desarrollo en procura de comprobar su existencia manifiesta, así como su incidencia en la parte resolutiva del fallo impugnado, en tanto sus esfuerzos por concretarlo se pierden en replantear una visión nueva y propia del demandante, de los testimonios aludidos y, en oponerse a la eficacia otorgada a ellos por el juzgador, concibiendo la suya como fruto del análisis alternativo que ofrece para los mismos. La razón del discernimiento del recurrente, corresponde a la abierta discrepancia con la credibilidad otorgada por el *ad quem* al conjunto probatorio, en procura de que se acojan sus personales e individuales conclusiones, las que antepone al criterio de aquél. El libelo se ve encaminado a obtener de la Corte la revisión del proceso, como si

el extraordinario recurso correspondiese a una tercera instancia. Desacierta el libelista en la escogencia del error de derecho por falso juicio de convicción, como quiera que si su intención correspondía a la controversia valorativa del conjunto probatorio, ha debido acudir a los parámetros del error de hecho.

Es claro que el recurrente no logra demostrar que la valoración probatoria efectuada por el fallador contradice manifiestamente los imperativos de la sana crítica, en la medida en que indebidamente aísla los testimonios de José Miguel Niño y Georgina de Camacho de su entorno probatorio, analizándolos insularmente, y desatendiendo las críticas efectuadas en el fallo de primer grado, lo que hace que las tachas que el censor endilga a la sentencia del Tribunal, en punto de la supuesta ausencia del respectivo análisis de cada una de las pruebas, se vean por completo desvirtuadas con el contenido del fallo del *a quo*, en cuyo desarrollo *in extenso* se someten al correspondiente tamiz evaluativo, posibilitando la desestimación de la legítima defensa en detrimento de sus pretensiones de absolución. Las sentencias de instancia conforman una unidad inescindible, la que, persiste incólume al ataque del censor. Por lo tanto, indiscutible resulta la desestimación del reproche.

V. Consideraciones de la Corte

Primer cargo

El demandante acusa la sentencia por haber sido dictada en un juicio viciado de nulidad por violación del derecho a la defensa y al debido proceso. Como fundamento del reproche plantea lo siguiente: a) a pesar de que en la ciudad de Duitama, existen varios abogados radicados que habitualmente ejercen su profesión, para la diligencia de indagatoria la Fiscalía le designó al sindicado una persona que no era abogada titulada, con lo cual se quebrantó el mandato previsto en el artículo 148 inciso 1o. del C. de P. P.; b) la ausencia de defensa técnica persistió durante toda la etapa de instrucción, y como consecuencia de ello se cercenaron las posibilidades de participar en el debate probatorio y de solicitar en forma más adecuada al ordenamiento jurídico la pretensión que formuló al final de la injurada el sindicado, en el sentido de que deseaba negociar su pena con la Fiscalía y pagarla.

En cuanto a lo primero, procede hacer las siguientes observaciones:

Según lo consignado en el oficio No. 0250 de la SIJIN, el 22 de noviembre de 1993 -día de los hechos- Darío Gualdrón Manrique fue trasladado al Hospital de Duitama, donde la policía veló por su seguridad.

El 1° de diciembre siguiente, fue oído en indagatoria por la Fiscalía 20 Seccional de Soatá, que para llevar a cabo dicha diligencia solicitó autorización de desplazamiento -por "un día"- a la ciudad de Duitama, donde se encontraba recluido el sindicado por orden de la misma Unidad Fiscal.

En la diligencia el sindicado expresó: "pido que me sea designado de oficio un defensor, por no poder nombrar ahorita un abogado que me defienda". Ante tal manifestación, "se designó como defensor de oficio al señor Wilson Rueda, quien...se identificó con la c. de c. No. 79625200 de Bogotá".

El inciso primero del artículo 148 del Código de Procedimiento Penal, norma que en ese momento estaba vigente, pues su inexequibilidad fue declarada mediante sentencia C 049 de febrero 8 de 1996, preceptuaba: Personas habilitadas para la defensa del imputado. De conformidad con lo dispuesto por el Decreto 196 de 1991, el cargo de defensor para la indagatoria del imputado, cuando no hubiere abogado inscrito que lo asistiere en ella, podrá ser confiado a cualquier ciudadano honorable, siempre que no sea servidor público".

El libelista asevera que en Duitama hay "más de cien" abogados titulados que ejercen la profesión, afirmación que no está acreditada en el proceso, y en cambio sí obra en el plenario prueba de que el Fiscal de Soatá que practicó la indagatoria en Duitama, lugar donde se encontraba el sindicado, tuvo que desplazarse por "un día" a esa ciudad ante el inminente vencimiento de los términos judiciales, razón por la cual hizo uso de la facultad que le confería la norma en comento, sin que sea posible inferir que tuviera la real posibilidad de nombrar un abogado titulado, y que pese a ello se haya abstenido, puesto que no se puede desconocer, que por no estar radicado en Duitama no disponía de información sobre abogados pudiesen colaborarle, lo que dificultaba aún mas la posibilidad de acudir a uno de ellos para que asistiera al por indagar.

Así las cosas, con la designación del señor Wilson Rueda no se cometió en ese momento ninguna irregularidad, ya que el funcionario obró dentro de los parámetros entonces fijados por la ley, y la posterior declaración de inconstitucionalidad de la norma que lo autorizaba sólo produce efectos hacia el futuro, de manera no puede pretenderse, so pretexto de esa circunstancia sobreviniente, la nulidad del proceso.

En lo que atañe al segundo aspecto -ausencia de defensa técnica durante toda la etapa instructiva-, en realidad no tiene justificación, pues desde la vinculación del implicado el 1º de diciembre de 1993, hasta el 18 de febrero de 1994, día en que se declaró cerrada la investigación y se le nombró un defensor de oficio, no tuvo defensa técnica, situación que pone en evidencia la vulneración de la garantía constitucional.

Así las cosas, razón le asiste a la Delegada cuando destaca que "diáfano resulta que la posibilidad del ejercicio de defensa recayó, en la etapa instructiva, exclusivamente en cabeza de Cualdrón Manrique -defensa material-", pues no contó en el desarrollo de la investigación con la asistencia de un abogado, y atendiendo a los preceptuado en el artículo 29 de la Carta en punto del ejercicio de la defensa en su doble proyección "ma-

terial - técnica", es indudable que esa garantía se preserva "durante la investigación y el juzgamiento".

La omisión de la Fiscalía, al no proveer de oportuna y efectiva defensa al sindicado luego de su vinculación al proceso, estando obligado a ello, conlleva a evidente perjuicio contra ese derecho inalienable a la asistencia de un letrado durante la investigación, porque ante lo manifestado por Guarín Manrique al finalizar su injurada, en el sentido de que "yo lo que quiero es arreglar con la Fiscalía y negociar mi pena y pagar...", ello sugería la expresión de su voluntad de acogerse al trámite consagrado en el artículo 37 o en el 37 A del Código de Procedimiento Penal.

Además de la orfandad en materia de petición y práctica de las pruebas recaudadas, no cabe duda de que la ausencia de un abogado que orientara al sindicado le impidió concretar su propósito de terminar anticipadamente el proceso y obtener la rebaja de pena prevista para esos eventos, con lo cual, como lo señala el demandante, no solo se habría beneficiado el procesado, sino también la administración de justicia.

No existiendo otra manera de subsanar tal falla, se declarará la nulidad de la actuación a partir, inclusive, de la providencia que clausuró la etapa instructiva, para que la defensa tenga oportunidad de solicitar las pruebas que estime conducentes, y el procesado pueda ser orientado debidamente sobre la naturaleza, consecuencias y beneficios de la sentencia anticipada y la audiencia especial.

De otra parte, como quiera que mediante resolución de octubre 10 de 1994, se concedió al procesado Gualdrón Manrique la libertad provisional por vencimiento de los términos consagrados en el numeral 5 del artículo 415 del Código de Procedimiento Penal, podrá continuar disfrutando de la libertad provisional otorgada, pero por el vencimiento de los términos consagrados en el numeral 4° de la misma norma.

Al prosperar el cargo de nulidad, por sustracción de materia resulta innecesario dar respuesta al reproche formulado por la causal primera.

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. CASAR la sentencia impugnada.

2. DECRETAR LA NULIDAD de lo actuado en este proceso a partir de la resolución que ordenó el cierre de la investigación inclusive.

3. El sindicado Fagardo Darío Gualdrón Manrique podrá seguir disfrutando de su libertad provisional, de conformidad con lo previsto en el numeral 4° del artículo 415 del Código de Procedimiento Penal.

Cópiese, notifíquese, y devuélvase al Tribunal de origen para que lo remita a la Unidad de Fiscalía competente. Cúmplase.

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

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

HURTO/ REPARACION DEL DAÑO

La suspensión de la actuación penal, como consecuencia del trámite de la audiencia especial, no impide que se haga la solicitud de rebaja, pues como lo expresa el Procurador Delegado,

"Esta suspensión de la actuación procesal que dispone la ley es entendible, habida cuenta del carácter especial que comportan este tipo de procedimientos. Y propende fundamentalmente porque no se siga tramitando el proceso de acuerdo con los parámetros ordinarios, a fin de no alterar las condiciones jurídicas y probatorias que sirven de fundamento a la audiencia especial. Es decir, que aquellos actos que no modifican las referidas condiciones y que por ende no pueden alterar el núcleo esencial de la acusación, no están comprendidos dentro de dicha limitación".

Por otra parte, aunque la aceptación de la aminorante de punibilidad, por parte del juez, afecte la dosificación punitiva acordada entre procesado y fiscal, tal variación está ajustada al debido proceso y a los principios de lealtad e igualdad, pues si el propio legislador previó la oportunidad para impetrarla, esto es, hasta antes de dictarse sentencia de primera instancia, siendo, por ende, viable en el período que transcurre entre el acuerdo y el fallo, no puede haber sorprendimiento de ninguna clase. Además, si el juez, cumplidos los requisitos que la norma exige, debe conceder el descuento, gozando de discrecionalidad sólo para fijar el quantum *del mismo, no se puede afirmar que esa variación de la pena convenida sea ilegal o desconocedora del acuerdo.*

Para tener derecho a la diminuente, el responsable del punible contra el patrimonio debe pagar el valor total del perjuicio, y si éste es cubierto en todo o en parte por un tercero, que no cancela a nombre del procesado, tal reembolso no se puede considerar como indemnización a favor de éste, que estará obligado a devolverle a ese tercero lo pagado, para que se pueda considerar que ha indemnizado.

En el mismo sentido, si el objeto material no es recuperado y un tercero, como la compañía de seguros, paga su valor, ese pago no se

puede imputar a favor del procesado, para efectos del artículo 374, a menos que devuelva lo pagado a ese tercero.

Proceso No. 9833

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal

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

Aprobado Acta N° 14 (febrero 5/99)

Santa Fe de Bogotá D.C., cinco (5) de febrero de mil novecientos noventa y nueve (1999).

VISTOS

Procede la Corte a decidir el recurso de casación interpuesto por el defensor de Pedro Enrique Vargas Rivera contra la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, el 1° de junio de 1994, en la que al confirmar la del Juzgado Décimo Penal del Circuito de la misma ciudad, fechada el 1° de marzo siguiente, lo condenó a las penas principales de 36 meses de prisión y multa de $2.000,oo, como autor de los delitos de doble homicidio culposo en concurso con hurto calificado y agravado.

Presentada la respectiva demanda, se declaró ajustada a las exigencias legales, por lo que se dispuso correr traslado al Ministerio Público, el que a través del Procurador Segundo Delegado en lo Penal, solicita casar parcialmente la sentencia.

HECHOS

En las horas de la madrugada del 30 de enero de 1994, en la autopista sur-oriental con carrera 7C de la ciudad de Cali, Milton Humberto Cardona Rioja conducía un taxi que fue abordado por Pedro Enrique Vargas Rivera, Héctor José Alzate Zuluaga y Manuel Alfredo Domínguez, quienes un poco más adelante, en la carrera 5ª con calle 62, bajo la amenaza de arma blanca, despojaron al conductor de su vehículo, el cual, sin embargo, logró salir del mismo y pedir ayuda a un colega y a una patrulla de la policía que en ese momento, pasaban por allí, iniciándose la correspondiente persecución, hasta que el vehículo conducido por Pedro Enrique Vargas Rivera chocó contra un poste de alumbrado eléctrico, en la carrera 5a. con calle 52. A consecuencia de la colisión perecieron sus ocupantes, José Alzate Zuluaga y Manuel Alfredo Domínguez, quedando gravemente herido el conductor.

ACTUACIÓN PROCESAL

El proceso penal se abrió por auto del 31 de enero de 1994. Al día siguiente se escuchó en indagatoria a Pedro Enrique Vargas Rivera, con-

tra el que se dictó medida de aseguramiento, el 4 de febrero del mismo año.

El procesado y su defensor solicitaron la audiencia especial de que trata el artículo 37A del Código de Procedimiento Penal, la que se realizó el 22 de febrero de 1994, acordándose una pena de 36 meses de prisión.

Cuando el proceso se encontraba a Despacho para decidir sobre el acuerdo, el defensor presentó un escrito solicitando la redosificación punitiva, con fundamento en el artículo 374 del C. P., al haberse reparado parcialmente por el procesado el perjuicio causado con el hecho punible contra el patrimonio económico.

El 1° de marzo siguiente, el Juzgado Décimo Penal del Circuito de Cali profirió sentencia conforme a lo acordado, pero consideró improcedente la rebaja del artículo 374 del C. P., por varias razones: por tratarse de una indemnización no solo parcial sino dubitativa y, además, porque no comprendió los otros dos hechos punibles; por estar de por medio un acuerdo suscrito entre el fiscal y el procesado, que no podía ser cambiado por hechos posteriores; por ser extemporáneo, pues el despacho ya había iniciado "el desarrollo del fallo"; y porque habría que variar la dosificación punitiva acordada, cuando el despacho no tiene ninguna observación que hacer sobre la misma.

La sentencia fue apelada por el defensor, inconforme con que se hubiera denegado la rebaja de que trata el artículo 374, citado, y con el no otorgamiento del sustituto de la condena condicional, pero fue confirmada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, apartándose parcialmente de las consideraciones del *a quo*, al estimar que la solicitud era extemporánea, y que si se aceptara la diminuente se impediría al fiscal ejercer el derecho de contradicción sobre la nueva situación planteada, con desconocimiento de los principios de igualdad y lealtad procesal y, además, que si la ley dispone que, salvo las excepciones previstas, la actuación se suspende desde que se formula la petición de audiencia especial hasta que quede en firme la providencia que decide al acuerdo, lo que quiso fue evitar que "se presenten interferencias ajenas a los puntos precisos que contempla el arreglo o se hagan solicitudes que tiendan a desnaturalizar la esencia misma del mecanismo, o procedimiento especial de la sentencia anticipada ...", por lo que concluye que la solicitud que con fundamento en el artículo 374, pretende la rebaja de pena "acordada entre fiscal y sindicado resulta improcedente por ser extemporánea o presentada para su consideración por fuera de la oportunidad correspondiente a la audiencia especial y hallándose suspendida la actuación".

ARGUMENTOS DE LA DEMANDA

El impugnante formula un único cargo contra la sentencia, al amparo de la causal primera de casación, al estimar que se incurrió en violación

directa de la ley sustancial, por errónea interpretación del parágrafo 1° del artículo 37A del C. de P. P., la que "dió origen a la inaplicabilidad del artículo 374 del Código Penal o en forma subsidiaria, como así lo invoqué, el numeral 7 del art 64 del C. P. La errónea interpretación generó la inaplicabilidad de los artículos 61 y 105 del C. P. 44 y 62 del C. de P. P, que hace referencia a las personas obligadas a indemnizar y formas de extinguirse dichas obligaciones, en este asunto, por pago. Por tanto la proposición jurídica abarca el art 1.625 del C. C. ".

Luego de hacer una síntesis del contenido del artículo 37A, el censor afirma:

" .... el *ad quem* incurrió en error de interpretación del parágrafo 1o. del artículo 37A del Código de Procedimiento Penal cuando consideró que la presentación de un escrito debidamente firmado y autenticado por el ofendido constituía un acto procesal e improcedente por encontrarse el ACUERDO en estudio por parte del a-quo para decidir sobre su aprobación o improbación. Considero que el memorial donde el ofendido se da por indemnizado no constituye un acto procesal sino un acto de acusación, generador de una extinción de la acción penal, constituyéndose en una conducta periférica del proceso. Se ha confundido el acto procesal con el acto afirmativo de quien es ofendido en el proceso aunque no ha formulado demanda para el resarcimiento de perjuicios causados con el hecho punible del hurto calificado y agravado. El memorial donde consta la indemnización de perjuicios no es un acto procesal porque no surge a la vida jurídica del proceso mediante el impulso que el propio jefe del debate le podría dar. El acto procesal lo realizan las partes, el tercero y el juez, para modificar, extinguir expectativas, posibilidades, cargas procesales o dispensas de cargas. Ningún acto podrá ser procesal si no existe el impulso que le da el Fiscal, el Juez Natural o Colegial. Precisamente el proceso nace con el acto procesal denominado "Auto de apertura de instrucción". El proceso se impulsa mediante actos procesales denominados providencias, que a su vez se clasifican en autos y sentencias. Los particulares actúan procesalmente cuando el Fiscal o Juez, mediante un acto procesal, dispone la ingerencia en el proceso, sea por medio de un testimonio, aportación de documentos, peritajes y en fin todo aquello que objetiva y subjetivamente constituye una manera de hacer parte de un proceso".

De lo anterior colige que la errónea interpretación del artículo 37A originó la inaplicación del artículo 374 que otorga el derecho "hasta antes de dictarse sentencia, a resarcir los perjuicios al ofendido, sino que desconoce en la sentencia la extinción de la acción civil que cabe en este proceso judicial. Debió el sentenciador aplicar el art. 374 del Código Penal o en forma subsidiaria el numeral 7 del art. 64 del mismo estatuto puntivo, para dar por extinguida la acción civil".

Prosigue con su argumentación diciendo que "Las instancias consideraron que la indemnización no podía reconocérsele al procesado porque esto implicaría una atenuación punitiva que incide en la dosificación de la pena a la cual llegaron el fiscal y Pedro Vargas Rivera. Le enrostra a la defensa que tal propósito no es otra cosa que pretender sorprender a la fiscalía con un *quantum* diferente al que concertó con el sindicado. En forma muy respetuosa no comparti ese análisis porque bien podía el sentenciador regresar a la fiscalía el expediente para que el fiscal considerara ese hecho que lo anticipó Vargas Rivera en el acta de acuerdo cuando manifestó estaba arrepentido y procuraría resarcir de la mejor manera los perjuicios inferidos al ofendido, señor Cardona Rioja".

Finalmente asevera que el art. 374, citado, extiende la oportunidad para resarcir los perjuicios y obtener la rebaja hasta antes de decretarse sentencia de primera instancia, por lo cual no fue extemporánea la solicitud que se hizo al juez.

Pide que se case parcialmente el fallo y se reconozca la rebaja de pena reclamada.

CRITERIO DEL PROCURADOR SEGUNDO DELEGADO EN LO PENAL

Luego de hacer una síntesis de la actuación procesal y de los argumentos de las instancias, concluye que las razones para no dar aplicación al artículo 374 del Código Penal "han residido primordialmente en los siguientes aspectos: el carácter dubitativo del documento, en punto a establecerse si verdaderamente a través de él la indemnización de perjuicios en este caso se produjo; la incompatibilidad de este beneficio por razón de concurrir otros hechos punibles y, finalmente, por los efectos que el acuerdo celebrado produce sobre cualquier otro elemento que pueda en un momento dado modificar su contenido, más aún cuando al emitirse la sentencia, la actuación procesal se encontraba suspendida".

Al respecto argumenta que en estricto sentido no se puede entender que la reparación del perjuicio haya sido parcial, así se haya utilizado tal expresión, partiendo del hecho que la mayor proporción de los daños sufridos por el vehículo hurtado fueron amparados por el seguro, más o menos el 70% del total.

Estima que la rebaja prevista en el art. 374 se concibe como un estímulo al responsable de cualquier delito contra el patrimonio que de manera voluntaria resarce el daño causado. "Si esto es así, tampoco resulta acertado que se niegue la autonomía propia de esta atenuante común a esta clase de delitos, por el hecho de concurrir, como en este caso, otro tipo de ilícitos lesivos de bienes jurídicos diversos".

Luego de hacer algunas reflexiones sobre la naturaleza de la audiencia anticipada, acota que no es dable afirmar que la presentación del

documento que manifestaba la indemnización haya sido extemporánea, sobre la base de que el acuerdo ya se había suscrito, pues éste, en principio, sólo vincula a la fiscalía y al procesado "sin que el tema concreto relativo al estudio sobre la viabilidad de atenuar la pena en los términos del art. 374 del Código Penal, entre otros, le estuviera vedado, pues antes bien, por imperativo legal debía ocuparse de él". Además, porque la citada norma extiende el plazo hasta antes de dictarse sentencia de primera instancia.

Igualmente califica de desacertado el criterio de las instancias, según el cual la suspensión de la actuación procesal que refiere la norma comentada impedía al defensor elevar petición ante el juez, a fin de que se concediera la rebaja del art. 374, pues tal suspensión, busca "no alterar las condiciones jurídicas y probatorias que sirven de fundamento a la audiencia especial", por lo que los actos que no las modifiquen no están comprendidos dentro de la limitación.

Por lo anterior solicita se case parcialmente el fallo cuestionado y se conceda la rebaja punitiva con relación al hurto.

Consideraciones de la Sala

Sea lo primero observar que en la enunciación del cargo el libelista incurre en desatinos técnicos, pues le da la categoría de preceptos sustanciales al parágrafo 1° del artículo 37A del C. de P.P., y a los artículos 44 y 62, *ejusdem*, cuando el primero, el último y el inciso segundo del segundo, son de contenido eminentemente procesal.

No obstante, se entiende que lo postulado es la violación directa por falta de aplicación del artículo 374 del C. Penal, que sí es norma sustancial.

Sin embargo, no comparte la Sala la pretensión del censor, coadyuvada por el representante del Ministerio Público, de casar el fallo y aminorar la pena, a pesar de que, evidentemente, en las instancias se dio una equivocada inteligencia al artículo 37A del Código de Procedimiento Penal, que llevó a que se estimara extemporáneo considerar la aplicación del artículo 374, citado.

En efecto, la oportunidad para impetrar la reducción, por expresa disposición de este precepto, no está limitada a la audiencia especial, sino que se extiende hasta antes de que se dicte sentencia de primera instancia.

Así mismo, la suspensión de la actuación penal, como consecuencia del trámite de la audiencia especial, no impide que se haga la solicitud de rebaja, pues como lo expresa el Procurador Delegado,

"Esta suspensión de la actuación procesal que dispone la ley es entendible, habida cuenta del carácter especial que comportan este tipo

de procedimientos. Y propende fundamentalmente porque no se siga tramitando el proceso de acuerdo con los parámetros ordinarios, a fin de no alterar las condiciones jurídicas y probatorias que sirven de fundamento a la audiencia especial. Es decir, que aquellos actos que no modifican las referidas condiciones y que por ende no pueden alterar el núcleo esencial de la acusación, no están comprendidos dentro de dicha limitación".

Por otra parte, aunque la aceptación de la aminorante de punibilidad, por parte del juez, afecte la dosificación punitiva acordada entre procesado y fiscal, tal variación está ajustada al debido proceso y a los principios de lealtad e igualdad, pues si el propio legislador previó la oportunidad para impetrarla, esto es, hasta antes de dictarse sentencia de primera instancia, siendo, por ende, viable en el período que transcurre entre el acuerdo y el fallo, no pude haber sorprendimiento de ninguna clase. Además, si el juez, cumplidos los requisitos que la norma exige, debe conceder el descuento, gozando de discrecionalidad sólo para fijar el *quantum* del mismo, no se puede afirmar que esa variación de la pena convenida sea ilegal o desconocedora del acuerdo.

No obstante, más allá de la desatinada interpretación de la norma antes aludida, la verdad es que así hubiera sido entendida de manera correcta, tal como lo proponen el censor y el Procurador Delegado, la conclusión final habría sido la no concesión de la rebaja contemplada en el artículo 374.

En efecto, para la obtención del beneficio es menester que se restituya el objeto materia del delito o su valor y, además, que se indemnicen los perjuicios ocasionados al ofendido o perjudicado.

En el caso *sub judice*, la restitución era una situación de imposible satisfacción, puesto que el carro fue recuperado pocos momentos después de haber sido hurtado, por lo que bastaba que el procesado indemnizara a la víctima, para ser acreedor a la rebaja.

Tal indemnización debe ser total, plena o suficiente, comprendiendo el perjuicio material, incluidos el daño emergente y el lucro cesante, y el daño moral, lo que no fue cumplido por el procesado.

Así, un valor equivalente al 70% del daño material fue cubierto por la compañía de seguros y un 30% por aquél, según se infiere del contenido del documento suscrito por el ofendido, en el que se lee " ...que el señor Pedro Enrique Vargas Rivera nos ha hecho la reparación del daño en forma PARCIAL, en consideración a que la compañía Aseguradora EL LIBERTADOR S. A., cubre el 70% del valor asegurado." (el subrayado es nuestro).

Como se ve, la idemnización no fue plena, pues no comprendió el *quantum* total de la lesión material, ni el lucro cesante, es decir, las sumas que se dejaron de percibir durante el lapso en que el vehículo de

servicio público estuvo sometido a reparación y, por ende, inmovilizado, ni tampoco el daño moral, siendo preciso aclarar que lo cubierto por la compañía de seguros no puede tenerse como indemnización a favor del procesado, pues fue la víctima quien pagó la prima del seguro, resultando ilógico que el pago hecho por ésta sea una fuente de beneficio a favor del victimario.

Para tener derecho a la diminuente, el responsable del punible contra el patrimonio debe pagar el valor total del perjuicio, y si éste es cubierto en todo o en parte por un tercero, que no cancela a nombre del procesado, tal reembolso no se puede considerar como indemnización a favor de éste, que estará obligado a devolverle a ese tercero lo pagado, para que se pueda considerar que ha indemnizado.

En el mismo sentido, si el objeto material no es recuperado y un tercero, como la compañía de seguros, paga su valor, ese pago no se puede imputar a favor del procesado, para efectos del artículo 374, a menos que devuelva lo pagado a ese tercero.

La compañía de seguros, como lo ha sostenido la Sala, adquiere la obligación de pagar el daño a quien con ella ha celebrado el contrato de seguro, pero no tiene ninguna obligación con el procesado, cuya fuente de la obligación de indemnizar es precisamente el delito. Por tanto, cuando el asegurador paga no está cumpliendo con la obligación extracontractual emanada del delito, a cargo del responsable, sino con la obligación contractual emanada del contrato de seguro. Ha dicho la Sala: " ... 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..." (Casación N° 10.589, diciembre 16/98. M..P. Dr. Carlos Augusto Gálvez Argote).

Por otra parte, y en cuanto a que la indemnización del perjuicio debe ser total, ha sostenido la Sala:

"Pero a más de esta restitución natural o por equivalencia, que era suficiente, como ya se anotó dentro de las previsiones del Código Penal de

1936, para obtener la rebaja de pena, el actual estatuto exige que también se indemnicen todos los perjuicios causados a la víctima. No basta, pues, la restitución (natural o por equivalencia): hay que pagar, además, todos los perjuicios causados con el delito a pesar de esta."(Sentencia, noviembre 21 de 1988).

En otra ocasión manifestó:

"...la indemnización que exige también la norma (C.P.art.374) debe ser plena o suficiente, en el sentido de tal concepto, para que produzca el efecto indicado. Y en este caso, señalados únicamente los perjuicios materiales del perito, con prescindencia de los morales, el juez sin precisar éstos conforme a sus facultades o anotar tal vacío, dió como suficiente la indemnización, para disponer la reducción referida cuando faltaba este requisito, sin el cual no podría entenderse atendido debidamente el precepto". (Sentencia, junio 22 de 1988).

En las condiciones anteriores se ha de concluir que la indemnización se hizo en tiempo oportuno, es decir, antes de la sentencia de primera instancia, pero como no fue total, sino apenas parcial, no procede la rebaja pedida.

Por otra parte, al interior del mismo cargo, el casacionista plantea que, en subsidio, se reconozca la diminuente punitiva del numeral 7° del artículo 64 del C. P.

Independientemente de la falta técnica en que se incurre, pues los dos cargos han debido plantearse de manera separada, tampoco le asiste razón, pues al hacer el fiscal la dosificación punitiva, en la diligencia de audiencia especial, que fue aceptada por el juez, partió del mínimo, siendo imposible, por ende, hacer la reducción solicitada.

El cargo no prospera.

CASACIÓN OFICIOSA

La Sala observa que al imponer la pena por el doble homicidio culposo se vulneró el principio de legalidad, garantía fundamental en un Estado social y democrático de derecho, pues no se condenó al procesado a la suspensión en la actividad de conducir vehículos automotores, prevista como principal en el artículo 329 del C.P., motivo por el cual, y al tenor de los artículos 228 y 229.1 del C. de P.P, se casará parcialmente y de manera oficiosa el fallo para decretarla por el término de 2 años, teniendo en cuenta la gravedad y modalidades del hecho.

Son suficientes los razonamientos precedentes, para que la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

1. DESESTIMAR LA DEMANDA.

2. CASAR PARCIALMENTE y de manera oficiosa el fallo para también imponer al procesado como pena principal la suspensión en el ejercicio de la actividad de conducir vehículos automotores, por el término de 2 años.

3. En lo demás, el fallo queja sin modificaciones.

Cópiese, notifíquese y devuélvase a la oficina de origen.

Jorge Aníbal Gómez Gallego, Fernando Arboleda Ripoll, Ricardo Calvete Rangel, Jorge E. Córdoba Poveda, Alvaro Orlando Pérez Pinzon, Conjuez; *Edgar Lombana Trujillo, Carlos E. Mejía Escobar, Dídimo Páez Velandia, Nilson Pinilla Pinilla.*

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria

DEMANDA DE CASACION

En la demanda de casación el señalamiento de la causal que se aduzca con indicación clara y precisa de sus fundamentos, es carga de imprescindible cumplimiento de parte de los censores, so pena del temprano rechazo del libelo por la imposibilidad que tiene la Corte de conocer a ciencia cierta cuál o cuáles son los errores in procedendo o in iudicando *que supuestamente afectan la legalidad del fallo atacado, deficiencia que implica la inexistencia del juicio técnico habilitador del estudio de fondo del asunto, constituyéndose el libelo que de tal falla adolece en un escrito ajeno a los fines del extraordinario recurso que como bien se sabe tiene supeditados los temas al límite impuesto por el impugnante en una demanda en forma, sin que el Tribunal de casación pueda llenar los vacíos dejados por éste.*

Proceso No. 13750

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal

Magistrado Ponente Dr. *Jorge Aníbal Gómez Gallego*

Aprobado Acta No. 16

Santa Fe de Bogotá, D.C., febrero nueve de mil novecientos noventa y nueve.

Vistos

Decide la Corte sobre el aspecto formal de la demanda de casación presentada por el defensor del procesado José Luis González en contra de la sentencia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, mediante la cual confirmó la que había proferido el Juzgado 8° Penal del Circuito de la misma ciudad en contra de éste por el delito de acceso carnal violento imponiéndole la pena principal de 24 meses de prisión y la accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas por idéntico lapso.

Hechos y Actuación Procesal

El 25 de octubre de 1993, vecinos del sector de Cristo Rey en la ciudad de Cali, capturaron y pusieron a disposición de la policía a los sujetos

Amalio Chocó Rodríguez -menor de edad- y a José Luis González, de quienes dijeron intentaban violar a tres jóvenes.

Al ser identificado González por Nohora Herlinda Durango como la persona que días atrás la había accedido carnalmente a la fuerza, la Fiscalía inició en su contra la respectiva acción penal, mientras Chocó Rodríguez fue puesto a disposición de los Juzgados de Menores.

Escuchado en indagatoria José Luis González, fue luego afectado con medida de aseguramiento de detención preventiva por el punible de acceso carnal violento y el cinco de septiembre de 1996 acusado por el mismo injusto, cargo por el cual terminó siendo condenado por el Juzgado 8º Penal del Circuito de Cali en sentencia que el 19 de junio de 1997 confirmó en todas sus partes el Tribunal Superior de ese Distrito Judicial.

La Demanda

Para pedir la casación del fallo de segunda instancia, dice el censor que el Tribunal "*ha calificado la conducta de: José Luis Gonzáles (sic) Solo, por los hechos investigados y juzgados, que nos encontramos frente a un inimputable, que no requiere tratamiento penitenciario, sino una medida de seguridad que le brinde un tratamiento siquiátrico o sicológico, de acuerdo al trastorno mental transitorio que padece y que según la Sala, califica como: PERSONALIDAD ESTA TOCADA DE CIERTA CONFUSION Y ETICA SEXUAL.*"

Con tal argumento considera que el procesado padece un trastorno mental o inmadurez psicológica, fenómenos puestos en evidencia con la conducta desplegada por aquél "*en tan corto tiempo y sobre objetos diferentes*", pues exhibió sus genitales a unas menores y accedió carnalmente a mujer mayor, de donde sigue la aplicación del artículo 31 del Código Penal.

Consideraciones de la Corte

En la demanda de casación el señalamiento de la causal que se aduzca con indicación clara y precisa de sus fundamentos, es carga de imprescindible cumplimiento de parte de los censores, so pena del temprano rechazo del libelo por la imposibilidad que tiene la Corte de conocer a ciencia cierta cuál o cuáles son los errores *in procedendo o in iudicando* que supuestamente afectan la legalidad del fallo atacado, deficiencia que implica la inexistencia del juicio técnico habilitador del estudio de fondo del asunto, constituyéndose el libelo que de tal falla adolece en un escrito ajeno a los fines del extraordinario recurso que como bien se sabe tiene supeditados los temas al límite impuesto por el impugnante en una demanda en forma, sin que el Tribunal de casación pueda llenar los vacíos dejados por éste.

En el caso a estudio, por ningún lado se ve -porque dejó de hacerlo el actor- cuál es la causal que se aduce ni de qué errores se halla afectado el fallo que se impugna, y si en gracia de discusión se pudiera pensar que lo pretendido por el recurrente es denunciar la falta de aplicación del artículo 31 del Código Penal, esto es que se ha incurrido en la violación directa de la ley sustancial, no existe dato alguno que ofrezca apoyo a esa opción de ataque en la medida en que el libelista al desgaire reduce el discurso a afirmar que el Tribunal reconoció el estado de inimputabilidad del procesado, pero sin entregar argumentos tendientes a desarrollar la idea de que en realidad el Juzgador aceptó tal hecho olvidando su reconocimiento en la parte resolutiva de la sentencia.

De sus escuetas afirmaciones sólo se observa que el censor pretende darle alcances interpretativos a la sentencia, adobados de consecuencias tales como que de la lectura de la pieza procesal se deriva que el procesado *"no requiere tratamiento penitenciario, sino una medida de seguridad que le brinde un tratamiento siquiátrico o sicológico"*, más no deja ver en cuál aparte de la sentencia se encuentra el fementido comentario, todo lo cual permite concluir que en la demanda no se promociona ningún ataque casacional debidamente formulado, por lo que a la Corte no le queda alternativa distinta a la de rechazarla por no satisfacer siquiera en mínima parte los requisitos de forma que establece el artículo 225 numeral 3 del Código de Procedimiento Penal, declarando en consecuencia la deserción del recurso interpuesto.

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

RESUELVE:

1. RECHAZAR IN LIMINE la demanda de casación presentada por el defensor del procesado José Luis González.

2. DECLARAR DESIERTO el recurso de casación concedido por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali dentro del presente asunto.

3. DEVOLVER el expediente a su lugar de origen.

Esta decisión no admite recurso alguno, conforme lo disponen los artículos 197 y 226 del C.P.P.

Comuníquese y cúmplase

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

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

DEMANDA DE CASACION / NULIDAD

La circunstancia de que la sentencia de segundo grado sea objetada en casación a través de la causal 3a. del artículo 220 del C. de P.P., como acontece en este caso, no exime al demandante del deber de fundamentar las censuras con claridad y precisión, es decir, de indicar la irregularidad eventualmente generadora de nulidad, señalando las garantías que se consideren vulneradas y demostrando la incidencia de ellas en la legalidad del proceso y la situación jurídica del afectado.

Tal es la exigencia prevista en el numeral 3o. del artículo 225 del mencionado estatuto, precepto éste que establece los supuestos de forma que debe reunir esa clase de demanda y de los cuales depende la prosegubilidad del recurso extraordinario.

Proceso No. 12984

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal

Magistrado Ponente: Dr. *Didimo Páez Velandia*

Aprobado Acta No.016

Santa Fede Bogotá, D.C., febrero nueve (9) de mil novecientos noventa y nueve.

Examina la Corte, en los términos del artículo 226 del C. de P.P., la aptitud formal de la demanda con la que se sustenta el recurso de casación interpuesto contra la sentencia dictada el 24 de octubre de 1996 por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, en la cual se condena a Rubén Darío Mosoco Rivera como autor del concurso de delitos de tentativa de homicidio en la persona de Francisco Franco, hurto calificado y agravado y porte ilegal de arma de fuego de defensa personal.

ANTECEDENTES

1o. En horas de la madrugada del 10 de noviembre de 1994, el sujeto Rubén Darío Moscoso Rivera penetró subrepticiamente a la habitación de

Francisco Franco situada en la casa de Benilda Herrera en la Avenida 6a. norte No. 28B-64 de la ciudad de Cali, y en el momento de apoderarse de uno de los bienes de propiedad de aquél se produjo una refriega entre ambos en la que recíprocamente se lesionaron, recibiendo el ofendido Franco un balazo en la boca proporcionado con arma de fuego por el aquí procesado, quien a su vez recibió heridas con arma corto-contundente, siendo capturado por la Fuerza Pública y sometido a la investigación de rigor.

2o. La resolución de acusación con la que se calificó el mérito sumarial fue adicionada por la Fiscalía Delegada ante el Tribunal el 28 de abril de 1995, (fls. 144 y ss. cd.ppl.) en el sentido de concretar como cargos al procesado los de tentativa de homicidio, hurto calificado y agravado y porte ilegal de arma de fuego de defensa personal.

Por estos mismos hechos punibles fue condenado, pues el Tribunal Superior del Distrito al desatar la apelación interpuesta por la defensa y la representación de la Parte civil contra el fallo de la primera instancia, lo confirmó con parcial modificación respecto de la cuestión civil, mediante la sentencia contra la cual la defensa interpuso el recurso de casación que concedido, sustenta con la demanda de cuyo examen formal se ocupa ahora la Corte.

La Demanda

El único cargo que la conforma sostiene que la sentencia *ad quem* se profirió en juicio viciado de graves irregularidades que así precisa la actora:

a. El procesado confirió poder a la doctora Gloria Torres para que lo representara en el proceso, mediante un escrito que dice obra al folio 214 del cuaderno original en que así lo expresaba, pero el funcionario al que iba dirigido no leyó el contenido del memorial, sino que lo interpretó incurriendo así, según asevera, en "errores e irregularidades como los plasmados en autos y así lo confirma el Tribunal ..." en auto del 14 de febrero de 1996 en el que advirtió que el mandato no sólo era para gestionar la expedición de copias como lo entendió el Juez. Esta situación, sostiene, constituye fuente de irregularidades en detrimento del debido proceso.

b. Al procesado no se le concedió el beneficio de la libertad provisional a que automáticamente tenía derecho al cumplirse los 180 días desde la calificación de la investigación sin que se hubiera celebrado la audiencia, pese a que la petición al efecto fue presentada cuando ya ese término había vencido, argumentando el juzgador que los responsables de que ese acto procesal se hubiera demorado fueron el procesado y mayormente la defensa, cuando el responsable era en la realidad el juez.

Estas anotadas situaciones, en criterio de la señora defensora pública demandante, son irregularidades causantes de nulidad que sólo pueden ser corregidas en sede extraordinaria.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

La circunstancia de que la sentencia de segundo grado sea objetada en casación a través de la causal 3a. del artículo 220 del C. de P.P., como acontece en este caso, no exime al demandante del deber de fundamentar las censuras con claridad y precisión, es decir, de indicar la irregularidad eventualmente generadora de nulidad, señalando las garantías que se consideren vulneradas y demostrando la incidencia de ellas en la legalidad del proceso y la situación jurídica del afectado.

Tal es la exigencia prevista en el numeral 3o. del artículo 225 del mencionado estatuto; precepto éste que establece los supuestos de forma que debe reunir esa clase de demanda y de los cuales depende la prosegubilidad del recurso extraordinario.

El escrito que se examina ofrece un panorama totalmente alejado de la normatividad en comentario, pues la defensa se limita, según lo refleja el resumen de su demanda, apenas a afirmar la ocurrencia de situaciones en su opinión constitutivas de irregularidades en el trámite procesal, absteniéndose por completo de fundamentar sus aserciones y de demostrar la gravedad de aquéllas y sus consecuencias para la legalidad de lo actuado, que es lo propio de toda alegación en el ámbito jurídico, más aún de la demanda de casación concebida, como la que es materia de examen, para cuestionar la validez de un proceso finiquitado con un fallo amparado por la presunción de legalidad y acierto, que no puede desquiciarse con glosas incompletas e insustentas, fácilmente interpretables como meras insinuaciones para que la Corte reemplace al demandante en su labor de sujeto investido del derecho de postulación.

Ninguno de los aspectos que la defensora pública considera irregulares susceptibles de generar nulidad aparece desarrollado en la demanda, que en su laconicidad omite concretar en qué consistió la transgresión al debido proceso por no haber entendido el juez de la causa que el mandato conferido por el acusado a una profesional del derecho no se limitaba a la gestión de unas copias sino que se extendía a su defensa, y, que por igual se abstiene de demostrar de qué manera la no concesión de la libertad provisional al implicado, por el rebasamiento en, según asevera, dos días, del término para la celebración de la audiencia, tiene que comportar la nulidad de la actuación.

Dado que no compete a la Corte completar el pensamiento del demandante, ni interpretar arbitrariamente su escrito soslayando los vicios de forma que lo afectan, impera desestimar la que se ha presentado en este caso y declarar la deserción del recurso.

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

RESUELVE:

RECHAZAR IN LIMINE la demanda de casación presentada en este proceso y por consiguiente, DECLARAR DESIERTO el recurso extraordinario presentado a nombre de Rubén Darío Moscoso Rivera contra la sentencia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali que lo condena por el concurso de delitos de tentativa de homicidio, hurto calificado y agravado y porte ilegal de arma de fuego de defensa personal. Esta providencia carece de recursos (arts. 197 y 226 C. de P.P.).

En firme, DEVUELVASE el expediente a la oficina de origen.

Cópiese y cúmplase.

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

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

LIBERTAD PROVISIONAL/ JUSTICIA PENAL MILITAR

Al respecto, la Sala estima conveniente precisar que al peticionario se le adelantó proceso penal por el delito de homicidio simple, resultando condenado en primera instancia por el Comandante del Departamento de Policía del Tolima, en decisión del 11 de abril de 1995 y, en segunda, por el Tribunal Superior Militar, en sentencia del 4 de julio de 1995, a la pena de 10 años de prisión.

Así las cosas, debe reiterar esta Sala que frente a los procesos adelantados de conformidad con el Código Penal Militar no rige el beneficio impetrado, por cuanto la mencionada Ley solamente modificó al artículo 72 del Código Penal, dejando incólume el artículo 66 del Código Penal Militar.

Es decir, en tratándose de un tal procedimiento, no procede la libertad provisional con fundamento en el cumplimiento de las tres quintas partes de la condena, razón por la cual se debe negar la solicitud.

Sobre este aspecto, en decisión del 16 de enero de 1998, se dijo:

"Por su parte el artículo 1o. de la Ley 415 de 1997 modificó, es cierto, el régimen de la libertad condicional en términos favorables para el condenado, salvo las excepciones que allí mismo se contemplan, pero de manera exclusiva para los casos en los que se aplica el Código Penal y no el Código Penal Militar, pues el artículo 1o. de esa preceptiva es claro al reformar el Código Penal introduciendo en él un nuevo artículo 72A, en el que se plasman las modificaciones invocadas.

Sin embargo, como en el Código Penal Militar su artículo 66 regula la libertad condicional, y sobre él no ha recaído modificación ni adición alguna, es claro que se trata de dos regímenes penales distintos, y que la Ley 415 no extendió su alcance más allá de las situaciones contempladas en el Código Penal, Decreto 100 de 1980".

Proceso No. 11334

Corte Suprema de Justicia. Privado. Sala de Casación Penal

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

Aprobado Acta Nº 16

Santa Fe de Bogotá, D.C., nueve (9) de febrero de mil novecientos noventa y nueve (1999).

VISTOS

Resuelve la Sala la petición de libertad provisional que impetra el procesado Ricardo Villamil Hernández quien se encuentra en el Centro de Reclusión de la Policía Nacional de Facatativá (Cund.).

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

1. Demanda el libelista su libertad provisional con fundamento en el numeral segundo del artículo 415 del C. de P.P., la cual se funda en lo expuesto por el artículo 72 del C.P. (libertad condicional), modificado por el 1º de la Ley 415 del 19 de diciembre de 1997 (alternatividad penal), pues considera que reúne los requisitos para el efecto.

2. Al respecto, la Sala estima conveniente precisar que al peticionario se le adelantó proceso penal por el delito de homicidio simple, resultando condenado en primera instancia por el Comandante del Departamento de Policía del Tolima, en decisión del 11 de abril de 1995 y, en segunda, por el Tribunal Superior Militar, en sentencia del 4 de julio de 1995, a la pena de 10 años de prisión.

3. Así las cosas, debe reiterar esta Sala que frente a los procesos adelantados de conformidad con el Código Penal Militar no rige el beneficio impetrado, por cuanto la mencionada Ley solamente modificó al artículo 72 del Código Penal, dejando incólume el artículo 66 del Código Penal Militar.

Es decir, en tratándose de un tal procedimiento, no procede la libertad provisional con fundamento en el cumplimiento de las tres quintas partes de la condena, razón por la cual se debe negar la solicitud.

Sobre este aspecto, en decisión del 16 de enero de 1998, se dijo:

"Por su parte el artículo 1º de la Ley 415 de 1997 modificó, es cierto, el régimen de la libertad condicional en términos favorables para el condenado, salvo las excepciones que allí mismo se contemplan, pero de manera exclusiva para los casos en los que se aplica el Código Penal y no el Código Penal Militar, pues el artículo 1º de esa preceptiva es claro al reformar el Código Penal introduciendo en él un nuevo artículo 72A, en el que se plasman las modificaciones invocadas.

Sin embargo, como en el Código Penal Militar su artículo 66 regula la libertad condicional, y sobre él no ha recaído modificación ni adición al-

guna, es claro que se trata de dos regímenes penales distintos, y que la ley 415 no extendió su alcance más allá de las situaciones contempladas en el Código Penal, Decreto 100 de 1980.".

Así las cosas, la pretensión liberatoria se desestimará.

No obstante lo anterior, debe decirse que los cómputos de cumplimiento de pena son los siguientes:

Por detención física, teniendo en cuenta la fecha de la captura, lo cual aconteció el 17 de noviembre de 1994, reúne a la fecha 50 meses y 17 días.

Por concepto de descuentos relativos a la Ley 65 de 1993, debe advertirse que solamente se tendrán en cuenta las certificaciones que en original reposan en el expediente y que arrojan un total de 9047 horas de trabajo, equivalentes a 18 meses y 15 días.

Lo anterior arroja un cumplimiento total de 69 meses y 2 días, inferior a las dos terceras partes de la pena, como para pensar en el estudio del presupuesto subjetivo de que trata el artículo 66 *ibídem*, monto que asciende a 80 meses.

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

RESUELVE:

Negar la libertad provisional solicitada por el procesado Ricardo Villamil Hernández, por razón de las anteriores consideraciones.

Notifíquese y cúmplase.

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

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

CESACION DE PROCEDIMIENTO

La decisión de cesar procedimiento o de precluir, que válidamente puede adoptar la Fiscalía, en cualquier momento de la investigación, tienen semejanza a la sentencia porque hacen tránsito a cosa juzgada, así en su forma y en el momento procesal en que se asumen, sean distintos. La razón de ser de esta aparente disonancia está al alcance del hombre de mediana inteligencia; no se justifica agotar las etapas regulares del proceso para ponerlo en trance de sentencia, si desde los inicios se está de cara a una causal que impide la prosecución de la acción penal. Y si dicha determinación se toma en la fase de la investigación, y ella traduce una de las maneras de terminar el proceso en forma anticipada, elemental es deducir que el proceso no puede arribar a la etapa superior del juicio.

Lo que ha sido afirmado por la Sala en punto a la cesación de procedimiento en la etapa de juzgamiento, y que sirve para aclarar la confusión que yace en el entendimiento de la defensa, es lo que se transcribe a continuación:

"Doctrina y Jurisprudencia coinciden en señalar dos clases de causales de cesación de procedimiento: las objetivas, cuya demostración se evidencia con el solo aporte de la prueba, como ocurre con la muerte del procesado, despenalización de la conducta, prescripción de la acción, etc. Cualquiera de estas hipótesis que se presenten en cualquier momento de la investigación o del juicio, por no ameritar esfuerzo interpretativo alguno, imponen el deber de cesar el procedimiento extraordinariamente (art. 36 C.P.P.) en el juicio, o precluir investigación en el sumario; y las subjetivas, que presuponen siempre análisis de la prueba existente, como tipicidad, antijuricidad o culpabilidad, las que solamente generan preclusión de la investigación siempre que no se haya cerrado ésta y nunca cesación de procedimiento en la causa, porque siendo aquél el objeto específico de la calificación (art. 443 id.), no resulta lógico pretermitir ésta que es la vía ordinaria insoslayable una vez clausurada la investigación: menos aún lo es cuando proferida la resolución acusatoria, donde como lo ordena la ley precisamente deben exami-

narse esos elementos constitutivos del delito, se sustituyan por esta vía extraordinaria los recursos o, lo que sería peor aún, que agotados éstos se pudiese cuestionar el análisis probatorio de decisiones ejecutoriadas y constituidas por lo mismo en la ley del proceso, so pretexto de una interpretación meramente literal del precepto. Se afectarían los principios de lealtad e igualdad, rectores del procedimiento con carácter prevalente (art. 22 C.P.P.) e incluso el derecho fundamental del debido proceso, pues el rito ordinario no es una mera forma de actuación, sino un trámite esencial, una garantía de rango constitucional.

"Pero algo más, en este orden de ideas, el artículo 454 del C. de P.P. que es norma posterior dentro de una misma codificación y por tanto prevalente en lógica, dispone diferir para el momento de dictar sentencia, las decisiones que se deban tomar respecto de 'las peticiones hechas por las partes en el curso del juicio', excepto las relacionadas con la libertad o detención del acusado, la práctica de pruebas o las que afecten sustancialmente el trámite (nulidad)." (Auto de abril 28 de 1993, Magistrado ponente: Dr. Didimo Páez Velandia).

Como su propia etimología revela, el proceso penal se desenvuelve en una serie de momentos o períodos, en los cuales se reparte el ejercicio de la actividad del funcionario judicial y de las partes, de tal modo que algunos actos deben corresponder a determinado período, fuera del cual no pueden ser ejercitados, todo ello dirigido a que dicha actividad se desenvuelva sin solución de continuidad y evitar que se distraiga con perjuicio de la resolución de lo que constituye la relación jurídico-procesal. Esto, en atención de los principios de preclusión y de concentración que gobiernan el proceso penal de obligado acatamiento.

Es de fácil entendimiento que si en la etapa precedente a la del juicio se han debatido suficientemente los aspectos relativos a la tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad -que aquí fue examinado in extenso por el Fiscal General de la Nación- resultaría aberrante y contrario al sentido común que los mismos temas sean tocados de nuevo en este momento de la preparación de la audiencia pública, con notorio rompimiento de la continencia del juicio, quedando así la resolución del proceso a voluntad de los sujetos procesales. De ahí para que siguiendo el esquema procesal que con lógica ha señalado el legislador deba entenderse que el trámite normal del juicio sólo puede truncarse por sobreventr, o, para emplear la expresión del precepto, cuando se verifique una causal que, por su naturaleza, lo impida, como sería la muerte del procesado, la prescripción, etc., pues las de carácter valorativo -atipicidad, causales de justificación, de inculpabilidad- sólo pueden ser objeto de especial tratamiento al momento de pronunciarse el fallo.

Proceso No. 15212

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal

Magistrado Ponente: Dr. *Dídimo Páez Velandia*

Aprobado Acta No. 17

Santa Fe de Bogotá D.C., diez (10) de febrero de mil novecientos noventa y nueve (1999).

Dentro del término de traslado establecido por el artículo 446 del C. de P. P., el señor defensor del imputado Segundo Salvador Lasso Gómez, ex Gobernador del Putumayo, solicitó la práctica de algunas pruebas. Asimismo, pidió que la Sala ordene en el juicio la cesación de procedimiento por atipicidad de la conducta.

ANTECEDENTES INMEDIATOS

1. En virtud de denuncia formulada contra Segundo Salvador Lasso Gómez por hechos cometidos durante su desempeño como Gobernador del Putumayo, originados en la obtención de crédito público por la suma de un mil millones de pesos y de la posible irregular disposición del presupuesto departamental, atendiendo las pruebas recaudadas en etapa preliminar, el Fiscal General de la Nación en resolución del 4 de diciembre de 1996 dispuso la apertura de instrucción (fl.235 Cdno. Original 2) y tras la vinculación mediante indagatoria del imputado (Fl.282 Cdno.2) resolvió el 16 de marzo de 1998 su situación jurídica con medida de aseguramiento de detención preventiva, sustituida por detención domiciliaria, por los delitos de peculado por aplicación oficial diferente y prevaricato por acción (fl.341 Cdno.2), decisión que luego mantuvo al interponer contra la misma la defensa recurso de reposición (fl.4 Cdno.3).

2. Posteriormente, se clausuró la investigación (fl.118 C.3.), cuya abrogación pidió la defensa, sin éxito (fl.137 C.3), y finalmente el 1° de octubre de 1998 el Fiscal General de la Nación (E.) calificó el mérito probatorio con resolución de acusación por los delitos en cita, a los cuales se agregó el peculado por apropiación en favor de terceros (fl.201 C.3). Contra esta resolución el señor defensor interpuso recurso de reposición, siéndole denegado por el titular de la Fiscalía General el 12 de noviembre del año señalado (Fl.2 C.4).

3. Ejecutoriada la resolución de acusación, el proceso fue remitido a esta Corporación donde se inició la etapa de juzgamiento dándose traslado a los sujetos procesales para la preparación de la audiencia pública (art.446 C.P.P.), traslado dentro del cual la defensa pidió la recepción de algunos testimonios y el acopio de documentos relacionados con la estructura orgánica de la Gobernación del Putumayo, la Ordenanza 09 de 1992, el Decreto 418 de 1993 reglamentario de funciones, la Ley 38 de

1989, exposición de motivos de la Ordenanza 10 de 1992 y Manual de funciones vigente para la época (fl.17 C. Corte).

En la misma oportunidad, solicita el libelista la cesación de procedimiento por anticipidad de la conducta, para lo cual hace profusas elucubraciones tocantes a que el artículo 36 del C. de P.P. autoriza su aplicación sin distingos en las etapas de la investigación y del juicio, sin que nada autorice a la Corte a restarle eficacia a la preceptiva durante el juzgamiento, y menos a que "...tiene que ser UNA CAUSAL NUEVA, por cuanto afirma la jurisprudencia reiterada, que se estaría violando la cosa juzgada definida en la etapa del sumario (?)..."

Aborda seguidamente el estudio del pliego de cargos para hacer particulares reflexiones que le sirven de sustento a la conclusión de que las acciones que se le endilgan a su patrocinado son atípicas de cualquier punible, causal que aspira a que la Sala reconozca en esta etapa de juzgamiento en orden a que el procesado recobre su libertad.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. Por elemental metodología debe la Sala examinar primeramente la solicitud de improseguibilidad de la acción penal por la causal invocada, puesto que, de prosperar, sobraría cualquier pronunciamiento sobre el recaudo de prueba que, al tiempo, peticiona la defensa.

1.1. Lo que de antemano se advierte es el dislate en que incurre el peticionario al señalar como de la autoría de la Sala -sin hacer cita precisa- la afirmación de que en la etapa del juzgamiento no se posibilita cesar procedimiento porque lo actuado por la Fiscalía en el sumario hace tránsito a cosa juzgada y que por ende sus decisiones son intocables en la etapa subsiguiente.

No hay tal. Lo que se puede decir sobre la materia, en resumen, es que la decisión de cesar procedimiento o de precluir, que válidamente puede adoptar la Fiscalía, en cualquier momento de la investigación, tienen semejanza a la sentencia porque hacen tránsito a cosa juzgada, así en su forma y en el momento procesal en que se asumen, sean distintos. La razón de ser de esta aparente disonancia está al alcance del hombre de mediana inteligencia; no se justifica agotar las etapas regulares del proceso para ponerlo en trance de sentencia, si desde los inicios se está de cara a una causal que impide la prosecución de la acción penal. Y si dicha determinación se toma en la fase de la investigación, y ella traduce una de las maneras de terminar el proceso en forma anticipada, elemental es deducir que el proceso no puede arribar a la etapa superior del juicio.

Lo que ha sido afirmado por la Sala en punto a la cesación de procedimiento en la etapa de juzgamiento, y que sirve para aclarar la confusión que yace en el entendimiento de la defensa, es lo que se transcribe a continuación:

"Doctrina y Jurisprudencia coinciden en señalar dos clases de causales de cesación de procedimiento: las objetivas, cuya demostración se evidencia con el solo aporte de la prueba, como ocurre con la muerte del procesado, despenalización de la conducta, prescripción de la acción, etc. Cualquiera de estas hipótesis que se presenten en cualquier momento de la investigación o del juicio, por no ameritar esfuerzo interpretativo alguno, imponen el deber de cesar el procedimiento extraordinariamente (art.36 C.P.P.) en le juicio, o precluir investigación en el sumario; y las subjetivas, que presuponen siempre análisis de la prueba existente, como tipicidad, antijuricidad o culpabilidad, las que solamente generan preclusión de la investigación siempre que no se haya cerrado ésta y nunca cesación de procedimiento en la causa, porque siendo aquél el objeto específico de la calificación (art.443 id.), no resulta lógico pretermitir ésta que es la vía ordinaria insoslayable una vez clausurada la investigación; menos aún lo es cuando proferida la resolución acusatoria, donde como lo ordena la ley precisamente deben examinarse esos elementos constitutivos del delito, se sustituyan por esta vía extraordinaria los recursos o, lo que sería peor aún, que agotados éstos se pudiese cuestionar el análisis probatorio de decisiones ejecutoriadas y constituídas por lo mismo en la ley del proceso, so pretexto de una interpretación meramente literal del precepto. Se afectarían los principios de lealtad e igualdad, rectores del procedimiento con carácter prevalente (art.22 C.P.P.) e incluso el derecho fundamental del debido proceso, pues el rito ordinario no es una mera forma de actuación, sino un trámite esencial, una garantía de rango constitucional.

"Pero algo más, en este orden de ideas, el artículo 454 del C. de P.P. que es norma posterior dentro de una misma codificación y por tanto prevalente en lógica, dispone diferir para el momento de dictar sentencia, las decisiones que se deban tomar respecto de 'las peticiones hechas por las partes en el curso del juicio', excepto las relacionadas con la libertad o detención del acusado, la practica de pruebas o las que afecten sustancialmente el trámite (nulidad)." (Auto de abril 28 de 1993, M.P. Dr. Dídimo Páez Velandia).

1.2. Como su propia etimología revela, el proceso penal se desenvuelve en una serie de momentos o períodos, en los cuales se reparte el ejercicio de la actividad del funcionario judicial y de las partes, de tal modo que algunos actos deben corresponder a determinado período, fuera del cual no pueden ser ejercitados, todo ello dirigido a que dicha actividad se desenvuelva sin solución de continuidad y evitar que se distraiga con perjuicio de la resolución de lo que constituye la relación jurídico -procesal. Esto, en atención de los principios de preclusión y de concentración que gobiernan el proceso penal de obligado acatamiento.

Justamente, bajo estos parámetros se ha regido esta actuación procesal, dirigida por el propio Fiscal General de la Nación -que, por sí, ofrece más seguridad de acierto-, por virtud a la función especial que le asigna el artículo 251-1 de la Constitución, dado el fuero que cobija al imputado,

en cuya labor abrió proceso y se realizaron las actividades propias de la instrucción, adoptó las resoluciones que en su trámite consideró correspondían, resolvió los recursos que contra ellas se interpusieron para, en firme la acusación pronunciada en su contra, remitir el proceso a la Corte para adelantar la etapa del juicio, conforme a la competencia que a esta Corporación le determina el artículo 235-4 de la Carta.

El momento procesal por el que transita la actuación, que el mismo artículo 446 del C. P.P. denomina de "TRASLADO PARA PREPARACION DE LA AUDIENCIA ", supone concentración de la actividad de los sujetos procesales en ello y los autoriza para "..solicitar las nulidades que se hayan originado en la etapa de instrucción que no se hayan resuelto y las pruebas que sean conducentes..", resultando, fuera de lo ya dicho, extraña toda petición que no tenga por cometido el cumplimiento de la vista pública y de llevar el proceso a su resolución de fondo.

En tal virtud, es de fácil entendimiento que si en la etapa precedente a la del juicio se han debatido suficientemente los aspectos relativos a la tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad -que aquí fue examinado *in extenso* por el Fiscal General de la Nación- resultaría aberrante y contrario al sentido común que los mismos temas sean tocados de nuevo en este momento de la preparación de la audiencia pública, con notorio rompimiento de la continencia del juicio, quedando así la resolución del proceso a voluntad de los sujetos procesales. De ahí para que siguiendo el esquema procesal que con lógica ha señalado el legislador deba entenderse que el trámite normal del juicio solo puede truncarse por sobrevenir, o, para emplear la expresión del precepto, cuando se verifique una causal que, por su naturaleza, lo impida, como sería la muerte del procesado, la prescripción, etc., pues las de carácter valorativo- atipicidad, causales de justicación, de inculpabilidad- sólo pueden ser objeto de especial tratamiento al momento de pronunciarse el fallo.

Tal parece que el equívoco del peticionario reside en que considera que el proceso ha hecho tránsito a una segunda instancia ante la cual puede buscar que se atiendan las pretensiones que fueron despachadas negativamente por la Fiscalía, pues no otra cosa indica el hecho de que repita ante esta Sala bajo el ropaje de "cesación de procedimiento", las mismas argumentaciones que adujo cuando a través del recurso de reposición contra la resolución de acusación aspiró a la preclusión de la investigación, a que dejara escapar en su escrito presentado en esta Corporación que "recurría" dicho enjuiciamiento (ver folio 32 C-Corte), y que rematara con la afirmación de que "...aspiro a que la Corte Suprema de Justicia analice mis dos alegatos, este que es el complemento del anterior en donde hice una transcripción precisa de todos y cada uno de los cargos del primer auto de la RESOLUCION ACUSATORIA y de este memorial en donde lo hago de esta última providencia que negó el recurso de reposición..." (Mayúsculas del texto original).

Se abstendrá la Corte, en consecuencia, de resolver sobre la cesación de procedimiento planteado por atipicidad, por estar reservado su estudio a la sentencia.

2. En cuanto a la solicitud de pruebas que eleva la defensa, se dispone:

2.1. Se accederá a escuchar en testimonio a las personas relacionadas en los numerales 1, 4 y 5 del memorial visto al folio 17 del cuaderno de la Corte, con excepción de Rodrigo Ortega y Marcelino López cuyas declaraciones ya fueron recepcionadas y obran a folios 297 y 40 del cuaderno anexo No.5 y por tanto serán inadmitidas.

2.2. Igualmente se accederá a que se solicite al Gobernador del Putumayo copia de la documentación que relaciona en el capítulo que destina a "DOCUMENTALES", con exclusión de la Ley 38 de 1989, pues siendo ésta de alcance nacional, su conocimiento se presume -*iura novit curia*-.

2.3. Oficiosamente se ordena que se obtenga certificación sobre tiempo de servicio del procesado en su condición de Gobernador del Putumayo por la época de estos hechos y que se pida a la Procuraduría Departamental de esa sección copia de las decisiones de fondo adoptadas en la investigación disciplinaria radicada bajo el No.0526175.

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

RESUELVE:

Primero. ABSTENERSE de emitir pronunciamiento sobre la petición de Cesación de procedimiento elevada por el señor defensor del procesado Segundo Salvador Lasso Gómez, por lo anotado en la parte considerativa.

Segundo. ORDENASE la recepción de los testimonios pedidos por la defensa con excepción de los de Rodrigo Ortega y Marcelino López, cuya práctica SE NIEGA.

Tercero. Pídase copia de la prueba documental a que se refiere la defensa, con exclusión de la Ley 38 de 1989.

Notifíquese y cúmplase.

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

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

PROCEDIMIENTO ABREVIADO/ TERMINACION ANTICIPADA DEL PROCESO/ SENTENCIA ANTICIPADA/ PENA-Reducción

A propósito de obtener una significativa reducción punitiva en relación con la que habría de corresponderle en el fallo de seguirse el trámite ordinario, el procedimiento abreviado, establecido bajo la forma de sentencia anticipada, posibilita al reo ejercer la facultad de disponer de parte del rito y renunciar a la controversia fáctica y jurídica por los hechos punibles que le han sido imputados en la providencia que definió su situación jurídica o calificó el mérito del sumario, según la etapa en que la solicitud sea presentada, para allanarse, expresa y libremente a los cargos que la Fiscalía le formule, aceptando de esta manera su responsabilidad penal por el hecho atribuido.

Por involucrar este procedimiento la voluntad del procesado de admitir sin condicionamiento alguno la imputación delictiva y su responsabilidad penal, la ley no estableció la posibilidad de interponer recursos contra el acta que contiene la acusación, ni un período probatorio posterior que pudiera dar lugar a confirmar o desvirtuar sus soportes, y señaló que el paso siguiente en el rito legal consistiera solamente en el proferimiento de la correspondiente sentencia de mérito por el juez competente, contra la cual puede ser ejercido el derecho de impugnación por el Fiscal, el Ministerio Público, el procesado o su defensor, "aunque por estos dos últimos sólo respecto de la dosificación de la pena, el subrogado de la condena de ejecución condicional, y la extinción de dominio sobre bienes" (C. P. P. art. 37 B, num. 4).

En tratándose de las sentencias proferidas dentro del trámite abreviado, la jurisprudencia ha precisado que los aspectos respecto de los cuales puede ser interpuesto el recurso de apelación, condicionan igualmente la interposición del recurso extraordinario de casación, "el cual no puede ser utilizado para desconocer el hecho cierto de la responsabilidad penal voluntariamente aceptada que el procesado tenía posibilidad de haber rechazado y, sin embargo, no lo hizo" (Auto julio 2/97 M. P. Dr. Arboleda Ripoll).

Al precisar el alcance del artículo 37 B num. 4 del C. de P.P., señaló además, que implícitamente esta norma no "tolera la discusión de

otros temas, porque ello comportaría una retractación inoportuna, sin perjuicio obviamente del control de legalidad que siempre concierne al fiscal y al juez. Para guardar la coherencia en la aplicación del derecho en el curso de todo el proceso, la Corte ha sostenido y reitera que tal restricción en los asuntos de debate también impera en el ejercicio del recurso de casación, pues alimentar la controversia de otras materias en esta sede sería propiciar la frustración de la legítima prohibición de retractación de la aceptación voluntaria de responsabilidad, a través de otro medio legal (la burla de la ley por la misma ley) y el desconocimiento de la naturaleza especial de estas formas prematuras de terminación del proceso" (Auto mayo 6/97, M. P. Dr. Gómez Gallego).

Proceso No. 13250

Corte Suprema de Justicia, Sala Penal

Aprobado acta No. 17

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

Santa Fe de Bogotá, D.C., diez de febrero de mil novecientos noventa y nueve.

Se pronuncia la Corte sobre la admisibilidad de la demanda de casación presentada por el defensor del procesado Jesús Alfredo Pineda Sierra.

ANTECEDENTES

1. Aproximadamente a las once de la mañana del seis de abril de mil novecientos noventa y cuatro, varios hombres armados penetraron al inmueble ubicado en la calle 44 (San Juan) número 79-86, local 102, de la ciudad de Medellín, y secuestraron al señor José Arturo Galindo Pava por cuya liberación exigían cuatrocientos mil dólares americanos.

Puesto el hecho en conocimiento de la autoridad, el día once siguiente adelantó un procedimiento que culminó con la captura de Jesús Alfredo Pineda Sierra (quien para entonces se desempeñaba como Escolta Grado I del C. T. I. de la Fiscalía General de la Nación), en momentos en que realizaba una llamada telefónica concretando la exigencia económica ilícita; el registro del inmueble ubicado en la Carrera 39B No. 40-42 donde fueron aprehendidos Luis Hernando Molina Zuluaga y Fabio Alberto González Cano; y la liberación de Galindo Pava.

Abierta la investigación por la Fiscalía Regional de la Unidad Antiextorsión y Secuestro con sede en Medellín, se dispuso la vinculación mediante indagatoria de los capturados y de Yaneth López Cano, compañera permanente de Pineda Sierra, a quienes afectó con medida de ase

guramiento de detención preventiva por el delito de secuestro extorsivo previsto en el artículo 1o. de la Ley 40 de 1993 (fls. 88 y ss.).

Posteriormente, de oficio, aclaró que la medida de aseguramiento impuesta "es por SECUESTRO EXTORSIVO, en concurso con CONCIERTO PARA SECUESTRAR y PORTE ILEGAL DE ARMAS DE DEFENSA PERSONAL, conductas delictivas descritas en los artículos 1° y 5° de la Ley 40 de 1993, y 1o. del Decreto 3664 de 1986, elevado a legislación permanente por el Decreto Ejecutivo 2266 de 1991 en su artículo 1°". Adicionalmente, en relación con Jesús Alfredo Pineda Sierra, estimó concurrente la circunstancia de agravación prevista por el ordinal 5° del artículo 3° del Estatuto Antisecuestro (fls. 180 y ss.).

A solicitud de los procesados Jesús Alfredo Pineda Sierra y Fabio Albeiro González Cano, fueron llevadas a cabo sendas diligencias de formulación de cargos para sentencia anticipada (fls. 583 y ss.), en tanto que respecto de Yaneth López Cano y Luis Hernando Molina Zuluaga se declaró la clausura parcial de la investigación (fls. 572).

En las diligencias mencionadas, la Fiscalía acusó a Jesús Alfredo Pineda Sierra del concurso de delitos de secuestro extorsivo y concierto para secuestrar, definidos por los artículos 1° y 5° de la Ley 40 de 1993, con la circunstancia de agravación prevista por el artículo 3o. del citado estatuto, y porte ilegal de armas de defensa personal definido por el artículo 1° del Decreto 3664 de 1986, cargos estos que fueron aceptados en su integridad por el procesado (fls. 583 y ss.).

Acusó también a Fabio Albeiro González Cano por el concurso de delitos de secuestro extorsivo, concierto para secuestrar y porte ilegal de armas de defensa personal, cargos que igualmente fueron aceptados en su integridad (fls. 587 y ss.).

A su trámite acudió el defensor de los sindicados y la Representación del Ministerio Público quien dejó expresa constancia de haber sido respetadas las garantías fundamentales de aquellos.

La sentencia anticipada correspondió proferirla a un Juzgado Regional de Medellín, en donde se puso fin a la instancia condenando al procesado Jesús Alfredo Pineda Sierra a las penas principales de veintiséis años de prisión y multa en cuantía de doscientos salarios mínimos legales mensuales, y a Fabio Albeiro González Cano a veinte años de prisión y multa en cuantía de ciento veinte salarios mínimos mensuales, por encontrarlos penalmente responsables de los delitos imputados en las respectivas actas de formulación de cargos (fls. 609 y ss. cno. del Juzgado).

Contra el fallo de primer grado, los procesados Fabio Albeiro González Cano y Jesús Alfredo Pineda Sierra, el defensor de aquél y la Representación del Ministerio Público, interpusieron recurso de apelación. Los motivos de inconformidad fueron los siguientes:

Jesús Alfredo Pineda Sierra, consideró inexistente la prueba por el delito de porte ilegal de armas y solicitó la aplicación de los numerales 6° y 8° del artículo 64 del C. P. por su colaboración luego de la captura y haber evitado la injusta sindicación de terceros; y del artículo 65 *ejusdem* por aceptar voluntariamente los hechos y no haber logrado obtener provecho económico, lo cual "facilita la aplicación de los mínimos de la pena" (fls. 645).

El defensor de Fabio Albeiro González Cano, consideró ausentes los presupuestos legales para proferir fallo de condena por el delito de concierto para secuestrar (fls. 662), como en igual sentido lo adujo la Representación del Ministerio Público (fls. 649 y ss.).

Al conocer de la apelación interpuesta, el Tribunal Nacional absolvió a los procesados del delito de concierto para secuestrar por el cual habían sido acusados, y modificó la sentencia en el sentido de condenar a Jesús Alfredo Pineda Sierra a la pena principal de veintidós años y ocho meses de prisión y multa equivalente a sesenta y seis salarios mínimos legales mensuales, y a Fabio Albeiro González Cano a diecisiete años y cuatro meses de prisión y multa en cuantía de sesenta y seis salarios mínimos legales mensuales, por encontrarlos penalmente responsables del concurso de delitos de secuestro extorsivo y porte ilegal de armas (fls. 3 y ss. cno. Tribunal).

Contra este fallo de segundo grado, los procesados Fabio Albeiro González Cano y Jesús Alfredo Pineda Sierra, así como el defensor de éste, interpusieron recurso extraordinario de casación, el cual fue concedido por el *ad quem*, y dentro del término legal del defensor de Pineda Sierra presentó la correspondiente demanda cuya admisibilidad compete calificar a la Corte, no sucediendo lo mismo en relación con el recurso interpuesto por Gonzalez Cano, el cual fue declarado desierto (fl. 109).

La Demanda

Pasando por resumir los hechos y la actuación llevada a cabo, con apoyo en la causal tercera de casación, un único cargo formula el actor aduciendo que el fallo fue proferido en juicio viciado de nulidad, el cual fundamenta, en síntesis en los siguientes aspectos:

- Denuncia la "comprobada existencia de irregularidades sustanciales que afectan el debido proceso", las cuales dice configuradas desde el acta de formulación de cargos por la Fiscalía y la aceptación de los mismos por el procesado, pues el hecho de haberse deducido en la acusación circunstancias de agravación punitiva y haber sido desconocidas circunstancias de disminución de la pena, constituyen transgresión del debido proceso pues, de haberse considerado, habrían favorecido "notoriamente la suerte de nuestro mandante".

- Si bien, en la providencia que inicialmente definió la situación jurídica de su asistido se consideró la indagatoria como "confesión", dicha circunstancia no solo no fue mencionada en el acta de formulación de cargos, sino que en ella estimó la Fiscalía que la captura se produjo en situación de flagrancia, lo cual determinó la inaplicación del artículo 299 del Código de Procedimiento Penal.

- En su criterio, fue violado el debido proceso por no haber sido juzgado su cliente conforme a las leyes preexistentes al acto que se le imputa, pues se dedujo una inexistente situación de flagrancia y se dejó de aplicar la diminuente punitiva contemplada en la norma procesal que viene de referir.

- El debido proceso también resultó lesionado por haberse deducido en el pliego de cargos la circunstancia de agravación punitiva prevista en el ordinal 5° del artículo 3° de la Ley 40 de 1993, no obstante no haber sido considerada en la providencia mediante la cual inicialmente la Fiscalía Regional definió la situación jurídica de su cliente aunque sí en la providencia que adicionó la medida de aseguramiento.

- El sentenciador "no practicó ni adelantó ningún examen, revisión o análisis en torno a la improcedencia de deducir esta circunstancia específica de agravación punitiva", pues si bien es cierto para la fecha de los hechos el procesado ostentaba el cargo de servidor público, ello no es suficiente para deducir dicha agravante, ya que, si se parte de los principios que estructuran el hecho punible, entre la condición de servidor público y la conducta debe existir una relación, "esto es que lo primero haya tenido 'algo' que ver con lo segundo", o, en otras palabras, que el cargo oficial hubiere sido utilizado por el procesado para materializar el secuestro extorsivo.

- Al haberse imputado en el pliego de cargos la circunstancia de agravación punitiva cuya aplicación cuestiona, se violó el debido proceso, siendo su solución decretar la nulidad de lo actuado a partir de dicha diligencia (fls. 76 y ss.).

SE CONSIDERA

Como quiera que el recurso es dirigido contra una sentencia de segunda instancia proferida dentro del trámite especial previsto por el artículo 37 del Código de Procedimiento Penal, se impone el análisis previo del interés del recurrente para acudir a esta sede extraordinaria, dado que de encontrarse ausente, cualquier consideración en torno a la idoneidad formal de la demanda resultaría inane de cara a los fines para los cuales fue establecido el instituto.

A propósito de obtener una significativa reducción punitiva en relación con la que habría de corresponderle en el fallo de seguirse el trámite

ordinario, el procedimiento abreviado, establecido bajo la forma de sentencia anticipada, posibilita al reo ejercer la facultad de disponer de parte del rito y renunciar a la controversia fáctica y jurídica por los hechos punibles que le han sido imputados en la providencia que definió su situación jurídica o calificó el mérito del sumario, según la etapa en que la solicitud sea presentada, para allanarse, expresa y libremente a los cargos que la Fiscalía le formule, aceptando de esta manera su responsabilidad penal por el hecho atribuido.

Por involucrar este procedimiento la voluntad del procesado de admitir sin condicionamiento alguno la imputación delictiva y su responsabilidad penal, la ley no estableció la posibilidad de interponer recursos contra el acta que contiene la acusación, ni un período probatorio posterior que pudiera dar lugar a confirmar o desvirtuar sus soportes, y señaló que el paso siguiente en el rito legal consistiera solamente en el proferimiento de la correspondiente sentencia de mérito por el juez competente, contra la cual puede ser ejercido el derecho de impugnación por el Fiscal, el Ministerio Público, el procesado o su defensor, "aunque por estos dos últimos sólo respecto de la dosificación de la pena, el subrogado de la condena de ejecución condicional, y la extinción de dominio sobre bienes" (C. P. P. art. 37 B, num. 4).

En tratándose de las sentencias proferidas dentro del trámite abreviado, la jurisprudencia ha precisado que los aspectos respecto de los cuales puede ser interpuesto el recurso de apelación, condicionan igualmente la interposición del recurso extraordinario de casación, "el cual no puede ser utilizado para desconocer el hecho cierto de la responsabilidad penal voluntariamente aceptada que el procesado tenía posibilidad de haber rechazado y, sin embargo, no lo hizo" (Auto Julio 2/97 M. P. Dr. Arboleda Ripoll).

Al precisar el alcance del artículo 37 B num. 4 del C. de P.P., señaló además, que implícitamente esta norma no "tolera la discusión de otros temas, porque ello comportaría una retractación inoportuna, sin perjuicio obviamente del control de legalidad que siempre concierne al fiscal y al juez. Para guardar la coherencia en la aplicación del derecho en el curso de todo el proceso, la Corte ha sostenido y reitera que tal restricción en los asuntos de debate también impera en el ejercicio del recurso de casación, pues alimentar la controversia de otras materias en esta sede sería propiciar la frustración de la legítima prohibición de retractación de la aceptación voluntaria de responsabilidad, a través de otro medio legal (la burla de la ley por la misma ley) y el desconocimiento de la naturaleza especial de estas formas prematuras de terminación del proceso" (Auto mayo 6/97, M. P. Dr. Gómez Gallego).

Si bien en este caso el actor denuncia haber sido proferida la sentencia en un juicio viciado de nulidad por violación de la garantía fundamen-

tal del debido proceso, lo cual en principio le otorgaría legitimidad para interponer el recurso cuya admisión define ahora la Sala, la fundamentación que le sirve de soporte hace evidente que su intención es introducir la retractación de los cargos formulados por la Fiscalía, no obstante que estos fueron voluntariamente aceptados por el procesado en diligencia realizada en presencia del defensor y el representante del Ministerio Público quien dio fe sobre la legalidad de su desarrollo, sin que llegue a insinuar siquiera que la voluntaria aceptación de responsabilidad penal por el hecho imputado fue inducida por error, fuerza o dolo, como entidades capaces de viciar el consentimiento.

Tómese en cuenta que los planteamientos relativos al estado de flagrancia, la supuesta confesión del procesado y la concurrencia de diminuentes o agravantes punitivos, no pueden ser considerados sin desconocer la apreciación probatoria realizada en las providencias que definieron la situación jurídica y el acta de formulación de cargos, toda vez que las consecuencias jurídicas del fallo en relación con estos conceptos solamente podrían ser cuestionadas en el trámite del juicio de casación por la vía de la violación directa o indirecta de la ley sustancial, pues comportan vicios *in iudicando* que no admiten reproche en sede extraordinaria durante el proceso abreviado a menos de haberse violado los topes máximos o mínimos establecidos legalmente para la imposición de la sanción, que no es el caso presente donde la denuncia se funda en presuntos vicios *in procedendo* cuya objetivización brilla por su ausencia.

Cosa distinta sería que la sentencia hubiere sido proferida por fuera del marco fáctico y jurídico que soportó la acusación libremente aceptada, en cuyo evento tendría cabida el recurso extraordinario para demandar ya no la invalidación de los cargos formulados sino la sentencia misma por no guardar consonancia con la acusación, pero ello no es en manera alguna el motivo invocado en la demanda como para suponer que tuviera algún fundamento la censura formulada.

Entonces, como lo observado en últimas es la pretensión del demandante de reabrir el debate ya concluido en torno a las circunstancias que rodearon la aprehensión del procesado, la valoración de la indagatoria y la prueba sobre las diminuentes y agravantes punitivas, contrariando el contexto del procedimiento abreviado dentro del cual fue proferido el fallo y las finalidades de este medio extraordinario de impugnación, todo lo cual constituye ausencia de interés para recurrir en casación, se impone el rechazo de la demanda y tener que declarar desierto el recurso interpuesto.

En razón a que esta decisión causa ejecutoria material con su suscripción, según lo disponen los artículos 197 y 226 del estatuto procesal, se ordenará la devolución inmediata del expediente al Tribunal de origen, previa comunicación a los sujetos procesales.

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

RESUELVE:

RECHAZAR la demanda presentada por el defensor del procesado Jesús Alfredo Pineda Sierra y declarar desierto el recurso de casación interpuesto.

Comuníquese y devuélvase al Tribunal de origen.

Cúmplase.

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

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

ERROR DE HECHO/ ERROR DE DERECHO

La vulneración mediata de la norma sustancial acontece por error de derecho o de hecho. Este puede consistir en falso juicio de existencia (suponer o ignorar una prueba) o en falso juicio de identidad (distorsionar el contenido fáctico de la prueba). Aquél está conformado por falso juicio de legalidad (violación de los preceptos que regulan la aducción de la prueba) o por falso juicio de convicción (no otorgarle a la prueba el valor establecido por la ley). Tanto el error de hecho como el de derecho llevan a la aplicación indebida o a la falta de aplicación de la ley sustancial.

Proceso No. 13650

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal

Magistrado Ponente: Dr. *Nilson E. Pinilla*

Aprobado Acta N° 17

Santafé de Bogotá, D.C., febrero diez (10) de mil novecientos noventa y nueve (1999).

Asunto

Se procede a resolver sobre la admisibilidad de la demanda de casación formulada en representación del procesado Gilberto Delaín Mendoza.

Hechos

La mañana del 18 de enero de 1992, frente al inmueble demarcado con el N° 21-89 de la carrera 19 de Bucaramanga, Gilberto Delaín Mendoza, mediante disparos de arma de fuego, dio muerte a Domingo Carvajal Calderón, alcalde de Cabrera (Santander). A corta distancia lo esperaba Reinaldo Malaver Durán en una motocicleta, a la cual subió aquél y se marcharon.

Antecedentes Procesales

Abierta la investigación, una Fiscalía Regional de Bucaramanga recibió indagatoria a Reinaldo Malaver Durán, Gilberto Delaín Mendoza y Eduardo Patiño. El 3 de junio de 1994 les decretó detención preventiva a

los dos primeros y el 20 de octubre siguiente al tercero. Reinaldo Malaver Durán se acogió a la terminación anticipada del proceso, según acta del 3 de marzo de 1994, en donde aceptó los cargos de homicidio con fines terroristas (fs. 521 y Ss., cd. 2) y la actuación respectiva fue enviada a un Juzgado Regional.

Cerrada la investigación en lo concerniente a los otros procesados y vencido el traslado correspondiente, el 5 de junio de 1995 les fue proferida resolución de acusación como coautores de homicidio con fines terroristas, previsto en el artículo 29 del Decreto 180 de 1988, convertido en norma permanente por el artículo 4° del Decreto 2266 de 1991 y agravado por el ordinal 4º del artículo 324 del C. P., según adición del 8 de junio siguiente. (fs. 587 y ss., ib.).

Un Juzgado Regional de Cúcuta adelantó el juicio y el 20 de agosto de 1996 condenó a los sindicados a 20 años, 4 meses y 24 días de prisión, multa de 84 salarios mínimos legales mensuales y 10 años de interdicción de derechos y funciones públicas, al igual que a la indemnización de los perjuicios ocasionados con el homicidio; así mismo ordenó compulsar copias para que se investigue el posible delito de porte ilegal de arma de fuego de defensa personal (fs. 405 y ss., ib.)

Fallo apelado y el 27 de diciembre de 1996 revocado por el Tribunal Nacional en cuanto a la condena contra Eduardo Patiño, a quien absolvió; además, le redujo la pena de prisión a Gilberto Delaín Mendoza a 17 años, mediante sentencia que es objeto del recurso extraordinario de casación.

La Demanda

Al amparo de la causal primera de casación es formulado el único cargo a la sentencia impugnada, así:

El recurrente considera que se presenta violación de la ley porque fueron transgredidas normas sustanciales en el transcurso de la instrucción y el juzgamiento (arts. 249, 333, 367 del C. de P. P.).

Reprocha que no se tuvo en cuenta el interés del testigo de cargo Reinaldo Malaver Durán para no decir la verdad, de lo cual surge el interrogante de si se deben dar por ciertas sus afirmaciones. Sostiene que "se han desconocido los alcances de la 'investigación integral', es decir, solo se han valorado aquellos aspectos que 'agravan' la conducta de Delaín Mendoza, mas no los que exoneraban o atenuaban su conducta."

El censor expresa que el sindicado Reinaldo Malaver Durán rindió su versión ocho veces; en cambio, su poderdante lo hizo en dos oportunidades. Al no permitírsele su contradicción, se violó el derecho de defensa.

También fue vulnerado el artículo 247 del Código de Procedimiento Penal porque únicamente subsistiría, con beneficio de inventario, el simple indicio brindado, bajo interés personal, por Reinaldo Malaver Durán.

Sólo se creyó el dicho del acusador y no "las afirmaciones de atenuación y exoneración de responsabilidad" efectuadas por el preso Juan de Dios Garzón Bernal.

En conclusión, el Fiscal, el Juez Regional y el Tribunal Nacional desconocieron los artículos 247, 249, 252, 333 y 367 del Código de Procedimiento Penal, lo cual hace que, en su personal criterio, la sentencia sea violatoria de normas sustanciales.

Situación que lleva al impugnante a solicitar la aceptación de la demanda, pues se cumplen los requisitos previstos en el ordinal 1° del artículo 220 *ibídem*. Si no prospera la demanda, subsidiariamente pide la declaratoria de nulidad de la sentencia. De ser despachado favorablemente su pedimento, entonces, el sindicado tiene derecho a la excarcelación (numeral 5 del art. 415 ib.).

CONSIDERACIONES DE LA CORTE:

La demanda de casación no es un escrito de libre elaboración. El recurso extraordinario es un enjuiciamiento técnico que se efectúa a la sentencia atacada de conformidad con una serie de reglas legalmente establecidas para tal efecto.

La vulneración mediata de la norma sustancial acontece por error de derecho o de hecho. Este puede consistir en falso juicio de existencia (suponer o ignorar una prueba) o en falso juicio de identidad (distorsionar el contenido fáctico de la prueba). Aquél está conformado por falso juicio de legalidad (violación de los preceptos que regulan la aducción de la prueba) o por falso juicio de convicción (no otorgarle a la prueba el valor establecido por la ley). Tanto el error de hecho como el de derecho llevan a la aplicación indebida o a la falta de aplicación de la ley sustancial.

En la demanda aparece que el censor está inconforme con la valoración que los juzgadores dieron a las pruebas y, aunque expresamente no lo dice, se infiere que pretende formular un reproche por la vía indirecta.

Trata de desarrollar su planteamiento y comienza por decir que no fue tenido en cuenta el interés que poseía Reinaldo Malaver Durán para faltar a la verdad, por lo que se valoraron los aspectos que agravan la conducta de su representado, pero no aquellos que la atenuaban o exoneraban. El recurrente no endilga al juez la tergiversación del contenido del testimonio, ni que dejó de apreciar alguna parte del relato, sino haber omitido la atención de un aspecto que lo tornaba sospechoso. Pero no demuestra la presencia del interés que pregona ni su incidencia en la atestación, hasta el punto de convertirla en falaz o inverosímil.

Además, se aparta de su esbozo al concluir que aquello constituye una vulneración de la norma procesal que consagra la investigación integral.

Al indicar el censor que no se permitió al sindicado contradecir la versión de Reinaldo Malaver Durán, señalar como infringidos una serie de artículos del Código de Procedimiento Penal y solicitar subsidiariamente la nulidad dentro del mismo cargo, se aprecia que no sigue el postulado de la no contradicción e incumple la obligación de formularlos de manera separada, de conformidad con el ordinal 4° del artículo 225 *ibídem*. Pero, la falencia va más allá, porque alega la causal primera que trató de desarrollar con argumentos propios de la causal tercera de casación, con lo cual genera un híbrido ajeno a la técnica que gobierna el recurso extraordinario, sin que de otra parte exista mérito ni oportunidad para una declaración oficiosa.

Tanto el error de derecho como el de hecho llevan a que el juez incurra en un yerro de selección de la norma aplicable al caso concreto; sin embargo, el recurrente habla genéricamente de la violación de un precepto sustancial y enumera algunos artículos del ordenamiento procesal penal, sin mencionar si el juzgador erró al aplicar indebidamente la norma o al no aplicarla. O sea, el cargo fue formulado de manera incompleta.

Como la Corte no puede entrar a llenar los vacíos ni suplir las deficiencias de la demanda, se impone su rechazo de conformidad con lo dispuesto por los artículos 225 y 226 del Código de Procedimiento Penal, inadmisión que conduce a declarar desierta la impugnación, mediante providencia de la Sala que adquiere ejecutoria en la misma fecha en que es suscrita (art. 197 ibídem), por lo cual 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 en nombre del procesado Gilberto Delaín Mendoza y, en consecuencia, declarar desierto el recurso interpuesto.

Contra esta providencia no cabe recurso alguno.

Devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

Cópiese, comuníquese y cúmplase.

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

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

MINISTERIO PUBLICO

De acuerdo con el Código de Procedimiento Penal, Título III, Capítulo II, el Ministerio Público es un sujeto procesal que puede intervenir en todas las etapas de la actuación, y para el cumplimiento de sus funciones está facultado para solicitar copias del expediente, a su costa.

En esas condiciones no es función que corresponda a la Corte remitirle copias que no ha solicitado, ni tampoco exigirle que se pronuncie sobre memoriales de los demás sujetos procesales, pues salvo en el recurso de casación en que es obligatorio que conceptúe sobre la demanda, en los demás trámites su intervención es de su exclusiva responsabilidad, y sabrá cómo ejercerla.

Los servidores públicos están obligados a poner inmediatamente en conocimiento de la autoridad competente los delitos de que tengan noticia, independientemente de que ellos hayan ocurrido dentro o fuera de algún proceso, de modo que no resulta atinado ni respetuoso calificar el cumplimiento del deber cómo forma de intimidación, procedimiento en el que por lo demás la Corte jamás incurre.

La preocupación por defender una causa encomendada no puede llevar al abogado al campo de la actuación descomedida, ni a buscar deslealmente que se vea en el cumplimiento del deber del Juez algo oscuro e irregular, para tratar de combatir con ese método lo que resulta difícil en el campo jurídico.

Proceso No. 13702

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal

Magistrado Ponente: Dr. *Ricardo Calvete Rangel*

Aprobado Acta No. 18

Santa Fe de Bogotá D.C., febrero once de mil novecientos noventa y nueve.

VISTOS

Se resuelve el recurso de reposición interpuesto por el defensor del procesado José Antonio Gómez Hermida, contra la resolución de acusa-

ción proferida por los delitos de peculado por apropiación y falsedad en documento privado.

ARGUMENTOS DEL IMPUGNANTE:

1. El Banco ganadero contraviniendo el contrato de encargo fiduciario, debitó los diez millones de pesos que trasladó a la cuenta corriente del sindicado en el Banco Cafetero Sucursal Carrera 13 de la Capital.

No hay prueba de que la carta de autorización del Senador exista, y en cambio el hecho de que ese documento no aparezca deja ver la ausencia de autorización.

2. Como el Banco Ganadero no entrego el cheque de diecinueve millones cincuenta mil pesos ($19.050.000) a Tarquino Beltrán ni a la FUNDACION INTEGRACION DEL HUILA, no es posible afirmar que la cuenta de ahorros 650-12167-6 haya sufrido un desmedro patrimonial, pues al haberse pagado en efectivo por ventanilla sin el cuidado que era obligación de la entidad, el objeto del delito es el dinero del Banco y no el del encargo fiduciario.

La ausencia de los formularios de solicitud del cheque de gerencia hace imposible que se haya debitado de la cuenta de ahorros el valor respectivo, todo lo cual permite concluir que dicha suma de dinero no ha salido del patrimonio del encargo fiduciario, ni se puede tener como válida la contabilización que hubiese hecho el Banco Ganadero de los retiros.

El fideicomitente no puede hacer lo que quiera con el dinero objeto del contrato de encargo fiduciario, y si, como lo quiere hacer ver la Corte, le bastara dar órdenes de disposición al Banco para manejar el dinero a su antojo, se estaría equiparando el encargo fiduciario a una cuenta corriente, lo que acabaría por vía de jurisprudencia con aquella figura. No puede olvidarse que el fiduciario asume la administración, custodia y defensa de los dineros de actuaciones contra ellos, que inclusive pueden provenir del fideicomitente o de terceros.

La pérdida debe ser asumida por el Banco, pues si no ha pagado al beneficiario el dinero del encargo se encuentra en la entidad. Si la Corte sigue considerando esta argumentación jurídica contraria a su parecer, por lo que no habrá necesidad de tildarla de sofística, deberá dar por falso o equivocado lo dicho por los testigos, en especial los empleados del propio Banco, quienes informan que ante un mal pago quien sufre el desmedro patrimonial es la entidad pagadora.

3. La prueba conducente para demostrar una operación comercial es el documento original que la soporta, siendo obligación de la entidad bancaria conservarlo durante un tiempo determinado. Si tal prueba no existe, es claro que tal hecho no podrá probarse por mecanismo idóneo y que no ofrezca duda material sobre la forma en que fue allegada al instructivo.

Al no existir prueba conducente en este caso, el documento microfilmado ofrece duda, máxime si durante varias inspecciones judiciales no se encontró ni se aportó, para luego aparecer la entidad remitiendo ese folio.

4. No es aceptable que se dé por probado que el implicado haya estado en las instalaciones del Banco dando trámite al cheque en cuestión, simplemente porque la señora María Esmilda Cárdenas de Calderón asume que José Antonio Hermida es José Antonio Gómez Hermida. La conjetura, suposición o deducción del declarante no puede constituir prueba testimonial de que una persona estuvo en un lugar determinado.

5. El compulsar copias por falso testimonio y por falsedad a quienes han declarado bajo juramento es contrario al debido proceso y en especial a la defensa material. Como no se ha concluido la controversia probatoria lo dicho por los testigos puede resultar verdadero o falso, salvo que de anticipado se haya decidido la condena sin importar lo que suceda en el juicio que equivale al verdadero proceso penal.

En segundo lugar, la defensa material se intimida bajo la amenaza de que cualquier dicho en contra de lo que plasmó la Corte en la resolución de acusación o en favor del sindicado, será objeto de investigación penal.

6. Sin la prueba de grafología es imposible decidir por inferencias que el doctor Gómez Hermida fue el autor de la firma en el endoso del cheque.

Las peticiones son:

- Remitir copia del memorial sustentatorio del recurso y de la providencia al agente del Ministerio Público para que se pronuncie al respecto.

- Revocar la resolución de acusación y en su lugar decretar la preclusión de la investigación.

- Suspender la compulsación de copias ordenadas en la providencia recurrida.

Consideraciones de la Sala

1. De acuerdo con el Código de Procedimiento Penal, Título III, Capítulo II, el Ministerio Público es un sujeto procesal que puede intervenir en todas las etapas de la actuación, y para el cumplimiento de sus funciones está facultado para solicitar copias del expediente, a su costa.

En esas condiciones no es función que corresponda a la Corte remitirle copias que no ha solicitado, ni tampoco exigirle que se pronuncie sobre memoriales de los demás sujetos procesales, pues salvo en el recurso de casación en que es obligatorio que conceptúe sobre la demanda, en los demás trámites su intervención es de su exclusiva responsabilidad, y sabrá como ejercerla.

Para el caso concreto del trámite de éste recurso de reposición, la Secretaria de la Sala informa que se corrió el traslado previsto en el artículo 200 del estatuto procesal, y que los demás sujetos guardaron silencio, lo cual quiere decir que el Ministerio Público tuvo oportunidad de conocer el escrito y se abstuvo de pronunciarse.

2. Entrando a los puntos planteados en la sustentación del recurso de reposición, procede hacer las siguientes observaciones:

a) El defensor insiste en que el Banco Ganadero dispuso el traslado de diez millones de pesos de la cuenta de los auxilios a la cuenta corriente del sindicado en el Banco Cafetero, sin autorización del Senador Gómez Hermida, y que no hay prueba de que hubiere dado dicha autorización porque la carta que se menciona en la nota débito no ha sido encontrada.

Como es obvio, el hecho de que la carta ordenando el traslado del dinero se haya refundido o perdido no es fundamento para decir que no hay prueba, pues no se trata de un hecho con prueba única, y como se dejó precisado en la resolución de acusación, en la nota débito del 21 de febrero de 1991 aparece que el traslado se hace según autorización con carta de la fecha, y como es la regla de experiencia y lo que establece la legislación bancaria al respecto, de lo cual dan fe los funcionarios del Banco que declararon, mientras no exista autorización del titular de la cuenta no se puede debitar nada, y la única persona que de acuerdo con el Contrato de Administración Fiduciaria podía hacerlo era el acriminado.

Adicionalmente el Gerente del Banco Ganadero Sucursal de Neiva expidió un informe que obra en el expediente a raíz de la queja que el despacho formuló ante la Superintendencia Bancaria, el cual de acuerdo con la ley se entiende rendido bajo la gravedad del juramento, en el que ratifica que el traslado se hizo según la autorización enunciada en la nota débito.

Pero hay más. Los diez millones de pesos pertenecientes a la cuenta de los auxilios fueron trasladados a la cuenta corriente del Senador en el Banco Cafetero, e inmediatamente autorizó que se debitaran de esa cuenta siete millones doscientos cincuenta mil pesos ($7.250.000), para pagar unos créditos de los cuales se benefició, como quiera que el dinero fue a parar a su poder, hecho debidamente probado y suficientemente explicado en la resolución de acusación, y al cual el defensor no se refiere en la impugnación.

Resulta sorprendente, por decir lo menos, que se pretenda que la Corte admita que también el Banco Cafetero dispuso a sus espaldas del dinero consignado en su cuenta sin su permiso por el Banco Ganadero, y mucho más si se tiene presente que en la nota débito aparece que la operación se hace "SEGÚN AUTORIZACION DEL CLIENTE", y al respaldo está su firma. La operación la ratifican los funcionarios del Banco Cafete-

ro que suscriben el informe que se les pidió en una de las inspecciones judiciales.

Y otro aspecto que tampoco menciona el defensor. El sindicado Gómez Hermida dio a la investigación fiscal adelantada por la Contraloría General de la Nación una excusa a sabiendas de que no correspondía a la verdad, y la sustentó con una comunicación del Subgerente del Banco Cafetero Sucursal Carrera Trece, Joselito González, que no era cierta como puede verse en los documentos allegados, y lo cual le significó el despido de su empleo por justa causa.

Como ese hecho fue establecido por esta investigación, le tocó cambiar de coartada entrando en una manifiesta contradicción, pues ya no es que el Banco corrigió el error, sino que él autorizó que se debitaran de su cuenta siete millones doscientos cincuenta mil pesos ($7.250.000) para trasladarlos a la cuenta de la Fundación Integración del Huila, a donde no tenía por qué ir, pues la resolución 001 dice que es para entregarlo a una lista de personas como auxilios educativos, y el banco contrariando su orden resolvió abonarlo a un crédito a su nombre, y tres más a nombre de otras personas, de cuyo monto, como ya se dijo, él Senador fue el verdadero beneficiario.

Y para mirar la acción en su conjunto, un hecho más. Ya habiéndose apropiado de los diez millones de pesos, tan pronto llegó el resto de los auxilios a la cuenta de ahorros del Contrato de Fiducia en el Banco Ganadero, expidió la Resolución 002 mediante la cual obtuvo la entrega de diecinueve millones cincuenta mil pesos ($19.050.000), que tuvieron una aplicación exactamente igual a la de los diez millones: pagar deudas que tenía contraídas con el Banco ganadero, unas a su nombre, y otras a nombre de otras personas, pero de cuyo dinero se benefició.

Así las cosas, la afirmación del defensor de que no hay prueba de que su cliente hubiera autorizado el traslado de los diez millones a su cuenta corriente está ampliamente desvirtuada, y todo lo contrario a lo que él sostiene, existe abundante prueba documental e indiciaria que lo compromete.

b) En cuanto a la tesis de que el dinero con el cual se pagó el cheque de los diecinueve millones cincuenta mil pesos no era el de los auxilios por no haber sido cancelado a Tarquino Beltrán o a la FUNDACION INTEGRACION DEL HUILA, la Corte la califica de sofística no porque sea contraria a su parecer, sino porque es el nombre que dentro de la lógica formal se da a la argumentación con la que se quiere defender algo que no es así pese a su apariencia.

El defensor parte de unos presupuestos que son erróneos, y que desconocen lo que revela el proceso, a saber:

No es que la Corte quiera hacer ver que el Fideicomitente tenía la facultad de ordenar al Fiduciario las entregas de dinero, es que así está consignado en el contrato, y para comprobarlo basta leerlo. Es más, es de

la esencia de ese tipo de negocio jurídico, que el Fiduciario se comprometa a emplear unos bienes en la forma como se lo indique el Fideicomitente, de ahí que su labor de administración se limita a ejecutar las instrucciones que reciba. Y justamente eso es lo que revelan los hechos acreditados, que el Banco efectuó las entregas de dinero que el sindicado Gómez Hermida le fue ordenando.

Desde luego que alguien al interior del banco le colaboró para que tratara de ocultar la apropiación indebida. Respecto de los primeros diez millones de pesos le admitió que en la Resolución 001 anotara que lo entregado por becas era diez millones setecientos mil pesos ($10.700.000), cuando en realidad no entregaron sino setecientos mil pesos ($700.000), porque los diez millones ya habían sido trasladados a la cuenta corriente del Senador en el Banco Cafetero.

Posteriormente recibió nueva colaboración para apropiarse de los diecinueve millones cincuenta mil pesos ($19.050.000), pues no solamente le entregaron el cheque, sino que permitieron que lo hiciera efectivo. Pero esas maniobras de funcionarios del Banco no desnaturalizan el objeto material de la apropiación, que no es otro que el dinero de los auxilios, ni excluye la responsabilidad del acriminado.

Asunto diferente es que la complicidad de los funcionarios del Banco pueda generarle a la entidad responsabilidad civil, pero aún en el evento de que llegara a pagar los perjuicios ocasionados, ello no significa que el dinero del cual se apropió el Senador no sea el de los auxilios consignados en la cuenta de ahorros del Contrato de Encargo Fiduciario.

c) Sobre la prueba documental el defensor nuevamente incurre en el error de desconocer que en materia penal hay libertad probatoria, de modo que no es de recibo su pretensión de que se aplique dentro del proceso una reglamentación prevista para probar operaciones mercantiles entre comerciantes.

En otras palabras, el Código de Comercio exige a los comerciantes que guarden los documentos originales durante un determinado tiempo, para efectos de que les sirva de prueba de sus operaciones mercantiles, pero ello no quiere decir que las fotocopias de esos documentos no puedan servir de prueba de la comisión de un delito. Ahora, tratándose de movimientos bancarios, esas entidades están autorizadas para microfilmar los documentos, y las copias que expiden de lo que reposa en sus archivos la ley las presume auténticas.

De otra parte, el hecho de algunos documentos no fueron encontrados en las primeras inspecciones judiciales fue precisamente lo que llevó a que esas diligencias se repitieran hasta lograrlo, de manera que no se entiende cuál es la duda que ese hecho le genera al defensor, pues no hay ninguna norma que diga que solo tiene validez lo que se encuentre en la

primera inspección. Precisamente porque se consideró que los Bancos no estaban prestando la colaboración debida, es que se pidió la intervención de la Superintendencia y de la Auditoría, pero ello en nada demerita la capacidad probatoria de los documentos que luego se encontraron.

d) El defensor estima que la declarante María Esmilda Cárdenas incurre en conjeturas, suposiciones o deducciones, y por eso no considera aceptable ese testimonio para afirmar la presencia de su poderdante en el Banco.

Al respecto cabe advertir que se trata de la empleada del Banco que elaboró el tiquete de efectivo, sobre lo cual hay un reconocimiento expreso de su parte. Además, relata que la práctica era hacerlo a nombre de la persona que solicitaba la liquidación, y también le consta que el doctor Gómez Hermida iba con frecuencia a hacer sus transacciones bancarias. No hay entonces ninguna conjetura, sino el relato de hechos concretos.

Ahora, si en el tiquete hubiera escrito "Pedro Pérez", y pretendiera que se le aceptara que lo que quería escribir era José Antonio Gómez Hermida, la situación resultaba ciertamente muy forzada. Pero lo que anotó en el tiquete fue "José Antonio Hermida ", y lo que llama el memorialista suposición es la explicación de que posiblemente el error de omitir el primer apellido se debió al afán con que se elaboran esos recibos por la cantidad de trabajo, lo cual es entendible y perfectamente razonable, así ella no lo hubiera dicho.

También se debe tener en cuenta que la única persona que ella conocía que tuviera cuenta en el Banco y que se llamara José Antonio Gómez Hermida es el procesado, luego eso despeja cualquier duda de que el error pudiera tener otra causa, y con mayor razón, estando probado que ese tiquete de efectivo se solicitó para pagar créditos a nombre del Senador y de otras personas que le colaboraron haciendo el préstamo.

Si con el tiquete en el que aparece "José Antonio Hermida" se hubieran pagado deudas de "Pedro Pérez", persona completamente ajena al implicado, la posibilidad de que fuera un simple error en la anotación del nombre era remota, pero ocurre que con el tiquete que dice "José Antonio Hermida" se pagaron créditos de "José Antonio Gómez Hermida", y de los amigos que pidieron préstamos para él, entonces ¿a quién se refiere el tiquete en el que dice "José Antonio Hermida"?. La respuesta es obvia, y no se trata de ninguna suposición ni conjetura, es una inferencia lógica elemental.

Según se dejó dicho en la resolución de acusación, las pruebas en contra del acriminado lo comprometen en los ilícitos así el no hubiera realizado la conducta directamente, pero también hay elementos de juicio suficientes para imputarle la autoría material.

e) En ningún momento ha dicho la Sala que el dictamen grafológico no sea importante cuando se trata de delitos de falsedad en documentos,

pero lo que no puede aceptar es que se pretenda que es la única prueba, pues eso implicaría ordenar que se cierren los ojos ante otras múltiples evidencias que pueden existir, como en efecto existen en éste caso, y están relacionadas en la providencia atacada.

f) Los servidores públicos están obligados a poner inmediatamente en conocimiento de la autoridad competente los delitos de que tengan noticia, independientemente de que ellos hayan ocurrido dentro o fuera de algún proceso, de modo que no resulta alimado ni respetuoso calificar el cumplimiento del deber como forma de intimidación, procedimiento en el que por lo demás la Corte jamás incurre.

La preocupación por defender una causa encomendada no puede llevar al abogado al campo de la actuación descomedida, ni a buscar deslealmente que se vea en el cumplimiento del deber del Juez algo oscuro e irregular, para tratar de combatir con ese método lo que resulta difícil en el campo jurídico.

La Corte no ha compulsado copias porque el procesado o cualquier sujeto procesal haya dicho en este asunto algo distinto a lo que es su criterio, y el defensor lo sabe. Es porque estima que el acusado ha mentido estando bajo la gravedad del juramento, atribuyéndole responsabilidad respecto de los hechos a otra persona, por cierto fallecida. La garantía de la defensa material no llega hasta ese extremo, y las razones son obvias.

Los hechos acreditados indican que los testigos mintieron, por eso se ordenó compulsar copias, y es deber del conductor del proceso impedir que so pretexto de un mal entendido derecho a la defensa se admita que personas dispuestas a dar versiones falsas bajo juramento obstaculicen la acción de la justicia.

Lo dicho es suficiente para concluir que el recurso de reposición no prospera, y que en consecuencia se mantiene la resolución de acusación proferida en contra del Senador José Antonio Gómez Hernida.

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

RESUELVE:

No reponer la providencia impugnada.

Cópiese, notifíquese y cúmplase,

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

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

FISCALIA GENERAL DE LA NACION-Representación judicial/
INDEMNIZACION DE PERJUICIOS

Es cierto que el inciso 3° del artículo 249 de la Constitución Política le concede "autonomía administrativa y presupuestal" a la Fiscalía General de la Nación, pero antes el texto se cuida de señalar que dicha entidad "forma parte de la rama judicial". Esta última previsión tiene su sentido porque, no obstante la separación funcional nítida entre fiscales y jueces, la Carta mantuvo la unidad de la rama judicial, razón por la cual tanto de la Fiscalía como de los juzgados, tribunales y altas corporaciones se predica su pertenencia a esa rama del poder público (Título VIII).

Frente a este marcado espíritu constitucional de unidad, resulta insuficiente la interpretación exegética que el recurrente propone en relación con el numeral 8° del artículo 99 de la Ley 270 de 1996, en el sentido de que la representación judicial adjudicada a la Dirección Ejecutiva de Administración Judicial es una mera función administrativa, que, como tal, sólo concierne a las entidades gobernadas por el Consejo Superior de la Judicatura y no a la Fiscalía que en esa materia ostenta autonomía.

Para preservar la integridad y el carácter sistemático del ordenamiento jurídico, como se lo propone la ratio legis del artículo 4° de la Constitución, conviene acudir a una visión de conjunto y también teleológica tanto de la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia como de la norma en cuestión, hermenéutica que se traduce en lo siguiente:

Respecto de la administración de la rama judicial, la ley estatutaria prevé las funciones de la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, que no siempre se refieren exclusivamente a los órganos tradicionales de administración de justicia (juzgados y corporaciones), sino que en más de una ocasión involucran también el funcionamiento de la Fiscalía General de la Nación.

Así, de acuerdo con el numeral 1° del artículo 85, el proyecto de presupuesto de la rama judicial lo elabora y lo presenta al Gobierno la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, aun-

que antecedentemente debe incorporar el que proponga la Fiscalía General de la Nación.

De otra parte, el numeral 28 del mismo precepto señala que dicha Sala llevará el control del rendimiento y gestión institucional de la Corte Constitucional, de la Corte Suprema de Justicia, del Consejo de Estado e igualmente de la Fiscalía General de la Nación.

De igual manera, conforme con el artículo 87, la Sala Administrativa elabora el plan seccional de desarrollo para la rama judicial, que deberá ser presentado al Gobierno, pero siempre consultará las necesidades y propuestas que tengan las entidades antes mencionadas (incluida la Fiscalía).

Por último, el artículo 88 reitera que la Fiscalía presenta su proyecto de presupuesto a la Sala Administrativa para su incorporación al proyecto de presupuesto general de la rama, y será dicho órgano el que lo haga valer ante el Gobierno Nacional para su inclusión en el presupuesto general de la nación.

Es decir, como los procesos judiciales pueden afectar positiva o negativamente el presupuesto de la rama judicial, se ha preferido razonablemente unificar la realización del respectivo proyecto en la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, así se respeten las proposiciones que sobre la materia haga la Fiscalía General de la Nación, gracias a la autonomía que constitucionalmente se le reconoce.

Esa unificación del presupuesto de la rama judicial, con matices respetuosos del funcionamiento autónomo de la Fiscalía General de la Nación, exigía coherentemente centralizar la representación de la Nación-Rama Judicial en los procesos judiciales que pudieran afectarlo. Esa es la razón para que se haya situado dicha función en la Dirección Ejecutiva de la Administración Judicial, "órgano técnico y administrativo que tiene a su cargo la ejecución de las actividades administrativas de la rama judicial, con sujeción a las políticas y decisiones de la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura" (art. 98).

El hecho de que por obra de un proceso judicial resulte un ingreso o un gasto que pueda incidir en el presupuesto de la rama judicial, concretamente el de la Fiscalía, no desdibuja la intervención representativa del Director Ejecutivo de la Administración Judicial, pues es asaz claro que en materia presupuestaria siempre debe establecerse una coordinación entre la Sala Administrativa del Consejo y el Fiscal General, aunque la vocería obligatoriamente corresponda a la primera.

Nótese, además, que las funciones del Director Ejecutivo se discriminan por legislador estatutario en consonancia con el ámbito de las mismas, pues, en relación con la gestión de los procesos judiciales, se dice que dicho funcionario representa a la Nación-Rama Judicial por sus obvias consecuencias en el presupuesto que la Sala Administrativa (no el fiscal) debe ventilar ante el Gobierno Nacional (numeral 8); y, con perspectiva diferente, en lo que atañe a los actos o contratos que deban otorgarse o celebrarse para bien del funcionamiento de la rama judicial tradicional, sólo actúa en nombre de la Nación-Consejo Superior de la Judicatura (numeral 3), porque en la Fiscalía tal actividad, por ser eminentemente administrativa, corresponde al Fiscal General (Decreto 2699/91, art. 22, num. 16).

Es que si se atiende cabalmente el contenido del título cuarto de la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia, dicha función de representación en los procesos judiciales no es estrictamente administrativa sino de gestión, en el sentido más concreto de que la acción se realiza para la tramitación de un asunto, y no meramente en función del cuidado que concierne sobre el mismo.

De modo que, acorde con el encabezamiento del artículo 22 del Decreto 2699, el Fiscal sí tiene la representación general de la entidad ante las autoridades del poder público, pero la gestión específica para los procesos judiciales se ha reservado al Director Ejecutivo de Administración Judicial, por mandato expreso de la respectiva ley estatutaria.

Ahora bien, esta tesis permanece invariable aún frente a la nueva redacción del artículo 149 del Código Contencioso Administrativo, modificado por el artículo 49 de la Ley 446 de 1998, pues, además de que sería imposible hacer la variación de una ley estatutaria por medio de una de carácter ordinario, el precepto se refiere concretamente a la representación de las personas de derecho público en los procesos contencioso administrativos: amén de que, cuando la misma norma menciona al fiscal general y otros funcionarios cabezas de entidades públicas como sus representantes, lo hace para el caso de los actos que ellos expidan o los hechos que produzcan en el ejercicio de ese natural liderazgo. De otra parte, el inciso 3° de la referida disposición reitera la regla de la representación de la Nación-Rama Judicial en cabeza del Director Ejecutivo de Administración Judicial.

Así las cosas, el Fiscal General carece de la legitimación procesal para actuar como parte civil en este proceso, pues la misma se radica en el Director Ejecutivo de Administración Judicial, representante de la Rama Judicial en los procesos judiciales, representación que, al igual que el órgano representado, funciona por desconcentración (Const. Pol., art. 228 y Ley 270/96, arts. 99-8 y 103-7).

En este sentido, la Sala reitera la opción por el dictado del artículo 99 de la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia, tesis que ya había sido expuesta en el auto del 29 de mayo de 1996, de acuerdo con ponencia realizada por el magistrado Dídimo Páez Velandia.

En relación con la segunda cuestión propuesta por el apelante, es decir, la existencia de perjuicios extrapatrimoniales, es cierto que las personas jurídicas pueden padecerlos, verbigracia, cuando se afecta su buen nombre y reputación, mas tales consecuencias sólo son estimables como detrimento resarcible cuando amenazan concretamente su existencia o merman significativamente su capacidad de acción en el concierto de su desenvolvimiento o las ponen en franca inferioridad frente a otras de su género y especie, si es que se mueven en el ámbito de una competencia comercial o de la prestación de servicios apreciables por la demanda de usuarios.

*Ni pensar en la modalidad del perjuicio moral subjetivo (*pretium doloris*), porque por su naturaleza las personas jurídicas no pueden experimentar el dolor físico o moral, salvo que la acción dañina se refleje en alguno de los socios o miembros o en la persona del representante legal, caso en el cual la propuesta de reparación deberá hacerse individualmente por quien haya sufrido el daño.*

En relación con las personas jurídicas de derecho público que nacen y se desenvuelven por mandato y privilegio constitucional o legal, sin necesidad de un reconocimiento gubernativo de personería jurídica (caso de la Fiscalía General de la Nación), el desprestigio que sus servidores le ocasionan con algunas conductas desviadas hace parte de la naturaleza, gravedad y modalidades propias de cada delito (daño público), pero en manera alguna se proyecta en un menoscabo particular que ponga en peligro su existencia o la disminuya apreciablemente en su operatividad, porque, aun con la presencia de funcionarios corruptos, la actividad estatal no puede detenerse ni arredrarse.

Como ese deterioro de la imagen de la institución pública, que se produce por la acción delictiva del servidor público, no puede deslindarse de la esencia misma del hecho punible, ni es extraño a los fines preventivo generales y especiales que está llamada a cumplir la eventual pena, tampoco será posible individualizar un perjuicio que justifique el ejercicio simultáneo de una acción con fines compensatorios como es la civil.

En efecto, de acuerdo con el sistema penal colombiano, la sola pena está determinada para recomponer el ordenamiento jurídico violado, y es esa la manera principal como el Estado autoconstata su imperio y le confirma a los ciudadanos la vigencia de las institucio-

nes y el derecho, además de ser un modo singular de recuperar la imagen comprometida no solo por el comportamiento del servidor que comete un delito especial o común, sino también por la conducta de cualquier particular que por la misma vía se burla de la ley.

Gracias a la regulación del artículo 104 del Código Penal, en relación con los artículos 43, 48 y 56 del Código de Procedimiento Penal, que reseñan y hacen énfasis en la naturaleza privada de la acción resarcitoria (así la llegare a ejercer un ente de derecho público), el perjuicio susceptible de reclamación por la vía unitaria del proceso penal no sólo debe ser real sino que debe connotarse como algo distinto a los fines que atiende la acción penal (art. 24 C. P. P.). Es decir, aquellas pretensiones que apuntan a una reposición de la imagen deteriorada de la institución agraviada, como se pregona en el caso, quedan satisfechas con el desarrollo del objeto principal del proceso penal, como consecuencia de la ordenación o reordenación de la convivencia o de los fines colectivos y/o estatales que se buscan con la pena, sin que sea procedente acudir a una excesiva y extraña compensación monetaria o simbólica que no puede justificarse en otra realidad dañina que pueda permanecer después de la sanción principal. Cosa distinta es que ese efecto nocivo consustancial al delito se extienda a otras personas o aún en el mismo titular del bien jurídico, después de presupuestada la pena, como ocurre patéticamente, por ejemplo, con el ciudadano que es víctima de una exacción por la vía de un injusto de concusión (atentado contra la administración pública).

Es suficiente la argumentación dispuesta para declarar que ha sido rechazada razonablemente la demanda de constitución de parte civil por el a quo, *tanto en virtud de la falta de personería para actuar en el proceso (legitimatio ad processum), como por carencia de legitimación en la causa (ausencia de presentación verosímil del perjuicio). He ahí el fundamento de la confirmación que se entregará a la providencia impugnada.*

Proceso No. 14523

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal

Magistrado Ponente: Dr. *Jorge Aníbal Gómez Gallego*

Aprobado Acta N° 18

Santafé de Bogotá, D. C., once de febrero de mil novecientos noventa y nueve.

VISTOS

En relación con el doctor Iván Castaño Yepes, Fiscal Delegado ante el Juzgado Promiscuo del Circuito de Manzanares (Caldas), el Tribunal Su-

perior de Manizales adelanta el juzgamiento, después de que la Unidad de Fiscalía ante la misma corporación lo acusara por un concurso de delitos de *cohecho propio y prevaricato*. Aunque la Sala ya hizo un pronunciamiento de segunda instancia el 30 de junio del pasado año, relacionado con la impugnación del rechazo de una prueba solicitada por la defensa en la fase del juicio, la verdad es que en esa oportunidad no se advirtió la apelación pendiente en relación con el auto fechado el 18 de marzo, por medio del cual el tribunal rechazó la constitución de parte civil intentada por un apoderado judicial constituido por el Fiscal General de la Nación.

A este último cometido se aplicará la Corte en esta ocasión.

ANTECEDENTES:

Antes de proveer sobre el tema propuesto, conviene recordar la siguiente síntesis fáctica:

Los hechos desviados, según los contiene la resolución de acusación dictada por el Fiscal Quinto de la Unidad Delegada ante el Tribunal Superior de Manizales, atañen a que el fiscal Iván Castaño Yepes y el auxiliar Jorge Esaú López Gómez, adscritos a la Unidad de Fiscalía ante Juzgado de Circuito del municipio de Manzanares, recibieron dinero para conceder arbitrariamente la libertad a los individuos José Neftalí López Sánchez (alias "tenedor") y César Tulio Gómez Hoyos, apodado "huevo", quienes junto con el sujeto Alberto Gómez Montoya, conocido con el cognomento de "gorrete", estaban vinculados a la investigación por el delito de homicidio (tentativa) perpetrado en contra de la vida del ciudadano Luis Francisco Castañeda Gallego. Las excarcelaciones anómalas se produjeron por medio de resoluciones fechadas el 16 de septiembre y el 11 de octubre de 1996, respectivamente.

El mismo funcionario judicial fue acusado por otro delito de prevaricato, en razón de su proceder también supuestamente torcido dentro de una investigación relacionada con el ciudadano Bertulio Giraldo Castrillón, a quien se imputaba el hecho punible de homicidio que recayó en la persona del señor Aquilino Marín de los Ríos. En efecto, se ha puesto en entredicho la legalidad de la resolución del 6 de marzo de 1996, en razón de la cual el funcionario inicialmente se abstuvo de dictarle medida de aseguramiento al sindicado, aunque después repuso la determinación a instancias del Ministerio Público; pero también se tacha de abiertamente ilegal la providencia de preclusión que el 13 de junio siguiente dictó en favor del vinculado.

El Fiscal General de la Nación, por medio de escrito presentado el 29 de septiembre de 1997, otorgó poder al abogado Jorge Enrique Sanjuán Gálvez, con el fin de se constituyera en parte civil dentro de este proceso. Arguye el poderdante que actúa conforme con lo estipulado en el artículo 22 del Decreto 2699 de 1991 (cuaderno parte civil 2, fs. 12).

El apoderado presentó la respectiva demanda, pero el Tribunal la rechazó porque la Fiscalía carece de legitimación para actuar en tal sentido dentro del proceso (fs. 17 y 33).

ARGUMENTOS DEL TRIBUNAL

El *a quo* encara el estudio de la legitimación para actuar y evoca una providencia de esta Sala, fechada el 29 de mayo de 1996, según la cual el artículo 99 de la Ley 270 de 1996 (Estatutaria de la Administración de Justicia) ya no deja dudas de que, "en los procesos judiciales", el Director Ejecutivo de la Administración Judicial es el representante legal de la Nación-Rama Judicial.

Esta solución traída por la ley estatutaria, además, evita desequilibrios tales como que la Fiscalía aparezca representada en un mismo proceso por dos delegados suyos, pues el fiscal acusador se convierte en sujeto procesal para la fase del juicio, y a él se sumaría el apoderado de la parte civil que se origina en la misma institución.

De igual manera, con apoyo en la misma decisión invocada, el Tribunal sostiene que, de conformidad con el artículo 36 de la Ley 190 de 1995, parece imperativa la constitución de parte civil por la persona de derecho público afectada, pero son dos las condiciones que emanan del precepto para su aplicación. La primera, que se trate de procesos por delitos contra la administración pública y, la segunda, que la entidad sea en realidad perjudicada con la infracción.

Esta segunda exigencia, se dice en la motivación, guarda armonía con los artículos 104 del Código Penal y 43 del Código de Procedimiento Penal, preceptos que mencionan como titulares de la acción civil exclusivamente a las personas naturales o jurídicas "perjudicadas por el hecho punible".

Aunque el Tribunal sugiere que la falta de concreción de un perjuicio en la entidad demandante sería una razón adicional para rechazar la demanda, finalmente concluye que, de acuerdo con el numeral 8° del artículo 99 de la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia, sólo la Dirección Nacional de Administración Judicial está legitimada para constituirse en parte civil y no la Fiscalía General de la Nación.

ARGUMENTOS DEL APELANTE

El abogado impugnante se propone hacer valer dos perspectivas: la primera, que la representación judicial de la Fiscalía la tiene el Fiscal General de la Nación; y la segunda, que las personas jurídicas de derecho público también pueden sufrir daños morales y que de esa naturaleza son los que se le irrogaron a la Fiscalía en este caso.

En cuanto al primer tema, el apelante sostiene que la representación asignada al Director Ejecutivo de Administración Judicial es una función

eminentemente administrativa, como se infiere de la inserción del artículo 99 en el capítulo correspondiente a la "Administración de la Rama Judicial" dentro del texto de la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia.

De esta manera, el citado artículo 99 debe entenderse a la luz del artículo 249 de la Constitución Política, precepto según el cual la Fiscalía General de la Nación forma parte de la rama judicial, pero tiene "autonomía administrativa y presupuestal". Así entonces, lo referente a la administración de la Fiscalía se desarrolla de manera independiente de las actividades propias del Consejo Superior de la Judicatura, lo cual significa que aquella función administrativa prevista en el numeral 8° del artículo 99 no comprende el funcionamiento de la primera institución.

En sentir del profesional, cobra entonces vigor el artículo 22 del Decreto 2699 de 1991, a cuyo tenor el Fiscal General de la Nación tendrá la representación de la entidad frente a las autoridades del Poder Público, y no queda duda que la rama judicial hace parte de él.

En relación con el segundo tema, el impugnante dice que las personas jurídicas de derecho público pueden sufrir daños morales o extrapatrimoniales, dado que existe una serie de bienes no valorables en dinero pero que están garantizados por la Constitución y las leyes civiles y penales. Tal es el caso de la honra, la buena imagen y el buen nombre, valores que son distintos de los daños morales subjetivos y que tampoco pueden confundirse con los daños materiales surgidos de una lesión a un bien extrapatrimonial.

Agrega el recurrente que el delito cometido por un servidor público, en ejercicio de sus funciones, además de los bienes jurídicos tutelados, lesiona los valores de la credibilidad y la confianza pública. Por lo tanto, la comisión de un delito contra la administración pública ataca de manera "inmediata" la existencia misma del Estado, y de modo "inmediatísimo" afecta la credibilidad de los ciudadanos en sus instituciones, generándose así un daño directo para la entidad agraviada.

Arguye también que en la respectiva demanda sí se demostró la existencia de los perjuicios extrapatrimoniales, porque la señora *Mercedes Blandón*, compañera permanente del finado *Aquilino Marín de los Ríos*, se negó a declarar ante la fiscalía y justificó su rebeldía en el sentido de que el fiscal acusado había recibido dinero para liberar al homicida de su compañero *Bertulio Giraldo*, hecho que pone en evidencia la afectación de la credibilidad como perjuicio sufrido por la Fiscalía. De esta manera, dice, quedaron probados los daños morales y, en razón de su naturaleza, la valoración se hizo conforme con el artículo 106 del Código Penal.

Tal es la fundamentación exhibida por el impugnante para solicitar la revocatoria de la providencia apelada y, como obvia consecuencia, que se admita la parte civil dentro del proceso.

EXAMEN DE LA CORTE:

Es cierto que el inciso 3° del artículo 249 de la Constitución Política le concede "autonomía administrativa y presupuestal" a la Fiscalía General de la Nación, pero antes el texto se cuida de señalar que dicha entidad "forma parte de la rama judicial". Esta última previsión tiene su sentido porque, no obstante la separación funcional nítida entre fiscales y jueces, la Carta mantuvo la unidad de la rama judicial, razón por la cual tanto de la Fiscalía como de los juzgados, tribunales y altas corporaciones se predica su pertenencia a esa rama del poder público (Título VIII).

Frente a este marcado espíritu constitucional de unidad, resulta insuficiente la interpretación exegética que el recurrente propone en relación con el numeral 8° del artículo 99 de la Ley 270 de 1996, en el sentido de que la representación judicial adjudicada a la Dirección Ejecutiva de Administración Judicial es una mera función administrativa, que, como tal, sólo concierne a las entidades gobernadas por el Consejo Superior de la Judicatura y no a la Fiscalía que en esa materia ostenta autonomía.

Para preservar la integridad y el carácter sistemático del ordenamiento jurídico, como se lo propone la *ratio legis* del artículo 4° de la Constitución, conviene acudir a una visión de conjunto y también teleológica tanto de la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia como de la norma en cuestión, hermenéutica que se traduce en lo siguiente:

Respecto de la administración de la rama judicial, la ley estatutaria prevé las funciones de la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, que no siempre se refieren exclusivamente a los órganos tradicionales de administración de justicia (juzgados y corporaciones), sino que en más de una ocasión involucran también el funcionamiento de la Fiscalía General de la Nación.

Así, de acuerdo con el numeral 1° del artículo 85, el proyecto de presupuesto de la rama judicial lo elabora y lo presenta al Gobierno la Sala Administrativa del Consejo Superior de la judicatura, aunque antecedentemente debe incorporar el que proponga la Fiscalía General de la Nación.

De otra parte, el numeral 28 del mismo precepto señala que dicha Sala llevará el control del rendimiento y gestión institucional de la Corte Constitucional, de la Corte Suprema de Justicia, del Consejo de Estado e igualmente de la Fiscalía General de la Nación.

De igual manera, conforme con el artículo 87, la Sala Administrativa elabora el plan sectorial de desarrollo para la rama judicial, que deberá ser presentado al Gobierno, pero siempre consultará las necesidades y propuestas que tengan las entidades antes mencionadas (incluida la Fiscalía).

Por último, el artículo 88 reitera que la Fiscalía presenta su proyecto de presupuesto a la Sala Administrativa para su incorporación al proyec-

to de presupuesto general de la rama, y será dicho órgano el que lo haga valer ante el Gobierno Nacional para su inclusión en el presupuesto general de la nación.

Es decir, como los procesos judiciales pueden afectar positiva o negativamente el presupuesto de la rama judicial, se ha preferido razonablemente unificar la realización del respectivo proyecto en la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, así se respeten las proposiciones que sobre la materia haga la Fiscalía General de la Nación, gracias a la autonomía que constitucionalmente se le reconoce.

Esa unificación del presupuesto de la rama judicial, con matices respetuosos del funcionamiento autónomo de la Fiscalía General de la Nación, exigía coherentemente centralizar la representación de la Nación-Rama Judicial en los procesos judiciales que pudieran afectarlo. Esa es la razón para que se haya situado dicha función en la Dirección Ejecutiva de la Administración Judicial, "órgano técnico y administrativo que tiene a su cargo la ejecución de las actividades administrativas de la rama judicial, con sujeción a las políticas y decisiones de la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura" (art. 98).

El hecho de que por obra de un proceso judicial resulte un ingreso o un gasto que pueda incidir en el presupuesto de la rama judicial, concretamente el de la Fiscalía, no desdibuja la intervención representativa del Director Ejecutivo de la Administración Judicial, pues es asaz claro que en materia presupuestaria siempre debe establecerse una coordinación entre la Sala Administrativa del Consejo y el Fiscal General, aunque la vocería obligatoriamente corresponda a la primera.

Nótese, además, que las funciones del Director Ejecutivo se discriminan por legislador estatutario en consonancia con el ámbito de las mismas, pues, en relación con la gestión de los procesos judiciales, se dice que dicho funcionario representa a la Nación-Rama Judicial, por sus obvias consecuencias en el presupuesto que la Sala Administrativa (no el fiscal) debe ventilar ante el Gobierno Nacional (numeral 8); y, con perspectiva diferente, en lo que atañe a los actos o contratos que deban otorgarse o celebrarse para bien del funcionamiento de la rama judicial tradicional, sólo actúa en nombre de la Nación-Consejo Superior de la Judicatura (numeral 3), porque en la Fiscalía tal actividad, por ser eminentemente administrativa, corresponde al Fiscal General (Decreto 2699/91, art. 22, num. 16).

Es que si se atiende cabalmente el contenido del título cuarto de la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia, dicha función de representación en los procesos judiciales no es estrictamente administrativa sino de gestión, en el sentido más concreto de que la acción se realiza para la tramitación de un asunto, y no meramente en función del cuidado que concierne sobre el mismo.

De modo que, acorde con el encabezamiento del artículo 22 del Decreto 2699, el Fiscal sí tiene la representación general de la entidad ante las autoridades del poder público, pero la gestión específica para los procesos judiciales se ha reservado al Director Ejecutivo de Administración Judicial, por mandato expreso de la respectiva ley estatutaria.

Ahora bien, esta tesis permanece invariable aún frente a la nueva redacción del artículo 149 del Código Contencioso Administrativo, modificado por el artículo 49 de la Ley 446 de 1998, pues, además de que sería imposible hacer la variación de una ley estatutaria por medio de una de carácter ordinario, el precepto se refiere concretamente a la representación de las personas de derecho público en los procesos contencioso administrativos; amén de que, cuando la misma norma menciona al fiscal general y otros funcionarios cabezas de entidades públicas como sus representantes, lo hace para el caso de los actos que ellos expidan o los hechos que produzcan en el ejercicio de ese natural liderazgo. De otra parte, el inciso 3° de la referida disposición reitera la regla de la representación de la Nación-Rama Judicial en cabeza del Director Ejecutivo de Administración Judicial.

Así las cosas, el Fiscal General carece de la legitimación procesal para actuar como parte civil en este proceso, pues la misma se radica en el Director Ejecutivo de Administración Judicial, representante de la Rama Judicial en los procesos judiciales, representación que, al igual que el órgano representado, funciona por desconcentración (Const. Pol., art. 228 y Ley 270/96, arts. 99-8 y 103-7).

En este sentido, la Sala reitera la opción por el dictado del artículo 99 de la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia, tesis que ya había sido expuesta en el auto del 29 de mayo de 1996, de acuerdo con ponencia realizada por el magistrado *Dídimo Páez Velandia*.

En relación con la segunda cuestión propuesta por el apelante, es decir, la existencia de perjuicios extrapatrimoniales, es cierto que las personas jurídicas pueden padecerlos, verbigracia, cuando se afecta su buen nombre y reputación, mas tales consecuencias sólo son estimables como detrimento resarcible cuando amenazan concretamente su existencia o merman significativamente su capacidad de acción en el concierto de su desenvolvimiento o las ponen en franca inferioridad frente a otras de su género y especie, si es que se mueven en el ámbito de una competencia comercial o de la prestación de servicios apreciables por la demanda de usuarios.

Ni pensar en la modalidad del perjuicio moral subjetivo (*pretium doloris*), porque por su naturaleza las personas jurídicas no pueden experimentar el dolor físico o moral, salvo que la acción dañina se refleje en alguno de los socios o miembros o en la persona del representante legal,

caso en el cual la propuesta de reparación deberá hacerse individualmente por quien haya sufrido el daño.

En relación con las personas jurídicas de derecho público que nacen y se desenvuelven por mandato y privilegio constitucional o legal, sin necesidad de un reconocimiento gubernativo de personería jurídica (caso de la Fiscalía General de la Nación), el desprestigio que sus servidores le ocasionan con algunas conductas desviadas hace parte de la naturaleza, gravedad y modalidades propios de cada delito (daño público), pero en manera alguna se proyecta en un menoscabo particular que ponga en peligro su existencia o la disminuya apreciablemente en su operatividad, porque, aun con la presencia de funcionarios corruptos, la actividad estatal no puede detenerse ni arredrarse.

Como ese deterioro de la imagen de la institución pública, que se produce por la acción delictiva del servidor público, no puede deslindarse de la esencia misma del hecho punible, ni es extraño a los fines preventivo generales y especiales que está llamada a cumplir la eventual pena, tampoco será posible individualizar un perjuicio que justifique el ejercicio simultáneo de una acción con fines compensatorios como es la civil.

En efecto, de acuerdo con el sistema penal colombiano, la sola pena está determinada para recomponer el ordenamiento jurídico violado, y es esa la manera principal como el Estado autoconstata su imperio y le confirma a los ciudadanos la vigencia de las instituciones y el derecho, además de ser un modo singular de recuperar la imagen comprometida no solo por el comportamiento del servidor que comete un delito especial o común, sino también por la conducta de cualquier particular que por la misma vía se burla de la ley.

Gracias a la regulación del artículo 104 del Código Penal, en relación con los artículos 43, 48 y 56 del Código de Procedimiento Penal, que reseñan y hacen énfasis en la naturaleza privada de la acción resarcitoria (así la llegare a ejercer un ente de derecho público), el perjuicio susceptible de reclamación por la vía unitaria del proceso penal no sólo debe ser real sino que debe connotarse como algo distinto a los fines que atiende la acción penal (art. 24 C. P. P.). Es decir, aquellas pretensiones que apuntan a una reposición de la imagen deteriorada de la institución agraviada, como se pregona en el caso, quedan satisfechas con el desarrollo del objeto principal del proceso penal, como consecuencia de la ordenación o reordenación de la convivencia o de los fines colectivos y/o estatales que se buscan con la pena, sin que sea procedente acudir a una excesiva y extraña compensación monetaria o simbólica que no puede justificarse en otra realidad dañina que pueda permanecer después de la sanción principal. Cosa distinta es que ese efecto nocivo consustancial al delito se extienda a otras personas o aún en el mismo titular del bien jurídico, después de presupuestada la pena, como ocurre patéticamente, por ejem-

plo, con el ciudadano que es víctima de una exacción por la vía de un injusto de concusión (atentado contra la administración pública).

Es suficiente la argumentación dispuesta para declarar que ha sido rechazada razonablemente la demanda de constitución de parte civil por el *a quo*, tanto en virtud de la falta de personería para actuar en el proceso (*legitimatio ad processum*), como por carencia de legitimación en la causa (ausencia de presentación verosímil del perjuicio). He ahí el fundamento de la confirmación que se entregará a la providencia impugnada.

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

RESUELVE:

CONFIRMAR el auto fechado el 18 de marzo de 1998, con las aclaraciones dispuestas en la motivación, por medio del cual el Tribunal Superior de Manizales rechazó la constitución de parte civil propuesta por el apoderado especial constituido por el Fiscal General de la Nación, por carecer la entidad demandante de legitimación para actuar y también en la causa.

Cópiese, cúmplase y devuélvase.

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

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

ACLARACION DE VOTO

De la pertenencia de la Fiscalía General de la Nación a la Rama Judicial, así como de la unidad de ésta, no tiene por qué seguirse un estado de dependencia de aquella a los órganos de Gobierno o Administración de la Rama. Al contrario, para el suscrito es suficiente que la propia Carta haya concebido a la Fiscalía como entidad autónoma en lo administrativo y presupuestal para justificar que tenga capacidad de adquirir derechos y contraer obligaciones en nombre de la Nación- Rama Judicial, y para representarla compareciendo al proceso, sin tener que acudir a ninguna otra entidad u órgano.

La Rama Judicial del Poder Público está constituida, según lo señala el artículo 11 de la Ley Estatutaria, por los Organos que integran las distintas jurisdicciones, por la Fiscalía General de la Nación y por el Consejo Superior de la Judicatura. Dicha distinción, no es más que el desarrollo del querer del Constituyente, en tanto consagra la autonomía administrativa y presupuestal de la Fiscalía (C.P. art. 249) y le otorga un tratamiento singular y especial cuyo contenido consiste en que "pueda definir los asuntos sobre los que versan estas materias de manera independiente, sin depender para ello del órgano al que constitucionalmente se le ha otorgado de manera general esa atribución dentro de la rama, esto es, el Consejo Superior de la Judicatura", y en cuanto difiere a la Ley determinar la estructura y el funcionamiento de la Fiscalía General (Sentencia C-037 C. Constitucional y art. 30 de la ley estatutaria).

De ahí que cuando el artículo 99 de la Ley 270 de 1996 dispone que la Representación de la Nación - Rama Judicial en los procesos judiciales, es atribución del Director Ejecutivo de Administración Judicial (cabeza del organismo técnico y administrativo que tiene a su cargo la ejecución de las actividades administrativas de la Rama Judicial, con sujeción a las políticas y decisiones de la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura - art. 98 (b) no debería entenderse abarcada allí la Fiscalía General sino únicamente el sector de Justicia que está bajo la dirección del Consejo Superior. Me parece un contrasentido que existiendo independencia intraorgánica en materia administrativa, presupuestal y de gestión, entre la Fiscalía y el resto de la Rama Judicial, quede aquella supeditada al Consejo a través de la Dirección Ejecutiva, en materia tan

trascendental como el de la comparecencia en juicio representando a la Nación.

Y es que el Estatuto Orgánico de la Fiscalía (o sea la ley, para utilizar las palabras del citado art. 30 de la norma Estatutaria) señala de manera inequívoca (Art. 22 Dto2669 de 1991) que el Fiscal General de la Nación tendrá la representación de la entidad frente a las autoridades del Poder Público, así como frente a los particulares. En desarrollo de ese postulado dispone entre otras cuestiones lo siguiente:

1. Que sea vocero y responsable por las actuaciones de la Fiscalía, ante los demás estamentos del Estado y de la sociedad;

2. Que suscriba, como representante legal de la Fiscalía, los actos y contratos requeridos para el desarrollo de la misma;

3. Que desarrolle en lo no previsto la estructura orgánica del ente de acuerdo con los lineamientos de su estatuto orgánico,

4. Que pueda delegar en servidores públicos de la Fiscalía aquellas funciones administrativas que considere necesario, supervigilar dicha delegación y reasumir tales funciones si fuere el caso;

5. Que debe aprobar los anteproyectos de Plan de Desarrollo y de Presupuesto para que sean consolidados con los de la Rama Judicial;

6. Que pueda efectuar traslados presupuestales dentro de sus propias unidades ejecutoras

Y el artículo 27 otorga a la Oficina Jurídica (que depende del Despacho del Fiscal General) representar a la Fiscalía mediante poder conferido por éste en los procesos en que sea demandada, y ello constituiría por lo menos una paradoja en tanto se pudiese desprender de allí que la Fiscalía tiene capacidad de representación de la Nación por pasiva, pero no por activa.

De modo que la norma de la ley Estatutaria que la Sala invoca, no es de contenido claro a mi modo de ver, incluso a pesar de que en el mismo sentido existan antecedentes jurisprudenciales como el de mayo 29 de 1998 (Sección Tercera, Sala de lo Contencioso del Consejo de Estado), o el de mayo 29 de 1996, de esta misma Sala que entonces suscribí.

El punto llamaba a reflexión, a ello se procedió, pero infortunadamente para una mayor coherencia institucional en el tratamiento del tema, este planteamiento no pudo convencer.

En lo demás comparto la decisión y sus fundamentos.

Carlos E. Mejía Escobar

DEMANDA DE CASACION

Reiterativamente ha dicho esta Sala que la demanda de casación es un juicio en derecho a que se somete la sentencia con la cual culmina en sus dos instancias el proceso penal, y que por ende, orientada como está a desconocer total o parcialmente ese pronunciamiento, amparado por la doble presunción de acierto y de legalidad, debe reunir las exigencias técnicas previstas en la ley procesal para hacer viable en sede extraordinaria el cuestionamiento. De no ser así, esa demanda habrá de rechazarse y el recurso declararse desierto, como en efecto así habrá de suceder en este evento, en que se han pasado por alto las previsiones formales relacionadas con la fundamentación de la censura. En efecto:

El numeral 1o. del artículo 220 del C. de P.P. establece como causal de casación, en su segundo aparte, que si la aducida violación de la ley sustancial deviene "de error en la apreciación de determinada prueba, es necesario que así lo alegue el recurrente".

Existe error en la apreciación de la prueba en materia casacional en dos eventos: por la omisión, por la invención o también por la distorsión lógica o temática de la prueba, motivos que se han catalogado como errores de hecho; existe también el error de derecho, consistente en la apreciación de pruebas con otorgamiento de un mayor o un menor valor al concedido por la ley, -evento de muy excepcional ocurrencia-, o en la consideración de aquellas irregularmente obtenidas, o practicadas, o incorporadas al proceso, todo lo cual pone de bulto que se trata de situaciones objetivas de desfase ante el material probatorio, traducidas en un equivocado criterio generador de una decisión así mismo equivocada, con la característica de ser susceptible de enmienda en sede casacional, en cuanto su corrección no interfiera la obligación del juez de las instancias de examinar la prueba a la luz de la crítica racional.

Proceso No. 13166

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal

Magistrado Ponente: Dr. *Dídimo Páez Velandia*

Aprobado Acta No. 018

Santafé de Bogotá, D.C., febrero once (11) de mil novecientos noventa y nueve (1999).

Decide la Corte, en los términos del artículo 226 del C. de P.P., sobre la viabilidad de la demanda con la cual se sustenta el recurso de casación interpuesto contra la sentencia dictada el 19 de diciembre de 1996 por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Neiva donde se condena a Léyder Bahamón Quintero como autor del delito de homicidio en la persona de Wilson Alexánder Narváez.

ANTECEDENTES

1. A tempranas horas de la noche del 14 de abril de 1996 Léyder Bahamón Quintero lesionó gravemente, con arma cortopunzante, a Wilson Alexánder Narváez, cuando se hallaban en el barrio 'Los Alpes' de la ciudad de Neiva, causándole la muerte, que sobrevino momentos después en el hospital General de la misma ciudad.

2. El sindicado fue vinculado mediante indagatoria al proceso penal iniciado para investigar lo sucedido, y llamado a juicio según resolución de acusación del 6 de agosto de 1996 por el delito de homicidio simple.(fls. 107 y ss. cd. ppl.).

Bajo el mismo cargo, fue condenado tanto en primera como en segunda instancias, pues el Tribunal Superior del Distrito confirmó la decisión del Juzgado (fls. 139 y ss. cd.ppl. y cd. Tr.), en la sentencia contra la cual la parte acusada interpuso el recurso extraordinario de casación, que oportunamente sustenta con la demanda de cuyo examen formal se ocupa ahora la Corte.

LA DEMANDA

Basado en la causal 1a. de casación del artículo 220 del C. de P.P., sostiene el censor que la sentencia del Tribunal es violatoria de la ley sustancial por "error en la apreciación de la prueba".

Hace radicar su inconformidad en que el fallador:

"le dió todo Sic) la credibilidad a los testimonios de los menores Sánchez Pascuas, cuñados del occiso, y se desestimaron los testimonios de José Rodrigo Neuta y Benjamín Sánchez, sobre la ocurrencia de los hechos y en donde se ve claramente la existencia del ataque súbito de Wilson Narváez a Léyder Bahamón, ataque sorpresivo, injusto, peligroso y con arma cortopunzante, que obligó al procesado a defenderse, como lo dicen los testigos".

Añade que los menores mencionados son testigos sospechosos; que se desconoció la peligrosidad del occiso y que se desconocieron "las constancias obrantes al proceso en donde certifica por organismos oficiales que el occiso sí estuvo sindicado de los delitos de homicidio y hurto", situación verídica no obstante que el despacho judicial encargado de certificarlo no lo hiciera.

Avanzando en su exposición asevera:

"Está plenamente demostrado que el occiso era un elemento peligroso. Que atacó primero al procesado ... Que el procesado trató de huír pero el occiso lo obligó a defenderse ...".

Extrayendo como conclusión de estas aserciones, que se transgredió la ley sustancial por falta de aplicación del artículo 29, numeral 40 (sic) del C.P., "por error en la apreciación de las pruebas testimoniales" que considera "ya analizada". Finalizando su discurso solicita la absolución del procesado a través de este medio de impugnación.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

Reiterativamente ha dicho esta Sala que la demanda de casación es un juicio en derecho a que se somete la sentencia con la cual culmina en sus dos instancias el proceso penal, y que por ende, orientada como está a desconocer total o parcialmente ese pronunciamiento, amparado por la doble presunción de acierto y de legalidad, debe reunir las exigencias técnicas previstas en la ley procesal para hacer viable en sede extraordinaria el cuestionamiento. De no ser así, esa demanda habrá de rechazarse y el recurso declararse desierto, como en efecto así habrá de suceder en este evento, en que se han pasado por alto las previsiones formales relacionadas con la fundamentación de la censura. En efecto:

El numeral 1o. del artículo 220 del C. de P.P. establece como causal de casación, en su segundo aparte, que si la aducida violación de la ley sustancial deviene "de error en la apreciación de determinada prueba, es necesario que así lo alegue el recurrente".

Existe error en la apreciación de la prueba en materia casacional en dos eventos: por la omisión, por la invención o también por la distorsión lógica o temática de la prueba, motivos que se han catalogado como errores de hecho; existe también el error de derecho, consistente en la apreciación de pruebas con otorgamiento de un mayor o un menor valor al concedido por la ley, -evento de muy excepcional ocurrencia-, o en la consideración de aquellas irregularmente obtenidas, o practicadas, o incorporadas al proceso, todo lo cual pone de bulto que se trata de situaciones objetivas de desfase ante el material probatorio, traducidas en un equivocado criterio generador de una decisión así mismo equivocada, con la característica de ser susceptible de enmienda en sede casacional, en cuanto

su corrección no interfiera la obligación del juez de las instancias de examinar la prueba a la luz de la crítica racional.

De tal manera que hablar, como lo hace el profesional aquí demandante, de error de apreciación probatoria, porque el Tribunal le confirió crédito a los testimonios de cargo que en su criterio de examinador racional de la prueba lo merecían y se lo denegó a las que carecían de las condiciones requeridas para determinar un juicio exculpatorio, sin indicar en qué consistió el error que pregona, sino limitándose a plantear a la Corte la alternativa absolutoria resultante de invertir graciosamente el juicio de valor de esas pruebas, es una posición que rebasa las posibilidades del recurso de casación y que comporta falta de claridad y de precisión en la fundamentación de la causal propuesta, que es requisito ineludible al tenor del numeral 3o. del artículo 225 del C. de P. P., porque al juez extraordinario no le es permitido ir más allá de lo alegado, interpretando un pensamiento que por razón de la clase de impugnación debe serle expuesto inteligible y completo.

Y no es completo el discurso que omite indicar los errores judiciales en el examen de la prueba, ni inteligible frente al tecnicismo de la demanda, que exige una fundamentación, consecuente con el motivo aducido en requerimiento de la revocación del fallo a estas alturas del proceso.

Se resolverá de conformidad.

En razón 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 y por consiguiente, DECLARAR DESIERTO el recurso extraordinario presentado a nombre de Léyder Bahamón Quintero contra la sentencia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Neiva, que lo condena por el delito de homicidio en la persona de Wilson Alexánder Narváez. Esta providencia carece de recursos (art. 197 Y 226 del C. de P.P.).

En firme, DEVUELVASE el expediente a la oficina de origen.

Cópiese y cúmplase.

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

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

COAUTORIA

Tal como lo ha dicho la Sala, "en tratándose de la participación criminal se parte del supuesto que la actividad de las diversas personas que intervienen en el hecho no lo ejecutan integralmente pero sí contribuyen a ese fin. Frente a la coautoría cada partícipante realiza, en unión con otros, la conducta típica, previa celebración de un acuerdo en virtud del cual se busca una contribución objetiva en la que cada uno tiene el dominio del hecho de tal manera que la tarea asumida individualmente, se torna indispensable para la total realización del plan.

"Frente a este panorama no resulta indispensable que cada interviniente realice totalmente el hecho, como tampoco se puede responsabilizar a cada partícipe por la fracción del hecho realizada [...] porque la figura en estudio no tendría ninguna razón de ser" *

Proceso No. 15073

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal

Magistrado Ponente: Dr. *Carlos E. Mejía Escobar*

Aprobado Acta No. 18

Santa Fe de Bogotá, D.C., once (11) de febrero de mil novecientos noventa y nueve (1999).

VISTOS

Procede la Corte a dirimir la colisión de competencia negativa suscitada entre el Juzgado 1° Penal del Circuito de Medellín, del Distrito Judicial de Medellín, y el 3° Penal del Circuito de Rionegro del Distrito Judicial de Antioquia.

---

* Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Sentencia de casación Nº 9890. 6 de mayo de 1998. Magistrado Ponente: Carlos E. Mejía Escobar.

HECHOS

El 4 de marzo de 1998, en operativo realizado en la finca el remanso de la vereda piedras blancas del municipio de Guarne (Antioquia), fueron aprehendidos los señores Antonio José y José Gustavo Ballesteros González, Oliverio de Jesús Cuerco Arroyave y Carlos Enrique Castrillón, cuando se daban a la tarea de desguazar el vehículo marca Toyota, tipo campero de placas OLJ-563 que había sido hurtado en la ciudad de Medellín (Antioquia); dentro de la misma finca se encontraron varias partes de otro automotor, del mismo tipo, que también había sido hurtado en Medellín y en la habitación de Antonio José Ballesteros fue hallada una escopeta calibre 16 y 11 cajas de cartuchos para escopeta calibre 12.

ANTECEDENTES

1. El Fiscal 9° de la Unidad Seccional de Fiscalías de Guarne abrió investigación penal y luego de escuchar en indagatoria a los aprehendidos les definió la situación jurídica imponiéndoles medida de aseguramiento de detención preventiva como presuntos responsables de los delitos de hurto agravado y calificado, porte o almacenamiento de municiones, lesiones personales y receptación.

2. Mediante resolución del 3 de abril de 1998, el mismo Fiscal, luego de la práctica de algunas pruebas (declaraciones y diligencia de reconocimiento en fila de personas), revocó la medida de aseguramiento que había impuesto a los sindicados José Gustavo y Antonio José Ballesteros González, Oliverio de Jesús Cuerco Arroyave y Carlos Enrique Castrillón por los delitos de Hurto Agravado y Calificado y Lesiones Personales, dejando vigente la proferida por el delito de Porte Ilegal de Armas y Receptación, concediendo, en consecuencia, la libertad provisional a todos los procesados.

3. El 18 de mayo de 1998, el apoderado del sindicado Antonio José Ballesteros González le señaló al Fiscal 9° Delegado que el procesado deseaba acogerse a sentencia anticipada, aceptando el cargo de receptación.

4. El 5 de junio de 1998, fecha señalada para la formulación de cargos, reunidos el Fiscal, el procesado y su defensor, en el acta respectiva se anotó que "el decomiso de las armas (escopeta) y los cartuchos, de los cuales se presentó o presentaron los documentos correspondientes y no se tendrán en cuenta en el decurso de esta diligencia, pues no se harán cargos por el punible de PORTE ILEGAL DE ARMA", por lo que se le formuló exclusivamente el cargo de receptación, que el indagado aceptó.

5. Puestas las diligencias a disposición de la Juez 3° Penal del Circuito de Rionegro (Antioquia), ésta en una extensa providencia en la que hace un detallado análisis del material probatorio obrante en la actuación, señala que los hechos fueron erróneamente calificados, pues a su juicio, el

delito de receptación como conducta autónoma no existió y en contrario estima que el procesado debe responder como coautor de los delitos contra el patrimonio de que fueron víctimas los dueños de los automotores cuyas piezas se hallaron en el lugar de la aprehensión.

Explica que el material probatorio demuestra la vinculación de Antonio José Ballesteros a una empresa criminal en la que con división del trabajó, él estaba a cargo de una función específica que hace parte de la comunidad del designio criminal, por lo que no pueden escindirse la actuación de cada uno de ellos.

En consecuencia se declaró "incompetente para pronunciarse respecto a la validez del acta de cargos, al entender que la participación del sindicado fue a título de coautor", por lo que estima que la competencia es de los Jueces Penales del Circuito de Medellín, por ser en esa ciudad "en donde operó la ilícita desposesión de los vehículos por parte de los autores materiales", a quienes propone la colisión negativa de competencia si no aceptan sus argumentaciones.

6. Recibidas las diligencias en la ciudad de Medellín, le correspondieron al Juzgado 1° Penal del Circuito de esa ciudad, el que señaló que encontraba discutible la posición de su similar de Rionegro (Antioquia), quien a su juicio no ha debido declinar la competencia mediante auto de sustanciación, sino haber decretado la nulidad del acta de formulación de cargos, para que los sujetos procesales la pudieran recurrir. Si ello ocurría y el superior comparte sus apreciaciones, ahí sí debe remitirse el asunto a los Jueces de Medellín.

En consecuencia, tampoco aceptó la competencia, trabándose así el conflicto que ahora se resuelve.

Consideraciones de la Corte

1. La competencia de la Sala de Casación Penal para dirimir el presente conflicto de competencias se deriva de lo normado en el artículo 68.5 del C. de P.P., pues los Despachos Judiciales colisionados pertenecen a Distritos Judiciales diferentes.

2. Como los Jueces se han trabado en el conflicto por la discrepancia que manifiestan sobre cuál es la manera adecuada de resolver las diferencias de criterio respecto de la calificación de los hechos entre el Fiscal que formula los cargos para sentencia anticipada y el Juez que debe "dictar la sentencia conforme a los hechos y circunstancias aceptados, siempre que no haya habido violación de garantías fundamentales", una de las cuales es la competencia, la Sala limita su análisis a tal problema jurídico.

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

Seccional, la competencia para dictar sentencia o abstenerse de hacerlo es, en principio, del Juez del Circuito correspondiente, atendiendo a que las principales características de la competencia funcional son sus condiciones de automática y derivada.

Significa lo anterior que producido el acto procesal respectivo por un Fiscal Seccional -formulación del pliego de cargos-, el Juez del Circuito deviene de tal acto la facultad para ejercer su función, limitándose su competencia a emitir la decisión a que haya lugar en la forma y términos que se deriven de aquella actuación procesal y que, para el caso concreto, según el artículo 37 del Código de Procedimiento Penal, modificado por la ley 365 de 1997 es la de "dictar sentencia conforme a los hechos y circunstancias aceptadas, siempre que no haya habido violación de garantías fundamentales", o abstenerse de hacerlo produciendo la determinación respectiva si se hubieran infringido tales garantías, caso en el cual habrá que diferenciar las distintas soluciones según sea la naturaleza del vicio y según este repercuta o no en los demás órdenes determinantes de la competencia.

Ahora bien, ese acto funcional del Juez no puede ejercerse prescindiendo de los demás factores de competencia que le son necesarios para el adecuado y válido ejercicio de su función.

Tales factores son los determinantes de las denominadas competencia territorial, competencia objetiva y competencia foral, pues la legalidad que valida el ejercicio de la función depende de que el Funcionario Judicial se halle dentro de su ámbito territorial correspondiente y de que se trate del conocimiento de un asunto de aquellos que la ley le ha asignado para su decisión, ya sea por la naturaleza de la infracción, ora por la calidad de la persona o quizá, por la cuantía del ilícito.

4. Precisamente el factor objetivo y su repercusión en el territorial, es el que discute la señora Juez 3ª Penal del Circuito de Rionegro (Antioquia), quien con buen criterio y atendiendo al análisis del material probatorio que aparece en la actuación, se aparta de la calificación jurídica provisional al estimar que se trata de un caso de hurto en el que el sindicado Antonio José Ballesteros González actuó como coautor de la conducta punible y no de uno de receptación como lo nominó el Fiscal. De ahí deriva que el lugar del apoderamiento de los vehículos y por tanto de la consumación del punible [Medellín], le excluye como competente.

En efecto, las pruebas recaudadas por la Fiscalía son suficientes para concluir la participación de Antonio José Ballesteros González a título de coautor en una bien montada empresa criminal que tenía por objeto el hurto y desguace de vehículos marca Toyota, tipo campero, modelos anteriores a 1990, excluyendo la presencia del simple reato de receptación.

Cómo pasar por alto en la calificación de los hechos, pruebas tan evidentes como las indagatorias de los procesados y la declaración de la

esposa de Ballesteros, todas las cuales permiten avizorar la presencia de una conducta mucho más grave que aquella que el Fiscal formuló en el pliego de cargos.

Dentro de una apreciación en conjunto de las pruebas, tal como lo ordena el artículo 254 del Código de Procedimiento Penal, debe atenderse en primer lugar a la pueril explicación que entrega el procesado sobre su presunto contacto con un tal "Fabian" que le propuso el negocio de "guardar" los carros en la finca, por lo cual le pagaba $200.000.oo por cada vehículo dejado allí, donde se desempeñaba como mayordomo, respuesta no solo increíble por no corresponder a las reglas de experiencia, sino probadamente contradictoria con la declaración de su propia esposa que señala la presencia de "Fabian" de noche, y no de día como lo dice el imputado Ballesteros y exhibiendo papeles del vehículo que dejó esa misma noche, hechos que de todas maneras no le constan, por cuanto, dice "yo no me levanté, porque prácticamente quien salió fue él", de donde se concluye que su relato es inventado a partir de una versión, también inventada, sobre un hecho que nunca ocurrió.

Descartada su exculpación sobre el conocimiento del supuesto Fabian, el material probatorio pone de presente una evidente vinculación de Antonio José a una bien organizada banda criminal encargada del hurto de vehículos.

Adviértase al efecto, que se trata de una empresa del crimen, dedicada, con clara repartición de tareas, al hurto de vehículos y no de cualesquiera, sino al de un tipo específico de automotores, camperos, de marca Toyota y de modelos viejos (80 y 83), en el que unas personas (hasta ahora por individualizar) estaban encargadas de la localización y apoderamiento del automotor, sin para ello fuera óbice la utilización de la violencia contra las personas (folios 1 y 88 a 91); mientras que otras tenían como función el desguace y transporte de las piezas al lugar de su comercialización.

Aunque Antonio José Ballesteros se esfuerza en tratar de aparentar ajenidad a las conductas criminales anteriores a las que él mismo cumplía, es lo cierto que su comprometimiento en el conjunto de la actividad delincuencial contra la propiedad es ineludible. Agréguese a lo ya expuesto sobre su exculpación, el probado hecho de la manera como se produjo la aprehensión de Carlos Enrique Castrillón y Oliverio de Jesús Cuervo Arroyave, quienes fueron sorprendidos en flagrancia cuando "se encontraban desmantelando el automotor" (folio 1).

Sumada la increíble explicación que da el acusado sobre su decisión de guardar los vehículos en la finca en la que trabajaba, a la actividad que cumplían sus amigos cuando fueron aprehendidos -en flagrante labor de desguace-, no puede concluirse en otra cosa que en la vinculación de todos a la actividad criminal del hurto de vehículos, en el que este último

paso que se adelantaba en la finca, era solo uno más, pero absolutamente necesario, en el agotamiento de la conducta delincuencial de la banda criminal.

Importante resulta destacar, dentro de una apreciación conjunta del material probatorio, el reconocimiento de la captura en flagrancia que hacen los indagados Castrillón y Cuervo, quienes señalan que le estaban "colaborando [a Antonio José] a quitar las partes de ese carro" (folio 31) por petición que éste les hiciera, expresión que no puede significar, sino el cumplimiento de órdenes como parte de la división del trabajo de la banda criminal, en la que éste cumplía la tarea de guardar, desguazar y remitir algunas partes para su venta, mientras las otras se ocultaban enterrándolas en el predio rural donde laboraba.

Rompe cualquier regla de experiencia que el comportamiento de los señores Castrillon y Cuervo, cuyas destrezas técnicas (latonero-pintor, el uno; mecánico, el otro) son precisamente las necesarias para realizar el tipo de labor que estaban haciendo cuando fueron sorprendidos en flagrancia, sea señalado como una desafortunada coincidencia, para tenerlos entonces como simples visitantes del sindicado y no como lo que en verdad la prueba enseña.

Tal como lo ha dicho la Sala, "en tratándose de la participación criminal se parte del supuesto que la actividad de las diversas personas que intervienen en el hecho no lo ejecutan íntegralmente pero sí contribuyen a ese fin. Frente a la coautoría cada partícipante realiza, en unión con otros, la conducta típica, previa celebración de un acuerdo en virtud del cual se busca una contribución objetiva en la que cada uno tiene el dominio del hecho de tal manera que la tarea asumida individualmente, se torna indispensable para la total realización del plan.

"Frente a este panorama no resulta indispensable que cada interviniente realice totalmente el hecho, como tampoco se puede responsabilizar a cada partícipe por la fracción del hecho realizada (...) porque la figura en estudio no tendría ninguna razón de ser"[1]

Concluyese entonces como correcta la decisión de la señora Juez 3ª Penal del Circuito de Rionegro (Antioquia) al estimar que los hechos objeto de calificación son constitutivos de una coparticipación criminal en los 2 delitos de hurto que se consumaron en la ciudad de Medellín el 30 de noviembre de 1997 (folio 7) y el 2 de marzo de 1998 (folio 8), por lo que los factores objetivo y territorial de competencia señalan que ésta le

---

[1] Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Sentencia de casación No. 9890, 6 de mayo de 1998. Magistrado Ponente: Carlos E. Mejía Escobar.

corresponde al Juez 1° Penal del Circuito de Medellín (Antioquia), a donde habrán de remitirse las diligencias para que una vez asuma el conocimiento adopte las decisiones relativas a la vigencia de la legalidad del proceso.

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

RESUELVE:

DIRIMIR la presente colisión negativa de competencias DECLARANDO que el conocimiento de este asunto le corresponde al Juzgado 1° Penal del Circuito de Medellín (Antioquia).

DISPONER que por secretaría se remita el proceso directamente al Juez Competente y se comunique esta decisión a la Juez 3ª Penal del Circuito de Rionegro (Antioquia).

Notifíquese y cúmplase.

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

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

CASACION-Trámite/ CASACION-
Interés para recurrir-Apelación

En el trámite casacional pueden diferenciarse tres actos de naturaleza judicial: De concesión del recurso (art. 224 C.P.P.), de admisibilidad formal de la demanda (art. 226 C.P.P.), y de decisión de la impugnación (arts. 228 y 229 C. P. P.). El primero, debe cumplirse ante el Tribunal Superior que profirió la sentencia recurrida, y los últimos en esta corporación.

La facultad oficiosa consagrada en el artículo 228 del estatuto procesal es exclusiva del acto de decisión del recurso, y constituye una clara excepción al principio de limitación que lo preside, en la medida que permite a la Corte pronunciarse motu proprio *sobre motivos no alegados expresamente por el demandante, cuando advierta un factor de nulidad que afecte la legalidad del proceso, o violación manifiesta de las garantías fundamentales.*

Los otros dos actos, el de concesión del recurso y calificación formal de la demanda, no participan del principio de oficiosidad, ni permiten su aplicación. De suerte que la Corte no puede, so pretexto de que lo alegado en la demanda es una nulidad, declarar en trámite la impugnación con prescindencia de las condiciones de procedibilidad o sustentación que deben preslidirla.

Una tal extensión de este principio, además de no tener fundamento legal, conduciría al desconocimiento del carácter eminentemente rogado y dispositivo del recurso, propio de la razón de ser medio de impugnación extraordinario y no una tercera instancia, y de claras normas de derecho procesal que imponen la declaración de su improcedencia o deserción cuando los presupuestos de procedibilidad o de sustentación no se cumplen (arts. 224 y 226), sea cual fuere el contenido o naturaleza de la inconformidad expresada por el recurrente.

En síntesis, la Corte no puede sustraerse de la obligación de examinar la concurrencia de los referidos presupuestos; ni avalar el trámite casacional cuando éstos no se cumplen, con el propósito de corre-

gir supuestos vicios de legalidad formal o sustancial de la sentencia de segunda instancia, como pareciera entenderlo el Procurador Delegado, pues esto implicaría aceptar que el recurso de casación es de plena justicia, o una tercera instancia, de pronto con mayor amplitud que las dos ordinarias, y que, por el mero acto de su invocación, el órgano jurisdicente adquiere la facultad-deber de revisar la legalidad del proceso, lo cual contraría abiertamente su naturaleza jurídica como recurso extraordinario.

Del interés para recurrir. Demostración.

1. Principios elementales de procedimiento por todos conocidos enseñan que para hacer uso del derecho de impugnación se requiere tener interés para ejercerlo, y que esta vocación viene determinada por el carácter lesivo de la decisión cuya remoción se persigue, en cuanto haya irrogado un perjuicio concreto a la parte impugnante.

En ocasiones, el interés suele estar supeditado al cumplimiento de exigencias adicionales, como por ejemplo la cuantía de la pretensión (art.221 C.P.P), o circunscrito a unos precisos aspectos de la decisión (art.37B.4 ejusdem, modificado por el 5º de la ley 81 de 1993 y 12 de la ley 365 de 1997), pero siempre sobre el supuesto de existir un agravio.

Se entiende, entonces, que no existe interés para recurrir cuando la decisión no le reporta agravio alguno a la parte impugnante, o cuando existiendo, no se cumplen los requerimientos adicionales del procedimiento; y, se deja de tener, cuando el sujeto agraviado con la decisión la consiente con el silencio. Estos son principios de procedimiento ampliamente reconocidos e implícitamente contenidos y operantes en nuestro régimen procesal vigente.

Por razones de técnica legislativa, derivadas de la dificultad e inconveniencia de poder regular con efectos excluyentes los casos en los cuales faltaría interés para recurrir por ausencia de perjuicio, el ordenamiento jurídico no contiene una regulación expresa al respecto, como sí lo hace cuando introduce restricciones al ejercicio del derecho de impugnación, sino que defiere al funcionario judicial la facultad de determinarlo en cada caso concreto, de acuerdo con los criterios expresados.

Entender, entonces, que el carácter lesivo de una decisión judicial no constituye presupuesto necesario para acceder al derecho de impugnación, o que el silencio de la parte afectada no la priva de la posibilidad de intentar en cualquier tiempo su remoción, contraría la razón de ser del instituto de la impugnación, y por ende de los recursos, concebidos con el exclusivo propósito de ofrecerle a las partes

la oportunidad de demandar la revisión de las resoluciones judiciales que sean lesivas a sus intereses, dentro de los perentorios términos que la propia ley establece.

2. La determinación del interés para recurrir no siempre es tarea fácil. Si bien es cierto hay casos en los cuales la naturaleza de la decisión permite al funcionario advertirlo prima facie, en otros será necesario consultar el contenido de la impugnación para darle viabilidad al recurso, pues sólo de las alegaciones presentadas por el censor podrá inferirse su existencia.

Es lo que ocurre, por ejemplo, cuando habiendo sido el procesado absuelto, su defensor decide impugnar la decisión, o cuando la sentencia condenatoria es recurrida por la parte civil, pues, en el primer evento, el impugnante deberá demostrar que la revisión que persigue no busca hacer más gravosa la situación de su patrocinado y, en el segundo, que la cuantía de su pretensión numeraria se ajusta a los requerimientos legales.

Cierto es que en el ordenamiento procesal vigente no existe disposición alguna que expresamente establezca esta carga al impugnante, pero no por ello puede afirmarse que no le pertenezca, o que su exigencia advenga contraria a lo establecido en el artículo 84 de la Constitución Nacional. Una comprensión sistemática de la normatividad procesal relativa a las impugnaciones, y un adecuado entendimiento de los principios de procedimiento en que se inspira este derecho, permiten llegar sin mayor esfuerzo a tal conclusión.

Para un intérprete desprevenido, es claro que el interés es un elemento inherente al instituto de las impugnaciones, y como tal, quien pretende ejercerlo debe demostrar su existencia, cuando menos en el acto de la sustentación del recurso.

3. Tampoco es literalmente cierto que siempre que se cuestiona la legalidad formal de la decisión por errores in procedendo, *existe de hecho interés para recurrir, sea cual fuere el contenido de la pretensión. Para que el ataque por vicios de procedimiento pueda ser considerado legítimo, se requiere que la actuación irregularmente surtida haya ocasionado un perjuicio real, o represente un daño potencial a quien lo alega, pues no es el carácter público del procedimiento, sino la condición de sujeto procesal afectado, lo que legitima la impugnación. Así, por ejemplo, quien no haya sido comprometido en su derecho de defensa, carece de interés para demandar la nulidad del proceso argumentando la vulneración de esta garantía en otro sindicado.*

Apelación del fallo de primer grado e interés para recurrir en casación.

1. Con fundamento en los postulados que vienen de ser precisados, y en el examen y aplicación de los principios de preclusión de los actos procesales y de limitación funcional del juez de segunda instancia, entre otros, la Corte ha venido sosteniendo que para acceder al recurso extraordinario de casación es indispensable que la parte que lo intenta haya apelado en oportunidad la sentencia de primer grado o, en su defecto, que el superior haya examinado su situación jurídica en virtud del grado jurisdiccional de consulta, o la haya desmejorado con ocasión del recurso de apelación interpuesto por otro sujeto procesal, porque de lo contrario carecería de interés para recurrir.

El principio de preclusión de los actos procesales, inspirado a su vez en los postulados de seguridad de las actuaciones y resoluciones judiciales, ha sido dicho, impone a las partes la obligación de ejercitar sus derechos (entre ellos la impugnación), en las oportunidades que la ley establece para hacerlo, so pena de que la facultad procesal correspondiente precluya.

El de limitación, consagrado en el artículo 217 del estatuto procesal (modificado por el 34 de la Ley 81 de 1993), circunscribe el ámbito de competencia del ad quem *a los aspectos que constituyen el objeto de la impugnación, haciendo que el fallo de segundo grado tenga su propio ámbito de validez personal, formal y material.*

En este orden de ideas, si cualquiera de los sujetos procesales se abstiene de interponer o sustentar en tiempo el recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia, estando en condiciones de hacerlo, ha de entenderse que se muestra conforme con la decisión proferida, y que en virtud de este derecho de conformidad, el superior no puede, motu proprio, *entrar a examinar su situación jurídica.*

Retomando los planteamientos expuestos, se concluye que el sujeto procesal que no haya impugnado el fallo de primer grado, sólo tendría interés para recurrir en casación la sentencia de segunda instancia, en los siguientes casos:

a) Cuando por virtud del recurso interpuesto por otros sujetos procesales, o los efectos vinculantes de la decisión de segundo grado, el pronunciamiento afecte su situación jurídica en forma desfavorable;

b) Cuando el fallo de primera instancia esté sujeto al grado jurisdiccional de consulta, cualquiera que sea el contenido de la decisión de segunda instancia; y,

c) Cuando la casación verse sobre nulidades.

Proceso No. 9998

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal

Aprobado acta No.18

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

Santa Fe de Bogotá, D. C., once de febrero de mil novecientos noventa y nueve.

Resuelve la Corte el recurso de reposición interpuesto por el Procurador Tercero Delegado en lo Penal contra la providencia mediante la cual decretó la nulidad de lo actuado a partir de la concesión del recurso extraordinario de casación, y declaró desierta la impugnación.

FUNDAMENTOS DE LA DECISIÓN

Se soportó en la ausencia de interés jurídico del recurrente para acceder al recurso extraordinario, por no haber apelado el fallo de primera instancia, ni haber sido su situación jurídica desmejorada por el ad quem, o revisada en virtud del grado jurisdiccional de consulta.

ARGUMENTOS DE LA IMPUGNACIÓN

1) La conclusión de la Corte, en el sentido de que "el carácter preclusivo de los actos procesales impone a las partes la obligación de alegar la ilegalidad de las decisiones judiciales dentro de la oportunidad que el procedimiento otorga para hacerlo, siendo su silencio manifestación evidente de conformidad con lo resuelto", no resulta acorde con los principios de derecho procesal.

Esto, porque las normas de procedimiento son de orden público, en cuanto regulan intereses, actuaciones y ritos indisponibles por quienes intervienen en los procesos y, por tanto, su legalidad no puede depender de la conformidad de los sujetos procesales con lo decidido, sino del respeto intrínseco de las providencias al orden jurídico.

La no interposición del recurso o su falta de sustentación, puede ciertamente revelar que el sujeto procesal afectado con la decisión la consiente, mas no que esta aceptación tácita purgue la ilegalidad propia del acto correspondiente.

De esta manera, el silencio de las partes no puede considerarse como renuncia a la revisión de la legalidad de la sentencia, cuando el mismo ordenamiento jurídico permite a los sujetos procesales acudir a la vía extraordinaria para que se produzca esa verificación por motivos constitutivos de nulidad de lo actuado, y cuando oficiosamente se otorga a la judicatura la posibilidad de examinar el fallo en casos en los cuales se han violado las normas sobre competencia, garantías fundamentales y derecho de defensa.

2) Tampoco es válido sostener, como lo hace la Corte, que "el sujeto procesal cuya situación no ha sido examinada por el superior, carece no solo de interés para recurrir por ausencia de agravio, sino de objeto sobre el cual proyectar la impugnación extraordinaria", en cuanto que "al no haberse debatido o resuelto favorablemente la nulidad del proceso antes del fallo de segundo grado, conserva interés para recurrir en casación, impugnación a la cual solamente puede acceder una vez dictada la sentencia de segunda instancia".

En los casos de nulidad, la sentencia de segundo grado, "aun cuando no afecte la situación del recurrente respecto de lo decidido por el Juez a quo, es evidentemente el objeto del recurso extraordinario, dada su condición de decisión ineficaz a la luz del derecho, por haberse configurado una condición que hace ilegal su pronunciamiento -nulidad-".

3) No es correcto sostener, como igualmente lo hace la Corte, que cuando se pretenda alegar la existencia de un vicio que afecte la "eficacia" de la sentencia de segunda instancia, "corresponde al actor demostrar que le asiste interés para acceder en casación, dando a conocer desde el momento mismo de la interposición del recurso los motivos que le impidieron expresar en tiempo su inconformidad con el fallo de primer grado", porque esta es una exigencia que no aparece regulada en la ley, siendo por tanto contraria al artículo 84 de la Carta Política, y porque los artículos 306 y 307 del estatuto procesal admiten la posibilidad de alegar en casación la existencia de nulidades, sin someterla a condición alguna.

4) Dentro de una perspectiva garantista resulta inadecuado igualmente desconocer, como lo hace la Corte, la existencia de interés para denunciar violación del derecho de defensa por ausencia de asistencia técnica, si se tienen en cuenta las finalidades del procedimiento penal y del recurso extraordinario.

Las normas adjetivas, más que reguladoras de formalismos, son mecanismos de protección de los derechos fundamentales de las partes, y su interpretación debe hacerse en la forma que con mayor alcance permita la protección de las garantías del inculpado. Por eso, al margen de que hubiera sido el hoy demandante quien dejó de sustentar el recurso de apelación contra la sentencia de primer grado, lo que debe examinarse es si la de segunda instancia ha sido dictada con respeto a los requisitos de validez establecidos en la ley, no si "causó agravio al recurrente".

El procedimiento penal y el recurso de casación buscan la tutela de las garantías fundamentales, finalidad de la que surge con claridad que el silencio de las partes respecto de las nulidades ocurridas en fases anteriores al proceso, no afecta la decisión de admitir a trámite el recurso de casación, en tanto que siempre será interés del procesado defender sus derechos, y "el pronunciamiento de la sentencia no tiene la capacidad de

subsanar aquellos factores de ineficacia de los actos procesales que surgen de la violación de las garantías fundamentales".

5) La demanda de casación invoca como causal la tercera, por cuanto el procesado careció de defensa técnica durante toda la fase de instrucción y la primera parte del juicio. Con tal proposición se hace patente que se dirigía a lograr uno de los fines de la casación: la efectividad de las garantías debidas a las personas, en este caso el derecho a la defensa técnica, ciertamente vulnerado en el desarrollo del proceso, como se dejó plasmado en el concepto.

Esta causal de nulidad solo podía invocarse a través del recurso de casación, tal como lo indica el artículo 306 del estatuto procesal, en cuanto que, de haberse presentado antes, había podido ser rechazada por el funcionario judicial. Y, no se alegó dentro del término del artículo 446, porque para entonces el procesado carecía de defensa.

En las anotadas condiciones, la casación era la vía indicada para proponerla, tal como se hizo, con el propósito de efectivizar uno de los fines del recurso.

6) Del contenido de la actuación se puede constatar que en el presente caso el procesado interpuso el recurso de apelación contra la sentencia de primer grado, y que durante el término de traslado para sustentarlo cambió la defensora de oficio por uno de confianza, quien a su vez sustituyó el poder en el casacionista, no habiendo sido fundamentado el recurso.

Esta situación, lejos de significar un acto de convalidación de la nulidad existente, es reflejo de la situación padecida por el procesado, "quien careció a lo largo del proceso de defensa técnica, lo que también impidió materialmente que se sustentara en debida forma el recurso interpuesto".

Esto pone de presente que en el proceso sí existió manifestación de inconformidad con la sentencia de primera instancia, "pero por la afectación de la garantía del derecho de defensa no se logró la sustentación del mismo, situación diferente a la planteada por la Corte".

Pide a la Colegiatura, en consecuencia, revocar la providencia impugnada y, en su lugar, pronunciarse sobre el recurso de casación interpuesto por el defensor de Pardo Rueda.

Se Considera

Facultad oficiosa de la Corte en casación

Del contexto del escrito impugnatorio se advierte que buena parte de las reflexiones del Procurador Delegado están relacionadas con la facultad oficiosa consagrada en el artículo 228 del Código de Procedimiento Penal, a la cual pretende darle un alcance que no corresponde a su regu-

lación legal. Por esta razón, la primera tarea de la Corte será hacer claridad sobre este concreto aspecto.

En el trámite casacional pueden diferenciarse tres actos de naturaleza judicial: De concesión del recurso (art. 224 C.P.P.), de admisibilidad formal de la demanda (art. 226 C.P.P.), y de decisión de la impugnación (arts. 228 y 229 C. P. P.). El primero, debe cumplirse ante el Tribunal Superior que profirió la sentencia recurrida, y los últimos en esta corporación.

La facultad oficiosa consagrada en el artículo 228 del estatuto procesal es exclusiva del acto de decisión del recurso, y constituye una clara excepción al principio de limitación que lo preside, en la medida que permite a la Corte pronunciarse *motu proprio* sobre motivos no alegados expresamente por el demandante, cuando advierta un factor de nulidad que afecte la legalidad del proceso, o violación manifiesta de las garantías fundamentales.

Los otros dos actos, el de concesión del recurso y calificación formal de la demanda, no participan del principio de oficiosidad, ni permiten su aplicación. De suerte que la Corte no puede, so pretexto de que lo alegado en la demanda es una nulidad, declarar en trámite la impugnación con prescindencia de las condiciones de procedibilidad o sustentación que deben presidirla.

Una tal extensión de este principio, además de no tener fundamento legal, conduciría al desconocimiento del carácter eminentemente rogado y dispositivo del recurso, propio de la razón de ser medio de impugnación extraordinario y no una tercera instancia, y de claras normas de derecho procesal que imponen la declaración de su improcedencia o deserción cuando los presupuestos de procedibilidad o de sustentación no se cumplen (arts. 224 y 226), sea cual fuere el contenido o naturaleza de la inconformidad expresada por el recurrente.

En síntesis, la Corte no puede sustraerse de la obligación de examinar la concurrencia de los referidos presupuestos; ni avalar el trámite casacional cuando éstos no se cumplen, con el propósito de corregir supuestos vicios de legalidad formal o sustancial de la sentencia de segunda instancia, como pareciera entenderlo el Procurador Delegado, pues esto implicaría aceptar que el recurso de casación es de plena justicia, o una tercera instancia, de pronto con mayor amplitud que las dos ordinarias, y que, por el mero acto de su invocación, el órgano jurisdicente adquiere la facultad-deber de revisar la legalidad del proceso, lo cual contraría abiertamente su naturaleza jurídica como recurso extraordinario.

Del interés para recurrir. Demostración

1. Principios elementales de procedimiento por todos conocidos enseñan que para hacer uso del derecho de impugnación se requiere tener

interés para ejercerlo, y que esta vocación viene determinada por el carácter lesivo de la decisión cuya remoción se persigue, en cuanto haya irrogado un perjuicio concreto a la parte impugnante.

En ocasiones, el interés suele estar supeditado al cumplimiento de exigencias adicionales, como por ejemplo la cuantía de la pretensión (art.221 C.P.P), o circunscrito a unos precisos aspectos de la decisión (art.37B.4 ejusdem, modificado por el 5º de la ley 81 de 1993 y 12 de la ley 365 de 1997), pero siempre sobre el supuesto de existir un agravio.

Se entiende, entonces, que no existe interés para recurrir cuando la decisión no le reporta agravio alguno a la parte impugnante, o cuando existiendo, no se cumplen los requerimientos adicionales del procedimiento; y, se deja de tener, cuando el sujeto agraviado con la decisión la consiente con el silencio. Estos son principios de procedimiento ampliamente reconocidos e implícitamente contenidos y operantes en nuestro régimen procesal vigente.

Por razones de técnica legislativa, derivadas de la dificultad e inconveniencia de poder regular con efectos excluyentes los casos en los cuales faltaría interés para recurrir por ausencia de perjuicio, el ordenamiento jurídico no contiene una regulación expresa al respecto, como sí lo hace cuando introduce restricciones al ejercicio del derecho de impugnación, sino que defiere al funcionario judicial la facultad de determinarlo en cada caso concreto, de acuerdo con los criterios expresados.

Entender, entonces, que el carácter lesivo de una decisión judicial no constituye presupuesto necesario para acceder al derecho de impugnación, o que el silencio de la parte afectada no la priva de la posibilidad de intentar en cualquier tiempo su remoción, contraría la razón de ser del instituto de la impugnación, y por ende de los recursos, concebidos con el exclusivo propósito de ofrecerle a las partes la oportunidad de demandar la revisión de las resoluciones judiciales que sean lesivas a sus intereses, dentro de los perentorios términos que la propia ley establece.

2. La determinación del interés para recurrir no siempre es tarea fácil. Si bien es cierto hay casos en los cuales la naturaleza de la decisión permite al funcionario advertirlo prima facie, en otros será necesario consultar el contenido de la impugnación para darle viabilidad al recurso, pues solo de las alegaciones presentadas por el censor podrá inferirse su existencia.

Es lo que ocurre, por ejemplo, cuando habiendo sido el procesado absuelto, su defensor decide impugnar la decisión, o cuando la sentencia condenatoria es recurrida por la parte civil, pues, en el primer evento, el impugnante deberá demostrar que la revisión que persigue no busca hacer más gravosa la situación de su patrocinado y, en el segundo, que la cuantía de su pretensión numeraria se ajusta a los requerimientos legales.

Cierto es que en el ordenamiento procesal vigente no existe disposición alguna que expresamente establezca esta carga al impugnante, pero no por ello puede afirmarse que no le pertenezca, o que su exigencia advenga contraria a lo establecido en el artículo 84 de la Constitución Nacional. Una comprensión sistemática de la normatividad procesal relativa a las impugnaciones, y un adecuado entendimiento de los principios de procedimiento en que se inspira este derecho, permiten llegar sin mayor esfuerzo a tal conclusión.

Para un intérprete desprevenido, es claro que el interés es un elemento inherente al instituto de las impugnaciones, y como tal, quien pretende ejercerlo debe demostrar su existencia, cuando menos en el acto de la sustentación del recurso.

3. Tampoco es literalmente cierto que siempre que se cuestiona la legalidad formal de la decisión por errores in procedendo, existe de hecho interés para recurrir, sea cual fuere el contenido de la pretensión. Para que el ataque por vicios de procedimiento pueda ser considerado legítimo, se requiere que la actuación irregularmente surtida haya ocasionado un perjuicio real, o represente un daño potencial a quien lo alega, pues no es el carácter público del procedimiento, sino la condición de sujeto procesal afectado, lo que legitima la impugnación. Así, por ejemplo, quien no haya sido comprometido en su derecho de defensa, carece de interés para demandar la nulidad del proceso argumentando la vulneración de esta garantía en otro sindicado.

Apelación del fallo de primer grado e interés para recurrir en casación

1. Con fundamento en los postulados que vienen de ser precisados, y en el examen y aplicación de los principios de preclusión de los actos procesales y de limitación funcional del juez de segunda instancia, entre otros, la Corte ha venido sosteniendo que para acceder al recurso extraordinario de casación es indispensable que la parte que lo intenta haya apelado en oportunidad la sentencia de primer grado o, en su defecto, que el superior haya examinado su situación jurídica en virtud del grado jurisdiccional de consulta, o la haya desmejorado con ocasión del recurso de apelación interpuesto por otro sujeto procesal, porque de lo contrario carecería de interés para recurrir.

El principio de preclusión de los actos procesales, inspirado a su vez en los postulados de seguridad de las actuaciones y resoluciones judiciales, ha sido dicho, impone a las partes la obligación de ejercitar sus derechos (entre ellos la impugnación), en las oportunidades que la ley establece para hacerlo, so pena de que la facultad procesal correspondiente precluya.

El de limitación, consagrado en el artículo 217 del estatuto procesal (modificado por el 34 de la ley 81 de 1993), circunscribe el ámbito de

competencia del ad quem a los aspectos que constituyen el objeto de la impugnación, haciendo que el fallo de segundo grado tenga su propio ámbito de validez personal, formal y material.

En este orden de ideas, si cualquiera de los sujetos procesales se abstiene de interponer o sustentar en tiempo el recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia, estando en condiciones de hacerlo, ha de entenderse que se muestra conforme con la decisión proferida, y que en virtud de este derecho de conformidad, el superior no puede, motu proprio, entrar a examinar su situación jurídica.

Esta postura, que no es nueva, como pareciera entenderlo el Procurador Delegado, pues se remonta al mes de agosto de 1995, ha venido siendo objeto de precisiones y desarrollos jurisprudenciales, como es apenas normal que acontezcan en todo proceso de interpretación jurídica.

En una primera oportunidad la Corte, con ponencia del Magistrado doctor Dídimo Páez Velandia (Auto de agosto 9 de 1995), fue terminante en afirmar que si el recurrente en sede extraordinaria había dejado de apelar la sentencia de primer grado, carecía de interés para recurrir, a menos que se presentara una cualquiera de estas dos situaciones: a) Que el fallo de primer grado (no apelado) estuviera sujeto al grado jurisdiccional de consulta; y, b) Que la situación jurídica del recurrente en casación hubiese sido desmejorada por virtud de la apelación interpuesta por otro sujeto procesal, o los efectos vinculantes de la decisión de segundo grado.

En posterior decisión, con ponencia de quien ahora cumple igual cometido, la Corte admitió la existencia de interés para recurrir cuando el motivo de casación invocado consistía en la imposibilidad de haber podido impugnar el fallo de primer grado por ausencia de defensa técnica, o a causa de una indebida notificación de la sentencia, pues se consideró que la procedencia del recurso de casación no podía condicionarse al cumplimiento de una exigencia a la cual la parte no había tenido posibilidad de acceder (Auto de agosto 5 de 1997).

Estos criterios son los que en la actualidad sustentan la postura de la Sala en torno al punto analizado.

2. En su escrito impugnatorio, el Procurador Delegado pone de presente el contenido de los artículos 306 (artículo 39 ley 81/93) y 307 del Código de Procedimiento Penal, para sostener, que de acuerdo con estos preceptos, las nulidades originadas en la fase instructiva, hayan o no sido resueltas, solo pueden ser debatidas en el recurso de casación, y que en tales condiciones no resulta acertado exigir a quien la invoca, que apele el fallo de primer grado, cuando de antemano se sabe que puede ser rechazada por el juzgador *ad quem*.

Esta postura resulta razonable si se toma en cuenta que el sujeto procesal no tiene otra oportunidad para presentar o replantear esta clase de alegaciones, sino en el recurso extraordinario de casación, y que la

negación o restricción de la posibilidad de hacerlo en dicho estadio procesal, puede derivar en la vulneración del derecho a la impugnación.

Una tal situación, lleva a la Sala a reexaminar el tema, para precisar que no solo en los casos señalados por la Delegada, sino en todos los eventos en los cuales se postule la existencia de vicios in procedendo, originados en la fase de la instrucción o la subsiguiente del juicio, resulta viable recurrir la sentencia de segunda instancia en sede extraordinaria, sin que sea necesario para acceder a ella, que el impugnante haya apelado el fallo de primer grado. Esto, en la medida que la actuación irregularmente surtida haya ocasionado un perjuicio real, o represente uno potencial para el recurrente.

Esta nueva postura jurisprudencial encuentra también sustento en la consideración de que la aceptación del contenido material del fallo, revelada a través del silencio de parte, solo resulta válida si el procedimiento que lo sustenta es legítimo, y en la circunstancia de ser la casación en nuestro medio, fundamentalmente un juicio de validez, como puede inferirse del contenido de los artículos 219 y 228 del estatuto procesal.

Lo dicho no significa que quien acude en sede extraordinaria en procura de obtener la nulidad, pueda hacerlo sin que hubiese sido agotada la segunda instancia. En el procedimiento penal no tiene cabida el instituto de la casación per saltum. Por eso, quien pretenda ejercer este derecho, debe tener en cuenta que para ello debe mediar fallo de segundo grado, y que es su obligación propiciar este pronunciamiento cuando las otras partes no lo hagan, pues si omite hacerlo, no podrá después intentar el recurso de casación, por no existir sentencia de segunda instancia contra la cual proponerse.

En tratándose, entonces, de la alegación de errores in procedendo, derivados de irregularidades ocurridas en desarrollo del proceso, no necesariamente se requiere haber apelado el fallo de primer grado para poder acceder al recurso extraordinario, punto en el cual se precisan los pronunciamientos anteriores de la Sala.

3. Retomando los planteamientos expuestos, se concluye que el sujeto procesal que no haya impugnado el fallo de primer grado, solo tendría interés para recurrir en casación la sentencia de segunda instancia, en los siguientes casos:

a) Cuando por virtud del recurso interpuesto por otros sujetos procesales, o los efectos vinculantes de la decisión de segundo grado, el pronunciamiento afecte su situación jurídica en forma desfavorable;

b) Cuando el fallo de primera instancia esté sujeto al grado jurisdiccional de consulta, cualquiera que sea el contenido de la decisión de segunda instancia; y

c) Cuando la casación verse sobre nulidades.

4. Atendiendo el contenido de las argumentaciones del Procurador Delegado en torno al punto de las nulidades, oportuno es precisar que la Corte no ha puesto en tela de juicio el carácter público de las normas procesales; tampoco ha pretendido desconocer el principio de obligatoriedad de los procedimientos establecidos en la ley, ni se ha ocupado, porque no puede hacerlo, de establecer a priori si el proceso adolece o no de vicios in procedendo.

El Procurador olvida que el fallo de segunda instancia está amparado con la doble presunción de acierto y legalidad para todos los efectos, y que es este fenómeno jurídico lo que hace que deba considerársele exento de todo vicio, indistintamente que en relación con él las partes hayan o no guardado silencio.

El caso concreto

Como se recuerda, contra la sentencia de primera instancia de 28 de febrero de 1994, mediante la cual el Juzgado 55 Penal del Circuito de Santa Fe de Bogotá condenó a los procesados César A. Espinosa Solano, Heimer Astudillo García y Alberto Pardo Rueda, por los delitos de estafa y falsedad, interpusieron recurso de apelación los últimos, siendo sustentado en oportunidad únicamente por el defensor de Astudillo García. Esto determinó que el Juzgado declarara desierta la impugnación propuesta por Pardo Rueda, y que el Tribunal, al conocer en segunda instancia, solo se pronunciara sobre la situación jurídica de Astudillo García (fls. 535-2 y 4-3).

Uno de los varios argumentos presentados por el Procurador en punto a demostrar la existencia de interés jurídico del procesado Pardo Rueda para recurrir, consiste en que éste expresó oportunamente su inconformidad con la decisión proferida en primera instancia, pero debido a la ausencia de defensa técnica, el recurso interpuesto debió ser declarado desierto por falta de sustentación.

Esto es cierto solo en parte. Del examen del caso analizado se establece que Pardo Rueda efectivamente apeló en tiempo el fallo de primer grado, y que el juzgador debió luego declararlo desierto por no haber sido sustentado oportunamente (fls.467, 535), pero lo que no es verdad, es que esto haya obedecido a la ausencia de defensa técnica.

Dictada la sentencia, el procesado reemplazó su defensora de oficio por uno de confianza, quien antes de vencerse los términos para la fundamentación del recurso, sustituyó el poder acabado de recibir en el hoy recurrente en casación (fls. 468, 471 del cuaderno original No.2), profesional que no obstante encontrarse en término y condiciones de sustentarlo oportunamente, no lo hizo en tiempo.

De allí que no resulte pertinente afirmar que la ausencia de sustentación oportuna del recurso de apelación haya obedecido a las razones expuestas por la Delegada. Pero en cuanto el único cargo al que se acude en la demanda dice relación con un motivo de nulidad, ha de concluirse que al impugnante le asiste interés para recurrir, según se deja visto en precedencia.

Se revocará, por tanto, la decisión impugnada, y se ordenará proseguir el trámite de la casación.

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

RESUELVE:

1. REVOCAR la decisión mediante la cual se decretó la nulidad del trámite casacional.

2. Ejecutoriada esta determinación, vuelvan las diligencias a Despacho para decisión del recurso.

Notifíquese y cúmplase.

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

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

SALVAMENTO DE VOTO

Con toda la consideración que me merece la decisión mayoritaria de la Sala, estimo que no se debió haber revocado el auto de febrero 3 de 1998 que declaraba la ejecutoria de la sentencia de segunda instancia sobre la base de que el recurrente en casación no tenía interés para impugnar, dado que no había cumplido con la carga de sustentar la apelación. Dijo así la Sala:

"Tampoco es dable afirmar interés por la posible presencia de vicios in procedendo que hubiesen vulnerado el derecho a impugnar en apelación el fallo de primer grado, pues si bien es cierto el cargo propuesto en la demanda de casación se fundamenta en la ausencia de defensa técnica, este presunto vicio ninguna relación guarda con la ausencia de sustentación del recurso de alzada, toda vez que cuando esta omisión se presentó, ya fungía como defensor del procesado Pardo Rueda el hoy demandante.

Si, como se ha señalado, para la procedencia del recurso extraordinario de casación, al igual que para los ordinarios (art.196 del C.P.P.) es presupuesto necesario la concurrencia de interés jurídico, y éste no se cumple en el presente caso, ha de concluirse que el interpuesto por el defensor del procesado Alberto Pardo Rueda no debió ser admitido".

Ahora la Sala, para revocar su decisión, argumenta:

"Una tal situación (se refiere a la que se deriva de los artículos 306 y 307 del C.P.P. en la medida en que condicionan las oportunidades para alegar nulidad y, entonces, no resulta acertado exigir a quien la invoca que apele el fallo de primer grado, cuando de antemano se sabe que puede ser rechazada por el *ad quem*) lleva a la Sala a reexaminar el tema, para precisar que no solo en los casos señalados por la Delegada, sino en todos los eventos en los cuales se postule la existencia de vicios in procedendo, originados en la fase de la instrucción o la subsiguiente del juicio, resulta viable recurrir la sentencia de segunda instancia en sede extraordinaria, sin que sea necesario para acceder a ella, que el impugnante haya apelado el fallo de primer grado. Esto, en la medida que la actuación irregularmente surtida haya ocasionado un perjuicio real, o represente uno potencial para el recurrente".

"..."

"Lo dicho no significa que quien acude en sede extraordinaria en procura de obtener la nulidad, pueda hacerlo sin que hubiese sido agotada la segunda instancia. En el procedimiento penal no tiene cabida el instituto de la casación per saltum. Por eso, quien pretenda ejercer este derecho, debe tener en cuenta que para ello debe mediar fallo de segundo grado, y que es su obligación propiciar este pronunciamiento cuando las otras partes no lo hagan, pues si omite hacerlo, no podrá después intentar el recurso de casación, por no existir sentencia de segunda instancia contra la cual propone".

Y frente al caso concreto, señala:

"Esto es cierto solo en parte (el argumento de que fue por ausencia de defensa técnica que la apelación contra el fallo de primer grado se declaró desierta por falta de sustentación). Del examen del caso analizado se establece que Pardo Rueda efectivamente apeló en tiempo el fallo de primer grado, y que el juzgador debió luego declararlo desierto por no haber sido sustentado oportunamente (fls. 467, 535), pero lo que no es verdad, es que esto haya obedecido a la ausencia de defensa técnica".

"..."

"De ahí que no resulte pertinente afirmar que la ausencia de sustentación oportuna del recurso de apelación haya obedecido a las razones expuestas por la Delegada. Pero en cuanto el único cargo al que se acude en la demanda dice relación con un motivo de nulidad, ha de concluirse que al impugnante le asiste interés para recurrir, según se deja visto en precedencia ".

La decisión, así concebida, conduce a consecuencias prácticas que no me parecen consistentes con la estructura del proceso penal colombiano. Las glosas que le formulo podrían condensarse en lo siguiente:

1. El proceso, y cada acto procesal en particular, pueden ser defectuosos o incorrectos, es decir, pueden ser violatorios de las reglas del procedimiento, o pueden aplicar erróneamente la ley sustantiva.

2. Para preservar la actividad judicial de esa clase de errores, la ley regula un complejo sistema de medidas correctivas al interior del procedimiento, pero tales medidas no se manifiestan de cualquier manera, ni son de utilización o invocación libre, ni pueden proponerse de cualquier manera y en cualquier oportunidad, y lo hace porque el concepto mismo de proceso supone la existencia de un orden y una disciplina predefinidos por el legislador y, consiguientemente, no disponibles ni por las partes, ni por el juez, a su antojo o a su buen criterio.

3. Esas reglas que disciplinan el proceso han permitido construir una conceptuación del mismo. Han permitido predicar que se rige por razones

de lógica y por razones de finalidad, y que sus actos, como sucesión de unos respecto de los otros, también responden a un criterio cronólico.

4. Sin embargo, es del resorte del legislador optar por el modelo de proceso y por sus particularidades, dentro del mínimo que la Constitución le exige. De ahí que pueda definir cuándo y cómo debe producirse el acto procesal, quien está autorizado para realizarlo, con qué condiciones y bajo qué presupuestos.

5. En lo que tiene que ver con recurso de casación, y en general con el derecho de impugnar las decisiones judiciales, la ley señala cuáles sentencias son susceptibles de cada una de las formas de impugnación y dentro de qué exigencias. Es una de éstas el interés para recurrir, y uno de sus desarrollos más consolidados sistemáticamente exige que la parte o sujeto procesal recurrente en casación haya apelado la sentencia de primera instancia o que, no habiéndolo hecho, la segunda le cobije desfavorablemente. El fallo, entonces, se consiente tanto por dejar de impugnarlo como por incumplir la carga de fundamentar el recurso habiéndolo recurrido. Y en esos eventos no puede habilitarse la Casación.

6. Precisamente eso fue lo ocurrido en este proceso. El acusado se abstuvo de sustentar el recurso de alzada contra el fallo de primera instancia; la defensa no lo impugnó y la sentencia de segunda instancia, simplemente se limitó a examinar la situación de quienes habiendo apelado fundamentaron el recurso.

7. La Sala, en cambio, admite el recurso por dos razones: Porque en éste evento, de todas maneras fue agotada la segunda instancia . Y porque como el único cargo es de nulidad (que no se podría haber alegado para propiciar la apelación dadas las limitantes impuestas en los arts. 306 y 307 del C.P.P.) al impugnante le asiste interés para recurrir en Casación.

8. El argumento, desenvuelto en su sentido contrario, implicaría: a) Que si el procesado hubiese sido único, no habría lugar a la casación. (Puesto que no existiendo otros recurrentes, el Tribunal no habría dictado sentencia de segunda instancia y, por consecuencia, el recurso extraordinario implicaría una especie de Casación contra fallos de primer grado). b) Que el motivo de casación determina el interés como presupuesto procesal del recurso.

9. La tesis no solo constituye una injustificada discriminación para casos en que no se apela o sustenta la apelación, y por cualquier otro motivo no hay lugar a segunda instancia, sino que termina superponiendo el presupuesto procesal del interés con el motivo de Casación. Y por ese camino se superponen además la admisibilidad del recurso con su fundabilidad y con los momentos en que cada uno de ellos se examinan.

10. Por la vía que se adopta, cualquiera podrá invocar en un futuro que la ausencia del recurso de apelación evidencia la violación del derecho de defensa. De hecho, así se argumentó parcialmente la petición de reposición, hasta el punto de que la Sala termina realizando un análisis frente a la garantía aludida, aunque para expresar que esa no es la motivación por la que revoca.

11. Cuando los artículos 306 y 307 del C.P.P. señalan que las nulidades que no sean alegadas hasta el término de traslado común para preparar la audiencia, solo podrán ser debatidas en el recurso de casación, y que quien alegue una nulidad no podrá formular nueva solicitud sino por causal diferente o hechos posteriores, salvo en el recurso de casación, debe entenderse que tales salvedades suponen que sea posible dicho recurso.

El problema seguramente radica en que el legislador adoptó una fórmula que tendría plena justificación, dentro de la instancia respectiva, en el sentido de impedir que la misma nulidad se invoque sucesiva y dilatoriamente primero en la instrucción y luego en el juzgamiento, pero cuya implicación no tiene que llevarse al extremo de que sería un motivo suficiente para dejar de recurrir la sentencia de primera instancia, o para denegar la procedencia del recurso contra ella.

Generalmente las fórmulas de esta corte no buscan crear momentos preclusivos o factores impeditivos, sino causales de saneamiento o de infundabilidad de la nulidad. Y es preferible, interpretar las normas pertinentes en la perspectiva de la improsperidad, que desestructurar el recurso de casación y sus presupuestos.

Con todo respeto,

Carlos E. Mejía Escobar.

NULIDAD

Se debe aclarar que la enumeración de las nulidades que hizo el legislador hasta que entró en vigencia el Decreto 050 de 1987, obedecía a un sistema antitécnico y casuístico, superado a partir de esta última codificación. En dicho sistema se consagraban como nulidades "haberse incurrido en el auto de proceder en error relativo ... a la época o lugar en que se cometió (la infracción) o al nombre o apellido ... del ofendido".

Tales nulidades se relacionaban con la claridad y precisión del pliego de cargos, en el sentido de que el acusado debía saber exactamente cuál era el hecho que se le imputaba, precisado en cuanto a la época, el lugar y la identidad del ofendido, para evitar confusiones que pudieran dificultar la defensa. Pero desde entonces se consideraba que si no había duda sobre cuál era el hecho imputado tales errores eran intrascendentes, criterio que conserva plena validez. Lo importante no es la identidad del ofendido, sino que el procesado sepa claramente cuál es el hecho del que se le acusa, para que pueda ejercer adecuadamente su defensa.

Proceso No. 10940

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal

Magistrado Ponente Dr. *Jorge Córdoba Poveda*

Aprobado Acta N° 18

Santafé de Bogotá, D.C., once (11) de febrero de mil novecientos noventa y nueve (1999).

VISTOS:

Procede la Sala a resolver el recurso de casación interpuesto por los procesados Luis Eduardo Medina Duarte y Oscar Alirio Caro Rojas contra la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Santafé de Bogotá, el 21 de noviembre de 1994, por medio de la cual confirmó la del Juzgado 18 Penal del Circuito de la misma ciudad, que los condenó a la pena princi-

pal de 48 meses de prisión y a las accesorias de rigor, como coautores de los delitos de concierto para delinquir y hurto calificado y agravado en la modalidad de tentativa.

En el mismo fallo se condenó a Juan David Rojas Najar y Jhony Andrés Hernández Loaiza a la misma pena y por los mismos delitos.

Hechos

Fueron sintetizados así por el Tribunal:

"El 17 de julio de 1993, aproximadamente a las 2 p.m., fueron capturados Jhony Andrés Hernández Loaiza, Oscar Alirio Caro Rojas, Luis Eduardo Medina Duarte, Juan David Rojas Najar, Héctor Fabio Rodríguez Gómez Y Emiliano Medina Barrera, los dos últimos menores de edad, en momentos en que hurtaban dos cámaras fotográficas a una pareja de turistas extranjeros en el barrio La Paz, camino peatonal al santuario de Monserrate, lugar que abandonaron; se despojaron de las armas que portaban y las cámaras cuando observaron la presencia de los agentes de la Policía Nacional, quienes se encontraban vestidos de civil, por cuanto se hallaban en una acción encubierta en la zona, en razón de denuncias realizadas por la comunidad, y por las fotografías que se aportaron días antes, en las cuales se observa claramente un pandilla de probables delincuentes, entre ellos los acusados, en flagrancia".

Actuación Procesal

Ese mismo día, la Unidad Especial Permanente declaró la apertura de la instrucción, en la cual ordenó, entre otras cosas, la vinculación mediante diligencia de indagatoria de los aprehendidos, para posteriormente remitir el diligenciamiento al Juzgado 31 Penal Municipal de esta ciudad capital.

Practicadas múltiples probanzas, resolvió la situación jurídica profiriéndoles medida de aseguramiento de detención preventiva, como coautores de los delitos de concierto para delinquir y hurto calificado y agravado. Igualmente dispuso remitir las diligencias, por competencia, a la Fiscalía General de la Nación.

Establecido que el procesado Héctor Fabio Rodríguez era menor de edad, fue puesto a disposición de los jueces de menores.

Perfeccionada la instrucción, el Fiscal 237 de la Unidad Segunda de Delitos Varios, la declaró cerrada, el 23 de noviembre de 1993, y el 5 de enero de 1994 calificó el mérito del sumario acusando a Jhony Andrés Hernández Loaiza, Luis Eduardo Medina Duarte, Oscar Alirio Caro Rojas y Juan David Rojas Najar, por los delitos citados en precedencia.

La anterior decisión fue confirmada por la Unidad de Fiscalías Delegada ante el Tribunal de Cundinamarca y Santafé de Bogotá, el 15 de febrero de 1994.

El expediente pasó al Juzgado 28 Penal del Circuito de Santafé de Bogotá que, luego de celebrada la audiencia pública, dictó la sentencia de primera instancia, el 13 de septiembre siguiente, condenando a los acusados a la pena principal de 48 meses de prisión y a las accesorias de rigor, como coautores de los delitos de concierto para delinquir y hurto calificado y agravado en la modalidad de tentativa.

Apelado el fallo, el citado Tribunal, al desatar el recurso, concluyó con su confirmación, mediante proveído del 21 de noviembre de 1994.

La Demanda de Casación

El defensor del procesado, con base en las causales primera y tercera, presenta dos cargos contra la sentencia de segunda instancia.

Primer cargo:

Respetando el principio de prioridad, acusa al sentenciador de haber dictado el fallo en un juicio viciado de nulidad, toda vez que se vulneró el debido proceso, ya que sobre el delito de hurto "no se precisó, ni la cuantía del ilícito, ni mucho menos el sujeto o sujetos pasivos de la acción delictiva..."

Dice que tal yerro se solucionó, "atribuyendo también el posible delito de concierto para delinquir, para fincar de esta manera la competencia en las Fiscalías Delegadas ante los Juzgados Penales del Circuito, y todo el análisis giró en torno a este hecho punible."

Recuerda que el artículo 210 del Decreto 409 de 1971 contemplaba como causal de nulidad los yerros denunciados, los cuales, a su juicio, se encuentran hoy regulados en el numeral 2° del artículo 304 del Código de Procedimiento Penal.

Insiste que la falta de identificación plena de los "sujetos pasivos del delito de hurto, configura nulidad porque resulta afectado el correcto juzgamiento y por consiguiente se socavaron las bases propias del debido proceso".

Luego de hacer una breve reseña sobre el debido proceso y de reiterar lo expuesto, afirma que dicha omisión se le debe a la Policía Metropolitana, lo que fue pasado por alto por los sentenciadores, "circunstancia que da la posibilidad de acusar este fallo mediante el recurso extraordinario de casación".

Tales errores llevaron a que los procesados no se pudieran defender de los cargos, "precisamente porque no había denunciante, ni víctima conocida a quien se le pudiera rebatir la acusación".

Por lo expuesto, solicita a la Corte casar la sentencia recurrida, declarando la nulidad de la actuación a partir de la resolución por medio de la cual se cerró la investigación.

Segundo cargo:

Como subsidiario, acusa al sentenciador de haber transgredido indirectamente la ley sustancial, por error de derecho generado en un falso juicio de legalidad, el que recayó en la "prueba fotográfica..., para dar por establecida la materialidad del concierto para delinquir y la consiguiente responsabilidad penal".

Luego de reseñar, sobre este aspecto, las partes pertinentes de los fallos, manifiesta que los juzgadores "ni siquiera se preocuparon por ubicar estas fotografías dentro de los medios de prueba que contempla el Código de Procedimiento Penal, es decir, si correspondía a la documental, o la pericial, o ¿cuál?".

Sin embargo, dice que las citadas fotografías "constituyeron un montaje sin fórmula de juicio y lo que resulta más grave imposibilitó el derecho de contradicción y por ende de defensa de los procesados..."

Luego de transcribir el artículo 246 del Código de Procedimiento Penal, reitera:

"En el caso sub examine, el error de derecho es manifiesto y el quebranto surgió de la deformación del hecho juzgado como 'Concierto para Delinquir', porque la prueba que lo constituyó -fotografías- no cumplieron con el sello de legalidad exigido en la norma para surtir su natural efecto y al suponer que dichas fotografías como pruebas, fueron practicadas con la observancia de las exigencias específicas de toda prueba, los sentenciadores incurrieron en falso juicio de legalidad...".

Agrega que nadie sabe quién tomó las citadas fotografías, "y lo que resulta mucho más grave, que tales documentos si es que así se les puede llamar, hubieran sido tenidos como base y fundamento para deducir responsabilidad penal en este delito, siendo que desde el comienzo de la investigación, las personas involucradas negaron figurar allí en esas fotografías, y no se practicó ninguna otra prueba para confirmar o desvirtuar el dicho de los incriminados".

Acota que tales fotografías se llevaron al proceso sin haber existido orden judicial, sin conocer el autor de las mismas, ni la fecha y lugar en que se tomaron, no obstante lo cual fueron tenidas como "prueba válidamente producida".

Por lo expuesto, solicita a la Corte casar la sentencia recurrida, para que se absuelva a los procesados del delito de concierto para delinquir.

CONCEPTO DEL PROCURADOR SEGUNDO DELEGADO EN LO PENAL

Primer cargo

Asevera el representante del Ministerio Público que el reproche basado en la causal de nulidad, no respetó los lineamientos técnicos, pues se denuncia la indeterminación de los sujetos pasivos del delito de hurto y su cuantía, como irregularidades que vulneraron el debido proceso, pero sin indicar cómo, esto es, dejando el cargo en el simple enunciado.

Además, al final, se da un inexplicable viraje, pues se sostiene que lo afectado no fue el debido proceso sino el derecho de defensa, lo que revela "falta de claridad conceptual y confusión", pues se desvía hacia otra causal de nulidad.

Reconoce que en el tipo penal confluyen varios elementos, "sin embargo, la procedencia de la acción no necesariamente se obstaculiza o dificulta por el simple hecho de la indeterminación del sujeto pasivo o del objeto material..."

Argumenta que independientemente de las explicaciones que dieron los policiales, sobre las razones que les impidieron obtener una denuncia de los extranjeros afectados y sobre la no puesta a disposición de las autoridades de los objetos materiales de que iban a ser despojados "lo evidente es que esas circunstancias especiales carecieron de incidencia en el discurrir de la acción penal contra los sindicados, de tal suerte que no pueden afectar la actuación procesal", pues se trataba de un delito perseguible de oficio y los procesados fueron capturados en estado de flagrancia, habiéndose dejado plena constancia en el informe policivo sobre los elementos que pretendían hurtar y las circunstancia que rodearon los hechos.

Tal informe, dice, fue avalado por los sentenciadores, estimación que está cobijada por la doble presunción de acierto y legalidad.

Sobre la indeterminación de la cuantía, considera que ello fue "insignificante" en la actuación procesal, en razón a que su importancia radica en el factor competencia, lo que en este proceso resulta innane, pues el diligenciamiento se adelantó por un concurso de hechos punibles.

Por lo expuesto, sugiere a la Sala desestimar el cargo de nulidad.

Segundo cargo

Reconoce que esta censura formulada bajo los senderos de la violación indirecta de la ley sustancial, por error de derecho generado en un falso juicio de legalidad, tampoco fue confeccionada con la técnica que rige esta impugnación extraordinaria, pues el recurrente no citó la normas sustanciales transgredidas y su sentido.

No es cierto, afirma, que el sentenciador se hubiese sustentado, únicamente, en las fotografías para inferir la responsabilidad de los pro-

cesados, lo que sin duda conllevó a que dejara el cargo en una simple formulación.

Luego de citar los medios de prueba en que se basó el fallador de segundo grado, reitera que el casacionista ha debido "emprender ataque contra todos y cada uno de los soportes del fallo, para no correr el riesgo, que es lo que aquí sucede, de que los demás mantengan la consistencia del razonamiento del juzgador, tornando vano el esfuerzo insular desplegado".

Posteriormente, transcribe y explica varias porciones de decisiones de esta Corporación, sobre los requisitos que se deben cumplir cuando se plantea error de derecho por falso juicio de legalidad, para finalmente solicitar que se desestime el cargo formulado.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

Primer cargo

Tal como lo advierte el representante del Ministerio Público, el censor no confeccionó la demanda conforme a la técnica que tanto la ley como la jurisprudencia han contemplado cuando se aduce la causal tercera de casación.

En primer lugar, debe reiterarse que este recurso extraordinario no es un mecanismo oficioso de control de legalidad de las sentencias y, mucho menos, una tercera instancia donde el actor pueda lanzar todo tipo de argumentos, en procura de obtener que la Corte revise el expediente, contrariando así la finalidad de la impugnación.

En segundo lugar, también se ha dicho que es deber del impugnante señalar con toda claridad la clase de nulidad invocada, indicando de manera precisa los fundamentos de ella y citando las normas que estime infringidas, así:

Cuando se trate de violación del debido proceso, se debe demostrar la comprobada existencia de una irregularidad sustancial que socave las bases fundamentales de la instrucción o el juzgamiento; y cuando se alegue desconocimiento del derecho de defensa, se deberá determinar la actuación procesal que se estime lesiva de esa garantía, especificando la norma que se viola y determinando, de manera precisa, la manera como esa transgresión incidió desfavorablemente al procesado en las decisiones tomadas en la sentencia.

Estos postulados no fueron respetados por el actor en la elaboración de la demanda, pues comienza sosteniendo que con las irregularidades denunciadas se vulneró la garantía del debido proceso, para afirmar luego, sin lógica ni coherencia, que tales "omisiones sustanciales", llevaron a que a los procesados se les transgrediera el derecho de defensa, por cuan-

to que "no había denunciante, ni víctima conocida a quien se le pudiera rebatir la acusación", confundiendo las dos causales de nulidad.

Además, no muestra cómo tales omisiones socavaron la estructura del proceso o afectaron la garantía mencionada, falencias suficientes para desestimar la censura.

Ahora bien, en últimas, la inconformidad consiste en que no fueron identificados los sujetos pasivos de la acción delictiva, ni señalada la cuantía, aspecto éste, según dice, que fue solucionado imputándoles a los acusados el delito de concierto para delinquir, lográndose así fijar la competencia.

Al respecto se debe precisar que no es necesario, como norma general, para la validez del proceso que esté identificada la víctima del punible, y si bien es cierto que esa circunstancia tiene importancia para llegar a la verdad buscada, no incide, per se, en la eficacia de la actuación.

Al respecto el casacionista argumenta que el error en cuanto a la identidad del ofendido estaba previsto como causal de nulidad en el Decreto 409/71 y que aunque la norma no fue reproducida en el Decreto 2700 de 1991, nada impide que se siga considerando como tal, ubicando tal irregularidad en el numeral 2° del artículo 304 del C. de P.P.

Sobre este aspecto se debe aclarar que la enumeración de las nulidades que hizo el legislador hasta que entró en vigencia el Decreto 050 de 1987, obedecía a un sistema antitécnico y casuístico, superado a partir de esta última codificación. En dicho sistema se consagraban como nulidades "haberse incurrido en el auto de proceder en error relativo ... a la época o lugar en que se cometió (la infracción) o al nombre o apellido ... del ofendido".

Tales nulidades se relacionaban con la claridad y precisión del pliego de cargos, en el sentido de que el acusado debía saber exactamente cuál era el hecho que se le imputaba, precisado en cuanto a la época, el lugar y la identidad del ofendido, para evitar confusiones que pudieran dificultar la defensa. Pero desde entonces se consideraba que si no había duda sobre cuál era el hecho imputado tales errores eran intrascendentes, criterio que conserva plena validez. Lo importante no es la identidad del ofendido, sino que el procesado sepa claramente cuál es el hecho del que se le acusa, para que pueda ejercer adecuadamente su defensa, requisito que en el presente evento se llena a cabalidad, siendo, por ende, absolutamente intrascedente que no se hubiera identificado a los extranjeros víctimas del hurto.

Así mismo, resulta inaceptable el argumento de que al no conocerse a los extranjeros ofendidos se quebrantó el derecho de defensa por no tener "a quien se le pudiera rebatir la acusación", pues si aquellos no declararon no hay qué rebatirles, habiendo surgido la materialidad del hecho y la

responsabilidad de los acusados del estado de flagrancia en que fueron sorprendidos.

En lo que atañe a la cuantía del delito de hurto calificado, la misma sólo tiene incidencia frente al fenómeno de la competencia, pero en este asunto, como se sabe, concurre con el concierto para delinquir, correspondiendo el conocimiento de ambos punibles a los jueces penales del circuito, por ser los de mayor jerarquía, al tenor del artículo 89 del C. de P.P, siendo, por tanto, intrascendente que el hurto, insularmente considerado, fuera de competencia del juez municipal, por razón de la cuantía.

Por otra parte, la afirmación de libelista de que se imputó el concierto para delinquir sólo para subsanar la omisión de no haber determinado la cuantía y solucionar, de esta manera, el problema de la competencia, no pasa de ser una aseveración absolutamente gratuita y falta de comprobación.

Ante la falta de técnica y razón, el cargo no prospera.

Segundo cargo

El segundo reparo que el libelista le formula a la sentencia de segunda instancia, lo hace al amparo de la causal primera de casación, cuerpo segundo, por cuanto denuncia que el fallador vulneró indirectamente la ley sustancial, por error de derecho generado en un falso juicio de legalidad, el que hace consistir en que las fotografías allegadas al proceso "no cumplieron con el sello de la legalidad".

En su sentir, las mismas constituyen un "montaje sin fórmula de juicio y, lo que resulta más grave, imposibilitó el derecho de contradicción, por ende el de defensa de los procesados".

Como bien puede apreciarse, el cargo así planteado transgrede los principios de no contradicción y de autonomía de las causales.

El primero, porque en la causal primera se acepta la validez de la actuación y sólo se aduce un error in iudicando, el que cuando se refiere a la legalidad en la aducción de la prueba únicamente involucra la eficacia de la misma, en tanto que en la causal tercera se plantea un error in procedendo y se niega la validez de la actuación. En conclusión, el casacionista acepta la validez del proceso, al denunciar un error de derecho por falso juicio de legalidad, y la niega cuando salta a la causal tercera para alegar quebrantamiento del derecho de defensa.

Así mismo, desconoce el principio de autonomía, conforme al cual al interior del mismo cargo no se pueden entremezclar ataques correspondientes a diferentes causales.

Por otra parte, si el error de derecho por falso juicio de legalidad consiste en que la prueba es apreciada a pesar de haber sido aducida con

violación de los requisitos legales que condicionan su validez, es menester que el recurrente señale el precepto o preceptos que los establecen y que alega fueron omitidos, ya que, como lo ha sostenido la Sala, aunque las normas que regulan la incorporación de un elemento de convicción al proceso deben cumplirse estrictamente, su inobservancia no siempre determina la ineficacia del mismo, sino que debe analizarse si la exigencia normativa es condición de validez de la prueba. [1]

Este deber no fue cumplido por el censor.

Finalmente, tampoco enseña la incidencia del pretendido desatino en la sentencia, pues debe reiterarse que cuando se ataca la prueba en casación, ya sea por error de derecho o de hecho, la impugnación no queda satisfecha con la simple enunciación del cargo y su demostración, sino que se hace necesario probar que de no haberse cometido el desacierto, el fallo hubiere sido favorable al acusado.

En el presente caso, las fotografías no fueron el único elemento de convicción que sustentó la condena sino que éstos fueron abundantes, como lo recuerda el Procurador Delegado: la comunicación del Defensor del Pueblo, las declaraciones de los agentes de la Policía Nacional, el testimonio de Isabel Crizón, el álbum delincuencial de la Policía y la circunstancia de que uno de los acusados rindió indagatoria con la misma ropa con la que aparece en las fotos cuestionadas.

En consecuencia y aunque se aceptara, en gracia de discusión, que las mentadas fotografías carecen de validez, por haber sido ilegalmente allegadas al proceso, tal yerro sería intrascendente, pues existen otros medios de prueba que fundamentan la condena.

Por las anteriores razones el cargo se rechazará.

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

RESUELVE:

NO CASAR el fallo impugnado.

Cópiese y devuélvase al Tribunal de origen. Cúmplase.

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

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

---

[1] (Ver, entre otras, cas.9685, octubre 15/96, Magistrado Ponente Dr. Fernando Arboleda Ripoll).

PERSONALIDAD DEL PROCESADO

Frente al análisis de la personalidad esta Corporación ha dicho:

"Algunos quieren hacer del concepto de la 'personalidad', para efectos de la dosificación de la pena (C.P. art.61) o de la concesión del subrogado (art.68 ibidem) (o del subrogado de la libertad condicional, artículo 72 ibidem, agrega la Sala) algo abstruso, inserto en los meandros de una ciencia inasible o sólo manejable por los 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 más 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 a 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 de un juicio de reproche y de condena. Y daría lugar a inacabables debates, con posiciones irreconciliables, en donde cada cual según su 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. Y luego de acabar tan compleja dilucidación, todavía quedaría pendiente la controversia sobre la naturaleza y posibilidades de nuestro sistema penitenciario como elemento válido u obstaculizante de la resocialización del sentenciado (M.P. Dr. Gustavo Gómez Velásquez. Abril 24/92).

De modo que y con base en lo visto, el análisis de la personalidad no obedece al simple capricho de la Sala, sino a la voluntad del mismo legislador.

Proceso No. 15120

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal

Magistrado Ponente Dr. *Jorge Aníbal Gómez Gallego*

Aprobado Acta No. 20.

Santafé de Bogotá D.C., dieciséis (16) de febrero de mil novecientos noventa y nueve (1999).

VISTOS

El procesado Elkín Yesid Barajas Pardo, quien se encuentra detenido en la Cárcel Nacional Modelo de esta ciudad, interpone sendos recursos de reposición contra las decisiones proferidas por esta Corporación el pasado 10 y 16 de diciembre de 1998, respectivamente, por medio de las cuales se le dijo que para obtener la excarcelación en este asunto, deberá acreditar el cumplimiento total de la pena impuesta en los fallos de instancia.

La Secretaría de la Sala dio cumplimiento a lo normado en el artículo 200 del Código de Procedimiento Penal.

ANTECEDENTES

Mediante sentencia de fecha 13 de enero de 1998 un Juzgado Regional de Medellín, condenó al procesado Elkín Yesid Barajas Pardo a la pena privativa de la libertad de sesenta y seis (66) meses de prisión y multa equivalente a $2.378.670.oo, como autor responsable del delito establecido en el inciso 1º del artículo 33 de la Ley 30 de 1986, sanción que fuera confirmada por el Tribunal Nacional en fallo del 11 de mayo siguiente, el que ahora es objeto del recurso de casación.

En las providencias recurridas se le dijo al petente que no obstante acreditar el factor objetivo de que tarta el artículo 72 del Código Penal y demostrar buen comportamiento en el centro de reclusión en donde se encuentra detenido no es merecedor a la excarcelación anticipada, dado que los antecedentes de todo orden que se deben tener en cuenta para la consecución de tal subrogado, aconsejan que Barajas Pardo requiere de tratamiento penitenciario.

Igualmente, se dijo que no se podía tener en cuenta su dicho en el sentido de que era inocente del hecho que se le imputada para obtener su excarcelación, puesto que había que tener en cuenta las decisiones que lo hallaron responsable de la violación al Estatuto Nacional de Estupefacientes, puesto que éstas venían precedidas de la doble presunción de legalidad y acierto.

Finalmente, que el concepto emitido por el psicólogo de la Modelo, lo que hace ver es que con la privación de la libertad que padece el libelista,

está demostrando que surte en él la función de la pena, cual es la de que una vez cumpla ésta, posiblemente no volverá a delinquir.

DEL RECURSO

Insiste el procesado Elkin Yesid Barajas en conseguir su excarcelación anticipada, y para ello sustenta los recursos de reposición contra las decisiones que le negaron tal pretensión, de la siguiente manera:

1. Que no se tuvo en cuenta el análisis efectuado por el psicólogo de la Modelo, donde manifiesta que él puede reintegrarse sin ningún problema a la sociedad.

2. Que se le está violando el principio universal de la igualdad, previsto en el artículo 13 de la Constitución Política, puesto que su compañero de causa, quien se acogió a la sentencia anticipada ya está libre, y él por querer demostrar su inocencia, no ha sido posible que se le conceda dicha pretensión, ya que hasta tanto esta Corporación no defina el recurso de casación se le debe tener en cuenta la presunción de inocencia.

Finalmente, manifiesta su inquietud en el sentido de que como goza de la presunción de inocencia "¿Qué sucede si con el transcurrir del tiempo y una vez ustedes hagan un pronunciamiento de fondo soy declarado inocente?"

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

Las razones que aduce el libelista para que en esta oportunidad se revoquen las decisiones inicialmente comentadas, son las mismas que ha expuesto en varias ocasiones para tratar de obtener su excarcelación anticipada, motivo por el cual no le asiste razón al procesado cuando manifiesta que no se tuvo en cuenta el análisis del psicólogo del centro de reclusión en donde se encuentra detenido, ya que en el proveído de fecha 16 de diciembre de 1998 se le dijo que la conducta que denota él en la Modelo, es síntoma de que la detención sí está surtiendo los efectos proyectados por el legislador cuando se está cumpliendo la pena, y es que además, frente al análisis de la personalidad esta Corporación ha dicho:

"Algunos quieren hacer del concepto de la 'personalidad', para efectos de la dosificación de la pena (C.P. art.61) o de la concesión del subrogado (art.68 ibídem) (o del subrogado de la libertad condicional, artículo 72 ibídem, agrega la Sala) algo abstruso, inserto en los meandros de una ciencia inasible o sólo manejable por los especialistas en sicología, siquiatría, caracterología, etc., o de profanos que atiendan mansamente los dictados emitidos por esta clase de científicos. La ley no están escrupulosa ni tan utopista. Le bastan interpretaciones más a la mano, de más 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 a 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 de un juicio de reproche y de condena. Y daría lugar a inacabables debates, con posiciones irreconciliables, en donde cada cual según su 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. Y luego de acabar tan compleja dilucidación, todavía quedaría pendiente la controversia sobre la naturaleza y posibilidades de nuestro sistema penitenciario como elemento válido u obstaculizante de la resocialización del sentenciado. (M.P. Dr. Gustavo Gómez Velásquez. Abril 24/92).

De modo que y con base en lo visto, el análisis de la personalidad no obedece al simple capricho de la Sala, sino a la voluntad del mismo legislador.

De otra parte, y frente a que su compañero de causa por haber aceptado los cargos y acogerse a la sentencia anticipada, ya está en libertad, no es asunto que pueda interferir en el presente caso, puesto que los sujetos intervinientes en el proceso penal, son libres de escoger los caminos o instancias que consideren qué mejor les favorece, si el aquí procesado decidió llegar a esta sede, deberá someterse a los diferentes procedimientos o estadios que ésta conlleva, y si no se le ha concedido la libertad, no ha sido por capricho de esta Corporación, sino porque no acredita el factor subjetivo a que se refiere el artículo 72 del Código Penal, sin que se pueda catalogar como una violación al derecho de igualdad, puesto que el juez que decide conceder o negar el subrogado penal, debe regirse por las disposiciones establecidas en la constitución y la ley (art.230 Constitución Política), es decir, para este caso, del estudio tanto del factor objetivo como del subjetivo.

Finalmente, frente a la inquietud de que como goza del derecho de presunción y que a la postre podría resultar absuelto del cargo por el cual es procesado, éste no es asunto que pueda ser objeto de pronunciamiento dentro del presente asunto, pues ello implicaría el desconocimiento a priori de los fallos de instancia, soslayando de paso la doble presunción de legalidad y acierto de que vienen ungidos éstos, puesto que la Sala solamente puede hacerlo en el fallo que ponga fin al presente recurso, en el evento de que haya sido propuesto en el libelo respectivo.

Así las cosas, y dado que no hay elementos de juicio que puedan hacer variar las decisiones proferidas el pasado 10 y 16 de diciembre de 1998, éstas no serán objeto de modificación alguna.

En mérito de expuesto, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, NO REPONE las providencias proferidas el pasado 10 y 16 de diciembre de 1998, por medio de las cuales se le ha negado la libertad provisional a ELKIN YESID BARAJAS PARDO.

Notifíquese y cúmplase.

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

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

JUEZ REGIONAL/ PORTE ILEGAL DE ARMAS DE DEFENSA PERSONAL-Munición, carga natural

Los artículos 71-4 y 69-1 del Código de Procedimiento Penal confieren competencia a los Jueces Regionales en primera instancia y al Tribunal Nacional en segunda, para conocer de los delitos a que se refiere el Decreto 2266 de 1991, con excepción, entre otros, del simple porte de armas de fuego de defensa personal, cuyo conocimiento corresponde a los Jueces Penales del Circuito, de acuerdo con lo previsto en el literal c) del ordinal 1° del artículo 72 de la misma codificación.

A pesar de que el desacuerdo entre los despachos judiciales que suscitaron la colisión se hace manifiesto sobre la trascendencia de la cantidad de munición portada y no frente a la clase del arma, para solucionar el conflicto cabe comentar ambos puntos. En lo referente a la pistola, se colige de lo dispuesto por los artículos 8° y 11 del Decreto 2535 de 1993:

1° Si su calibre es superior a 9.652 mm. (.38 pulgadas), es de uso privativo de la Fuerza Pública (literal b del art. 8°).

2° Si el calibre no es superior a 9.652 mm., o es semiautomática o funciona por repetición, o la longitud máxima del cañón no excede 15.24 cm. (6 pulgadas), o el proveedor no pasa de 9 cartuchos, es de defensa personal; ser del calibre referido sin reunir las anteriores características, la hace figurar como de uso privativo de la Fuerza Pública (literal a del art. 11 y literal a del art. 8°).

3° La pistola encontrada al procesado por la Policía es marca Uzi, calibre 9 mm., fabricada en Israel. No fue objeto de un dictamen que permitiera saber si tenía o no selector de disparo, con base en lo cual determinar si es automática y, consecuentemente, de uso privativo de la Fuerza Pública sin importar su calibre (literal d del art. 8°), o semiautomática y, por ende, de defensa personal. Ante tal omisión debe ser considerada como de esta última clase, opción que redunda en favor del acusado, aclarando que tampoco se determinó la longitud de su cañón, deduciéndose igualmente en beneficio del acusado y por el diseño de las de su serie que es inferior a 15.24 cm.

Es entendible que alguien posea más de una carga con dos proveedores, si a ello da lugar la clase de arma, por diversas razones como la eventual obstrucción o no funcionamiento de uno de ellos, que llevaría a la utilización del sustituto, y que se tenga munición en cantidad que, dado caso, permita la periódica práctica controlada de polígono, recomendada a quienes están autorizados a llevar consigo armas de fuego, para desarrollar y mantener la habilidad en su uso y así disminuir los graves riesgos de error que tal eventualidad acarrea.

Ha de recordarse, de otra parte, que de conformidad con el parágrafo del artículo 48 del Decreto 2535 de 1993, corresponde al Comando General de las Fuerzas Militares determinar la clase y cantidad de munición y la frecuencia con que puede venderse, por cada tipo de arma y de permiso, Comando que faculta la venta de 500 cartuchos al adquirir el arma y 200 semestralmente, a quien con permiso posea "subametralladoras" de defensa personal, según la disposición N° 43 del 27 de agosto de 1988.

Proceso No. 14386

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal

Magistrado Ponente Dr. *Nilson E. Pinilla Pinilla*

Aprobada Acta N° 20

Santafé de Bogotá, D. C., febrero dieciséis (16) de mil novecientos noventa y nueve (1999).

ASUNTO

Conoce la Corte el conflicto negativo de competencias suscitado entre el Juzgado 18 Penal del Circuito de Medellín y el Tribunal Nacional, para seguir conociendo del proceso que se adelanta contra Rigoberto Marulanda por porte ilegal de arma de fuego.

HECHOS

La noche del 12 de febrero de 1994, en una de las casetas cercanas a la plaza de toros "La Macarena" de la ciudad de Medellín, la Policía capturó a Rigoberto Marulanda, escolta al servicio de dicho municipio, quien encontrándose fuera de labores y en estado de embriaguez, portaba la pistola marca UZI N° UP13091, calibre 9 mm., con dos proveedores y 52 cartuchos, al igual que su salvoconducto, correspondiente al entonces Senador Orlando Vásquez Velásquez, quien le había pedido recogerla de la armería donde estaba en "arreglo del proveedor y mantenimiento" (fs. 13, 24, 74 cd. inicial).

ANTECEDENTE PROCESALES

La Fiscalía 49 Seccional abrió investigación, oyó en indagatoria al implicado y le profirió medida de aseguramiento de detención preventiva. Cerrada la investigación, el 19 de septiembre de 1996 la Fiscalía 68 de la Unidad de Delitos contra la Seguridad Pública dictó en su contra resolución de acusación, por porte ilegal de arma de fuego de defensa personal (fs. 229 y Ss. ib.).

Correspondió a la Juez 18 Penal del Circuito de Medellín adelantar el juicio, quien el 30 de mayo de 1997, después de celebrada la audiencia pública, se declaró incompetente para continuar con el conocimiento del proceso, al estimar que "en lo que respecta a la munición no deja de representar una seria amenaza para la seguridad pública en tanto que innecesariamente portaba tan considerable número de cartuchos, los que sin lugar a dudas sobrepasan la cifra usual que soportan esos dos proveedores que, a nuestro juicio, también innecesariamente llevaba el escolta". En consecuencia, determinó el envío del expediente a la justicia regional de Medellín y propuso conflicto negativo de competencias.

El 13 de junio de 1997, un Juzgado Regional de Medellín concedió razón a la Juez del Circuito y como "el porte de las municiones referenciadas se constituye en delito de la exclusiva competencia de la jurisdicción regional, esto es, que la instrucción debe estar a cargo de un Fiscal Regional", no siéndolo quien calificó, "resulta clara la falta de competencia y por ende, se hace viable decretar la nulidad de dicha actuación", que en efecto declaró "a partir del cierre de investigación inclusive".

Recurrido dicho auto, el Tribunal Nacional lo revocó el 30 de marzo de 1998 al considerar que el arma incautada "es una pistola ametralladora", de calibre inferior a 9.652 mm., que debe catalogarse como de defensa personal ante la ausencia de peritación para definir si es automática o semiautomática, según tenga o carezca de selector de disparo.

Entiende el Tribunal que el ente acusador tomó los 52 cartuchos como carga natural y por eso formuló resolución de acusación únicamente por porte ilegal de armas; agrega que de seguirse el criterio del Juzgado del Circuito se estructurarían dos delitos y, de ser así, ha debido continuar el juicio por el porte del arma y compulsar copias acerca de la munición, con destino a la justicia regional. En conclusión, además de revocar la nulidad decretada, "por economía procesal" envía el asunto a esta Sala, a la cual corresponde resolver el conflicto.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

Los artículos 71-4 y 69-1 del Código de Procedimiento Penal confieren competencia a los Jueces Regionales en primera instancia y al Tribunal Nacional en segunda, para conocer de los delitos a que se refiere el Decre-

to 2266 de 1991, con excepción, entre otros, del simple porte de armas de fuego de defensa personal, cuyo conocimiento corresponde a los Jueces Penales del Circuito, de acuerdo con lo previsto en el literal c) del ordinal 1° del artículo 72 de la misma codificación.

A pesar de que el desacuerdo entre los despachos judiciales que suscitaron la colisión se hace manifiesto sobre la trascendencia de la cantidad de munición portada y no frente a la clase del arma, para solucionar el conflicto cabe comentar ambos puntos. En lo referente a la pistola, se colige de lo dispuesto por los artículos 8° y 11 del Decreto 2535 de 1993:

1° Si su calibre es superior a 9.652 mm. (.38 pulgadas), es de uso privativo de la Fuerza Pública (literal b del art. 8°).

2° Si el calibre no es superior a 9.652 mm., o es semiautomática o funciona por repetición, o la longitud máxima del cañón no excede 15.24 cm. (6 pulgadas), o el proveedor no pasa de 9 cartuchos, es de defensa personal; ser del calibre referido sin reunir las anteriores características, la hace figurar como de uso privativo de la Fuerza Pública (literal a del art. 11 y literal a del art. 8°).

3° La pistola encontrada al procesado por la Policía es marca Uzi, calibre 9 mm., fabricada en Israel. No fue objeto de un dictamen que permitiera saber si tenía o no selector de disparo, con base en lo cual determinar si es automática y, consecuentemente, de uso privativo de la Fuerza Pública sin importar su calibre (literal d del art. 8°), o semiautomática y, por ende, de defensa personal. Ante tal omisión debe ser considerada como de esta última clase, opción que redunda en favor del acusado, aclarando que tampoco se determinó la longitud de su cañón, deduciéndose igualmente en beneficio del acusado y por el diseño de las de su serie que es inferior a 15.24 cm.

Debe reiterarse además que el arma en cuestión es una pistola, así en ocasiones a las de sus características también se las denominé equivocamente "pistola ametralladora" o, por usanza, "subametralladora", como en este caso se observa, por ejemplo, en la comunicación remitida por el entonces Comandante de la Policía Metropolitana del Valle de Aburrá al Secretario de Gobierno de Medellín (fs. 8 y 9 cd. inicial).

Sobre el particular ha precisado esta Sala, en una de las providencias citadas por el Tribunal Nacional, que "la definición de 'subametralladora' (equivalente de pistola ametralladora o subfusil) solamente se puede predicar respecto de un arma diseñada originalmente con funcionamiento automático, que es el que permite disparar en ráfaga." Agrega que "se tiene que el arma incautada a (...) aun cuando su proveedor original es para 25 cartuchos y el que la acompañaba sirve para 32 cartuchos, es de calibre inferior a los 9.652 mm. (9 mm.), su cañón no alcanza los 15.24 cm. (11.2 cm) y es semiautomática. Luego, se debe concluir que se trata

de un arma de defensa personal." (Auto del 22 de agosto de 1996, rad. 11996. M.P. Juan Manuel Torres Fresneda).

La semejanza entre la base fáctica analizada aquella vez y la actual es notoria, pues según el reconocimiento del experto en balística que entonces sí se efectuó y que se transcribió en la providencia, también se trataba de una pistola "marca Uzi, calibre 9 mm., tipo arma de puño, número UP11476, de fabricación israelí, funcionamiento semiautomático... su capacidad de carga original es de un proveedor para veinticinco (25) cartuchos, pero el proveedor que presenta o que la acompaña tiene capacidad para treinta y dos (32) cartuchos dentro del mismo, la longitud de su cañón es de 11.2 cms... Presenta los siguientes grabados: ... Uzi Pistol 9 mm.", todo lo cual coadyuva a sustentar lo anteriormente expuesto.

En cuanto a la munición, al sindicado le fueron hallados 52 cartuchos y dos proveedores, de capacidad de 32 tiros el que fue reparado por el armero Ernesto de Jesús Tascón Pineda (f. 24 ib.), cantidad que era poseída en función del arma, en suplemento que resulta mayor a una pero inferior a dos cargas de la pistola portada. El arma, complementada con su aprovisionamiento, habría de ser devuelta por Rigoberto Marulanda al entonces Senador Orlando Vásquez Velásquez, a quien estaba autorizada, siendo encontrada en poder de aquél al ser requerido, cuando no estaba cumpliendo su función de escolta y se hallaba embriagado.

Cabe observar también que en varias oportunidades la Corte ha aclarado que la carga natural forma parte del concepto de arma de fuego, "pero ello no significa que si la persona lleva unos proyectiles más, ya por eso su comportamiento se tipifica como porte de munición, pues ese no es un concepto matemático sino valorativo, y el juez debe analizarlo en cada caso concreto" (auto del 25 de julio de 1996, rad. 11.843, M. P. Ricardo Calvete Rangel).

Es entendible que alguien posea más de una carga con dos proveedores, si a ello da lugar la clase de arma, por diversas razones como la eventual obstrucción o no funcionamiento de uno de ellos, que llevaría a la utilización del sustituto, y que se tenga munición en cantidad que, dado caso, permita la periódica práctica controlada de polígono, recomendada a quienes están autorizados a llevar consigo armas de fuego, para desarrollar y mantener la habilidad en su uso y así disminuir los graves riesgos de error que tal eventualidad acarrea.

Ha de recordarse, de otra parte, que de conformidad con el parágrafo del artículo 48 del Decreto 2535 de 1993, corresponde al Comando General de las Fuerzas Militares determinar la clase y cantidad de munición y la frecuencia con que puede venderse, por cada tipo de arma y de permiso, Comando que faculta la venta de 500 cartuchos al adquirir el arma y 200 semestralmente, a quien con permiso posea "subametralladoras" de defensa personal, según la disposición N° 43 del 27 de agosto de 1988.

Así, el número de cartuchos incautados en el asunto que se analiza, alto prima facie, guarda proporción con la naturaleza del arma portada y las circunstancias que rodearon el hecho investigado, hasta el punto de ameritar un tratamiento integral con la pistola. La munición destinada a una sola arma de fuego, la misma llevada consigo en el asunto concreto, forma parte integrante de ella en su concepción jurídica y la tenencia del conjunto implica unidad de acción y no un concurso efectivo de tipos penales, por lo cual no se imputan dos posibles delitos sino uno sólo, consistente en el simple porte de arma, para el caso de defensa personal, y no el de llevar consigo munición que, se repite, no se estaba transportando en sí misma sino como complemento del arma.

No sobra decir que en el hipotético evento de que resultara también configurado el porte de munición, lo procedente por parte del Juez Penal del Circuito era compulsar copias con destino a la justicia regional, como acertadamente indicó el Tribunal Nacional, porque a partir del cierre de la investigación por el porte ilegal de arma de fuego se habría roto la unidad procesal, de acuerdo con lo dispuesto por los artículos 88, 90-2 y 438 A del Código de Procedimiento Penal.

En consecuencia, el Juzgado 18 Penal del Circuito de Medellín es el competente para continuar con el juicio. A esa oficina judicial será devuelto el proceso para que actúe como corresponde al estado que tenía cuando decidió enviarlo a la justicia regional y frente a la acusación de porte ilegal de arma de fuego de defensa personal, que volvió a quedar en vigor al revocar el Tribunal Nacional la declaratoria de nulidad proferida por un Juzgado Regional de Medellín, despachos a los cuales se enviará copia de esta providencia, para su respectiva información.

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

RESUELVE:

1° DIRIMIR el conflicto negativo de competencias planteado, en el sentido de declarar que al Juzgado 18 Penal del Circuito de Medellín le corresponde continuar conociendo de este proceso. Remítasele el expediente para lo de su cargo.

2° Enviar copia de esta providencia al Tribunal Nacional y al Juez Regional de Medellín, para su información.

Cópiese, comuníquese y cúmplase.

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

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

UNIDAD PROCESAL-Ruptura/ HOMICIDIO-Ley 40 de 1993/ SECUESTRO

Si bien la legislación ha establecido la unidad procesal, principio en virtud del cual, por cada hecho punible se debe adelantar una sola actuación sea cual fuere el número de autores o partícipes, la propia normatividad admite la proliferación de actuaciones cuando excluye la posibilidad de que con ellos se produzcan nulidades, dejando sí a salvo la afectación de garantías constitucionales. Lo que no podía ser de otra manera, puesto que en los casos de pluralidad de agentes del delito, la definición de la situación procesal de un sindicado no podría convertirse en inconveniente dilación del procedimiento que se adelanta contra los demás, pues ello no solamente prolongaría la condición sub judice de algunos de los implicados, sino que aun eventualmente podría constituirse en un factor que lleve a la impunidad.

Cuando la Ley 40 de 1993 cita cada uno de los artículos 323 y 324 del Código Penal, para sentenciar que "quedará así", utiliza una locución que implica la desaparición del contenido que conforme al Decreto 100 de 1980 traían, y su sustitución por el texto que ella introduce. En este sentido se ha pronunciado la Corte en decisiones del 21 de noviembre de 1995, el 25 de julio de 1996 y el 5 de noviembre de 1996 (M.P. Dr. Carlos Gálvez, Dr. Juan Manuel Torres y Dr. Carlos Gálvez, respectivamente).

En las anteriores condiciones no hay lugar para afirmar que las disposiciones del Decreto 100 de 1980, relacionadas con el homicidio y el secuestro, mantengan su vigencia, en forma paralela a delitos de igual naturaleza sancionados por la llamada Ley Antisecuestro; y que para su aplicación se requiera una interdependencia fáctica con el delito de secuestro, puesto que se trata de tipos delictuales autónomos, para cada uno de los cuales fue incrementada la sanción.

Proceso No. 11129

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal

Magistrado Ponente Dr.: *Edgar Lombana Trujillo*

Aprobado Acta No.21

Santafé de Bogotá D. C. diecisiete (17) de febrero de mil novecientos noventa y nueve (1999).

VISTOS

Se decide el recurso extraordinario de casación interpuesto por la defensa contra la sentencia del 13 de marzo de 1995, del Tribunal Superior de Cartagena, que confirma, con modificaciones la condena impuesta por el Juzgado Quinto Penal del Circuito de esa ciudad a Freddy López Chiquillo, Edgar López Chiquillo, Edaris Flórez Zurique y Alfredo Márquez Guerrero, como autores de los delitos de homicidio agravado y hurto calificado.

HECHOS

Pasadas las nueve de la noche del primero de mayo de 1993, cuando salía de la casa de Maritza del Valle, ubicada en el barrio La Esperanza de la ciudad Cartagena, Orlando Ortiz Ramos fue agredido por varias personas que lo despojaron del arma de fuego que portaba y le dispararon dos veces sobre el tórax ocasionándole la muerte. Este hecho se atribuyó a los integrantes de una banda denominada los "Lebranches".

SÍNTESIS PROCESAL

El 17 de mayo de 1993 al resolver la apertura de la instrucción, la Fiscalía 33 de la Unidad Previa y Permanente de Cartagena, dispuso oír en indagatoria a Edison Suárez y capturar a Alfredo Guerrero (a. El Alfre), Darío Flórez Zurique (a. El Daris), Freddy López Chiquillo (a. El Máquina), Efraín López Chiquillo (a. El Elkin), Carlos Alberto (a. El Pelo de rata), Alexis (a. El Alex) y Enrique (a. Enriquito).

Al iniciar la indagatoria del capturado Alexmar Alvarez Bravo, con una copia del registro civil de nacimiento se estableció que se trataba de un menor de edad, y por ello el instructor remitió al implicado con copia de la actuación a la jurisdicción penal de menores.

También fueron capturados y escuchados en indagatoria Efraín López Chiquillo y Darío Flórez Zurique, diligencia en la cual se estableció que el nombre de éste último era el de Edaris Flórez Zurique. Estos dos sindicados fueron sometidos a medida de aseguramiento de detención preventiva por los delitos de hurto y homicidio agravado, según consta en resolución que la Fiscalía 36 de la Unidad de Vida Especializada profirió el 28 de julio de 1993.

En igual forma fue vinculado al proceso Freddy López Chiquillo, en contra de quien se ordenó medida de aseguramiento de detención preven-

tiva el 4 de agosto de 1993 por los delitos de hurto calificado y homicidio agravado.

La fiscalía instructora dispuso vincular al proceso a Enrique Linares Daut, lo escuchó en injurada y el 19 de agosto de 1993 ordenó su detención preventiva, por los delitos de hurto calificado y homicidio agravado.

Alfredo Márquez Guerrero fue escuchado en indagatoria e inicialmente dejado en libertad, pero, efectuado un reconocimiento en fila de personas, el 30 de diciembre de 1993 se le impuso medida de aseguramiento de detención preventiva por los delitos de homicidio y hurto. En el mismo pronunciamiento se ordenó compulsar copias para investigar a Adalbis Sanmartín Moreno.

El 26 de enero de 1994, se declaró extinguida la acción penal adelantada contra Enrique Linares Daut, por muerte, auto que también concedió la excarcelación de Edaris Flórez Zurique, Efraín y Freddy López Chiquillo.

El 21 de febrero de 1994, la Fiscalía Diez de la Unidad Especializada de Vida dictó Resolución de Acusación contra Freddy (Freddys) López Chiquillo, Efraín López Chiquillo, Edaris (Darío) Flórez Zurique y Alfredo Márquez, como autores de los delitos de Homicidio agravado y Hurto calificado. Así mismo determinó compulsar copias de lo pertinente para investigar por separado la posible participación delincuencial de Adalbis Sanmartín Moreno y nuevamente declaró extinguida la acción penal correspondiente a Enrique Linares Daut, revocando la libertad concedida a algunos sindicados

El Juzgado Quinto Penal del Circuito de Cartagena adelantó el encausamiento, durante su trámite el juicio recaudó las ampliaciones de indagatoria de varios de los procesados y otros elementos de convicción. Luego, el 6 de octubre de 1994 dictó la sentencia de primer grado, condenando a Freddy López Chiquillo, Efraín López Chiquillo, Edaris Flórez Zurique y Alfredo Márquez Guerrero como responsables de los delitos de Homicidio agravado y Hurto calificado y agravado, a la pena principal de cuarenta y tres (43) años de prisión para cada uno, a las accesorias de interdicción de derechos y funciones públicas por el lapso de diez (10) años, y les impuso la obligación de indemnizar los perjuicios ocasionados con el hecho punible.

El 13 de marzo de 1995 el Tribunal Superior de Cartagena desató la apelación interpuesta contra la sentencia de primera instancia, modificándola en el sentido de condenar a los procesados a la pena principal de CUARENTA Y DOS (42) AÑOS DE PRISION, pues eliminó la agravación para el delito de hurto calificado.

El defensor público de Freddy López Chiquillo, Efraín López Chiquillo y Edaris Flórez Zurique interpuso entonces el recurso extraordinario de casación, en tiempo presentó la respectiva demanda y, posteriormente,

en el término del traslado a los no recurrentes introdujo otro escrito de sustentación, de contenido similar al del libelo.

La Demanda

Primer Cargo

Se formula de conformidad con la causal de casación contemplada en el artículo 220.1 del Código de Procedimiento Penal, por infracción directa de los artículos 323 y 324 del Código Penal, al condenar a los procesados en los términos de los artículos 29 y 30 de la Ley 40 de 1993.

En sentir del actor, la violación a la ley se concreta en la indebida aplicación de la pena establecida en la Ley 40 de 1993 que reglamenta el secuestro y todos los delitos cometidos con ocasión del mismo cuando en el acervo probatorio no existe duda de que el propósito del homicidio fue hurtar el arma que llevaba el occiso, sin la más remota relación con un delito de secuestro. Por tanto, han debido aplicarse las normas generales que sobre el homicidio trae el Código Penal.

En consecuencia, el recurrente solicita a la Corte que revoque la sentencia y en su lugar imponga a los acusados una pena que oscile entre los 16 y los 30 años de prisión.

Segundo Cargo

Acusa la sentencia de haberse dictado en un juicio viciado de nulidad, conforme a las causales tercera de casación y segunda del artículo 304 C.P.P., por cuanto se incurrió en irregularidades sustanciales que afectan el debido proceso, con violación de los artículos 136, 352, 356 y 88 del Código de Procedimiento Penal y 28 (sic) de la Constitución Política.

El actor puntualiza que desde los comienzos de la investigación y de acuerdo con los informes de las autoridades y la declaración del testigo Ramón Ruiz López, se sindicó a Carlos Alberto, alias "pelo de rata", con cargos concretos, como uno de los autores del homicidio y el hurto, y sin embargo no se procuró averiguar sobre su existencia, su identificación, ni se le vinculó al proceso como lo ordenan los artículos 136, 352 y 356 del Código de Procedimiento Penal; condiciones en las cuales se calificó el sumario, con lo cual se produjo la vulneración de los artículos 1o. del Código de Procedimiento Penal y 29 de la Carta, sobre la observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio.

El impugnante también censura que la Fiscalía no hubiera escuchado en indagatoria a Adalbis Sanmartín Moreno, contra quien obraban cargos en este proceso y estaba detenido por cuenta de otro despacho y fue reconocido por el testigo Ramón Ruiz, y que hubiera ordenado que sobre copias se adelantara por separado la averiguación sobre este implicado, porque con ello se rompió la unidad procesal y se vulneró el artículo 88 del Código de Procedimiento Penal, configurándose una irregularidad

procesal y la violación de los artículos 1o. del Código de Procedimiento Penal y 29 de la Carta Política, a pesar de lo cual, el Tribunal Superior de Cartagena confirmó la sentencia de primera instancia con modificaciones, pero sin decretar la nulidad existente.

Para terminar, el censor pide a la Corte que case la sentencia del 13 de marzo de 1995 declarándola nula a partir del cierre de la investigación, por haber sido proferida en proceso viciado de nulidad, o que se case la sentencia revocando su parte resolutiva y se dicte la de reemplazo en donde se imponga a los condenados la pena que en derecho corresponda.

CONCEPTO DEL PROCURADOR TERCERO DELEGADO EN LO PENAL

Primer Cargo

El representante de la sociedad resalta que el actor no hace esfuerzo alguno por demostrar por qué considera subsistentes las disposiciones del decreto 100 de 1980, enfrentándose a lo establecido por la propia Ley 40 de 1993, a su exequibilidad y a las posiciones jurisprudenciales más recientes. Por ello no encuentra vocación de prosperidad para el planteamiento.

El Delegado reitera su opinión sobre el punto en debate, esto es, que la Ley 40 de 1993 derogó los artículos 323 y 324 del Decreto 100 de 1980, y en ella, se modernizaron los instrumentos de lucha contra el secuestro, adecuándolos a un nuevo sistema jurídico penal que incrementó las penas para los delitos que afectan bienes jurídicos de más relevancia social y política que el de la libertad personal.

En opinión del Procurador es equivocado sostener que la modificación del estatuto penal solo abarca los ilícitos contra la vida que tienen relación con el secuestro, porque los aumentos punitivos para los delitos diferentes al secuestro, fueron necesarios para adecuar el sistema penal a la protección de los bienes jurídicos, como lo declaró la Corte Constitucional al examinar la Constitucionalidad de la Ley 40 de 1993.

Después de citar un aparte de la sentencia que esta Sala emitió el 21 de noviembre de 1995, en donde actuó como Ponente el Magistrado Carlos Gálvez Argote, el agente del Ministerio Público considera que no le asiste razón al libelista al pretender que no se diera aplicación a la Ley 40 de 1993 a la situación de los procesados, puesto que los artículos 323 y 324 del decreto 100 de 1980 quedaron derogados, salvo para efectos de favorabilidad. Su conclusión es que el cargo resulta improcedente y debe ser desechado.

Segundo Cargo

Recuerda las exigencias que se deben cumplir en la postulación de un cargo de nulidad. En seguida, refiriéndose a la omisión de vincular al proceso a Carlos Alberto, alias "pelo de rata", mediante indagatoria o de-

claratoria de ausente, sostiene el conceptuante que esa irregularidad no tiene entidad para alcanzar los márgenes de nulidad, por cuanto el principio de la unidad procesal puede romperse sin detrimento de las garantías procesales, cuando son insuficientes los datos que permiten vincular a uno o varios sindicados, evitando la dilación injustificada de los procedimientos que afectan a otros implicados conocidos, además de que la responsabilidad penal es personal. Y en este caso, si Carlos Alberto colaboró en el suceso delictivo, esa participación no desvirtúa la intervención de los demás procesados y no incide en la sentencia impugnada.

Por otra parte, la no vinculación procesal de Adalbis Sanmartín, para investigarlo por separado, es un procedimiento que el Delegado observa acertado, porque ante el cierre de la investigación y el desculdo sobre la identificación y vinculación procesal del sindicado, esa era la única salida procedimental válida, para establecer la responsabilidad del indiciado, quien no podía verse afectado por la calificación sumarial, porque no había sido enterado de los cargos ni se había defendido de ellos; e intentar la vinculación habría retrasado el trámite correspondiente a los demás incriminados.

Ese aspecto, idéntico al anterior, no incide en el fallo impugnado ni genera nulidad, por ello, el representante de la sociedad considera que el cargo no procede.

Antes de terminar su concepto sugiriéndole a la Sala que no case la sentencia impugnada, el Delegado llama la atención sobre el desculdo que campeó durante la instrucción, hasta el punto de inexistir de algunas actas de diligencias por falta de firma del fiscal investigador, para resaltar el peligro en que son puestas tanto las garantías ciudadanas como el éxito de las investigaciones.

La Sala Considera

Ante la eventualidad de que la postulación de la causal tercera de casación pudiera resultar exitosa y que en esas circunstancias la actuación procesal llegara a regresar a etapas anteriores, dejando sin piso las acusaciones formuladas, la Sala dará respuesta a la demanda comenzando por el cargo de invalidez, cuya prosperidad está atada al cumplimiento del proceso lógico demostrativo propio del recurso extraordinario que se inicia en la individualización de la anomalía procesal, sigue con la comprobación del deterioro que produjo en las garantías fundamentales del procesado, y culmina con la demostración de la forma como la irregularidad afectó la esencia de la sentencia de condena.

Segundo Cargo

El actor plantea la causal tercera de casación, denunciando que en este proceso se cometieron irregularidades sustanciales que significan la transgresión a las disposiciones de los artículos 1o., 88, 136, 352 y 356

del Código de Procedimiento Penal y 29 de la Constitución Política, por las decisiones que se adoptaron respecto de los señores Carlos Alberto, alias "pelo de rata", y Adalbis Moreno Sanmartín, por cuanto existiendo contra ellos cargos que los vinculan a la comisión del hecho investigado, no fueron vinculados directa ni indirectamente a esta actuación. Respecto de la situación del primero, critica que no se hubiera gestionado la comprobación de su existencia e identificación y con respecto al segundo, censura que se hubiera dispuesto separar la investigación sobre su conducta, porque de esa manera se rompió la unidad procesal establecida por el artículo 88 del estatuto procedimental.

La primera observación para formular a este reproche es el desconocimiento de la incidencia que la separación de las investigaciones correspondientes a otros sindicados pudo haber tenido en la sentencia de condena, puesto que el libelista solo está facultado para demandar que se subsanen aquellas irregularidades que afecten las garantías fundamentales de sus representados, aspecto sobre el cual no alega, pero que tampoco se vislumbra por parte alguna, en razón de que cumplida o no la vinculación procesal de Carlos Alberto y Albenis Sanmartín, la situación de los procesados impugnantes frente a la comisión del hecho y a su responsabilidad no muestra padecer alteración alguna.

De otra parte, las determinaciones judiciales demandadas no están afectadas por el vicio que se les endilga, pues si bien la legislación ha establecido la unidad procesal, principio en virtud del cual, por cada hecho punible se debe adelantar una sola actuación sea cual fuere el número de autores o partícipes, la propia normatividad admite la proliferación de actuaciones cuando excluye la posibilidad de que con ellos se produzcan nulidades, dejando sí a salvo la afectación de garantías constitucionales. Lo que no podía ser de otra manera, puesto que en los casos de pluralidad de agentes del delito, la definición de la situación procesal de un sindicado no podría convertirse en inconveniente dilación del procedimiento que se adelanta contra los demás, pues ello no solamente prolongaría la condición sub judice de algunos de los implicados, sino que aún eventualmente podría constituirse en un factor que lleve a la impunidad.

Así las cosas, que no se haya investigado conjuntamente la conducta de todos los participantes del hecho en que se privó de la vida a Orlando Ortiz Ramos, no es una actitud que signifique la violación del debido proceso, como no lo es el hecho de no haberse dispuesto la vinculación de Carlos Alberto alias "pelo de rata", pues una decisión de esa naturaleza está condicionada a que el instructor tenga suficientes elementos de convicción sobre la identidad del indiciado; ni el disponer que en actuación separada se investigue, de la conducta de Albenis Sanmartín Moreno. De ahí que la censura resulte imprósperа.

Primer Cargo

El recurrente formula otro cargo contra la sentencia del Tribunal Superior de Cartagena, a la luz de la causal primera de casación, por la violación directa de la ley sustancial y específicamente por haberse dosificado la pena correspondiente al delito de Homicidio con base en los artículos 29 y 30 de la Ley 40 de 1993 y no con fundamento en las disposiciones de los artículos 323 y 324 del Decreto 100 de 1980, siendo que ese hecho no tuvo relación alguna con un delito de secuestro.

La primera objeción que se puede predicar con respecto al anterior postulado es el equívoco que acompaña al casacionista cuando pregona la inaplicación de los artículos 323 y 324 del Decreto 100 de 1980, como si tales disposiciones estuvieran vigentes, con lo cual desconoce el texto de la ley 40 de 1993 y el pronunciamiento de exequibilidad de la Corte Constitucional.

Precisamente con fundamento en esas dos fuentes, esta Sala ha entendido que la denominada Ley Antisecuestro contiene disposiciones en materia penal que regulan aspectos que se extienden más allá del reducido tema del secuestro, puesto que su finalidad involucra una política criminal destinada a la protección de los bienes jurídicos de la vida, la libertad, la dignidad, la familia y la paz, cuya concretización se reflejó en una modificación del esquema básico del Código Penal, referido a diversos tópicos, como sucedió con los topes máximos de la pena de prisión en general y al incremento específico para las penas asignadas a los delitos de homicidio, extorsión y secuestro, de tal manera que el legislador expresamente modificó, en sus consecuencias punitivas, los tipos penales referidos.

Por lo demás, cuando la Ley 40 de 1993 cita cada uno de los artículos 323 y 324 del Código Penal, para sentenciar que "quedará así", utiliza una locución que implica la desaparición del contenido que conforme al Decreto 100 de 1980 traían, y su sustitución por el texto que ella introduce. En este sentido se ha pronunciado la Corte en decisiones del 21 de noviembre de 1995, el 25 de julio de 1996 y el 5 de noviembre de 1996 (M.P. Dr. Carlos Galvez, Dr. Juan Manuel Torres y Dr. Carlos Gálvez, repectivamente).

En las anteriores condiciones no hay lugar para afirmar que las disposiciones del Decreto 100 de 1980, relacionadas con el homicidio y el secuestro, mantenga su vigencia, en forma paralela a delitos de igual naturaleza sancionados por la llamada Ley Antisecuestro; y que para su aplicación se requiera de una interdependencia fáctica con el delito de secuestro, puesto que se trata de tipos delictuales autónomos, para cada uno de los cuales fue incrementada la sanción.

Estas son las razones que conducen a declarar sin fundamento el cargo que por infracción directa de la ley sustancial puso a consideración de la Sala el aquí demandante.

Para terminar, se advierte que efectivamente y como lo observa el señor representante del Ministerio Público, la instrucción de este proceso revela descuidos y deficiencias que podrían configurar hechos disciplinariamente perseguibles, por lo que se ordenará solicitar a la Procuraduría Regional de Cartagena, de haber mérito, adelante la averiguación correspondiente.

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. NO CASAR el fallo impugnado.

Cópiese, comuníquese y cúmplase.

Jorge Aníbal Gómez Gallego. Jorge E. Córdoba Poveda, Fernando E. Arboleda Ripoll, Ricardo Calvete Rangel, Carlos A. Gálvez Argote, 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 el recurso extraordinario es un enjuiciamiento técnico que se efectúa sobre la sentencia impugnada y no una instancia más, debiendo sujetarse a unas formalidades legalmente determinadas al efecto.

En relación con los requisitos formales, enseña 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.

Frente al primer cargo, que la causal que se estima procedente sea la tercera, en nada reduce esos 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. Carlos Augusto Gálvez Argote y octubre 24 del mismo año, radicación 9755, M.P. Carlos Eduardo Mejía Escobar, que la formulación de cargos con base en esta causal no es libre ni caprichosa, pues acá también existe la obligación de fundamentar y demostrar, así mismo de manera precisa y clara, cómo los errores in procedendo trascendieron seria e irremediablemente contra las garantías fundamentales o en el desconocimiento grave de la estructura básica del procedimiento, indicando desde qué momento se debe invalidar el proceso.

En el recurso extraordinario de casación rige el principio de autonomía de las causales, en virtud del cual cada una tiene su propia y particular estructura, porque se apoyan en diferentes motivos, están sometidas a precisas formalidades en su demostración y tienen sus propias consecuencias, de manera que es errado mezclar en una misma censura cargos propios de distintas causales, con los cuales se pretenda debatir una misma situación fáctica. De otra parte, en virtud del principio de limitación (art. 228 C. de P. P.), no le está permitido a la Corte tener en cuenta causales de casación distintas a la expresamente alegada por el recurrente.

La causal primera de casación establece dos modalidades de quebrantamiento de la norma de derecho sustancial: una, a causa de su violación directa, caso en el cual el casacionista, evitando cualquier debate probatorio, endereza el razonamiento jurídico a demostrar la aplicación indebida del precepto a los hechos ya definidos por el juzgador, o su falta de aplicación, o su interpretación errónea, procurando que la Corte, probada la causal, dicte el fallo de reemplazo; la otra también deviene de la vulneración de la ley sustancial, pero a través de una incorrecta apreciación de la prueba, por lo cual es conocida como violación indirecta, modalidad en la que se debe demostrar la equivocación en que incurrió el fallador, bien se trate de un error de hecho acerca del alcance objetivo de la prueba, como cuando se ignora estando incorporada en el proceso o se supone sin que obre allí (falso juicio de existencia), o cuando se distorsiona su sentido (falso juicio de identidad); o que se ubique en el campo del error de derecho, que emana de un falso juicio de legalidad, proveniente de un vicio invalidante en el acopio de la prueba que, sin embargo, es tomada en cuenta, o porque a pesar de no estar afectada de ninguna irregularidad grave e insubsanable se le repudie. El falso juicio de convicción por regla general deviene improcedente, al no operar en la legislación procesal nacional la tarifa legal de prueba.

Proceso No. 13080

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal

Magistrado Ponente: Dr. *Nilson E. Pinilla Pinilla*

Aprobado Acta N° 21

Santafé de Bogotá, D. C., diecisiete (17) de febrero de mil novecientos noventa y nueve (1999).

ASUNTO

Decide la Corte sobre la admisibilidad de la demanda de casación presentada por la defensora del procesado Askelon Delano Gordón Gordón.

HECHOS Y ACTUACIÓN PROCESAL

En horas de la tarde del 1° de enero de 1994, en un paradero de buses ubicado en el kilómetro 7 de la carretera circunvalar de San Andrés Isla, se presentó una discusión entre Askelon Delano Gordón Gordón y el conductor Leonardo Steel Jessie con motivo del alza en el valor del pasaje. Pasado el altercado verbal, Gordón se proveyó de un revólver, que disparó en dos oportunidades sobre la cabeza de Steel Jessie, quien murió cuando era trasladado a un centro asistencial.

Abierta la correspondiente investigación, Askelon Delano Gordón Gordón fue indagado y el 7 de enero siguiente la Fiscalía 26 Seccional de San Andrés Isla profirió en su contra medida de aseguramiento de detención preventiva, por el delito de homicidio (fs. 31 a 38 cd. 1).

Decretado el cierre de la instrucción, el 23 de enero de 1995 fue calificada con resolución de acusación, predicándose del homicidio las agravantes previstas en los numerales 4° y 7° del artículo 324 del Código Penal, por haberse suscitado el hecho por un motivo fútil (discusión sobre el precio de un pasaje) y la indefensión en que se encontraba la víctima en el momento de la agresión que terminó con su vida (fs. 119 a 125 ib); providencia apelada por el defensor y confirmada el 27 de febrero del mismo año por la Unidad de Fiscalía Delegada ante el Tribunal Superior de Cartagena (f. 4 a 12 cd. 2a. instancia Fiscalía).

Adelantado el juicio, el 26 de octubre de 1995 el Juzgado 1° Penal del Circuito de San Andrés Isla condenó a Gordón por el homicidio agravado, a la pena de prisión de 45 años y a la de interdicción de derechos y funciones públicas durante 10 años, ordenando compulsar copias para investigar el delito de porte ilegal de armas (fs. 70 a 83 cd. 2), sentencia recurrida por el defensor y confirmada por el Tribunal Superior de Cartagena mediante fallo de fecha 5 de agosto de 1996 (fs. 38 a 57 cd. 1 Trib.), que es objeto del recurso extraordinario de casación.

La Demanda

Especificada la sentencia contra la cual va dirigido el recurso extraordinario, mencionados parcialmente los sujetos procesales y sintetizados los hechos y la actuación procesal, la defensora de Askelon Delano Gordón Gordón presenta la demanda de casación, formulando tres cargos:

Primer cargo: Acude a la causal tercera del artículo 220 del Código de Procedimiento Penal, para sostener que la sentencia se dictó en un juicio "viciado de ilegitimidad procesal, pues las pruebas fueron mal apreciadas; sin observancia del artículo 254 del C. P. P. La nulidad emerge de la existencia de irregularidades sustanciales que afectan el debido proceso y violan el derecho de defensa... y por absoluta falta de motivación en cuanto a la responsabilidad de Askelon Gordón Gordón" (pág. 4 de la demanda).

En su opinión, los hechos imputados a su asistido "no fueron concretos, ni discriminados desde el momento de su injurada" (p. 7 ib.) y desde que se definió la situación jurídica no existía prueba que comprometiera la responsabilidad del procesado, menos cuando se fundamenta en el testimonio de Morvin Pomare, medio de convicción que no fue analizado conforme a la sana crítica y al cual califica de contradictorio, "puesto que en su primera juramentada manifiesta no haber visto el momento mismo

de los hechos. Y posteriormente, se contradice pues en su ampliación dice otra cosa. Lo cual hace no creíble lo dicho por este ciudadano" (p. 7 ib.), que lo que crea es duda y ésta debió ser asumida en favor del procesado.

Le critica al ad quem que "únicamente se ocupó de considerar y de analizar los aspectos impugnados, olvidando y desatendiéndose de la situación legal del acusado y ante todo de la legalidad de la pena" y reprocha que "no solo la sentencia carece de suficiente motivación. El auto (sic) que impuso medida de aseguramiento, la resolución acusatoria y el auto que lo confirma (sic), carecen por completo de razonamiento legal, de sustento probatorio de análisis jurídico" (p. 12).

Lo anterior causó grave perjuicio al sindicado, al haber sido condenado a pena privativa de la libertad "injusta e ilegal", con mayor razón cuando se afirma que el sindicado "desarrolló el comportamiento por precio, lo cual riñe abiertamente con la prueba recaudada" (p. 11 ib.), apreciaciones que le llevan a decir que a lo sumo debió imponerse "una mínima sanción de 25 años", pero que a su asistido debió creérsele y reconocerle legítima defensa, en cuanto siendo él un anciano, fue agredido por Leonardo Steel Jessie, joven fornido, surgiendo la pertinencia de precluir la investigación al estar su conducta "inmersa dentro del artículo 36 del C. P. P." (p. 13 ib.).

Para finalizar el cargo, enumera como quebrantados los artículos 29 y 230 de la Constitución y 1°, 6°, 180 numerales 4 y 5, 246, 247, 254, 304 numerales 2 y 3, 389 numeral 2 y 442 numeral 2 del Código de Procedimiento Penal.

Segundo cargo: Lo enuncia como violación de la ley sustancial, por error de hecho por desfiguración de la prueba testimonial.

Acudiendo así a la causal primera de casación, anota que los juzgadores de instancia incurrieron en "falso juicio de apreciación y valoración del testimonio de Morvin Pomare y el de los policiales" (p. 18 ib.). Al primero lo critica ampliamente, buscando demostrar que además de provenir de persona laboralmente allegada al occiso, es contradictorio y no le correspondía la credibilidad que se le dio, ni podía ser tergiversado o mutado para hacerlo pasar como "concordante y concomitante", que no lo es.

Afirma que el sentenciador también "tergiversó y distorsionó el sentido de la prueba indiciaria" (p. 17 ib.). Esos errores llevaron a que se impusiera una pena exagerada al imputar un homicidio agravado, cuando debió comprender sólo el homicidio simple y, como no discute "la autoría y menos la existencia del hecho punible", debió admitirse la causal de justificación prevista en el numeral 4° del artículo 29 del Código Penal, en torno a lo cual también refiere que su acudido "se sintió ofendido en su honor y su dignidad" (p. 26 ib.).

Reseña como infringidas las disposiciones contenidas en los artículos 5, 35 y 324 del Código Penal, los dos primeros al ser omitidos y el último

al aplicarse en lugar del 323 ibidem; y 247, 254, 294, 36 y 445 del Código de Procedimiento Penal.

Tercer cargo: Lo ubica en "Ilegalidad de la sentencia en cuanto el cuantum de pena impuesta", censura que separa al considerar excluyente y subsidiaria frente a las anteriores.

Sostiene que debido a la "inobservancia conforme a la sana crítica de las pruebas obrantes en la cartilla procesal", en el fallo se incurrió en errores en la interpretación "de varios preceptos de la ley penal sustantiva reguladores de la pena", que no cita (p. 28 ib.).

Asevera que "se tuvo en cuenta una misma circunstancia o hecho para deducir un homicidio agravado", cuando la verdad procesal indicaba un homicidio simple, de manera que el juzgador excedió los límites impuestos por la ley para tasar la pena.

Pide en consecuencia que se anule la sentencia condenatoria "por irregularidades sustanciales que afectan el debido proceso y por vulneración ostensible del derecho de defensa, a partir del momento de su indagatoria"; o que se case la sentencia absolviendo al procesado, al no existir certeza para condenar; o en subsidio, casar parcialmente el fallo por ser la pena ilegítima.

Consideraciones de la Corte

La demanda de casación no es un escrito de libre elaboración, pues el recurso extraordinario es un enjuiciamiento técnico que se efectúa sobre la sentencia impugnada y no una instancia más, debiendo sujetarse a unas formalidades legalmente determinadas al efecto.

En relación con los requisitos formales, enseña 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.

Frente al primer cargo, que la causal que se estima procedente sea la tercera, en nada reduce esos 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. Carlos Augusto Gálvez Argote y octubre 24 del mismo año, radicación 9755, M.P. Carlos Eduardo Mejía Escobar, que la formulación de cargos con base en esta causal no es libre ni caprichosa, pues acá también existe la obligación de fundamentar y demostrar, así mismo de manera precisa y clara, cómo los errores in procedendo trascendieron seria e irremediablemente contra las garantías fundamentales o en el desconocimiento grave de la estructura

básica del procedimiento, indicando desde qué momento se debe invalidar el proceso.

En el asunto examinado la defensora ensaya esto último, pero después de cuestionar las determinaciones que fueron asumidas por los funcionarios que tuvieron a cargo la investigación y el juicio, se retrae a decir que los juzgadores no podían darle credibilidad a la declaración rendida por uno de los testigos, el señor Morvin Pomare, confusión que no permite dilucidar si el reproche propone desconocimiento de las bases fundamentales de la instrucción o el juzgamiento, o si el error que se trata de aducir versa más bien sobre la apreciación de la prueba, postura propia de la violación indirecta de la ley sustancial.

En lo que tiene que ver con irregularidades que afecten el derecho de defensa, la recurrente se limita a sostener que en la indagatoria su asistido no fue interrogado sobre la calificación que se le dio a los hechos, censura frente a la cual deja a la Corte sin saber qué fue lo que se dejó de averiguar, su trascendencia y por qué sería necesario retrotraer la actuación a ese momento procesal, cuando se comprende la amplitud que tuvo el sindicado para ofrecer sus explicaciones sobre los sucesos investigados.

En el tema de la garantía de la defensa la demanda consigna una simple afirmación genérica, sin ninguna demostración, inconexa con una de las agravantes del homicidio que fue atribuida al motivo fútil desencadenante del suceso y no por "precio" como lo entiende la demandante, sin que tampoco su estimación se compadezca con que se hubiere establecido la justificante de la legítima defensa, o los fundamentos de la duración de la pena impuesta, aspectos propios de causal diferente.

Acerca de la falta de motivación que reiteradamente fustiga, tampoco explica en qué radicó ni cuáles son los puntos concretos de la sentencia que quedaron inmotivados, no resultando válido que extienda las críticas a situaciones evacuadas en el proceso a través de las determinaciones proferidas en su oportunidad.

En el recurso extraordinario de casación rige el principio de autonomía de las causales, en virtud del cual cada una tiene su propia y particular estructura, porque se apoyan en diferentes motivos, están sometidas a precisas formalidades en su demostración y tienen sus propias consecuencias; de manera que es errado mezclar en una misma censura cargos propios de distintas causales, con los cuales se pretenda debatir una misma situación fáctica. De otra parte, en virtud del principio de limitación (art. 228 C. de P. P.), no le está permitido a la Corte tener en cuenta causales de casación distintas a la expresamente alegada por el recurrente. En nada de lo anterior logra precisión ni claridad la demanda estudiada.

Acerca del segundo cargo, la confusión y falta de técnica se mantiene cuando el libelo aborda el reproche por supuesta violación indirecta de la ley sustancial, debido a lo que inicialmente califica como error de hecho, que podría entenderse por falso juicio de identidad.

No explica la recurrente de qué manera se distorsionó el sentido objetivo de la prueba, se aleja del error de hecho denunciado y se aproxima a una censura por error de derecho, en la modalidad del falso juicio de convicción, al cuestionar la fuerza probatoria que se dio al "testimonio de Morvin Pomare y de los policiales"; argumentación que por regla general resulta impropia en sede de casación, si se tiene en cuenta que el medio de prueba cuestionado no tiene un valor preestablecido y su estimación está reservada al juez, quien es libre de evaluarla dentro de los límites que le impone las reglas de la sana crítica.

En lo que tiene que ver con la prueba de indicios, no hace ninguna mención de cuáles ni específica si el reproche versa sobre la prueba del hecho indicador, o acerca de la operación mental de inferencia y la valoración individual o articulada de su poder de convicción.

En su imprecisión conceptual la demanda plantea, en un mismo contexto, que el procesado debió ser juzgado por homicidio simple y no agravado, y que atendiendo sus explicaciones se le debe reconocer la justificante de la legítima defensa, planteamiento contradictorio, pues no tiene sentido que al mismo tiempo se alegue que el comportamiento está amparado por causal que excluye la antijuridicidad, y que la incriminación puede mantenerse, pero excluyendo las causales de agravación.

Como tercer cargo sostiene la recurrente que en la determinación de la pena impuesta a su asistido, debido a equivocaciones en la apreciación de las pruebas, el sentenciador incurrió en interpretación errónea de varios preceptos de la ley penal sustancial, que omite mencionar.

Frente a tal planteamiento, resulta palmario que la recurrente no toma en consideración que la causal primera de casación establece dos modalidades de quebrantamiento de la norma de derecho sustancial: una, a causa de su violación directa, caso en el cual el casacionista, evitando cualquier debate probatorio, endereza el razonamiento jurídico a demostrar la aplicación indebida del precepto a los hechos ya definidos por el juzgador, o su falta de aplicación, o su interpretación errónea, procurando que la Corte, probada la causal, dicte el fallo de reemplazo; la otra también deviene de la vulneración de la ley sustancial, pero a través de una incorrecta apreciación de la prueba, por lo cual es conocida como violación indirecta, modalidad en la que se debe demostrar la equivocación en que incurrió el fallador, bien se trate de un error de hecho acerca del alcance objetivo de la prueba, como cuando se ignora estando incorporada en el proceso o se supone sin que obre allí (falso juicio de existencia), o cuando se distorsiona su sentido (falso juicio de identidad); o que

se ubique en el campo del error de derecho, que emana de un falso juicio de legalidad, proveniente de un vicio invalidante en el acopio de la prueba que, sin embargo, es tomada en cuenta, o porque a pesar de no estar afectada de ninguna irregularidad grave e insubsanable se le repudie. El falso juicio de convicción por regla general deviene improcedente, al no operar en la legislación procesal nacional la tarifa legal de prueba.

Queda en evidencia la imprecisión y falta de claridad de la actora, al no encuadrar la censura como ha debido hacerlo, no resultándole posible a la Corte suplirle para llenar los vacíos que deja, u optar por alguno de los extremos contradictorios que insinúa, lo cual conllevaría el riesgo de interpretar mal su pensamiento.

De tal manera, en acatamiento de lo instituido por los artículos 225-3 y 226 del Código de Procedimiento Penal, la Corte debe rechazar la demanda por los requisitos formales que incumple y declarar desierto el recurso interpuesto. Contra esta providencia, que adquiere ejecutoria en la misma fecha de su suscripción (art. 197 ib.), no cabe 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 la defensora del procesado Askelon Delano Gordón Gordón 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 Aníbal Gómez Gallego, Jorge E. Córdoba Poveda, Fernando E. Arboleda Ripoll, Ricardo Calvete Rangel, Carlos A. Gálvez Argote, Edgar Lombana Trujillo, Carlos E. Mejía Escobar, Didimo Páez Velandia, Nilson Pinilla Pinilla.

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

ABUSO DE CONFIANZA

Como ya tuvo oportunidad la Sala de precisarlo, cuando el Código Penal al describir en el artículo 358 el delito de abuso de confianza se refiere al "título no traslativo de dominio" exigido como "título no traslaticio de dominio" en la legislación anterior de 1936, eliminando el casuismo que caracterizaba frente a este delito a las leyes penales anteriores, no ha creado una categoría distinta, independiente a la regulación que sobre tal instituto privatista trae el Código Civil, sino que ya existiendo en esa normatividad, a ella ha acudido, pues no obstante que el Código Civil no define los títulos "no traslativos de dominio", es incuestionable que al regularlos en forma positiva como "los que por su naturaleza sirven para transferirlo como la venta, la permuta, la donación entre vivos", agregando además, " las sentencias de adjudicación en los juicios divisorios y los actos legales de partición", como secuela lógica cabe entender que son "títulos no traslativos de dominio" los que por su naturaleza no lo transfieren, es decir, los llamados títulos de mera tenencia, siendo a ellos a los que se refiere el Código Penal al describir el delito de abuso de confianza. "Basta leer la definición de esta norma, dijo la Corte en la decisión aludida, que corresponde al fallo de 19 de julio de 1988, de la cual fue ponente el Magistrado, doctor Lisandro Martínez Zúñiga, para llegar a tal conclusión: Se llama mera tenencia, la que se ejerce sobre una cosa no como dueño, sino en lugar o en nombre del dueño. El acreedor prendario, el secuestre, el usufructuario, el usuario, el que tiene derecho de habitación, son meros tenedores de la cosa empeñada, usufructuada o cuyo uso o habitación les pertenece, etc., enunciados como meros tenedores en el artículo 775 del Código Civil, no son propietarios de la cosa ni poseedores, porque no son dueños ni la atienen con ese ánimo", es decir, a ellos no se les ha transferido el dominio de la cosa.

Así, siendo que el artículo 358 del Código Penal al tipificar el delito de abuso de confianza parte de una definición igual a la de la mera tenencia del derecho civil, no se ve la razón por la cual el intérprete de la ley punitiva no se atenga a ella, que por demás en su comprensión y distinción reciben una decantada elaboración en esa rama

del derecho, sin que en forma alguna se contrapongan a las normas penales, pues si bien es cierto que en punto del estudio de aquellos y específicamente en los que atacan el patrimonio económico en los que concurren variados conceptos y definiciones pertenecientes al derecho privado, se ha interrogado la doctrina sobre si debe atenerse a ellos o si el derecho penal debe darles una significación autónoma, dividiéndose los criterios desde quienes al sostener el carácter absolutamente sancionatorio del derecho penal estiman se debe conservar la estructura y significación del derecho civil cuando se regulen institutos de su propia naturaleza, hasta los que afirmando su plena autonomía, entienden que cuando algunos institutos encuentran su definición en el derecho privado o se deduzcan de él, debe volverlos a plasmar, transformándolos de tal manera que adquieran una significación propia y autónoma para los efectos penales, es para la Sala lo prudente entender, como lo ha prohijado en otras oportunidades, que la cuestión es eminentemente interpretativa, imponiéndose en estos casos partir de las nociones ya acogidas por el derecho privado cuando no se opongan a los principios y finalidades del derecho penal, al igual que sucedería con el derecho comercial "en el cual por su estrecha vinculación con el civil no se observa razón jurídica valedera para que estos institutos no operen bajo iguales limitaciones", siendo claro, eso sí, que "si la aplicación prevista da origen a contradicciones con los principios y finalística del derecho penal, impera realizar las modificaciones que se estimen necesarias para eludir tal tropiezo; y en caso de que en las normas exista un vacío al respecto se procederá a suprimirlo, pero cuando no surja contradicción se aceptará la definición del derecho privado", adaptándo así "el concepto civil al fin y al carácter de la norma penal, sin que ello signifique invadir campos ajenos, sino que se aplican en el ámbito en el cual les corresponde actuar, y donde por razones especiales deben adquirir una particular significación o deben tomar un valor originario".

En estas condiciones, la similitud de la expresión utilizada por la ley para denominar el delito descrito en el artículo 358 y la de la circunstancia agravante del numeral segundo del artículo 351 referida al hurto, esto es, la de "abuso de confianza", tienen en cada una de estas previsiones normativas connotaciones propias en su contenido y alcances diferentes en sus efectos, como que en el primer caso su nomen juris se debe a que con la conducta abusiva del tenedor precario al no devolver al tradente la cosa, a quien la víctima se la ha entregado por un título no traslaticio de dominio, defrauda su confianza, de ahí que en otras legislaciones como la francesa se le denomine a esta conducta, "administración fraudulenta", mientras que en el evento del hurto lo que se reprocha para agravar la pena

es el haberse aprovechado de la confianza dada por el propietario, poseedor o tenedor de la cosa para que le sea más fácil al delincuente su ilegal apoderamiento. Por esto, al describir el legislador el delito de abuso de confianza exige que la cosa objeto de la posterior apropiación se haya "confiado o entregado" con anterioridad, sin que se exija necesariamente la existencia de un vínculo de confianza entre el derecho-habiente y el recibidor, entendido éste como la coexistencia de una comunicabilidad de caracteres que los haga compatibles en la dinámica de algunas circunstancias sociales, sino que la confianza nace del título mediante el cual se entrega la cosa, que al no transferir el dominio genera derechos que cree su propietario tener, contrario a lo que sucede con el agravante del hurto que, como se dijo, sí exige esta clase de relaciones interpersonales porque es en razón de ellas que el hurtador logra el apoderamiento indebido de la cosa, o por lo menos le posibilita su consumación.

Se requiere, entonces, en el delito de abuso de confianza que la cosa se haya "confiado o entregado" mediante el referido título precario de mera tenencia, lo cual tampoco significa que imprescindiblemente deba haberse entregado la cosa física e inmediatamente al tenedor precario, pues las dos expresiones utilizadas en la descripción típica del artículo 358 del Código Penal no son sinónimas, como para que pueda argüirse que si no hay entrega material e inmediata de la cosa no se tipifica este delito, pues por el contrario, al haberse incluido en el supuesto de hecho las dos posibilidades de traspuso de la mera tenencia de la cosa, como sucede entre nosotros a partir de la citada reforma penal de 1936 y se repite en el Código Penal vigente, ello se debe precisamente al querer incluir también esta segunda posibilidad de entrega que no corresponde stricto sensu al traspaso físico e inmediato de la cosa, sino a aquellos casos en que no obstante no concurrir esa entrega física, su propietario o quien tenga el derecho para hacerlo la pone bajo la tutela del mero tenedor, aun cuando en ese momento no le haya hecho la transferencia física de ella ni provenga directamente del derecho habiente, como sucede con el liquidador de una sociedad, o con la recuperación de un crédito para que otra persona le administre el dinero que de su cobro se obtenga, pues si bien en estos casos no hay una entrega física directa e inmediata del bien, es incuestionable que se lo ha dejado en custodia, desde luego, en las dos oportunidades, con el ánimo de desprendimiento del manejo y de la custodia de la cosa.

Proceso No. 11093

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal

Magistrado Ponente: Dr. *Carlos Augusto Gálvez Argote*

Aprobado Acta No. 21

Santafé de Bogotá D.C., febrero diecisiete (17) de mil novecientos noventa y nueve (1999).

VISTOS

Decide la Sala el recurso extraordinario de casación interpuesto por el defensor de Clara Inés Martínez Medina contra la sentencia proferida el 12 de junio de 1995 por el Tribunal Superior de Santafé de Bogotá, que confirmó integralmente la dictada por el Juzgado 35 Penal del Circuito de la misma ciudad, mediante la cual se condenó a dicha procesada a la pena principal de 31 meses de prisión, a la accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas por el mismo lapso y al pago de $465.000 por concepto de perjuicios materiales, como autora de los delitos de hurto agravado en concurso homogéneo y falsedad en documento privado, negándole de otra parte la concesión del subrogado de la condena de ejecución condicional.

HECHOS Y ACTUACIÓN PROCESAL

Los hechos que dieron origen al presente proceso tuvieron ocurrencia hacia el mes de abril de 1989 en el Colegio Nuevo Campestre de esta ciudad, cuando al habérsele entregado a la señora Gloria Inés Martínez Medina, quien se desempeñaba como secretaria ejecutiva de la Dirección Administrativa del plantel, dos cheques por valor de $700.000 y $100.000 cada uno, girados por su propietaria a favor de la señora Stella Acuña para cancelarle los servicios prestados por el transporte de los alumnos del colegio, se apropió de la suma de $450.000 obtenidos una vez solicitó a su beneficiaria los hiciera efectivos en la entidad bancaria correspondiente, entregándole únicamente $300.000 por el uno y $50.000 por el otro, elaborando como constancia de la entrega de la primera cantidad el comprobante de egreso No. 315 del 24 del mismo mes y año, según el cual este dinero correspondía a la cancelación de las facturas del mes de febrero y abono a las de marzo, negándose Stella Acuña a firmar el documento por cuanto en él se hacía figurar como recibida la suma de $700.000, apareciendo con posterioridad suscrito con su firma y su número de cédula, que se estableció fue falsificada.

Denunciadas estas conductas por el señor Juan Hernando Castaño Barrera, esposo de la dueña del plantel educativo, quien anexó como prueba los originales de los recibos de egreso Nos. 309 y 315 del 20 y 24 de abril de 1989 por valor de $750.000 y $700.000, respectivamente, los cuales aparentemente fueron firmados por Stella Acuña, apareciendo el primero con la anotación de "anulado", el Juzgado 28 de Instrucción Criminal de esta ciudad inició la correspondiente investigación, ordenando la vinculación formal de *Clara Inés Martínez Medina* mediante indagatoria, a la que

compareció el 13 de agosto de 1991, luego de la cual la Juez dispuso que continuara en libertad.

Posteriormente, en vigencia del Decreto 2.700 de 1991, esto es, el 14 de septiembre de 1993, la Fiscalía Seccional No. 209 de la Unidad Novena de Patrimonio Económico, resolvió la situación jurídica de la procesada afectándola con medida de aseguramiento de detención preventiva imputándole los delitos de falsedad en documento privado y estafa, al tiempo que le concedió la libertad provisional bajo caución.

Durante el curso de la etapa instructiva se amplió la indagatoria de la implicada a efectos de tomarle muestras manuscriturales con las que seguidamente se dispuso el correspondiente dictamen grafológico en el que se concluyó que las firmas de Stella Acuña que aparecen en los comprobantes de egreso No. 309 y 315 "son producto de una falsificación por imitación", razón por la cual no era posible determinar su autor.

Cerrada la investigación, el 24 de febrero de 1994 la misma Fiscalía instructora procedió a calificar el mérito probatorio del sumario, acusando a la procesada por el doble delito de hurto agravado por la confianza y el de falsedad en documento privado.

Ejecutoriada esta resolución el 9 de marzo siguiente e iniciada la etapa del juicio y decretadas las pruebas solicitadas por el Ministerio Público, al igual que otras dispuestas de oficio, las cuales exceptuando la ampliación de indagatoria no pudieron realizarse en la audiencia pública, se profirió la ya reseñada sentencia de primer grado, que al ser apelada por el defensor de la procesada Martínez Medina para que fuera revocada por existir duda, tanto respecto del hecho punible como de la responsabilidad, fue confirmada por el Tribunal.

La Demanda

No obstante que el demandante dice proponer el cargo al amparo de la causal primera de casación, cuyo texto transcribe, de inmediato afirma, que "...Impugno la sentencia recurrida con fundamento en la previsión contenida en el numeral 3°. del artículo 442 del C.P.P., por haberse incurrido en el auto de proceder en error relativo a la calificación jurídica de la infracción", que finalmente, concluye, es el producto de una equívoca apreciación de la prueba.

Acto seguido, y en punto de demostrar la anunciada censura, lo hace sosteniendo que el Tribunal desconoció sus derechos cuando al resolver la apelación interpuesta contra la sentencia de primera instancia, se limitó a reproducir las declaraciones del denunciante y la contratista de transporte, las únicas rendidas en este proceso y luego de referirse al delito de falsedad en documento privado, "en dos (2) renglones, consigna su deci-

sión de confirmar", sin que se detuviera a analizar los alegatos presentados por la defensa para sustentar la impugnación, lo cual califica de lesivo de las garantías debidas a los diferentes sujetos procesales, manifestando enseguida, que pretende ahora que la Corte analice el delito de hurto agravado frente al de abuso de confianza, pues en su criterio, esta es la adecuación típica que correspondía dar a la conducta de la procesada.

Para demostrar este nuevo enunciado, enfatiza, que al referirse a la materialidad del ilícito de hurto agravado por la confianza, la sentencia de primera instancia se vale repetidamente de expresiones que "recalcan" que la acusada se valió de la confianza y buena fe depositada en ella por la víctima para apropiarse del dinero que manipulaba en razón de sus funciones, pues su cargo era también de confianza, pasando seguidamente a reproducir algunas de las respuestas dadas por el denunciante y la testigo Stella Acuña en lo pertinente a los dineros que luego de girar los cheques y obtener su respectivo cobro, dejó para sí Clara Inés Martínez, pruebas con las que, a su juicio, no es posible sustentar la existencia de un punible que "no existió, si tenemos en cuenta que los cargos formulados no concuerdan con los hechos materia de juzgamiento".

Luego y en el acápite que denomina "prolegómenos de derecho", transcribe el censor variada jurisprudencia de esta Sala en la que se analizan las diferencias y similitudes entre el abuso de confianza y el hurto agravado por la confianza, concluyendo a partir de allí que, " para 'apoderarse' de un bien, no se requiere tener ni vínculo, ni poder, ni disponibilidad jurídica que aseguren la detentación o posesión del bien, elemento que sí es indispensable para tipificar el delito de ABUSO DE CONFIANZA como quiera que rezan los términos de tipicidad así:'...que se haya confiado o entregado por un título no traslaticio de dominio.'...".

A continuación expone algunas consideraciones sobre el principio de tipicidad en cuanto garantía jurídica a favor de las personas juzgadas y límite del ejercicio del poder punitivo estatal, solicitando en consecuencia, que se "convoque" a la procesada Martínez Medina por el delito de abuso de confianza, puesto que amparada en la buena fe depositada en ella por la víctima, "se apropió y no se apoderó" de los dineros del colegio Nuevo Campestre, concediéndosele igualmente el subrogado de la condena de ejecución condicional por cuanto ésta, "NO es responsable del comportamiento imputado en la sentencia impugnada".

Finalmente y sin que proponga cargo alguno, libremente solicita el demandante, se estudie lo relativo a la circunstancia genérica de agravación punitiva consistente en la preparación ponderada del hecho punible que aplicó el Juez de primer grado en la sentencia y que "en puridad de verdad fue así, solo 'mencionada' para atribuirla", debiéndose, además, considerar que el abuso de confianza es un delito de consumación instantánea, lo cual, dice, resulta atentatorio del principio de favorabilidad pre-

visto en el artículo 29 de la Carta Política, máxime cuando fue aplicado por el Juez de manera apresurada, sin ningún análisis y sin que existan en el proceso referencias "que así lo ameriten".

Concepto Del Procurador Segundo Delegado en lo Penal

Las insalvables falencias técnicas que dice presenta el libelo son para el Delegado motivo suficiente para solicitar la desestimación de la censura, pues no obstante que el casacionista propone el cargo al amparo de la causal primera de casación por considerar que el fallo es violatorio de normas sustanciales, no indica el sentido del quebranto, ni mucho menos el yerro que la contiene, supeditando la demostración del reproche a lo previsto en el numeral tercero del artículo 442 del Código de Procedimiento Penal por error en la calificación jurídica de la infracción en la resolución de acusación, poniéndose así de presente que ha debido acudir a la causal tercera de casación, en tanto que la errada denominación jurídica del delito, de suyo, atenta contra la estructura formal del proceso, "en detrimento del principio de legalidad y del derecho de defensa".

Esa irreconciliable mixtura entre las referidas causales, concluye el Ministerio Público, a la postre se ve plasmada en su final análisis sobre errores en la apreciación de la prueba, desatendiendo así el principio de no contradicción que rige el este recurso extraordinario, pues si bien nuestra normatividad procesal permite la presentación de argumentaciones excluyentes, éstas deben proponerse en cargos separados mediante el mecanismo de la subsidiariedad.

Sin embargo, explica el Procurador, el error de subsunción alegado por el casacionista tampoco se reporta en el proceso como para que oficiosamente sea declarado, puesto que la conducta de Clara Inés Martínez Medina se adecúa correctamente al tipo de hurto imputado en la acusación, pues así emerge con claridad de la situación fáctica demostrada en el proceso y del tratamiento jurisprudencial dado a esos dos delitos, hurto y abuso de confianza, siendo por ende, "insuficientes para lograr dicho cometido, las transcripciones de los testimonios recepcionados a Juan Hernando Castaño Barrera y María Stella Acuña Parada, así como la cita de copiosas decisiones de esa H. Sala en punto de una tal diferenciación".

Así, luego de exponer que mientras en el delito de abuso de confianza el bien mueble ha sido recibido por el infractor a título no traslaticio de dominio con la consiguiente obligación de restituirlo, en el de hurto la detentación material sobre la cosa obedece a la confianza depositada por el propietario, quien, aún en esas condiciones, continúa ejerciendo actos de señor y dueño, "en tanto el mismo permanece en su órbita de dominio", no habiendo sucedido en este caso lo primero, por cuanto la entidad educativa, a través de sus propietarios, ejercía una constante vigilancia sobre los dineros de los que se apoderó la procesada, quien accedió a ellos por el vínculo laboral que la ataba con el denunciante.

La solicitud subsidiaria, que "pareciera ser el segundo reproche", para el Delegado también presenta serios desaciertos, pues el casacionista expone una serie de argumentaciones que no relaciona con ninguna de las reglas propias de este recurso, imposibilitándose descubrir cuál es su verdadero sentido, ya que inicialmente pareciera referirse a indebida motivación de la agravante genérica contenida en el artículo 66.4 del Código Penal, aproximándose a la causal tercera de casación, no obstante que de inmediato aduce que el fallador no debió aplicar dicho precepto en forma apresurada, suponiendo una infracción sobre la aplicación de la ley sustancial que se identifica con la causal primera, sin que se sepa entonces qué es lo que propone, pues los planteamientos son excluyentes y desconocedores del principio de no contradicción que orienta este especial medio de impugnación.

Además, agrega, no resultan ciertas las afirmaciones del casacionista en este sentido, no solo porque de las pruebas que obran en el expediente y de las argumentaciones del Tribunal se evidencia todo lo contrario, sino porque parte de equívocos supuestos como dar por descontado que el delito es el de abuso de confianza al que inmediatamente caracteriza dentro de los de consumación instantánea.

Tampoco, dice el Delegado, es de recibo la pretensión referida al subrogado de la condena de ejecución condicional, como que también carece de sustentación alguna y no guarda coherencia con los deficientes reproches presentados contra el fallo.

Solicita, entonces, no casar la sentencia recurrida.

CONSIDERACIONES:

1. En abierto desconocimiento con los principios que gobiernan este extraordinario recurso, dice proponer el demandante un único cargo al amparo de la causal primera de casación, pero sin presentar de manera clara y precisa juicio alguno de legalidad contra la sentencia impugnada, como que ni siquiera atina en señalar si lo es por vía directa o indirecta, ni cuáles son las normas que estima quebrantadas, y mucho menos el sentido del yerro que la comprende, vacío que no logra subsanar con la final conclusión a la que incoherentemente llega, al afirmar que lo demostrado ha sido una errada apreciación de la prueba, pues a lo largo de su discurso argumentativo la única referencia probatoria que hace es reproducir, como sustento de sus escuetas alegaciones, apartes de las declaraciones rendidas en el proceso, sin destacar ningún yerro del fallador en la valoración de las mismas y sin el ánimo de demostrar una presunta arbitrariedad en la elaboración del juicio apreciativo de este medio de prueba, única posibilidad que tenía para cuestionarla en sede de casación, para lo cual se imponía acudir al error de hecho por falso juicio de identidad, pues sabido es como la mera discrepancia en el grado de credibilidad probatoria entre la concluida por el Tribunal y la que cree tener el censor

no es posible aducirla por no estar sometido el testimonio a tarifa legal, sino para tratar de advertir la errónea calificación del delito de hurto en que afirma se incurrió en este proceso, que es hacia donde desvía posteriormente la censura anunciada genéricamente con base en la causal primera.

2. Quedando, entonces, sin sustento alguno el ataque por la causal primera, y si la pretensión se enderezaba a acusar el fallo impugnado por errónea calificación jurídica del delito de hurto, lo imperativo era hacerlo en cargo independiente con base en la causal tercera, pues, si bien, como lo ha reiterado la Sala, en esencia se trata de un yerro in iudicando o de juicio en la apreciación fáctica y jurídica del supuesto de hecho que se concreta en la descripción típica del delito imputado, al no poder la Corte, de triunfar el ataque, proferir el consiguiente fallo sustitutivo, pues terminaría desconociendo la imprescindible congruencia que debe existir entre la acusación y la sentencia respecto del delito objeto de reproche, es lo ineludible que el cargo debe formularse con amparo en la causal de nulidad, así en su demostración se vea precisado a respetar los lineamientos técnicos propios de la causal primera. Pero, claro está, el censor equivocó la vía de ataque, no sólo desde un punto de vista formal que a la manera de un lapsus pudiera dársele tal carácter, recuperando el verdadero sentido de la impugnación del desarrollo del cargo, sino que dejando la demanda a la deriva, introduce toda una serie de planteamientos que deambulan como afirmaciones sueltas ni siquiera equiparables con un alegato de instancia, pues éstos si bien no tienen las exigencias de un libelo casacional, tampoco pueden corresponder a argumentaciones y peticiones incoherentes y sin demostración alguna.

3. En efecto, a esta inusitada fusión argumental, y en orden a sustentar el pretendido reproche por errónea calificación delictual, entremezcla otra censura que, aparte de que igualmente debió ser propuesta en cargo separado por la senda de la causal tercera, como que se refiere a un vicio de procedimiento que pudiera afectar el derecho a la defensa, resulta inconexa para los fines que, así sea incorrectamente en cuanto a la causal escogida, decide introducir a la demostración del cargo, cuando expresa que, "... los agravios inferidos frente al alegato de apelación por mi suscrito y conformado por Diez (10) folios en donde sustentaba la defensa de mi protegida frente a los punibles de que se le acusa, no aparece analizado ni mucho menos debatido por el Juez de segundo grado...", pues, además, de no corresponder esta afirmación a la verdad de la sentencia, ya que al haberse sustentado la apelación interpuesta contra la de primera instancia en la duda que pretendía se le reconozca a la procesada, tanto en relación con la materialidad del tipo objetivo como respecto de la responsabilidad, es evidente que precisamente a demostrar que ella no existía en el proceso fue a lo que se contrajo la atención del *ad quem*, nada tiene que ver con los elementos de juicio necesarios para demostrar la errónea calificación del delito aducida.

4 Ahora bien, en lo que tiene que ver con la petición subsidiaria que eleva el censor en relación con la agravación genérica de la preparación ponderada del hecho punible, sin sujetarse para ello a ninguna de las causales de casación, no puede la Sala abordar el análisis de un tal planteamiento, pues ello iría en contra del principio de limitación que orienta este extraordinario recurso, según el cual, no es posible estudiar cargos no formulados, precisamente porque la naturaleza rogativa de este medio de impugnación, impone al demandante la obligación de proponer y desarrollar adecuadamente, conforme a la técnica casacional, los reparos contra la legalidad de la sentencia.

Además, porque aparte de no guardar congruencia con el tema objeto de ataque en el cargo que formalmente cree proponer, no corresponde a uno independiente, quedándose simplemente en meras especulaciones personales del censor, al margen de cualquier reproche que jurídicamente tenga sustento frente al fallo, como sucede igualmente con las genéricas reclamaciones que hace respecto a la concesión del subrogado de la condena de ejecución condicional, que en ninguna forma llega a constituír un cargo que demande su estudio por parte de la Sala.

5. En estas condiciones y no obstante que el cargo no está llamado a prosperar, estima necesario la Sala para que no quede latente la duda sobre la correcta adecuación típica de la conducta por la que fue juzgada la procesada, por cuanto para el actor los hechos investigados en relación con la afectación del patrimonio económico de la víctima se tipifican en el artículo 358 del Código Penal, dado que la apropiación de los dineros se originó en la confianza depositada en ella, no pudiéndose, por ende, hablar en este caso del apoderamiento propio del hurto, hacer las siguientes precisiones:

a. En primer lugar, es necesario destacar que a partir de una equivocada interpretación de la jurisprudencia de la Sala sobre los delitos de abuso de confianza y hurto agravado por la confianza, como de su personal percepción sobre los hechos, la acusación y las sentencias de primero y segundo grado, entiende el casacionista que como en este caso se hizo alusión a la confianza como circunstancia que facilitó a la acusada apoderarse de los dineros, existía un vínculo jurídico, que no especifica, y que por tanto, el punible a imputar era el previsto en el artículo 358 del Código Penal.

b. Al efecto, debe recordarse que los hechos probados en esta actuación se contraen al apoderamiento que hiciera en dos oportunidades Clara Inés Martínez Medina de $50.000 y $400.000, respectivamente, luego del giro de dos cheques por mayor valor del que le adeudaba el referido colegio a la señora Stella Acuña, a quien le solicitaba los hiciera efectivos ante la correspondiente entidad bancaria para luego entregarle una suma inferior, y que todo ello se presentó cuando su jefe inmediato estuvo interno en una clínica con quebrantos de salud.

c. Así las cosas, es claro que el dinero apoderado por la sindicada nunca entró a su órbita de dominio por voluntad de su dueño o en razón de algún vínculo jurídico que implicara mera tenencia, es más, todo demuestra que para hacer creer que había entregado el dinero a su destinataria, debió valerse de la falsificación de los comprobantes de egreso y de la firma de la supuesta beneficiaria de los pagos, esto es, de la señora Stella Acuña.

d. Se trata, pues, de un apoderamiento simplemente material respecto de bienes muebles fungibles, que logró consumar gracias a la confianza brindada por la propietaria del colegio Nuevo Campestre, elemento éste que no puede confundirse como el constitutivo del delito de abuso de confianza, ya que, y aquí radica la confusión medular del casacionista, en el primer evento la cosa no ha sido entregada como consecuencia de vínculo jurídico alguno que la afecte, esto es, a título "no traslativo de dominio" sino que sin ser titular de ninguna clase de autonomía precaria sobre ella, se apoderó de la misma, sin que sea dable equiparar literalmente estas dos expresiones para que haciendo caso omiso a los tipos penales en que cada una son empleadas por la ley penal, sencillamente se confundan para crear un delito de facto.

e. Es que, como ya tuvo oportunidad la Sala de precisarlo, cuando el Código Penal al describir en el artículo 358 el delito de abuso de confianza se refiere al "título no traslativo de dominio" exigido como "título no traslaticio de dominio" en la legislación anterior de 1.936, eliminando el casuísmo que caracterizaba frente a este delito a las leyes penales anteriores, no ha creado una categoría distinta, independiente a la regulación que sobre tal instituto privatista trae el Código Civil, sino que ya existiendo en esa normatividad, a ella ha acudido, pues no obstante que el Código Civil no define los títulos "no traslativos de dominio", es incuestionable que al regularlos en forma positiva como "los que por su naturaleza sirven para transferirlo como la venta, la permuta, la donación entre vivos", agregando además, " las sentencias de adjudicación en los juicios divisorios y los actos legales de partición", como secuela lógica cabe entender que son "títulos no traslativos de dominio" los que por su naturaleza no lo transfieren, es decir, los llamados títulos de mera tenencia, siendo a ellos a los que se refiere el Código Penal al describir el delito de abuso de confianza. "Basta leer la definición de esta norma, dijo la Corte en la decisión aludida, que corresponde al fallo de 19 de julio de 1988, de la cual fue ponente el Magistrado, doctor Lisandro Martínez Zuñiga, para llegar a tal conclusión: Se llama mera tenencia, la que se ejerce sobre una cosa no como dueño, sino en lugar o en nombre del dueño. El acreedor prendario, el secuestre, el usufructuario, el usuario, el que tiene derecho de habitación, son meros tenedores de la cosa empeñada, usufructuada o cuyo uso o habitación les pertenece, etc., enunciados como meros tenedores en el artículo 775 del Código Civil, no son propietarios de la cosa ni poseedores.

porque no son dueños ni la atienen con ese ánimo", es decir, a ellos no se les ha transferido el dominio de la cosa.

f. Así, siendo que el artículo 358 del Código Penal al tipificar el delito de abuso de confianza parte de una definición igual a la de la mera tenencia del derecho civil, no se ve la razón por la cual el intérprete de la ley punitiva no se atenga a ella, que por demás en su comprensión y distinción reciben una decantada elaboración en esa rama del derecho, sin que en forma alguna se contrapongan a las normas penales, pues si bien es cierto que en punto del estudio de aquellos y específicamente en los que atacan el patrimonio económico en los que concurren variados conceptos y definiciones pertenecientes al derecho privado, se ha interrogado la doctrina sobre si debe atenerse a ellos o si el derecho penal debe darles una significación autónoma, dividiéndose los criterios desde quienes al sostener el carácter absolutamente sancionatorio del derecho penal estiman se debe conservar la estructura y significación del derecho civil cuando se regulen institutos de su propia naturaleza, hasta los que afirmando su plena autonomía, entienden que cuando algunos institutos encuentran su definición en el derecho privado o se deduzcan de él, debe volverlos a plasmar, transformándolos de tal manera que adquieran una significación propia y autónoma para los efectos penales, es para la Sala lo prudente entender, como lo ha prohijado en otras oportunidades, que la cuestión es eminentemente interpretativa, imponiéndose en estos casos partir de las nociones ya acogidas por el derecho privado cuando no se opongan a los principios y finalidades del derecho penal, al igual que sucedería con el derecho comercial "en el cual por su estrecha vinculación con el civil no se observa razón jurídica valedera para que estos institutos no operen bajo iguales limitaciones", siendo claro, eso sí, que "si la aplicación prevista da origen a contradicciones con los principios y finalística del derecho penal, impera realizar las modificaciones que se estimen necesarias para eludir tal tropiezo; y en caso de que en las normas exista un vacío al respecto se procederá a suprimirlo, pero cuando no surja contradicción se aceptará la definición del derecho privado", adaptando así "el concepto civil al fin y al carácter de la norma penal, sin que ello signifique invadir campos ajenos, sino que se aplican en el ámbito en el cual les corresponde actuar, y donde por razones especiales deben adquirir una particular significación o deben tomar un valor originario".

g. En estas condiciones, la similitud de la expresión utilizada por la ley para denominar el delito descrito en el artículo 358 y la de la circunstancia agravante del numeral segundo del artículo 351 referida al hurto, esto es, la de "abuso de confianza", tienen en cada una de estas previsiones normativas connotaciones propias en su contenido y alcances diferentes en sus efectos, como que en el primer caso su *nomen juris* se debe a que con la conducta abusiva del tenedor precario al no devolver al tradente la cosa, a quien la víctima se la ha entregado por un título no traslativo de

dominio, defrauda su confianza, de ahí que en otras legislaciones como la francesa se le denomine a esta conducta, "administración fraudulenta", mientras que en el evento del hurto lo que se reprocha para agravar la pena es el haberse aprovechado de la confianza dada por el propietario, poseedor o tenedor de la cosa para que le sea más fácil al delincuente su ilegal apoderamiento. Por esto, al describir el legislador el delito de abuso de confianza exige que la cosa objeto de la posterior apropiación se haya "confiado o entregado" con anterioridad, sin que se exija necesariamente la existencia de un vínculo de confianza entre el derecho-habiente y el recibidor, entendido éste como la coexistencia de una comunicabilidad de caracteres que los haga compatibles en la dinámica de algunas circunstancias sociales, sino que la confianza nace del título mediante el cual se entrega la cosa, que al no transferir el dominio genera derechos que cree su propietario tener, contrario a lo que sucede con el agravante del hurto que, como se dijo, sí exige esta clase de relaciones interpersonales porque es en razón de ellas que el hurtador logra el apoderamiento indebido de la cosa, o por lo menos le posibilita su consumación.

h. Se requiere, entonces, en el delito de abuso de confianza que la cosa se haya "confiado o entregado" mediante el referido título precario de mera tenencia, lo cual tampoco significa que imprescindiblemente deba haberse entregado la cosa física e inmediatamente al tenedor precario, pues las dos expresiones utilizadas en la descripción típica del artículo 358 del Código Penal no son sinónimas, como para que pueda argüirse que si no hay entrega material e inmediata de la cosa no se tipifica este delito, pues por el contrario, al haberse incluido en el supuesto de hecho las dos posibilidades de traspaso de la mera tenencia de la cosa, como sucede entre nosotros a partir de la citada reforma penal de 1936 y se repite en el Código Penal vigente, ello se debe precisamente al querer incluir también esta segunda posibilidad de entrega que no corresponde *stricto sensu* al traspaso físico e inmediato de la cosa, sino a aquellos casos en que no obstante no concurrir esa entrega física, su propietario o quien tenga el derecho para hacerlo la pone bajo la tutela del mero tenedor, aún cuando en ese momento no le haya hecho la transferencia física de ella ni provenga directamente del derecho habiente, como sucede con el liquidador de una sociedad, o con la recuperación de un crédito para que otra persona le administre el dinero que de su cobro se obtenga, pues si bien en estos casos no hay una entrega física directa e inmediata del bien, es incuestionable que se lo ha dejado en custodia, desde luego, en las dos oportunidades, con el ánimo de desprendimiento del manejo y de la custodia de la cosa.

i. En este caso, a la procesada se le entregaron los referidos cheques no a título "no traslativo de dominio", esto es, para que ella ejerciera los derechos de mero tenedor, continuando su giradora con la tutela del derecho incorporado en ellos, sino para que instrumentalmente se lo entrega-

ra a la señora María Stella Acuña Parada como pago por el transporte estudiantil prestado al colegio; sin embargo, como los títulos valores se habían elaborado por cantidades superiores, procedió a solicitarle los excedentes a la beneficiaria, una vez los hizo efectivos ante la entidad bancaria girada, apropiándose de ellos.

j. En estas condiciones, no se ve cómo pueda afirmarse que la entrega de los títulos valores lo fue mediante un título "no traslativo de dominio" en los términos, concepto y alcance regulados por el derecho privado y específicamente por el Código Civil, pues ninguna autonomía precaria podía ejercer la procesada sobre los mismos, pues su labor se limitaba a entregarlos a la señora Acuña Parada, quedando así plenamente descartada la mera tenencia, que como se vio, es a la que se contrae el título "no traslativo de dominio" exigido por la ley penal para la tipificación del delito de abuso de confianza de que trata en el artículo 358, aplicable a esta rama del derecho por no resultar contraría a su principios y fines, sino dándole su correcta comprensión.

k. Aquí, la cuestión es distinta, ya que la cosa, en este evento, le fue entregado a Clara Inés Martínez Medina no como consecuencia de un comodato o un depósito, por ejemplo, sino para que materialmente se la entregara a otra persona, lo cual se hizo en razón de la confianza que se le tenía por la propietaria del colegio, de la cual abusó para convertirla en fácil medio hacia la apropiación de los dineros sobrantes, cometiendo un típico delito de hurto agravado por el aprovechamiento de esa confianza depositada por la dueña del dinero. Es que, además de lo expuesto, no sobra recordar que si frente a estos hechos se debiera afirmar que la tipificación correcta es la del delito de abuso de confianza, habría igualmente que reconocer que el dinero fue entregado para que posteriormente fuera devuelto en una cantidad igual por la procesada, en calidad de tenedora precaria, y en este caso esto ni siquiera se ha propuesto como elemento de discusión, como que los cheques fueron girados y entregados en carácter de pago a la señora Stella Acuña.

l. Finalmente, y ante las inquietudes de todo orden que expone el demandante, no sobra anotar, que si bien lo entregado fueron títulos valores, esto no está significando que la apropiación del dinero constituya un acto independiente, ni que no haya existido entrega del dinero, pues, constituyendo el cheque un medio de pago, como que en él se está dando una orden incondicional de pagar una determinada suma de dinero, conforme lo dispone el artículo 713 del Código de Comercio, es claro que al haber sido cobrado, la entrega real corresponde al numerario, y no que al haberle entregado los títulos valores se haya "confiado" el bien para que se estructure el delito de abuso de confianza, toda vez, que a parte de no concurrir la entrega mediante un "título no traslativo de dominio", como ya se analizó, aquí la entrega fue física y directa, no futura.

El cargo no prospera.

7. Casación oficiosa

De otra parte, observa la Sala que, no obstante que en la resolución de acusación la Fiscalía delimitó la imputación en el "punible contemplado en el Libro Segundo. Título XIV, artículo 349, denominado genéricamente hurto, en concordancia con el artículo 351 numeral 2º, y 372 numeral 4º, de la norma en cita, por cuanto la infracción supera los cien mil pesos, en concurso (art. 26 C.P.) homogéneo y sucesivo con el punible de falsedad en documento privado, (artículo 221 C.P.)", sin haber referido siquiera fácticamente que la procesada preparó ponderadamente el delito, en la sentencia de primer grado, sin que ello fuera objeto de reparo alguno por el Tribunal, se incrementó en un mes más a la pena tasada por el concurso, por cuanto, "la señora Martínez Medina para desarrollar y consumar las conductas ilícitas hubo de prepararlas de manera ponderada y cuidadosa para obtener así su resultado", lo cual va en desmedro de las garantías procesales debidas al sujeto pasivo de la acción penal, pues tal circunstancia agravatoria solo vino a conocerse en la sentencia, sorprendiendo así a la acusada, quien no tuvo oportunidad de ejercer ninguna defensa al respecto.

Por tanto, se impone hacer uso de la facultad prevista en los artículos 228 y 229.1 del Código de Procedimiento Penal, casando oficiosa y parcialmente el fallo impugnado reduciendo en un mes la pena principal impuesta a la procesada, lapso en el que igualmente queda fijada la accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas, quedando en lo demás incólume el fallo impugnado.

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 censura.

2. Casar oficiosa y parcialmente el fallo impugnado, en el sentido de condenar a Clara Inés Martínez Medina a la pena principal de 30 meses de prisión, término al que igualmente se reduce la accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas.

3. En lo demás queda incólume el fallo impugnado.

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

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

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

PORTE ILEGAL DE ARMAS-Transporte de munición

El conocimiento del punible de transporte de munición también radica en los jueces regionales, ya que, como anteriormente se advirtió, al tenor de lo dispuesto en el artículo 9° de la Ley 81 de 1993, que modificó el 71 del Código de Procedimiento Penal, estos funcionarios judiciales conocen de los "Delitos contra la existencia y seguridad de Estado y de los delitos a los que se refiere el Decreto 2266 de 1991, con la excepción del simple porte de armas de fuego de defensa personal, de la interceptación de correspondencia oficial y delitos contra el sufragio".

Proceso No. 15379

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal

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

Aprobado acta N° 22

Santafé de Bogotá, D.C., dieciocho (18) de febrero de mil novecientos noventa y nueve (1999).

VISTOS

Resuelve la Corte la colisión negativa de competencias surgida entre el Juzgado Penal del Circuito de Chiriguaná (Cesar) y un Juzgado Regional de Barranquilla, dentro del proceso adelantado contra Armando Luis Mejía Solano y otro, por el delito de porte ilegal de armas de fuego de defensa personal.

ANTECEDENTES

Los hechos fueron sintetizados por la Fiscalía General de la Nación, así:

"Del informativo se tiene que el día 5 del mes de agosto de 1994, siendo aproximadamente las 16:00 horas, en operativo realizado por personal adscrito a la Estación de Policía de Codazzi, fueron aprehendidos

Armando Luis Mejía Solano y Jorge Luis Ovalle Mendoza, cuando se movilizaban en el vehículo campero, marca Toyota, color azul, cabina blanca, modelo 77, y al practicárseles una requisa, se les hallaron 'encaletadas' las siguientes armas: revólver Smith & Wesson, calibre 3.57, cromado, N° 45306J con 6 cartuchos para el mismo; revólver Smith & Wesson, calibre 38 largo, número original borrado y regrabado como 66229, pabonado, 6 cartuchos para el mismo; un revólver marca LLama, calibre 38 largo, cañón 6 pulgadas, pabonado, N° IM4824A, con 6 cartuchos para el mismo, y una pistola calibre 9 milímetros, sin marcas, en la parte superior aparece el N° 254625, un proveedor, 7 cartuchos y 2 vainillas para la misma".

1. Por los anteriores hechos, y luego de la correspondiente investigación, la Fiscalía 24 Delegada ante el Juzgado Promiscuo del Circuito de Chiriguaná, mediante resolución del 30 de abril de 1996, acusó a Armando Luis Mejía Solano y Jorge Luis Ovalle Mendoza por los delitos de porte ilegal de armas de fuego de defensa personal y de munición para el mismo tipo de armas.

2. Ejecutoriada la anterior decisión, el Juzgado Promiscuo del Circuito de Chiriguaná, una vez que dio inicio a la etapa del juzgamiento y cumplida la diligencia de audiencia pública, se declaró incompetente para conocer del asunto, ya que estimó que era de conocimiento de los juzgado regionales, toda vez que del estudio de los hechos averiguados se deducía claramente que además de las armas incautadas, se decomisó una munición que excedía la carga natural de las mismas, lo que, en su criterio, tipificaba el porte de munición, originándose un concurso de delitos, siendo éste último de competencia de la justicia regional.

Por esa razón se abstuvo de seguir conociendo de la actuación, disponiendo el envío del expediente, con sus elementos, a los jueces regionales de Barraquilla, proponiendo la correspondiente colisión de competencia.

3. Por su parte, el juzgado regional de la citada ciudad dijo que cuando se hallaron tanto las armas como la munición en el automotor, "las llevaban en custodia, alcance, dominio y disposición, conducta entendida como porte ilegal, que se extiende igualmente a las municiones que por las características asimiladas al artículo 11 y 47, numeral 1°, del Decreto 2535 de 1993, son igualmente de defensa personal.

Concluye afirmando:

"No se puede excluir el porte de municiones por un lado y las armas con iguales características de defensa personal por otro, como conductas independientes y predicar la conexidad para asumir una competencia por el punible *más grave, pues es un atentado contra el principio* non bis in ibidem, debido que es un mismo bien jurídico el afectado con el comportamiento".

Por lo expuesto, acepta la colisión de competencias propuesta y ordena remitir el proceso a la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema, con el fin de que se dirima de plano el conflicto suscitado.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

1. La Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia es la competente para desatar el conflicto de competencia negativo suscitado entre el Juzgado Promiscuo del Circuito de Chiriguaná y un Juzgado Regional de Barranquilla, según así lo dispone el numeral 5° del artículo 68 del Código de Procedimiento Penal.

2. La Corte advierte que la discrepancia entre los juzgados trabados en conflicto radica en la calificación que debe darse a la cantidad de munición incautada a los procesados, pues para el primero no constituye la carga natural, en tanto que para el segundo sí.

Ante todo, e independientemente de si se está o no en presencia de la carga natural de las armas y, por ende, de un concurso de hechos punibles, es necesario señalar, con relación a éstas, que la tipificación dada por la Fiscalía, compartida por los juzgados en conflicto, es desacertada y no guarda consonancia con lo que aparece acreditado en el proceso.

En efecto, demostrado está que el 5 de agosto de 1994, cuando los procesados se dirigían del municipio de Codazzi al de Chiriguaná (Cesar), les fueron halladas cuatro armas de fuego y una determinada cantidad de munición para las mismas, todas de defensa personal, las cuales se encontraban "encaletadas" en el vehículo en el que se desplazaban.

De otro lado, según el informe rendido por el Comandante de la Estación de la Policía de Codazzi, se sabe que los capturados forman parte "de una tenebrosa banda dedicada a cometer toda clase de ilícitos, especialmente extorsión, hurto y expendio de sustancias alucinógenas", además de que los mismos, en sus diligencias de indagatoria, admitieron que dichas armas, en número superior al de las personas que las llevaban, estaban camufladas en el vehículo al momento de la requisa, circunstancias éstas que, sin mayores disquisiciones, permiten deducir con lógica que la intención de los sindicados no era simplemente la de portar las armas sino la de transportarlas, esto es, llevarlas de un lugar a otro con objetivos desconocidos, comportamiento que le otorga competencia a la justicia regional.

Así, entonces, no se está en presencia de un porte de armas de defensa personal, de competencia del Juzgado Promiscuo del Circuito de Chiriguaná, sino de transporte, cuyo conocimiento corresponde a la Justicia Regional, al tenor de lo dispuesto por el numeral 4° del artículo 71 del Código de Procedimiento Penal, modificado por el artículo 9° de la Ley 81 de 1993, según el cual son de su competencia los delitos a que se

refiere el Decreto 2266 del 1991, con la excepción del simple porte de armas de fuego de defensa personal.

En lo concerniente a las municiones, es preciso determinar si constituyen la carga natural de las armas transportadas, en forma tal que la tenencia del conjunto implique una sola conducta o si, por el contrario, se estructura un concurso efectivo de tipos penales de transporte de armas y transporte de munición.

En el caso que ocupa la atención de la Sala, en la resolución de acusación se imputó a los procesados la comisión de dos hechos punibles, a saber: porte ilegal de armas de fuego defensa personal y de munición de defensa personal, aun cuando en lo atinente a este último no se trajo ninguna motivación.

En el expediente aparece que fuera de las armas relacionadas, en el vehículo en donde se desplazaban los procesados se encontró escondida "una carterita con 14 cartuchos calibre 38 largo y dos chapuzas para revólver".

De acuerdo con el informe policial y la diligencia de inspección judicial (fls 1 y 25), se sabe que los revólveres Smith & Wesson y Llama son calibre .38, armas con capacidad para seis (6) proyectiles, los cuales llevaban su correspondiente carga.

Entonces, tal como lo predica el Juzgado Promiscuo del Circuito de Chiriguaná, los otros catorce (14) cartuchos excedían la carga natural de las citadas armas, que además de su provisión completa de seis (6) proyectiles cada uno, contaban con siete (7) proyectiles más.

Significa lo anterior que los procesados no sólo transportaban ilegalmente varias armas de fuego de defensa personal, sino que además ilícitamente llevaban un número de munición que superaba la carga natural de dos de ellas, con lo que podría tipificarse un concurso de delitos.

Ahora bien, el conocimiento del punible de transporte de munición también radica en los jueces regionales, ya que, como anteriormente se advirtió, al tenor de lo dispuesto en el artículo 9° de la Ley 81 de 1993, que modificó el 71 del Código de Procedimiento Penal, estos funcionarios judiciales conocen de los "Delitos contra la existencia y seguridad de Estado y de los delitos a los que se refiere el Decreto 2266 de 1991, con la excepción del simple porte de armas de fuego de defensa personal, de la interceptación de correspondencia oficial y delitos contra el sufragio".

En consecuencia, el competente para conocer del presente asunto es el Juzgado Regional de la ciudad de Barranquilla, despacho a donde se dispondrá la remisión del proceso para lo de su cargo.

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

RESUELVE:

DECLARAR que la competencia para conocer de este proceso corresponde al Juzgado Regional de Barranquilla. Por lo tanto, remítasele el expediente e infórmesele de esta decisión al Juzgado Promiscuo del Circuito de Chiriguaná (Cesar).

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

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

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

PODERDANTE-Muerte del mandante

Ha de tenerse en cuenta que aunque el fallecimiento del poderdante es causal de terminación del contrato de mandato civil, como lo establece el numeral 5° del artículo 2189 del Código de esa materia, el defensor del procesado se comprometió con él en mandato judicial, instituto jurídico en el que rige la previsión del artículo 69 del Código de Procedimiento Civil, que en su inciso 5° señala: " La muerte del mandante, o la extinción de las personas jurídicas no ponen fin al mandato judicial, si ya se ha presentado la demanda, pero el poder podrá ser revocado por los herederos o sucesores."

Proceso No. 15277

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal

Magistrado Ponente: Dr. *Edgar Lombana Trujillo*

Aprobado Acta No. 22

Santafé de Bogotá D. C., dieciocho (18) de febrero de mil novecientos noventa y nueve (1999).

VISTOS

La Sala resuelve la solicitud de cesación de procedimiento y declaratoria de extinción de la acción por muerte del procesado, elevada por el defensor del señor Jesús María Cuartas Muñoz.

ANTECEDENTES Y CONSIDERACIONES

1. El señor Jesús María Cuartas Muñoz, fue condenado mediante sentencia del 22 de mayo de 1998, expedida por el Juzgado Quince Penal del Circuito de Medellín, a la pena de 42 meses de prisión y a la interdicción de derechos y funciones públicas por el mismo período, como autor de los delitos de falsedad en documento privado, en concurso homogéneo, y éste en concurso heterogéneo con el punible de peculado por extensión en la modalidad de apropiación, por haber defraudado en su beneficio personal el patrimonio de la empresa de economía mixta del Estado denominada Fondo Ganadero de Antioquia S.A. (folio 900 cdno. No. 3)

2. La sentencia fue apelada y al resolver el recurso el Tribunal Superior de Medellín, en providencia del 10 de agosto de 1998, le impartió confirmación aclarando que se trata de peculado por apropiación. (folio 942 cdno. No. 3)

3. La defensa interpuso el recurso de casación, se admitió la demanda y se ordenó dar traslado al Procurador Delegado en lo Penal. Sin embargo, el traslado debió ser interrumpido ante la necesidad de solicitar el expediente con el fin de atender la petición que ahora ocupa a la Sala.

4. En efecto, el defensor del señor Jesús María Cuartas Muñoz, informa sobre su fallecimiento aportando como prueba el registro civil de defunción expedido por la Notaría Doce del Círculo de Medellín, el 7 de diciembre de 1998 (folio 8 cdno. Corte) y con base en ello solicita que se declare la extinción de la acción penal por muerte conforme a lo estipulado en el artículo 76 del Código Penal.

Ha de tenerse en cuenta que aunque el fallecimiento del poderdante es causal de terminación del contrato de mandato civil, como lo establece el numeral 5° del artículo 2189 del Código de esa materia, el defensor del procesado se comprometió con él en mandato judicial, instituto jurídico en el que rige la previsión del artículo 69 del Código de Procedimiento Civil, que en su inciso 5° señala: " La muerte del mandante, o la extinción de las personas jurídicas no ponen fin al mandato judicial, si ya se ha presentado la demanda, pero el poder podrá ser revocado por los herederos o sucesores."

Se colige entonces, que a pesar de haber fallecido el señor Jesús María Cuartas Muñoz, el mandato judicial pactado con su defensor continúa vigente y por ende subsiste la personería para actuar en su representación.

6. Como quiera que el registro civil es prueba idónea para acreditar el hecho de la muerte del señor Cuartas Muñoz, pues en su texto se indica que se trató de un deceso por causas naturales, y la verificación de este acontecimiento tiene la entidad para extinguir la acción penal, de conformidad con el artículo 72 del Código Penal, así se declarará y como consecuencia se dispondrá la cesación de todo procedimiento.

7. Se observa que al decretarse la extinción de la acción penal por la muerte del procesado surgen en este caso particular algunas cuestiones extra penales sobre las que ha de decidir el Juez de primera instancia, como la atinente a los bienes de propiedad de aquel que fueron embargados por la Fiscalía Cincuenta y Uno Seccional de Medellín, (folio 340 cdno. No. 2); el destino final de los dineros que depositó a nombre del Juzgado Décimo Quinto Penal del Circuito de Medellín, por concepto de "reintegro de la suma supuestamente apropiada", (folio 851 Cdno No. 3); y, finalmente, sobre la caución prendaria que prestó cuando le fue sustituida la detención carcelaria por domiciliaria, (folio 858 cdno. No. 3).

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

RESUELVE:

PRIMERO: DECLARAR extinguida la acción penal por muerte del procesado Jesús María Cuartas Muñoz. En consecuencia, se ordena la cesación del procedimiento adelantado en su contra.

SEGUNDO: Comunicar esta decisión al Centro de Investigación sobre Actividades Delictivas -CISAD- de la Fiscalía General de la Nación, y al Departamento Administrativo de Seguridad -DAS , para los fines legales pertinentes.

TERCERO: En firme esta providencia devuélvase el proceso al Tribunal de origen.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

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

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

CASACION/ LIBERTAD/ PRESUNCION DE INOCENCIA

Ocurre que ningún derecho, aunque sea de naturaleza fundamental, ostenta el carácter de absoluto. De ser así, serían imposibles la coexistencia y convergencia de derechos, que inclusive a veces pueden llegar a ser contradictorios o antagónicos en las mismas circunstancias. Así, por ejemplo, si fuese absoluto que los derechos de los niños prevalecen sobre los de los demás, sería imposible guiarlos, educarlos, vigilarlos e inclusive corregirlos.

De modo que, la presunción de inocencia tampoco es un derecho absoluto, y mal podría serlo en el Estado Social, Democrático y de Derecho, en el que todos los miembros debemos ceder parte de nuestras atribuciones, con el fin único de contribuir al mantenimiento de condiciones mínimas para hacer factible la vida en sociedad, en relativa paz y armonía.

Entonces, ese derecho latente en el decurso del proceso penal, denominado presunción de inocencia, no es que se desconozca o se vulnere cuando una providencia judicial lo va desvaneciendo. Lo que ocurre es que ante la contundencia de las pruebas, dependiendo la fase en que se encuentren las diligencias, esa presunción va cediendo paso a otras manifestaciones válidas del Estado de Derecho, como son las decisiones contenidas en los autos y sentencias de los jueces de la República. Tan es así, que la presunción de inocencia finalmente desaparece, cuando una sentencia en firme declara que una persona es penalmente responsable de un hecho punible que se le endilga.

Cabe recordar que la constancia de buena conducta a cargo de las directivas del centro de reclusión en manera alguna sustituye la labor valorativa del juez, pues aquella consiste únicamente en un parámetro indispensable para hacer viables los beneficios administrativos otorgados a los reclusos por la Ley 65 de 1993, en tanto que ésta emana del análisis crítico de la personalidad del procesado y de las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que fue cometido el reato, con el fin de verificar el cumplimiento de los fines de la pena y especialmente el que pretende la rehabilitación social.

Proceso No. 14062

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal

Magistrado Ponente: Dr. *Edgar Lombana Trujillo*

Aprobado Acta No. 24

Santafé de Bogotá D. C., veintitrés (23) de febrero de mil novecientos noventa y nueve (1999).

VISTOS

La Sala resuelve el recurso de reposición oportunamente interpuesto por el procesado Néstor Raúl Rojas Varela, contra el auto del 16 de diciembre de 1998, mediante el cual le fue negada la libertad provisional.

PROVIDENCIA IMPUGNADA

Se trata del auto del 19 de enero de 1999, (folio 31 cdno. Corte), mediante el cual la Sala de Casación Penal, negó la libertad provisional al procesado Néstor Raúl. Rojas Varela, estimando que si bien es cierto el tiempo que lleva en privación efectiva de la libertad más el cómputo por redención supera las dos terceras partes de la pena, no ha cumplido la totalidad de la condena, debiendo verificarse este último hecho, como se ha insistido en autos anteriores, a partir del estudio del factor subjetivo en los términos del artículo 72 del Código Penal, por tratarse de un caso de tráfico de estupefacientes.

En el mismo auto se abstuvo de reconocer redención por 390 horas de estudio que acreditó, sin el concepto de la Junta Evaluadora de Trabajo, Estudio y Enseñanza de la Cárcel del Distrito Judicial de Villavicencio.

DEL RECURSO

El señor Rojas Varela, manifiesta que es una víctima del sistema de justicia colombiano, puesto que los distintos funcionarios que han asumido el conocimiento del asunto, no quieren entender que él es un hombre inocente y que como tal debe aplicarse primero esa presunción, en especial por cuanto la sentencia condenatoria no está en firme.

Por ello, estima que las determinaciones hasta ahora adoptadas por las instancias son erróneas e invoca la intervención de la Corte en aras de corregir tales desaciertos, a los que se ha llegado con la condena que se le impuso sin pruebas suficientes para sustentarla.

Además, con argumentos reiterativos similares replica en torno de los análisis que hizo la Sala con relación al factor subjetivo, estudio que no permitió un diagnóstico favorable para su reinserción a la sociedad, e insiste en su pretensión libertaria.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

Sea lo primero recordar que estando en trámite el recurso extraordinario de casación, con las limitaciones propias que su rigor jurídico procesal imponen, la Sala no puede, sin faltar a la legalidad, referirse a la cuestión de fondo que ha de decidirse en la sentencia que lo desate, es decir, no es factible emitir conceptos conclusivos acerca de la inocencia del procesado, en tratándose exclusivamente de atender una solicitud de libertad provisional. De ahí que, la Sala se mantenga al margen de todo cuestionamiento apuntado contra las sentencias de instancia.

De otra parte, no es que se esté desconociendo la presunción de inocencia, invocada por el impugnante como un derecho suyo, que según él, se debe anteponer a las consideraciones sobre el factor subjetivo plasmadas en el auto del 19 de enero de 1999.

Ocurre que ningún derecho, aunque sea de naturaleza fundamental, ostenta el carácter de absoluto. De ser así, serían imposibles la coexistencia y convergencia de derechos, que inclusive a veces pueden llegar a ser contradictorios o antagónicos en las mismas circunstancias. Así, por ejemplo, si fuese absoluto que los derechos de los niños prevalecen sobre los de los demás, sería imposible guiarlos, educarlos, vigilarlos e inclusive corregirlos.

De modo que, la presunción de inocencia tampoco es un derecho absoluto, y mal podría serlo en el Estado Social, Democrático y de Derecho, en el que todos los miembros debemos ceder parte de nuestras atribuciones, con el fin único de contribuir al mantenimiento de condiciones mínimas para hacer factible la vida en sociedad, en relativa paz y armonía.

Entonces, ese derecho latente en el decurso del proceso penal, denominado presunción de inocencia, no es que se desconozca o se vulnere cuando una providencia judicial lo va desvaneciendo. Lo que ocurre es que ante la contundencia de las pruebas, dependiendo la fase en que se encuentren las diligencias, esa presunción va cediendo paso a otras manifestaciones válidas del Estado de Derecho, como son las decisiones contenidas en los autos y sentencias de los jueces de la República. Tan es así, que la presunción de inocencia finalmente desaparece, cuando una sentencia en firme declara que una persona es penalmente responsable de un hecho punible que se le endilga.

Por el hecho de no haber accedido a la solicitud de libertad provisional, la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, no ha atropellado el derecho a que se presuma la inocencia del señor Néstor Raúl Rojas Varela, pues las reflexiones sobre el factor subjetivo también encuentran fundamento en lo estimado por el juez de primera instancia y por el Tribunal Nacional, cuando coincidieron en condenarlo, a través de sendas sentencias, que por demás permanecen tuteladas por la doble presunción, de legalidad y acierto.

Baste recordar que en punto del grado de consulta el Tribunal Nacional, en sentencia del 19 de junio de 1997, sostuvo: "Es incuestionable, entonces, que el enjuiciado Néstor Raúl Rojas Varela fue sorprendido en evidente situación de flagrancia piloteando un vehículo de servicio público en el cual se transportaban, debidamente escondidos, una cantidad aproximada de dos kilos y medio de cocaína, sin que atinara a suministrar una explicación satisfactoria de tan comprometedoras circunstancias." (folio 22 cdno . Tribunal)

Ha sido criterio de la Sala, y ahora se reitera, que las funciones de la pena, especialmente en cuanto a la prevención, protección y resocialización, cuando se trata de ilícitos contemplados en la Ley 30 de 1986, por la cual se adoptó el Estatuto de Estupefacientes, pueden y deben verificarse al cumplimiento total de la misma, atendiendo a las connotaciones tan graves de aquellos hechos punibles, que en la mayoría de los casos se cometen a través de verdaderas organizaciones al margen de la ley, con posibilidades reales de generar alarma social y desestabilizar muchas instituciones indispensables para la vida en comunidad.

También cabe recordar que la constancia de buena conducta a cargo de las directivas del centro de reclusión en manera alguna sustituye la labor valorativa del juez, pues aquella consiste únicamente en un parámetro indispensable para hacer viables los beneficios administrativos otorgados a los reclusos por la Ley 65 de 1993, en tanto que ésta emana del análisis crítico de la personalidad del procesado y de las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que fue cometido el reato, con el fin de verificar el cumplimiento de los fines de la pena y especialmente el que pretende la rehabilitación social.

El estudio de aquel conjunto de variables es desfavorable aún para el señor Rojas Varela, de modo que no se accederá a su pretensión libertaria.

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

RESUELVE

PRIMERO: NO REPONER el auto del diecinueve (19) de enero de mil novecientos noventa y nueve (1999), por las razones anotadas en este proveído.

SEGUNDO: Para lo de su competencia remítase copia de esta decisión al Director Cárcel del Distrito Judicial de Villavicencio.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

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

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

EXEQUATUR

Según lo establece el artículo 533 del Código de Procedimiento Penal, "Las sentencias penales proferidas por autoridades de otros países contra extranjeros o nacionales colombianos podrán ejecutarse en Colombia a petición formal de las respectivas autoridades extranjeras, formulada por la vía diplomática". Mientras no exista esa solicitud formal, no habrá lugar al pronunciamiento de la Corte.

Sin embargo, debe puntualizarse al Ministerio de Relaciones Exteriores, que para que dichos fallos puedan ejecutarse en nuestro país, la solicitud debe cumplir los requisitos previstos en el artículo 534 ibídem, entre otros, "...3. Que se encuentre en firme de conformidad con la ley del país de origen y se presente según lo previsto en los convenios y tratados internacionales".

"...5. Que a falta de tratados públicos, el Estado requirente ofrezca reciprocidad en casos análogos". (Negrillas y subrayas fuera de texto).

No puede perderse de vista que para poder decidir la Corte si las aludidas sentencias extranjeras pueden o no ser ejecutadas en Colombia, es requisito que se cuente con el texto íntegro de ellas, dado que solo así podrá verificarse que "No se imponga penas distintas ni superiores a las previstas en el Capítulo I, del Título IV del Código Penal" (numeral 1° del artículo 534 del C. de P. P.), es decir, si además de la pena de prisión a que se hizo referencia, los fallos contienen otras sanciones, así sean de carácter accesorio, pues de no corresponder a las consagradas en nuestro estatuto punitivo, expresamente referidas a las conductas juzgadas en particular, el compromiso del Estado Colombiano estaría limitado en esos precisos aspectos, con mayor razón si a la Corte se le impone la obligación de confrontar los fallos con las disposiciones constitucionales y legales de nuestro país para determinar la posibilidad de su ejecución (numeral 2° ibídem).

Proceso No. 15326

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal

Magistrado ponente: Dr. *Dídimo Páez Velandia*

Aprobado Acta No. 024

Santafé de Bogotá D.C., veintitrés (23) de febrero de mil novecientos noventa y nueve (1999).

El Ministerio de Relaciones Exteriores consulta y solicita de la Sala "concepto" sobre la viabilidad del traslado de Hong Kong a Colombia de los ciudadanos Edgar Conde Botero Ruiz y Pedro Nel Rojas Palacios, quienes se hallan actualmente privados de su libertad en la Prisión Stanley, purgando pena por tráfico de estupefacientes, ello de poder aceptarse la sentencia proferida contra los citados connacionales.

Advierte el Subsecretario de Comunidades Colombianas en el Exterior y Asuntos Consulares del citado Ministerio doctor Roberto Castro Diazgranados, la ausencia de instrumento jurídico internacional que vincule a Colombia con la República Popular China, no obstante lo cual, el Consulado de nuestro país en Hong Kong, con base en autorización de la doctora María Emma Mejía quien en su momento se desempeñaba como Ministra de Relaciones Exteriores, dio inicio a "...las negociaciones del procedimiento *ad hoc*, el cual no es un Tratado sino un procedimiento único y exclusivo ideado en Hong Kong, en razón de su traspaso a China y a que este país, no quiere mantener prisioneros extranjeros que fueron juzgados bajo el Gobierno Inglés" (fl. 2)

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

Debe la Corte una vez más reiterar su criterio expuesto en providencia del 25 de septiembre de 1997 (Magistrado ponente doctor Carlos E. Mejía Escobar), según el cual "Son elementos normativos integrantes del proceso de ejecución de sentencias extranjeras en Colombia, los artículos 9, 29, 35, 224 y 226 (corresponden a la Carta Política), en cuanto consagran, en su orden, los fundamentos de las relaciones exteriores del país; el derecho fundamental del debido proceso; la obligación de investigar y juzgar nacionales por delitos cometidos en el extranjero, considerados como tales en la legislación nacional; la aprobación del Congreso como requisito para la validez de los tratados; y las bases de la internacionalización de relaciones políticas, económicas, sociales y ecológicas".

"En los artículos 9°, 224 y 226 el documento constitucional colombiano advierte que sus relaciones exteriores se fundamentan entre otros en el 'reconocimiento de los principios del derecho internacional aceptados por Colombia', dentro de los cuales, en el artículo 226 consagra expresamente los de equidad, reciprocidad y conveniencia nacional, mientras que en el 224 se exige la aprobación por parte del Congreso Nacional de los tratados internacionales".

"En el artículo 29 se consagra el debido proceso. Frente al mismo debe señalarse que el exequatur es un procedimiento administrativo y judicial: Lo primero por cuanto su trámite se invoca y tramita, en principio, ante el Ministerio de Relaciones Exteriores; y lo segundo, porque la providencia que dicta la Corte es una decisión judicial, y por tanto su naturaleza es obligatoria y preclusiva, tanto para el gobierno nacional como para el súbdito nacional o extranjero que cumplirá la pena así autorizada".

"...El procedimiento a través del cual el Estado colombiano permite la ejecución en su territorio de sentencias penales dictadas por autoridades extranjeras ha sido desarrollado con fuerza legal en los artículos 533 y siguientes del Código de Procedimiento Penal".

"Esta institución, denominada exequatur, expresión latina que literalmente traduce "cúmplase - que se ejecute", ha sido igualmente definido por la Corte Constitucional, en las sentencias C-264 de 1995 y C-541 de 1992, que decidieron la exequibilidad de los artículos 533, 534, y 537 del Código de Procedimiento Penal, como ' (...) la autorización que emite, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia con miras a la aplicación o ejecución de una sentencia extranjera, todo dentro de la filosofía que impone la Cooperación de los diversos países en la lucha contra el delito, y de la vigencia del derecho interno en favor de todas las personas, principalmente en lo que hace a la inderogabilidad de los Derechos Constitucionales Fundamentales'.".

"Dentro de tal filosofía, ese Tribunal Constitucional señaló que 'La ejecución de la sentencia extranjera en Colombia y su relación evidente con los extranjeros o con nacionales colombianos por adopción o con nacionales colombianos por nacimiento privados de la libertad o capturados en el exterior y que resulten condenados, supone un especial trámite garantizador de los derechos fundamentales y de la noción de Debido Proceso Penal que vincula a los más altos órganos e instituciones de los poderes ejecutivo y jurisdiccional denominado exequatur. Esto implica la posibilidad del cumplimiento de la pena en Colombia y el traslado de los condenados a nuestro país, inclusive por razones humanitarias y de política de intercambio de presos. Se observa que el artículo 536 del mismo Código advierte que en la ejecución de las sentencias extranjeras se aplicarán los tratados internacionales correspondientes' ".

"El reconocimiento expreso que hace la Corte sobre el afianzamiento constitucional de la figura del exequatur en el Texto Fundamental, no significa la estirpe constitucional de tal figura, sino su correspondencia con el Ordenamiento Superior, pues su esencia jurídica es la de ser un procedimiento de nivel legal, creado en el Código de Procedimiento Penal sin que de su contenido pueda derivarse incompatibilidad alguna con la Carta".

"Dentro de esta perspectiva, el mandato legal colombiano respecto del exequatur establece *prima facie* como fuente principal de su existencia el

tratado internacional celebrado y aprobado conforme a la Constitución (reciprocidad diplomática). Puede ocurrir, sin embargo, que en su ausencia pueda intentarse su trámite, pero en tal evento habrá de acudirse a la recepción del ofrecimiento de reciprocidad por parte del Estado requirente (artículo 534-5 del Código de Procedimiento Penal), que admitida en su sistema jurídico permitiría, como principio de derecho internacional recogido en la Constitución, el trámite del exequatur regido, ya no por las disposiciones de un tratado sino por las reglas del Código de Procedimiento Penal (artículo 535 - reciprocidad legislativa -)".

"Definido el exequatur, clarificada su naturaleza jurídica y determinadas sus fuentes normativas, corresponde analizar el trámite que de él ha de cumplirse, en el Ministerio de Relaciones Exteriores, como agencia gubernamental encargada dentro de la organización del Estado Colombiano del trámite de los asuntos internacionales cuya dirección corresponde al Presidente de la República, por lo que el Ministerio actúa en tal campo como agente suyo".

"La tramitación de un procedimiento de exequatur conjuga el ejercicio de la soberanía estatal en su doble dimensión, interna y externa, a través de sus más altos órganos. El Ministerio de Relaciones Exteriores por la Rama Ejecutiva, única autorizada por la Constitución para el ejercicio de ella hacia el exterior como sujeto de derecho internacional capaz de obligar a Colombia habida cuenta de su condición de Estado soberano; y la Corte Suprema de Justicia, por la Rama Judicial, única ésta que al interior del país puede ejercer el poder estatal de administrar justicia para imponer sanciones o permitir la ejecución de las que imponen los poderes extranjeros, salvo el aludido evento de los denominados traslados de presos desde el exterior".

"Es la naturaleza de la institución la que define el ámbito de confluencia de poderes que conforme a lo dispuesto por el inciso final del artículo 113 de la Constitución Política, teniendo funciones separadas, el Gobierno Nacional y la Rama Judicial colaboran armónicamente para la realización de los fines del Estado. Así mismo, de manera anticipada y por vía general ha participado el Congreso Nacional aprobando los tratados mediante ley, o creando o modificando las normas jurídicas que permitan y regulen en la ley procesal el trámite y las condiciones para el exequatur".

"La Rama Ejecutiva en ejercicio de la función de dirección de las relaciones internacionales, dentro de cuyo marco se halla la cooperación internacional, ejerce en el caso concreto del exequatur la soberanía de Colombia frente a otros Estados, adelantando un trámite previo de tal figura, en desarrollo del cual debe en primer lugar verificar formalmente que la documentación allegada reúna los requisitos legales establecidos en el artículo 534 del Código de Procedimiento Penal, o en el tratado si fuere el caso, en cuanto su proyección externa".

"Así, habrá de examinar que la petición de las autoridades extranjeras sea formal (Artículo 533), que haya sido presentada por la vía diplomática (ibídem), que contenga copia íntegra de la sentencia y constancia de su firmeza y ejecutoria, que provenga de autoridad legítima, y si se rige por tratado. Si en cambio, por no regirse por tratado, se ha ofrecido reciprocidad en casos análogos, cuáles los términos en que la misma está prevista en el sistema jurídico del Estado requirente (artículo 534)".

"Revisada por el Ministerio la documentación conforme a lo expuesto, decide la Rama Ejecutiva en cumplimiento de sus compromisos válidamente adquiridos en los órdenes interno y externo dar o no trámite de la petición del Estado extranjero ante la Corte Suprema de Justicia, o aún solicitar de aquél la información complementaria que pueda precisarse".

"La Corte reconoce a la Rama Ejecutiva, en materia de exequatur, facultades que han de ser ejercidas dentro de criterios de razonabilidad. Por eso el Gobierno Nacional al celebrar tratados debe analizar, especialmente desde el punto de vista de la conveniencia nacional, que por mandato del artículo 226 de la Constitución es elemento de la internacionalización de las relaciones, si resulta o no afortunada, para los fines del Estado, la ejecución de cualquier sentencia extranjera o solo de algunas, pues no pueden dejarse de considerar eventos en que la permanencia del condenado en el país pueda resultar, para el momento, por las características de su crimen, por sus antecedentes personales, por la complejidad de la organización criminal a la que pertenezca o por su poderío personal, nociva para el país o de manejo altamente dificultoso para el sistema carcelario nacional".

"Similar clase de juicio, que es de orden fundamentalmente político, ha de hacer el Congreso cuando decide aprobar o improbar un tratado sobre la materia, o cuando opta por establecer mediante leyes los eventos en los que procede la figura, sus contenidos y sus exigencias".

"Finalizado el trámite administrativo en la Rama Ejecutiva, se enviará la actuación a la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, certificando detalladamente cada uno de los requisitos que conforme a lo expuesto le corresponde verificar, con sus respectivos soportes documentales, según sea el caso".

"...Remitida en los términos expuestos la documentación de un exequatur por el Ministerio de Relaciones Exteriores a la Corte, la Corporación asume la competencia plena para decidir si la sentencia extranjera es ejecutable de acuerdo con los tratados internacionales o de acuerdo con las disposiciones de los artículos 533 y siguientes del Código de Procedimiento Penal. (Artículo 535 in fine)".

"Para ello tendrá la facultad oficiosa de acreditar los requisitos cuya verificación haga falta, principalmente aquellos que se proyecten en el ámbito interno del ejercicio del poder público, y de valorarlos. Tal el caso

de aquellos que tengan que ver con la acreditación de la calidad de nacional colombiano (cuando ello sea preciso), la existencia o inexistencia de actuación procesal en curso y/o sentencia de Juez nacional y su ejecutoria, la identidad de hechos, la naturaleza de las penas impuestas y su correspondencia con las previstas en el Capítulo 1 del Título IV del Código Penal y de manera muy particular que la sentencia no se oponga a la Constitución Nacional y las leyes colombianas, es decir, al orden público interno".

"La decisión de la Corte se adopta, como atrás se anunció, en ejercicio de la soberanía estatal de administrar justicia, potestad que de conformidad con el artículo 116 de la Constitución Política solo ejercen las autoridades allí consagradas y su providencia es por ello un fallo judicial, no un concepto como en el caso de la extradición, y goza por tanto de todas las características de tales: se dicta en nombre de la República y por autoridad de la Ley y su naturaleza es obligatoria, definitiva y preclusiva".

"Obligatoria, porque la Corte emite una orden respecto de la ejecución y, siendo positiva, adopta el fallo extranjero en el orden jurídico interno para hacerlo ejecutable: por eso remite la actuación a los Jueces de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad a fin de que ejerzan su función como si de un fallo nacional se tratare, de donde surge la natural conclusión de que la Rama Ejecutiva no vuelve a tener conocimiento del exequatur como no sea para prestar la colaboración necesaria a la Rama Judicial para el internamiento carcelario del reo, su traslado o cualquier otro efecto, si a ello hubiere lugar".

"Preclusiva y Definitiva, porque la decisión de la Corte pone fin al exequatur y finiquita cualquier oportunidad de discusión, tanto respecto del fallo que ordena ejecutar, como del trámite propiamente dicho. La Corte, debe recalcarse, no examina la justicia intrínseca de la decisión, sino que ésta haya sido producida en los términos previstos en los tratados o en la ley colombiana, con respeto al debido proceso y los derechos fundamentales y que como ya se expresó, no se oponga al orden público interno de su sistema jurídico".

En el caso concreto, del análisis de la documentación remitida por la República Popular China mediante la nota SF (34) IN SEC 2/8/7 Pt.4 que figura de folio 3 al 5 y suscribe la Secretaría de Gobierno de Hong Kong (traducción oficial No. 067 R.), permite concluir que el Gobierno de esa nación no pretende el trámite de un exequatur, en los términos del Código de Procedimiento Penal colombiano, como equivocadamente lo entendió el Sub-secretario de Comunidades Colombianas en el Exterior y Asuntos Consulares del Ministerio de Relaciones Exteriores al remitir la actuación a la Corte.

Dicho documento se remite a las solicitudes de los sentenciados para que sean trasladados a Colombia [, indicando el procedimiento a seguir en caso de ser aceptadas las peticiones de los reclusos Edgar Conde Botero

Ruiz y Pedro Nel Rojas Palacios), "*Sujeto al recibo de los pormenores antes indicados, proponemos que los trámites necesarios para el traslado sean estipulados a través del canje de cartas con base en los proyectos o borradores del Anexo C*".

"El canje de cartas solo podrá ser completado después de que su gobierno haya autorizado formalmente el traslado y que la persona sentenciada también haya expresado su consentimiento, al igual que su compromiso en cuanto al reembolso de todos los gastos con motivo de su traslado a satisfacción del HKSARG".

"Antes de que HKSARG continúe con el trámite de la solicitud de la persona sentenciada será necesario obtener la confirmación de que su gobierno acepta los arreglos propuestos".

"Al recibo de la aceptación de su Gobierno de los trámites antes mencionados, HKSARG expedirá un solicitud formal para el traslado de la persona sentenciada. A la vez, HKSARG seguirá los procedimientos de notificación con CPG en virtud de la Ley TPS. Una vez los trámites necesarios hayan sido completados, usted será notificado posteriormente para obtener la autorización final de su Gobierno para proceder al traslado".(Negrillas y subrayas fuera de texto).

Es claro entonces que si la nota diplomática no contiene una solicitud formal de la República Popular China, en manera alguna, ante la ausencia de tratado internacional con Colombia sobre el traslado de detenidos para el cumplimiento de sentencia dictadas por autoridades extranjeras, el Gobierno de nuestro país debe previamente, como se le solicita en la referida nota, dar respuestas sobre las condiciones impuestas, pues a la Corte le correspondería en su momento y una vez hecha la solicitud formal, decidir exclusivamente sobre la viabilidad de la ejecución en Colombia de las sentencias proferidas contra Edgar Conde Botero Ruiz y Pedro Nel Rojas Palacios y de ser positiva procederse a su traslado a nuestro país, a efectos de cumplir el resto de la condena que les fuera impuesta por los jueces en Hong Kong.

Lo anterior, porque según lo establece el artículo 533 del Código de Procedimiento Penal, "Las sentencias penales proferidas por autoridades de otros países contra extranjeros o nacionales colombianos podrán ejecutarse en Colombia a petición formal de las respectivas autoridades extranjeras, formulada por la vía diplomática". Mientras no exista esa solicitud formal, no habrá lugar al pronunciamiento de la Corte.

Sin embargo, debe puntualizarse al Ministerio de Relaciones Exteriores, que para que dichos fallos puedan ejecutarse en nuestro país, la solicitud debe cumplir los requisitos previstos en el artículo 534 ibídem, entre otros, ".....3. Que se encuentre en firme de conformidad con la ley del país de origen y se presente según lo previsto en los convenios y tratados internacionales".

"...5. Que a falta de tratados públicos, el Estado requirente ofrezca reciprocidad en casos análogos". (Negrillas y subrayas fuera de texto).

En el citado documento, el Gobierno de la República Popular China manifiesta que "*En el largo plazo estaremos en condiciones de celebrar un acuerdo bilateral con su Gobierno que permitiría el traslado de todas las personas sentenciadas (con derecho a ser trasladadas bajo las disposiciones de la Ley sobre TPS). En tal caso no estaremos en posición de continuar celebrando acuerdos de la modalidad contemplada aquí*" (fl. 5).

Concluyese que la falta de tratado internacional o al menos de convenios bilaterales y la omisión en el caso concreto del ofrecimiento de reciprocidad, son elementos suficientes para determinar la inexistencia de una petición de exequatur por parte del Gobierno de la República Popular China y por lo tanto, debe la Sala abstenerse de emitir decisión y regresar la documentación al Ministerio de Relaciones Exteriores, no sin antes recabar que las normas a que se ha hecho referencia en el cuerpo de esta providencia, son de obligatoria observancia pues regulan lo relativo a la posibilidad de ejecutar fallos condenatorios dictados por autoridades extranjeras, es decir que son requisitos de procedibilidad para que la Corte pueda decidir si las sentencias proferidas por el Juez Delegado Wesley. Wong de fechas 1° y 24 de noviembre de 1993, mediante las cuales condenó a Edgar Conde Botero Ruiz y Pedro Nel Rojas Palacios, respectivamente, modificadas con los pronunciamientos en segunda instancia del Tribunal de Apelaciones de fechas 16 de junio de 1994 y 24 de julio de 1997, se hallan debidamente ejecutoriadas, pues solo así podrán ser ejecutadas en Colombia por los Jueces de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad, una vez los reos sean puestos a disposición del Gobierno Colombia y ubicados por el Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario en el establecimiento de reclusión respectivo.

Se sabe únicamente que el Tribunal de Apelaciones impuso a Pedro Nel Rojas Palacios catorce (14) años de prisión por el cargo primero de "Tráfico de Drogas Peligrosas", es decir, duplicando la sanción impuesta por el Juez del conocimiento, sin conocerse las razones para ello, pena que además se incrementa en cuatro (4) meses de prisión que le fuera impuesta por el cargo segundo por "Uso y posesión de documento de Viaje Falso" (fl. 7).

Similar circunstancia ocurre con Edgar Conde Botero Ruiz, a quien se le impuso una pena de veintiún (21) años de prisión por el cargo primero de "Tráfico de Drogas Peligrosas" y dos (2) meses por el cargo segundo de "Uso y posesión de documento de Viaje Falso", para un total de veintiún (21) años y dos (2) meses de prisión, sanción que fuera reducida a veintiún (21) años de prisión (fl. 14), sin indicarse si la rebaja obedece a una revocatoria del fallo condenatorio por el cargo segundo, o con relación al tráfico de estupefacientes.

No puede perderse de vista que para poder decidir la Corte si las aludidas sentencias extranjeras pueden o no ser ejecutadas en Colombia, es requisito que se cuente con el texto íntegro de ellas, dado que solo así podrá verificarse que "No se imponga penas distintas ni superiores a las previstas en el Capítulo I, del Título IV del Código Penal" (numeral 1° del artículo 534 del C. de P. P.), es decir, si además de la pena de prisión a que se hizo referencia, los fallos contienes otras sanciones, así sean de carácter accesorio, pues de no corresponder a las consagradas en nuestro estatuto punitivo, expresamente referidas a las conductas juzgadas en particular, el compromiso del Estado Colombiano estaría limitado en esos precisos aspectos, con mayor razón si a la Corte se le impone la obligación de confrontar los fallos con las disposiciones Constitucionales y legales de nuestro país para determinar la posibilidad de su ejecución (numeral 2° ibídem).

Será indispensable, entonces, que el Ministerio de Relaciones Exteriores tome atenta nota para subsanar los vacíos reseñados y luego sí, en el evento de recibir solicitud formal de la República Popular China, darle curso si en verdad los condenados tienen la condición de ciudadanos colombianos, pues tal circunstancia tampoco fue acreditada por el Ministerio de Relaciones Exteriores, salvo la mención que de ellos se hace en el documento [autorización] de la doctora María Emma Mejía Vélez de fecha 17 de febrero de 1998 cuando se desempeñaba como Ministra del Ramo (fl. 18).

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

RESUELVE:

1° ABSTENERSE de decidir sobre la viabilidad de la ejecución en Colombia de las sentencias condenatorias proferidas por las autoridades judiciales de la República Popular China, contra Edgar Conde Botero Ruiz y Pedro Nel Rojas Palacios, por las razones consignadas en la parte motiva.

2° Vuelvan las diligencias al Ministerio de Relaciones Exteriores y cúmplase.

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

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

RECURSOS/ TERMINACION ANTICIPADA DEL PROCESO/ SENTENCIA ANTICIPADA-Interés para recurrir

Como lo ha reiterado la Sala y la doctrina, para que procedan los recursos tanto ordinarios como el extraordinario, es menester que se cumplan dos requisitos, a saber:

1. Que se trate de un sujeto procesal al que la ley faculta para impugnar.

2. Que exista interés en el recurrente, el cual se concreta en el perjuicio o agravio que la providencia atacada le causa.

Por lo anterior, resulta fácil concluir que en los recurrentes no asiste interés para acudir al extraordinario recurso de casación, tal como lo señala el Procurador Delegado en lo Penal.

En efecto, en cuanto atañe al procesado (...), se avizora que la hipótesis escogida para sustentar la demanda de casación no se encuentra dentro de las previstones legales del numeral 4° del artículo 37 B del Código de Procedimiento Penal, subrogado por el 5° de la Ley 81 de 1993, vigente en el momento en que se dictó la sentencia.

La citada normatividad establece que para el defensor y el procesado sólo opera el interés para atacar la sentencia anticipada respecto de la dosificación de la pena, el subrogado de la condena de ejecución condicional, la condena para el pago de perjuicios y la extinción del dominio sobre bienes.

Con providencia de quien hoy funge como ponente, ha sostenido la Sala:

"La sentencia anticipada del artículo 37 del Código de Procedimiento Penal y la sentencia anticipada previa audiencia especial del 37A, ibidem, son parte de los mecanismos político-criminales tendientes a que principios como los de celeridad, economía procesal y eficacia tengan cabal operancia, a cambio de hacer menos gravosa la pena.

"Pero esta facultad del Estado en favor del acusado no es gratuita, sino que exige de parte de éste una contraprestación consistente en

que debe reconocer su responsabilidad penal con relación a los cargos que se le imputan en el acta de presentación de los mismos y renunciar a parte del trámite procesal optando por uno abreviado, previsto en la ley, y una sentencia inmediata, que sólo podrá impugnar en los casos taxativamente señalados en ella. Por lo mismo, se extingue para él cualquier posibilidad de retractación o negación de su responsabilidad, libremente aceptada.

"De ahí que el legislador plasme, consecuentemente con la teleología de la terminación anticipada del proceso, como regla general, la imposibilidad de recurrir la sentencia, salvo en algunos eventos.

"En efecto, el numeral 4° del artículo 37B, intitulado "Interés para recurrir", señala:

"4°) Interés para recurrir. La sentencia es apelable por el fiscal, el ministerio público, por el procesado y por su defensor, aunque por estos dos últimos sólo respecto de la dosificación de la pena, el subrogado de la condena de ejecución condicional, la condena para el pago de perjuicios y la extinción de dominio sobre bienes".

"O sea que la consagración normativa que se hace en precedencia, es producto de una lógica interrelación de los principios 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 en 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". (Auto del 8 de marzo de 1996).

En el caso concreto, el actor carece de interés para recurrir, a la luz del numeral 4° del mencionado artículo 37B, toda vez que su inconformidad con la sentencia de segunda instancia radica en la tipificación aceptada, con respecto al punible de secuestro extorsivo.

Proceso No. 11562

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal

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

Aprobado Acta N° 22 (febrero 18/99)

Santafé de Bogotá, D.C., veintitrés (23) de febrero de mil novecientos noventa y nueve (1999).

VISTOS

Sería del caso que la Corte pronunciara sentencia de mérito dentro del trámite del recurso de casación interpuesto por los defensores de Gloria Stella Correa Jaimes y Jairo Pineda Barbosa, contra el fallo de segunda instancia proferido por el Tribunal Nacional, el 13 de febrero de 1995, en el cual condenó a los citados procesados a las penas principales de 226 meses de prisión y multa de 927 salarios mínimos legales mensuales, como coautores de los delitos de secuestro extorsivo (art. 22 del Decreto 180 de 1988) e infracción al artículo 2° del Decreto 3664 de 1986, si no observara que los impugnantes carecían de interés jurídico para recurrir, motivo por el cual se abstendrá de proferir decisión de fondo y, en su lugar, adoptará las decisiones a que haya lugar.

ANTECEDENTES

1. Los hechos fueron sintetizados por el Tribunal Nacional de la siguiente manera:

"El 8 de noviembre de 1991, cuando el señor Jorge Mogollón Ballesteros transitaba en su vehículo particular por la vía que de Bochalema conduce a la carretera central de Pamplona (N. Santander), fue interceptado por un grupo de individuos provistos de armas de fuego, quienes lo trasladaron hacia una finca situada en zona rural de la vereda de Volcanes jurisdicción del municipio de Lourdes (N. Santander), donde permaneció cautivo durante varios días, siendo vigilado por varios hombres, entre ellos Dioselid Serrano Pérez.

"Tras varias llamadas recibidas por la esposa del plagiado, mediante las cuales se le exigió una fuerte suma de dinero a cambio de su liberación, aquella decidió alertar las autoridades, que de inmediato desplegaron el operativo de rigor, que comprendió inicialmente la interceptación de varias líneas telefónicas; así se dio con el paradero de Jairo Pineda Barbosa, quien fue capturado en momentos en que de un teléfono público reiteraba las exigencias dinerarias a la compañera de la víctima.

"Con base en las manifestaciones del antes mencionado, se dio posterior aprehensión a Gloria Stella Correa Jaimes, quien según aquél conocía el sitio donde permanecía cautivo el señor Mogollón Ballesteros. La aludida dama, en efecto, llevó a las autoridades hasta la finca donde se encontraba éste, produciéndose su liberación y la también captura de uno de los vigías que resultó ser Dioselid Serrano Pérez. En dicho lugar, se efectuó además de la incautación de dos granadas de fragmentación TNT de fabricación nacional, dos revólveres Smith & Wesson calibre 32 y

38 largo, con 8 cartuchos cada uno, una escopeta hechiza calibre 20 y un radio portátil para comunicaciones marca ICOM de 6 canales.

"Por los anteriores hechos también fueron capturados Rubén Peñalosa Ortiz y Carmen David Villalba Quintero."

2. Mediante resolución del 27 de julio de 1993, un fiscal regional de Santafé de Bogotá, acusó a los procesados Jairo Pineda Barbosa, Gloria Stella Correa Jaimes, Dioselid Serrano Pérez, Rubén Peñalosa Ortiz, Carmen David Villalba Quintero y Omar Enrique Correa Jaimes, por el delito de secuestro extorsivo (art. 22 del Decreto 180 de 1988) e infracción al artículo 2° del Decreto 3664 de 1986.

3. Apelada la anterior decisión, la Fiscalía Delegada ante el Tribunal Nacional, por resolución del 23 de mayo de 1994, la confirmó en lo fundamental.

4. Iniciado el juicio, se solicitó, por parte de Gloria Stella Correa Jaimes, Jairo Pineda Barbosa y Dioselid Serrano Pérez, la terminación anticipada del proceso, al tenor de lo dispuesto en el artículo 37 del Código de Procedimiento Penal.

5. En el transcurso de la diligencia de formulación y aceptación de cargos, el juez regional de Santafé de Bogotá, dejó la siguiente constancia:

"El JUZGADO REGIONAL teniendo en cuenta que el fiscal delegado que calificó el mérito sumarial no incurrió en error, respecto de la selección del tipo fáctico imputable a los procesados por el delito de secuestro extorsivo, cometido bajo las circunstancias previstas en el artículo 270 del C.P., en su literales c) y f), no genera nulidad al hacer la atribución de las mismas disposiciones que consideró subrogadas por el Decreto 180 de 1998, puesto que el juez al momento de dictar sentencia es el encargado de determinar la pena imponible por el delito cometido al momento de realizar el proceso mediante el cual se fija el quantum punitivo, tendrá en cuenta la ley vigente al momento de la ocurrencia de los hechos, que para el caso presente no es la pena prevista en el decreto 180 de 1988, al que alude la resolución de acusación, sino la prevista en el Decreto 2790 de 1990 que empezó a regir el 16 de enero de 1991, por tanto se reitera que para el día 8 de noviembre de 1991, fecha en que se cometió el delito de secuestro extorsivo, la ley vigente que impone una pena mayor es el artículo 6° del Decreto 2790 de 1990 que tiene consagrada una pena de prisión de 20 a 25 años y multa de 1000 a 2000 salarios mínimos legales"

Hecha la anterior aclaración, lo procesados, asistidos de su defensor, aceptaron los cargos imputados.

6. El juez regional, mediante sentencia del 29 de agosto de 1994, condenó a los citados procesados a la pena principal de 250 meses de prisión y multa de 1000 salarios mínimos legales mensuales y a las accesorias de

rigor, como coautores de los delitos de secuestro extorsivo agravado (art. 6 del Decreto 2790 de 1990) y el contenido en el artículo 2° del decreto 3664 de 1986, adoptados como legislación permanente por el decreto 2266 de 1991.

El anterior fallo, que era consultable, fue recurrido en apelación por los tres procesados y la defensora de Jairo Pineda Barbosa, por cuanto estimaban que la norma aplicable para el delito de secuestro era la contemplada en el artículo 268 del Código Penal y no la escogida por el juez regional.

7. El Tribunal Nacional, mediante sentencia del 13 de febrero de 1995, tomó las siguientes decisiones:

7.1. Declaró desierto el recurso interpuesto por los tres procesados, toda vez que las sustentaciones fueron presentadas extemporáneamente. Sin embargo concedió el de la defensora de Pineda Barbosa, por cuanto consideró que "como quiera que en las argumentaciones de la impugnante se pregona el posible desconocimiento del principio de legalidad, garantía de estirpe constitucional que de resultar en verdad vulnerada facultaría a la Sala para intervenir, incluso oficiosamente, en orden de restaurar el orden legal".

7.2. Modificó el fallo de primera instancia, en el sentido de imponer a Gloria Stella Correa Jaimes y Dioselid Serrano Pérez la pena principal de 226 meses de prisión y multa de 927 salarios mínimos legales mensuales.

7.3. Con las aclaraciones respectivas, confirmó la sentencia revisada.

8. Interpuesto el recurso extraordinario de casación por los defensores de Jairo Pineda Barbosa y Gloria Stella Correa Jaimes, fueron concedidos, mediante autos del 23 de mayo y 28 de septiembre de 1995.

9. En tiempo oportuno se presentaron las respectivas demandas en las que se solicita que se cambie la adecuación típica aceptada por los acusados, respecto al delito de secuestro, en el sentido de que la norma aplicable no es el artículo 6° del Decreto 2790 de 1990, sino el 268 del C.P., lo que conlleva la aplicación de una pena menor, pues el móvil fue económico y no terrorista.

10. Los libelos fueron admitidos el 26 de marzo de 1996, por ajustarse a las exigencias legales y se dispuso correr traslado al Procurador Delegado en lo Penal, quien emitió el pertinente concepto, estando, por ende, agotado el trámite procesal previo a la decisión de mérito.

Consideraciones de la Corte

Como lo ha reiterado la Sala y la doctrina, para que procedan los recursos tanto ordinarios como el extraordinario, es menester que se cumplan dos requisitos, a saber:

1. Que se trate de un sujeto procesal al que la ley faculta para impugnar.

2. Que exista interés en el recurrente, el cual se concreta en el perjuicio o agravio que la providencia atacada le causa.

Por lo anterior, resulta fácil concluir que en los recurrentes no asiste interés para acudir al extraordinario recurso de casación, tal como lo señala el Procurador Delegado en lo Penal.

En efecto, en cuanto atañe al procesado Jairo Pineda Barbosa, se avisora que la hipótesis escogida para sustentar la demanda de casación no se encuentra dentro de las previsiones legales del numeral 4° del artículo 37 B del Código de Procedimiento Penal, subrogado por el 5° de la Ley 81 de 1993, vigente en el momento en que se dictó la sentencia.

La citada normatividad establece que para el defensor y el procesado sólo opera el interés para atacar la sentencia anticipada respecto de la dosificación de la pena, el subrogado de la condena de ejecución condicional, la condena para el pago de perjuicios y la extinción del dominio sobre bienes.

Con providencia de quien hoy funge como ponente, ha sostenido la Sala:

"La sentencia anticipada del artículo 37 del Código de Procedimiento Penal y la sentencia anticipada previa audiencia especial del 37A, ibidém, son parte de los mecanismos político-criminales tendientes a que principios como los de celeridad, economía procesal y eficacia tengan cabal operancia, a cambio de hacer menos gravosa la pena.

"Pero esta facultad del Estado en favor del acusado no es gratuita, sino que exige de parte de éste una contraprestación consistente en que debe reconocer su responsabilidad penal con relación a los cargos que se le imputan en el acta de presentación de los mismos y renunciar a parte del trámite procesal optando por uno abreviado, previsto en la ley, y una sentencia inmediata, que sólo podrá impugnar en los casos taxativamente señalados en ella. Por los mismo, se extingue para él cualquier posibilidad de retractación o negación de su responsabilidad, libremente aceptada.

"De ahí que el legislador plasme, consecuentemente con la teleología de la terminación anticipada del proceso, como regla general, la imposibilidad de recurrir la sentencia, salvo en algunos eventos.

"En efecto, el numeral 4° del artículo 37B, intitulado 'Interés para recurrir', señala:

'4°) Interés para recurrir. La sentencia es apelable por el fiscal, el ministerio público, por el procesado y por su defensor, aunque por estos

dos últimos sólo respecto de la dosificación de la pena, el subrogado de la condena de ejecución condicional, la condena para el pago de perjuicios y la extinción de domino sobre bienes'.

"O sea que la consagración normativa que se hace en precedencia, es producto de una lógica interrelación de los principios 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 en 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". (Auto del 8 de marzo de 1996).

En el caso concreto, el actor carece de interés para recurrir, a la luz del numeral 4° del mencionado artículo 37B, toda vez que su inconformidad con la sentencia de segunda instancia radica en la tipificación aceptada, con respecto al punible de secuestro extorsivo.

Debe dejarse en claro que si bien el libelista, hábilmente, traduce la presunta transgresión del precepto sustancial en una disminución punitiva, lo cierto es que la discusión central de su argumento la funda en que al procesado no se le debió aplicar el contenido del artículo 6° del Decreto 2790, sino el del 268 del Código Penal.

Sería un acto de deslealtad con la justicia venir a esta sede a criticar la norma seleccionada, cuando en el acta de formulación y aceptación de cargos, se dejó expresa constancia sobre la razón de esa adecuación típica, la que no fue cuestionada por los procesados ni sus defensores, sino, por el contrario, libremente aceptada.

Al respecto, en la misma providencia citada, señaló la Sala:

"Fuera de los casos previstos en el ordinal 4° del artículo 37B y del desconocimiento de las garantías fudamentales, cualquier otra inconformidad de la parte defensora resulta absolutamente impertinente, pues será violatoria del ordenamiento procesal que regula tal instituto y, por lo mismo, del debido proceso. Tal ordenamiento nos indica que para que el acusado se haga acreedor a la rebaja concreta de la tercera parte de la pena, es decir, para que el Estado morigere su potestad sancionatoria, es menester que aquél acepte los cargos y su tipificación, tal como le fueron presentados por el Fiscal. Si existe divergencia sobre la adecuación típica de los hechos imputados, como lo alega el recurrente en el presente caso,

simplemente el procesado, asesorado por su defensor, no debe acudir al mecanismo de la sentencia anticipada.

"Por tales razones resulta inadmisible que se consienta una determinada adecuación típica, se suscriba el acta respectiva y luego se alegue que estaba equivocada, retractándose de lo aceptado".

Siendo ello así, lógico es concluir que no le asiste interés al recurrente, por lo que se procederá a declarar, por violación al debido proceso, la nulidad parcial de lo actuado, en lo atinente a este procesado, a partir del auto fechado el 26 de marzo de 1996, mediante el cual la Sala declaró ajustada la demanda a los presupuestos formales, pues sólo entonces apareció claro que carecía de interés para impugnar.

En cuanto hace relación a la demanda presentada por el defensor de Gloria Stella Correa Jaimes, debe decirse que ésta también carece de interés, pues el Tribunal Nacional, en la sentencia del 13 de febrero de 1995, declaró desierto el recurso de apelación interpuesto por ella, toda vez que además de ser extemporánea la sustentación del mismo, no suscribió el correspondiente memorial.

Por otra parte, ese interés tampoco surgió de la sentencia de segunda instancia, pues ésta no modificó desfavorablemente su situación, por el contrario, disminuyó el quantum punitivo que se le había impuesto en la de primera instancia.

Al respecto ha sostenido la Sala:

"En otras palabras: si a través del recurso extraordinario de casación se cuestiona la legalidad del fallo de segunda instancia, que como tal está amparado por la doble presunción de acierto y legalidad, quien no apeló la sentencia de primer grado, ni su situación se vio modificada con el pronunciamiento del tribunal, carece de legitimidad para acudir a la impugnación por vía extraordinaria; pues los recursos, entendidos como mecanismos procesales otorgados por la ley a las partes para controvertir las decisiones judiciales que consideren adversas o ilegales, deben proceder de la iniciativa de los intervinientes, quienes han de agotar primero, en las instancias previas, y a medida que se vaya manifestando la voluntad de la judicatura, los instrumentos ordinarios de control que legitimen y hagan viable el ulterior ejercicio del medio extraordinario de impugnación..." (Casación del 5 de Sep. de 1996, M.P. Dr. Fernando Arboleda Ripoll).

En consecuencia, la falta de interés aparecía manifiesta desde que se concedió el recurso extraordinario de casación, por lo cual la Sala procederá a declarar la nulidad parcial de lo actuado, con relación a esta procesada, a partir del auto fechado el 28 de septiembre de 1995, por medio del cual se concedió el recurso de casación interpuesto, quedando com-

prendido dentro de los efectos anulatorios el proveído del 26 de marzo de 1996, en el que la Sala declaró ajustada la demanda a los presupuestos formales.

Al no ser procedentes los recursos de casación interpuestos, cobra ejecutoria la sentencia proferida por el Tribunal Nacional y así se declarará.

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

RESUELVE:

1. DECRETAR LA NULIDAD PARCIAL de lo actuado a partir, inclusive, del auto fechado el 28 de septiembre de 1995, por medio del cual el Tribunal Nacional concedió el recurso extraordinario de casación a la procesada Gloria Stella Correa Jaimes. En consecuencia se declara desierto.

2. DECRETAR LA NULIDAD PARCIAL de lo actuado a partir, inclusive, del auto fechado el 26 de marzo de 1996, mediante el cual se declaró ajustada a las previsiones legales la demanda de casación presentada a nombre de JAIRO PINEDA BARBOSA. En consecuencia, SE RECHAZA IN LIMINE el citado libelo.

3. Declárase ejecutoriada la sentencia de segunda instancia.

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

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

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

LEGITIMA DEFENSA

Resulta incuestionable que, frente a un mismo hecho, no pueden coexistir las posibilidades de que el acusado no haya realizado la acción que se imputa y que sí la haya ejecutado, pero obrando en legítima defensa. Para que se pueda configurar esta causal de justificación, es ineludible partir de la base de la perpetración de la acción u omisión típica, sólo que no es antijurídica. En otro sentido, de ninguna manera puede predicarse legítima defensa de quien no ha incurrido en la conducta reprochable.

Proceso No. 13032

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal

Magistrado Ponente: Dr. *Nilson E. Pinilla Pinilla*

Aprobado Acta N° 24

Santafé de Bogotá, D. C., veintitrés (23) de febrero de mil novecientos noventa y nueve (1999).

Asunto

Se procede a resolver sobre la admisibilidad de la demanda de casación presentada por el defensor de Luis Rafael León Guzmán, condenado por un delito de homicidio.

Hechos y Antecedentes Procesales

El 1° de julio de 1991, en la residencia de la familia León Guzmán, ubicada en la carrera 81C N° 48A-38 Sur, barrio Kennedy del Distrito Capital, Jorge Humberto Martín Novoa buscaba reconciliarse con su antigua novia Carmen Celmira León Guzmán; hasta allá llegó su esposa Agripina Bejarano de Martín con su menor hijo Javier Orlando Martín Bejarano, sorpresa que llevó a Jorge Humberto a dispararle dos veces, con un revólver de su propiedad, a Carmen Celmira, hiriéndola en el pecho y el abdomen. Apareció entonces el hermano de ésta, Luis Rafael León Guzmán y se efectuó otro tiro, que impactó a Jorge Humberto en la cabeza, ocasionándole la muerte.

Abierta investigación, los hermanos Miguel Antonio y Luis Rafael León Guzmán fueron oídos en indagatoria y el 10 de julio de 1991 se les resolvió situación jurídica sin medida de aseguramiento (fs. 86 y Ss. cd. inicial), al considerar el instructor que Jorge Humberto Martín Novoa se había suicidado, después de herir a Carmen Celmira.

Clausurada la instrucción, el 2 de febrero de 1995 (fs. 309 y Ss. ib.) la Fiscalía 11 Seccional de la Unidad I de Vida de Santafé de Bogotá la calificó, profiriendo resolución de acusación contra Luis Rafael por homicidio en la persona de Jorge Humberto Martín Novoa, y contra Miguel Antonio por favorecimiento.

Apelada tal determinación por el defensor común de los dos hermanos, el 29 de noviembre de 1995 la Unidad de Fiscalía Delegada ante los Tribunales Superiores de Santafé de Bogotá y Cundinamarca la revocó en lo referente a Miguel Antonio, en cuyo lugar dispuso precluir, y confirmó el enjuiciamiento contra Luis Rafael, por el homicidio.

Adelantado el juicio por el Juzgado Tercero Penal del Circuito de Santafé de Bogotá, el 24 de septiembre de 1996 condenó por dicho delito a Luis Rafael León Guzmán, imponiéndole 10 años de prisión y de interdicción de derechos y funciones públicas, además de la obligación en concreto de indemnizar los perjuicios causados.

Esta condena fue recurrida por el defensor y confirmada en todas sus partes por el Tribunal Superior de Santafé de Bogotá, el 14 de noviembre del mismo año, fallo que el mismo defensor pide casar.

La Demanda de Casación

Dos cargos son formulados contra la sentencia condenatoria, en el marco de la causal primera de casación.

PRIMER CARGO: La sentencia impugnada viola directamente el numeral 4° del artículo 29 del Código Penal, por falta de aplicación.

El recurrente es enfático en sostener que "no acepta, ni está aceptando, que Luis Rafael León Guzmán, haya dado muerte a Jorge Martín Novoa". No obstante, considera que al fallador, para ser "consecuente con su propio discernimiento de autoría", le resultaba imposible desconocer que Luis Rafael se encontraba plenamente legitimado para proteger a su hermana, que había sobrevivido al brutal ataque, resultando no solo dable sino obligante el actuar del procesado, al no quedarle posibilidad distinta que dar muerte al ilegítimo agresor, con el mismo revólver utilizado por éste, "único medio a su alcance en ese momento para defender el derecho a la vida de su hermana".

Por ello solicita que se case la sentencia condenatoria y, en su lugar, sea absuelto el procesado, "reconociendo la causal de justificación de que trata el num. 4 del art. 29 del C. P.".

SEGUNDO CARGO: La sentencia es violatoria, de manera indirecta, "del art. 445 del C. de P. P., junto con los artículos 247 y 254 de la misma codificación", por error de derecho en la estimación de las pruebas comentadas a continuación, que el juzgador consideró suficientes para condenar a Luis Rafael León GuzmánN, desembocando "en un falso juicio de legalidad y convicción, al negar el valor que le ley le asignaba al caudal probatorio en su conjunto" (f. 51 cd. Tribunal):

1. En cuanto al dictamen pericial para determinar los residuos de disparo, que resultó positivo en las muestras tomadas en los dorsos de las manos del procesado, el Tribunal no tuvo en cuenta que el propio Instituto de Medicina Legal afirmó que, dada la profesión de soldador del encartado, "puede presentar ciertos niveles de los elementos que se investigan (plomo, bario, antimonio) que puede dar lugar a falso positivo", y que la persona que tiene contacto físico con otra que ha manipulado o disparado un arma, "está en posibilidad de contaminarse de estos residuos", ante lo cual el impugnante recuerda lo expresado por su defendido: "... fue cuando yo le dije 'desgraciado qué le hizo a mi hermana', y le di dos puños, pero ya él estaba sin vida".

Agrega el censor que el Juez Tercero Penal del Circuito consideró, en efecto, que "la prueba de absorción atómica que se le practicó al procesado y de la cual se obtuvo resultado positivo..., no suministra cierta confiabilidad en el caso sometido a nuestra consideración...". Sin embargo, el Tribunal revivió el punto, "incurriendo en una verdadera involución que sacrifica el aspecto dialéctico del proceso y de la prueba, no obstante que el suscrito defensor obró como apelante único".

2. Declaración del menor Javier Martín Bejarano, hijo del occiso, quien afirma haber visto cuando el hermano de Carmen Celmira le quitó el revólver a su papá y le pegó un tiro en la parte izquierda de la cabeza. El fallador tuvo en cuenta este testimonio, a pesar de las múltiples posiciones inconciliables que asume, incurriendo en contradicciones, vacíos, dubitaciones y mentiras comprobadas, que el recurrente deduce no sólo de lo expresado por él mismo en las diferentes oportunidades, sino frente a declaraciones como las de Carmen Celmira León, Manuel Alberto León y Josefina Pimiento.

3. Experticias de balística, en cuanto el Instituto de Medicina Legal concluyó que el victimario se encontraba atrás, a la derecha y un poco abajo de la víctima, el disparo fue hecho a distancia superior a 25 cms., salvo interposición de algún objeto que recogiera los residuos, y "no se puede (físicamente) explicar la hipótesis de suicidio, se trata de homicidio", que riñe, en opinión del casacionista, con lo conceptuado tiempo después, que habla de distancia igual o superior a 90 cms. Agrega que no se tuvo en cuenta el falso negativo que puede dar el cuero cabelludo sobre el negro de humo, ni lo exagerado que resulta sostener "que la sola trayec-

toria del recorrido del proyectil, es prueba irrefutable del homicidio", cuando nada es más caprichoso que tal trayectoria, en términos de un destacado científico.

Cuestiona en distintos enfoques los dictámenes periciales, para concluir, a diferencia de lo considerado por el juzgador, "que las afirmaciones de Medicina Legal, además de no encontrar respaldo probatorio constituyen un esperpento y un abuso que desdice de la cientificidad".

4. Diligencia de necropsia, que el *ad quem* estimó "suficiente para determinar que no se trata de un suicidio", cuando tal diligencia "por sí sola, no puede transmitir ninguna convicción racional y al igual que las que conforman todo el haz probatorio, debe ser considera en ese contexto integral", análisis conjunto que en efecto realiza el recurrente en su enfoque, comentando, entre otras pruebas, la atestación de Herminda Piza Pinzón, "vecina del frente", que aduce que no es siquiera reseñada en la segunda instancia, no obstante ser coincidente con las declaraciones de los hermanos León Guzmán.

5. Declaraciones de los agentes de Policía Evelio Marino Tacán Gómez y Eduardo Alfonso Cáceres Lizarazo, que al ser de oídas sobre lo expuesto por el menor Javier Orlando Martín, "no pueden de ninguna manera tener la virtud de transformar en veraz o cierta" la versión de donde se derivan, ni sumarse como pruebas de cargo.

De lo anterior concluye el recurrente que la prueba fue discriminada en perjuicio de su representado por el Tribunal, conllevando una errónea apreciación de los medios de demostración, que condujo a la convicción errada de que existía mérito para condenar, por lo cual pide a la Corte casar la sentencia, "para que en su lugar profiera el fallo absolutorio que se ajuste a derecho".

Consideraciones de la Corte

Tres fallas presenta la demanda referida, que hacen imposible encontrarla ajustada a los requerimientos formales, imponiendo su rechazo.

En primer término, el inciso final del artículo 225 del Código de Procedimiento Penal permite formular cargos excluyentes, siempre y cuando el recurrente los plantee separadamente y de manera subsidiaria.

Resulta incuestionable que, frente a un mismo hecho, no pueden coexistir las posibilidades de que el acusado no haya realizado la acción que se imputa y que sí la haya ejecutado, pero obrando en legítima defensa. Para que se pueda configurar esta causal de justificación, es ineludible partir de la base de la perpetración de la acción u omisión típica, sólo que no es antijurídica. En otro sentido, de ninguna manera puede predicarse legítima defensa de quien no ha incurrido en la conducta reprochable.

Esto, que es perfectamente comprendido por el defensor, torna en excluyentes los cargos que puedan formularse contra un mismo fallo propendiendo, de una parte, a demostrar que el sentenciador se equivocó al tener a alguien como participante en la perpetración de un delito, cuando las pruebas demuestran, por el contrario, que no es cierto que haya actuado, y de otra, que en el caso de haber obrado en la forma que se le reprocha, fue en legítima defensa, justificándose su proceder.

Por ello estaba el censor legalmente obligado a presentar tales cargos separadamente, como en efecto hizo, y de forma subsidiaria, lo cual lamentablemente omitió, lanzando ambos cargos de manera indistinta, sin determinar cuál de ellos es el principal, como parece desprenderse de su contexto que sería el que sin embargo presenta en segundo término, y cuál el subsidiario, quedando la Corte frente a un mero tanteo que le quita consistencia a la impugnación, al no poderse determinar dónde radica la hipótesis fundamental de la defensa, por no haberla especificado debidamente su vocero técnico.

Como segundo aspecto, el casacionista da por descontado, en el primer cargo, que el Tribunal, al asumir como demostrado que Luis Rafael León Guzmán fue el autor del disparo que segó la vida de Jorge Humberto Martín Novoa, debió llegar a la conclusión, según su propio discernimiento, de un obrar en legítima defensa de la vida de su hermana, lo cual no se percibe así siguiendo simplemente lo señalado en el resto de la demanda misma, quedando sin explicación cómo sería que el juzgador podía derivar tal causal de justificación ante la muerte del agresor, ocasionada por un disparo de su propio revólver, esto es, después de haber sido desarmado y, por ende, sometido y despojado de su capacidad de atacar letalmente. Ese primer cargo resulta así, adicionalmente, impreciso y carente de desarrollo.

En tercer lugar, el segundo cargo está deficientemente planteado, en cuanto pretende conjugar el censor, simultáneamente, el error de derecho por falso juicio de legalidad, sin incluir en sus consideraciones algún aspecto atinente a la aducción ilícita de las pruebas tomadas en consideración por los administradores de justicia, y por falso juicio de convicción, de configuración supremamente excepcional e improbable en un régimen procesal penal como el colombiano, en el cual no se ha estatuido una tarifa probatoria.

Este error conceptual lleva al impugnante a censurar la negativa al valor que la ley le asignaba al caudal probatorio en su conjunto, sin que pueda señalar cuál es ese valor que supone que se encuentra estatuido previamente en la legislación, por la sencilla razón de no haber tal encuadramiento de la apreciación probatoria, normativamente dejada a la estimación conjunta que efectúe razonadamente el juez, de acuerdo con las reglas de la sana crítica.

Mal hace también el recurrente al incluir en este cargo de error de derecho un aspecto de error de hecho por falso juicio de existencia, por omisión en el análisis de un testimonio.

Por lo demás, en la consideración que efectúa en el segundo cargo sobre los cinco grupos de pruebas, donde más bien parece estarle dando la razón a las conclusiones de la sentencia, ningún error propiamente tal está endilgando, sino que se concentra esforzadamente en manifestar sus propios puntos de vista sobre la mayor o menor credibilidad merecida por los medios de convicción que comenta, opinión contraria en lo decisivo a la sustentada apropiadamente por los administradores de justicia, sin que la simple diferencia de pareceres sobre la verosimilitud de las pruebas, no puede ser erigida como yerro atacable en casación.

Por el incumplimiento del requisito legal de la subsidiaridad en el planteamiento de cargos excluyentes y las imprecisiones referidas, se impone legalmente el rechazo de la demanda, de conformidad con lo dispuesto por los artículos 225 y 226 del Código de Procedimiento Penal, lo cual conduce a declarar desierta la impugnación, mediante providencia de la Sala que no admite recurso alguno al quedar ejecutoriada en la misma fecha de su suscripción (art. 197 ib.).

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

RESUELVE:

RECHAZAR IN LIMINE la demanda de casación presentada por el defensor de Luis Rafael León Guzmán y, en consecuencia, declarar desierto el recurso interpuesto.

Contra esta providencia no procede recurso alguno.

Cópiese, comuníquese y devuélvase al Tribunal de origen.

Cúmplase.

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

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

DEFENSA TECNICA

Especialmente cuando en materia de falta de defensa técnica, derivada de la inactividad del abogado de oficio o contractual, lo que finalmente se cuestiona es el silencio como posibilidad viable de defensa. El solo hecho de guardarlo, en forma repetida lo ha sostenido la Sala, no significa necesariamente la violación de la garantía fundamental. Tal es la razón para que cuando se alega el vicio, se exige que el casacionista tenga que probarle a la Corte en la demanda la relación existente entre la falta de actividad del defensor y el sentido adverso del fallo objeto de la impugnación. Y paralelamente qué es lo que no hizo el apoderado, hubiera podido hacer, para de tal manera demostrar que una distinta asesoría habría logrado la declaración de inocencia del inculpado o una condenación más benigna. [*]

La profesión de abogado -como lo precisó la Sala en el fallo de casación del 22 de abril de 1992[**]- se caracteriza dentro de un Estado de Derecho por su ejercicio independiente y libre, implicando ante todo el principio de libertad que el profesional ejerza su oficio con responsabilidad y rectitud, pero dentro de una órbita amplia y propicia para que su creatividad no tenga otros límites distintos de los marcos éticos y legales de su deontología, gozando de toda la amplitud que requiera en la formulación y ejecución de las estrategias que le lleven en procura de los nobles y altos fines que le han sido encomendados dentro de la función social de auxiliar a la justicia, y de amparar los derechos que le confían sus conciudadanos.*

"No obstante que por ministerio de la ley y en materia criminal, ese ejercicio implica intervenciones de carácter forzoso como la asistencia del procesado en su injurada y demás intervenciones procesa-

---

*. En dicho sentido se ha pronunciado la Sala, entre otras, en las providencias de julio 4 y agosto 31 de 1994, M.P. Dr. Jorge Carreño Luengas.

**. M.P. Dr. Juan Manuel Torres Fresneda.

les, y la presencia y formulación de alegaciones en audiencia, la mayoría de ellas resulta apenas facultativa y condicionada a la necesidad de garantizar 'una adecuada defensa' como es el caso de la aducción y proposición de pruebas y diligencias, el examen de la actuación, la comunicación verbal y escrita con el imputado y su consejo, la intervención en la práctica de pruebas, la interposición de recursos, la formulación de solicitudes orientadas a la libertad del implicado, el reclamo de restitución de objetos retenidos, la proposición de nulidades y en general de incidentes en que tenga interés, sin que siquiera en esta enunciación se agoten en su integridad las perspectivas que le asisten.

"Exigirle por ello a la defensa, que en cada proceso realice la totalidad de las gestiones que tiene apenas como perspectiva, o que responda frente a resultados adversos, cuestionándolos desde una óptica subjetiva e hipotética, sería poco menos que llegar a la anulación del principio de libertad que se enuncia, para trocarlo por la alternativa de un rígido encuadramiento formalista de muy difícil recibo frente a la variabilidad de los casos a juzgar y más dudosa efectividad, y aún por la peligrosa y absurda perspectiva de permitir que aquellos abogados que asumen la representación del procesado en la etapa final de la actuación, se conviertan en jueces de las actividades infructuosas de sus colegas, como ahora se pretende.

(...)

"Lo anterior indica, entonces, –finaliza la cita— que en sede de casación no pueda conformarse el actor con la sola alegación abstracta de que la defensa inexistió, o que se hizo meramente formal o aparente para el procesado, sino que ha de ser su obligación 'la de determinar cuál fue la actuación procesal que se encontró lesiva, especificando la norma que se viola y determinando con precisión la manera como tal violación incidió desfavorablemente en las decisiones tomadas en contra del procesado' (auto de enero 31/90. M.P. Dr. Jaime Giraldo Angel)".

*Más recientemente***, en sentido similar y con Ponencia de quien aquí ejerce idéntica tarea, señaló la Corporación:*

"El concepto del derecho de defensa no se puede construir en la abstracta anticipación del resultado absolutorio del juicio, sino que se desenvuelve en función de las posibilidades reales de contradicción de los cargos y ello depende, en buena parte, de la información que sobre el asunto pueda suministrar el procesado (sea reo presente o ausente), o de un estratégico silencio que impida la deducción

---

***. Providencia de marzo 26 de 1996.

de situaciones agravatorias de su posición jurídica, o de atenerse a que sea el Estado el que cumpla plena y cabalmente con la carga de probar el hecho y la responsabilidad. En fin, son demasiadas las alternativas compatibles con la garantía de una defensa idónea, sin que siempre, detrás de la apariencia de inactividad, deba predicarse la carencia de contradictorio".

Es que por lo general es planteable, mucho más a la vista de resultados aparentemente desfavorables que se pudo hacer más de lo que se hizo. O en todo caso, hacerlo mejor, con mayor oportunidad y superiores argumentos. No obstante, sin demostrar en concreto que la falta de actividad fue producto de la negligencia y desinterés del abogado, y no táctica defensiva, la resultante es una simple confrontación de estrategias. Un ejercicio del casacionista sustentado en un juicio a posteriori de la labor de su antecesor y en el planteamiento de lo que a su manera hubiera sido una mejor manera de defensa, lo cual resulta inaceptable como fundamento demostrativo de la violación del derecho de defensa.

Enfatiza la Sala, entonces, que la conculcación de dicha garantía fundamental, apoyada en la falta de asistencia técnica, mal puede derivarse de la pura y simple inactividad del defensor, en cuanto tal pudo haber sido la maniobra defensiva que encontró aconsejable, así otro profesional postreramente la juzgue equivocada.

Proceso No. 11014

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal

Magistrado ponente Dr. *Carlos Eduardo Mejía Escobar*

Aprobado Acta No. 26

Santafé de Bogotá D.C., febrero veinticinco (25) de mil novecientos noventa y nueve (1999).

VISTOS

Se va a resolver el recurso de casación interpuesto por la defensora del procesado José Gabriel Alvarez, contra la sentencia del Tribunal Superior de Antioquia de mayo 30 de 1995, confirmatoria de la del Juzgado 1º Penal del Circuito de Urrao, mediante la cual condenó al mencionado a la pena principal de 26 años y 4 meses de prisión, a la accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas por el lapso de 10 años y al pago de 1.000 gramos oro por concepto de perjuicios, al hallarlo responsable de los cargos de homicidio y porte ilegal de armas.

HECHOS Y ACTUACIÓN PROCESAL

De varios disparos de arma de fuego fue muerto Luis Eduardo Castaño Díaz, de 27 años de edad. Sucedió el domingo 19 de septiembre de

1993, cuando transitaba desprevenidamente por la carretera que de Concordia conduce a Betulia (Antioquia), exactamente en inmediaciones de la "zona de tolerancia" del primer municipio mencionado.

La instrucción corrió a cargo de la Unidad de Fiscalía del municipio de Concordia y el juicio había de verificarse en el Circuito de Urrao ante el Juez respectivo.

Varios testigos suministraron alguna información que le permitió al Fiscal instructor contar con ciertos datos atinentes a la individualización del homicida. Y con sustento en estos el funcionario dio comienzo al proceso penal y libró orden de captura en contra de Arturo Alvarez Sánchez, alias "Moya", el cual presentaba como señal particular una cicatriz y deformidad en uno de sus ojos. Como el investigador sabía, además, el sitio posible de su residencia, dispuso allanarla y resultó aprehendido en el marco de la diligencia, debido a la coincidencia de sus rasgos físicos con los expresados en la orden de captura, quien dijo llamarse Gabriel de Jesús Alvarez Sánchez, de 30 años de edad. Este acto tuvo ocurrencia el 3 de octubre de 1993 y al día siguiente la testigo Ana Luz García lo reconoció en fila de personas. Consecuencialmente se le vinculó al proceso mediante indagatoria y el 8 de octubre fue detenido preventivamente por los cargos de homicidio y porte ilegal de armas. Esta determinación fue apelada por el procesado y la Unidad de Fiscalía Delegada ante los Tribunales Superiores de Medellín y Antioquia, sostenida en la carencia de sustentación del recurso, se inhibió de resolverlo.

El 28 de enero de 1994 tuvo lugar la calificación del mérito sumarial. Se dictó acusación en contra de Alvarez Sánchez por los delitos de homicidio, agravado por la sevicia, en concurso con porte ilegal de armas. La providencia fue apelada por el imputado y la segunda instancia, nuevamente apoyada en la insuficiencia de la sustentación, lo declaró desierto mediante pronunciamiento del 14 de marzo del mismo año.

La fase del juicio le correspondió tramitarla al Juzgado 1º Penal del Circuito de Urrao, el cual, mediante sentencia del 7 de diciembre de 1994, decidió condenar al procesado por homicidio simple y porte de armas a la sanción principal de 26 años y 4 meses de prisión, a la accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas por el término de 10 años y al pago de 1.000 gramos oro por concepto de daños y perjuicios. Y el Tribunal Superior de Antioquia, mediante la providencia que es materia del recurso de casación, confirmó el fallo en su integridad.

La Demanda

El único cargo que la defensora le realiza a la sentencia lo apoya en la causal 3ª del artículo 220 del Código de Procedimiento Penal.

Luego de señalar como elementos constitutivos del derecho de defensa, su ejercicio material por el propio inculpado y su ejercicio técnico por

parte de un abogado, refiere la casacionista que el primero se observó plenamente, aunque no le resultó suficiente al procesado. Esto en consideración a que en las dos oportunidades que presentó apelación dentro del expediente, contra las resoluciones de situación jurídica y de acusación, la impugnación no fue resuelta de fondo por carencia de sustentación.

A continuación hace el ejercicio de recorrer las diferentes etapas del proceso para observar cuáles fueron las manifestaciones a nivel de la defensa técnica de su representado.

Se refiere, en primer lugar, a la forma como fue individualizado. No se sabía quién era el autor del hecho y el declarante Aristides de Jesús Vélez Sánchez mencionó como probable causante a "Arturo Moya". Ana Luz García, quien acudió de manera voluntaria a rendir testimonio, lo describió físicamente e indicó que le decían "Moya". Y el Fiscal Seccional a cargo del caso, "extrañamente" según la demandante, luego de abrir la investigación dispuso la captura de Arturo Alvarez Sánchez, sin saber de dónde extrajo los datos y rasgos de identificación, pues hasta tal momento emergía de la investigación que el autor era "Arturo Moya" o simplemente "Moya".

Con la diligencia de reconocimiento en fila de personas, para la cual se designó como defensor de oficio "a un ciudadano de reconocida honorabilidad tal como lo autoriza el artículo 148 del Código de Procedimiento Penal", se estableció "la real identificación del autor material del hecho". Esto es, que Arturo Moya o Moya era realmente Gabriel de Jesús Alvarez Sánchez. En la indagatoria, sigue la censora, se le designó nuevamente como defensor de oficio al mismo ciudadano.

En tales circunstancias, sin apoderado –ni de oficio ni contractual— transcurrió la fase instructiva. Sólo antes del cierre de la investigación la Fiscalía le designó abogado de oficio, al cual le fue comunicado el nombramiento en el municipio de Urrao, "localidad diferente y distante" de Concordia, esto es del lugar donde se adelantaba la investigación.

Dicha comunicación de la designación tuvo ocurrencia el 24 de diciembre de 1993 y el cierre del ciclo instructivo se produjo el 4 de enero siguiente. La intervención del abogado, por lo tanto, puntualiza la recurrente, "...fue única y exclusivamente de carácter formal y el real ejercicio del derecho de defensa se hace inexistente por el obrar de la Fiscalía, que se ve avocada prontamente a calificar el mérito del sumario en tanto estaba pendiente una posible libertad por términos vencidos al tenor de lo dispuesto en el artículo 415 numeral 4º del Código de Procedimiento Penal..."

En suma, no se presentó actividad del apoderado oficioso: Por dos razones: la primera originada en el hecho de que el instructor designó a un abogado de Urrao y no de Concordia, "...lo que de suyo trae consigo la no inmediatez con el proceso y el sindicado...". La segunda derivada de la

tardía designación del abogado, con lo cual se le privó a la defensa de intervenir en todo el período probatorio de la instrucción, de controvertir las pruebas practicadas, de solicitar las que estimara pertinentes y de asumir con el procesado "...una estrategia de defensa de acuerdo a las imputaciones hechas por la Fiscalía al momento de resolver situación jurídica...".

Si lo anterior no fuese lo suficientemente demostrativo de una nulidad por violación del derecho de defensa, continúa la impugnante, las fases de la instrucción y del juicio evidencian falta de actividad del abogado de oficio. En la primera no alegó previamente a la calificación, tampoco interpuso ningún recurso contra la acusación y ni siquiera sustentó debidamente el de apelación propuesto por el procesado, que no fue aceptado precisamente por falta de fundamentación.

En la etapa de la causa fue el mismo procesado el que solicitó pruebas y su defensor permaneció inactivo. Concluye la casacionista, por lo tanto, que "...no ejecutó ninguna de las facultades que la ley de procedimiento confiere a los abogados de la parte defendida, con lo cual se constata el no ejercicio del derecho de defensa". Y añade que es discrecional del apoderado asumir la defensa del procesado de manera activa (solicitando pruebas, interviniendo en su práctica, objetando dictámenes, interponiendo recursos, etc.), o hacerlo de manera pasiva, "...siempre y cuando esta postura sea el resultado de definir una alternativa de defensa para que se favorezca el sindicado y no una mera negligencia o desinterés en el rumbo que pueda tomar el proceso en contra de quien defiende".

Puntualiza, a renglón seguido, que quien representó a su defendido era un abogado de oficio y que ello puede explicar su inactividad, en la medida que por su trabajo no había a cambio una contraprestación.

A continuación hace referencia la demandante a la estrategia defensiva que pudo haber sido asumida por la defensa. Dice que si se tenía en cuenta "la mirada" que los diferentes funcionarios que conocieron del proceso tenían de él, todos "...fundamentados en las pruebas tan contundentes que obraban en el proceso, pudo haberse pensado por el defensor que poco o nada se podía hacer por el procesado..." y en tal medida debió haber estructurado una salida jurídica al problema en que se encontraba. Pero si tal era la visión del apoderado luego de leer el proceso (si es que lo leyó), agrega la casacionista, eso lo debió haber conducido no a la inactividad sino a asumir una actitud defensiva, "por ejemplo la negociación de la pena con base en el artículo 37 del Código de Procedimiento Penal". Bien antes del cierre de la instrucción, o en la causa antes del proferimiento de la sentencia. Advierte que así lo apreció la Corte en un asunto semejante, a través de la sentencia de 8 de mayo de 1993, cuando expresó:

"...el hecho mismo de que el acriminado se empeñara en negar sin tener en cuenta que las pruebas de cargo eran en todo sentido contun-

dentes, es un elemento de juicio que contribuye a confirmar la carencia absoluta de asesoría profesional, pues esa actitud era evidentemente perjudicial para sus intereses, ya que al no aceptar su intervención en los hechos se estaba privando de alternativas de defensa con mayor probabilidad de éxito".

Otro aspecto en el que hubiera podido intervenir el defensor, sigue la demanda, era en tratar de indagar sobre los testigos de cargo. Sobre el por qué llegaron "...al proceso de manera tan 'voluntaria', qué interés tenían dentro del mismo...", e igual haberlos interrogado sobre una serie de circunstancias a su parecer fundamentales, en especial para establecer el móvil del hecho, el cual presumieron la Fiscalía y los juzgadores de primera y de segunda instancia.

Se hace una serie de interrogantes que hubiera sido pertinente realizar a los testigos y señala, igualmente, que en desarrollo del derecho de defensa "...hubiera sido de vital importancia" practicar una inspección judicial con reconstrucción de los hechos, a partir de la declaración de Ana Luz García, con el objeto de verificar el modo como ocurrieron.

"También hubiese sido procedente indagar científicamente –aduce finalmente la demandante— acerca de la personalidad proclive del imputado a la comisión de hechos delictivos, y el grado de incidencia del consumo de estupefacientes en su comportamiento antisocial, así como los efectos que pudo causar en el sindicado el estado de temor o miedo por la represalias de Aristides de Jesús Vélez Sánchez en tanto aquél en compañía de Robinson lo habían despojado días atrás de algunas de sus pertenencias".

Para la defensora, en suma, es fehaciente que resultó violado el derecho de defensa de su representado "por falta de asistencia técnica durante las etapas de instrucción y juzgamiento", por lo que solicita la invalidación de todo lo actuado para que "...se reponga el procedimiento en forma íntegra".

CONCEPTO DEL PROCURADOR 2º DELEGADO EN LO PENAL

Para el Agente del Ministerio Público la circunstancia de que la impugnante haya omitido precisar la actuación procesal a partir de la cual pretende que se declare la nulidad planteada, constituye una impropiedad técnica de la demanda, suficiente para conducirla al fracaso.

No obstante dicha crítica, la consideración del Procurador Delegado es que en el caso propuesto no existió violación del derecho de defensa. Tanto en el comienzo como en el restante desarrollo de la actuación el procesado contó con asistencia profesional.

Hace referencia a la mención que la demandante realiza acerca de la forma como fue identificado y vinculado al proceso Gabriel de Jesús Alvarez

Sánchez y concluye, luego de citar algunos apartes de las sentencias relacionados con el tema, que quedó desvirtuada cualquier duda sobre la identidad del procesado.

En cuanto a la carencia de defensa en la fase instructiva, en la cual únicamente le fue designado abogado de oficio al imputado unos días antes del cierre de la investigación y su papel fue simplemente formal pues ni solicitó pruebas, ni alegó, ni presentó recursos, dice el concepto, sostenido en la decisión de la Sala del 31 de agosto de 1995[1], que ello era un asunto eminentemente potestativo del defensor, parte de una estrategia defensiva, y que por lo tanto una situación así por sí misma no conculca garantías al procesado.

Admite que realmente, como evidente táctica defensiva, el apoderado hubiera podido plantear la sentencia anticipada, en orden a obtener una pena menos gravosa para el procesado. Pero el mecanismo tenía cabida en la medida del reconocimiento de la responsabilidad penal por parte de éste, lo que no tuvo ocurrencia en el presente caso.

"Así entonces, expresa el Procurador, sin voluntad de aceptar la comisión de los hechos, y ante la indubitable determinación de responsabilidad, la alternativa del defensor técnico, no era otra que esperar a la audiencia pública para presentar sus diligentes alegaciones, en procura que fuesen acogidas en la sentencia".

A renglón seguido recuerda los planteamientos realizados por el apoderado en el acto público de audiencia y concluye que el defensor asignado atendió diligentemente la defensa, la cual desempeñó "...de conformidad con los parámetros objetivos del expediente".

En lo que la casacionista discrepa es en la estrategia adoptada por el defensor oficioso, "...sin que ello sea asunto susceptible de planteamiento en sede de casación por cuanto no es el objeto del extraordinario recurso rogativo, discrepar de la táctica defensiva, sino, alegar, en todo caso la congruencia de las sentencias (unidad inescindible), con el ordenamiento jurídico en general que la soporta. Si tal objetivo se pierde de vista, es consecuencia lógica la improsperidad de la demanda", precisa el concepto.

El hecho anotado en la demanda relativo a que debiera haberse indagado científicamente en torno de la personalidad del procesado proclive al delito y al grado de incidencia en su conducta del consumo de estupefacientes, lo asume el Agente del Ministerio Público como un planteamiento de omisión en la práctica de pruebas. Pero la falta a su parecer no constituye de ningún modo una nulidad por violación del derecho de defensa, ya que "...la omisión de las probanzas que cita, de ningún modo cambian el curso del proceso dada su poca relievancia".

---

[1] M.P. Dr. Fernando Arboleda Ripoll.

La petición es, en consecuencia, que no se case la sentencia recurrida. Y toda vez que dentro del proceso aparece otra sindicación contra el procesado por el homicidio de un joven de apellido Segura, que al parecer no ha sido investigada, solicita el Procurador la expedición de copias de ciertas actuaciones procesales que relaciona.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

El cargo realizado por la casacionista en esencia se refiere a la ausencia de defensa técnica por parte del procesado. Lo concreta aduciendo que su representado fue asistido en la indagatoria y en la diligencia de reconocimiento en fila de personas por un ciudadano no abogado, que sólo se le designó defensor oficioso unos días antes del cierre de la instrucción, a quien a pesar de habérsele notificado esa decisión, la resolución acusatoria y la resolución que abrió el juicio a pruebas, en ningún momento intervino dentro del proceso, salvo en el acto público de audiencia. Fue directamente el procesado quien apeló la detención preventiva y la acusación y, en los dos casos, por insuficiencia en la sustentación, la segunda instancia los declaró desiertos.

Inactividad del defensor, entonces, es la base principal sobre la cual se apoya la recurrente para sostener que al imputado le fue conculcado el derecho de defensa. Y aunque integra a ello lo que a su parecer pudo haber hecho el abogado, que no hizo ("negociación de la pena con base en el artículo 37 del C. de P.P." o solicitud de algunas pruebas con la finalidad de dilucidar ciertos interrogantes), lo único que en realidad logra es señalar varias hipótesis de lo que para ella hubiera configurado la estrategia defensiva que pudo definir su colega en el proceso. Pero sólo se trata de la exposición de unas posibilidades aparejadas a una táctica defensiva distinta, que por sí mismas no constituyen la demostración de que en tales condiciones otra hubiera sido la suerte de su representado.

Y ese es un requisito para que prospere un cargo como el examinado. Especialmente cuando en materia de falta de defensa técnica, derivada de la inactividad del abogado de oficio o contractual, lo que finalmente se cuestiona es el silencio como posibilidad viable de defensa. El solo hecho de guardarlo, en forma repetida lo ha sostenido la Sala, no significa necesariamente la violación de la garantía fundamental. Tal es la razón para que cuando se alega el vicio, se exige que el casacionista tenga que probarle a la Corte en la demanda la relación existente entre la falta de actividad del defensor y el sentido adverso del fallo objeto de la impugnación. Y paralelamente qué es lo que no hizo el apoderado, hubiera podido hacer, para de tal manera demostrar que una distinta asesoría habría logrado la declaración de inocencia del inculpado o una condenación más benigna.[2]

---

[2] En dicho sentido se ha pronunciado la Sala, entre otras, en las providencias de julio 4 y agosto 31 de 1994. M.P. Dr. Jorge Carreño Luengas.

Ninguna de esas exigencias, sin embargo, es, de manera eficaz, fue cumplida por la censora. Plantear que el abogado defensor hubiera podido preguntarle a los testigos de cargo Aristides de Jesús Vélez, Ana Luz García Piedrahíta y Carlos Enrique Restrepo sobre el interés que los motivó a acudir voluntariamente al proceso a declarar, o específicamente al primero acerca de los pormenores del hurto de un arma no amparada legalmente del cual se le hizo objeto días antes del homicidio y en el que al parecer estuvo implicado Gabriel de Jesús Alvarez, o sobre una serie de interrogantes adicionales que relaciona a manera de ejemplo, ciertamente que hubiera constituido más información para la investigación, en especial cuando el posible móvil del homicidio deducido por la Fiscalía y el juzgador, como lo recuerda la propia demandante, estuvo ligado a tal hecho. No obstante, contar con otras respuestas de Vélez Sánchez distintas a las suministradas en sus intervenciones procesales, cuya orientación es obvio que se desconoce, para nada traduce que la actividad del defensor dirigida a ese propósito hubiera resultado benéfica para el procesado e incidido en el resultado del proceso. Y cual podría descartarse ahora quien en sentido contrario, la prueba y su credibilidad se hubieren fortalecido.

Igual lógica cabe predicar respecto a la ampliación del testimonio de Ana Luz García y a los interrogantes que el defensor le hubiera podido formular en ese marco. Relacionar una serie de preguntas posibles de realizarle, por ejemplo cómo llegó al proceso, por qué se decidió a declarar como lo hizo "en una sociedad carcomida por el temor a represalias", cuál era el conocimiento que poseía de Alvarez Sánchez a quien señaló como autor del homicidio, si lo vio el día de los hechos y "...si se enteró que llevase mucho tiempo esperando en el cafetal al occiso...", sólo demuestra que un apoderado hubiera tenido oportunidad temporal para desarrollar tal actividad, pero de ninguna forma, que en el caso de Vélez Sánchez llevarla a cabo hubiera repercutido favorablemente para el imputado.

Idénticos argumentos cabe referir en relación con las demás pruebas, que a partir de la actividad hipotética del defensor que propone la recurrente, se hubieran podido practicar. El planteamiento se reduce, entonces, a que el apoderado bien pudo haber sido más activo dentro del proceso. Pero no necesariamente que la eficacia de la defensa dependiera de ello.

Resulta claro, entonces, que aparte de indicar la impugnante algunas posibilidades de defensa atinentes a la solicitud de varias pruebas y a la intervención en su práctica por parte del apoderado, no pudo concretar en absoluto de qué manera tal actividad hubiera significado una situación de beneficio para el procesado y, como se advirtió, su impacto en el sentido del fallo. Consecuencialmente, sin llenar de contenido su crítica a lo que según su juicio fue desinterés y negligencia del defensor, lo que en últimas hace es cuestionar una estrategia de defensa soportada en el silencio, olvidando que la misma es legítima y atendible en especial si se recuerda "...que la profesión de abogado –como lo precisó la Sala en el

fallo de casación del 22 de abril de 1992[3] — se caracteriza dentro de un Estado de Derecho por su ejercicio independiente y libre, implicando ante todo el principio de libertad que el profesional ejerza su oficio con responsabilidad y rectitud, pero dentro de una órbita amplia y propicia para que su creatividad no tenga otros límites distintos a los marcos éticos y legales de su deontología, gozando de toda la amplitud que requiera en la formulación y ejecución de las estrategias que le lleven en procura de los nobles y altos fines que le han sido encomendados dentro de la función social de auxiliar a la justicia, y de amparar los derechos que le confían sus conciudadanos.

"No obstante que por ministerio de la ley y en materia criminal ese ejercicio implica intervenciones de carácter forzoso como la asistencia del procesado en su injurada y demás intervenciones procesales, y la presencia y formulación de alegaciones en audiencia, la mayoría de ellas resulta apenas facultativa y condicionada a la necesidad de garantizar 'una adecuada defensa' como es el caso de la aducción y proposición de pruebas y diligencias, el examen de la actuación, la comunicación verbal y escrita con el imputado y su consejo, la intervención en la práctica de pruebas, la interposición de recursos, la formulación de solicitudes orientadas a la libertad del implicado, el reclamo de restitución de objetos retenidos, la proposición de nulidades y en general de incidentes en que tenga interés, sin que siquiera en esta enunciación se agoten en su integridad las perspectivas que le asisten.

"Exigirle por ello a la defensa, que en cada proceso realice la totalidad de las gestiones que tiene apenas como perspectiva, o que responda frente a resultados adversos, cuestionándolos desde una óptica subjetiva e hipotética, sería poco menos que llegar a la anulación del principio de libertad que se enuncia, para trocarlo por la alternativa de un rígido encuadramiento formalista de muy difícil recibo frente a la variabilidad de los casos a juzgar y más dudosa efectividad, y aún por la peligrosa y absurda perspectiva de permitir que aquellos abogados que asumen la representación del procesado en la etapa final de la actuación, se conviertan en jueces de las actividades infructuosas de sus colegas, como ahora se pretende.

(...)

"Lo anterior indica, entonces, –finaliza la cita— que en sede de casación no pueda conformarse el actor con la sola alegación abstracta de que la defensa inexistió, o que se hizo meramente formal o aparente para el procesado, sino que ha de ser su obligación 'la de determinar cuál fue la actuación procesal que se encontró lesiva, especificando la norma que se viola y determinando con precisión la manera como tal violación incidió

[3] M.P. Dr. Juan Manuel Torres Fresneda.

desfavorablemente en las decisiones tomadas en contra del procesado' (auto de enero 31/90. Magistrado Ponente Dr. Jaime Giraldo Angel)".

Más recientemente[4], en sentido similar y con Ponencia de quien aquí ejerce idéntica tarea, señaló la Corporación:

"El concepto del derecho de defensa no se puede construir en la abstracta anticipación del resultado absolutorio del juicio, sino que se desenvuelve en función de las posibilidades reales de contradicción de los cargos y ello depende, en buena parte, de la información que sobre el asunto pueda suministrar el procesado (sea reo presente o ausente), o de un estratégico silencio que impida la deducción de situaciones agravatorias de su posición jurídica, o de atenerse a que sea el Estado el que cumpla plena y cabalmente con la carga de probar el hecho y la responsabilidad. En fin, son demasiadas las alternativas compatibles con la garantía de una defensa idónea, sin que siempre, detrás de la apariencia de inactividad, deba predicarse la carencia de contradictorio".

Es que por lo general es planteable, mucho más a la vista de resultados aparentemente desfavorables que se pudo hacer más de lo que se hizo. O en todo caso, hacerlo mejor, con mayor oportunidad y superiores argumentos. No obstante, sin demostrar en concreto que la falta de actividad fue producto de la negligencia y desinterés del abogado, y no táctica defensiva, la resultante es una simple confrontación de estrategias. Un ejercicio del casacionista sustentado en un juicio a posteriori de la labor de su antecesor y en el planteamiento de lo que a su manera hubiera sido una mejor manera de defensa, lo cual resulta inaceptable como fundamento demostrativo de la violación del derecho de defensa.

Enfatiza la Sala, entonces, que la conculcación de dicha garantía fundamental, apoyada en la falta de asistencia técnica, mal puede derivarse de la pura y simple inactividad del defensor, en cuanto tal pudo haber sido la maniobra defensiva que encontró aconsejable, así otro profesional postreramente la juzgue equivocada.

En ningún caso, de otra parte, es predicable que el imputado estuvo desprovisto de defensa técnica por el hecho de que el proceso no haya culminado anticipadamente con sustento en el artículo 37 o en el 37A del Código de Procedimiento penal. Así las pruebas de incriminación sean contundentes y sea poco o nada lo que el apoderado pueda hacer para mejorar la situación de su representado. Cierto que en una circunstancia así la asesoría del defensor dirigida a la utilización de cualquiera de dichos mecanismos para lograr una rebaja punitiva es evidentemente una aconsejable táctica defensiva, como lo señala la Procuraduría, pero aún

[4] Providencia de marzo 26 de 1996.

para ello debe contarse con la aquiescencia del procesado si nada refleja dentro del proceso la intención de usarlos, en manera alguna significa la violación del derecho de defensa por falta de asistencia técnica, ya que tales instrumentos no son de la libre proposición del defensor sino que proceden en tanto medie la voluntad del procesado de admitir la responsabilidad penal y obviamente de renunciar a parte del trámite procesal. Si no los solicitó, entonces, es imposible suponer que no fueron aconsejados por el abogado, en especial cuando los diálogos privados con su asistido, por completo reservados y que sin duda hacen parte del derecho de defensa, no trascienden a los expedientes, o que de haber sido aconsejados se hubieren asentido.

Así las cosas, se carece de fundamento para deducir razonablemente que al procesado Gabriel de Jesús Alvarez Sánchez le fue conculcado el derecho de defensa. Rindió indagatoria asistido por un ciudadano honorable en una época en que la norma que así lo autorizaba (art. 148, inciso 2º, del C. de P.P.) no había sido declarada inexequible por la Corte Constitucional y luego, antes del cierre de la investigación, se le designó un apoderado de oficio que fue notificado personalmente de las distintas determinaciones adoptadas dentro del proceso, que lo acompañó hasta su finalización y cuya inactividad, como se vio, bien pudo obedecer a una estrategia defensiva y no a desinterés o negligencia en relación con sus deberes profesionales como lo adujo la demandante, que no logró demostrar la desventaja concreta de esa actitud para el procesado y mucho menos cómo una forma distinta de defensa hubiera derivado en absolución o en una condena menos grave.

El cargo, en consecuencia, no prospera.

Por último, como lo indica el Procurador Delegado, de las declaraciones de los testigos Ana Luz García Piedrahita y Carlos Enrique Restrepo se colige que en el año 1993 fue muerto de una puñalada, en la "zona de tolerancia" de Concordia, un joven de apellido Segura y que de dicho hecho pudo haber sido autor el procesado Alvarez Sánchez. En consecuencia, se dispone remitir las copias a que hace alusión el Agente del Ministerio Público en su concepto, con destino a la Unidad de Fiscalía de dicho lugar para los efectos a que haya lugar.

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.

Expedir las copias a que se hizo alusión en las motivaciones, con destino a la Unidad Seccional de Fiscalía de Concordia (Antioquia).

Cúmplase.

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

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

a. El hecho de que se trate de un delito cometido en modalidad culposa no necesariamente puede conducir a la conclusión de que la pena tiene que ser ínfima como en efecto lo fue, pues bien podía imponer y el caso lo ameritaba, una pena drástica por lo menos en relación con la gravedad del hecho, pues no se olvide que la actividad de conducir automotores se ha catalogado como de riesgo y por esa razón se le exige con mayor rigor al agente guardar todas las medidas de precaución posibles para evitar que a causa de ello se produzcan daños a terceros, máxime en casos como éstos en los que el conductor de un vehículo de servicio público asume la responsabilidad sobre la vida y la integridad de todas las personas que utilizan este medio de transporte.

b. Así lo ha sostenido la doctrina y la jurisprudencia, que la facultad discrecional a que se refiere dicho precepto para que el Juez condene en gramos oro por los perjuicios materiales, procede a condición de que se encuentre demostrado en el proceso la existencia del perjuicio causado por la comisión del delito y no exista prueba o resulte imposible determinar su cuantía, en lo que tiene razón el Ministerio Público.

Contrario sensu, *cuando en el proceso existe base suficiente para determinar el monto de los perjuicios, dependiendo de la complejidad del caso, podrá facultativa que no obligatoriamente el Juez, acudir a la ayuda de un perito para ello. De ahí, que de conformidad con la norma en comento, "Si el daño material derivado del hecho punible no pudiere evaluarse pecuniariamente, debido a que no existe dentro del proceso base suficiente para fijarlo mediante perito, el Juez podrá señalar prudencialmente, como indemnización, una suma equivalente, en moneda nacional, hasta de cuatro mil gramos oro" (resalta la Corte), lo que es apenas obvio, ya que si no existe base suficiente, ningún sentido tendría la designación de un perito a sabiendas de que éste se va a ver imposibilitado para tasarlos en concreto, precisamente por no contar con elementos de juicio suficientes, si se tiene en cuenta que este tipo de prueba es en esencia explicativa, estando por ende el perito, obligado a indicar*

los exámenes, experimentos e investigaciones efectuados, así como los fundamentos técnicos o científicos de sus conclusiones (art. 267 del C.P.P.).

c. Si bien constituye objeto del proceso penal la determinación de los daños y perjuicios ocasionados con el hecho punible procurando además la determinación de su cuantía, como sería lo ideal, no siempre resulta posible cumplir a cabalidad tal cometido, bien por la complejidad del asunto o por su temprana culminación como sucedió en este caso, donde el procesado se acogió a la sentencia anticipada, y no obstante ser evidente el perjuicio que se causó con las múltiples muertes y lesiones a las víctimas del accidente, las pruebas recaudadas durante su tramitación, no fueron suficientes ni aptas para que al momento de fallar, pudiera el Juez determinar en concreto el monto de los perjuicios.

Siendo ello así, el Juez debió acudir a las facultades discrecionales que le confiere el artículo 107 del C.P., pudiendo tener en cuenta para fijar la cuantía de los perjuicios materiales ocasionados con el delito solamente aspectos como la edad probable, salario mínimo promedio y posible capacidad económica, pues como lo ha sostenido la jurisprudencia de esta Sala "las circunstancias que el Juez debe atender para ejercer la atribución del art. 107 y que aparecen en su inciso segundo, deben consultarse en lo pertinente, según la naturaleza del delito y la clase de daño producido. Debe destacarse sobre las mismas, que no es necesario su total ocurrencia y que la mención no tiene carácter taxativo sino meramente indicativo o de enunciación" (Sentencia de septiembre 20 de 1982, Magistrado Ponente Dr. Gustavo Gómez Velásquez).

Proceso No. 10386

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal

Magistrado Ponente Dr. *Carlos Augusto Gálvez Argote*

Aprobado acta No. 26

Santafé de Bogotá D.C., veinticinco de febrero de mil novecientos noventa y nueve.

VISTOS

Decide la Corte el recurso de casación interpuesto por el defensor de Guillermo Gómez Gallego contra la sentencia proferida el 31 de octubre de 1994 por el Tribunal Superior de Barranquilla que confirmó la anticipada dictada en primera instancia el 1o. de agosto del mismo año por el Juzgado 15 Penal del Circuito de dicha ciudad, por medio de la cual con-

denó al procesado a la pena principal de 50 meses de prisión, a la accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas por el mismo tiempo, al pago de los perjuicios materiales y morales en cuantías de $6'456.194 y 21.680 y 17.800 gramos oro y 17.800, respectivamente, al tiempo que le negó el subrogado de la condena de ejecución condicional como autor de un concurso homogéneo de homicidios y lesiones personales culposas, y ordenó el desembargo del vehículo de servicio público marca Izusu de placas TK 2882 de la empresa Protur, pues "Tratándose de sentencia anticipada no se puede comprometer la responsabilidad de los terceros civilmente responsables". Dicho fallo fue modificado en el sentido de adicionar la condena imputándole al procesado las lesiones ocasionadas a Oswaldo Rey Martínez, respecto de quien se tasaron los perjuicios materiales y morales en 300 grms. Oro.

HECHOS

Ocurrieron en horas de la mañana del 4 de marzo de 1993 en el Kilómetro 36 de la carretera oriental del Atlántico, sitio en donde los buses de placas TQA, afiliado a Coontransoriente, conducido por Róbinson Sierra Guerra y TK 2882 de la flota Rápido Ochoa al mando de Guillermo Gómez Gallego, quien venía cubriendo la ruta Medellín Barranquilla, tuvieron una aparatosa colisión debido a que el segundo de los vehículos invadió el carril contrario, accidente en el que perdieron la vida 24 personas y resultaron seriamente lesionadas otras 20.

SINOPSIS PROCESAL

Con base en el informe de la Estación Vial de Barranquilla sobre la ocurrencia del accidente, la inspección a los cadáveres y la denuncia formulada por Fernando Sabigni Cabrera, el 11 de marzo de 1993 la Fiscalía 7a. de la Unidad de delitos contra la vida profirió resolución de apertura de la investigación, habiendo vinculado mediante indagatoria a Robinson Sierra Guerra.

Luego de practicada múltiple prueba testimonial y allegados al proceso diversos documentos por los diferentes afectados que se constituyeron en parte civil, el 29 de junio de 1993, una vez recuperado de las graves lesiones sufridas, se vinculó también mediante indagatoria a Guillermo Gómez Gallego, habiéndosele resuelto su situación jurídica el 29 de julio siguiente con detención preventiva por los delitos de homicidio y lesiones personales culposas, al tiempo que se abstuvo de afectar con medida de aseguramiento a Robinson Sierra Guerra.

Perfeccionada la instrucción, el 13 de diciembre de 1993 se declaró cerrada y el 24 de enero de 1994 se calificó el mérito probatorio del sumario con resolución acusatoria en contra de Gómez Gallego por los mismos delitos imputados en la definición de la situación jurídica y preclusión de

la investigación a favor de Sierra Guerra, decisión que cobró ejecutoria el 10 de marzo de 1994.

Así, en la etapa del juicio, el procesado coadyuvado por su defensor manifestó su deseo de acogerse a la sentencia anticipada haciendo expresa la aceptación de "los cargos formulados en mi contra en la resolución de acusación por la hipótesis de homicidio y lesiones personales, según la calificación que allí se dio a mi conducta", profiriéndose consecuentemente la sentencia anticipada, que fue apelada por la defensa quien se manifestó inconforme con el quantum punitivo y la tasación de los perjuicios, y por varios de los apoderados de las víctimas que dentro del proceso se habían constituido en parte civil, quienes pretendían el incremento de las sumas indemnizatorias tasadas a su favor, habiéndose confirmado el fallo por el Tribunal Superior de Barranquilla en los términos precedentemente expuestos.

La Demanda

El defensor del procesado ataca el fallo impugnado con fundamento en la causal primera cuerpo primero del artículo 220 del C.P., proponiendo al respecto dos cargos, uno principal y otro subsidiario, así:

Primer Cargo

Por considerar excesiva la pena privativa de la libertad impuesta a Gómez Gallego, acusa el demandante el fallo de segundo grado por haber interpretado el Tribunal erróneamente los artículos 61 y 67 del C.P., pues en su criterio, el Tribunal únicamente tuvo en cuenta el factor objetivo, es decir, "aquel que se deriva de la concepción del número plural de delitos que constituyen el resultado antijurídico", sin detenerse en la modalidad del hecho punible, el grado de culpabilidad y las circunstancias de mayor o menor peligrosidad del agente, como dice demostrarlo con las transcripciones pertinentes.

Al respecto, explica que si el sentenciador hubiese tenido en cuenta que la pluralidad de hechos punibles imputados al procesado derivan de "su estructura subjetiva de la culpa", no le habría tasado la pena de prisión basado en el esquema hermenéutico utilizado, el cual, a su modo de ver, fue de espaldas al proceso, ya que no se consideraron los antecedentes de Gómez Gallego, quien "aparece en autos sin referencias de antisocialidad, cronicidad en el delito o de perverso comportamiento personal, familiar o social", concluyendo seguidamente que por múltiples que sean los resultados antijurídicos de la conducta del encausado, "no pueden abonarse a un criterio de perversidad o peligrosidad" para aumentar la pena como se hizo en este caso, salvo que sean imputados a título de dolo eventual o a varias acciones.

Solicita en consecuencia, se case parcialmente la sentencia recurrida "y disponer la nueva y definitiva pena principal", concediéndole al proce-

sado el subrogado de la condena de ejecución condicional, en caso de que ésta no supere los 36 meses de prisión.

Segundo Cargo

Subsidiario del anterior, y referido a la acción indemnizatoria, con base en el cuerpo primero de la causal primera de casación, propone el demandante este reproche por violación directa de la ley, por errónea interpretación de los artículos 106 y 107 del C.P., advirtiendo de inmediato que no se acoge a las causales de casación civil, por cuanto sus pretensiones no están referidas únicamente a la indemnización de perjuicios, sino que se extienden a la cuantificación de la pena y el subrogado de la condena de ejecución condicional.

En orden a demostrar sus afirmaciones, transcribe los apartes pertinentes de la sentencia atacada precisando que si bien el sentenciador de segundo grado sostiene que el a quo consideró en lo posible las previsiones de los artículos 106 y 107 del C.P., "ello no obedece realmente al parámetro que realmente tuvo", pues en ninguno de los fallos se "sabe cuál fue la fuente estimativa de los perjuicios", concluyendo por ende, que se presenta una ausencia absoluta de motivación, ya que si bien el legislador permite esta forma de apreciación subsidiaria, no le concede al Juez un arbitrio absoluto, como quiera que deben tenerse en cuenta otros criterios como las condiciones de la persona ofendida y la consecuencia del agravio sufrido, agregando de inmediato que "si se reparan los hechos punibles concursantes del homicidio, no hallamos establecidos legalmente cuál o cuáles son los legitimarios que reclaman o pueden reclamar, según los órdenes sucesorales, los perjuicios morales, en cualquiera de sus dos modalidades, daño moral subjetivo y daño moral objetivable", los cuales, insiste, precisan conocer las condiciones de la persona ofendida y las consecuencias del agravio sufrido. Por ello, concluye que si el proceso no conoció las personas legitimadas para reclamar perjuicios morales en la mayoría de los delitos de homicidio, menos "podía saberse el agravio sufrido por ellos, es un manifiesto error del sentenciador de segundo grado (y también del primero), fijar sumas en equivalencia a gramos oro".

Al referirse al artículo 107 del C.P., afirma que el Tribunal erró al considerar que la tasación de los perjuicios materiales no puede resultar matemáticamente exacta "porque tal mecanismo procede cuando el daño - moral o material- no sea susceptible de valoración pecuniaria", lo que no sucedió en este caso en donde no era difícil ni mucho menos imposible que en la etapa de la investigación se hubieran realizado las diligencias necesarias para que un perito tasara los perjuicios, pues la aplicación de tal preceptiva legal "no se deriva de la omisión voluntaria o no del juzgador en primera instancia", habida cuenta que ello supone que agotados todos los esfuerzos no hubiera sido posible.

Colige, entonces, que siendo subsidiaria la norma citada, el Tribunal equivocadamente la aplicó de manera principal sin tener en cuenta la falta de actividad durante el trámite de la actuación para probar los perjuicios causados, procediendo consecuentemente a avalar la tasación global hecha en primera instancia, en donde no se discriminó el daño emergente del lucro cesante, contrariando así lo preceptuado en el inciso segundo del artículo 107 del C.P.

Tampoco está de acuerdo del casacionista con las apreciaciones del sentenciador en cuanto a la edad probable, el salario mínimo y la posible capacidad económica de las víctimas que murieron, como criterios para tasar el daño material, dado que es un error sostener que de esta manera se suplen las exigencias del texto legal que exige para su aplicación que haya "real y plena prueba en el proceso", lo cual no sucede en el caso concreto, habida consideración que nadie acreditó con facturas o documentos similares los gastos generados con los punibles de que resultaron víctimas, siendo una constante la afirmación de que "se desconoce ocupación y sueldo que percibía", dándose por probados los perjuicios sobre "bases inexistentes en el proceso".

Solicita, se case el fallo impugnado y se dicte el de reemplazo.

ALEGATO DEL NO RECURRENTE

El apoderado de las señoras Ana Stella Martínez y Luzmila Pérez, quienes en representación de los menores Carlos Octavio Martínez, Karid Martínez y Jesús Martínez Pérez se constituyeron en parte civil en el proceso, coadyuva la petición del casacionista sobre el quantum punitivo por ser excesivo y porque ya perdonaron "de todo corazón al procesado", no obstante, considera demasiado bajo el valor de los perjuicios tasados en su favor, principalmente los relacionados con su primo Oswaldo Rey Martínez, quien por haber quedado con una secuela de carácter psíquico, debió continuar sufragando mensualmente los gastos de sus medicinas.

De ahí que, rechace las pretensiones de la defensa en lo relacionado con la censura formulada respecto a la acción indemnizatoria, pues el Juez ha debido llamar a responder patrimonialmente al tercero civilmente responsable, "Aunque esto también constituye una falla de nosotros los abogados de la parte civil", pese a que resulta "un absurdo" que siendo el procesado un asalariado pueda pagar las cuantiosas sumas de los perjuicios.

Finalmente, y luego de hacer una serie de consideraciones sobre el tercero civilmente responsable y los familiares que perdieron la vida en dicho accidente, solicita casar parcialmente la sentencia para que se tasen los perjuicios materiales y morales en un 60%, se condene a los terceros civilmente responsables y se rebaje la pena impuesta al procesado.

CONCEPTO DEL PROCURADOR TERCERO DELEGADO EN LO PENAL

Primer Cargo

La incompleta formulación de esta censura, es para el Delegado insuficiente para derribar el fallo impugnado, pues orientado el ataque a cuestionar los criterios en que basó el fallador para tasar la pena afirma el censor que no se tuvieron en cuenta aquellos referidos a la gravedad y modalidad del hecho punible, las circunstancias de agravación o atenuación, la personalidad del agente y el grado de culpabilidad, ocupándose únicamente de analizar ésta última.

Además, agrega, que si bien en los fallos de instancia no se hizo pronunciamiento expreso sobre las circunstancias que el casacionista echa de menos, se aprecia que aunque explícitamente sí incidieron en la "determinación de tan bajo quantum punitivo", como pasa a demostrarlo con la transcripción del aparte pertinente de la sentencia de primer grado, destacando cómo el Juez partió del mínimo de sanción prevista en la ley, aumentándola "con el mínimo posible" en razón del concurso de delitos, lo que a juicio del Ministerio Público se explica por el grado de culpabilidad, la modalidad del hecho y la personalidad del agente, lo que significa, colige, que tales factores no se abandonaron en detrimento del procesado.

Bajo tales supuestos, afirma el Procurador que contrario a la posición del censor, de haberse ocupado el Juez con detenimiento en tales circunstancias la pena impuesta sería más alta, ya que no obstante tratarse en este asunto de un delito culposo, no pude dejarse de lado su gravedad, en tanto que significó la pérdida de innumerables vidas humanas y la lesión de otro tanto, siendo por ende, razones de política criminal las que exigen mayor drasticidad en la sanción de conductas negligentes frente a actividades que como la de conducir vehículos de servicio público son en esencia riesgosas.

Finalmente considera que el casacionista carece de interés para recurrir en este aspecto, toda vez que si el fallador erró en la interpretación del artículo 61 del C.P. fue en favor del procesado, pues la benévola sanción no pudo ser incrementada por el ad quem "porque amparado estaba por la prohibición de la reforma peyorativa", como tampoco no podría ahora aumentarla la Corte en razón de lo dispuesto en el artículo 227 del C.P.P., por cuanto el defensor de Gómez Gallego es el único recurrente en casación y aunque el apoderado de la parte civil no recurrente coadyuva la pretensión de que se rebaje la pena, ello "no implica impugnación alguna sobre este tema".

Por tanto, conceptúa que el cargo no debe prosperar.

Segundo Cargo

Destaca en primer lugar el Ministerio Público que las argumentaciones del casacionista no guardan relación con la violación directa de los artículos 106 y 107 de C.P. que comportan el sustento de este reproche, toda vez que tales disposiciones "no regulan en forma alguna la indemnización de perjuicios en función de la capacidad económica del procesado o de las pruebas recaudadas en el expediente", sino que pretenden medir el daño patrimonial ocasionado con el delito, como fuente que es de obligaciones civiles.

Refiriéndose a continuación a los cuestionamientos del actor en torno a la tasación que de los perjuicios morales hiciera el fallador, lo que en últimas se termina proponiendo es la falta de motivación, tornando en contradictoria su argumentación ya que siendo el motivo de ataque la violación directa de los artículos 106 y 107 del C.P., "no puede pretenderse que en ese vacío motivacional se puedan descubrir erróneas interpretaciones de la norma".

Así, en lo que tiene que ver con los perjuicios materiales, respecto de los cuales aduce el recurrente la errónea interpretación del artículo 107 del C.P., al considerar que tal norma no era aplicable en este caso porque existe en el proceso base para tasarlos mediante perito, para el Delegado la acusación a la sentencia por este motivo es inadecuada, puesto que tal planteamiento corresponde a la aplicación indebida de la ley por error de subsunción.

Tampoco son acertadas frente a la técnica casacional las críticas del censor en el sentido de que el fallador no discriminó el daño emergente y el lucro cesante debido a que ninguno de los perjuidicados acreditó las erogaciones que debió efectuar como consecuencia del delito, habida cuenta que tales consideraciones son propias del concepto de la violación indirecta de la ley por un error de hecho por falso juicio de existencia, "según podría adivinarse- en tanto que afirma por esta vía la ausencia de prueba respecto del daño material".

Al margen de lo anterior, el Ministerio Publico considera pertinente ocuparse de los temas propuestos, "ya que sus deficiencias no impiden determinar la proposición de las inconformidades con la sentencia impugnada", precisando sobre los perjuicios morales que al establecer el artículo 106 del C.P. que éstos se pueden valorar discrecionalmente cuando no es susceptible la determinación pecuniaria, "abre la posibilidad de que el funcionario judicial estime prudencialmente su cuantía en relación con los factores que el mismo precepto enuncia en su inciso segundo", punto sobre el cual, dice, el Juez de segundo grado procedió de manera incorrecta al basarse únicamente en la naturaleza del delito y las diferentes consecuencias que produjo, esto es, lesiones o muerte, pudiéndose con-

cluir que la sentencia presenta una deficiente pero no ausencia total de motivación como lo sostiene el casacionista.

Por ello explica, el Delegado, así propuesta la censura se imponía la demostración del porqué fue desacertada la estimación prudencial que de los perjuicios morales hiciera el fallador a efectos de poner de presente la incidencia que en desmedro del procesado tuvo en la sentencia la omisión de factores como las condiciones de la persona ofendida y las consecuencias del agravio sufrido. Sin embargo, como no fue así, en virtud del principio de limitación que orienta este recurso, no es factible que la Corte se pronuncie de fondo.

No sucede lo mismo con la forma como procedió el Juez para tasar los prejuicios materiales, habida cuenta que la aplicación del artículo 107 del ibídem es aplicable únicamente cuando no exista "base suficiente" en el proceso para determinar su cuantía, siendo por tanto una norma "supletoria y condicionada. Lo primero, porque la tasación discrecional que allí se autoriza únicamente puede hacerse a falta de prueba sobre la cuantía de los perjuicios materiales; lo segundo, porque la estimación prudencial del daño está reservada a aquellos eventos en los cuales no existan elementos (pruebas) que sirvan para la producción de una prueba pericial que establezca la cuantía de los perjuicios materiales causados con la infracción", como lo dispone la norma en cita –cuyo texto transcribe en su integridad–.

Insiste pues, que dicha preceptiva legal prevé la discrecionalidad del Juez para aquellos eventos en que la imposibilidad de tasar los perjuicios se deba a la ausencia de prueba para su estimación pericial, y por el contrario, "no apunta a posibilitar la obligación genérica del juez penal para liquidar el monto de los perjuicios materiales en todo caso, sino permitir que se supla por esta vía la ausencia de pruebas en relación al daño sufrido por el ofendido con la acción delictiva", respetándose así la naturaleza de la acción civil que deja en cabeza del demandante la carga de la prueba de los fundamentos, naturaleza y cuantía de sus pretensiones, la cual entra a reemplazar el juzgador si no es viable determinar su valor, "que no los hechos condicionantes de esa condena".

Advierte entonces de inmediato que la situación aquí presentada difiere de la que fue objeto de decisión en la casación 8936 – que reproduce en extenso, pues allí se contaba con un dictamen pericial que no convenció al juzgador que revocó la condena en perjuicios, pues allí sí era procedente acudir a la facultad discrecional, habida cuenta que la aplicación de los artículos 106 y 107 del C.P. es para los casos donde habiéndose demostrado los perjuicios, no son susceptibles de valoración pecuniaria, ya que de manera contraria, "Si ellos fueron probados pero no se intentó su estimación, la discrecionalidad del Juez desaparece".

En este sentido, concluye el Delegado que razón le asiste al censor en este aspecto, como quiera que "a pesar de la prueba que obra en el expediente y la expresa solicitud de algunos de los sujetos procesales que pidieron su evaluación por medio de peritos, no se intentó su graduación", solicitando en consecuencia, se case parcialmente el fallo impugnado revocando la condena al pago de los perjuicios materiales, previa advertencia sobre la imposibilidad existente para que la Corte se pronuncie sobre los planteamientos que al margen del libelo hace el no recurrente.

CONSIDERACIONES:

Primer Cargo

1. En este reproche acusa el demandante el fallo de segunda instancia de violar directamente y por interpretación errónea los artículos 61 y 67 del C.P., por considerar que la pena se graduó en forma excesiva debido a que el Juez solamente tuvo en cuenta el efecto concursal de la acción, desatendiendo aspectos como la gravedad y modalidades del hecho punible, el grado de culpabilidad y la personalidad del agente.

2. Sin embargo, y como lo denota el Ministerio Público, la proposición del libelista es incompleta, pues la demostración solo se ocupa de reiterar que se trata de un hecho culposo sin hacer esfuerzo alguno por argumentar en torno a los demás aspectos que estima ignorados y que en su criterio incidieron para que la pena impuesta a GOMEZ GALLEGO fuera excesiva, quedándose en la mera afirmación del quebranto, sin que con ello, obviamente resulte posible quebrar la sentencia impugnada, pues tampoco se sabe en qué consiste la pretendida errada interpretación de las normas que dice vulneradas.

3. Tampoco precisa el casacionista cómo, de acuerdo a los criterios tenidos en cuenta por el sentenciador el quantum punitivo finalmente impuesto al procesado como pena principal fue excesivo, pues como igualmente lo afirma el representante del Ministerio Público, atendiendo los parámetros dosimétricos de los que partió el Juez, necesariamente ha de concluirse que si bien no fue expreso respecto de los demás aspectos de que trata el artículo 61 del C.P., éstos finalmente se ven reflejados en la benévola pena impuesta, si se tiene en cuenta la gravedad de la conducta imprudente del procesado en la medida en que a causa de ella resultaron 24 personas muertas y 20 lesionados, a pesar que de conformidad con lo dispuesto en los artículos 26 y 28 del C.P., en caso de concurso de delitos el sujeto queda sometido a la pena prevista para el delito más grave, que en este caso fue el homicidio, pudiéndose incrementar hasta en otro tanto sin superar la suma aritmética de la que corresponda a los respectivos hechos punibles, disposiciones que ni siquiera menciona el casacionista como objeto de ataque, ni mucho menos presenta consideración alguna al respecto.

4. En el presente asunto la sanción privativa de la libertad impuesta al procesado no superó en modo alguno el límite legal previsto para el concurso de delitos, y si bien el método del que se valió el Juez para arribar al guarismo de 80 meses - sobre los que hizo la reducción por haberse acogido a la sentencia anticipada- no es el mejor, ello no implica que hubiese desatendido los criterios dosificadores de la pena, como quiera que por la cantidad y gravedad de los resultados ocasionados con la conducta culposa del procesado bien podía oscilar entre 2 y 12 años de prisión, los cuales al individualizarse en el caso concreto quedaron reducidos a 60 precisamente porque con tal propósito el fallador de primer grado en su laxo proceder partió del mínimo previsto en el artículo 329 del C.P., esto es, 24 meses, los cuales incrementó en otro tanto en razón de los homicidios y 12 meses mes más por las lesiones personales.

5. Además, el hecho de que se trate de un delito cometido en modalidad culposa no necesariamente puede conducir a la conclusión de que la pena tiene que ser ínfima como en efecto lo fue, pues bien podía imponer y el caso lo ameritaba, una pena drástica por lo menos en relación con la gravedad del hecho, pues no se olvide que la actividad de conducir automotores se ha catalogado como de riesgo y por esa razón se le exige con mayor rigor al agente guardar todas las medidas de precaución posibles para evitar que a causa de ello se produzcan daños a terceros, máxime en casos como éstos en los que el conductor de un vehículo de servicio público asume la responsabilidad sobre la vida y la integridad de todas las personas que utilizan este medio de transporte; de ahí que, cuando imprudentemente falla en su actividad, se producen resultados de la magnitud del presente asunto, pues los múltiples muertos y heridos no solo pertenecían al bus conducido por el procesado, sino al de Cootransoriente, con el cual colisionó.

El cargo no prospera.

Segundo Cargo

1. Es lo primero precisar que yerra el actor al invocar esta censura al amparo de la causal primera de casación prevista en el artículo 220 del C.P., como quiera que estando enderezada a cuestionar lo atinente a la acción indemnizatoria obligado estaba a someterse a la cuantía y causales de casación civil. Sin embargo, y habida consideración que la cuantía supera con creces el monto para recurrir, el motivo de violación y las causales de casación penal y civil en este sentido son sustancialmente idénticas, la Sala abordara el estudio de la censura.

2. Ahora bien, prohíja la Corte las críticas de orden técnico que el Delegado hace frente a este reproche, como quiera que, en lo que tiene que ver con los perjuicios morales el fundamento de la argumentación final del actor para evidenciar una supuesta violación directa de la ley por interpretación errónea, radica en la "ausencia absoluta de motivación para

saber cuál fue la fuente estimativa", aspecto que indudablemente resulta no solo contradictorio sino ajeno al motivo de violación aducido, ya que como con tino lo dice la Procuraduría "si se reputa la carencia de argumentos que conduzcan al sentenciador a la aplicación del artículo 106 del Código Penal, no puede pretenderse que en ese vacío motivacional se puedan descubrir erróneas interpretaciones de la norma", y, además, en estricto rigor técnico su formulación procedería al amparo de la causal tercera de casación, pues se trataría de una irregularidad que de prosperar solamente afectaría el fallo .

En efecto, una tal argumentación además de contrariar la lógica, no resulta del todo cierta, pues habiendo acogido el ad quem en su integridad las razones del a quo, entendiéndose como el mismo recurrente lo acepta, que los fallos de las dos instancias conforman una unidad inescindible, se tiene que el Juez del Circuito al tasar prudencialmente los perjuicios respecto de cada una de las víctimas tuvo en cuenta no solo la naturaleza del delito, como lo dice el Delegado, sino las consecuencias del mismo, ya que en todos los casos se precisó si se trataba de muerte o lesiones, así como de la modalidad culposa del punible, y aunque no se hiciera mención a las condiciones de la persona ofendida, que si bien puede considerarse insuficiente, resulta comprensible, dado que, por un lado el inciso segundo del artículo 106 del C.P. señala enunciativamente que no de manera taxativa, una serie de circunstancias que inciden en la estimación del daño moral, y además no todas las víctimas o sus familiares se constituyeron en parte civil o declararon dentro del proceso, no existiendo elementos probatorios que permitieran acreditar pecuniariamente dicho tópico. Por ende, las críticas del censor carecen del mérito suficiente para enervar el fallo, máxime si no expone las razones tendientes a demostrar que el Juez le haya dado a la norma aplicada un alcance que no se desprende de ella, haciéndole producir efectos que no le son propios, dejando el pretendido yerro en una mera enunciación respecto de la cual no puede la Corte entrar a descifrar su alcance.

3. En lo que tiene que ver con los perjuicios materiales, mayúsculo es el equívoco del casacionista al atribuir como yerro del fallador una violación directa del artículo 107 del C.P. por interpretación errónea bajo el entendido de que se aplicó como si fuera principal pese a que su texto se colige que es de carácter subsidiario en razón a que la discrecionalidad que allí se prevé para que el Juez tase prudencialmente el daño material ocasionado con el delito, solo procede cuando no exista en el proceso base que permita cuantificarlos, pues como lo recuerda el Ministerio Público ello conduce a una aplicación indebida de la norma, puesto que a lo que apunta el argumento del recurrente es a demostrar que no podía el Juez valerse de dicho precepto por no regular la situación concreta, y en esa media lo que se imponía para el demandante era poner de presente cuál sería la disposición legal que correspondía al caso concreto, ya que tra-

tándose del sentido de la violación escogida debe asumirse que la disposición es la que concierne al asunto, pero con el ítem de que en el proceso hermenéutico el Juez le otorgó alcances inusitados o que no le corresponden.

4. Además, dice el casacionista que el sentenciador se inventó la prueba para condenar por los perjuicios materiales, argumento propio de la violación indirecta de la ley por error de hecho por falso juicio de existencia, olvidando así que la naturaleza del yerro invocado supone respetar sin cuestionamiento alguno los hechos y las pruebas en los términos en que lo hizo la sentencia, porque la discusión en este campo -de la violación directa- es estrictamente jurídico en cuanto la aplicabilidad e interpretación normativas.

Así las cosas, imposible es para la Corte abordar un estudio de fondo del reproche, como que, lo contrario equivaldría a corregir las fallas del libelo como lo hace el Delegado, quien no obstante destacar seria y drásticamente los defectos técnicos que harían inabordable su estudio de fondo, dice responder el ataque pero alejándose de los planteamientos del censor para solicitar finalmente la ruptura del fallo, no por vía oficiosa, sino otorgándole la razón al libelista, desde una supuesto fáctico y teórico distinto de los que se valió aquél para demostrar la razón de sus afirmaciones .

5. En efecto, mientras para el censor se presenta una interpretación errónea del artículo 107 del C.P., en cuanto hace referencia a los perjuicios materiales con la tesis de que el Juez condenó por este concepto sin que existiera base probatoria para ello atribuyendo tal falta a la inactividad judicial, para el Delegado debe casarse el fallo porque se configura una inaplicación indebida del mismo precepto legal, pues, en su criterio, "a pesar de la prueba obrante en el proceso y la expresa solicitud de algunos sujetos procesales que pidieron la evaluación por medio de peritos, no se intentó su graduación y el juez, equivocadamente utilizó una facultad de la que no se puede hacer uso en tales situaciones".

Desconoce la Sala en este sentido el proceder de la Procuraduría, puesto que tampoco se advierte que en el proceso existiera base suficiente para que el Juez estuviera obligado a tasar en concreto el valor de los perjuicios conforme a lo probado, ya que de la pluralidad de perjudicados en el caso sub examine, 20 se constituyeron en parte civil, y solo Juan Viloria Rodríguez, Elías Antonio de la Hoz, Luis Manuel Barraza López y Bibiana Maestre Orozco, escasamente acreditaron algunos de los gastos que debieron realizar por concepto de drogas o atención médica, los cuales, sin lugar a dudas, no resultan suficientes para cuantificar los perjuicios materiales.

Por ello, no advierte la Corte cómo resultaría viable la genérica petición del Delegado, pues, la mayoría de estos sujetos procesales -parte

civil- se limitaron a presentar la correspondiente demanda, y la actuación de los demás, los que ni siquiera se constituyeron como tal, se redujo a solicitar constancias sobre la muerte o lesiones sufridas con el delito y a reclamar las pertenecias que portaban al momento del accidente.

6. De otra parte, en lo que se refiere a las peticiones para que se evaluaran los perjuicios mediante perito mencionadas por el Ministerio Público al solicitar la prosperidad de las pretensiones de la demanda por este motivo, revisado minuciosamente el proceso se observa únicamente la presentada por el apoderado de Dibiana Maestre Orozco el 23 de mayo de 1994, esto es, un mes antes de que el procesado manifestara su intención de acogerse a la sentencia anticipada, y otra proveniente del apoderado de la empresa Rápido Ochoa que únicamente requería la tasación de los daños sufridos por los perjudicados que al constituirse en parte civil pidieron su vinculación en calidad de tercero responsable.

7. Así las cosas, y como quiera que recurrente y Delegado sustentan el yerro aducido partiendo del contenido y alcance que cada uno le otorga al artículo 107 del C.P., se hace necesario hacer las siguientes precisiones:

a. Es cierto, y así lo ha sostenido la doctrina y la jurisprudencia, que la facultad discrecional a que se refiere dicho precepto para que el Juez condene en gramos oro por los perjuicios materiales, procede a condición de que se encuentre demostrado en el proceso la existencia del perjuicio causado por la comisión del delito y no exista prueba o resulte imposible determinar su cuantía, en lo que tiene razón el Ministerio Público.

b. *Contrario sensu*, cuando en el proceso existe base suficiente para determinar el monto de los perjuicios, dependiendo de la complejidad del caso, podrá facultativa que no obligatoriamente el Juez, acudir a la ayuda de un perito para ello. De ahí, que de conformidad con la norma en comento, "Si el daño material derivado del hecho punible no pudiere evaluarse pecuniariamente, *debido a que no existe dentro del proceso base suficiente para fijarlo mediante perito*, el Juez podrá señalar prudencialmente, como indemnización, una suma equivalente, en moneda nacional, hasta de cuatro mil gramos oro" (resalta la Corte), lo que es apenas obvio, ya que si no existe base suficiente, ningún sentido tendría la designación de un perito a sabiendas de que éste se va a ver imposibilitado para tasarlos en concreto, precisamente por no contar con elementos de juicio suficientes, si se tiene en cuenta que este tipo de prueba es en esencia explicativa, estando por ende el perito, obligado a indicar los exámenes, experimentos e investigaciones efectuados, así como los fundamentos técnicos o científicos de sus conclusiones (art. 267 del C.P.P.).

c. Si bien constituye objeto del proceso penal la determinación de los daños y perjuicios ocasionados con el hecho punible procurando además la determinación de su cuantía, como sería lo ideal, no siempre resulta posible cumplir a cabalidad tal cometido, bien por la complejidad del asunto

o por su temprana culminación como sucedió en este caso, donde el procesado se acogió a la sentencia anticipada, y no obstante ser evidente el perjuicio que se causó con las múltiples muertes y lesiones a las víctimas del accidente, las pruebas recaudadas durante su tramitación, no fueron suficientes ni aptas para que al momento de fallar, pudiera el Juez determinar en concreto el monto de los perjuicios.

Siendo ello así, el Juez debió acudir a las facultades discrecionales que le confiere el artículo 107 del C.P., pudiendo tener en cuenta para fijar la cuantía de los perjuicios materiales ocasionados con el delito solamente aspectos como la edad probable, salario mínimo promedio y posible capacidad económica, pues como lo ha sostenido la jurisprudencia de esta Sala "las circunstancias que el Juez debe atender para ejercer la atribución del art. 107 y que aparecen en su inciso segundo, deben consultarse en lo pertinente, según la naturaleza del delito y la clase de daño producido. Debe destacarse sobre las mismas, que no es necesario su total ocurrencia y que la mención no tiene carácter taxativo sino meramente indicativo o de enunciación" (Sentencia de septiembre 20 de 1982, Magistrado Ponente Dr. Gustavo Gómez Velásquez).

Por ello, es que no tienen la razón ni el casacionista ni el Ministerio Público, porque a pesar de las diversas partes civiles constituidas en el proceso, que en su mayoría solo se limitaron a hacerse presentes, las pruebas recaudadas no resultaron suficientes para proceder de modo diverso, y no por ello podía el Juez abstenerse de condenar civilmente al autor del delito, ya que, siendo requisito de la sentencia "la condena en concreto al pago de los perjuicios si a ello hubiere lugar" (art. 180.8 C.P.P.), si al momento de fallar encuentra que no puede tasarlos con los datos que le aporta la actuación debe hacerlo en forma prudencial, pues solo así cumple su cometido frente a la sociedad al sancionar la conducta que la ha lesionado, y con la víctima en particular, al ordenar que el responsable repare, así sea económicamente el daño sufrido como consecuencia de su conducta .

En este preciso sentido se pronunció la Corte en el fallo que paradójicamente cita el demandante como sustento del reproche:

"Cuando se dan perjuicios de naturaleza o modalidades cuya tasación constituye determinación imposible, en un momento procesal dado, la tendencia legislativa universal se orienta no a prescindirse de ellos en el fallo, sino a reconocerlos mediante atribución discrecional, otorgada al Juez, verbi gracia, cuantía, beneficiarios etc." (ejusdem.).

No prospera el cargo.

Por último, es necesario precisar que las alegaciones presentadas por los sujetos no recurrentes deben exclusivamente remitirse a las pretensiones de la demanda con la seriedad que este recurso lo amerita, pues no

es este un espacio para elevar peticiones ajenas al libelo, como se ha hecho en este caso.

CASACIÓN OFICIOSA

Habida cuenta que en este caso el Juez se basó en la pena prevista para el homicidio culposo por ser la más grave en la modalidad concursal imputada al procesado, limitándose únicamente a la tasación de la privativa de la libertad sin tener en cuenta que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 329 del C.P., además procede también proceden como principales la de multa y la prohibición de ejercer profesión u oficio, incurriéndose así en la vulneración del principio de la legalidad de la pena, la Sala acudirá a las facultades discrecionales conferidas por el artículo 228 del C.P.P., casando oficiosa y parcialmente el fallo impugnado en el sentido de imponer a Guillermo Gómez Gallego multa de $10.000 y la suspensión de la actividad de conducir por 5 años, teniendo en cuenta la gravedad del hecho y su modalidad concursal.

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

RESUELVE:

1. DESESTIMAR la demanda.

2. Casar oficiosa y parcialmente el fallo impugnado en el sentido de imponer al procesado, las penas principales de multa equivalente a $10.000 y la de suspensión en la actividad de conducir por 5 años.

3. En lo demás queda incólume el fallo impugnado.

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

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

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

COLISION DE COMPETENCIA/ NULIDAD

Corresponde a la Corte desatar el planteado conflicto de competencia, de acuerdo a lo previsto en el artículo 68-5 del C. de P.P. por ser pertenecer uno de los Juzgados involucrados en él a la justicia regional.

Necesario resulta recordar que esta Sala, en guarda del principio de prevalencia del derecho sustancial sobre la forma y por economía procesal, cambió, mediante auto del 18 de noviembre de 1998, con ponencia del Magistrado Dr. Lombana Trujillo (Rad. 14968), el criterio que venía asumiendo al desatar los conflictos de competencia en casos como el que se examina, y terminó decantando como única posición sobre el particular 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 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". De esta suerte, se abandonó la rigidez del pensamiento frente a la intangibilidad de la resolución de acusación que imponía la adjudicación de la competencia al Juez competente por razón de la calificación contenida en el acto acusatorio dejándole como única opción la de anular la actuación surtida por el funcionario carente de competencia, y se abrió paso a una solución más expedita dentro de la legalidad del rito procesal sin desconocer el principio del Juez natural.

(Cambio de Jurisprudencia)

Proceso No. 15420

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal

Magistrado Ponente Dr. *Dídimo Páez Velandia*

Aprobado Acta No.028

Santafé de Bogotá, D.C., veinticinco (25) de febrero de mil novecientos noventa y nueve (1999).

Dirime la Corte la colisión negativa de competencia surgida entre el Juzgado Tercero Penal del Circuito de Bello y un Juzgado Regional de Medellín para conocer el juicio en este proceso que se adelanta contra Eduardo Alonso Peñaranda Herrera por el concurso de delitos de tentativa de homicidio y porte ilegal de arma de fuego de defensa personal.

ANTECEDENTES

1. El 22 de mayo de 1998, en horas de la noche, desde dos motocicletas de alto cilindraje en las que viajaban sendos "parrilleros" portando armas de fuego y uno de los cuales fue identificado como Eduardo Alonso Peñaranda Herrera, que aparecieron súbitamente frente al establecimiento de billar y expendio de licores denominado "Las Sombrillitas" ubicado en la calle 42 con carrera 85, Barrio "Machado" del municipio de Copacabana, el ciudadano Martín Gallego Mejía, -quien para entonces fungía como Presidente de la Junta de Acción Comunal de la misma localidad- y varios amigos suyos con los que departía en el lugar, fueron atacados mediante disparos, causándoles lesiones, que en relación con éste, sobre quien de manera preponderante se centró la agresión, fueron de extrema gravedad y solo cesaron porque se fingió muerto.

2. El sindicado Peñaranda fue comprometido en juicio por el concurso de delitos de tentativa de homicidio y porte ilegal de arma de fuego de defensa personal, según resolución de acusación que la Fiscalía Delegada ante el Tribunal confirmó el 13 de noviembre de 1998; siendo el proceso remitido al reparto de los Juzgados Penales del Circuito de Bello.

3. Al avocar conocimiento el Juzgado 3o. de esa especialidad, al que correspondió el asunto, ordenó verificar si el ofendido efectivamente ostentaba la investidura de Presidente de la acción comunal, obteniendo informes de la Secretaría de Desarrollo Comunitario de Bello, según el cual, en calidad de Presidente de la Junta de Acción comunal del Barrio "Machado" de Copacabana, había suscrito el 21 de febrero de 1998 el Pacto de No agresión con Fontidueño. (fls. 144 y 146 cd. ppl.).

4. Fundado en esta evidencia, el Juzgado, mediante auto del 15 de diciembre de 1998, optó por advertir que carecía de competencia para tramitar el juicio porque el atentado fue consecuencia de las intervenciones del ofendido en su calidad de dirigente comunitario que por la época de los hechos ostentaba, propugnando, precisa, "por los programas de paz entre los barrios Machado y La Mina y según se desprende de las probanzas...".

Siendo entonces, la conducta a juzgar la prevista en el numeral 8o. del artículo 324 del C.P. modificado por la Ley 40 de 1993, respecto de la

cual, según el artículo 71-5 del C. de P.P. modificado por la Ley 40 de 1993, la competencia recaía en los Juzgados Regionales, a donde dispuso enviar la actuación.

5. Uno de los Juzgados Regionales de Medellín al examinar el asunto, con apoyo en jurisprudencia de esta Sala, específicamente en el auto del 29 de julio de 1997 con ponencia del Magistrado doctor Arboleda Ripoll, declinó la competencia porque en su criterio no se hallaba probado "que la agresión se haya originado por causa o por motivo de sus cargos o dignidades o por razón del ejercicio de sus funciones", que es el presupuesto para que la competencia sea asumida por la justicia regional.

Enfatizando su razón destacó los apartes probatorios que denotan que los móviles de la agresión "pueden ser múltiples y variados", entre ellos: a). la "operación" de que dio cuenta la propia excompañera marital del procesado se realizaba en el barrio "Machado" de Copacabana contra quienes realizaban atentados contra el patrimonio económico, como medida impuesta entre "bandas de delincuentes, combos o milicias" que "luchan por imponerse" violentamente; b). el nacimiento de "celos pasionales" en el procesado respecto de su ex compañera y madre del hijo que entre ambos habían procreado, quien para la fecha de los hechos convivía con un sobrino del ofendido, sumándose a estos dos posibles móviles el alegado desconocimiento de los móviles del delito, por parte de los testigos Oscar Albeiro Castaño y Norman Cano.

Con la reiteración de su punto de vista y la advertencia de que de no ser acogido proponía el conflicto negativo de competencia, remitió el asunto al Juzgado Penal del Circuito.

5. Por su parte el Juzgado 3o. Penal del Circuito de Bello, al trabar el conflicto rebate los argumentos del Juzgado Regional y a su vez acude a otros hitos probatorios que en su opinión le confieren la razón.

Describir al ofendido como un líder dentro de la comunidad, que ha ocupado en varias oportunidades el cargo de Presidente de la Acción Comunal del barrio "Machado" de Copacabana, con la función de representar a la población de ese sector frente a las autoridades gubernativas, apreciado en la comunidad por esa entrega al servicio social, y quien para corresponder a esa confianza integró su barrio al proceso de Paz y Convivencia liderado por el Alcalde de Bello entre los barrios "Machado y la Mina" y en tal virtud suscribió el Pacto de No agresión entre esos dos sectores, luego no es posible sostener, como lo hace el Juez Regional que pertenecía a una posible banda de delincuentes que trataran de imponerse por la fuerza.

Descarta la posibilidad de los celos pasionales como una simple tesis de la defensa, recordando que entre el ofendido y la excompañera marital del procesado no existía lazo afectivo ninguno. Enfatiza la posibilidad del móvil por el que propugna con remisión a las palabras del ofendido, que

en su declaración explicó ser el Presidente de la Junta de Acción Comunal de su barrio y hallarse trabajando con apoyo de la oficina de Paz y Convivencia y lo doctores Carlos Uribe y Rodrigo Arango en un proceso de pacificación, proyecto con el que "ese muchacho no estuvo de acuerdo". Como respaldo a esta posibilidad menciona el testimonio de Jorge Aurelio Villegas.

Recuerda que las bandas delincuenciales existentes en los barrios "que se distribuyen sus funciones sembrando el caos y el terror entre sus habitantes", imponen el silencio ante los crímenes cometidos y convierten en enemigos suyos a los líderes que surgen capaces de enfrentarlos y de "crear en los ciudadanos el sentido de pertenencia hacia su comunidad", a quienes entonces optan por privar de la vida, señalando que eso fue lo que aconteció en este caso, en que la víctima es una persona que entorpecía las actividades de la delincuencia en su barrio.

Retomando sus iniciales puntos de vista, traba el conflicto que se somete al arbitraje de la Corte.

Consideraciones de la Corte

Corresponde a la Corte desatar el planteado conflicto de competencia, de acuerdo a lo previsto en el artículo 68-5 del C. de P.P. por ser pertenecer uno de los Juzgados involucrados en él a la justicia regional.

Necesario resulta recordar que esta Sala, en guarda del principio de prevalencia del derecho sustancial sobre la forma y por economía procesal, cambió, mediante auto del 18 de noviembre de 1998, con ponencia del Magistrado Dr.Lombana Trujillo (Rad. 14968), el criterio que venía asumiendo al desatar los conflictos de competencia en casos como el que se examina, y terminó decantando como única posición sobre el particular 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 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". De esta suerte, se abandonó la rigidez del pensamiento frente a la intangibilidad de la resolución de acusación que imponía la adjudicación de la competencia al Juez competente por razón de la calificación contenida en el acto acusatorio dejándole como única opción la de anular la actuación surtida por el funcionario carente de competencia, y se abrió paso a una solución más expedita dentro de la legalidad del rito procesal sin desconocer el principio del Juez natural.

El conflicto de competencia que se dirime fue trabado correctamente, como que los participantes se allanaron a las previsiones del artículo 99 del C. de P.P. manifestando sus respectivas razones.

Estas tienen un denominador común: la naturaleza del delito a juzgar, de la cual depende la competencia en diferendo; y para establecerla, de acuerdo a lo que se viene diciendo, debe examinarse la calificación contenida en la resolución de acusación emitida por la Fiscalía, dejando de lado los aspectos que de la misma son vedados al Juez que dirime la colisión.

El ofendido declaró que como Presidente de la Acción Comunal del barrio "Machado" de Copacabana estaba trabajando en asocio con la oficina de Paz y Convivencia de Bello en un programa de pacificación que estaba dando buenos resultados, pero que tenía opositores, entre ellos "ese muchacho", es decir, el procesado; también manifestó haber sabido que éste había manifestado ante una mujer, presumiblemente su exconcubina, satisfacción por haber atentado contra el Presidente de la acción comunal y estar dispuesto a "apoderarse del barrio" (fl. 2v.). Esta joven a su vez declaró no haber tenido conocimiento de que a su excompañero se le hubiera prohibido volver al barrio "Machado" al salir de la cárcel, pero que imaginaba que no había vuelto debido al "... miedo por la operación que estaban haciendo en el barrio" (fl. 92).

Por las propias palabras del procesado y las de su ex concubina Caren Sorel Quintero, se sabe que cuando fue privado de la libertad, acusado y condenado por un delito de hurto, convivía con ésta, quien ya siendo madre de un hijo común de ambos, se separó y se convirtió en compañera marital del sobrino del ofendido.

En su indagatoria el sindicado refirió haber estado detenido por razón de un proceso por hurto y admitió saber que el ofendido era miembro de la acción comunal (fl. 33), y preguntado sobre el motivo que se decía había determinado la agresión a éste respondió:

"Que yo sepa se que él es de la acción comunal, de (sic) pero de tratado de paz no se de eso, se que hicieron una reunión con el alcalde Bello, para un tratado de paz que porque tenían muchos problemas con el barrio la Mina, no más de eso" (fl.33v.).

Interrogado sobre si su familia se había visto involucrada en problemas en el barrio, replicó:

"Yo caí encanado entonces dijeron que yo no podía volver al barrio entonces tienen una cosa toda la gente de allá, que no dejan robar en el barrio, entonces ellos dijeron que yo salía y que de pronto me iba a robar al barrio ... los días que yo estuve encanado era un infierno y mi mamá al ver eso alquiló la casa y a los días que ya iba a salir yo, alquiló la casa en Robledo, o sea se fue a vivir a Robledo ...", negrillas fuera de texto. (fl. 34).

Estas pruebas, muy dicientes, señalan la relación de causalidad entre el atentado y la investidura de dirigente comunitario que ostentaba la víctima al momento del ataque, porque estorbaba con su actividad, la de

los delincuentes del barrio "Machado", que el presidente de la Acción Comunal había incluido en el proyecto de pacificación y convivencia frente a otro barrio el 21 de febrero de 1998 bajo el auspicio de la oficina de Asesoría de Paz y Convivencia de Bello según lo refiere la comunicación aportada al folio 485 del proceso.

Este motivo determinante del hecho punible no descarta la coexistencia de un móvil de otra clase, pero de todas formas no prevalente, como el de la venganza a través de un tercero, no de los celos que señaló el Juzgado Regional, debido a que un sobrino del líder comunitario ofendido era justamente la persona con quien ahora convivía la otrora compañera marital del procesado y madre del hijo que juntos habían procreado.

Razón de más, confirmatoria de lo que se afirma, es que ninguno de los deponentes da cuenta de que entre la víctima y el procesado existieran problemas personales o de cualquiera otra índole, y mientras el ofendido es mostrado como persona de bien, dedicada al servicio comunitario, varias veces elegido Presidente de la Junta de Acción comunal de su barrio (fl. 22 v.), el delito se atribuye a un joven cuyos antecedentes y forma de vida, por contraste, hablan de su agresividad y desadaptación social como impulsoras de su proclividad a actividades al margen de la ley.

Así pues, palmar la relación de causalidad entre el imperfecto atentado al supremo bien jurídico de la vida de que el procesado hizo blanco al ofendido y la investidura de líder comunitario ostentada por éste al momento de los hechos, tiénese como estructurada la causal de agravación que prevé el numeral 8° del artículo 324 del C.P. para el delito de homicidio -sea tentado como en este caso, o consumado-, siendo por consiguiente, al tenor del artículo 71, numeral 5° del C. de P.P., competente la justicia regional para conocer del hecho punible, como así se declarará al resolver el conflicto.

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

RESUELVE:

DECLARAR COMPETENTE para conocer de este proceso al Juzgado Regional de Medellín trabado en la colisión de competencia que se define. Por lo tanto, ENVÍESELE el expediente, y con copia de este proveído INFORMESE al Juzgado 3o. Penal del Circuito de Bello.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

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

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

HOMICIDIO-Ley 40 de 1993/ SECUESTRO/
PORTE ILEGAL DE ARMAS

1. La Corte Constitucional, en sentencia No.565 de 7 de diciembre de 1993, al estudiar la exequibilidad de los artículos 1º, 28, 29, 30 y 31 de la ley 40 de ese año, analizó, entre otros aspectos, el relativo a la unidad de materia del proyecto de ley, declarando, a partir de este análisis, la constitucionalidad de los citados preceptos.

Siendo ello así, no cabría aplicar excepción de inconstitucionalidad por este específico motivo, toda vez que el órgano encargado de este control ya se pronunció con autoridad de cosa juzgada sobre el punto (artículos 243 de la Carta Política y 48 de la ley 270 de 1996), como se desprende de los siguientes apartes de la sentencia de exequibilidad:

"Aclaración preliminar. Debe la Corte comenzar por dejar claramente establecido que entre los tipos penales a que se refieren las normas demandadas, cuyo aumento de penas le corresponde examinar en este estrado, hay la debida unidad de materia. Ella es evidente en su conexidad axiológica, dada por la identidad de los bienes jurídicos que el legislador busca proteger al incriminar el homicidio y el secuestro, la cual en este caso se refleja en el incremento del quántum de los límites mínimo y máximo de las penas en ambos casos de 25 a 40 años de prisión, y en su agravación por razón de análogas circunstancias, en cuya virtud se enlazan recíprocamente.

En cuanto a lo primero, y según se analizará en detalle más adelante, los delitos de secuestro y homicidio, por igual, lesionan de manera grave los bienes supremos de la vida, la libertad, la dignidad, la familia y la paz, entre otros derechos fundamentales que consagra la Constitución.

"En cuanto a lo segundo, es sabido que por lo general, con el objeto de obtener la unidad, provecho o finalidad perseguidos, los autores o partícipes en el delito de secuestro presionan la entrega o verificación de lo exigido, con la amenaza de muerte o lesión de la víctima. Del mismo modo, lamentablemente, las más de las veces a ella le

sobrevienen la muerte o lesiones personales por causa o con ocasión del secuestro. De ahí que las circunstancias mencionadas se hayan erigido en causales de agravación punitiva, las primeras del delito de secuestro (artículo 3º, numerales 7º y 11 de la ley 40 de 1993) y las segundas del delito de homicidio (artículo 30, numeral 2º, ibidem)" (negrillas fuera de texto).

2. No es cierto que la ley 40 de 1993 se refiera exclusivamente al tema del secuestro, o que el legislador haya pretendido limitar la aplicación de sus artículos 29 y 30 a los casos en los cuales el homicidio guarde algún nexo con el citado delito contra la libertad individual.

La mencionada ley, en su enunciado, además de noticiar la adopción del estatuto nacional contra el secuestro, anuncia la expedición de otras disposiciones, dejando de esta manera en claro que el tema del secuestro constituía materia dominante, pero no única.

3. El capítulo relativo al "aumento de penas", en donde se establecen los incrementos punitivos para los delitos de homicidio y extorsión, surgió de la necesidad de adoptar una política criminal coherente, que armonizara las nuevas penas previstas para el secuestro con el esquema punitivo básico del Código Penal, y con las establecidas para hechos punibles que, como la extorsión o el homicidio, comprometen bienes jurídicos de igual o mayor valor. Esto explica las modificaciones paralelamente introducidas a los artículos 28 y 44 del Código Penal.

Cierto es que el proyecto inicial ingresó al Congreso sin estas reformas, pero en el curso de los debates se planteó la necesidad de incluirlas para darle coherencia, como se desprende del contenido de la ponencia en la Cámara, donde se dijo: "En el curso de la fecunda discusión que esta iniciativa ha tenido en el Senado se planteó, no sin razón, que no podría tratarse punitivamente la conducta del secuestro con mayor severidad que la del homicidio. Ello condujo a que se adoptaran decisiones legislativas, agravando también las penas para el homicidio que mantuvieran principios universales de la 'dosimetría penal'" (Gaceta del Congreso de nov. 18/92).

4. El texto de los artículos 29, 30 y 32 es de tal claridad que cualquier pretensión encaminada a limitar o ampliar su sentido resulta un despropósito. La expresión "quedará así", utilizada sistemáticamente por el legislador para anunciar las nuevas disposiciones, no permite abrigar dudas sobre la subrogación de los artículos 323, 324 y 355 del Código Penal, ni la autonomía de los nuevos preceptos.

5. Un estudio sistemático-teleológico del citado estatuto devela igualmente la inconsistencia de la tesis que propugna por una aplicación

limitada de los artículos 29, 30 y 32, pues el numeral 11 del artículo 3º ejusdem, recoge como circunstancia de agravación punitiva para el secuestro extorsivo, la hipótesis del concurso con los delitos de homicidio y lesiones, no siendo por tanto de recibo la afirmación de que la pena prevista en los citados artículos solo puede ser aplicada en casos de conexidad. Absurdo sería, ha dicho la Sala, "considerar que, en un mismo estatuto legal, el legislador fije dos penas bien diversas para unos mismos hechos, ésta que acaba de señalarse de un máximo de 60 años, y la otra de un tope de 40 del artículo 29, lo que por fuerza de la razón conduce, fatalmente, a la certidumbre de que la pena en este último artículo erigida, para nada demanda la correlación con el secuestro, sino que es definitivamente independiente de tal circunstancia" (Casación de 21 de noviembre de 1995, Magistrado Ponente Dr. Gálvez Argote).

6. El artículo 89 del citado Decreto 2535 de 1993, no tiene los alcances derogatorios que el censor pretende otorgarle, puesto que la propia norma hace la salvedad en el sentido que su aplicación no excluye la responsabilidad penal. También ha sido dicho que la ley de facultades a cuyo amparo fue expedido el referido Decreto, no autorizaba al ejecutivo para introducir modificaciones a la regulación penal vigente, no pudiendo ser entendido por consiguiente que lo hubiera hecho.

Sobre este particular, dijo específicamente la Corte en providencia de 14 de septiembre de 1994, con ponencia del Magistrado doctor Ricardo Calvete Rangel:

"Lo que se reglamenta en el artículo 89 del Decreto 2535 es una serie de conductas que denomina 'contravención' y que dan lugar al decomiso de armas, municiones, explosivos y sus accesorios, pero en aquellos casos en que el comportamiento está previsto como punible por la legislación penal, expresamente señala que es 'sin perjuicio de las sanciones penales a que hubiere lugar'.

"Esta previsión la observa en los literales a), c), f), g), y m), del mencionado artículo 89, de manera que es claro que en ningún momento quiso el ejecutivo reformar la regulación penal existente en esta materia, y legalmente no podría haberlo hecho, pues el Decreto fue expedido en ejercicio de las facultades extraordinarias conferidas en el artículo 1º de la ley 61 de 1993, y ninguno de esos literales tiene ese alcance".

Proceso No. 10400

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal

Aprobado acta No.26

Magistrado Ponente Dr. *Fernando E. Arboleda Ripoll*

Santa Fe de Bogotá, D. C., veinticinco de febrero de mil novecientos noventa y nueve.

Resuelve la Corte el recurso extraordinario de casación interpuesto contra la sentencia de 27 de octubre de 1994, mediante la cual el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cundinamarca condenó a Pedro Arturo Martín y José Adelmo Martín Novoa a la pena principal de 41 años de prisión, como coautores responsables de los delitos de homicidio agravado y porte ilegal de armas de fuego de defensa personal.

HECHOS Y ACTUACIÓN PROCESAL

El 11 de septiembre de 1993, en uno de los potreros de la finca de propiedad de Jorge Urrego, ubicada en la Vereda Salinas del Municipio de Gachetá (Cundinamarca), dos sujetos provistos de armas de fuego (escopeta y revólver, respectivamente), dispararon repetidamente contra Mariano Novoa, causándole la muerte.

Iniciada la investigación, la Fiscalía vinculó al proceso mediante indagatoria a Pedro Arturo Martín y José Adelmo Martín Novoa, y resolvió su situación jurídica con medida de aseguramiento de detención preventiva por los delitos de homicidio agravado y porte ilegal de armas de fuego de defensa personal (fls.10, 87, 108 y 116-1).

Clausurado el ciclo investigativo, la Fiscalía, mediante providencia de 3 de febrero de 1994, gravó con resolución acusatoria a los procesados por los referidos hechos punibles, conforme a lo establecido en los artículos 323 y 324 del Código Penal, modificado por los artículos 29 y 30 de la ley 40 de 1993, y 1° del Decreto 3664 de 1986, acogido como legislación permanente por el Decreto 2266 de 1991 (fls.276-1). Apelada esta decisión por la defensa, la Delegada ante el Tribunal, por auto de 15 de marzo de 1994, la confirmó en los aspectos que vienen de ser mencionados (fls.6-3).

Rituada la causa, el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Gachetá, mediante sentencia de 11 de agosto siguiente, condenó a los procesados a la pena principal de 41 años de prisión, y la accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas por 10 años, como coautores responsables de los delitos de homicidio agravado y porte ilegal de armas de fuego de defensa personal, de acuerdo con la imputación fáctica y jurídica contenida en la resolución acusatoria (fls.476-1).

Apelado este fallo por los procesados y su defensor, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cundinamarca, mediante el suyo de 27 de octubre de 1994, que ahora recurre en casación la defensa, lo confirmó en todas sus partes.

LA DEMANDA

Con fundamento en la causal primera de casación, cuerpo primero (artículo 220.1 del Código de Procedimiento Penal), dos cargos presenta el demandante contra el fallo impugnado.

Cargo primero:

Violación directa de la ley sustancial por aplicación indebida de los artículos 29 y 30 de la ley 40 de 1993, y falta de aplicación de los artículos 323 y 324 del Código Penal.

A manera de introducción, alude al contenido del artículo 180.5 Código de Procedimiento Penal, para sostener que el Tribunal Superior omitió dar cumplimiento a lo allí establecido, puesto que en la sentencia nada dijo sobre las normas infringidas ni las penas imponibles, situación que también se presentó en la primera instancia, donde el Juez no hizo mayores precisiones al respecto.

En desarrollo del cargo inicialmente planteado, afirma que por mandato del artículo 169 de la Constitución, el título de las leyes debe guardar correspondencia precisa con su contenido, y siendo la citada ley 40 de 1993 un estatuto contra el secuestro, mal puede entenderse que comprenda conductas ajenas a ese repugnante delito.

Reconoce que la Corte Constitucional, mediante sentencia No. C-565 de 7 de diciembre de 1993, declaró exequibles varios preceptos del referido estatuto, entre ellos los artículos 29 y 30, pero en el entendido que tipificaban homicidios vinculados con el atroz delito de secuestro.

Se ha sostenido que la frase adicional "y se dictan otras disposiciones", contenida en el título, permite ampliar la cobertura del estatuto a otros hechos punibles no conexos con el secuestro, pero esta interpretación ignora el contenido del artículo 7º del Código Penal, que excluye toda aplicación analógica de la ley.

Mal podía una propuesta orientada a combatir el secuestro producir efectos sobre un aspecto que para nada le concierne. El estatuto de secuestro, sin secuestro, es un verdadero despropósito, además de resultar sus penas inequitativas.

Apoyado en estas consideraciones pide casar la sentencia impugnada y aplicar los artículos 323 y 324 del Código Penal, por encontrarse vigentes.

Cargo segundo:

Violación directa de la ley sustancial por aplicación indebida del artículo 1º del Decreto 3664 de 1986, y falta de aplicación del artículo 89 del Decreto 2535 de 1993, que convirtió en contravención el porte de armas, sancionándolo con decomiso.

Asegura que el artículo 18 del Código Penal clasifica los hechos punibles en delitos y contravenciones, no siendo posible que una misma conducta pueda participar de una y otra naturaleza. De allí que deba ser aplicada la norma más favorable para el procesado, que en el presente

caso resulta ser el Decreto 2535 de 1993, por contemplar pena de decomiso, que no de privación de la libertad.

Debe, por tanto, casarse la sentencia, con el fin de que pueda ser aplicada la disposición correcta.

CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

1. El Procurador Tercero Delegado en lo Penal afirma, en referencia al ataque por desconocimiento de lo dispuesto en el artículo 180.5 del estatuto procesal, que si bien es cierto el Tribunal dejó de expresar las normas sustanciales aplicables al caso, ello no constituye causal de nulidad, porque las disposiciones que rigen el asunto fueron tomadas en cuenta en el fallo, como se desprende de las alusiones a sus contenidos, al expresar que la conducta de los imputados fue la de matar a otro, y portar armas de fuego sin permiso de autoridad competente.

Además, no habiendo sido la adecuación típica de las conductas, ni la duración o calidad de las penas, temas de la impugnación, el Tribunal no tenía por qué ocuparse de estos aspectos, quedando de esta manera incorporadas a su decisión las precisiones que sobre el particular hizo el Juez de primera instancia.

2. Respecto del cargo por aplicación indebida de la ley 40 de 1993, sostiene que la Corte Constitucional, en sentencia que el demandante cita (C-565/93), examinó el tema de la unidad de materia, encontrando que el artículo 158 de la Carta Política no había sufrido desmedro alguno con las normas del citado estatuto, no siendo por tanto posible entender, frente a dicho pronunciamiento, que las penas previstas en la mencionada ley, sean exclusivamente aplicables a los casos de homicidio concurrentes con el secuestro.

Esta decisión de la Corte Constitucional impide replantear el tema en sede judicial penal, pues declarada la exequibilidad de las aludidas preceptivas, y establecido que los artículos 323 y 324 fueron modificados por ellas, forzoso resulta aceptar que la normatividad vigente, incriminadora del homicidio, es la contenida en la ley 40.

El argumento adicional del casacionista, relativo a que una interpretación distinta a la planteada en la demanda es violatoria del artículo 7º del Código Penal, carece de sentido, pues cuando se imponen las penas previstas en la nueva ley, se está dando cumplimiento al ordenamiento punitivo vigente, no aplicando a una conducta en particular, una norma reguladora de situaciones semejantes.

3. En cuanto dice relación con el ataque por falta de aplicación del artículo 89 del Decreto 2535 de 1993, e indebida aplicación del Decreto 3664 de 1986, sostiene que el demandante no tiene razón, puesto que

estas disposiciones regulan situaciones distintas, estando referida la primera a cuestiones administrativas, sin perjuicio de las sanciones penales a que hubiere lugar, como lo señala expresamente el referido artículo 89 del primero de dichos estatutos.

Pide, por consiguiente, desestimar las pretensiones de la demanda.

SE CONSIDERA

1. Desconocimiento de lo establecido en el artículo 180.5 del estatuto procesal penal.

Técnicamente este cargo ha debido ser planteado al amparo de la causal tercera de casación, no al interior de la primera, toda vez que la propuesta de ataque está encaminada a controvertir la validez de la sentencia como acto procesal, por defectos de motivación, propio de un vicio de rito o in procedendo, no un error *in iudicando* derivado de desaciertos en la aplicación del derecho sustancial.

De todas formas, es manifiesta la improsperidad de la censura. Del examen de la sentencia de primera instancia claramente se advierte que el juzgador hizo expresa y concreta mención a las normas sustanciales objeto de aplicación, y no por haber dejado el Tribunal de hacer mención de ellas, su decisión se torna estructuralmente incompleta.

Para demostrar lo que viene de ser afirmado, basta traer a colación lo dicho por el citado funcionario en punto a la calificación jurídica de la conducta:

"CALIFICACION JURIDICA Y SITUACION DE LOS PROCESADOS. Los hechos investigados y que ahora se fallan los ubicó concretamente la Unidad de Fiscalía dentro del Libro Segundo del Código Penal, Título XIII, Capítulo I, modificado por la ley 40 de 1993, bajo la denominación específica de HOMICIDIO AGRAVADO dado que se colocó a la víctima en condiciones de inferioridad frente a los agresores, de absoluta indefensión, pues no solo se valieron de un lugar despoblado, sino que en número de dos, armados de revólver y escopeta la emprendieron contra un hombre provisto de un machete y una vara, elementos que no tuvo tiempo de usar en procura de una defensa porque los sindicados le esperaban camuflados en una quebrada desde donde dieron inicio a su cometido, solo que su culminación fue más adelante dado el avance del poster interfecto en procura de auxilio. En concurso se juzgó la infracción al artículo 1º del Decreto 3664 de 1986, razonada en que las armas que portaban no tenían el correspondiente permiso legal, así lo hizo saber el Ministerio de Defensa Nacional" (fls.494-1).

Es de recordarse que los fallos de primera y segunda instancia forman una unidad jurídica inescindible, y que en virtud de este principio, las argumentaciones y decisiones contenidas en ellos se integran recípro-

ca y complementariamente, debiendo ser considerados, por tal motivo, una unidad para efectos de la interposición del recurso extraordinario, no decisiones independientes.

Desconoce también el censor que el Tribunal, por virtud del mandato contenido en el artículo 217 del Código de Procedimiento Penal, modificado por el 34 de la ley 81 de 1993, solo podía revisar los aspectos relacionados con el objeto de la impugnación, dentro de los cuales no se encontraba el relativo a la calificación jurídica de la conducta.

El cargo no prospera.

2. Aplicación indebida de la ley 40 de 1993 y falta de aplicación de los artículos 323 y 324 del Código Penal.

Reiterados han sido los pronunciamientos de la Corte en los cuales ha tenido la oportunidad de analizar los aspectos planteados por el recurrente, relativos al ámbito de aplicación de la ley 40 de 1993, y de señalar que el citado estatuto, además de no violar el principio constitucional de unidad de materia, subrogó los artículos 323 y 324 del Código Penal, no siendo necesario para su aplicación la existencia de un nexo sustancial o procesal con el delito de secuestro.

Así lo ha sostenido, entre otros, en fallos de Nov.21/95, julio 25/96, julio 3/97, sept.25/97, dic.9/97 y feb.4/98, en los cuales han sido hechas las siguientes precisiones:

1. La Corte Constitucional, en sentencia No.565 de 7 de diciembre de 1993, al estudiar la exequibilidad de los artículos 1º, 28, 29, 30 y 31 de la ley 40 de ese año, analizó, entre otros aspectos, el relativo a la unidad de materia del proyecto de ley, declarando, a partir de este análisis, la constitucionalidad de los citados preceptos.

Siendo ello así, no cabría aplicar excepción de inconstitucionalidad por este específico motivo, toda vez que el órgano encargado de este control ya se pronunció con autoridad de cosa juzgada sobre el punto (artículos 243 de la Carta Política y 48 de la ley 270 de 1996), como se desprende de los siguientes apartes de la sentencia de exequibilidad:

"**Aclaración preliminar.** Debe la Corte comenzar por dejar claramente establecido que entre los tipos penales a que se refieren las normas demandadas, cuyo aumento de penas le corresponde examinar en este estrado, **hay la debida unidad de materia. Ella es evidente en su conexidad axiológica, dada por la identidad de los bienes jurídicos que el legislador busca proteger al incriminar el homicidio y el secuestro,** la cual en este caso se refleja en el incremento del *quantum* de los límites mínimo y máximo de las penas en ambos casos de 25 a 40 años de prisión, y en su agravación por razón de análogas circunstancias, en cuya virtud se enlazan recíprocamente.

En cuanto a lo primero, y según se analizará en detalle más adelante, los delitos de secuestro y homicidio, por igual, lesionan de manera grave los bienes supremos de la vida, la libertad, la dignidad, la familia y la paz, entre otros derechos fundamentales que consagra la constitución.

"En cuanto a lo segundo, es sabido que por lo general, con el objeto de obtener la unidad, provecho o finalidad perseguidos, los autores o partícipes en el delito de secuestro presionan la entrega o verificación de lo exigido, con la amenaza de muerte o lesión de la víctima. Del mismo modo, lamentablemente, las más de las veces a ella le sobreviene la muerte o lesiones personales por causa o con ocasión del secuestro. De ahí que las circunstancias mencionadas se hayan erigido en causales de agravación punitiva, las primeras del delito de secuestro (artículo 3º, numerales 7º y 11 de la ley 40 de 1993) y las segundas del delito de homicidio (artículo 30, numeral 2º, *ibidem*)" (negrillas fuera de texto).

2. No es cierto que la ley 40 de 1993 se refiera exclusivamente al tema del secuestro, o que el legislador haya pretendido limitar la aplicación de sus artículos 29 y 30 a los casos en los cuales el homicidio guarde algún nexo con el citado delito contra la libertad individual.

La mencionada ley, en su enunciado, además de noticiar la adopción del estatuto nacional contra el secuestro, anuncia la expedición de otras disposiciones, dejando de esta manera en claro que el tema del secuestro constituía materia dominante, pero no única.

3. El capítulo relativo al "aumento de penas", en donde se establecen los incrementos punitivos para los delitos de homicidio y extorsión, surgió de la necesidad de adoptar una política criminal coherente, que armonizara las nuevas penas previstas para el secuestro con el esquema punitivo básico del Código Penal, y con las establecidas para hechos punibles que, como la extorsión o el homicidio, comprometen bienes jurídicos de igual o mayor valor. Esto explica las modificaciones paralelamente introducidas a los artículos 28 y 44 del Código Penal.

Cierto es que el proyecto inicial ingresó al Congreso sin estas reformas, pero en el curso de los debates se planteó la necesidad de incluirlas para darle coherencia, como se desprende del contenido de la ponencia en la Cámara, donde se dijo: "En el curso de la fecunda discusión que esta iniciativa ha tenido en el Senado se planteó, no sin razón, que no podría tratarse punitivamente la conducta del secuestro con mayor severidad que la del homicidio. Ello condujo a que se adoptaran decisiones legislativas, agravando también las penas para el homicidio que mantuvieran principios universales de la 'dosimetría penal'" (Gaceta del Congreso de nov.18/92).

4. El texto de los artículos 29, 30 y 32 es de tal claridad que cualquier pretensión encaminada a limitar o ampliar su sentido resulta un despro-

pósito. La expresión "quedará así", utilizada sistemáticamente por el legislador para anunciar las nuevas disposiciones, no permite abrigar dudas sobre la subrogación de los artículos 323, 324 y 355 del Código Penal, ni la autonomía de los nuevos preceptos.

5. Un estudio sistemático-teleológico del citado estatuto devela igualmente la inconsistencia de la tesis que propugna por una aplicación limitada de los artículos 29, 30 y 32, pues el numeral 11 del artículo 3º *ejusdem*, recoge como circunstancia de agravación punitiva para el secuestro extorsivo, la hipótesis del concurso con los delitos de homicidio y lesiones, no siendo por tanto de recibo la afirmación de que la pena prevista en los citados artículos solo puede ser aplicada en casos de conexidad. Absurdo sería, ha dicho la Sala, "considerar que, en un mismo estatuto legal, el legislador fije dos penas bien diversas para unos mismos hechos, ésta que acaba de señalarse de un máximo de 60 años, y la otra de un tope de 40 del artículo 29, lo que por fuerza de la razón conduce, fatalmente, a la certidumbre de que la pena en este último artículo erigida, para nada demanda la correlación con el secuestro, sino que es definitivamente independiente de tal circunstancia" (Casación de 21 de noviembre de 1995, Magistrado Ponente Dr. Gálvez Argote).

El cargo no prospera.

3. Aplicación indebida del Decreto 3664 de 1986 y falta de aplicación del Decreto 2535 de 1993.

Este cargo, al igual que el primero, ha debido ser planteado al amparo de la causal tercera de casación, pues si la conducta imputada a los acusados por el porte de armas no tiene carácter delictual, sino contravencional, como se afirma en la demanda, forzosamente ha de concluirse que la actuación cumplida en relación con ella a partir de la vigencia del referido Decreto 2535, adviene ineficaz, por carecer los funcionarios judiciales que la adelantaron de competencia para hacerlo.

No obstante esta inconsistencia de carácter técnico, considera la Corte oportuno señalar, como lo ha hecho en otras oportunidades, que el artículo 89 del citado Decreto 2535 de 1993, no tiene los alcances derogatorios que el censor pretende otorgarle, puesto que la propia norma hace la salvedad en el sentido que su aplicación no excluye la responsabilidad penal. También ha sido dicho que la ley de facultades a cuyo amparo fue expedido el referido Decreto, no autorizaba al ejecutivo para introducir modificaciones a la regulación penal vigente, no pudiendo ser entendido por consiguiente que lo hubiera hecho.

Sobre este particular, dijo específicamente la Corte en providencia de 14 de septiembre de 1994, con ponencia del Magistrado doctor Ricardo Calvete Rangel:

"Lo que se reglamenta en el artículo 89 del Decreto 2535 es una serie de conductas que denomina 'contravención' y que dan lugar al decomiso

de armas, municiones, explosivos y sus accesorios, pero en aquellos casos en que el comportamiento está previsto como punible por la legislación penal, expresamente señala que es 'sin perjuicio de las sanciones penales a que hubiere lugar'.

"Esta previsión la observa en los literales a), e), f), g), y m), del mencionado artículo 89, de manera que es claro que en ningún momento quiso el ejecutivo reformar la regulación penal existente en esta materia, y legalmente no podría haberlo hecho, pues el Decreto fue expedido en ejercicio de las facultades extraordinarias conferidas en el artículo 1° de la ley 61 de 1993, y ninguno de esos literales tiene ese alcance".

No solo, entonces, por razones de orden técnico, sino porque el planteamiento presentado por el demandante resulta infundado, se impone la desestimación de la censura.

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:

NO CASAR la sentencia impugnada.

Devuélvase al Tribunal de origen. Cúmplase.

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

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

MINISTERIO PUBLICO/ CASACION

Es bien sabido que la tarea del Ministerio Público dentro del trámite de la casación, no se encuentra limitada a emitir concepto sobre las pretensiones que se formulen en la demanda, sino que, al tenor de los dispuesto en el artículo 228 del C. de P.P., podrá sugerir a la Corte la invalidación del fallo cuando advierta la existencia de violaciones ostensibles de las garantías judiciales de los sujetos procesales o desconocimiento del debido proceso, pudiendo, por lo tanto, plantear posiciones jurídicas en ese sentido, pero sin que le sea permitido complementar o enmendar el libelo objeto del concepto, ni formular sus propios cargos, pues se estaría atribuyendo la calidad de impugnante de la que carece y desnaturalizando la razón de ser del traslado.

Proceso No. 11253

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal

Magistrado Ponente Dr. *Jorge Córdoba Poveda*

Aprobado Acta N° 26

Santafé de Bogotá, D.C., veinticinco (25) de febrero de mil novecientos noventa y nueve (1999).

VISTOS

Procede la Sala a resolver el recurso de casación interpuesto por el defensor de Abaslón Aldana Granados contra la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Neiva, el 26 de mayo de 1995, por medio de la cual, al confirmar integralmente la del Juzgado Octavo Penal del Circuito de la misma ciudad, condenó al citado procesado a las penas principales de 2 años y 6 meses de prisión, multa de $1.250 y suspensión en el ejercicio de la profesión de médico por el término de 30 meses y a la accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas por el mismo lapso de la pena corporal, como autor de los delitos de homicidio culposo y aborto. Así mismo, se le concedió el subrogado penal de la condena de ejecución condicional.

Hechos

Fueron sintetizados así por el Tribunal:

"El viernes 15 de diciembre de 1989, Olga Calderón Rojas, quien a la sazón contaba con veintiún años de edad, al terminar la jornada laboral, a eso de las seis de la tarde, en la Notaría Primera de la ciudad en la cual prestaba sus servicios, se dirigió en compañía de algunos compañeros de trabajo, y de Francy Helena Bermeo, con quien compartía un apartamento, a un restaurante, en donde a excepción de la misma Calderón Rojas consumieron algunos alimentos, pues ésta adujo que esa noche iba a ser intervenida quirúrgicamente.

"En esa reunión Olga Calderón obtuvo de sus compañeros de labores un dinero en calidad de préstamo, que adujo necesitar para cancelar el depósito que se le exigía para la operación. Alrededor de las siete de la noche abandonaron todos ellos el restaurante, y Olga Calderón fue en compañía de Francy Helena Bermeo hasta el centro de salud de la Cruz Roja Colombiana en busca del médico Absalón Aldana Granados, donde estaba en turno. Allí las dos mujeres esperaron al galeno por espacio de dos horas, y quien las trasladó en su vehículo al Centro Médico del Sur Ltda. Una vez en él, el médico les dijo que volvía luego de que visitara a su padre que estaba enfermo. Aldana Granados regresó y realizó un procedimiento quirúrgico, que según él se limitó a un legrado obstétrico, dejando a la paciente 'bien', pero ésta, conforme se anotara en la misma historia clínica del Centro Médico del Sur, 'continúa sangrando y en malas condiciones generales'. Enterado el doctor Aldana Granados de ello, vuelve a la clínica, le aplica infructuosamente medicamentos y le realizó otro legrado, y la lleva personalmente, alrededor de las dos de la madrugada de ese sábado siguiente, a urgencias del Hospital General de la ciudad".

"En el Hospital se hacen los esfuerzos posibles para detener la profusa hemorragia vaginal, llegándose como último recurso a la histerectomía (extracción del útero), pero muere a las 5:30 a.m. de ese domingo siguiente".

Actuación Procesal

Practicado el levantamiento del cadáver y luego de unas diligencias preliminares, el Juzgado 27 de Instrucción Criminal, mediante auto del 18 de febrero de 1991, declaró formalmente abierta la investigación.

El médico Absalón Aldana fue escuchado en diligencia de indagatoria, pero no se le resolvió la situación jurídica.

La instrucción se cerró el 7 de mayo de 1992 y la Unidad de Fiscalías Delegada ante el Tribunal Superior de Neiva, que ya conocía del diligenciamiento, calificó el mérito del sumario con resolución de acusa-

ción por los delitos de homicidio culposo y aborto, el 10 de marzo de 1994. En el mismo proveído le fue resuelta la situación jurídica a Aldana Granados con medida de aseguramiento de detención preventiva, concediéndole la libertad provisional.

La etapa del juicio la tramitó el Juzgado Octavo Penal del Circuito de la misma ciudad que, luego de dar cumplimiento a lo reglado en el artículo 446 del Código de Procedimiento Penal, celebró la diligencia de audiencia pública y dictó, el 9 de febrero de 1995, la sentencia de primera instancia, condenando al procesado a las penas principales de 2 años y 6 meses de prisión, multa de $1.250 y suspensión en el ejercicio de la profesión de médico por el término de 30 meses y a la accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas por el mismo lapso de la pena corporal, como autor de los delitos de homicidio culposo y aborto. Así mismo, se le concedió el subrogado penal de la condena de ejecución condicional.

De igual manera fue condenado a pagar, a favor de los padres de la occisa, la suma de $21.060.000 como perjuicios materiales y el equivalente a 1.000 gramos oro por razón de los morales.

Apelado el fallo por el defensor del procesado, el Tribunal Superior de Neiva, al desatar el recurso interpuesto, concluyó con su confirmación integral, mediante providencia del 26 de mayo de 1995.

La Demanda de Casación

El defensor del procesado, basado en la causal primera de casación prevista en el artículo 368 del Código de Procedimiento Civil, presenta dos cargos contra la sentencia, cuyos argumentos se sintetizan de la siguiente manera:

Cargo primero:

Al amparo de la causal primera de casación, acusa al fallador "de haber violado una norma de carácter sustancial, toda vez que en el fallo recurrido se ordena realizar un pago de daños y perjuicios a los presuntos padres de la víctima por el solo hecho de serlo, olvidándose que es necesario, de conformidad con el artículo 2341 del Código Civil, establecer plenamente esa relación causal, entre el hecho y el perjuicio, lo que ni siquiera se menciona en el fallo, ya que por el contrario, lo que está demostrado es que la occisa no vivía con sus padres, ni dependía de ellos, ni tampoco los sostenía".

Manifiesta que el sentenciador aplicó indebidamente los artículos 2341 y 2342 de la misma obra "porque se dió por hecho sin prueba alguna, que el doctor Aldana produjo un daño a los presuntos padres, y que éstos por el solo hecho de serlo, pueden adquirir la calidad de beneficiarios".

Asevera que igualmente se quebrantó el art. 174 del C. de Procedimiento Civil, pues la decisión judicial se dictó sin que estuviera fundada

en prueba que demostrara que con la muerte de la occisa resultaron perjudicados sus padres.

Asegura que en el proceso no aparece tampoco demostrada la calidad de padres, "ni siquiera con prueba testimonial sería".

Finaliza reiterando que el fallador desconoció el contenido del artículo 105 del Decreto 1260 de 1970, "que habla de la calidad que se predica en la sentencia condenatoria, e indudablemente al producirse una sentencia sin la correspondiente demostración jurídica del perjudicado, se está quebrantando también el artículo 174 del Código de Procedimiento Civil, como que se fundó sin que existiera prueba de la calidad del perjudicado. Y también se quebrantó el artículo 179 *ibidem*, que autorizaba al juez para practicar oficiosamente las pruebas que hubieren llenado ese vacío".

Cargo segundo:

Con apoyo en la misma causal de la ley procesal civil, acusa al fallador de haber vulnerado indirectamente "una concreta disposición de derecho sustancial que hace alusión al debido proceso".

Manifiesta que en la prueba pericial ordenada y realizada en la etapa del juicio, "se cometieron sendas irregularidades que afectan claramente su validez, no sólo porque se efectuó sin el lleno de los requisitos establecidos en la ley, sino porque además, y pese a ello, se le dió el tratamiento de una prueba debidamente aportada al proceso".

Luego de transcribir el artículo 237 del Código de Procedimiento Civil, afirma que no "basta, entonces, tal como lo hizo el perito nombrado para este caso, esgrimir una serie de apreciaciones surgidas de la nada, sin establecerse el método utilizado para llegar a ellas, sin indicarse el procedimiento que permitió su logro, sin citarse los exámenes, experimentos e investigaciones efectuados, y sin señalarse los fundamentos que sirvieron de base para su emisión".

Con ello, dice, el perito contradijo el espíritu de la experticia, pues ésta no puede tener como sustento "las meras elucubraciones de su creador, porque de ser así, estaríamos en últimas recepcionando un simple testimonio sobre un punto concreto".

Asevera que una vez que el funcionario judicial recibió el peritaje, debió proceder conforme lo dispone el numeral 1° del artículo 270 del Código de Procedimiento Penal, que transcribe.

Posteriormente, copia los artículos 241 del Código de Procedimiento Civil y 273 del Código de Procedimiento Penal.

Asegura que el multicitado dictamen se sustenta sobre unas tablas de "convenciones, sobre las cuales no sabemos su fuente, ni tampoco la sustentación del análisis que se debió hacer para llegar a las conclusiones allí plasmadas", ya que no resulta lógico que se realice una "esperan-

za media de vida o vida probable de supervivencia que pudo tener la occisa, sin establecer concretamente los instrumentos y fuentes utilizados para determinarla, y usándola a pesar de ello, para hacer un cómputo significativo del valor presunto de la renta futura".

Igualmente arguye que la citada prueba no se ciñó al mandato del Juez, "en el sentido de tener en cuenta, verbigracia, la estimación de gastos que se ocasionaron a la víctima con motivo de la atención hospitalaria".

Lo anterior, a su juicio, constituye un error de derecho al admitirse un medio de prueba irregularmente incorporado al proceso "y en el otorgamiento de su pleno valor probatorio sin verificarse las formalidades propias para su aducción".

Luego de citar las normas anteriormente enunciadas y de hacer un breve comentario, solicita a la Corte "casar la sentencia en la parte correspondiente a la condena e indemnización de daños y perjuicios y en su lugar absolver al sindicado".

CONCEPTO DEL PROCURADOR PRIMERO DELEGADO EN LO PENAL

Primer cargo:

Respecto al primer reproche, conceptúa el agente del Ministerio Público que el casacionista incurre en fallas técnicas, "ya que si bien invoca la causal primera de casación contenida en el artículo 368 del C. de Procedimiento Civil, su acusación no apunta a determinar si se trata de violación directa o indirecta, si se ha incurrido en error de hecho o de derecho, ni el sentido del error".

No obstante lo anterior, advierte que el fallo debe casarse oficiosamente, por las siguientes razones:

Luego de citar los artículos 103 del Código Penal, 44 y 55 del Código de Procedimiento Penal y 1494 y 2341 del Código Civil, y de hacer unos breves comentarios, asevera "que en Colombia no todo delito acarrea responsabilidad civil, pues, la originan aquellos que ocasionan daños materiales y morales, esto es, que produzca un daño concreto o específico en un patrimonio o derecho ajeno individual o colectivo, aunque no necesariamente económico, puesto que el daño también puede ser moral".

Dice que lo que aquí se discute son los perjuicios materiales ocasionados con las infracciones, que en lo que respecta al daño emergente por la muerte de alguien "puede ser reconocido a aquellas personas que atendieron el pago de clínicas, hospitales, médicos, gastos funerarios etc, que para el caso de Olga Calderón fueron sus padres".

En cuanto al lucro cesante lo constituyen las sumas dejadas de percibir como consecuencia de la muerte, "pero para que éstos sean reconocidos, es necesario que la víctima proporcionara ayuda, ventaja o beneficio económico a quien se dice perjudicado".

Acota que si bien está demostrado con prueba testimonial el vínculo existente entre la occisa y sus padres, no aparece ningún elemento de juicio sobre la ayuda económica que aquella les prestara, "más bien, todas las pruebas testimoniales allegadas al proceso coinciden en afirmar que Olga Calderón no vivía en la casa de sus padres...", emergiendo entre ellas la declaración de la madre de la víctima, según la cual hacía unos 6 meses se había ido de su casa, por cuanto quería vivir independientemente, "era soltera y lo que ganaba era para sus gastos personales y en algo colaboraba con la casa, lo que equivale a decir que no se demostraron ni siquiera con prueba testimonial, los perjuicios económicos dentro del lucro cesante".

Por lo anterior, solicita a la Sala casar parcialmente y de oficio la sentencia impugnada, en lo que tiene que ver con la condena en perjuicios materiales, "por violación al debido proceso", imponiéndose la nulidad parcial del fallo.

Cargo Segundo

Es enfático en afirmar que no le asiste razón al recurrente, ya que el dictamen "tiene las características de motivación que se requieren para este tipo de pruebas y para ello se vislumbra fácilmente que el perito se basó en la tabla de supervivencia que se utiliza para obtener los perjuicios materiales y morales en materia civil y luego de hacer el cómputo de manera detallada de conformidad con la tabla de convenciones que allí se señala se tuvo en cuenta: la renta mínima del año fallecido o próximo al fallecimiento, la vida probable de supervivencia o esperanza media de vida, edad de la occisa y el valor presunto de la renta futura, luego de lo cual, obtuvo el total de dichos perjuicios, es decir, las conclusiones".

Sobre el valor probatorio del dictamen, conceptúa que el juez tiene facultad de fijarlo, al tenor de la sana crítica y al observar que éste cumplía los requisitos legales, lo puso en conocimiento de las partes, las cuales guardaron silencio, sin formular ninguna objeción.

Concluye que de aceptarse los argumentos del recurrente, se estaría rindiendo culto a lo simplemente formal "y el derecho formulario no es garantía procesal alguna".

En consecuencia, solicita desestimar el cargo.

Consideraciones de la Corte

Cargo primero:

El libelista, al amparo de la causal primera de casación civil, acusa al fallador de haber vulnerado la ley sustancial, por aplicación indebida de los artículos 2341 y 2342 del Código Civil, en razón a que en la sentencia se ordenó el pago de perjuicios materiales a favor del los padres de la

víctima, por el simple hecho de serlo, sin que en el proceso exista prueba que demuestre que éstos sufrieron algún menoscabo económico como consecuencia de los delitos cometidos, pues no se estableció que la occisa los sostuviera o les prestara alguna ayuda económica.

Como quiera que en esta censura se cuestiona únicamente lo relacionado con los perjuicios materiales decretados en la sentencia, es necesario, ante todo, precisar si al impugnante le asiste o no interés, al tenor de lo dispuesto por el artículo 221 del C. de P.P.

Tal interés se concreta en el agravio que la providencia atacada le causa sin que baste, cuando se trata de la cuantía, que el fallo le sea perjudicial, sino que es necesario que tenga un determinado valor, el que se halla previamente fijado en la ley, por cual deberá confrontarse, en cada caso concreto, con la pretensión económica del recurrente.

Ahora bien, en el bienio comprendido entre el 1° de enero de 1994 y el 31 de diciembre de 1995 (época de la sentencia), la cuantía exigible para recurrir era de $27.440.000, y no de 10'000.000, como lo cree el libelista, al tenor de lo dispuesto por los artículos 366, inciso 1° del C. de Procedimiento Civil (modificado por el Decreto 2282/89), y 2° y 3° del Decreto 522 de 1988, que resulta muy superior a su pretensión, pues la condena en perjuicios materiales, por los cuales reclama, fue de $21.060.000, careciendo, en consecuencia, de interés.

Es necesario aclararle que la cuantía de $10'000.000, inicialmente fijada en la ley, debe aumentarse en un 40%, cada dos años, desde el primero de enero de 1990, al tenor de los preceptos antes citados.

Finalmente, en lo atinente a la nulidad parcial, relacionada con el pago de los perjuicios materiales, solicitada por el Procurador Delegado, por violación de la garantía del debido proceso, al haberse condenado por ellos al acusado, a favor de los padres de la víctima, sin que se hubiera demostrado que ésta los ayudaba económicamente, la Sala no encuentra que se haya cometido ninguna irregularidad sustancial que desconozca las bases fundamentales de la instrucción o el juzgamiento, ni ello se infiere de su discurso, apareciendo que lo que plantea y pide es que se case el fallo por un error *in iudicando*, a saber, de hecho por suposición de la prueba, para lo cual no está facultado, el que equivocadamente presenta como vicio *in procedendo*.

En efecto, es bien sabido que la tarea del Ministerio Público dentro del trámite de la casación, no se encuentra limitada a emitir concepto sobre las pretensiones que se formulen en la demanda, sino que, al tenor de los dispuesto en el artículo 228 del C. de P.P., podrá sugerir a la Corte la invalidación del fallo cuando advierta la existencia de violaciones ostensibles de las garantías judiciales de los sujetos procesales o desconocimiento del debido proceso, pudiendo, por lo tanto, plantear posiciones jurídi-

cas en ese sentido, pero sin que le sea permitido complementar o enmendar el libelo objeto del concepto, ni formular sus propios cargos, pues se estaría atribuyendo la calidad de impugnante de la que carece y desnaturalizando la razón de ser del traslado.

El cargo se desestima.

Segundo cargo:

Amparado igualmente bajo la causal primera de casación civil, acusa al fallador de haber vulnerado indirectamente la ley sustancial, por error de derecho, por cuanto que en el peritaje ordenado en el juicio, en el cual se tasaron los perjuicios ocasionados por las infracciones, "se cometieron irregularidades que afectan claramente su validez", no obstante lo cual se le dio el tratamiento de una prueba debidamente aducida.

Como quiera que este reproche hace referencia también, exclusivamente, a la indemnización de perjuicios decretados en la sentencia, estima la Sala que, conforme a lo estatuido por el artículo 221 del C. de Procedimiento Penal, aquí sí tiene interés el casacionista, puesto que lo pretendido es la absolución del procesado con relación a ellos, tanto de los materiales como de los morales. Así, si comparamos el valor de la cuantía que, por ese entonces, determinaba el interés, esto es, $27'440.000, con el valor de la condena en perjuicios materiales ($21.060.000) más el valor de la condena a mil gramos oro por los morales ($11'277.750), concluiremos que la pretensión supera ampliamente tal suma.

Sin embargo, la censura no está destinada a prosperar, pues no le asiste la razón al impugnante.

En efecto, aunque denuncia un error *in iudicando*, de manera ilógica afirma que se desconoció el debido proceso, lo cual no sólo implica vulneración del principio de autonomía de las causales, sino que redunda en falta de claridad y precisión en la fundamentación del reproche. Además, en el desarrollo del mismo confunde el error de derecho por falso juicio de convicción con el de legalidad, cuando sostiene que a la pericia se le dió "su pleno valor probatorio sin verificarse las formalidades propias para su aducción", sin percatarse que en el primero se acepta la existencia jurídica de la prueba, cuestionando, solamente, el desconocimiento de las normas que tarifan su fuerza persuasiva, en tanto que en el segundo se niega tal existencia

Por lo demás, la prueba pericial no está sometida en cuanto a su estimación al método de la tarifa legal sino al de la sana crítica, por lo cual no se puede atacar en casación la credibilidad que le otorgó el sentenciador.

Por otra parte, no es cierto que el dictamen sea jurídicamente inexistente por infracción de las normas que condicionan su validez, ya que, como lo conceptúa el Procurador Delegado, éstas se cumplieron en lo fundamental.

Así, fue ordenado mediante auto fechado el 7 de septiembre de 1994, en el que se aclaró que el perito, "en el desempeño de la labor encomendada, tendrá en cuenta la naturaleza de los hechos, la ocupación de la extinta al momento de fallecer, la supresión productiva y los gastos sufragados con motivo de la atención médica que se prodigó, teniendo en cuenta el material probatorio que al respecto obra en el proceso, debiéndosele facilitar el cuaderno de copias del expediente para su estudio".

Así mismo, se cumplieron los requisitos de publicidad y contradicción, pues rendida la experticia, se dió a los sujetos procesales la oportunidad de conocerla y discutirla, ya que el señor Juez Octavo Penal del Circuito, mediante providencia del 4 de octubre siguiente, que se notificó personalmente al Ministerio Público, al Fiscal y al defensor, dispuso correr traslado de la misma por el término de 5 días, sin que ninguno hubiera solicitado aclaración, ampliación o adición, o la hubiera objetado en ese lapso o posteriormente.

Además, sin que sea un modelo de claridad, precisión y profundidad, cumple con las exigencias básicas de fundamentación, ya que, como lo reconoce el agente del Ministerio Público, el perito se basó en la tabla de supervivencia que se utiliza para esa clase de cálculos y tuvo en cuenta la renta mínima del año de fallecimiento, la esperanza media de vida y la edad de la víctima, lo cual le permitió calcular el valor de los perjuicios, a manera de conclusión, sin que se pueda, por ende, aseverar que, simplemente, se mencionan las conclusiones.

El cargo se desestima.

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

RESUELVE:

NO CASAR la sentencia recurrida.

Devuélvase al Tribunal de origen.

Cúmplase.

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

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

DEFENSA TECNICA/ CASACION-No recurrente

1. Para la Corte ha sido y sigue siendo claro que la defensa técnica, como derecho que el procesado tiene de ser asistido permanentemente por un abogado que lo asesore y represente en el proceso, y que en términos de equilibrio e idoneidad pueda enfrentar al órgano represivo, debe ser ejercitado de manera real, continua y unitaria, de suerte que logre material y efectiva realización en el proceso, siendo el funcionario judicial el llamado a garantizar su ejercicio.

Plurales son los pronunciamientos de la Sala en este sentido, donde además ha sido dicho que la protección de este derecho constituye presupuesto esencial de validez en la relación adversarial que a través del proceso penal se constituye, y que su vulneración se erige en motivo de invalidación de lo actuado.

También ha sostenido que una tal situación puede llegar a presentarse cuando el abogado designado para atender la defensa omite cumplir con los deberes que el cargo le impone, pero que no es la ausencia objetiva de actos positivos de gestión, sino el real abandono del compromiso adquirido, lo que vicia de nulidad la actuación por este motivo, siendo obligación del demandante en casación acreditar su existencia.

Lo anterior, por cuanto no es posible dejar de tomar en cuenta que el defensor, en el cumplimiento de su labor, puede ejercer de manera amplia el derecho de contradicción mediante una activa controversia conceptual o probatoria, u optar por un silencio expectante dentro de los límites de la racionalidad, como estrategia defensiva, susceptible de ser determinada a través de actos procesales que permitan inequívocamente establecerla, sin que por tal motivo pueda afirmarse inexistencia de tutela profesional.

Ya ha sido dicho que la ausencia de actos positivos de gestión en el ejercicio de la defensa técnica, no necesariamente implica menosprecio de la función encomendada, puesto que el silencio, dentro de los límites de la racionalidad, es también una forma de estrategia defenstva, no menos efectiva que una entusiasta postura

controversial. Lo realmente importante es que el proceso ofrezca elementos de juicio que permitan objetivamente establecer que su inactividad estuvo determinada por una maniobra defensiva, no por abandono de sus obligaciones procesales.

2. La Sala no puede, sin desbordar los marcos propios de su limitada competencia funcional, arrogarse la facultad de estudiar la actuación procesal de quienes no interpusieron el recurso, o habiéndolo interpuesto, les fue declarado desierto o improcedente por cualquier motivo, pues su condición de no recurrente excluye, en principio, la posibilidad de introducir cualquier modificación de su situación jurídica en sede extraordinaria.

Una tal variación, ha sido dicho por la Corte, solo es viable cuando adviene como consecuencia necesaria de la decisión que se tome en la sentencia en relación con el procesado recurrente, bien sea de oficio o por virtud de la demanda, en cuyo caso, por disposición legal, la competencia de la Corte se amplía para hacer extensivos los efectos del fallo a los no impugnantes (Cfr. Casación de sept.4/96. Magistrado Ponente Dr. Arboleda Ripoll).

Proceso No. 9998

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casacion Penal

Aprobado acta No.26

Magistrado Ponente Dr. *Fernando E. Arboleda Ripoll*

Santa Fe de Bogotá, D. C., veinticinco de febrero de mil novecientos noventa y nueve.

Resuelve la Corte el recurso extraordinario de casación interpuesto contra la sentencia de 5 de julio de 1994, mediante la cual el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Fe de Bogotá condenó a los procesados César Augusto Espinosa Solano, Hélmer Astudillo García y Alberto Pardo Rueda, a las penas aflictivas de 58, 56 y 36 meses de prisión, respectivamente, como autores responsables de plurales delitos de estafa y falsedad de particular en documento público los primeros, y de varios delitos de estafa el último.

HECHOS Y ACTUACIÓN PROCESAL

En el primer semestre del año de 1990, César Augusto Espinosa Solano, comisionista en compra y venta de vehículos, tramitó y obtuvo del departamento de crédito de la empresa "FINANZAUTO S.A." de esta ciudad, un préstamo a nombre suyo por valor de $1'680.000.oo para la adquisición de vehículo, y cuatro más con igual propósito, por valores diferentes, a nombre de Luz Marina Segura Ordóñez, José Ignacio Astudillo

Astaiza, Leonicio Astudillo García, y Jorge Armando Castro Díaz, respectivamente, en cuyas negociaciones se hizo aparecer como supuesta vendedora de los vehículos a la empresa concesionaria "Llanera de Automotores S. A." (LLANAUTOS), de la cual era Coordinador de Operaciones Alberto Pardo Rueda.

Entre la documentación aportada para la obtención de los créditos, se cuentan sendos pagarés signados por los mutuarios y sus codeudores, con reconocimiento de firmas ante Notario (fls.9, 59, 83, 102-1 y 134-2); e igual número de facturas proforma suscritas por Alberto Pardo Rueda (fl. 58, 82, 101 y 146-1), donde se incluían las características de los vehículos objeto de la venta y su precio.

En razón al incumplimiento en el pago de las cuotas mensuales pactadas, funcionarios de Finanzauto adelantaron las correspondientes averiguaciones, estableciendo que la firma de José Francisco Ruiz Rodríguez, quien se hacía aparecer como codeudor en el primero de los citados préstamos, había sido falsificada, y quienes ostentaban la condición de beneficiarios en los restantes casos, no habían gestionado créditos en dicha empresa.

También determinaron que los vehículos objeto de las supuestas negociaciones nunca estuvieron exhibidos en las vitrinas de la empresa concesionaria "Llanautos S. A", y que las personas que se hacían aparecer como directos responsables de los créditos, eran familiares de Hélmer Astudillo García, socio de César Augusto Espinosa Solano.

La investigación penal se encargaría de establecer posteriormente que las autenticaciones y reconocimientos de firmas ante Notario, eran también falsas, al igual que buena parte de la información suministrada para la obtención de los créditos.

Por estos hechos, el funcionario instructor vinculó al proceso mediante indagatoria a Alberto Pardo Rueda y Helmer Astudillo García (fls.282 y 308-1), y por declaración de persona ausente a César Augusto Espinosa Solano (fls.384-1).

Cerrada la investigación, la Fiscalía la calificó el 26 de febrero de 1993 con resolución de acusación contra César Augusto Espinosa Solano y Helmer Astudillo García, por los delitos de falsedad de particular en documento público agravada por el uso, y estafa, cada uno en concurso homogéneo; y, respecto de Alberto Pardo Rueda, por el segundo de los referidos ilícitos, también en concurso homogéneo (fls.474-1).

Rituada la causa, el Juzgado Cincuenta y Cinco Penal del Circuito de Santa Fe de Bogotá condenó a los procesados Espinosa Solano, Astudillo García y Pardo Rueda a las penas principales de 58, 56 y 36 meses de prisión, respectivamente, y multa de $300.000.oo cada uno, y la accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas por un tiempo igual a

la pena privativa de la libertad, al declararlos responsables de los delitos imputados en la resolución de acusación. Finalmente, concedió a Pardo Rueda el subrogado penal de la condena de ejecución condicional (fls.402-2).

Apelado este fallo por el defensor del procesado Helmer Astudillo García, el Tribunal Superior de Bogotá, mediante el suyo de 5 de julio de 1994, que ahora recurre en casación el defensor de Alberto Pardo Rueda, lo confirmó en los aspectos objeto del recurso.

La Demanda

Con fundamento en la causal tercer de casación, el demandante acusa la sentencia impugnada de haber sido dictada en un juicio viciado de nulidad, por ausencia de defensa técnica.

En desarrollo del cargo, transcribe doctrina de la Corte sobre el punto, para sostener, con fundamento en ella, que su representado Pardo Rueda no contó con atención profesional durante buena parte de la actuación sumarial, puesto que el abogado encargado de su asistencia no se preocupó de encauzar la investigación, ni sugirió pruebas en orden a presentar una situación distinta de la que revelaba el proceso.

Precisa que Pardo Rueda fue vinculado mediante indagatoria el 5 de marzo de 1991, y llamado a responder en juicio casi dos años después, el 26 de febrero de 1993, sin que su defensor, durante ese tiempo, hubiera presentado escrito alguno en aras de precaver sus derechos sustanciales y procesales.

Una tal situación, no puede ser entendida como estrategia defensiva, puesto que en este caso el defensor no solo dejó de asistir a las diligencias, sino que no interpuso recursos, ni solicitó pruebas, ni copias de los folios procesales. Su efectiva presencia en el proceso vino a materializarse el 16 de marzo de 1993, cuando solicitó la modificación de la medida de aseguramiento, pero omitió sustentar el recurso interpuesto.

El 22 de octubre siguiente, el Juzgado designó a la doctora María Teresa Moreno Rodríguez su apoderada de oficio, quien cumplió con su deber en la audiencia pública, pero sin que hubiera podido solicitar pruebas, puesto que para la fecha en que fue designada ya había precluido el término para hacerlo.

En estas condiciones, fácil es advertir que quien atendió en un comienzo los intereses de Pardo Rueda dejó su suerte al libre albedrío; permitió que el proceso siguiera su trámite de manera impávida; y, no participó activamente en el debate, pues además de no haber solicitado pruebas que hubieran podido ser fundamentales, dejó de controvertir en el momento de su práctica la prueba testimonial que lo incriminaba.

Qué importante hubiese sido la presentación de alegatos precalificatorios; la sustentación de los recursos de reposición y apelación interpuestos contra la resolución acusatoria; o haber solicitado pruebas en el juicio; pero esta última oportunidad también se perdió por la inercia del abogado.

Pide, en consecuencia, casar el fallo impugnado, y decretar la nulidad de lo actuación procesal a partir de la indagatoria de Pardo Rueda (fls.37-3).

ALEGATO APRECIATORIO

El representante de la parte civil asegura que la defensa técnica puede ser ejercitado en el acto de la indagatoria cuando el indagado es un "técnico o experto" en la materia sobre la cual ha de versar el interrogatorio, como ocurrió en el caso *sub judice* con el procesado, y que en tales condiciones no es posible afirmar su vulneración.

Cuestión diferente es que el funcionario judicial haya dejado de practicar pruebas en favor de Pardo Rueda, pero el proceso contiene todos los medios probatorios posibles de haber sido incorporadas, y si el procesado no se defendió de otra manera, fue por la contundencia incriminatoria de los mismos (fls.55-3).

CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

El Procurador Tercero Delegado en lo Penal inicia su concepto refiriéndose al contenido y alcance de las nuevas disposiciones constitucionales sobre el derecho a la defensa técnica, frente a la consagrada en la constitución anterior, para sostener que bajo los nuevos preceptos, la defensa técnica adquiere igual importancia en las distintas etapas del proceso, y una mayor cobertura, en tanto que no es suficiente el cumplimiento de las ritualidades que tienden a garantizar la asistencia letrada de un procesado, sino que se exige el real ejercicio de las facultades y actividades dirigidas a la protección de este derecho, según ha tenido oportunidad de precisarlo la propia Corte en jurisprudencia de 9 de mayo de 1995, cuyos apartes pertinentes transcribe.

Una primera conclusión que se derive de este pronunciamiento, es que ya no es el formalismo de la designación de un abogado el que determina la existencia de defensa técnica, sino su real participación en la práctica de las pruebas y su contradicción, lo que impone reconocer la debida protección del derecho constitucional. *Contrario sensu*, en aquellos casos en que el defensor -nombrado y posesionado- abandona el cumplimiento de sus obligaciones, resulta imperioso afirmar la violación de esta garantía fundamental, aún a pesar de la apariencia de su protección.

Este nuevo concepto irriga todo el ordenamiento penal y cobija todas aquellas situaciones no definidas, sin que puedan ser afectadas las decisiones tomadas al amparo de la antigua constitucionalidad, y que se cum

plieron con respeto a los parámetros de entendimiento de los preceptos constitucionales correspondientes.

Analizado el caso concreto, se observa que Alberto Pardo Rueda, dentro de la indagatoria rendida el 5 de marzo de 1991, nombró como su apoderado de confianza al doctor Guillermo Rodríguez, quien, a pesar de la condición adquirida, no intervino en las tareas investigativas, ni presentó alegatos de conclusión, limitándose a tomar posesión del cargo, sin ocuparse del asunto que reclamaba su atención.

En ausencia suya se adelantaron no solo las pruebas que hasta el momento procesal de su vinculación habían sido evacuadas, sino otras de no menor importancia, tales como el aporte de varios documentos, la indagatoria de Helmer Astudillo García, inspecciones judiciales y algunas declaraciones de testigos.

La investigación se declaró cerrada el 13 de febrero de 1992. Esta decisión fue notificada de manera personal al apoderado de la parte civil y al representante del Ministerio Público, y por estado a los demás sujetos procesales, habiendo presentado alegaciones únicamente el primero. A partir de entonces solo aparece un auto dando respuesta a una solicitud de otra autoridad, y con fecha 26 de febrero de 1993 la calificación del sumario.

De manera diligente, el defensor del acusado acudió a notificarse de la resolución acusatoria, luego de lo cual presentó recurso de reposición contra la decisión atinente a la cuantía de la caución impuesta a Pardo Rueda, anunciando apelación subsidiaria, para desaparecer de nuevo de la esfera procesal, no volviéndose a saber de su suerte hasta el 21 de septiembre de 1993, cuando secretaría dejó constancia de su fallecimiento un mes atrás.

Característica de esta actuación procesal es, entonces, la total inactividad del defensor, no como estrategia defensiva, sino como muestra de abandono de la función, constituyéndose esta circunstancia en motivo invalidante del proceso, pues si bien es cierto el abogado elevó una petición, esto no puede ser considerado como ejercicio de la defensa técnica. A tal punto llegó la desatención, que no se preocupó de establecer la suerte de esta petición.

Reafirma la desidia del defensor, el haber dejado vencer, sin actuar, el término previsto en el artículo 446 del Código de Procedimiento Penal. Solo hasta el 22 de octubre siguiente el procesado fue provisto de una abogada de oficio, con quien tan solo se amplió la indagatoria y se desarrolló el debate público.

En estas condiciones, y atendiendo los criterios de la Corte sobre la falta de defensa técnica, se impone la anulación de lo actuado desde la vinculación al proceso del incriminado Alberto Pardo Rueda, por haber sido violada esta garantía fundamental.

Situación similar se presentó en relación con el procesado Augusto Espinosa. Su vinculación del proceso se cumplió mediante declaración de persona ausente el 21 de mayo de 1991, habiendo sido designada de oficio la doctora Ofelia Cecilia Dorado para que atendiera su defensa, quien, una vez posesionada, creyó haber cumplido su tarea, pues no se volvió a tener noticia de ella, y solo el 22 de octubre de 1993 vino a ser reemplazada, cuando ya había expirado el término probatorio, razón por la cual el nuevo defensor se limitó a intervenir en la audiencia pública.

Como puede verse, las particulares condiciones que acompañaron al procesado Pardo Rueda no le fueron extrañas a Augusto Espinosa, quien pese a su contumacia, goza igualmente de las garantías constitucionales. Por tanto, también en relación con él, se impone la nulidad del proceso a partir de su vinculación.

En los anotados términos, pide casar la sentencia impugnada.

SE CONSIDERA

Para la Corte ha sido y sigue siendo claro que la defensa técnica, como derecho que el procesado tiene de ser asistido permanentemente por un abogado que lo asesore y represente en el proceso, y que en términos de equilibrio e idoneidad pueda enfrentar al órgano represivo, debe ser ejercitado de manera real, continua y unitaria, de suerte que logre material y efectiva realización en el proceso, siendo el funcionario judicial el llamado a garantizar su ejercicio.

Plurales son los pronunciamientos de la Sala en este sentido, donde además ha sido dicho que la protección de este derecho constituye presupuesto esencial de validez en la relación adversarial que a través del proceso penal se constituye, y que su vulneración se erige en motivo de invalidación de lo actuado.

También ha sostenido que una tal situación puede llegar a presentarse cuando el abogado designado para atender la defensa omite cumplir con los deberes que el cargo le impone, pero que no es la ausencia objetiva de actos positivos de gestión, sino el real abandono del compromiso adquirido, lo que vicia de nulidad la actuación por este motivo, siendo obligación del demandante en casación acreditar su existencia.

Lo anterior, por cuanto no es posible dejar de tomar en cuenta que el defensor, en el cumplimiento de su labor, puede ejercer de manera amplia el derecho de contradicción mediante una activa controversia conceptual o probatoria, u optar por un silencio expectante dentro de los límites de la racionalidad, como estrategia defensiva, susceptible de ser determinada a través de actos procesales que permitan inequívocamente establecerla, sin que por tal motivo pueda afirmarse inexistencia de tutela profesional.

En el caso *sub judice*, la propuesta de ataque se funda en la consideración de que el procesado Alberto Pardo Rueda careció de defensa técnica durante la instrucción y buena parte del juzgamiento, ya que el abogado designado por él para representar sus intereses, dejó de participar activamente en el debate procesal, permitiendo que el proceso siguiera su norte sin pedir pruebas, presentar alegaciones, interponer recursos, ni solicitar siquiera copias de la actuación. Solo después de proferida la resolución de acusación hizo presencia efectiva en el proceso, para interponer unos recursos que luego no sustentó.

El examen de la actuación procesal indica que la investigación la inició el Juzgado Treinta de Instrucción Criminal, el 9 de noviembre de 1990, con fundamento en la denuncia penal formulada por el doctor Luis Castañeda Salamanca, abogado de "Finanzauto S.A", contra César Augusto Espinosa Solano (fls.4, 20, 179-1).

En los días siguientes, el instructor se ocupó de incorporar al proceso los documentos que soportaban los préstamos solicitados por Espinosa Solano, y de oír en declaración juramentada a los funcionarios de "Finanzauto S. A", que estuvieron a cargo del estudio y aprobación de los créditos (fls.30, 186, 191, 206).

También escuchó en declaración juramentada a Alberto Pardo Rueda, en su condición de Coordinador de Operaciones de "Llanera de Automotores S. A." (LLANAUTOS), y signatario de las facturas proforma donde aparecían los datos y el valor de los vehículos objeto de financiación, diligencia que se llevó a cabo el 28 de noviembre de 1990 (fls. 58, 82, 101, 146, 213-1).

En ella, Pardo Rueda aceptó haber suscrito las facturas proforma que sirvieron para soportar los préstamos de Luz Marina Segura Ordóñez, José Ignacio Astudillo Astaiza, Leonicio Astudillo García y Jorge Armando Castro Díaz, y haber recibido el cheque No.3545421 por valor de $3'600.000.oo, correspondiente al préstamo de Astudillo Astaiza, tal como aparece en el documento obrante a folios 78-1, aclarando que de inmediato hizo entrega del mismo a Espinosa Solano. Las facturas las expidió no con el fin de negociar vehículos que estuvieran en su poder, sino porque Espinosa Solano, conocido suyo de negocios, le pidió el favor de facilitárselas para la obtención de unos créditos que ya tenía aprobados (fls.213-1).

No obstante estas explicaciones, el instructor consideró necesaria su vinculación al proceso mediante indagatoria, decisión que tomó en auto de enero 30 de 1991, cobijando con la misma medida a Helmer Astudillo García, y ordenando la captura de Espinosa Solano, en razón a sus reiterados desacatos a los requerimientos del juzgado para que compareciera voluntariamente a rendir descargos (fls. 247 1).

La indagatoria de Pardo Rueda se llevó a cabo el 5 de marzo siguiente, y en ella el imputado designó como su defensor al doctor Guillermo Rodrí-

guez Bohórquez, para que lo asistiera en el trámite del proceso. En el desarrollo de esta diligencia, Pardo Rueda mantuvo lo dicho en su versión inicial (fls. 282 -1).

Después de esta diligencia y hasta antes del 13 de febrero de 1992, fecha en la cual fue clausurado el ciclo investigativo (fls.456), el funcionario instructor escuchó en indagatoria a Helmer Astudillo García (fls.308); declaró persona ausente a César Augusto Espinosa Solano (fls.348, 384 - 1); oyó en declaración a Luz Marina Segura Ordóñez, Lilian Astudillo García, José Ignacio Astudillo Astaiza, y Leonicio Astudillo García (esposa, papá y hermanos, respectivamente, de Helmer Astudillo García), los últimos residentes en la ciudad de Popayán, donde se tomaron los testimonios (fls. 386, 447, 448, 449-1); y practicó dos inspecciones judiciales, una en las oficinas de "FINANZAUTO S.A", con el propósito de obtener información sobre el estado de las obligaciones contraídas a través de la documentación investigada (fls.359-1), y otra a la Notaría 17 del Círculo de Bogotá, con el fin de establecer la autenticidad de los reconocimientos de firmas y de contenido que presentaban los pagarés (fls. 354-1).

Durante este intervalo, y la actuación procesal subsiguiente, relativa a los traslados para la presentación de alegatos precalificatorios, ciertamente el defensor de Pardo Rueda no presentó petición alguna, pero una vez dictada la resolución acusatoria, se notificó personalmente de ella (fls.498-1), e impugnó la medida de aseguramiento de caución prendaria impuesta a su defendido en la misma providencia, para que le fuera sustituida por juratoria (fls.500-1).

Respecto de esta impugnación ha de precisarse que su rechazo no obedeció a la falta de sustentación, como lo sostiene el demandante. La razón expuesta por el Fiscal acusador para desestimarla, estuvo en la consideración de no haber sido propuesta contra la resolución acusatoria, sino contra una decisión distinta de ella, aunque adoptada en la misma providencia, situación que habría determinado la ejecutoria de la primera y, por ende, la pérdida de competencia para decidir sobre la última, como puede verificarse del estudio de su contenido (fls.503 1).

Iniciada la fase del juicio, el Juzgado 55 Penal del Circuito, mediante providencia de 28 de abril de 1993, ordenó correr traslado a las partes para la preparación de la audiencia pública, y dispuso de oficio la práctica de varias pruebas. De este pronunciamiento se notificó personalmente el doctor Rodríguez Bohórquez, defensor de Pardo Rueda (fls.3 y 11 vto.-2).

Vencido el término de traslado, el Juzgado ordenó seguir adelante con el juicio, tras rechazar las pruebas solicitadas por el apoderado de Helmer Astudillo García, en cuanto estaban referidas a situaciones ya establecidas en el proceso, cuando no a medios ya oficiosamente ordenados (fls.18, 22-2).

En el desarrollo del periodo probatorio, se presentó el fallecimiento del doctor Rodríguez Bohórquez, según constancia de 21 de septiembre de 1993, dejada por la Secretaría del Despacho. Por tal motivo, el Juzgado, por auto de 23 de los mismos mes y año, dispuso requerir al procesado Pardo Rueda para que nombrara nuevo defensor, advirtiéndole que de no hacerlo le designaría uno de oficio (fls.209, 211 y 212-2). Transcurrido un término prudencial sin obtener respuesta, fue designada como su defensora la doctora María Teresa Moreno Rodríguez, quien de inmediato tomó posesión del cargo (fls.253 y 255-2).

Durante los días siguientes, el juzgado practicó la mayor parte de la prueba testimonial ordenada de oficio, y escuchó en ampliación de indagatoria a Pardo Rueda, quien estuvo asistido de su nueva defensora (fls.320 -2). Además de intervenir en esta diligencia, la referida profesional estuvo pendiente del trámite probatorio (fls. 313 y vto), compareció a las varias sesiones en que se desarrolló la vista pública, participó activamente en ella y, proferido el fallo de primera instancia, se notificó personalmente del mismo (fls.293, 313 y vto., 344, 356, 369, 380, 455 vto-2).

Dentro del término de ejecutoria de esta decisión, Pardo Rueda interpuso recurso de apelación en su contra y otorgó poder al doctor Diego Corredor Beltrán para que asumiera su defensa, quien de inmediato sustituyó en el hoy recurrente, doctor Luis Ignacio Lyons España. También interpuso recurso de apelación el defensor de Astudillo García (ff. 468, 471, 472-2).

El trámite de la primera instancia culminó con la concesión del recurso interpuesto por este último, y la declaratoria de deserción del propuesto directamente por Pardo Rueda, por no haber sido sustentado en tiempo (fls. 490, 535-2).

Desde una perspectiva puramente formal, resulta entonces claro que el procesado Alberto Pardo Rueda contó con asistencia técnica durante todo el proceso, en cuanto que estuvo representado por un abogado desde el momento mismo en que fue vinculado mediante indagatoria, hasta la expiración de las instancias, situación que es reconocida tanto por el Procurador Delegado como por el demandante.

Desde el punto de vista de su ejercicio material, es de precisarse que si bien es cierto en algunos pasajes del acontecer procesal los abogados encargados de defender los intereses de Pardo Rueda no solicitaron pruebas, ni hicieron uso del derecho de contradicción, no por ello puede decirse que hayan abandonado la gestión encomendada, dejando al procesado desprovisto de defensa profesional.

Ya ha sido dicho que la ausencia de actos positivos de gestión en el ejercicio de la defensa técnica, no necesariamente implica menosprecio de la función encomendada, puesto que el silencio, dentro de los límites

de la racionalidad, es también una forma de estrategia defensiva, no menos efectiva que una entusiasta postura controversial. Lo realmente importante es que el proceso ofrezca elementos de juicio que permitan objetivamente establecer que su inactividad estuvo determinada por una maniobra defensiva, no por abandono de sus obligaciones procesales.

En cuanto dice relación con el comportamiento asumido por el doctor Guillermo Rodríguez Bohórquez, ha de precisarse que la circunstancia de no haber hecho presencia en la fase final de la investigación sumarial, mediante una activa controversia probatoria, no es conclusiva de que hubiera desatendido la gestión encomendada.

De una parte, porque en la etapa procesal subsiguiente se presentaron actuaciones suyas que infirman esta apreciación, como haberse notificado personalmente de la resolución acusatoria y del auto de apertura a pruebas, y haber solicitado a través de los recursos de reposición y apelación la sustitución de la medida de aseguramiento. De otra, porque no puede pretenderse que el defensor asuma una posición inconsecuente con la realidad probatoria, o asista a la práctica de pruebas que ninguna trascendencia podrían llegar a tener para los intereses que representa.

Del examen de la actividad procesal cumplida después de la indagatoria de Pardo Rueda, claramente se advierte que las pruebas testimoniales practicadas, además de haberlo sido en la ciudad de Popayán, no reportaban interés alguno para su defensa por estar referidas a la conducta de los otros procesados, situación que por igual resulta predicable de las inspecciones judiciales, y es claro que en la indagatoria de Astudillo García no podía estar presente.

Esto explica razonablemente su no intervención en las referidas diligencias, y permite afirmar, que no por haber dejado de asistir a su práctica, resulta posible sostener la tesis de la vulneración del derecho de defensa por abandono de la función de asistencia, sobre todo si se toma en cuenta que después de haber sido proferida la resolución acusatoria, hizo presencia procesal, a través de las actuaciones ya precisadas.

Su pasiva actitud como estrategia defensiva, que no como elemento indicativo de dejación o irresponsable indiferencia, surge inequívocamente de su silencio frente a la resolución acusatoria, para en cambio solicitar la sustitución de la medida de aseguramiento, pues una tal actitud es muestra fehaciente de que aceptaba la acusación, y estimaba no oportuno el ejercicio del derecho a impugnarla.

Otro elemento de juicio que permite afirmar su actitud de expectación frente al proceso, lo constituye la notificación personal del auto de apertura a prueba, y su posterior silencio, puesto que permite afirmar que no fue por descuido o desentendimiento que dejó de presentar memorial de petición de pruebas, sino porque consideró innecesario o inconveniente hacerlo.

Además, ha de tenerse presente que el juzgador ordenó oficiosamente la práctica de pruebas antes de la iniciación del traslado a los sujetos procesales para que presentaran solicitudes en ese sentido, mediante decisión que por su contenido exhaustivo agotó cualquier posibilidad de iniciativa probatoria por los sujetos intervinientes, situación que determinó que la mayoría de ellos guardaran silencio. De esto da cuenta el Fiscal Delegado, quien en memorial dirigido al Juez, sostuvo: "habida consideración de que de manera diligente, el Despacho a su cargo de manera oficiosa proveyó rigurosamente sobre las pruebas a practicar en la etapa de la causa, a ellos nos adherimos, y nos abstenemos de hacer uso del derecho de que trata el artículo 446 del C. P.P." (fls.20-2).

Aunque el ataque está fundamentalmente referido a la actitud procesal asumida por el doctor Rodríguez Bohórquez, ha de precisarse que la doctora María Teresa Moreno Rodríguez, quien le sucedió en el cargo, además de haber estado al tanto del trámite procesal, asistió a su representado en ampliación de indagatoria, e intervino activamente en la audiencia pública. De suerte que, por razón de su actitud, tampoco es posible afirmar que el procesado Pardo Rueda haya estado privado de defensa técnica.

Las argumentaciones del casacionista en el sentido de cuán importante hubiese sido para el procesado que su defensor hubiera presentado alegatos, impugnado la resolución acusatoria, o pedido pruebas en el juicio, no dejan de ser apreciaciones personales sobre la forma como este profesional habría asumido la defensa de haber sido el apoderado del sindicado, que para nada inciden en la validez de la actuación procesal.

Tanto es así, que ni siquiera especifica las pruebas cuya práctica debió haber solicitado el defensor, y que de haber sido recaudadas habrían determinado una decisión distinta de la adoptada en el fallo, favorable a su representado, pues cuando alude este concreto aspecto se limita a destacar, a manera de ejemplo, la importancia de haber averiguado sobre las operaciones anteriores de Pardo Rueda y Espinosa Solano con Finanzauto, sin hacer mas precisiones al respecto.

El cargo no prospera.

CASACIÓN OFICIOSA

En su concepto, el Procurador Tercero Delegado solicita a la Corte hacer extensiva la declaratoria de nulidad parcial del proceso a la actuación cumplida en relación con el procesado no recurrente César Augusto Espinosa Solano, por violación del derecho de defensa, pues sostiene que la abogada encargada de su asistencia técnica omitió, al igual que en el caso anterior, cumplir el compromiso adquirido.

En punto a este planteamiento, es de precisarse que la situación de los procesados no recurrentes solo puede ser modificada por la Corte por

virtud del principio de aplicación extensiva consagrado en el artículo 243 del estatuto procesal, que presupone la prosperidad de la censura, y la proyección de sus efectos jurídicos sobre la situación de quienes no ostentan la condición de recurrentes, presupuestos que no se cumplen en el caso objeto de estudio.

La Sala no puede, sin desbordar los marcos propios de su limitada competencia funcional, arrogarse la facultad de estudiar la actuación procesal de quienes no interpusieron el recurso, o habiéndolo interpuesto, les fue declarado desierto o improcedente por cualquier motivo, pues su condición de no recurrente excluye, en principio, la posibilidad de introducir cualquier modificación de su situación jurídica en sede extraordinaria.

Una tal variación, ha sido dicho por la Corte, solo es viable cuando adviene como consecuencia necesaria de la decisión que se tome en la sentencia en relación con el procesado recurrente, bien sea de oficio o por virtud de la demanda, en cuyo caso, por disposición legal, la competencia de la Corte se amplía para hacer extensivos los efectos del fallo a los no impugnantes (Cfr. Casación de sept.4/96. Magistrado Ponente Dr. Arboleda Ripoll).

Por las razones anotadas, la Sala se abstendrá de analizar la situación planteada por el Procurador Delegado en su concepto.

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:

NO CASAR la sentencia impugnada.

Devuélvase al tribunal de origen. Cúmplase.

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

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

TENTATIVA DE HOMICIDIO

La tentativa de homicidio puede presentarse aún sin que se lesione a la víctima, pues basta que con la intención de matar se ponga en peligro el interés jurídico protegido para que la figura se tipifique, ya que el fundamento de la punición de la tentativa no es el resultado que se produzca sino el peligro en que se ponga la vida del sujeto pasivo de la acción homicida.

Proceso No. 10647

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal

Magistrado Ponente Dr. *Ricardo Calvete Rangel*

Aprobado Acta No. 26

Santa Fe de Bogotá D.C., veinticinco de febrero de mil novecientos noventa y nueve.

Vistos

Procede la Sala a resolver sobre la demanda de casación presentada por el defensor del procesado Milton Alexánder Acosta Cortés, contra la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Santa Fe de Bogotá, confirmatoria de la dictada por el Juzgado Treinta y Dos Penal del Circuito de la misma ciudad, que condenó al aquí recurrente por el delito de homicidio en la modalidad de tentativa cometido en estado de ira e intenso dolor, con la modificación de rebajar la pena privativa de la libertad de ocho (8) años y cuatro (4) meses de prisión, a cuatro (4) años y dos (2) meses.

I. Hechos

Así los resumió el Tribunal:

"A eso de la una de la mañana del doce de diciembre de mil novecientos noventa y tres (1993), en el establecimiento denominado "Luna Llena", ubicado en la cercana población de Chía, se encontraban en sano esparcimiento y departiendo Aldo Zahir Martínez Pérez, Adriana Murcia

Romero y Martha Janeth Saray Romero, cuando llegó Milton Alexánder Acosta Cortés, novio de ésta y al verla que estaba bailando con Aldo, le reclamó a la vez que empujaba a su pareja, por lo que los dos hombres se liaron a golpes, desenfundando el procesado un arma de fuego que accionó e hizo blanco en el cuello de Aldo Zahir"

II. Actuación Procesal

La Fiscalía Noventa y Nueve de la Unidad Segunda de Vida de esta ciudad ordenó abrir la correspondiente investigación, vinculando mediante indagatoria al capturado Milton Alexánder Acosta Cortés, a quien le resolvió la situación jurídica con medida de aseguramiento de detención preventiva sin excarcelación.

Cerrada la investigación se calificó el mérito probatorio del sumario en providencia de abril 4 de 1994 con resolución de acusación contra el procesado por el delito de homicidio tentado y se compulsaron copias para que se le investigara por el posible delito de porte ilegal de arma de defensa personal.

Adelantada la etapa del juicio, en la audiencia pública la Fiscal solicitó la condena del procesado por el delito de homicidio en el grado de tentativa cometido en estado de ira e intenso dolor. En estos términos el Juez Treinta y Dos Penal del Circuito profirió sentencia condenatoria, fijando la pena principal en ocho (8) años y cuatro (4) meses de prisión, y la accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas por el mismo tiempo; también le impuso la obligación de pagar los perjuicios ocasionados con el delito. Al resolver el recurso de apelación interpuesto por el defensor, el Tribunal confirmó la condena con la modificación inicialmente anotada.

III. La Demanda

El casacionista invoca la causal prevista en el numeral primero (1) del artículo 220 del Código de Procedimiento Penal, la cual transcribe íntegramente.

Enuncia un "Primer cargo" que fundamenta en que la sentencia dictada por el Tribunal "está en desacuerdo con la realidad probatoria incurriéndose así en error de hecho respecto a la legítima defensa consagrada a través del art. 29 numeral 4 y 40 numeral 3 referentes a la legítima defensa como causal de justificación y el error como circunstancia de inculpabilidad..."

Luego de transcribir un aparte de la sentencia impugnada sostiene el demandante:

"Y para el caso que ocupa nuestra atención no puede menos que inferirse como se acepta por el honorable Tribunal que efectivamente y

con posterioridad a la traba de puños entre los hoy condenado y víctima, el señor Aldo Zahir Martínez asió una botella con miras a repeler o agredir al señor Milton Acosta. En ese momento se rompió la unidad entre la agresión inicial que pudo haberse generado por Acosta Cortés para convertirse este en agredido ya que cambió esa proporcionalidad inicial y el otro que inicialmente fuera agredido en agresor. A los ojos de Acosta Cortés el hecho de haber tomado una botella después de la traba de golpes no significaba cosa diferente a una intención de agredir en manera más contundente fuera que dicha agresión se presentara o no, situación que motivó su actuar fundado en una percepción errada de una presunta agresión o eximente putativa."

Termina diciendo que la circunstancia de que el hoy condenado no hubiera confesado el haber disparado, no exime del estudio y aceptación de la eximente de culpabilidad que "a través del acervo probatorio se ha demostrado su existencia y peor aún se ha reconocido en la sentencia del juzgador de primera como de segunda instancia".

En el "*segundo cargo*" expresa que los falladores de primera y segunda instancias incurrieron en error de hecho cuando infieren que la conducta constituye tentativa de homicidio y no lesiones personales, pues no existe en el expediente una declaración o prueba material que indique que el acusado obró con la intención de matar.

Los juzgadores infieren la intención de matar y no de lesionar, por el medio operado, (arma de fuego), la dirección (garganta), número o violencia de los golpes, (un impacto y una detonación), condiciones de tiempo espacio y lugar (taberna luna llena a 1.5. mts. aproximadamente de distancia entre uno y otro interviniente, y circunstancias conexas (la irascibilidad anterior motivada por los celos)", olvidando otros factores como "las manifestaciones del culpable y sus actividades anteriores al delito, las relaciones entre el autor del delito y la víctima, la causa para delinquir y la índole del culpable", aspectos que si se hubiesen tenido en cuenta se encontraría que entre el agresor y el agredido no existía ningún tipo de conocimiento que hiciera presumir ánimo negativo alguno, que se trataba de un hombre joven, trabajador y ajeno a cualquier problema legal, sin antecedentes y que nunca fue al establecimiento a buscar persona diferente a su novia. "Cómo entonces podemos presumir una intención de matar si ni siquiera se afectó desde el punto de vista físico parte vital del cuerpo humano?"

Se desconocieron los artículos 7 del Código penal y 445 del estatuto procesal, ya que se infiere una intención no manifiesta ni probada, "generando así una aplicación de tan conocida ANALOGIA IN MALAM PARTEM, mientras que a la vez se aplicaron los factores de duda en perjuicio de Miltón Alexánder Acosta Cortés y nunca en favor del mismo como lo preceptúa y ordena legislación procesal penal".

Ante las dos situaciones violatorias de normas de derecho sustancial, solicita que se case la sentencia recurrida, y se proceda a "modificar el estudio del aspecto intencional del caso que en la actualidad ocupa nuestra atención."

IV. Concepto del Ministerio Público

El Procurador Segundo Delegado en lo Penal sugiere a la Corte rechazar los cargos formulados por el defensor, y no casar la sentencia recurrida, por las siguientes razones:

La demanda se acerca más a un escrito propio de las instancias, pues con pleno desconocimiento de la técnica casacional se formulan dos cargos, sin precisar cuál es la forma de violación, la clase de yerro, su sentido, ni mucho menos las normas quebrantadas.

En lo que denomina *primer cargo*, el actor se explaya en una argumentación muy personal de lo que en su criterio ha debido ser la valoración probatoria, con el ánimo de demostrar que el procesado actuó en legítima defensa.

Con expresiones aisladas pretende demostrar el supuesto yerro "-no enunciado- pero al fin y al cabo, como no se sabe cuál es el contenido que ha querido darle al reproche, resulta tarea difícil entrar a suplir tan graves deficiencias de la demanda, ya que del contexto del ataque lo único que queda en claro es el afán del recurrente de sacar avante su personal punto de vista frente al de la sentencia, anteponiéndose a la doble presunción de acierto y legalidad que ampara los fallos judiciales. Por lo demás, el pretendido del casacionista es avocar a la Corte, so pretexto de una deficiente formulación de una censura, a que entre en una tercera labor evaluativa desconociendo de paso que dicha Corporación no cumple funciones de tercera instancia".

Si de ser laxos en el entendimiento de la demanda se pudiera colegir que lo que se ha querido proponer es un error de hecho por errada valoración probatoria, se estaría ante la imposibilidad de su estudio habida cuenta que no concreta sobre cuáles pruebas recayó el yerro, y "ni siquiera se ocupa de derrumbar por completo el supuesto probatorio en el que se erigió la sentencia de condena".

Se aparta el casacionista del concepto de la legítima defensa como causal de justificación del hecho, toda vez que aquella aparece como viable cuando el sujeto actúa ante una agresión, que tiene como característica el que sea injusta y actual, pero de nada de eso se ocupa el libelo. Transcribe las consideraciones del Tribunal al respecto.

b) En cuanto al *segundo cargo*, destaca el Procurador que olvida el actor que la intencionalidad del agente, como lo tiene precisado la doctrina y la jurisprudencia, precisamente se mide por ese tipo de circunstan-

cias externas en torno al desarrollo de los hechos, pues entendiendo como erradamente lo hace el censor, que si la herida no fue necesariamente mortal se debe descartar la intención homicida del procesado, sería desconocer que el delito de homicidio es de resultado, y por ello cuando se habla de tentativa resulta necesario examinar las circunstancias por las cuales el resultado querido por el agente al desplegar su acción, no se concretó pues tal y como se dijo en las sentencias, la calidad de la herida no es la que determina la intención del procesado, sino que esos mismos factores que critica el libelista, son los que permitieron al fallador, después de un análisis ponderado llegar a la conclusión que la intención fue la de matar.

Como este supuesto cargo padece de las mismas deficiencias resaltadas en el literal anterior, considera que imposible resulta adentrarse en cualquier estudio de fondo, pues como se desprende de la petición misma, el actor aspira a que se modifique el estudio del aspecto intencional del caso, siendo esa tarea la que ha debido acometer en la demostración del yerro que tampoco invocó lo que conduce a concluir que el cargo no fue demostrado.

V. Consideraciones de la Corte

1. Es sabido que el recurso extraordinario de casación es un medio de impugnación que debe reunir precisos y rigurosos requisitos en su proposición, sustentación y resolución. No se trata de una tercera instancia -como parece creerlo el demandante- sino que consiste en el examen técnico jurídico de la sentencia de segundo grado, para lo cual el impugnante debe expresar claramente los motivos de su inconformidad y sustentarlos a efecto de que la Corte pueda realizar el estudio de fondo, y de prosperar el reproche, proveer los correctivos del caso.

2. En la demanda en estudio el impugnante omite precisar si la violación de la ley sustancial que enuncia es por vía directa o indirecta, pues al referirse a la causal invocada transcribe en su totalidad el numeral primero del artículo 220 del Código de Procedimiento Penal.

En lo que denomina "*Fundamentos*" dice que formula dos cargos, y en ambos acusa al Tribunal de haber incurrido en "error de hecho", de donde podría pensarse que la vía escogida es la indirecta, pero no logró definir ni concretar su ataque, pues ni siquiera señala sobre cuáles pruebas recayó el yerro, lo que imposibilita por completo su estudio de fondo. No indica y mucho menos demuestra que el Tribunal ignorara una prueba existente en el proceso, o que la hubiera supuesto, (falso juicio de existencia), o tergiversado en su contenido objetivo poniéndola a decir lo que no dice, (falso juicio de identidad).

3. En el "*Primer Cargo*" el impugnante acusa la sentencia de que "está en desacuerdo con la realidad probatoria incurriéndose así en error de

hecho respecto a la legítima defensa consagrada a través del art. 29 numeral 4 y 40 numeral 3 referentes a la legítima defensa como causal de justificación y el error como circunstancia de inculpabilidad".

Esta transcripción del escrito de censura pone en evidencia su imprecisión, tan notoria y fundamental que no permite saber cuál es el error que se endilga al Tribunal, pues son afirmaciones generales que como con acierto dice el procurador, lo único que dejan en claro es el afán del recurrente de sacar avante su personal punto de vista frente al de la sentencia que está amparada por la doble presunción de acierto y legalidad. confrontación que no es de recibo en el recurso extraordinario.

Pasa por alto el libelista que quien demanda en casación tiene como carga procesal formular y sustentar un reproche que ponga en evidencia un error que vicie de ilegalidad la sentencia, y no es procedente limitarse a manifestar opiniones en abstracto.

4. En el "*Segundo cargo*" el actor incurre en una falla elemental, como lo es demandar el error en la denominación jurídica por la causal primera, pues reiterada y unánime ha sido la jurisprudencia en la que se explica que debe acudirse a la causal tercera, como quiera que hay que invalidar la actuación para que el proceso sea calificado nuevamente, y ahí sí dictar una sentencia que sea congruente con la resolución de acusación.

Pretender desvirtuar la conclusión de los sentenciadores de que la intención del procesado era matar y no lesionar, con el argumento de que lo que se afectó con el proyectil de arma de fuego "no es otra cosa que un músculo que rodea la parte de la garganta", y que aún en el evento de que el agredido "no hubiese tenido atención médica la lesión en manera alguna hubiera producido su deceso", es creer que la existencia de la tentativa depende exclusivamente de la gravedad de la lesión, lo cual es erróneo, pues son múltiples los factores externos que permiten inferir el verdadero propósito del sujeto activo, y en éste caso la sentencia los analiza correctamente.

Sobre este punto advirtió el Tribunal:

"La fase subjetiva en la tentativa está representada por el dolo, dirigido a la consumación del hecho punible. Por manera que para saber si la acción del sujeto agente entraña dolo de lesión (ánimus vulnerandi) o dolo homicida (ánimus necandi), es preciso apreciar el desarrollo de toda la conducta punible.

"Gilberto Gómez Pedraza, el único testigo presencial que refirió haber visto cuando el ofendido agarró una botella, aseveró también que Milton Alexánder por un breve tiempo estuvo apuntando a su víctima y al accionar el arma, el proyectil hizo impacto en el cuello de Aldo Zair Martínez Pérez.

"Lo anterior nos indica inequívocamente que el sentenciado lo que perseguía era la muerte de su víctima, puesto que apuntó el arma de fuego y la accionó hacia una región vital del organismo de Martínez Pérez, como lo es el cuello donde se encuentra la arteria carótida primitiva y la vena yugular interna y que si no obtuvo el resultado esperado, se debió a una circunstancia ajena a su voluntad, como fue el haber alcanzado Martha Saray a moverle el brazo en el momento que disparaba, por lo que solamente le interesó el cricoides y la tráquea".

La tentativa de homicidio puede presentarse aún sin que se lesione a la víctima, pues basta que con la intención de matar se ponga en peligro el interés jurídico protegido para que la figura se tipifique, ya que el fundamento de la punición de la tentativa no es el resultado que se produzca sino el peligro en que se ponga la vida del sujeto pasivo de la acción homicida.

La falta de precisión en la formulación de los cargos, y por ende la ausencia de demostración de algún yerro demandable en casación, confundiendo la sustentación del recurso con un alegato de instancia, así como la equivocación en la selección de la causal que debía invocar en la segunda censura, son razones suficientes para concluir que no prospera el libelo

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

RESUELVE:

NO CASAR la sentencia recurrida.

Cópiese, cúmplase y devuélvase al Tribunal de origen.

Jorge Aníbal Gómez Gallego, no firmó; *Ricardo Calvete Rangel*, *Jorge E. Córdoba Poveda*, no firmó; *Fernando E. Arboleda Ripoll*, *Alvaro Eslava Ayala*, Conjuez, no firmó; *Edgar Lombana Trujillo*, *Carlos E. Mejía Escobar*, *Dídimo Páez Velandia*, *Nilson Pinilla Pinilla*.

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

HOMICIDIO AGRAVADO/ ALTERNATIVIDAD PENAL-
Inaplicación/ LIBERTAD CONDICIONAL

La Sala en proveído de fecha 20 de enero de 1998, con ponencia de quien en este asunto cumple igual cometido, precisó que «Pudiera pensarse que 'las causales 2, 4, 5 y 8 del artículo 30 de la Ley 40 de 1993' que trae la Ley 415/97 como excepción se refieren tanto al homicidio agravado como a las lesiones personales agravadas, mas no es así por las siguientes breves razones:»

«a) La 'o' que utiliza el nuevo artículo 72 A del C. P. es disyuntiva y no copulativa, por cuanto el sentido de la expresión no es establecer una opción o alternativa, sino la de señalar un listado de hechos punibles según el bien jurídico tutelado, en este caso, el de la vida e integridad personal;».

«b) La evolución del proyecto presentado permite arribar a similar conclusión. En efecto: la iniciativa contemplaba el subrogado con las 2/3 partes de la pena para todos los delitos sin excepción alguna; ya en el Congreso el ponente elevó a las 3/5 partes el requisito objetivo, conservando la ausencia de excepción, lo que despertó gran resistencia por el beneficio que ello reportaba para los procesados por narcotráfico y enriquecimiento ilícito, delitos que, en consecuencia, aparecen como exceptuados en el pliego de modificaciones introducido al proyecto; como el debate continuara en la necesidad de exceptuar otro tipo de delincuencia, se propuso entonces los tipos penales contenidos en leyes especiales en un artículo, el 5º, del proyecto bajo el epígrafe de 'ámbito de aplicación': 'los delitos mencionados en la Ley 30 de 1986, Decreto Ley 2266 de 1991, Ley 40 de 1993, Ley 190 de 1995, Ley 360 de 1997 y Ley 365 de 1997 cometidos antes o después de su expedición', lo cual radicalizó el debate, para terminar en un preacuerdo sobre la base del siguiente contenido: 'art. 72 A. Con excepción de los delitos de: enriquecimiento ilícito; homicidio o lesiones personales agravadas por virtud de las causales 2, 4, 5 y 8 del artículo 30 de la Ley 40 de 1993'; un sector importante del Congreso no prohijó el proyecto porque consideró que 'el homicidio simplemente voluntario' y otras modalidades menores del mismo, debieran ser susceptibles del beneficio propuesto. Fue cuando se incluyó como excepción 'el homicidio agravado', conservándose la propuesta de incluir las lesiones perso-

nales agravadas únicamente por las causales mencionadas en la Ley 40, artículo 30, a las cuales remite el art. 339 del C.P.».

«c) Indudablemente que un mejor manejo gramatical en la técnica legislativa aconsejaba usar la conjunción 'y' en vez de la 'o', pero el no haberlo hecho en nada impide la correcta interpretación de la norma, la que, por lo demás, si hubiere estado en mente del legislador incluir dichas causales para el homicidio, hubiese dicho, por ejemplo: 'homicidio o lesiones personales agravados por...', con lo cual indiscutiblemente quedaba involucrado el homicidio solo en las causales mencionadas y no como quedó finalmente, respecto de todas sus causales».

Es claro entonces que frente al punible de homicidio agravado, cometido antes o después de la vigencia de la Ley 417 de 1997, para los efectos del subrogado penal de la libertad condicional, debe siempre mirarse bajo el imperio del artículo 72 del Código Penal.

Proceso No. 9795

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal

Magistrado Ponente Dr. Dídimo Páez Velandia

Aprobado Acta No. 028

Santa Fe de Bogotá D. C., dos (2) de marzo de mil novecientos noventa y nueve (1999).

El procesado José Hernando Giraldo Candamil, quien se halla detenido en el Centro de Reclusión Piloto para miembros de la Policía Nacional en Cali, solicita su libertad "condicional" conforme a lo previsto en el artículo 72 A del Código Penal (artículo 1° de la Ley 415 de 1997), es decir, por haber cumplido las tres quintas (3/5) partes de la sanción impuesta, ya que si bien es cierto cuando se le condenó por el delito de homicidio agravado la disposición estaba en vigencia, también lo es que la exclusión allí contemplada en su caso no opera, pues la Ley entró a regir con posterioridad al momento de ocurrencia de los hechos.

En consecuencia, estima que dando aplicación al principio de la favorabilidad en materia penal consagrado en la Carta Política, debe otorgársele el beneficio aludido.

Consideraciones de la Corte

Entendida la solicitud como de libertad provisional, se tiene que el Juzgado Veinte Penal del Circuito de Cali mediante sentencia del 6 de octubre de 1993, condenó a José Hernando Giraldo Candamil a la pena privativa

de la libertad de dieciséis (16) años de prisión, como coautor del delito de homicidio agravado, sanción que fuera confirmada por el Tribunal Superior de la misma ciudad el 21 de febrero de 1994, fallo que ahora es objeto del recurso extraordinario de casación.

El peticionario fue privado de su libertad el 25 de noviembre de 1992, es decir, a la fecha ha descontado efectivamente en reclusión seis (6) años, tres (3) meses y cinco (5) días. Por trabajo, en providencia de fecha 19 de diciembre de 1997 se le contabilizaron 13.281 por cuanto el certificado correspondiente al período comprendido entre los meses de enero y mayo (parcial) de 1993, excede en el máximo autorizado por la ley, ya que la actividad de "Artesanías", no es de aquellas que se cumplen incluso los domingos y días festivos, ni se acreditó que al peticionario se le hubiese otorgado tal prerrogativa por las autoridades carcelarias.

A las 13.281 horas deben adicionarse ahora 2.648 hasta el 15 de enero del corriente año para un total de 15.929, las que de conformidad con lo previsto en el artículo 82 de la Ley 65 de 1993, le representan una rebaja de dos (2) años, ocho (8) meses y veinticinco (25) días, que sumada al tiempo efectivo en reclusión, dan un acumulado de nueve (9) años, inferiores a las dos terceras (2/3) partes de la sanción impuesta en las sentencias de instancia que equivalen a diez (10) años y ocho (8) meses de prisión.

Frente a la creencia del procesado de hacerse acreedor a la libertad provisional con fundamento en el numeral 2° del artículo 55 de la Ley 81 de 1993, por estar presentes los requisitos del artículo 1° de la Ley 415 de 1997 (artículo 72 A del Código Penal), basta con precisarle que dicha preceptiva si bien es cierto introdujo algunas modificaciones al régimen del instituto de la "Libertad Condicional", también lo es que expresamente excepcionó su aplicación a quienes hubiesen incurrido en conductas como "homicidio agravado", los "cuales continuarán bajo el régimen del artículo 72 del Código Penal".

La Sala en proveído de fecha 20 de enero de 1998, con ponencia de quien en este asunto cumple igual cometido, precisó que "Pudiera pensarse que 'las causales 2, 4, 5 y 8 del artículo 30 de la Ley 40 de 1993' que trae la Ley 415/97 como excepción se refieren tanto al homicidio agravado como a las lesiones personales agravadas, mas no es así por las siguientes breves razones:"

" a) La 'o' que utiliza el nuevo artículo 72 A del C. P. es disyuntiva y no copulativa, por cuanto el sentido de la expresión no es establecer una opción o alternativa, sino la de señalar un listado de hechos punibles según el bien jurídico tutelado, en este caso, el de la vida e integridad personal: ".

" b) La evolución del proyecto presentado permite arribar a similar conclusión. En efecto: la iniciativa contemplaba el subrogado con las 2/3 partes de la pena para todos los delitos sin excepción alguna; ya en el Congre-

so el ponente elevó a las 3/5 partes el requisito objetivo, conservando la ausencia de excepción, lo que despertó gran resistencia por el beneficio que ello reportaba para los procesados por narcotráfico y enriquecimiento ilícito, delitos que, en consecuencia, aparecen como excepcionados en el pliego de modificaciones introducido al proyecto; como el debate continuara en la necesidad de excepcionar otro tipo de delincuencia, se propuso entonces los tipos penales contenidos en leyes especiales en un artículo, el 5°, del proyecto bajo el epígrafe de 'ámbito de aplicación': 'los delitos mencionados en la Ley 30 de 1986, Decreto Ley 2266 de 1991, Ley 40 de 1993, Ley 190 de 1995, Ley 360 de 1997 y Ley 365 de 1997 cometidos antes o después de su expedición.', lo cual radicalizó el debate, para terminar en un preacuerdo sobre la base del siguiente contenido: 'art. 72 A. Con excepción de los delitos de: enriquecimiento ilícito; homicidio o lesiones personales agravadas por virtud de las causales 2, 4, 5 y 8 del artículo 30 de la Ley 40 de 1993'; un sector importante del Congreso no prohijó el proyecto porque consideró que 'el homicidio simplemente voluntario' y otras modalidades menores del mismo, debieran ser susceptibles del beneficio propuesto. Fue cuando se incluyó como excepción 'el homicidio agravado', conservándose la propuesta de incluir las lesiones personales agravadas únicamente por las causales mencionadas en la Ley 40, artículo 30, a las cuales remite el art. 339 del C.P.".

"c) Indudablemente que un mejor manejo gramatical en la técnica legislativa aconsejaba usar la conjunción 'y' en vez de la 'o', pero el no haberlo hecho en nada impide la correcta interpretación de la norma, la que, por lo demás, si hubiere estado en mente del legislador incluir dichas causales para el homicidio, hubiese dicho, por ejemplo: 'homicidio o lesiones personales agravados por...', con lo cual indiscutiblemente quedaba involucrado el homicidio solo en las causales mencionadas y no como quedó finalmente, respecto de todas sus causales".

Es claro entonces que frente al punible de homicidio agravado, cometido antes o después de la vigencia de la Ley 417 de 1997, para los efectos del subrogado penal de la libertad condicional, debe siempre mirarse bajo el imperio del artículo 72 del Código Penal, sin que resulte válida la apreciación del libelista en la que apoya su pretensión liberatoria, reclamando una presunta favorabilidad que no se presenta en este caso.

En consecuencia se negará la libertad demandada.

En mérito de lo expuesto la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, NIEGA al procesado José Hernando Giraldo Candamil la libertad provisional solicitada, por las razones consignadas en la parte motiva.

Notifíquese y cúmplase.

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

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

EXTRADICION-
Proceso en Colombia

El artículo 538 del Código de Procedimiento Penal establece que la Corporación debe fundar su concepto en la validez formal de la documentación presentada: en la demostración plena de la identidad del solicitado; en el principio de la doble incriminación; en la equivalencia de la providencia proferida en el extranjero; y, cuando fuere el caso, en el cumplimiento de lo previsto en los tratados públicos.

El proceso 34.123 que adelanta la Fiscalía de Colombia se originó en la documentación enviada por la República Checa para el trámite de extradición, de manera que en resolución que dispuso la captura de (...) se anotó: «Teniendo en cuenta que de la documentación allegada por el Ministerio de Relaciones Exteriores se desprende la posible existencia de hechos punibles perpetrados en territorio colombiano, este Despacho remitirá copia de la documentación con destino a la Dirección Regional de Fiscalías de esta ciudad, para los fines de su competencia.».

En estas condiciones no se da la hipótesis prevista en el artículo 565 del Código de Procedimiento Penal, porque al momento de solicitarse la extradición el ciudadano pedido no estaba siendo investigado en Colombia, y como ya lo ha señalado la Corte en otras oportunidades, la disposición no puede ser entendida en el sentido de que si después de oficializada la solicitud del Estado requirente se inicia instrucción en nuestro país, no hay lugar a la extradición, pues eso la convertiría en una manera de burlar las pretensiones de los Estados solicitantes.

Proceso No. 14765

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal

Magistrado Ponente: Dr. *Ricardo Calvete Rangel*

Aprobado Acta No. 26 febrero 25/99

Santa Fe de Bogotá, D.C., marzo dos de mil novecientos noventa y nueve.

VISTOS

Procede la sala a emitir concepto sobre la solicitud de extradición formulada por el Gobierno de la República Checa a través de su Embajada en Colombia, en la cual requiere a Vaclav Novotny Urban, ciudadano con nacionalidad de ese país y además colombiano por adopción, con base en la documentación enviada a la Corte por la Oficina Jurídica del Ministerio de Justicia y del Derecho.

ANTECEDENTES

1. El Gobierno de la República Checa a través de su Embajada en nuestro país, mediante nota verbal 3258/97/M del 19 de enero de 1998, en concordancia con las notas verbales 227/98/ge, 240/98/ge, y 279/98/er, del 25 de junio, 14 de julio, y 28 de julio de 1998, formalizó la solicitud de extradición del ciudadano Checo y colombiano por adopción Vaclav Novotny Urban, anexando los documentos necesarios con sus respectivas traducciones al idioma castellano, los que se allegaron por conducto del Ministerio de Relaciones Exteriores.

El Fiscal General de la Nación, mediante Resolución del 1° de junio de 1998 ordenó la captura con fines de extradición del señor Vaclav Novotny Urban, quien fue aprehendido por funcionarios del Departamento Administrativo de Seguridad DAS.

En la actuación el solicitado en extradición estuvo asistido por el abogado que designó, quien agotado el período probatorio presentó el alegato correspondiente.

Documentos Allegados

Para formalizar el trámite de extradición se trajeron los siguientes documentos, habiéndose hecho previamente la traducción necesaria, los cuales se aportaron con la legalización respectiva ante el Ministerio de Relaciones Exteriores:

1. Las notas verbales 3258/97/M, 227/98/ge, 240/98/ge 279/98/er del 19 de enero, 25 de junio, 14 de julio y 28 de julio de 1998, a través de las cuales la Embajada de la República Checa hace conocer la petición de extradición.

2. Copia de la orden de arresto expedida por el Tribunal Distrital de Hradec Králové de la República Checa, de fecha 4 de noviembre de 1997.

3. Nota 1907/98 del 13 de mayo de 1998 de la Embajada Checa informando que en ésta República se le ha dictado "medida equivalente a la resolución de acusación" del Código de Procedimiento Penal Colombiano. Se hace saber igualmente que aquél es hijo de Joséf Novotny y Vilemina.

4. Un ejemplar de la gaceta oficial de la República Checa del 13 de agosto de 1992, que contiene algunas disposiciones penales relevantes en el presente caso.

5. Oficio OJ.E 033960 de julio 2 de 1998, procedente del Ministerio de Relaciones Exteriores en el que se comunica que no existe convenio aplicable entre las dos naciones.

6. Informe del DAS del 4 de junio de 1998 acerca del resultado del cotejo dactiloscópico que se efectuó con base en la tarjeta decadactilar de la cédula 19.479.678 expedida en Bogotá, y la misma tarjeta correspondiente a la cédula de extranjería 127.380, concluyéndose que las impresiones dactilares corresponden a la misma persona, esto es, el solicitado en extradición.

7. Oficio ODAI 004054 de julio 9 de 1998 procedente de la oficina de Asuntos Internacionales de la Fiscalía, en el que se informa que en el proceso 34.123 que se adelanta contra Vaclav Novotny Urban se le profirió medida de aseguramiento el día 6 del mismo mes y año, por violación al artículo 33 de la ley 30 de 1986, modificado por el artículo 17 de la ley 365 de 1997.

8. Copia de la notificación de la acusación al procesado que le hace el Juzgado Distrital en Hradec Králové de Praga, con fecha octubre 27 de 1997. Se le informa que está acusado de haber organizado con otros la importación, fabricación ilegal y tenencia de sustancias estupefacientes y sicotrópicas de acuerdo con las disposiciones 10, párrafo 1°, letra a) y la número 187, párrafos 1°, 3°, letra b) del Código Penal, en concordancia con el primer grupo del anexo 3 de la disposición de gobierno RSCh número 192/88/Rec. Imputación que se hace por hechos ocurridos en septiembre de 1997, cuando organizó el envío a ese país desde Santa Fe de Bogotá de cuatro mil quinientas (4.500) latas de café colombiano que contenían sesenta (60) kilogramos de cocaína por valor superior a los cien millones de coronas checas.

ALEGATO DEL DEFENSOR

Manifiesta que al expediente se trajo como equivalente a la resolución de acusación un documento traducido al español, expedido el 4 de noviembre de 1997 por el Presidente de la Sala en lo Penal Adjunta al Tribunal Distrital de Hradec Králové de la República Checa, denominado "ORDEN DE ARRESTO". Esa decisión judicial sólo puede equipararse conforme a las normas del Código de Procedimiento Penal Colombiano a una orden de captura, o cuando más a la resolución de detención preventiva. La providencia del Juez Checo carece de los elementos propios para ser considerada como equivalente a la resolución de acusación, conforme a las exigencias de los artículos 441 y 442 ibídem. De otra parte, en la actualidad la

Fiscalía Regional adelanta el sumario 34.123 por presunta infracción a la ley 30 de 1986, por envío o exportación de cocaína, el cual está por calificarse, estando pendiente de resolverse un recurso de apelación que busca la revocatoria de la medida de aseguramiento. La existencia de esta actuación constituye una razón para que el concepto de la Corporación deba ser negativo, en virtud del principio de la doble incriminación.

CONSIDERACIONES

1. No existiendo tratado de extradición entre Colombia y la República Checa, tal como lo manifiesta el Ministerio de Relaciones Exteriores en la comunicación de julio 2 de 1998, la petición debe decidirse de conformidad con las normas contenidas en el Capítulo III del Libro 5° del Estatuto Procesal Penal.

El artículo 538 del Código de Procedimiento Penal establece que la Corporación debe fundar su concepto en la validez formal de la documentación presentada; en la demostración plena de la identidad del solicitado; en el principio de la doble incriminación; en la equivalencia de la providencia proferida en el extranjero; y, cuando fuere el caso, en el cumplimiento de lo previsto en los tratados públicos.

2. Respecto de los documentos que se relacionan con la actuación judicial seguida en contra del Vaclav Novotny, específicamente en lo que concierne a la notificación de los cargos y la providencia del 4 de noviembre de 1997, así como de las normas penales imputadas a éste y vigentes en la República Checa, se observa que sus firmas fueron autenticadas ante el Cónsul de Colombia en Praga y posteriormente por el Jefe de Legalizaciones del Ministerio de Relaciones Exteriores. Además, la traducción al español de los citados documentos se realizó por un funcionario oficial experto en la materia, designado por el Ministerio de Justicia de la República Checa y suscrito por el Jefe de Legalizaciones de la misma República.

Teniendo en cuenta que la solicitud de extradición se hizo por vía diplomática, y que los trámites, expedición y traducción de los documentos se ajustan a las previsiones de ley, la Corte los estima formalmente válidos.

3. Acerca de la identificación de Vaclav Novotny Urban no existe discusión de ninguna naturaleza. Es la misma persona que ha sido solicitada en extradición, y que fue capturada por orden de la Fiscalía General de la Nación. Se trata de un ciudadano de nacionalidad de origen checa y colombiano por adopción, nacido el 23 de octubre de 1942 en Opocno, residente en esta capital, quien se identifica con la cédula 19.479.678 de Santa Fe de Bogotá y la cédula de extranjería 127.380.

4. El delito por el que se produjo la petición del Gobierno de la República Checa está tipificado como tal en la legislación colombiana en el artícu-

lo 33 de la Ley 30 de 1986, modificado por el artículo 17 de la ley 365 de 1997 y 38 ibídem, con pena que va de 12 a 20 años de prisión, cuando las cantidades de cocaína superan los cinco kilogramos. En consecuencia, los hechos imputados por la justicia Checa a Vaclav son punibles en Colombia con pena mínima de prisión superior a los cuatro años, por lo que se satisface el requisito establecido en el inciso primero del artículo 549 del Código de Procedimiento Penal.

5. El defensor considera que no se cumple el requisito relacionado con la equivalencia de la medida dictada en la República Checa con la resolución de acusación que consagra el estatuto procesal colombiano, pero el estudio de la documentación allegada permite obtener una conclusión diferente, a saber:

La exigencia se refiere a que en el país solicitante se hubiere dictado una medida equivalente a la resolución de acusación, es decir, que hubieren encontrado mérito para hacer comparecer al sindicado a juicio, sin que desde luego se pretenda que esa convocatoria debe reunir exactamente los mismos requisitos previstos en los artículos 441 y 442 del Código de Procedimiento Penal.

En el caso en estudio la orden de arresto es precisamente para que el solicitado comparezca a juicio, pues como se afirma en esa providencia, han encontrado mérito para imputarle "un delito relativo a la fabricación y tenencia ilícita de sustancias psicotónicas, estupefacientes y otros venenos", previsto en el Código Penal y sancionado con una pena de ocho a quince años de prisión. Como existen pruebas para practicar en el juicio, con la detención se quiere evitar que el acusado pueda interferir en ellas, y disipar los temores justificados de que continúe realizando actividades delictivas.

Esta conclusión encuentra pleno respaldo en la nota 1907/98, enviada por la Embajada de la República Checa, en la cual dice que la medida tomada dentro del procedimiento que se adelanta contra el ciudadano Vaclav Novotny es equivalente a la resolución de acusación del procedimiento penal colombiano.

Además, la "notificación de la acusación" expedida en Praga el 27 de octubre de 1997, contiene en forma precisa el señalamiento de la conducta por la cual debe responder en juicio, con indicación de las normas aplicables y de las garantías procesales a que tiene derecho, lo cual no deja ninguna duda de que el solicitado en extradición no es para que comparezca a una averiguación previa, sino a un juicio criminal.

6. El proceso 34.123 que adelanta la Fiscalía de Colombia se originó en la documentación enviada por la República Checa para el trámite de extradición, de manera que en resolución que dispuso la captura de Vaclav Novotny Urban se anotó: "Teniendo en cuenta que de la documentación

allegada por el Ministerio de Relaciones Exteriores se desprende la posible existencia de hechos punibles perpetrados en territorio colombiano, este Despacho remitirá copia de la documentación con destino a la Dirección Regional de Fiscalías de esta ciudad, para los fines de su competencia.".

En estas condiciones no se da la hipótesis prevista en el artículo 565 del Código de Procedimiento Penal, porque al momento de solicitarse la extradición el ciudadano pedido no estaba siendo investigado en Colombia, y como ya lo ha señalado la Corte en otras oportunidades, la disposición no puede ser entendida en el sentido de que si después de oficializada la solicitud del Estado requirente se inicia instrucción en nuestro país, no hay lugar a la extradición, pues eso la convertiría en una manera de burlar las pretensiones de los Estados solicitantes.

Así las cosas, en este punto tampoco le asiste razón al defensor, y estando cumplidos todos los aspectos que deben ser analizados por la Corporación, el concepto será favorable.

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

RESUELVE:

Primero. Conceptuar favorablemente respecto de la solicitud de extradición a la República Checa del ciudadano Vaclav Novotny Urban, por las razones consignadas en la parte motiva.

Segundo. Comunicar el concepto emitido al Fiscal General de la Nación.

Tercero. Regresar el expediente al Ministerio de Justicia.

Notifíquese y cúmplase

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

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

TERMINACION ANTICIPADA DEL PROCESO/ SENTENCIA ANTICIPADA/ ACCION DE REVISION

1.- Se trata en este caso de un proceso que terminó de modo prematuro por la ritualidad de la sentencia anticipada, lo que presupone la aceptación de la procesada de su responsabilidad penal frente a los cargos a ella imputados en el pliego enjuiciatorio conforme a las pruebas recaudadas durante la actuación, lo cual implica la imposibilidad de cuestionar posteriormente los aspectos que sirvieron de fundamento al fallo.

No obstante, ha de reiterar la Sala que «esta limitación no se extiende a la revisión, que como se sabe no es un recurso sino una acción, a través de la cual se puede intentar remover la condición de cosa juzgada a que ha hecho tránsito una decisión que se considera injusta, y es evidente que a las particulares circunstancias previstas en la ley como causales taxativas no escapan los fallos por el simple hecho de ser fruto de un acuerdo o del allanamiento del sindicado» (auto revisión dic. 18/96. M.P. Dr. Ricardo Calvete Rangel).

2.- Por tener la acción de revisión el carácter de instrumento extraordinario, con el cual se persigue remover los efectos de la cosa juzgada judicial, como ha sido insistentemente sostenido, la demanda a través de la cual se ejerce debe cumplir estrictamente los presupuestos de admisibilidad establecidos por el artículo 234 del Código de Procedimiento Penal, carga que de no cumplirse determina su rechazo.

En este sentido, el actor ha de seleccionar cuidadosamente la causal que pretenda aducir como apoyo de la pretensión, al igual que las pruebas en que se funde, y presentar una exposición racional en orden a demostrar el motivo escogido, de modo tal que los fundamentos de hecho y de derecho en que la solicitud se apoya queden exteriorizados nítidamente.

También ha sido destacado que si la pretensión se apoya en la tercera de las causales previstas por el artículo 232 del Código de Procedimiento Penal, esto es, por aparecer después de la sentencia condenatoria hechos o pruebas nuevas no conocidas durante la actuación, de los cuales se establezca la inocencia o inimputabilidad del procesado, es indispensable demostrar no solamente su posterior aparecimiento, sino, lo más im-

portante, cómo de haber sido oportunamente conocido por los falladores habría conducido a una decisión distinta y opuesta a la que hizo tránsito a cosa juzgada y cuya revisión persigue.

De no satisfacerse esto, ha de ser entendido que la pretensión apunta a continuar el debate de hechos, pruebas y argumentos ya considerados y definidos procesalmente, con desconocimiento de la razón de ser y finalidad de la acción de revisión.

Y que cuando la pretensión es apoyada en la quinta de las causales de revisión, resulta necesario aportar la copia de la sentencia ejecutoriada en la cual se declare la falsedad del medio probatorio en que se fundamentó el fallo objeto de la acción.

Proceso No. 15250

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal

Aprobado acta No. 28

Magistrado Ponente Dr. *Fernando E. Arboleda Ripoll*

Santa Fe de Bogotá, D.C., dos de marzo de mil novecientos noventa y nueve.

Se pronuncia la Corte sobre la admisibilidad formal de la demanda de revisión presentada por el defensor de la sentenciada María Helena Rodríguez Rodríguez.

ANTECEDENTES

Los hechos materia de investigación penal y juzgamiento, según la narración que de ellos hizo el Juzgador de Segunda Instancia, fueron los siguientes:

«La señora Mariela Castañeda de Cobos se asesoró de la abogada María Helena Rodríguez Rodríguez, amiga de infancia, para la venta del 50% de un predio que heredó, transacción que fue realizada finalmente, pero el producto de la misma ($ 10.400.000.00) lo recibió la abogada, consignándolo en una cuenta de ahorros a su nombre en vez de entregarlo a su real propietaria. Posteriormente, la señora Castañeda de Cobos decidió comprar una casa y puso en contacto a los vendedores con la ahora acusada, acordándose como precio del inmueble $ 6.000.000.00 suscribiéndose la escritura respectiva en la que aparece como compradora María Helena Rodríguez Rodríguez, constituyéndose, a su vez, como deudora del señor Rafael Antonio Díaz Rodríguez en la suma de $ 5.000.000.00, los cuales recibió en calidad de préstamo pagaderos en el término de seis meses, para lo cual dejó en garantía real el mismo inmueble, pero al no cancelar

la hipoteca ni los intereses, el acreedor inició el proceso ejecutivo respectivo, con el consiguiente embargo de la casa».

El asunto lo conoció la Fiscalía 52 Seccional de Zipaquirá (Cund.), autoridad que vinculó mediante indagatoria a la doctora Rodríguez Rodríguez, definió su situación jurídica con medida de aseguramiento de caución prendaria la cual posteriormente sustituyó por la de detención preventiva. Previa clausura del ciclo instructivo, calificó el mérito probatorio del sumario con resolución acusatoria contra la procesada por el delito de estafa agravado por la cuantía.

El trámite del juicio correspondió asumirlo al Juzgado Segundo Penal del Circuito, en donde, atendiendo la solicitud de sentencia anticipada presentada por la acusada, culminó la instancia condenándola a la pena principal de sesenta y seis meses y veinte días de prisión, la accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas por un período igual al de la sanción privativa de la libertad y la suspensión en el ejercicio profesional de abogado por el término de dos años, mediante fallo que el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cundinamarca modificó en el sentido de imponerle cuarenta (40) meses de prisión y multa en cuantía de doscientos mil pesos, como penas principales, y la accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas por el mismo término de la pena privativa de libertad, confirmándolo en sus restantes partes, al revisarlo en segunda instancia con ocasión del recurso de apelación interpuesto por el Procurador Judicial y el defensor de la acusada.

El fallo de segundo grado, adquirió ejecutoria en esa instancia, por no haber sido recurrido en casación.

La Demanda

Con apoyo en las causales tercera y quinta de revisión, el actor anuncia ser falso que mediante artificios la sentenciada hubiere engañado a la denunciante y que ésta no estuviera enterada de las negociaciones que aquella realizó, pues fue la misma señora Castañeda de Cobos quien sugirió que el inmueble adquirido quedara en cabeza de la señora Rodríguez Rodríguez por estar en curso un proceso de separación de bienes con su esposo Jairo Cobos en cuanto pretendía excluir de esa actuación el mencionado inmueble y evitar cancelar los honorarios pactados con el abogado encargado de su trámite.

La denunciante autorizó a la procesada para realizar las transacciones de venta, compra e hipoteca de los inmuebles relacionados en el proceso.

Contrario a lo sostenido en el fallo, la doctora María Helena Rodríguez Rodríguez no actuó en su condición de abogada sino como ejecutora de negocios de finca raíz, como tampoco es cierto que hubiere sido amiga de la

denunciante toda vez que con anterioridad a haberle encomendado la gestión no habían mantenido trato de ninguna índole.

La sentenciada no se apoderó de los dineros correspondientes a la venta del cincuenta por ciento del inmueble, puesto que este negocio no se efectuó de contado ni alcanzó para cubrir la totalidad del valor de la compra del otro bien, toda vez que a medida que los compradores del primer inmueble fueron cancelando el valor pactado se les fue pagando a los vendedores del segundo, y por el resto del precio acordado se constituyó una hipoteca previamente autorizada por la denunciante, quien además estuvo presente al momento de haberse solicitado el préstamo que se garantizó con hipoteca.

Por lo anterior, sostiene, no se cometió el delito de estafa por el que fue condenada su representada.

Además, afirma, el abogado que asistió a la procesada durante la actuación, no ejerció el derecho de defensa por cuanto no aportó ni pidió pruebas, ni controvirtió las allegadas, mientras que el apoderado de la denunciante con total libertad condujo el proceso en favor de su cliente.

Al referirse al fundamento fáctico de la pretensión contenida en la demanda, alude que con posterioridad al fallo de primer y segundo grado, apareció una fotocopia autenticada de la autorización escrita que la señora Castañeda de Cobos otorgó a la procesada para la venta del 50% del primer inmueble, la compra del segundo y la constitución de hipoteca sobre éste, lo que descarta el engaño.

Igualmente, dice, aparecieron «varias personas a quienes les consta todo lo relacionado con la nueva prueba, o sea la autorización concedida por la denunciante y por consiguiente la inexistencia del delito de estafa».

Y en cuanto concierne a la causal quinta de revisión que invoca, sostiene que «como pruebas para dictar la sentencia, se tuvieron en cuenta la afirmación de la denunciante, el testimonio del hijo de éste (sic) y la escritura pública de compra e hipoteca. Declaraciones falsas por cuanto existe una autorización para la realización de los actos que motivaron la condena. Tanto la denunciante como el testigo, falsamente afirmaron que no había autorización y que la denunciante había sido engañada».

Por lo anterior, «con base en la nueva prueba surgida y en el falso testimonio», solicita se declaren fundadas las causales de revisión que invoca y se ordene la revisión del proceso.

En el acápite sobre las pruebas «aportadas para demostrar los hechos base de la acción», menciona las copias del fallo de primera y segunda instancia, con certificación sobre su ejecutoria, la fotocopia autenticada «de la autorización conferida por la denunciante Mariela Castañeda de Cobos, a mi poderdante María Helena Rodríguez Rodríguez» y solicita se

reciban los testimonios de Gustavo Sarmiento Sánchez, Hender Jiménez Omaña, Guillermo Bernal y José Ignacio Rodríguez quienes declararán «sobre la existencia de la prueba documental aportada y sobre la verdad de los hechos que configuran el falso testimonio y la falsa denuncia que sirvieron de fundamento a la sentencia».

La autorización a que alude, es del siguiente contenido:

«Zipaquirá, Febrero 24 de 1991

Yo, Mariela Castañeda de Cobos, mayor de edad, vecina de Zipaquirá, identificada con la cédula de ciudadanía # 21.165.429 expedida en Zipaquirá, por medio del presente autorizo a María Helena Rodríguez Rodríguez, también mayor de edad, vecina de Zipaquirá, identificada con la cédula de ciudadanía # 21.163.765 expedida en Zipaquirá para que en mi nombre y representación ejecute las siguientes gestiones o mandatos:

1) Conseguir el cliente para venderle (los) el derecho que tengo en co mún y proindiviso con mi hermana Ana María Castañeda P (ilegible), en un lote de terreno junto con la edificación en él existente, ubicado en la carrera 10 #, Barrio La Esmeralda de la Jurisdicción Municipal de Zipaquirá.

2) Reciba el valor de la venta, maneje y administre los dineros de la misma, pague impuestos etc. etc.

3) Negocie y adquiera a su nombre otro inmueble o casa de habitación para mi uso.

4) Si fuere necesario en caso de no alcanzar el dinero para cubrir el valor de la compra y pago de impuestos y gastos, hipotecarlo o garantizar la deuda con el mismo o adquirir préstamo bancario.

5) Igualmente podrá retirar o descontar los dineros correspondientes a su comisión en el momento que lo estime conveniente y hacer los demás gastos necesarios en cumplimiento del presente mandato.

6) Le dará prelación especialmente al pago de los impuestos que se adeudan hasta obtener el paz y salvo.»

Hay firma ilegible.

La fotocopia de dicho documento aparece autenticada el 26 de mayo de 1998 por la Notaría Primera del Círculo de Zipaquirá (fls. 1 y ss.)

SE CONSIDERA

1.- Se trata en este caso de un proceso que terminó de modo prematuro por la ritualidad de la sentencia anticipada, lo que presupone la aceptación de la procesada de su responsabilidad penal frente a los cargos a ella imputados en el pliego enjuiciatorio conforme a las pruebas recaudadas

durante la actuación, lo cual implica la imposibilidad de cuestionar posteriormente los aspectos que sirvieron de fundamento al fallo.

No obstante, ha de reiterar la Sala que «esta limitación no se extiende a la revisión, que como se sabe no es un recurso sino una acción, a través de la cual se puede intentar remover la condición de cosa juzgada a que ha hecho tránsito una decisión que se considera injusta, y es evidente que a las particulares circunstancias previstas en la ley como causales taxativas no escapan los fallos por el simple hecho de ser fruto de un acuerdo o del allanamiento del sindicado» (auto revisión dic. 18/96. M.P. Dr. Ricardo Calvete Rangel).

2.- Por tener la acción de revisión el carácter de instrumento extraordinario, con el cual se persigue remover los efectos de la cosa juzgada judicial, como ha sido insistentemente sostenido, la demanda a través de la cual se ejerce debe cumplir estrictamente los presupuestos de admisibilidad establecidos por el artículo 234 del Código de Procedimiento Penal, carga que de no cumplirse determina su rechazo.

En este sentido, el actor ha de seleccionar cuidadosamente la causal que pretenda aducir como apoyo de la pretensión, al igual que las pruebas en que se funde, y presentar una exposición racional en orden a demostrar el motivo escogido, de modo tal que los fundamentos de hecho y de derecho en que la solicitud se apoya queden exteriorizados nítidamente.

También ha sido destacado que si la pretensión se apoya en la tercera de las causales previstas por el artículo 232 del Código de Procedimiento Penal, esto es, por aparecer después de la sentencia condenatoria hechos o pruebas nuevas no conocidas durante la actuación, de los cuales se establezca la inocencia o inimputabilidad del procesado, es indispensable demostrar no solamente su posterior aparecimiento, sino, lo más importante, cómo de haber sido oportunamente conocido por los falladores habría conducido a una decisión distinta y opuesta a la que hizo tránsito a cosa juzgada y cuya revisión persigue.

De no satisfacerse esto, ha de ser entendido que la pretensión apunta a continuar el debate de hechos, pruebas y argumentos ya considerados y definidos procesalmente, con desconocimiento de la razón de ser y finalidad de la acción de revisión.

Y que cuando la pretensión es apoyada en la quinta de las causales de revisión, resulta necesario aportar la copia de la sentencia ejecutoriada en la cual se declare la falsedad del medio probatorio en que se fundamentó el fallo objeto de la acción.

3.- En el caso que ahora ocupa la atención de la Sala, el actor propone la revisión del proceso en el que fue condenada María Helena Rodríguez

Rodríguez con apoyo en las causales tercera y quinta pero sin llegar a cumplir los presupuestos de admisibilidad legalmente establecidos.

En el primer evento, esto es con relación a la causal tercera, si bien el escrito esgrimido a manera de prueba nueva da cuenta de una autorización dada a la sentenciada por Mariela Castañeda de Cobos para ejecutar actos de negociación y venta de los derechos que le correspondían sobre el inmueble ubicado en el Barrio La Esmeralda del municipio de Zipaquirá, recibir el dinero correspondiente y con su producto adquirir otro bien e hipotecarlo o recibir un préstamo si fuere necesario para su total cancelación, este medio en manera alguna conduce a demostrar la inocencia de María Helena Rodríguez Rodríguez en el hecho por el que fue condenada.

En este sentido no puede pasarse por alto la declaración del fallo ameritado, formulada a partir de lo probado durante el proceso, que no empecé haber recibido la sentenciada diez millones cuatrocientos mil pesos que la sociedad Ibáñez Asociados Limitada le canceló por la venta que hiciera del inmueble, y contar con el dinero suficiente para pagar la totalidad del adquirido a los esposos Rojas Abella, del dinero recibido, a éstos solamente les entregó un millón de pesos apoderándose del resto y constituyó hipoteca sobre el bien en favor de Rafael Rodríguez como garantía de un préstamo por cinco millones de pesos para cubrir con estos recursos parte del monto de la adquisición efectuada a su nombre, nada de lo cual es desvirtuado por el medio ahora esgrimido.

Recuérdese también, que la acusación, aceptada por la procesada y avalada por el Juzgado de Conocimiento, dio cuenta que «además sucedieron otras cosas a espaldas de la ofendida Mariela Castañeda como el embargo singular por parte de los Rojas por falta de pago de un saldo del precio de la misma, donde María Helena Rodríguez había comprometido su responsabilidad personal, además el ejecutivo hipotecario iniciado por el señor Rodríguez por falta de pago en el crédito otorgado a ésta, circunstancia que al final llevó al descalabro económico de la ofendida», aspectos que en manera alguna son demeritados por el documento que se esgrime por el actor como fundamento de la acción que instaura.

Tampoco la autorización escrita para negociar los derechos que le correspondían a Mariela de Cobos sobre el predio ubicado en el Barrio La Esmeralda de Zipaquirá, logra modificar lo demostrado en la sentencia en el sentido de haberle hecho creer a ésta «que no era conveniente la escritura a su nombre por lo de la separación conyugal. Notase aquí como tergiversa los conocimientos de derecho y los acomoda para sus intereses ilícitos, pues para nadie que sabe de leyes es desconocido que esta clase de bienes JAMAS hacen parte de la sociedad conyugal» con lo cual también se evidencia que la prueba aducida en soporte de la pretensión incumple el requisito de trascendencia que para la admisibilidad de la demanda se exige por la ley de rito.

En cuanto hace a la causal quinta, los defectos de la demanda no son menos notorios que los que vienen de ser destacados, pues con menosprecio por las formalidades exigidas para su correcto planteamiento y demostración, el actor no solamente omite acompañar al libelo la copia del fallo donde se declare la falsedad de la prueba en que se fundamentó la sentencia objeto de revisión, sino que persigue acreditar la configuración del aludido motivo con la petición de recaudar unos testimonios cuyo contenido se desconoce, proceso que no corresponde adelantar a la Corte sino a la autoridad judicial competente.

En estas condiciones, dado que el actor no demuestra, para efectos de la revisión, la trascendencia de la prueba que agrega en apoyo de su petición, y tampoco cumple con la carga propia de la aducción de la causal quinta, de acompañar a la demanda la copia del fallo en el que se declara la falsedad del medio de prueba en que se fundamentó la decisión cuya revisión persigue, no cabe más alternativa que rechazar la demanda.

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

RESUELVE:

PRIMERO. Reconocer como defensor de la procesada María Helena Rodríguez Rodríguez, al doctor Orlando Tijaro Barón en los términos del poder a él conferido.

SEGUNDO. RECHAZAR la demanda de revisión presentada a nombre de la sentenciada María Helena Rodríguez Rodríguez.

Notifíquese y cúmplase

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

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

MANDATO JUDICIAL-Revocatoria

Aunque es verdad que el fallecimiento del poderdante es causal de terminación del contrato de mandato civil, tal y como se encuentra previsto en el numeral 5º del artículo 2189 del Código de la materia, frente al mandato judicial rige la previsión del artículo 69 del Código de Procedimiento Civil que señala:

«Terminación del poder. Con la presentación en la secretaría del despacho donde curse el asunto, del escrito que revoque el poder o designe nuevo apoderado o sustituto, termina aquél o la sustitución, salvo cuando el poder fuere para recursos o gestiones determinados dentro del proceso.

«El apoderado principal o el sustituto a quien se le haya revocado el poder, sea que esté en curso el proceso o se adelante alguna actuación posterior a su terminación, podrá pedir el juez, dentro de los treinta días siguientes a la notificación del auto que admite dicha revocación, el cual no tendrá recursos, que se regulen los honorarios mediante incidente que se tramitará con independencia del proceso o de la actuación posterior. El monto de la regulación no podrá exceder del valor de los honorarios pactados.

«Igual derecho tiene el heredero o el cónyuge sobreviviente de quien fallezca ejerciendo mandato judicial.

«La renuncia no pone término al poder ni a la sustitución, sino cinco días después de notificarse por estado el auto que la admita y se haga saber al poderdante o sustituidor por telegrama dirigido a la dirección denunciada para recibir notificaciones personales, cuando para este lugar exista el servicio, y en su defecto como lo disponen los numerales 1 y 2 del artículo 320.

«La muerte del mandante, o la extinción de las personas jurídicas no pone fin al mandato judicial, si ya se ha presentado la demanda, pero el poder podrá ser revocado por los herederos o sucesores.

«Tampoco termina el poder por la cesación de las funciones de quien lo confirió como representante de una persona natural o jurídica mientras no sea revocado por quien corresponda.»

Proceso No. 12786

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal

Magistrado Ponente: Dr. *Carlos Eduardo Mejía Escobar*

Aprobado acta No. 28

Santa Fe de Bogotá D.C., marzo dos (2) de mil novecientos noventa y nueve (1999).

VISTOS

Procede la Sala a resolver la solicitud de cesación de procedimiento elevada por el defensor del procesado Santiago Medina Serna.

ANTECEDENTES Y CONSIDERACIONES

El mencionado fue condenado mediante sentencias de julio 11 y septiembre 25 de 1996, expedidas respectivamente por un Juez Regional de Bogotá y por el Tribunal Nacional, a la pena de 64 meses de prisión y multa de tres mil trescientos treinta y tres millones, trescientos treinta y tres pesos con treinta y tres centavos, al ser hallado responsable de incurrir en el delito de enriquecimiento ilícito descrito por el artículo 10º del decreto 2266 de 1991.

La defensa interpuso el recurso de casación, la demanda fue admitida y la Procuraduría rindió el concepto de rigor encontrándose el proceso al despacho del Magistrado Ponente para resolver la impugnación, a lo cual no hay lugar en consideración a que el procesado falleció el 15 de enero pasado, como quedó demostrado con el registro civil de defunción aportado por el defensor, quien aparte de pedir que se cese el procedimiento solicitó la cancelación de la caución que constituyó su cliente para garantizar las obligaciones derivadas de la detención domiciliaria.

Según el artículo 76 del Código Penal la muerte del sindicado origina la extinción de la acción penal, por lo que Sala emitirá declaración en dicho sentido y como consecuencia dispondrá la cesación de todo procedimiento.

Paralelamente se ordenará cancelar la caución de $95.146.800.00 que el señor Medina Serna prestó para garantizar las obligaciones que contrajo a raíz de la medida de detención domiciliaria con la cual fue cobijado como producto del trámite realizado por la Fiscalía con sustento en el artículo 369 A del Código de Procedimiento Penal. Dicho valor, se le entregará al defensor. Aunque es verdad que el fallecimiento del poderdante es causal de terminación del contrato de mandato civil, tal y como se encuentra previsto en el numeral 5º del artículo 2189 del Código de la materia, frente al mandato judicial rige la previsión del artículo 69 del Código de Procedimiento Civil que señala:

"Terminación del poder. Con la presentación en la secretaría del despacho donde curse el asunto, del escrito que revoque el poder o designe nuevo apoderado o sustituto, termina aquél o la sustitución, salvo cuando el poder fuere para recursos o gestiones determinados dentro del proceso.

"El apoderado principal o el sustituto a quien se le haya revocado el poder, sea que esté en curso el proceso o se adelante alguna actuación posterior a su terminación, podrá pedir el juez, dentro de los treinta días siguientes a la notificación del auto que admite dicha revocación, el cual no tendrá recursos, que se regulen los honorarios mediante incidente que se tramitará con independencia del proceso o de la actuación posterior. El monto de la regulación no podrá exceder del valor de los honorarios pactados.

"Igual derecho tiene el heredero o el cónyuge sobreviviente de quien fallezca ejerciendo mandato judicial.

"La renuncia no pone término al poder ni a la sustitución, sino cinco días después de notificarse por estado el auto que la admita y se haga saber al poderdante o sustituidor por telegrama dirigido a la dirección denunciada para recibir notificaciones personales, cuando para este lugar exista el servicio, y en su defecto como lo disponen los numerales 1 y 2 del artículo 320.

"La muerte del mandante, o la extinción de las personas jurídicas no pone fin al mandato judicial, si ya se ha presentado la demanda, pero el poder podrá ser revocado por los herederos o sucesores.

"Tampoco termina el poder por la cesación de las funciones de quien lo confirió como representante de una persona natural o jurídica mientras no sea revocado por quien corresponda."

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

RESUELVE:

1ª. DECLARAR EXTINGUIDA la acción penal por muerte del procesado. En consecuencia, se ordena la CESACION DEL PROCEDIMIENTO adelantado en contra del señor Santiago Medina Serna.

2º. CANCELAR la actuación prendaria que constituyó el procesado para gozar de la detención domiciliaria. Se dispone su entrega al Dr. Alejandro Hernández Moreno apoderado judicial del fallecido, con poder para recibir.

3º. Comunicar esta decisión a la Fiscalía General de la Nación para los efectos legales pertinentes.

Notifíquese y cúmplase.

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

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

ACCION DE REVISION-Constancia de ejecutoria / ABOGADO

1. Si bien es el propio condenado quien a nombre propio intenta la presente acción de revisión, es necesario precisar en primer lugar, que así literalmente no aparezca en la regulación del artículo 233 del C.P.P. como uno de los titulares para interponerla, siendo la persona directamente perjudicada con el fallo respecto del cual pretende su remoción y ostentando la calidad de abogado titulado, debe entenderse frente a una recta interpretación de esta norma fundada en el pleno ejercicio del derecho a la defensa, que se encuentra legitimado para impetrarla.

2. Ahora bien, siendo que la acción de revisión, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 232 del ibídem, solo procede contra sentencias ejecutoriadas en los casos expresamente allí previstos, las copias de los fallos proferidos en las instancias dentro del proceso cuya remoción se pretende y la constancia sobre su ejecutoria se constituyen en un anexo obligado para todas las demandas de esta clase, como así lo impone el inciso final del artículo 234 id.,

Proceso No. 13928

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal

Magistrado Ponente: Dr. *Carlos Augusto Gálvez Argote*

Aprobado Acta No.28

Santa Fe de Bogotá D.C., dos de marzo de mil novecientos noventa y nueve.

VISTOS

Se pronuncia la Sala sobre la admisibilidad de la demanda sustentatoria de la acción de revisión que por tercera vez intenta el Dr. Ovidio Durango Gómez, contra la sentencia proferida por la Corte el 21 de junio de 1.995 al desatar la apelación interpuesta por un Fiscal Delegado ante el Tribunal Superior de Pereira contra el fallo absolutorio que esa Corporación emitiera en su favor, revocándolo para en su lugar condenar al peticionario a las penas principales de 14 meses de prisión e interdicción de derechos y funciones públicas por el mismo lapso y a la accesoria de pér-

dida del empleo público u oficial, como autor del delito de prevaricato por acción, por actuaciones surtidas como abogado auxiliar de la División Penal de la Personería Municipal de Pereira en un proceso seguido contra Perchis Giraldo Giraldo.

LA DEMANDA

Con sustento en las causales 2a, 3a y 5ª del artículo 232 del C.P.P. impetra el accionante la revisión del fallo de la Corte, por cuanto no podía iniciarse ni proseguirse investigación alguna en su contra, en razón a que "los delitos a él imputados -refiriéndose a Perchis Giraldo estaban afectados por el FENOMENO DE LA PRESCRIPCION DE LA ACCION PENAL, que es una de las causales para su extinción", pues "fueron denunciados 10 años después de su ocurrencia", siendo por tanto inexplicable que por el solo hecho de su actuación se haya convalidado "un proceso penal que nació jurídicamente muerto", ya que la petición que hizo como Representante del Ministerio Público fue la de preclusión de la investigación pero por prescripción de la acción penal, como en efecto "la propia FISCALIA No. 19 del GRUPO DE PATRIMONIO DE PEREIRA la decretó", incluso, continúa, "mucho antes de que la Honorable de La Corte Suprema se pronunciara en segunda instancia, revocando la sentencia absolutoria y en su defecto condenando". No es esta, entonces, se pregunta, "una prueba nueva?".

Por ello, la legitimidad de su actuación como abogado auxiliar de la División Penal de la Personería de Pereira en el referido proceso contra Giraldo Giraldo, al que califica de falso e ilegítimo por la inexistencia del delito y la prescripción decretada, se demuestra, dice, con el hecho de que fue realizada por instrucciones de sus superiores y conforme al manual de funciones, preguntándose de nuevo sobre cómo es posible que de un proceso jurídicamente muerto haya surgido uno legal en su contra, situación que, a su juicio, es grave y contradictoria.

Concluye, entonces, que de haber hecho parte del proceso seguido en su contra la providencia calificatoria del sumario adelantado a Giraldo Giraldo, al igual que la declaración de sus superiores, no hubiese sido condenado, "pues mi actuación se enmarca en los parámetros del artículo 29 del Código Penal, numerales 1 y 3", agregando de inmediato, que no es que se pretenda rebatir la decisión del sentenciador sino de acreditar que tenía razones para presentar las peticiones calificadas de prevaricadoras, es decir, que no procedió dolosamente, ya que las pruebas nuevas desvirtúan el argumento de que buscaba impedir la investigación iniciada a Giraldo Giraldo, aducido en el fallo condenatorio.

Así, refiriéndose a los elementos estructurantes del delito de prevaricato, enfatiza que en su caso no es posible afirmar que hubo infidelidad a sus deberes, ni mucho menos que haya actuado con poder de decisión, ya que, asevera, "surge aquí una nueva causal en la revisión y es lo fundamenta-

do en el numeral 5º del artículo 232 del Código de Procedimiento Penal.". Además, explica, con su proceder no se vulneró el interés jurídico de la administración pública y por eso, la sentencia cuya revisión solicita así lo reconoció al no condenarlo al pago de perjuicios, más aún, cuando "en este caso también hay una profunda contradicción entre lo preceptuado en la Ley 81 de 1.993 artículos 20, 21 y 22 funciones Generales y especiales del Ministerio Público, frente a las reglas previstas en el artículo 264 del Código de Procedimiento Penal, sobre la prueba pericial, aspecto este que se alega como hecho nuevo y que con seguridad de haberse reflexiona do en el momento del fallo los Honorables MAGISTRADOS se hubieren inclinado por una sentencia de carácter ABSOLUTORIA".

Por ello enfatiza que: "urge, pues Honorables MAGISTRADOS DE LA conceder LA REVISION, DE LA SENTENCIA INJUSTA, que solo perjuicios ha ocasionado a un ciudadano inocente y que me obliga a acudir al RECURSO (sic)DE REVISION, todas las veces que sean necesarias hasta lograr que sea escuchado, pues las causales aquí propuestas, están acorde con la normatividad penal vigente, ya que en ningún país civilizado y democrático del mundo se puede condenar a una persona por el mero hecho de presentar una petición o una simple opinión. Importante que el nuevo Magistrado ponente sea un CONJUEZ", para que decrete sin valor la sentencia respecto de la cual deprека su revisión y se profiera una de carácter absolutorio.

Finalmente, y no obstante que afirma adjuntarlas a este escrito de demanda, solicita a la Corte que de la revisión No. 13.352, rechazada por auto del 28 de octubre de 1.997, se desglosen las providencias calificatorias proferidas el 1º de febrero de 1.995 y octubre 8 de 1.996 por la Fiscalía 19 de la Unidad de Delitos contra el Patrimonio Económico de Pereira; precluyendo la instrucción a Perchis Giraldo y decretando la prescripción de la acción penal contra aquél, así como de la sentencia absolutoria dictada en su favor por el Tribunal Superior de la misma ciudad y de aquella por medio de la cual la Corte lo condenó por el delito de prevaricato. También, dice anexar a la demanda el "manual de funciones, donde consta las atribuciones del delegado en lo penal, allí cabía perfectamente hacer la petición, por cuanto en lo penal la Ley, lo faculta para formular este tipo de peticiones.".

Del mismo modo, solicita que se escuchen los testimonios de los Drs. Hernán Jaramillo Osorio, Personero Municipal de Pereira y el de Isabel Amparo Flórez Gil, Jefe de la División Penal de esa entidad, para que se les interrogue sobre la forma como fue recibido el derecho de petición y cuáles las razones por las que se le asignó a él, las orientaciones dadas para formularlas y además, cómo era el desempeño del Dr. Ovidio Durango Gómez en esa dependencia, pues con ellas pretende demostrar que su actuación no fue caprichosa.

CONSIDERACIONES

1. Si bien es el propio condenado quien a nombre propio intenta la presente acción de revisión, es necesario precisar en primer lugar, que así literalmente no aparezca en la regulación del artículo 233 del C.P.P. como uno de los titulares para interponerla, siendo la persona directamente perjudicada con el fallo respecto del cual pretende su remoción y ostentando la calidad de abogado titulado, debe entenderse frente a una recta interpretación de esta norma fundada en el pleno ejercicio del derecho a la defensa, que se encuentra legitimado para impetrarla.

2. Ahora bien, siendo que la acción de revisión, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 232 del ibídem, solo procede contra sentencias ejecutoriadas en los casos expresamente allí previstos, las copias de los fallos proferidos en las instancias dentro del proceso cuya remoción se pretende y la constancia sobre su ejecutoria se constituyen en un anexo obligado para todas las demandas de esta clase, como así lo impone el inciso final del artículo 234 id..

2. En el caso objeto de estudio no cumplió el demandante con este basilar requisito, lo cual por sí solo bastaría para rechazar *in limine* el libelo, pues hubo de solicitarse oficiosamente a la Secretaría de la Sala copia del fallo proferido en segunda instancia, ya que tratándose de una decisión emanada de esta Colegiatura se imponía tal proceder únicamente con el fin de establecer cuáles de los actuales Magistrados integrantes de la Sala intervinieron en la sentencia cuestionada por esta vía.

3. En el mismo sentido, esto es, en lo que tiene que ver con la obligación de aportar las pruebas en que sustentan los hechos básicos de su petición, cree el demandante cumplir con dicho requisito afirmando escuetamente que como en dos oportunidades anteriores ha intentado esta misma acción, se proceda al desglose de varias pruebas documentales de la revisión No. 13.552 que culminó con el rechazo *in limine* de la demanda mediante auto del 28 de octubre de 1.997, solicitando además, que se escuchen en declaración a los Drs. Hernán Jaramillo Osorio e Isabel Amparo Flórez Gil sobre varios puntos que señala como de interés para estos efectos, medios de convicción que también era su deber aportar.

4. En estas condiciones, es evidente que la Corte se encuentra imposibilitada para sopesar frente al fallo cuya revisión se pretende, la incidencia de las pruebas en que se apoyan las diversas causales invocadas por el petente, pues únicamente cuenta con el escrito de demanda, debiéndose, en consecuencia, rechazar la misma.

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

RESUELVE:

INADMITIR la demanda por medio de la cual el condenado Ovidio Durango Gómez intenta ejercer la acción de revisión contra la sentencia proferida el 21 de junio de 1.995 por esta Sala de Casación Penal, en la que se le condenó a las penas principales de 14 meses de prisión e interdicción de derechos y funciones públicas por el mismo lapso y a la accesoria de pérdida del empleo público u oficial, como autor del delito de prevaricato, por actuaciones surtidas como abogado auxiliar de la División Penal de la Personería Municipal de Pereira.

Cópiese, comuníquese y cúmplase.

Jorge Aníbal Gómez Gallego, Jaime Rico Carvajal, Eduardo Torres Escallón, Jorge Enrique Córdoba Poveda, Carlos Augusto Gálvez Argote, Edgar Lombana Trujillo, Carlos Eduardo Mejía Escobar, Hugo Humberto Rodríguez Cortés, Luis Bernardo Alzate Gómez.

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

ALTERNATIVIDAD PENAL

1. La denominada ley de alternatividad penal, concebida con la finalidad de contribuir a la descongestión de los centros carcelarios del país ante la crisis penitenciaria bajo la cual se expidió, no derogó disposición alguna del Código Penal, ya que lo que por su intermedio se hizo fue introducir nuevos artículos tanto al Decreto 100 de 1.980 como a la ley 65 de 1.993, sin que pueda de allí deducirse que hubo derogaciones tácitas.

2. Una tal conclusión, como la que presenta el petente no puede siquiera inferirse del texto mismo de dicha normatividad, pues de manera clara el artículo 1° de la ley 415 de 1.997, preceptúa que:

«El Código Penal tendrá un nuevo artículo 72 A del siguiente tenor:

Artículo 72 A. Con excepción de los delitos de enriquecimiento ilícito; homicidio agravado o lesiones personales agravadas por virtud de las causales 2, 4, 5 y 8 del artículo 30 de la Ley 40 de 1993; secuestro, extorsión; hurto calificado; los delitos dolosos previstos en la Ley 30 de 1986; los delitos previstos en el Decreto 2266 de 1991, excepto los de porte ilegal de armas de defensa personal, interceptación de correspondencia oficial, utilización ilegal de uniformes o insignias y amenazas personales o familiares; los delitos previstos en la Ley 190 de 1995, excepto cohecho por dar u ofrecer, prevaricato y utilización indebida de información privilegiada; los delitos previstos en la Ley 360 de 1997 y en la Ley 365 de 1997; y los delitos conexos con todos los anteriores, los cuales continuarán bajo el régimen del artículo 72 del Código Penal, para los demás delitos la libertad condicional se concederá de la siguiente manera:

El juez concederá la libertad condicional al condenado a pena privativa de la libertad mayor a tres (3) años, cuando haya cumplido las tres quintas partes (3/5) de la condena, siempre que haya observado buena conducta en el establecimiento carcelario.

Parágrafo. Salvo que exista orden de captura vigente en su contra, no podrá negarse el beneficio de la libertad condicional atendiendo a los antecedentes penales o circunstancias tenidas en cuenta en la sentencia para dosificar la pena o negar la condena de ejecución condicional» (resalta la Corte).

Lo que sucede entonces, es que con la expedición de la ley 415 de 1.997, de acuerdo con la naturaleza del delito dos son las disposiciones que regulan la libertad condicional, una la del artículo 72 del C.P. aplicable a los delitos de enriquecimiento ilícito; homicidio agravado o lesiones personales agravadas por virtud de las causales 2, 4, 5 y 8 del artículo 30 de la Ley 40 de 1993; secuestro, extorsión; hurto calificado; los delitos dolosos previstos en la Ley 30 de 1986; los contenidos en el Decreto 2266 de 1991 excepto los de porte ilegal de armas de defensa personal, interceptación de correspondencia oficial, utilización ilegal de uniformes o insignias y amenazas personales o familiares; la Ley 190 de 1995, salvo el cohecho por dar u ofrecer, prevaricato y utilización indebida de información privilegiada; los delitos previstos en la Ley 360 de 1997 y en la Ley 365 de 1997; y los conexos con todos los anteriores. Es decir, que en estos casos se hace necesario cumplir con las dos terceras partes de la pena impuesta, «siempre que su personalidad, su buena conducta en el establecimiento carcelario y sus antecedentes de todo orden, permitan suponer fundadamente su readaptación social» (ibídem).

La otra norma aplicable para efectos de libertad condicional es precisamente la prevista en el artículo 1ª de la ley de alternatividad penal, que procede para los demás delitos que no aparecen allí excluidos, como la estafa, el abuso de confianza, los delitos contra la fe pública etc., o que expresamente fueron exceptuados de ser regidos por el artículo 72 del C.P., como sucede con el porte ilegal de armas para la defensa personal, interceptación de correspondencia oficial, utilización ilegal de uniformes o insignias y amenazas personales o familiares, cohecho por dar u ofrecer, prevaricato y utilización indebida de información privilegiada, frente a los cuales los criterios para conceder la libertad provisional se reducen a haber descontado las tres quintas partes de la pena impuesta en la sentencia, observar buena conducta en el establecimiento carcelario y que no exista en su contra orden de captura vigente.

Proceso No. 11805

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal

Magistrado Ponente: Dr. *Carlos Augusto Gálvez Argote*

Aprobado Acta No. 29

Santa Fe de Bogotá D.C., tres de marzo de mil novecientos noventa y nueve.

VISTOS

Decide la Sala la petición de libertad elevada por el procesado Humberto Gómez Quintero, quien se halla interno en la cárcel Nacional Modelo de esta ciudad.

FUNDAMENTOS DE LA PETICIÓN

Manifestando que tiene derecho a la libertad provisional con fundamento en lo dispuesto en la ley 415 de 1.997, así sustenta el procesado su petición:

" A. Me hago merecedor al subrogado impetrado pues la prohibición de la parte SUBJETIVA, ha sido derogado de la manera tácita por la ley 415 de 1.997, ya que el artículo 1°. Regula integralmente la materia de la conducta de la condicional, al momento de plantear en su inciso último dice y LOS DELITOS CONEXOS CON TODOS LOS ANTERIORES, LOS CUALES CONTINUARAN BAJO EL REGIMEN DEL ARTICULO 72 DEL C.P.P. queda vigente inmediatamente la LIBERTAD POR LOS DEMAS DELITOS TERMINANDOCE LA PARTE SUBJETIVA, de este seguimiento del proyecto convertido en la ley 415 de 1.997 estableció la Corte Suprema de Justicia.....

B. La evolución del proyecto presentando permite a similar conclusión, en efecto la iniciativa contemplaba el subrogado de las 2/3 partes de la pena para todos los delitos sin excepción alguna ya en el congreso el ponente elevó a las 3/5 partes el requisito OBJETIVO, conservando la ausencia de excepción. lo que despertó gran resistencia por el beneficio que ello reportaba para los procesados por narcotráfico y enriquecimiento ilísito (sic), delitos que, en consecuencia, no aparecen como excepcionados en el pliego de modificaciones introducidos al proyecto, como el debate continuara en la necesidad de excepcionar otro tipo de delincuencia, se propuso entonces los tipos penales contenidos en leyes especiales en un Art. 5 del proyecto bajo el epígrafe de AMBITO DE AMPLICACION, los delitos mencionados en la ley 30/86, decreto ley 2266/91, ley 40/94 (sic), ley 360/97, ley 365/97 cometidos antes o después de su expedición, la cual radicalizó el debate para terminar en un preacuerdo sobre la base del siguiente contenido Art.72 A con excepción de los delitos de enriquecimiento ilícito, homicidio o lesiones personales agravadas, por virtud de las causales 2,4,5 y del artículo 30 de la ley 40/97 (sic) un sector importante del congreso no prohijó el proyecto porque consideró que el homicidio simplemente voluntario y otras modalidades menores del mismo deberían ser susceptibles del beneficio propuesto fue cuando se incluyó como excepción el homicidio agravado, conservándose la propuesta de incluir las lesiones personales..."

A partir de lo anterior concluye que "en la parte SUBJETIVA, en lo que tiene que ver con el subrogado penal de la LIBERTAD CONDICIONAL, debe someterse a las exigencias normativas del art. 72 del C.P. pues ha ocurrido el fenómeno de la derogación, tácita de la parte SUBJETIVA, (Art. 1 ley 415/97) por dicha ley".

CONSIDERACIONES

1. Del confuso escrito del peticnte, bien puede colegirse el equívoco en que sustenta su tesis en el sentido de que el artículo 72 del Decreto 100 de

1.980 fue derogado por la ley 415 de 1.997 en lo que tiene que ver con la valoración de circunstancias de orden subjetivo exigidas por dicha norma como requisito para hacerse acreedor al subrogado de la libertad condicional, lo cual, carece de cualquier sustento jurídico, pues la denominada ley de alternatividad penal, concebida con la finalidad de contribuir a la descongestión de los centros carcelarios del país ante la crisis penitenciaria bajo la cual se expidió, no derogó disposición alguna del Código Penal, ya que lo que por su intermedio se hizo fue introducir nuevos artículos tanto al Decreto 100 de 1.980 como a la ley 65 de 1.993, sin que pueda de allí deducirse que hubo derogaciones tácitas.

2. Una tal conclusión, como la que presenta el petente no puede siquiera inferirse del texto mismo de dicha normatividad, pues de manera clara el artículo 1° de la ley 415 de 1.997, preceptúa que:

"El Código Penal tendrá un nuevo artículo 72 A del siguiente tenor:

Artículo 72 A. Con excepción de los delitos de enriquecimiento ilícito; homicidio agravado o lesiones personales agravadas por virtud de las causales 2, 4, 5 y 8 del artículo 30 de la Ley 40 de 1993; secuestro, extorsión; hurto calificado; los delitos dolosos previstos en la Ley 30 de 1986; los delitos previstos en el Decreto 2266 de 1991, excepto los de porte ilegal de armas de defensa personal, interceptación de correspondencia oficial, utilización ilegal de uniformes o insignias y amenazas personales o familiares; los delitos previstos en la Ley 190 de 1995, excepto cohecho por dar u ofrecer, prevaricato y utilización indebida de información privilegiada; los delitos previstos en la Ley 360 de 1997 y en la Ley 365 de 1997; y los delitos conexos con todos los anteriores, los cuales continuarán bajo el régimen del artículo 72 del Código Penal, para los demás delitos la libertad condicional se concederá de la siguiente manera:

El juez concederá la libertad condicional al condenado a pena privativa de la libertad mayor a tres (3) años, cuando haya cumplido las tres quintas partes (3/5) de la condena, siempre que haya observado buena conducta en el establecimiento carcelario.

Parágrafo. Salvo que exista orden de captura vigente en su contra, no podrá negarse el beneficio de la libertad condicional atendiendo a los antecedentes penales o circunstancias tenidas en cuenta en la sentencia para dosificar la pena o negar la condena de ejecución condicional" (resalta la Corte).

Lo que sucede entonces, es que con la expedición de la ley 415 de 1.997, de acuerdo con la naturaleza del delito dos son las disposiciones que regulan la libertad condicional, una la del artículo 72 del C.P. aplicable a los delitos de enriquecimiento ilícito; homicidio agravado o lesiones personales agravadas por virtud de las causales 2, 4, 5 y 8 del artículo 30 de la Ley 40 de 1993; secuestro, extorsión; hurto calificado; los delitos dolosos pre-

vistos en la Ley 30 de 1986; los contenidos en el Decreto 2266 de 1991 excepto los de porte ilegal de armas de defensa personal, interceptación de correspondencia oficial, utilización ilegal de uniformes o insignias y amenazas personales o familiares; la Ley 190 de 1995, salvo el cohecho por dar u ofrecer, prevaricato y utilización indebida de información privilegiada; los delitos previstos en la Ley 360 de 1997 y en la Ley 365 de 1997; y los conexos con todos los anteriores. Es decir, que en estos casos se hace necesario cumplir con las dos terceras partes de la pena impuesta, "siempre que su personalidad, su buena conducta en el establecimiento carcelario y sus antecedentes de todo orden, permitan suponer fundadamente su readaptación social" (ibidem).

La otra norma aplicable para efectos de libertad condicional es precisamente la prevista en el artículo 1º de la ley de alternatividad penal, que procede para los demás delitos que no aparecen allí excluidos, como la estafa, el abuso de confianza, los delitos contra la fe pública etc., o que expresamente fueron exceptuados de ser regidos por el artículo 72 del C.P., como sucede con el porte ilegal de armas para la defensa personal, interceptación de correspondencia oficial, utilización ilegal de uniformes o insignias y amenazas personales o familiares, cohecho por dar u ofrecer, prevaricato y utilización indebida de información privilegiada, frente a los cuales los criterios para conceder la libertad provisional se reducen a haber descontado las tres quintas partes de la pena impuesta en la sentencia, observar buena conducta en el establecimiento carcelario y que no exista en su contra orden de captura vigente.

3. En el presente asunto se tiene que Humberto Gómez Quintero se halla condenado por los delitos de apoderamiento y desvío de aeronave y secuestro simple agravado, en concurso, previstos en el artículo 28 del Decreto 180 de 1.988, adoptado como legislación permanente por el artículo 4º del Decreto 22 66 de 1.991 y 2º y 3º de la Ley 40 de 1.993, respectivamente, los cuales se encuentran expresamente excluidos de los beneficios contemplados en la ley 415 de 1.993, por lo que en su caso la libertad provisional, de conformidad con lo dispuesto en el numeral 2º del artículo 415 del C.P.P. se rige conforme a las exigencias del artículo 72 del C.P. y no del 72 A introducido por la ley de alternatividad penal.

4. Despejada la inquietud del petente, la Sala hará nuevamente los cómputos a efectos de establecer el tiempo de pena que ha descontado Gómez Quintero, teniendo en cuenta que fue condenado a 140 meses de prisión por los delitos mencionados en precedencia y está privado de la libertad por cuenta de este proceso desde el 30 de junio de 1.992, lo que significa que ha permanecido en reclusión 80 meses y 3 días y ha redimido 18 meses y 16 días con 8.897 horas de trabajo, para un acumulado total de 98 meses y 19 días, tiempo con el que si bien supera ampliamente las dos terceras partes de la sanción impuesta en los fallos de instancia, no significa que satisfaga los demás requisitos de orden subjetivo a que se

contrae el artículo 72 del C.P., como ya en otras oportunidades, en su caso, lo ha sostenido la Sala, pues "... de acuerdo a la información que arroja la actuación, el diagnóstico sobre su personalidad y los antecedentes de todo orden no resultan satisfactorios, pues se trata de una persona madura que sin reparo alguno se prestó para participar activamente en el desvío de una avioneta venezolana y el consecuente secuestro de 9 personas entre las que se encontraba un menor de edad, las cuales permanecieron en cautiverio durante 15 días, habiendo recuperado su libertad gracias a la intervención de la autoridad..." (auto de septiembre 28 de 1.998) y por ello debe cumplir en su integridad la sanción a la que se le condenó.

Se negará entonces la libertad solicitada.

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

RESUELVE:

Negar la libertad provisional al procesado Humberto Gómez Quintero.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

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

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

PRESCRIPCION/ CASACION

Si bien es cierto que el término mínimo de prescripción son cinco años, también lo es que eso opera para cuando la pena máxima correspondiente sea inferior a ese tiempo, o cuando se trata de penas no privativas de la libertad, pues la regla general fijada por el artículo 80 del Código penal, es que la acción prescribe «en un tiempo igual al máximo de la pena fijada en la ley si fuere privativa de la libertad», teniendo en cuenta las circunstancias de atenuación y agravación concurrentes.

Quien invoca la causal 6ª debe demostrar con la providencia respectiva cuál fue el criterio jurídico de la Corte que sirvió de base a la condena, y el pronunciamiento en el cual lo varió favorablemente.

Proceso No. 15078

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal

Magistrado Ponente: Dr. *Ricardo Calvete Rangel.*

Aprobado Acta No. 29.

Santa Fe de Bogotá, D.C., marzo tres de mil novecientos noventa y nueve.

VISTOS

La Corte resuelve sobre la admisibilidad de la demanda de revisión presentada por el apoderado judicial de Oscar Betancur Bermúdez, a quien mediante sentencia del 23 de enero de 1997 un Juzgado Regional de esta ciudad lo condenó a la pena principal de cuatro años de prisión, como responsable del delito previsto en el inciso primero del artículo 33 de la ley 30 de 1986, falló que fue confirmado por el Tribunal Nacional.

HECHOS

En el Aeropuerto Internacional el Dorado de Santa fe de Bogotá, fue retenido Oscar Betancur Bermúdez cuando pretendía salir del país rumbo a New York, portando en las hombreras del saco que vestía dos bolsas que contenían 147 gramos y 100 miligramos de sustancia apta para producir dependencia psíquica al consumirla.

LA DEMANDA

El apoderado del demandante interpone acción de revisión contra la sentencia condenatoria proferida en contra de su representado, con base en las causales previstas en los numerales 2 y 6 del artículo 232 del Código de Procedimiento Penal.

Como fundamento de la causal segunda asevera que se dictó sentencia en proceso cuya acción penal había prescrito. Conclusión a la que arriba diciendo que de conformidad con el artículo 80 del Código Penal el término de extinción de la acción en este caso es de cinco años, los cuales se deben comenzar a contar desde la fecha de la ocurrencia del hecho, esto es, del 14 de noviembre de 1990, y como la calificación del sumario se produjo el 3 de mayo de 1996, ya para esa época había transcurrido el tiempo señalado en la norma.

En lo atinente a la causal sexta, aduce que a su mandante se le condenó en una actuación adelantada con violación del derecho de defensa y del debido proceso, pues la secretaría de la Fiscalía que tramitó la investigación se abstuvo de librar comunicación al procesado para notificarle la resolución de acusación, estando demostrado en el expediente que el lugar de residencia de aquél era Belén de Umbría, en el Departamento de Risaralda, de otra parte, no aparece en la actuación procesal que dicha providencia se le hubiere notificado personalmente al defensor como lo establece el inciso segundo del artículo 440 del Código de Procedimiento Penal, modificado por el artículo 39 de la ley 81 de 1993, con lo cual la resolución de acusación no se encuentra ejecutoriada, lo que impide hablar de una sentencia en firme.

El vicio procesal anotado pueden ser "atemperado" con base en jurisprudencia de la Corte Constitucional que ha considerado nulas las actuaciones adelantadas a espaldas de los procesados, de igual manera es aplicable la doctrina de la Corte Suprema de Justicia expuesta en sentencias de fecha octubre 20 de 1976, marzo 15 de 1979, y febrero 3 de 1981.

Se aportaron a las diligencias copia de los fallos de primera y segunda instancia, certificación de ejecutoria de los mismos, y el poder. Además se agregó copia de la providencia con la que se calificó el mérito del sumario, y de las constancias de notificación.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. La Corte es competente para conocer de la presente acción de revisión, pues la decisión que puso fin al proceso fue dictada en segunda instancia por el Tribunal Nacional en virtud del grado jurisdiccional de consulta, la cual se encuentra debidamente ejecutoriada.

2. El escrito mediante el cual se promueve la acción de revisión debe sujetarse a los requisitos del 234 del Código de Procedimiento Penal, entre

los que se encuentra señalar no sólo la causal que se invoca sino también exponer los fundamentos de hecho y de derecho, así como la de relacionar las pruebas que debiendo ser aportadas con el libelo conducen a demostrar los hechos básicos de la petición, so pena de que la demanda sea desestimada in limine.

3. En el ataque presentado al amparo de la causal segunda de revisión, concretamente alegando que la sentencia se dictó cuando ya había prescrito la acción penal, es evidente que el censor parte de un presupuesto que no corresponde al previsto en la ley, pues si bien es cierto que el término mínimo de prescripción son cinco años, también lo es que eso opera para cuando la pena máxima correspondiente sea inferior a ese tiempo, o cuando se trata de penas no privativas de la libertad, pues la regla general fijada por el artículo 80 del Código penal, es que la acción prescribe "en un tiempo igual al máximo de la pena fijada en la ley si fuere privativa de la libertad", teniendo en cuenta las circunstancias de atenuación y agravación concurrentes.

Oscar Betancourt Bermúdez fue condenado por el punible previsto en el inciso 1º. del artículo 33 de la Ley 30 de 1986, cuya pena privativa de la libertad oscila entre cuatro (4) y doce (12) años de prisión, de manera que el demandante incurre en un ostensible error cuando dice que la acción penal prescribió porque el hecho ocurrió el 14 de noviembre de 1990, y el sumario se calificó el 3 de mayo de 1996, tiempo superior a cinco (5) años, pues el Estado solo perdía su poder punitivo si hubieran transcurrido doce (12) años sin proferir resolución de acusación.

Este planteamiento de la defensa fue resuelto correctamente por la Fiscalía en la providencia calificatoria, de manera que es inexplicable que el defensor insista en decir que como la pena impuesta fueron cuatro (4) años de prisión, la prescripción operaba en cinco (5) años, error elemental que desdice de la seriedad del cargo.

En esas condiciones sería ilógico que la Corte diera vía libre al trámite de la acción de revisión, siendo claro que el accionante se apoya en un argumento manifiestamente contrario a la ley, lo que equivale a decir que la censura carece de fundamento de derecho.

4. La violación al derecho de defensa y el desconocimiento al debido proceso que el accionante pretende amparar a través de la causal sexta de revisión, son aspectos que escapan a su naturaleza, cuyo fundamento y finalidad es bien distinto, pues como lo dice la norma, se trata de casos en que la Corte cambia favorablemente el criterio jurídico que sirvió para sustentar la sentencia condenatoria, no para alegar supuestos errores en la notificación del pliego de cargos.

Quien invoca la causal 6ª debe demostrar con la providencia respectiva cual fue el criterio jurídico de la Corte que sirvió de base a la condena,

y el pronunciamiento en el cual lo varió favorablemente, lo que no cumple con limitarse a citar unas jurisprudencias que datan de mucho tiempo antes de la ocurrencia de los hechos, y nada más.

Como el libelista hace alusión a la Corte Constitucional para sustentar su pretensión, es oportuno recordarle que ello constituye un error, por cuanto no es a decisiones de dicha Corporación que se refiere la causal en mención, sino a las de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia.

Por lo anterior es evidente que éste cargo tampoco reúne los requisitos de ley, por lo tanto no podrá ser admitido.

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

RESUELVE:

1. Reconocer al Doctor Engelberto Conf Espinosa como apoderado de Oscar Betancur Bermúdez, en los términos del mandato otorgado.

2. Rechazar la demanda de revisión presentada a nombre de Oscar Betancur Rodríguez.

Notifíquese y cúmplase.

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

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

NULIDAD-Interés para recurrir/ **CONFESION**

Nuestra Ley de Procedimiento Penal no exige que al imputado se lo interrogue en términos técnicos de la dogmática jurídica ni siquiera por el nomen juris de la conducta que se le atribuya y respecto de la cual el Estado espera una explicación para el esclarecimiento de los hechos en desarrollo de la garantía del pleno ejercicio de la defensa, sino que como lo dispone en el artículo 360, una vez cumplidos los requisitos exigidos por el artículo 369, «el funcionario judicial interrogará al imputado en relación con los hechos que originaron su vinculación», esto es, sobre lo sucedido, sobre lo fáctico, vulgo dicti: lo que él hizo, para que precisamente con base en ello pueda establecerse la relevancia jurídica de lo acontecido: de ahí precisamente el por qué, como lo ha sostenido desde antiguo la Corte, esta clase de interrogatorios no pueden estar sometidos al empleo de expresiones o frases sacramentales cuya omisión implique fatalmente una irregularidad, pues el proceso de valoración de la conducta en punto de determinar su trascendencia como injusto penal no va dirigida al destinatario de la ley punitiva, entendido como quien está bajo el imperio de su cumplimiento, sino del funcionario que el Estado ha delegado para su aplicación, debiéndose tener como sustento precisamente los hechos, siendo ya de su función el sentido y alcance que les dé a los mismos frente a los supuestos legales, orientando a partir de allí la proyección jurídica que de ellos emane.

Se torna imperativo desechar de entrada los reproches formulados en punto de la ira, habida cuenta de que el casacionista carece de interés para recurrir sobre este tópico, ya que en tratándose de un proceso terminado mediante el proferimiento de sentencia anticipada, una tal censura se sale del marco fijado por el artículo 37B, numeral 4º. del Código de Procedimiento Penal que posibilita la impugnación de esta clase de fallos únicamente en lo relacionado con la dosificación de la pena, el subrogado de la ejecución condicional y la extinción del dominio sobre bienes, pues lo contrario equivaldría no sólo a tener que admitirse una inusitada retractación sobre lo aceptado por el procesado, sino a desconocer su propia manifestación de voluntad en aquél acto procesal supuesto de la posterior sentencia, como insistentemente lo viene afirmando la Sala al interpretar dicha disposición procesal.

En estas condiciones, y en cuanto se refiere a la falta de aplicación del artículo 299 del Código de Procedimiento Penal, que en criterio del demandante no aplicó el Tribunal al exigir que la confesión debía ser fundamento de la sentencia para que procediera esta rebaja punitiva, es igualmente claro que no le asiste la razón, pues si bien es cierto que el anterior Código de Procedimiento, Decreto 050 de 1.987 hacía esta exigencia en la literalidad del artículo 301 y que el actual Decreto 2700 de 1.991 al regular esta diminuente de la pena en el referido artículo 299 no hace la misma, «Para la Sala sigue siendo indispensable que la confesión sea fundamento de la condena, así el nuevo texto legal (art. 299) no lo mencione expresamente, porque sólo de esta manera es entendible y justa la rebaja de pena que en él se consagra. Interpretarlo de otra forma, sería otorgar un beneficio gratuito, sólo porque se confesó cuando ello no era necesario, pues obraban otras pruebas, distintas de la confesión, que permitían afirmar, sin dudas, la responsabilidad del procesado». Además, no puede desconocerse, que es «Por esta misma razón, inutilidad de la confesión, que el legislador pone como exigencia para el otorgamiento para la rebaja de pena que no se trate de 'casos de flagrancia', porque precisamente en estos eventos, ante el conocimiento que del hecho y de su autor tienen las personas que lo han presenciado, la confesión es de casi ninguna utilidad para la investigación, porque de antemano el instructor ya conoce lo que a través de éste se le ha comunicado», como lo afirmó la Sala en casación del 29 de septiembre de 1.993, con ponencia del Magistrado, doctor Guillermo Duque Ruiz y lo continúa reiterando.

Proceso No. 14092

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal

Magistrado Ponente: Dr. *Carlos Augusto Gálvez Argote*

Aprobado Acta No. 23

Santa Fe de Bogotá, D.C., marzo tres (3) de mil novecientos noventa y nueve. (1.999).

VISTOS

Decide la Corte el recurso extraordinario de casación interpuesto por el procesado Luis Orlando Gutiérrez, contra la sentencia proferida el 5 de septiembre de 1.997 por el Tribunal Superior de Villavicencio, mediante la cual confirmó la que anticipadamente dictó el Juzgado Sexto Penal del Circuito de la misma ciudad, condenándolo a la pena principal 19 años y 4 meses de prisión, como autor de los delitos de homicidio y acceso carnal violento.

HECHOS Y ACTUACIÓN PROCESAL

Estos tuvieron ocurrencia en la finca El Manteca! del Municipio de Puerto Carreño, Vichada, cuando el promediar las ocho de la noche del día

5 de diciembre de 1.993, Luis Orlando Gutiérrez, quien desde hacia 18 años convivía con la señora Paula Matilde Franco viuda de Díaz, habiéndose distanciado unos dos meses antes por desavenencias con los hijos de ésta, volvió a visitarla con el fin de reclamarle sobre las supuestas brujerías que creía le estaba haciendo para que no tuviera nuevas relaciones con otras mujeres, entrabándose en un elemental cruce de palabras que inesperadamente interrumpió al coger la escopeta calibre 20 de propiedad de aquella, y que comúnmente permanecía en esa residencia, para cargarla y dispararle a la altura del hemicráneo derecho, a consecuencia de cuya lesión falleció en el hospital San José de Bogotá el 14 del mismo mes y año, a donde fue trasladada de urgencia.

Como esa noche la señora Paula Matilde estaba acompañada de su nieta de 15 años de edad, Querly Johana Díaz Rojas, quien presenció todo lo sucedido, sin escrúpulo alguno, el ahora procesado, obligó con dicha arma a la menor a que se desnudara accediéndola carnalmente, además de someterla durante toda esa noche a múltiples y anormales prácticas sexuales, amenazándola con quitarle la vida si daba cuenta de lo sucedido a las autoridades.

Finalmente, y cuando promediaban las cuatro y media de la mañana, luego de pisotear el cuerpo moribundo de su amante clamando porque se muriera pronto, abandonó el lugar el hoy procesado para dirigirse hasta donde un hermano y presentarse ante las autoridades del DAS de dicha localidad manifestando que "a eso de las 9 de la noche (del día anterior) le pegó un tiro en la cabeza a la señora Matilde Franco con una escopeta calibre 20", siendo inmediatamente privado de la libertad. Entre tanto, a las cinco de la madrugada, salió Querly Johana a avisar lo ocurrido a una vecina y luego a su familia, quienes acudieron a prestarle los primeros auxilios a Paula Matilde, pues aún daba señales de vida.

Recepcionada el mismo día versión libre al aprehendido, asistido por un ciudadano honorable, reconoció ante los funcionarios del DAS ser el autor del referido disparo a su amante, por cuanto al hacerle "una pregunta sobre algo que yo tenía que preguntarle a ella, entonces ella me contestó que ella no había hecho eso, pero que ahora si iba a saber quién era ella", motivo por el cual, "me dio ira y fue cuando hice el tiro, ella cayó al suelo y yo me acosté a dormir" porque estaba embriagado; asimismo, se le recibió a la menor Querly Johana declaración, sindicando directamente a Luis Orlando Gutiérrez como la persona que acababa de dispararle en la cabeza a su abuelita, haciendo claridad en el sentido de que realmente no existió discusión alguna entre este individuo y doña Paula Matilde, sino que al entrar y manifestarle: "nosotros no hemos terminado de hablar", requeriéndola para que saliera de la habitación y responderle ésta que mejor hablaran allí, sin ningún otro intercambio de palabras se dirigió a tomar la referida escopeta disparándole mientras le decía que "hasta aquí llega lo de nosotros dos", haciendo caso omiso a las súplicas de la menor

para que no la matara, dándole patadas al cuerpo moribundo mientras clamaba porque "se muriera rápido", procediendo, acto seguido y sin el menor escrúpulo, a amenazar a la menor con la misma arma para que se desvistiera, sometiéndole toda la noche a cuanta clase de aberraciones sexuales se le ocurrió, accediéndola carnalmente.

Iniciada la investigación por la Fiscalía Treinta y Uno de la Unidad de Fiscalía de Puerto Carreño el 6 de diciembre de 1.993, una vez se allegó la pericia médico legal dispuesta para probar la materialidad del acceso carnal violento al que fue sometida Querly Johana Díaz Rojas, en el que además se dio cuenta del maltrato físico al que fue sometida y de la crisis depresiva en que se encontraba, que sería necesario manejar con "tratamiento psicológico", al igual que el correspondiente registro civil en el que consta que esta menor nació el 17 de febrero de 1.978, se recepcionó la consiguiente indagatoria al imputado, en la cual se mantuvo esencialmente en su versión inicial, al igual que lo hizo la ofendida sexualmente en el testimonio recibido por la Fiscalía, resolviéndosele la situación con medida de aseguramiento consistente en detención preventiva sin excarcelación como presunto autor de los delitos de homicidio y acceso carnal violento.

Recibidas las declaraciones de los agentes del DAS que conocieron de los hechos y de las demás personas que, en una u otra forma tuvieron relación con los mismos, como la dueña de la tienda donde dijo el sindicado había ingerido licor, quien confirmó la versión, pero aclarando que no lo notó embriagado, al igual que lo corroboró el amigo que estaba con él, se continuó con la investigación, solicitando el incriminado ampliación de indagatoria "con el fin de aportar nuevos hechos de vital importancia para la investigación", a lo que se accedió librándose el correspondiente despacho comisorio a las fiscalías de Villavicencio sin que obre su diligenciamiento en el proceso, no obstante que al haber insistido el instructor en su respuesta se informó su oportuna devolución.

En este estado el instructivo, impetró el sindicado, mediante escrito, el proferimiento de sentencia anticipada de conformidad con lo dispuesto en el artículo 37 del Código de Procedimiento Penal, a lo cual se accedió designándole defensor de oficio para la diligencia de formulación y aceptación de cargos que se llevó a efecto el 7 de marzo de 1.994, imputándole el Fiscal los mismos delitos atribuidos en la resolución definitoria de la situación jurídica, esto es, el homicidio simple previsto en el artículo 323 del Código Penal, modificado por la Ley 40 de 1.993, suprimiéndole la agravante del numeral 7º, del artículo 324 del mismo Estatuto por considerar que no concurría el aprovechamiento del estado de indefensión de la víctima y sí la circunstancia genérica de agravación punitiva del numeral 2° del artículo 66 "por las relaciones sociales y de familia existentes entre el homicida y la occisa", al igual que la del numeral 3º de la misma norma por "permitir los padecimientos de la víctima quien duró en estado agónico desde el momento que la impactó hasta las horas de la madrugada mien-

tras que el homicida se dedicaba, prácticamente encima de ella, a ultrajar sexualmente a la menor Querly Johana Díaz Rojas, indicando una mayor insensibilidad moral, lo mismo que observar con posterioridad al hecho una conducta que indica mayor perversidad", en concurso con el de acceso carnal violento descrito y punido por el artículo 298 del Código Penal agravado por el artículo 306, a los que el proceso manifestó su aceptación plena, manifestando el personero y defensor que nada tenían que objetar al respecto.

Pasado el diligenciamiento al Juzgado Sexto Penal del Circuito de Villavicencio para el proferimiento del fallo respectivo, éste funcionario decidió no acoger la acusación en cuanto se refiere al delito de homicidio por considerar que concurría la agravante del numeral 7º del artículo 324 del Código Penal, haciéndolo únicamente por el delito de acceso carnal violento, siendo apelado por el Fiscal y el defensor con el fin de que el Tribunal dispusiera que el a quo dictara sentencia igualmente por el delito de homicidio en los términos de la acusación, a lo cual se accedió, dictándose la ya reseñada sentencia de primer grado, también apelada, esta vez por el propio procesado, para que aplicándose correctamente los artículos 64 y 67 del Código Penal se le reconocieran "las circunstancias de atenuación de los numerales 1ª, 3ª, 6ª y 8ª del C.P. aplicables al caso", al igual que su confesión sobre el homicidio, pues "no sólo opté por avisar sino que a la vez, en forma muy clara y sincera me atribuí toda la responsabilidad que conlleva las dos infracciones desde su misma consumación".

Discrepando el Tribunal de las aspiraciones del procesado, confirmó el fallo de primer grado, enfatizando la improcedencia de la reducción punitiva del artículo 299 del Código de Procedimiento Penal, modificado por el artículo 38 de la Ley 81 de 1.993, "porque no fue su versión fundamento de la sentencia, pues basta examinar su contenido para concluir que ella no comporta una asunción plena de su responsabilidad frente a los ilícitos cometidos pues en relación con el homicidio de quien fuera su compañera marital Paula Matilde Franco vda. de Díaz quiso hacer creer a la justicia que al momento de su ejecución se encontraba embriagado, cuando sus compañeros de juerga lo desmienten al señalar que si bien ingirió licor sus condiciones eran normales para el momento del delito y por tanto pudo determinarse y comprender la ilicitud de su comportamiento, no obstante ello quiso sustraerse a su responsabilidad planteando los hechos de esa manera, y en cuanto al acceso carnal violento realizado en la menor Querly Johana Díaz Rojas al ser indagado sobre el particular manifestó no recordar haber obrado así, lo que contrasta con la imputación surgida respecto del agravio contra la libertad y el pudor sexuales, quien además expresó que su agresor estaba en pleno uso de sus facultades mentales. Luego si no existió un verdadero ánimo en el procesado de contribuir a la administración de justicia en el esclarecimiento de los hechos, sino por el contrario intentó confundir su labor, lo que implicó mayor esfuerzo en la investi-

gación surgiendo en su transcurso pruebas concretas directas y evidentes de su responsabilidad penal, mal podría entonces ser premiado con una importante rebaja de pena como la que otorga la figura de la confesión cuando no se cumplen las condiciones exigidas para que opere con la trascendencia que se persigue.".

Designado un defensor público para que sustentara el recurso extraordinario que el procesado interpuso contra la sentencia del ad quem, así ha procedido mediante la presentación de la demanda que ahora decide la Corte.

La Demanda

Con amparo en las causales tercera y primera del artículo 220 del Código de Procedimiento Penal, tres cargos dice formular el demandante contra la sentencia de segunda instancia objeto de esta impugnación extraordinaria, presentando el primero por nulidad originada en desconocimiento al debido proceso y al derecho de defensa, el segundo como subsidiario del anterior, que dice es el principal, también lo hace por nulidad por violación al derecho de defensa, y el tercero, subsidiario de los anteriores, por violación directa de la ley sustancial.

Las dos primeras censuras sustentadas en la causal tercera de casación, inusitadamente las presenta el demandante como cargos separados, pues corresponden exactamente al mismo texto, denotándose como única diferencia literal los derechos violados en el sentido de que mientras en el primer cargo manifiesta que se vulneró el debido proceso y el derecho a la defensa, en el segundo, solo refiere éste último, lo cual desde luego en ninguna forma lo convierte en un reproche independiente; de ahí que sin hesitación alguna deba colegirse, que sólo se trata de dos cargos, resultando, por tanto, verdaderamente inoficioso resumir doble vez el mismo texto.

Primer cargo

Para el censor el Tribunal "ha violentado el debido proceso, desconociéndose en perjuicio de mi representado el derecho a la defensa y de contera el contenido del artículo 29 de la Carta Política Nacional en armonía con el artículo primero del Código de Procedimiento Penal" y el numeral 3º del artículo 304 de este último Estatuto.

Estos derechos los estima violados, por cuanto al entonces imputado, Luis Orlando Gutiérrez, se lo indagó por un delito de lesiones personales, "por decirlo de alguna forma", pues no se sabe de qué se lo acusaba en cuanto se refiere a la agresión causada a la señora Matilde Franco viuda de Díaz, ya que si los hechos sucedieron el 6 de diciembre de 1.993, es lo cierto que para ese día aún no había fallecido, pues al ser traída a Bogotá fue en esta ciudad donde murió, allegándose el protocolo de necropsia al

expediente sólo hasta el 3 de agosto de 1.994, razón por la cual no existía prueba en el proceso como para que se lo hubiese interrogado por el delito de homicidio.

En estas condiciones, estima el censor que se desconoció el debido proceso y el derecho de defensa, por cuanto el Fiscal omitió interrogar en la diligencia de indagatoria a su defendido en la forma como lo dispone la Ley Procesal Penal para que pudiese ejercer a plenitud el derecho a defenderse.

Trastocada, así, la carga de la prueba, desconocido el principio de investigación integral y originando lo que el demandante califica de "un caos procesal", pues no se sabe qué podrá suceder en la hipótesis de que la hoy occisa pudiese estar viva una vez proferida la sentencia por homicidio, ejemplo éste que considera oportuno traerlo a colación para evidenciar la razón que le asiste en su reclamo, estima que es necesario se estudie la naturaleza, contenido y efectos de la indagatoria, pues, si bien es cierto que corresponde a un tema "poco o nada estudiado entre nosotros", ello no impide que se haga en este caso y se decrete la nulidad que impetra.

Este vicio, agrega, se torna más trascendente cuando se observa que se incurrió en otra irregularidad sustancial en el proceso al no haberse practicado un examen psiquiátrico al incriminado, ya que si bien recordó lo sucedido respecto al homicidio, no ocurrió lo propio con el acceso carnal violento de que fue víctima la nieta de la hoy occisa, y este hecho unido al estado de embriaguez en que dijo en su injurada se encontraba esa noche, hasta el punto que una vez disparó la escopeta se acostó a dormir, de suyo imponían establecer si se trataba de un inimputable.

En estas condiciones, y siendo que la aceptación de los cargos que le fueran formulados a su defendido en la diligencia previa al proferimiento de la sentencia anticipada no puede convalidar la irregularidad en que incurrió el Fiscal instructor al recepcionar la indagatoria, para que aún habiéndose desconocido las referidas garantías fundamentales necesariamente tuviese que fallarse, solicita de la Corte, se decrete la nulidad de todo lo actuado a partir del auto que resolvió la situación jurídica y se conceda al procesado "la libertad provisional conforme a lo normado en el numeral 4 del artículo 415 del Código de Procedimiento Penal", aplicándose previamente la excepción de inconstitucionalidad respecto del numeral 4° del artículo 37B del referido Estatuto por desconocer el derecho a la igualdad consagrado en el artículo 4° de la Carta Política, pues precisamente por la limitación del ad quem para que solo se pueda pronunciar sobre los temas allí regulados, no lo hizo en relación con la inimputabilidad del procesado, como el caso se lo imponía.

Segundo cargo

Con fundamento en la causal primera de casación por vía de la violación directa acusa el demandante la sentencia del Tribunal, por haberse

incurrido en ella en "indebida aplicación del artículo 323 del Código Penal, lo cual condujo a dejar de aplicar el artículo 299 del Código de Procedimiento Penal y el artículo 60 y los numerales 1, 3, 7 y 8 del artículo 64 del Código Penal".

Para el censor, el ad quem no tuvo en cuenta que el original artículo 299 en cita fue derogado por el artículo 38 de la Ley 81 de 1.993, y que por tanto, la exigencia que hacía aquella disposición en el sentido de condicionar la aplicación de esta reducción punitiva a la no captura en situación de flagrancia y al hecho de que la confesión hubiese sido fundamento de la sentencia, ya no operan en esta forma concurrente, sino que solo se puede negar por la flagrancia, pero ya no exige la Ley Procesal una tal motivación en el fallo.

Así, al estar probado en el proceso que Luis Orlando Gutiérrez una vez realizó la conducta homicida se presentó ante las autoridades del DAS y puso en conocimiento los hechos reconociendo su autoría, en forma igual a la que hizo cuando rindió la indagatoria, no es posible afirmar que no exista confesión ni que haya sido capturado en flagrancia, ni desconocer la autoacusación para uno de los delitos imputados porque no recordó lo relacionado con el acceso carnal violento, pues por el contrario, este hecho unido a la situación sentimental que atravesaba el sindicado implican considerar que le "pudieron causar un verdadero trastorno en su actividad psíquica" entendido como una alteración que le originó un estado de ira que se impone reconocerle de conformidad con lo dispuesto en el artículo 60 del Código Penal.

Por tanto, solicita se case parcialmente la sentencia recurrida "reduciendo la pena impuesta a mi representando conforme a lo establecido en el artículo 299 del Código de Procedimiento Penal, en concordancia con lo establecido en el artículo 64 del Código Penal y los numerales 1, 3, 7 y 8 de la misma obra, concediendo en su beneficio la ejecución condicional de la penal, pues la misma no excede de cuatro años".

Concepto del Procurador Tercero Delegado en lo Penal

Primer cargo

Unificando los dos primeros cargos por nulidad, quizá entendiendo, como en efecto sucede, que se trata de uno solo, y habida cuenta de que bajo este contexto la censura se contrae a una presunta vulneración al debido proceso y al derecho de defensa por no haberse interrogado al imputado por el delito de homicidio, inicia el Representante del Ministerio Público por precisar cómo el hecho de que la indagatoria constituya un medio de defensa no está significando que las explicaciones requeridas para cumplir con ese fin lo sean respecto de un determinado tipo penal, que deba precisarse hasta con las más estrictas exigencias técnicas de la dogmática, pues ese no es su objeto, siendo lo requerido por la Ley Proce-

sal Penal que el interrogatorio se contraiga a los hechos objeto de la investigación, pues es respecto de ellos que el Estado reclama la consiguiente versión por quien en principio es sujeto de la atribuibilidad penal.

Bajo este supuesto, observa el Delegado cómo en este caso no se han vulnerado los derechos referidos por el censor, habida cuenta que al incriminado se lo interrogó sobre lo sucedido la noche de los hechos, habiendo confesado que fue él quien disparó la escopeta contra su amante, y esto se hizo precisándole las circunstancias de que daba cuenta la investigación, cumpliéndose en esta forma con la exigencia legal para esos efectos, sin que pueda afirmarse que por no haberse utilizado la expresión homicidio se vulnerara el derecho que le asistía al indagado para defenderse, ni menos que así haya sucedido porque hasta ese momento la víctima aún estaba con vida, pues esa fue la acción homicida y por ella se interrogó.

Además, agrega el Procurador, que esto resulta tan cierto que el demandante se ve en la necesidad de desconocer la realidad del interrogatorio propuesto por el fiscal instructor en la injurada para sustentar el cargo, ya que no es verdad que al procesado se le hubiese indagado por el delito de lesiones personales, siendo cosa distinta que se le preguntare por la conducta objeto de la imputación, y que hoy la occisa hubiese quedado con vida después del disparo, pues fue esa acción la que causó la muerte de doña Paula Matilde y de la cual debía responder y brindar una explicación el imputado.

De otra parte, explica, que si bien la historia clínica de la víctima y el acta de necropsia se allegaron al proceso después de la indagatoria y antes de resolvérsele la situación jurídica al sindicado, no se impunía su ampliación, ya que lo necesario era interrogarlo sobre la acción y no respecto del resultado, y ello ya se había cumplido, más aún cuando ninguna duda existe respecto a que la señora Paula Matilde Franco viuda de Díaz murió como consecuencia única del disparo propinado por Luis Orlando Gutiérrez, quien terminó aceptando los cargos que le fueron formulados al proferírsele la medida de aseguramiento, admitiendo como suya la acción a la que se contrajo el interrogatorio formulado por el fiscal en la injurada, con lo cual queda demostrado que en ninguna forma fue sorprendido con el hecho objeto de la sindicación, que ya en el juicio jurídico vino a tipificarse como homicidio.

Desde otro ángulo y como el censor también se refiere en este cargo a una presunta nulidad por no haberse practicado dictamen psiquiátrico al procesado a pesar de que éste afirmase en su indagatoria que se encontraba embriagado, precisa el Delegado cómo esta prueba se tornaba innecesaria, pues habría que justificarla únicamente respecto al delito de acceso carnal violento, ya que el homicidio lo confesó y manifestó haberle realizado esta conducta con lucidez mental, y en estas condiciones es cla-

ro el proceso en el sentido de que el hecho de no haber reconocido su autoría y por el contrario negarla, no se debió a ningún trastorno mental sino a una posición defensiva, de suyo respetable.

En punto de la inusitada aplicación de la excepción de inconstitucionalidad que solicita el libelista respecto del numeral 4º, del artículo 37 B del Código de Procedimiento Penal, explica el Delegado con apoyo en un fallo de la Corte Constitucional sobre el contenido y alcance del derecho a la igualdad, cómo en este caso no procede, "porque se presentan situaciones de hecho diferentes a las que les corresponden consecuencias jurídicas diferentes".

En este mismo cargo y no obstante que el demandante se refiere a la ira en el que sería el segundo, el Procurador Delegado lo aprovecha para ocuparse de el, desechando la censura, por cuanto, de una parte, no era posible exigir que de ahondara investigativamente sobre una tal diminuente punitiva si se tiene en cuenta que nunca fue alegada y de otra, porque la actitud de la víctima no tenía la entidad de constituir un comportamiento injusto, y por ende, no podía exigírsele al juzgador un pronunciamiento al respecto.

En estas condiciones, solicita de la Corte, se rechace este cargo.

Segundo cargo

En cuanto se refiere a esta segunda censura, que como se vio, el demandante la presenta como tercera, reprocha el Delegado su formulación, haciendo ver que si se estima correctamente aplicado el artículo 323 del Código Penal no puede afirmarse una falta de aplicación del artículo 299 del Código de Procedimiento Penal por indebida aplicación de aquél, más aún, cuando esta última norma sí fue aplicada por el Tribunal, razón por la que ha debido dirigirse el ataque por errónea interpretación de la norma que consagra la rebaja punitiva por confesión.

De todas formas, y bajo el entendido que la censura se orienta a cuestionar la no aplicación del referido artículo 299 de la Ley Procesal, observa cómo en este caso la situación de flagrancia no permitía su reconocimiento, pues si bien el procesado no fue capturado al momento en que cometía los delitos objeto de reproche, es lo cierto que fue sorprendido cuando ejecutaba estas conductas, siendo individualizado e identificado como su autor por la menor Querly Johana Díaz Rojas, motivo por el cual, le es atribuible la situación de flagrancia necesaria para no beneficiarlo con dicha rebaja de pena, pues una tal concepción corresponde a la exigida por el artículo 370 del Código de Procedimiento Penal.

Por tanto, al igual que en el cargo anterior, también solicita de la Corte su rechazo.

CONSIDERACIONES

Primer cargo

1. Como se precisó en el acápite correspondiente a la demanda, e igualmente lo hace el señor Procurador Delegado en su concepto, es un solo cargo el que propone el demandante en los que él inexplicablemente separa como primero y segundo, como que es la misma causal la escogida para sustentar las censuras, la de nulidad, idénticos derechos son los que considera vulnerados por el Tribunal, debido proceso y defensa, como igual la argumentación que presenta para demostrar uno y otro, por lo que pareciera que el censor cree, desconociendo la independencia de los cargos, que al repetirlos tiene mayor posibilidad de éxito, lo cual por supuesto sólo puede comprenderse como una aguda confusión conceptual sobre este extraordinario recurso, siendo lo procedente, en consecuencia, estudiarlos como uno solo, como en efecto se hará.

2. Con esta claridad, se tiene que el reproche amparado en la causal tercera por atribuirle a la sentencia de segunda instancia un vicio de nulidad al haberse proferido en un proceso ilegal y violándose el derecho de defensa del sindicado, incuestionablemente está llamado a su improsperidad, no sólo por la falta de claridad y precisión fácilmente observable en la ya anotada confusión al formular doblemente el mismo cargo, sino porque ella se torna más evidente cuando con pleno desconocimiento de la independencia de las censuras ha recurrido a entremezclar dos motivos que carecen de relación intrínseca, tanto en su naturaleza jurídica como en sus efectos y por tanto, en sus contenidos, pues el pretendido yerro en el interrogatorio formulado a su defendido en la diligencia de indagatoria ninguna relación tiene con la falta de la prueba psiquiátrica que también argumenta como vicio procesal, incurriendo, no obstante, por esta forma de demostrar el cargo en una curiosa contradicción, como es que si la injurada está viciada de nulidad no parece lo lógico ni jurídico que, acto seguido, y en el mismo cargo, se dé por válida para reclamar dicha prueba científica, ya que para que pudiere practicarse necesariamente el sindicado debe estar legalmente vinculado al proceso, esto es, que la indagatoria debería tener plena validez.

3. No le interesa, por tanto al casacionista, que el proceso pudiese estar afectado de nulidad, lo que le importa en verdad es que en alguna forma su defendido pueda obtener la libertad, y éste, desde luego, no es el fin de este recurso extraordinario, que exige precisión en el objeto de la censura para reclamar su legalidad, para lo cual es imperativo su demostración respetando la exigencia propia del recurso, que precisamente por su carácter extraordinario implica el ceñimiento a los parámetros que la misma Ley de Procedimiento determina y que la jurisprudencia de la Corte ha desarrollado. Por tanto, no se trata ni de crear idealísticamente un yerro in iudicando o un vicio in procedendo, sino que realmente exista en

el proceso; de ahí que la función de la Corte sea esencialmente la de declararlo si considera que la argumentación propuesta en efecto logra demostrarlo, imponiéndose recuperar la legalidad del proceso en toda su dimensión.

4. Aquí, deja de lado el actor estas exigencias acudiendo a una formulación libre del ataque dentro de la cual se hacen más ostensibles las irregularidades que arguye, máxime cuando actúa no en calidad de defensor de confianza del procesado sino contratado por la Defensoría Pública para presentar esta demanda, lo que en todo caso le impone a la Sala dejar en claro que estos pretendidos vicios procesales no concurren, tal y como en forma acertada lo colige el Procurador Delegado.

En efecto, nuestra Ley de Procedimiento Penal no exige que al imputado se lo interrogue en términos técnicos de la dogmática jurídica ni siquiera por el nomen juris de la conducta que se le atribuya y respecto de la cual el Estado espera una explicación para el esclarecimiento de los hechos en desarrollo de la garantía del pleno ejercicio de la defensa, sino que como lo dispone en el artículo 360, una vez cumplidos los requisitos exigidos por el artículo 369, "el funcionario judicial interrogará al imputado en relación con los hechos que originaron su vinculación", esto es, sobre lo sucedido, sobre lo fáctico, valga decir, lo que él hizo, para que precisamente con base en ello pueda establecerse la relevancia jurídica de lo acontecido: de ahí precisamente el por qué, como lo ha sostenido desde antigüo la Corte, esta clase de interrogatorios no pueden estar sometidos al empleo de expresiones o frases sacramentales cuya omisión implique fatalmente una irregularidad, pues el proceso de valoración de la conducta en punto de determinar su trascendencia como injusto penal no va dirigida al destinatario de la ley punitiva, entendido como quien está bajo el imperio de su cumplimiento, sino del funcionario que el Estado ha delegado para su aplicación, debiéndose tener como sustento precisamente los hechos, siendo ya de su función el sentido y alcance que les dé a los mismos frente a los supuestos legales, orientando a partir de allí la proyección jurídica que de ellos emane.

5. En este caso, a Luis Orlando Gutiérrez se lo interrogó para que explicara lo que había sucedido en el lugar de los hechos la noche de autos, y así procedió exponiendo voluntariamente lo que a bien tuvo limitándose a manifestar lo relacionado con el disparo que le propinó "en la frente" a la señora Paula Matilde Franco viuda de Díaz con la escopeta de propiedad de la víctima, expresando no recordar nada respecto al acceso carnal violento a que sometió a la nieta de ésta, Querly Johana Díaz Rojas, pues sostuvo haberse acostado a dormir una vez ejecutó el disparo, despertándose a eso de las tres de la mañana, cuando retoma el relato de lo sucedido se ubica ya en el momento en que se presentó ante las autoridades del DAS, en donde en términos similares narró lo ocurrido, habiendo permanecido durante ese lapso con vida su víctima, inclusive hasta cuando fue

indagado el día 7 de diciembre de 1.993, falleciendo el 14 del mismo mes y año.

6. En estas condiciones, entonces, es artificioso el argumento del casacionista, en el sentido de que el interrogatorio hecho al procesado lo habría sido por un delito de lesiones personales, básicamente por cuanto, como bien lo resalta el Delegado, no es cierto que el instructor formuló tal clase de cargo al imputado en la diligencia de indagatoria, en la medida en que el cuestionario estuvo básicamente dirigido a establecer el decurso de los acontecimientos sin darles ninguna connotación jurídica o calificativo legal, pero además, en razón a que si bien para dicho momento la víctima Matilde Franco viuda de Díaz se hallaba con vida, el Fiscal preguntó fue por el hecho capaz de trascender como conducta reprochada por el derecho penal, pero no por su entidad o denominación típica y menos aún por el resultado vinculante del mismo, es decir, que en ningún momento, como lo sostiene el demandante, la pesquisa lo fue por el precepto legal que recogía la conducta como lesiones personales.

7. Es claro al respecto que no pueden confundirse los hechos, entendidos penalmente como los acontecimientos que tienen trascendencia para el derecho y el efecto que de ellos se puede derivar, razón por la cual no puede válidamente exigirse que para el momento de la indagatoria Luis Orlando Gutiérrez fuese preguntado por cosa distinta que el comportamiento por él realizado, sin que esto implique desde luego poder desconocer el nexo de causalidad existente entre éste y el resultado muerte que posteriormente se produjo, más aún cuando el contenido de la indagatoria fue la confesión del procesado, reconociendo haber ejecutado la acción homicida, -pues como ya se anotó- el fallecimiento de la víctima no tuvo causa distinta.

8. En el caso que se analiza, es evidente que el funcionario instructor se pronunció por primera vez sobre el contenido penal de los hechos y la tipicidad de los mismos, cuando por mandato legal le correspondía, esto es, al momento de resolverle la situación jurídica a Luis Orlando Gutiérrez, que lo fue mediante resolución del 15 de diciembre de 1.993, adoptando en su contra medida de aseguramiento de detención preventiva por el delito de homicidio consumado y acceso carnal violento, sin que esta decisión hubiese sido impugnada y más aún, cuando con posterioridad solicitó la formulación de cargos con miras a la terminación anticipada del proceso que en efecto se produjo, bajo el incuestionable entendimiento de que se lo acusaba por esos delitos, como después lo corroboró en el escrito en que solicitó ante el Tribunal se ordenara el proferimiento de la consiguiente sentencia anticipada, sin que ninguna de los sujetos procesales que intervinieron en el proceso se hubiesen visto sorprendidos en este sentido.

9. Ahora, en lo atinente con la presunta falta de la práctica del examen psiquiátrico al procesado, que se habría omitido por parte de los investiga-

dores, además de ser su alegación inconexa y por completo aislada con el objeto central del motivo de nulidad propuesto, para desecharlo basta con precisar que en ningún momento se presentó la menor dubitación sobre la realización de las reprochables conductas, Luis Orlando Gutiérrez gozara del dominio de sus actos al comprender su ilicitud y que obrara en plena conformidad con dicho entendimiento, y el único argumento que al respecto se aduce, relacionado con el hecho de haber consumido bebidas embriagantes es del todo deleznable pues, los testigos que sobre el particular declararon aseveran que el consumo de bebidas alcohólicas fue solamente de unas pocas cervezas, lo que tuvo plena corroboración en el dicho de la menor Guerly Johana Díaz Rojas, para quien aquél no se hallaba en estado de beodez, elementos de convicción todos que niegan categóricamente el supuesto apremio que aduce el demandante existía en ordenar la valoración psiquiátrica de su defendido.

El cargo no prospera.

Segundo cargo

1. Al formularlo el actor por la vía de la violación directa, afirmando la aplicación indebida del artículo 323 del Código Penal y la consiguiente falta de aplicación del artículo 299 del Código de Procedimiento Penal y 60 del Código Penal", incurre nuevamente en evidentes desaciertos técnicos en la presentación del cargo, como que resulta un contrasentido alegar la aplicación indebida del artículo 323 cuando no se discute la córrecta tipificación de la conducta, pues si lo pretendido es la atenuación de la pena, debe darse por descontado que la norma fundamento de la tipicidad fue correctamente escogida por el fallador, en lo cual debe compartir la Sal a el cuestionamiento que el Delegado hace al censor, más no en cuanto se refiere al descarte del ataque bajo el argumento de que lo correcto hubiese sido alegar la interpretación errónea del artículo 299 del Código de Procedimiento Penal, ya que es "lo cierto que el Tribunal sí la aplicó", pues lo que se observa en el fallo impugnado es precisamente lo opuesto, esto es, que no la aplicó, pues si bien la refirió, lo hizo fue para afirmar su no procedencia al caso concreto. Además, con pleno desconocimiento de la autonomía de las causales, vuelve a entremezclar en un mismo cargo censuras que por su propia naturaleza deben ser formuladas en forma independiente, así si el ataque lo es por falta de aplicación del referido artículo 299 de la Ley Procesal Penal, carece de cualquier relación el reclamo por el estado de ira en el mismo marco de la censura.

2. Sin embargo, y aún dejando de lado este tecnicismo en la medida en que la mixtura que hace lo sería desde un punto de vista eminente formal, como que en principio no se opondrían en sus contenidos materiales, se torna imperativo desechar de entrada los reproches formulados en punto de la ira, habida cuenta de que el casacionista carece de interés para recurrir sobre este tópico, ya que en tratándose de un proceso terminado

mediante el proferimiento de sentencia anticipada, una tal censura se sale del marco fijado por el artículo 37B, numeral 4º. del Código de Procedimiento Penal que posibilita la impugnación de esta clase de fallos únicamente en lo relacionado con la dosificación de la pena, el subrogado de la ejecución condicional y la extinción del dominio sobre bienes, pues lo contrario equivaldría no sólo a tener que admitirse una inusitada retractación sobre lo aceptado por el procesado, sino a desconocer su propia manifestación de voluntad en aquél acto procesal supuesto de la posterior sentencia, como insistentemente lo viene afirmando la Sala al interpretar dicha disposición procesal.

3. En estas condiciones, y en cuanto se refiere a la falta de aplicación del artículo 299 del Código de Procedimiento Penal, que en criterio del demandante no aplicó el Tribunal al exigir que la confesión debía ser fundamento de la sentencia para que procediera esta rebaja punitiva, es igualmente claro que no le asiste la razón, pues si bien es cierto que el anterior Código de Procedimiento, Decreto 050 de 1.987 hacía esta exigencia en la literalidad del artículo 301 y que el actual Decreto 2700 de 1.991 al regular esta diminuente de la pena en el referido artículo 299 no hace la misma, "Para la Sala sigue siendo indispensable que la confesión sea fundamento de la condena, así el nuevo texto legal (art. 299) no lo mencione expresamente, porque sólo de esta manera es entendible y justa la rebaja de pena que en él se consagra. Interpretarlo de otra forma, sería otorgar un beneficio gratuito, sólo porque se confesó cuando ello no era necesario, pues obraban otras pruebas, distintas de la confesión, que permitían afirmar, sin dudas, la responsabilidad del procesado". Además, no puede desconocerse, que es "Por esta misma razón, inutilidad de la confesión, que el legislador pone como exigencia para el otorgamiento para la rebaja de pena que no se trate de 'casos de flagrancia', porque precisamente en estos eventos, ante el conocimiento que del hecho y de su autor tienen las personas que lo han presenciado, la confesión es de casi ninguna utilidad para la investigación, porque de antemano el instructor ya conoce lo que a través de éste se le ha comunicado", como lo afirmó la Sala en casación del 29 de septiembre de 1.993, con ponencia del Magistrado, doctor Guillermo Duque Ruiz y lo continúa reiterando.

4. Por tanto, acertó el Tribunal al negar la aplicación del mencionado artículo 299, más aún cuando tampoco le asiste razón al libelista al afirmar que, además, esta disposición era aplicable por no haber sido capturado el procesado en estado de flagrancia, ya que como también lo ha expuesto la Sala por decisión mayoritaria, es necesario distinguir a la hora de interpretar el artículo 370 del Código de Procedimiento Penal, la captura en flagrancia y la flagrancia como sorprendimiento del delincuente al momento de la realización del hecho punible, que es lo que sucedió en este caso, en el cual durante todo el desarrollo del iter criminis estuvo presente como testigo de excepción del homicidio y víctima del acceso carnal violen-

to, la menor Guerly Johana Díaz Rojas, concurriendo así las exigencias de actualidad e identificación de Luis Orlando Gutiérrez como autor de estos delitos.

El cargo no prospera.

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:

NO CASAR el fallo impugnado.

Cópiese, cúmplase y devuélvase al Tribunal de origen.

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

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

SUSPENSION DEL CARGO/ HABEAS CORPUS

Es claro que cuando un funcionario judicial revoca la medida que ha dado lugar a la solicitud de suspensión de un funcionario público, con la finalidad de hacer efectiva una medida de aseguramiento de detención preventiva o domiciliaria, está en la obligación de comunicarla al nominador para que éste, en ejercicio de sus funciones, tome las medidas conducentes para que cesen los efectos, esto es, ordenar su reintegro si a ello hay lugar. En manera alguna puede el funcionario judicial, salvo los casos expresamente previstos en la ley, ordenar al nominador el reintegro de un funcionario o empleado público a su cargo, como sí lo pueden determinar los jueces y magistrados de las jurisdicciones laboral y contencioso administrativa, como resultado de la prosperidad de las acciones correspondiente ante el despido injusto, lo cual también ocurre frente a los patronos del sector privado.

El doctor (...), estaba en la obligación de constatar, en el término que le otorgaba la Constitución y la Ley, el momento de la captura de los retenidos, si ella obedeció o no por orden de autoridad competente, por motivos previamente establecidos en la ley y con las formalidades legales como lo exige el artículo 28 de la Carta Política, pero en manera alguna, a sabiendas de estar afectados por medidas de aseguramiento de detención preventiva sin beneficio de excarcelación, entrar a cuestionar dichas decisiones y las pruebas sobre las cuales fueron sustentadas, como si se tratara del superior jerárquico que conoce esos precisos aspectos, pero en virtud del recurso de apelación.

Igualmente la Corte confirmará las providencias mediante las cuales el Tribunal Superior de Cali negó al (...) la libertad provisional, no sin antes precisar que respecto al criterio expuesto en el pronunciamiento del 27 de noviembre de 1998, que esta Sala no comparte y que dio lugar a la aclaración de voto de una de los integrantes de la Sala de Decisión correspondiente, ya existe pronunciamiento de esta Colegiatura en sentido diverso, incluso citado en la referida aclaración de voto, reiterado en posteriores decisiones.

En esa jurisprudencia del 7 de noviembre de 1997, con ponencia del Magistrado doctor Jorge Córdoba Poveda, por mayoría se precisó:

«La detención preventiva representa la más contundente y grave de las intromisiones de la autoridad estatal en la esfera de la libertad de la persona, no obstante lo cual todos los ordenamientos jurídicos de los países civilizados la autorizan, por la necesidad de defenderse eficazmente del delito y, consecuencialmente, de evitar su impunidad, señalándose entre sus finalidades la de garantizar el éxito de la investigación y asegurar la presencia del procesado a la actuación y, particularmente, a la ejecución de la sentencia, en el evento de que llegare a ser condenado».

«Pero para que esa detención cautelar o preventiva pueda cumplir sus finalidades debe materializarse o efectivizarse a través de la detención física o encarcelamiento, lo que ha llevado a la doctrina a distinguir entre la detención jurídica y la detención física o captura».

«La detención física es una medida de policía que consiste en la aprehensión material, es decir, en la privación de la libertad de locomoción de la persona, al ser recluida en un centro carcelario. Como es obvio en un Estado de Derecho, debe sujetarse a los requisitos que señala la ley (arts. 370, 371, 375, 378, etc. del C. de P.P.)».

«La detención preventiva, en cambio, es una medida de carácter jurisdiccional que comporta la privación de la libertad jurídica, que únicamente se puede disponer al interior de un proceso penal, por la autoridad judicial competente, mediante una providencia interlocutoria que debe cumplir determinados requisitos sustanciales y formales y que sólo procede en determinados casos (arts. 388, 389 y 397 ibídem)».

«Como los objetivos de la detención jurídica no se podrían cumplir si no se materializa, esto es, si la persona no es encarcelada, lo normal es que quien tenga resolución de detención preventiva vigente esté privado de la libertad física. Pero por razones de política criminal, la ley ha previsto excepciones, esto es, eventos en que aunque el procesado continúe jurídicamente detenido queda excarcelado o físicamente en libertad. Tales casos se denominan de libertad provisional o de libertad caucionada o de excarcelación y están contemplados en el artículo 415 del Código de Procedimiento Penal».

«De todas maneras, para que proceda la libertad es preciso que se cumplan los presupuestos de la causal invocada, por ejemplo que la persona sea acreedora al subrogado de la condena de ejecución condicional ó que haya cumplido en detención preventiva el tiempo que mereciera como pena privativa de la libertad, etc».

«En el caso de los numerales 4º y 5º del citado precepto y del parágrafo transitorio, la libertad se logra cuando han transcurrido ciertos términos desde la aprehensión física, sin que se hayan llevado a cabo determinadas actuaciones».

«En un Estado social y democrático de derecho la privación de la libertad física no puede ser indefinida, sino que está sometida a unos límites temporales, dentro de los cuales se deben cumplir actuaciones tendientes al pronto adelantamiento del proceso penal, so pena de que la persona, como consecuencia de esa morosidad, justificada o no del aparato jurisdiccional, recobre su libertad. En los tres casos mencionados ese es el motivo. Una interpretación sistemática de la norma citada, nos lleva a esa conclusión. No es lógico pensar que en el evento del numeral 4º o del parágrafo transitorio sea necesaria la detención física durante cierto lapso para que proceda la excarcelación y que no lo sea en la hipótesis del numeral 5º. No hay motivo razonable que pueda explicar tal diferencia. Es más, una consideración de carácter histórico, refuerza el argumento. En efecto, como lo sostiene el recurrente, en el decreto 2700 de 1991 sí se hacía referencia a que la persona estuviera efectivamente privada de la libertad, expresión que no reprodujo el artículo 55 de la ley 81 de 1993. Pero rastreando los antecedentes de esta ley y la exposición de motivos en el Congreso de la República, ninguna acotación se hace sobre la causa de la supresión».

«Por otra parte, la razón por la cual se le señaló al aparato de justicia un plazo máximo para calificar el mérito del sumario, cuando hay procesado preso, se debió a la necesidad de imponerle un límite para evitar que las personas permanecieran indefinidamente en tal estado y en investigación, sin que se les formulara pliego de cargos, lo que resultaba atentatorio no sólo del derecho a la libertad sino de la presunción de inocencia. Pero, infortunadamente, la experiencia demostró que fijado ese plazo, el Estado se limitaba a formalizar el pliego de cargos, pero que no era diligente en el adelantamiento de la etapa de juzgamiento, prolongándose también indefinidamente la privación de la libertad y anulándose la finalidad buscada con el plazo señalado para calificar el mérito del sumario, por lo cual hubo necesidad de señalar un nuevo término para que, en el evento anterior, el juez verificara la audiencia, so pena de dejar en libertad al acusado si no lo cumplía».

«Como se ve claramente, la finalidad de los dos numerales fue la misma, esto es, evitar que a los procesados se les prolongara indefinidamente la privación de su libertad física sin que el Estado cumpliera con el deber de administrar una justicia pronta y eficaz, por lo cual la interpretación que pretende hacer el recurrente, con base en la pura exégesis o literalidad del precepto es inaceptable. La no referencia en el numeral analizado a la expresión «privación efectiva de la libertad» se debe atribuir a que no se consideró necesario incluirla, ya que teniendo en cuenta la integridad del precepto, su fundamento y su finalidad, claramente se entiende que sería inane tal inclusión, pues si hubiera querido suprimirla con la intención de que produjera efectos jurídicos, así lo hubiera expresado, pues en un Estado social y democrático de derecho, que por esencia debe ser transpa-

rente, el legislador no puede cambiar la norma sin dar la razón, como no la dió en este caso».

Proceso No. 15157

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal

Magistrado Ponente: Dr. *Dídimo Páez Velandia*

Aprobado Acta No. 033

Santa Fe de Bogotá D.C., nueve (9) de marzo de mil novecientos noventa y nueve (1999).

Por economía procesal se pronuncia la Corte respecto de los recursos de apelación legalmente interpuestos y concedidos, contra las providencias de fechas nueve (9) de septiembre, veintisiete (27) de noviembre y dieciséis (16) de diciembre de 1998, mediante las cuales la Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior de Cali, en causas acumuladas negó al doctor Julio César Rojas Rodríguez, ex-Juez 23 Penal Municipal de la misma ciudad, la nulidad de las resoluciones de acusación y algunas pruebas solicitadas por la defensa y la libertad provisional.

Al procesado se le imputa el delito de prevaricato por acción y actualmente se halla en detención domiciliaria.

Hechos y Actuación Procesal

Proceso No. 1

Dan cuenta los autos que el abogado Orlando Angarita Barragán detenido en la Cárcel del Distrito Judicial de Cali "Villahermosa", el 4 de enero de 1995 instauró ante el Juzgado 23 Penal Municipal acción de Habeas Corpus, por considerar que su privación de la libertad ocurrió con violación de la Constitución y la ley, siendo decidida al día siguiente en forma favorable por el doctor Rojas Rodríguez quien dispuso su libertad inmediata e incondicional.

Como quiera que contra el recluso la Unidad de Fiscalías Delegadas ante los Juzgados Regionales había proferido medida de aseguramiento de detención preventiva sin beneficio de excarcelación el 20 de octubre de 1994 por infracción a la Ley 30 de 1986, el Director Regional de Fiscalía presentó ante la Unidad de Fiscalías Delegadas ante el Tribunal Superior de Cali el 2 de febrero de 1995, denuncia contra el Juez 23 Penal Municipal por presunto prevaricato por acción (fl. 1 a 3 - Cuad. No. 1).

Adelantada averiguación preliminar dentro de la cual se escuchó al doctor Rojas Rodríguez en versión libre (fl. 19 a 22), fue declarada abierta la instrucción el 22 de junio siguiente (fl. 47)), se oyó en indagatoria al

funcionario (fl. 57 a 62) y se le resolvió la situación jurídica el 20 de marzo de 1998 con medida de aseguramiento de detención preventiva con beneficio de excarcelación (fl. 150 a 210), determinaciones que la Fiscalía Delegada ante esta Corporación confirmó el 18 de junio siguiente (fl. 226 a 236).

El instructor calificó el mérito de la investigación adelantada contra el doctor Julio César Rojas Rodríguez el 25 de febrero de 1998 (fl. 420 a 449), con Resolución de Acusación por el delito de Prevaricato por acción; revocó la libertad provisional y sustituyó la medida de aseguramiento de detención preventiva por domiciliaria, suscribiendo el imputado la correspondiente diligencia de compromiso el 27 de los citados mes y año (fl. 451), determinaciones que recibieron igualmente confirmación por parte de la Unidad de Fiscalías Delegadas ante la Corte el 21 de mayo del corriente año (fl. 523 a 538).

Proceso No. 2.

Jesús María Angarita Ríos detenido en la Cárcel Distrital de Popayán (Cauca), instauró a su propio nombre ante el Juzgado 23 Penal Municipal de Cali acción de Habeas Corpus, pues su privación de la libertad ocurrió el 1° de agosto de 1996 y por lo mismo, teniendo en cuenta que había otro capturado, el término para resolverle la Fiscalía su situación jurídica venció el 12 siguiente, actuación que se cumplió solo el 15 del mismo mes y año, con lo cual consideró que el instructor incurrió en prolongación ilegal de su privación de la libertad, es decir con violación de la Constitución y la ley, siendo decidida la acción el día 30 de agosto de 1996 en forma favorable por el doctor Rojas Rodríguez quien dispuso su libertad inmediata e incondicional (fl. 15 a 24 - Cuad. No. 1).

Tales hechos los puso en conocimiento de la Unidad de Fiscalías Delegadas ante el Tribunal Superior de Cali la Directora Regional de Fiscalías (E.) el 11 de septiembre de 1996, mediante denuncia contra el Juez 23 Penal Municipal por presunto prevaricato por acción (fl. 1 a 3).

Por resolución No. 02-047 fue declarada abierta la instrucción el 19 siguiente (fl. 30), se oyó en indagatoria al funcionario (fl. 128 a 136) y se le resolvió la situación jurídica el 2 de julio de 1997 con medida de aseguramiento de detención preventiva con beneficio de excarcelación (fl. 275 a 293).

Clausurada la instrucción el 25 de agosto de 1997 (fl. 304), se calificó el mérito de la investigación el 28 de noviembre del mismo año (fl. 315 a 330), con Resolución de Acusación por el delito de Prevaricato por acción; ratificando la libertad provisional otorgada al momento de resolverle la situación jurídica, determinaciones que recibieron igualmente confirmación por parte de la Unidad de Fiscalías Delegadas ante la Corte el 11 de junio de 1998 (fl. 371 a 379).

La Sala Penal del Tribunal Superior de Cali, mediante interlocutorio del 10 de julio de 1998, decretó la acumulación de causas, ordenando la suspensión del término de treinta (30) días que se hallaba corriendo para la preparación de la audiencia pública, respecto del primer proceso.

LAS PROVIDENCIAS IMPUGNADAS

1ª.- Negativa a declarar la nulidad y a decretar algunas pruebas:

a) Nulidad:

Con relación al primer proceso, a juicio de la defensa, tanto el Fiscal Delegado ante el Tribunal como el de segunda instancia, no hicieron precisión sobre cuáles son las pruebas con las cuales "..demuestran todos y cada uno de los elementos del hecho punible, como tampoco se brinda claridad en cuanto al aspecto subjetivo de la conducta...", es decir, que las providencias calificatorias por ellos dictadas, presentan deficiencia en cuanto a su motivación, y mal podría afirmarse que el acusado obró dolosamente al conceder el habeas corpus en favor de Angarita Barragán.

También como motivo de nulidad, el libelista reclama que según el artículo 399 del Código de Procedimiento Penal, al negársele a su representado el beneficio de libertad provisional, ha debido solicitarse al Tribunal su suspensión en el ejercicio del cargo, actuación que olvidaron los Fiscales Delegados en las dos instancias, destacando que en otro asunto seguido contra el doctor Rojas Rodríguez el 13 de febrero de 1998 se le dictó medida de aseguramiento de detención preventiva y se solicitó al Tribunal su suspensión, la que operó mediante Acuerdo del 19 del mismo mes y años, en su condición de Juez 19 Penal Municipal, decisión que fuera revocada por un Delegado ante la Corte Suprema de Justicia, con lo cual el procesado debió entrar a disfrutar de su libertad, pues, reitera, el instructor olvido lo referente a la ritualidad de la norma citada.

Destaca igualmente el Tribunal que la defensa estima que se incurrió en violación del debido proceso, pues ante la decisión del ad-quem en el referido asunto, la misma Unidad Delegada ante esta Corporación, al confirmar la Resolución de Acusación proferida en este proceso, exhortó al inferior para que diera cumplimiento a lo preceptuado en el artículo 399 del Código de Procedimiento Penal, lo cual resultaba improcedente ante la firmeza de la providencia, siendo únicamente posible cumplir como acto procesal inmediato, la remisión del expediente al Tribunal para la iniciación del juicio.

En respuesta de lo anterior, para denegar la pretensión de invalidez procesal deprecada advierte el Tribunal que "La resolución de acusación es pieza esencial en el proceso penal, ya que en ella se indican al procesado los delitos frente a los cuales ha de operar en el debate público de juzgamiento su actividad defensiva, de manera tal que no se le sorprenda

al momento del fallo con injustos penales o circunstancias no controvertidas en dicho momento procesal".

"Los derechos constitucionales fundamentales al debido proceso y a la defensa imponen a la Fiscalía la necesidad de propender con claridad y amplitud los cargos por los cuales se llama a juicio a la persona investigada, pues dicho panorama procesal es el que le permitirá ejercer el derecho de contradicción, solicitando pruebas que sean conducentes para desvirtuar o degradar imputaciones debidamente identificadas e individualizadas e igualmente proponer argumentación defensiva con tales propósitos".

"Y ello es sinónimo de lealtad y seguridad jurídica, pues las personas juzgadas no pueden defenderse de cargos oscuros, deficientes, ambiguamente propuestos, o de entidades delictivas genéricamente formuladas, abstractas, sin especificación de las circunstancias que rodean cada caso en particular, ya que ello significa obligar al procesado y al profesional que le asesora, a defenderse del azar y la casualidad y no de realidades concretas".

Y agrega: "Necesario es insistir, igualmente, en que la concreción de la acusación no es en relación solo a la adecuación típica dada a la conducta atribuida, sino también al grado de participación, al de ejecución del hecho, a las circunstancias agravantes o atenuantes —sean éstas genéricas o específicas – y al de culpabilidad. Ahora bien, lo que se demanda es precisión en torno a los cargos que se le formulan al procesado para que se defienda en el juicio, pero en manera alguna esa concreción fáctica y normativa de los injustos implica certeza la responsabilidad penal del encausado en relación a dichas imputaciones penales, pues en tal caso se estaría confundiendo una providencia que simplemente señala el comienzo del juzgamiento – en el cual los sujetos procesales ejercerán sus derechos teniendo en cuenta el marco de la acusación —, con la decisión final que es la sentencia. Debe tenerse en cuenta que para proferir resolución acusatoria se exige demostración de la existencia del hecho y probabilidad de la responsabilidad del procesado, que no certeza sobre la misma, pues esta valoración final sobre los medios de convicción es tarea que sólo le corresponde al fallador".

"Precisamente, en el presente caso, el defensor del procesado Julio César Rojas Rodríguez parte de una premisa equivocada, la cual consiste en considerar que en el pliego de cargos que el Estado le formula al procesado debe estar plenamente estructurado el dolo, para concluir afirmando, con base en ello, que en la resolución de acusación dictada contra su representado en febrero 25 del presente año (se refiere a 1998), está ausente la certeza sobre el dolo prevaricador al que aludió el Fiscal Delegado ante este Tribunal, y dicha argumentación no resulta acertada, pues, como atrás anotamos, mientras para la sentencia de condena es necesaria la plena convicción sobre la responsabilidad del procesado y la existencia del he-

cho ilícito, para la calificación basta que existan medios de prueba que comprometan gravemente dicha responsabilidad, lo cual es radicalmente distinto" (fl. 16 aq 18).

Observa el a-quo que contrariamente a lo sostenido por la defensa, los Fiscales Delegados en las dos instancias fueron diáfanos y precisos en el análisis de los elementos de juicio que en su leal saber y entender comprometieron de manera grave la responsabilidad del procesado y transcribe ampliamente algunos de los apartes más relevantes de los pronunciamientos calificatorios, para concluir que la acusación es clara y no ofrece sustentación contradictoria o anfibológica, pues contienen ese pormenorizado examen que es pertinente frente a esta clase de decisiones judiciales en las cuales aún no se decide de fondo sobre la responsabilidad del procesado.

Considera el Tribunal igualmente infundadas las argumentaciones de la defensa en cuanto a la inobservancia del artículo 399 del Código de Procedimiento Penal, pues "la nulidad está establecida como mecanismo excepcional de corrección de actos irregulares que afectan en forma grave las bases fundamentales del proceso penal. Es decir, que con dicho instrumento legal se busca enmendar aquellos vicios de procedimiento o sustanciales que impiden el desarrollo normal de la actuación, en la medida en que lesionan claros principios constitucionales que orientan la actividad investigativa y juzgadora".

"Ahora bien, en lo que respecta a la validez de la resolución de acusación, su anulación solo resulta posible en presencia de aquellos errores sustanciales que dificulten o entraben el ejercicio del derecho de defensa, esto es, cuando el calificatorio contiene cargos ambiguos o deficientemente motivados, de manera tal que imposibiliten descubrir de qué imputaciones deberá defenderse la persona juzgada en el debate público. Pero estos son vicios sustanciales que necesariamente afectan uno de los pilares esenciales del proceso penal cual es el derecho de defensa, por lo cual resulta perfectamente comprensible nuestra afirmación en el sentido que frente a estos casos se impone la invalidación del calificatorio. Es decir, la anulación del pliego de cargos en estos eventos se explica por causa de que esas deficiencias en la argumentación impiden que el procesado ejerza cabalmente su derecho de contradicción en la etapa del juzgamiento".

"Por ello no resulta factible argumentar que el hecho de que el fiscal delegado no hubiese dispuesto en su calificatorio de febrero veinticinco, comunicar al Tribunal sobre la revocatoria de la libertad provisional al doctor Rojas Rodríguez, para que esta Corporación procediera a suspenderlo en el cargo de Juez Diecinueve Penal Municipal, sea circunstancia que afecte la validez del pliego de cargos, pues esa es omisión que para nada guarda relación con los presupuestos de orden sustancial de dicha providencia y que tampoco dificulta el derecho a la defensa del procesado".

"De todas maneras para la Sala no hay duda que esa ausencia de pronunciamiento frente a la suspensión del Juez encausado fue subsanada por la Fiscal Delegada ante la Corte Suprema de Justicia que tuvo a su cargo la decisión de la impugnación del pliego de cargos...".

"En consonancia con dicha determinación, la Unidad delegada ante este Tribunal comunicó mediante oficio 536 de mayo 21 de 1998 (ver fl. 549), la revocatoria de la libertad provisional y la sustitución de la detención preventiva por la domiciliaria en relación al doctor Rojas Rodríguez. Por su parte, el Presidente de la Corporación informó al Coordinador de la Unidad de Fiscalía Delegada ante el Tribunal, mediante oficio 672 de mayo 27 del mismo año, que '...en sesión Plena Extraordinaria llevada a cabo en el día de hoy mediante Acuerdo No. 22 de esta misma fecha decretó la suspensión del doctor Julio César Rojas Rodríguez, Juez 19 Penal Municipal de Cali hasta tanto resuelva su situación jurídica dentro de la investigación de la referencia... (fl. 549 c.c. proceso 1998-001)'." (fl. 27).

Concluye que "Obsérvese que la realidad procesal es incontrovertible, en cuanto nos está indicando que la afirmación del defensor en el sentido que no se adoptó determinación en torno a la suspensión del procesado en el cargo de Juez Diecinueve (antes veintitrés) Penal Municipal de Cali, no resulta verdadera. Contrariamente los medios de convicción muestran que en los actuales momentos el encausado se encuentra suspendido de su función en relación con este proceso, por lo cual debe desestimarse la solicitud de anulación presentada por su defensor" (fl. 27 y 28).

En cuanto al segundo proceso, afirma la defensa que no se ha demostrado que su representado, por la época de los hechos tuviese la condición de servidor público, lo cual era indispensable dada la acusación que se le hace por un delito que requiere se sujeto activo calificado.

Señala que tal calidad simplemente fue deducida por la Fiscalía con base en la fotocopia del acta de posesión que se allegó al proceso 222 adelantado contra el mismo funcionario, además que el Consejo Superior de la Judicatura expidió el Acuerdo No. 0157 del 25 de junio de 1996, mediante el cual fusionó varios juzgados del país y convirtiendo algunos penales en civiles. Para el caso concreto dice que el Juzgado 23 Penal Municipal de Cali, lo denominó como 19 Penal Municipal y en la Resolución de Acusación se menciona al primero y no al último.

Como segunda causal de nulidad el libelista presenta similar consideración sobre ausencia de motivación de la Resolución de Acusación, remitiéndose a los razonamientos expuestos para el primer caso, solicitando que la invalidación procesal debe decretarse desde la vinculación de su representado a la investigación y desde el cierre de la instrucción por las razones finalmente expuestas.

Considera el Tribunal igualmente infundadas las argumentaciones de la defensa en cuanto a la nulidad por inobservancia del artículo 399 del Código de Procedimiento Penal, pues "Contrario a lo que sostiene el defensor del procesado Rojas Rodríguez, para la Sala no hay duda que la circunstancia de supuestamente no haberse demostrado la condición de servidor público del encausado al momento de conocer del habeas corpus que es motivo de cuestionamiento en este proceso, no constituye causal de anulación del pliego de cargos, pues cabe recordar que el debate probatorio no concluye con el llamamiento a juicio y contrariamente el juzgamiento es la oportunidad procesal propicia para ampliar y mejorar el haz de pruebas. Además no debe olvidar el defensor que a folio 34 se aportó copia de la constancia suscrita por el Secretario General del Tribunal Superior de Cali a través del cual expide copia del acuerdo 25 de agosto de 1992. En dicha acuerdo la Sala Plena de esta Corporación designó al doctor Rojas Rodríguez como Juez 23 Penal Municipal de Cali, calidad que ostentaba al momento de dictar el auto 136 de agosto 30 de mil novecientos noventa y seis (fl. 15 cuaderno de copias del proceso 1998-002). Igualmente a folio 35 del mismo cuaderno obra copia del acta de posesión del procesado como Juez 23 Penal Municipal de Cali. Ahora bien, en lo que respecta a la modificación del mapa judicial ocurrido en el segundo semestre de 1996, no hay que olvidar que el único cambio que sufrieron algunos juzgados fue el relacionado con su distribución numérica que no en lo que respecta a su categoría, ya que ésta no presentó variación alguna. Tal es el caso del Juzgado del cual es titular el encausado, pues de ser veintitrés Penal

Municipal de Cali pasó a ser Diecinueve Penal Municipal de esta misma ciudad pero sin que hubiese perdido ni su categoría de Juez Municipal ni su especialización, es decir, la administración de justicia penal".

En cuanto a la solicitud de nulidad por supuesta vaguedad de los cargos contenidos en la Resolución de Acusación del 28 de noviembre de 1997 y del pronunciamiento de segunda instancia del 11 de junio de 1998 que confirmó la anterior, el Tribunal considera que "de la lectura de dichas providencia nos permite ver que en ellas los fiscales fueron claros en especificar y analizar los medios de convicción en los cuales se soportaron para llamar a juicio al doctor Rojas Rodríguez. En el tenor del calificatorio no se observan pasajes oscuros o ambiguos que dificulten el ejercicio del derecho de defensa del aquí procesado" (fl. 34).

Transcribe buena parte de las consideraciones expuestas por dichos funcionarios para afirmar y con ello negar la nulidad deprecada que "De manera amplia se evaluó el haz de pruebas recaudado en la investigación y se expusieron las razones de hecho y de derecho por las cuales resultaba imperativo dictar resolución de acusación contra el Juez Diecinueve Penal Municipal de Cali" fl.35), es decir, "no resulta acertado que no se hubiese hecho precisión en el pliego de cargos de todas y cada una de las circunstancias modales en las cuales se cumplió la acción que es motivo de

cuestionamiento en esta actuación, pues con amplitud la fiscal instructora y su segunda instancia concretaron las imputaciones de carácter penal en relación a las cuales debe producirse la defensa del doctor Rojas Rodríguez en esta oportunidad procesal"...

b) Pruebas:

Con relación a la primera causa, de las varias pruebas solicitadas por el Defensor el Tribunal denegó la práctica de las reseñadas en el punto 2, por haberse incorporado desde el inicio de la investigación la documentación a la que se refiere el libelista, razón por la cual "resultaría redundante insistir nuevamente en la práctica de dichos elementos de juicio": Las referidas a los puntos 8, 9, 10 y 11 las negó por inconducentes, destacando que "aunque es cierto que esos medios de convicción pueden resultar conducentes y pertinentes en las investigaciones que por violación a la ley 30 de 1986 se adelantan contra los señores Germán Uscátegui Ulloa y Orlando Angarita Barragán, no lo es menos que esos elementos de juicio no son importantes para la actuación procesal contra el doctor Julio César Rojas Rodríguez, pues lo que aquí se busca establecer no es la legitimidad de las pruebas de responsabilidad esgrimidas contra dichos ciudadanos y que es argumento pertinente en el debate probatorio que se surta al interior de esos procedimientos, sino la posibilidad de que el Juez encausado hubiese obrado en forma abiertamente contraria a la ley en la decisión del habeas corpus a favor de Angarita Barragán. Al no guardar relación alguna esos medios de convicción con el debate público que se ha abierto contra el procesado Rojas Rodríguez, se aprecia que tales pruebas no contribuirían a brindar claridad sobre el hecho ilícito que es materia de este juzgamiento..." (fl. 31 y 32).

Respecto de la segunda causa, las pruebas demandadas en los puntos 7 y 8 las consideró igualmente impertinentes, ya que "no es la fiscalía la llamada a fijar competencias sino la ley. Conviene además agregar que en la instrucción todos los fiscales del País tiene igual competencia, argumento que se suma al anterior para hacer ver por qué resultan improcedentes los aludidos medios de convicción" (fl. 40).

2ª.- Negativa a otorgar la libertad provisional del procesado:

En proveído del 27 de noviembre de 1998, con aclaración de voto de uno de sus integrantes, la Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior de Cali negó al doctor Rojas Rodríguez la libertad provisional que él mismo demandara con fundamento en la causal 5ª. del artículo 415 del Código de Procedimiento Penal (numeral 5° del artículo 55 de la Ley 81 de 1993), por considerar que había transcurrido un término superior a seis (6) meses contado desde la ejecutoria de la resolución de acusación, sin que se hubiese celebrado la correspondiente audiencia pública.

Precisa el a-quo que la causal de excarcelación prevista en el numeral 5° del artículo 415 del Código de Procedimiento Penal "surge como sanción que autoregula la labor de la administración de justicia, en la medida en que el vencimiento de los términos previstos en la norma procesal para que se realice la audiencia pública, trae aparejado un beneficio de libertad provisional para la persona que es víctima de la ineptitud en el cumplimiento del enjuiciamiento por parte del Estado. Cuando ese tiempo expira por causas propias del lento trámite procesal y con ajenidad a cualquier idea dilatoria por parte de la defensa, al fallador no le queda otra alternativa diferente que cumplir la ley cabalmente, por lo cual debe, mediante providencia interlocutoria, reconocer que ha expirado el término previsto en el numeral 5 del 415 y que por consiguiente al vencimiento de dicho lapso, la persona encarcelada debe volver a gozar de su libertad".

"Fácilmente se comprende que estas causales de libertad del procesado surgen sobre el presupuesto de que la persona se halle en detención, ya que la finalidad de los ocho numerales del artículo 415 del C. de P. P. no es otra cosa que producir el beneficio liberatorio. También se entiende que los numerales 2, 4 y 5 responden a una autoregulación del Estado en su función y de hecho contienen un cuestionamiento a la labor de la administración de justicia..." (fol. 14).

Más adelante agrega con relación a la causal aludida y comparándola con la prevista en el numeral 4° ibídem que "...una condición de privación efectiva de la libertad que el legislador no exige como presupuesto para que se otorgue el beneficio. Es más, así halla (sic) sido detenido el encausado solo unos cuantos días antes de cumplirse los seis meses –o puede ser uno sólo—, en forma inmediata al cumplimiento del término previsto en el numeral 5 (180 días), el DERECHO A LA LIBERTAD surge, de una parte, por el mandato constitucional que ordena dar cumplimiento al debido proceso, y de otra, de manera legal por disponerlo así el tantas veces citado numeral 5 del artículo 415. Mejor aún, quien se halle huyendo de la justicia y sea detenido después de expirado el término de los seis meses, puede personalmente o a través de su abogado invocar el numeral 5 del artículo 415 para hacerse acreedor a su libertad -así no haya estado bajo detención ni un solo día-, ya que el poder limitante de ésta –la libertad— por parte del Estado desaparece en todos los casos en los cuales se han consumido los ciento ochenta días entre la ejecutoria de la resolución de acusación y la no realización de la audiencia pública, pues el beneficio liberatorio surge es como censura a la inobservancia de los términos judiciales" (fl. 16).

"...Pero una cosa es que se dé esa realidad que generosamente se dejó descrita y otra que dentro de enrarecida buena fe se pretenda señalar inoperancia e ineptitud por parte de la Sala, en actuación en la cual se percibe claramente cómo su actividad ha estado plenamente enderezada a dar cumplimiento al debido proceso, de ello da cuenta toda la foliatura a

partir del momento en que se nos fueron repartidas estas actuaciones, muy especialmente en lo atinente a el pedido de libertad que se demanda, pues a este respecto las constancias procesales no nos dejan mentir, cuando señalamos a folio 40 que la audiencia de juzgamiento del doctor Rojas Rodríguez debería cumplirse el día veintitrés de octubre del presente año, de ahí que previamente se practicaron las pruebas ordenadas y con debida antelación se citó a todos y cada uno de los sujetos procesales que debían intervenir en el acto público de juzgamiento. Bajo esas circunstancias de absoluta observancia de la ley instrumental penal llegamos a la mañana del veintitrés de octubre del presente año, fecha en la cual la constancia que obra a folio 126 indica que no se dio inicio a la celebración de la audiencia por cuanto que al acto público no se presentó el señor defensor, doctor William Enrique Medina Duran. En el aludido documento se dejó perfectamente señalada la presencia de los Magistrados que integran la Sala de Decisión Penal, al igual que la del Fiscal delegado ante el Tribunal, doctor Carlos Restrepo Ortegón, así como la representante del ministerio público, doctora Nelly Garcés Garcés, que luego solicitó permiso para retirarse en razón a que el defensor no concurrió".

"Como se ve, la razón por la cual el acto público de juzgamiento de la persona encausada no se llevó a efecto el día y hora programado, obedeció a la no presencia del defensor. Ausencia que en manera alguna logra disculpar el certificado médico que luego presentó para justificar su inasistencia -OCTUBRE VEINTIOCHO—, pues el doctor Rojas Rodríguez es contundente en el escrito liberatorio que se examina, en señalar '....que por el hecho de haber recusado mi defensor al Fiscal Delegado ante el Tribunal, como sujeto procesal, se advirtió que no participaría en la audiencia....". Porque para la Sala lo que realmente tiene importancia es esta manifestación que, por lo demás, se hizo conocer a la Sala por parte del defensor y procesado, exactamente a las cinco y cincuenta y nueve minutos de la tarde del día anterior, esto es, veintidós de octubre de mil novecientos noventa y ocho, Desde ese entonces se plasmó de manera concreta el afán del defensor en no permitir el desarrollo de la audiencia pública por lo que mal puede en estas condiciones el procesado pretender por este sinuoso camino obtener un beneficio que, para que alcance su efectivización, debe estar precedido de una actividad limpia y transparente por parte de la defensa técnica y la persona juzgada" (fl. 18).

"....No resulta ajustado a derecho el pretender buscar una libertad provisional por la no realización de la audiencia pública cuando la circunstancia que imposibilitó el acto público de juzgamiento tuvo origen en el defensor...."

"Un argumento final: olvida el peticionario que en su contra se han producido dos resoluciones de acusación y que las mismas tuvieron su ejecutoria en fecha mayo veintiuno y junio once del presente año, habiéndose producido la acumulación jurídica de procesos con fecha julio diez, lo cual significa que para efectos de libertad provisional la operación aritmé-

tica debe hacerse es sobre la segunda actuación, dado que procesalmente el juicio es uno solo con dos causas, por lo cual la libertad de un proceso está llamada necesariamente a la del otro, pues si bien el control de términos del numeral 5 del artículo 415 se hace independientemente la relación jurídica de estas causas frente a un mismo sujeto procesado, hace que finalmente lo que importa sea el control de términos del último proceso, ya que sobre éste es que es factible materializar la libertad..." (fl. 19 y 20).

Finalmente, en providencia del 16 de diciembre de 1998, el a-quo se ocupa de una nueva petición de libertad provisional, con fundamento en la misma causal, solo que el procesado advierte su preocupación por la cercanía de la iniciación de las vacaciones judiciales colectivas y, por lo tanto, no alcanzaría el Tribunal a pronunciarse respecto del recurso de reposición que como principal interpuso contra la decisión del 27 de noviembre inmediatamente anterior, siendo claro que la ley le permite formular esa clase de peticiones "...cuantas veces sea conveniente".

Así las cosas, la Sala de decisión luego de reiterar su posición frente a la causal de excarcelación invocada y de reseñar la actuación procesal cumplida a partir del vencimiento del término de treinta (30) días que consagra el artículo 446 del Código de Procedimiento Penal, para destacar una vez más que "el día veintitrés de octubre la Sala se reunió junto con el señor fiscal y el Ministerio Público, y con presencia del procesado, doctor Julio César Rojas Rodríguez, se esperó durante prudencial tiempo que apareciera el defensor, lo cual no ocurrió, o sea que dicho acto no se cumplió fue única y exclusivamente por situación predicable del señor defensor, quien cinco días después presentó memorial aduciendo 'accidente casero'." (fl. 6).

"Esos son los escuetos pero muy dicientes hechos que el procesado conoce y que mal puede al tenor de los mismos predicar de manera tan injusta –y además ilógica—que esta Sala de Decisión en su caso incurrió en VIA DE HECHO; es indudable que sobre este tema el libelista tiene mucho que aprender, en cuanto predica un acto de mala fe por parte de la Colegiatura que jamás existió ni existirá, porque al menos la Sala que presido aplica criterios de constitucionalidad que nos impiden desconocer derechos fundamentales".

"Lo evidente, lo que aquí nadie puede discutir es que la Sala efectuó un rito procesal ajeno a toda desviación, debiéndose subrayar que permanentemente y en forma inmediata se ha dado respuesta a absolutamente todas las inquietudes que el procesado y su defensor han tenido a bien. En estas condiciones lo que queda como consecuencia real dentro del proceso es que hubo un señalamiento para audiencia de juzgamiento y el mismo no fue posible efectuarlo porque previamente –y así se produjo en la práctica—el abogado defensor no se hizo presente, de tal suerte que la auto sanción que el Estado impone a sus jueces al obligarlos a poner en liber-

tad a persona frente a la cual el juez no ha sido diligente, jamás podría caber en el presente caso, el cual, por el contrario, muestra una serie de evidencias en relación al garantismo jurídico" (fl. 15 y 16).

Los Motivos de Impugnación

Contra la providencia del 9 de septiembre de 1998, el procesado y su defensor, interpusieron el recurso de apelación, siendo sustentado únicamente por éste último mediante extenso escrito (fl. 601 a 625) en el que comienza por afirmar que "las insistentes peticiones y las sucesivas negaciones de parte de los funcionarios que han conocido de estos procesos, me obliga a solicitar de la manera respetuosa en esta oportunidad se estudie a fondo, no solamente las providencias atacadas, sino la totalidad del proceso, para que así se puedan formar una idea precisa clara y concreta de las ilicitudes que se investigan para tener un criterio definido y concienzudo que nos lleve por el camino que nos acerque al más afinadamente posible a las puertas de una determinación justa, no solamente teniendo en cuenta las obligaciones morales, económicas y sociales, sino por encima de todo ajustadas a derecho conforme a la sana crítica del testimonio, principio que solo se puede aplicar cuando se goza de imparcialidad, rectitud con que se interpreten las normas que nos rigen y el sano entendimiento de las pruebas que hace parte del proceso" (fl. 601 y 602).

Advierte en primer término que por parte de la Sala del Tribunal "...no se hizo un estudio de la totalidad del proceso, para así formarse una precisa, clara y concreta determinación. Contrariando lo normado en el artículo 185 del Código de Procedimiento Penal, uds., procedieron a transcribir las decisiones judiciales de las Fiscalías Delegadas ante el Honorable Tribunal y la Corte Suprema de Justicia, sin entrar hacer (sic) un análisis jurídico de los planteamientos hechos en mis escritos respecto a la nulidad solicitada por falta de motivación".

"En ellos he hecho un análisis pormenorizado de la poca prueba recogida dentro del haz probatorio, de los cuales nunca se han ocupado los diferentes funcionarios que de estos procesos han conocido, siempre ha primado el concepto objetivo y subjetivo del funcionario, bastando para ello en asegurar que mi defendido obró DOLOSAMENTE y que cometió el delito de PREVARICATO POR ACCION, porque, como lo ha sostenido la Corte Suprema de Justicia, de que: 'PORQUE TRATÁNDOSE DE UNA INFRACCION DOLOSA, ES PRECISO ADEMAS CONTAR CON UNA PRUEBA SUFICIENTE DE CONOCIMIENTO QUE EL ACTOR TENIA SOBRE LA DESVIACIÓN DE SU DECISION DE LOS CANONES LEGALES, y LA ORIENTACIÓN LIBRE DE SU VOLUNTAD PARA ACTUAR CONTRARIANDO EL DERECHO'. (mayúsculas mías)".

En cuanto a la conclusión del a-quo consistente en que las decisiones de los Fiscales de primera y segunda instancia que calificaron el mérito de la investigación, no ofrecen sustentación contradictoria o anfibológica, por-

que en ellas "no se decide de fondo sobre la responsabilidad del procesado..", entiende el libelista que "no basta con hacer una trascripción de las providencias cuestionadas, ya que es necesario, indispensable y obligatorio motivar la decisión judicial, tal y como lo preceptúa el artículo 441 y 442 del Código de Procedimiento Penal. Debe hacerse por lo tanto un análisis claro y preciso, que permita concluir que se encuentra probada la TIPICIDAD del hecho delictivo, LA IMPUTABILIDAD ó INIMPUTABILIDAD del procesado, LA ANTIJURICIDAD y LA CULPABILIDAD".

"....En mis diferentes memoriales presentados a la Fiscalía Delegada ante el Honorable Tribunal Superior de Santiago de Cali, Valle, como a la Fiscalía Delegada ante la Corte Suprema de Justicia, como a esta misma Sala que uds., presiden con respecto a la calificación, he argumentado que las decisiones 1.998-001 y 1.998-002, sean tenidos como PRODUCTO DE ERROR o de una DECISION APRESURADA, pues pese a su larga experiencia laboral como empleado de la Rama Judicial....., para luego sí tomar posesión del cargo de JUEZ VEINTITRES PENAL MUNICIPAL DE ESTA CAPITAL VALLECAUCANA, en el año de 1992 donde; desde su llegada fue arremetido por un sinnúmero de solicitudes de Habeas Corpus, como así se puede comprobar con las fotocopias arrimadas a esta investigación remitidas del Despacho donde laboró".

Es que no es lo mismo -agrega- estudiar un proceso contándose con todo el tiempo necesario para desentrañar el alcance de la totalidad de la actuación que contiene, para valorar los pro y los contras y cotejar las pruebas, que llegar a hacerlo bajo circunstancias de tiempo realmente apremiantes, a sabiendas de que no es factible a la realización de un estudio detallado y absorvente, porque al cabo de pocas horas ha de tomarse una decisión definitiva. Por ello es preciso tener en cuenta este factor del tiempo entratándose de valorar la actuación del servidor público que se ve impelido asumir la ingrata labor de rituar una acción de la naturaleza de que hablamos, porque ello tiene marcada incidencia en la clase de decisión que se tome, máxime si se tiene en cuenta que quien ha de tomarla es un ser humano que bien puede, con absoluta buena fe, como ocurrió con mi defendido doctor Julio César Rojas Rodríguez, llegar a tener una certeza que para otro puede parecer errada, acomodada o alejada de la realidad".

Afirma el libelista que su representado conocía la sentencia C-301 de 1993 de la Corte Constitucional que admite la procedencia del habeas corpus en presencia de vías de hecho, que fue precisamente en lo que incurrió la Fiscalía Regional con relación al procesado Angarita Barragán, quien le solicitó por dicho medio su libertad aduciendo los hechos y circunstancias en que fue aprehendido y por lo consiguiente de la vulneración de sus derechos constitucionales, con ocasión de la prolongación ilegal de su detención.

En cuanto tiene que ver con el segundo motivo de nulidad invocado, el recurrente advierte que el hecho de no haber comunicado el Fiscal Delegado al Tribunal sobre la revocatoria del beneficio de libertad provisional del que venía gozando su representado, con la finalidad de que se decretara su suspensión del cargo de Juez 19 Penal Municipal de Cali, yerra el Tribunal al afirmar que tal omisión en manera alguna guarda relación con los presupuestos de orden sustancial de dicha providencia y que tampoco dificulta el derecho de defensa, ya que además, la Delegada ante la Corte Suprema de Justicia subsanó tal omisión cuando revisó la resolución acusatoria.

"Olvidó la Sala -dice el recurrente-, que no solo se ha cuestionado el no haber dispuesto en su calificatorio de fecha febrero 25 de 1998, de comunicar al Honorable Tribunal sobre la revocatoria de la libertad provisional, sino también de la 'PROLONGACION ILICITA DE LA PRIVACION DE LA LIBERTASD, circunstancia grave que no puede hacerse a un lado, como quiera que la libertad personal es uno de los bienes jurídicos que con mayor celo protege la Constitución".

Hace énfasis en que siendo la Carta Política norma de normas y que en su artículo 29 consagra el debido proceso, y además, que el artículo 95 obliga a cumplir la Constitución y la Ley y el 230 a los jueces en sus providencias, someterse exclusivamente al imperio de la ley, no puede desconocerse el mandato del artículo 398 del Código de Procedimiento Penal relacionado con la detención de los funcionarios públicos, citando algún pronunciamiento de esta Colegiatura sobre la primera garantía mencionada anteriormente.

Presenta algunos interrogantes sobre las decisiones adoptadas por las Fiscalías de primera y segunda instancia con relación a la libertad de su representado, para luego puntualizar que "Obtenida que fue la LIBERTAD INCONDICIONAL el doctor Rojas dentro del proceso radicado al numero 435 P. I., por REVOCATORIA que se hiciera de la medida detentiva por parte de la Fiscalía Delegada ante la Corte Suprema de Justicia, el 15 de mayo de 1998 y comunicada esta determinación vía fax al Fiscal Coordinador; dicho funcionario guardó total hermetismo (sic) y silencio ante esta decisión, ya que era su deber, comunicar al Honorable Tribunal Superior y al procesado".

"Seis (6) días después de recibida la comunicación respecto de la Libertad Incondicional del Doctor Rojas y conocida por la Fiscalía Delegada ante la Corte Suprema de Justicia, el doctor Víctor Humberto Marmolejo Roldán, envía el oficio # 536 del 21 de mayo de 1.998, donde informa de la libertad concedida, como también de la vigilancia de la Resolución de Acusación dictada por el doctor Restrepo Ortegón Fiscal Delegado, mediante Resolución interlocutoria # 7-002 del 25 de febrero de 1.998, de la Revocatoria de la Libertad Provisional y de la detención domiciliaria; ade-

más le hace saber que la decisión se encuentra surtiendo el trámite respectivo al recurso de apelación ante la Unidad de Fiscalía Delegada ante la Corte Suprema de Justicia".

Se pregunta el libelista qué ocurrió desde el 15 de mayo cuando se le ordenó su libertad y el 21 siguiente cuando se le decretó nueva detención domiciliaria en el proceso 222, "Simple y llanamente, mi defendido doctor Julio César Rojas Rodríguez, se encontraba ilegalmente privado de su libertad, como consecuencia a la violación del debido proceso". No obstante lo cual el Juzgado Tercero Penal del Circuito que tramitó una petición de habeas corpus la decidió en un mintauto de manera desfavorable.

Considera que si el Tribunal mediante Acuerdo del día 27 de mayo de 1998, suspendió a su representado del cargo de Juez 19 Penal Municipal, es decir, 11 días después de la orden de libertad incondicional, "no es como alegremente lo quiere hacer aparecer la Sala de que '..De todas maneras, para la Sala no hay duda que esa ausencia de pronunciamiento frente a la suspensión del Juez fue subsanada por la Fiscal Delegada ante la Corte Suprema de Justicia que tuvo a su cargo la decisión de la impugnación del pliego de cargos...'.".

Y concluye: "Cómo podía dar cumplimiento la Fiscalía Delegada ante el Honorable Tribunal de Cali, ante lo ORDENADO por la Delegada ante la Corte, si la providencia calificatoria recurrida se encontraba EJECUTORIADA y no le quedaba otra alternativa que remitir la actuación al Honorable Tribunal Superior de Cali por competencia, y de haber cumplido la ORDEN era insertando dentro de la misma providencia la exigencia del artículo 399 del C. de P. Penal, y quien debió hacerlo fue la misma delegada ante la Corte, cosa que no hizo, por lo tanto se VULNERO EL DEBIDO Proceso de que trata el artículo 29 de la Constitución Nacional, CONLLEVANDO A LA NULIDAD, conforme a lo dispuesto en el artículo 304 -2 y 3 del Código de Procedimiento Penal, además que se configura el delito de PROLONGACION ILICITA DE LA LIBERTAD, lo que solicito de DECRETE en este momento procesal".

El recurrente posteriormente se refiere a los motivos de nulidad que considera se deben acoger en esta instancia respecto de la segunda causa acumulada (proceso 1998-002), "..por la no precisión sobre cuáles son las pruebas que demuestran todos y cada uno de los elementos del hecho punible, como tampoco al brindar claridad en cuanto al aspecto subjetivo de la conducta en las providencias calificatorias de 1ª. y 2ª. Instancia..."

Reitera las argumentaciones que presentara para demandar la nulidad de la acusación en la primera causa (proceso 1998-001) ya que "..la Sala desconoce lo preceptuado en el artículo 185 del C. de P. Penal, al desatar el recurso de apelación propuesto, ya que se limitó a transcribir las providencias de Primera y Segunda instancia sin hacer un examen

jurídico de las mismas y especialmente en lo tocante a la inconformidad planteada..".

"Dentro de esta investigación, se observa de la no sustentación material de la decisión conllevando con ello al quebrantamiento del artículo 29 de la Constitución Nacional, en lo que respecta al debido proceso. Las providencias motivo de inconformidad no pueden constituir en forma alguna Evaluación probatoria, menos aún sustento de la incriminación".

Se refiere a la competencia de la Fiscalía General de la Nación en todo el territorio Nacional que se consagra en el artículo 250 de la Carta Política y 119 del Código de Procedimiento Penal, así como también a la distribución de competencia para las Fiscalías Regionales, lo cual representó para la institución, dificultad para organizar su legal funcionamiento en el nuevo sistema acusatorio implantado en Colombia, incurriendo en inconsistencias en las diferentes resoluciones dictadas para tal finalidad, lo que llevó a su defendido"...a entrar en error al resolver la acción pública de habeas corpus, y si así procedió nunca lo hizo con la intención de obrar dolosamente, como así se ha calificado la investigación radicada bajo la partida 1998-002. Si la Fiscalía Delegada ante el Honorable Tribunal, como la Delegada ante la Corte, aseguran que existe meridiana claridad respecto a la Sede, debemos concluir que tal vez para ellos quienes estaban trabajando para esa entidad Fiscal".

Y concluye: "Ante la situación de error presentada por mi defendido, es que solicito señores Magistrados que se revoque para decretar la nulidad de los fallos impugnados para que en su lugar se finiquite la investigación por encontrarse presente una causal de inculpabilidad como es la contemplada en el numeral 4° del artículo 40 del Código Penal, referible al 'error de tipo'.".

Respecto del capítulo de las pruebas, considera que precisamente la practica de la diligencia de inspección judicial (numeral 2°), al proceso que adelantaba el Fiscal Regional en Armenia (radicación No. 256), en el que se dispuso vincular mediante indagatoria a Germán Uscátegui Ulloa, "tiene por objeto despejar dudas respecto a las radicaciones, sus fechas de iniciación, nombres de los sindicados, si era en carácter averiguatorio: la expedición de las resoluciones de sustanciación #s. 591, 557 y 577 de mayo 13 de 1994, ya que dentro de esta causa se habla de que los tres autos fueron dictados para obtener la interceptación del abonado telefónico 457789 y de otros abonados telefónicos, pero que realmente no aparecen los oficios. Así mismo verificar la providencia a la que hace referencia dentro de este proceso que realizó el Fiscal Regional de Armenia Quindío, con respecto a la EQUIVOCACION que tuvo para quien debía anexar las grabaciones hechas por la Policía del Quindío; como también establecer si en los autos que ordenaban la interceptación telefónica aparece detallado el tiempo que debían permanecer éstos interceptados, y si de ordenó a la

Policía del Quindío que una vez se obtuvieran las grabaciones se procedería a vertirlas, tal como procedieron con las obtenidas en octubre de 1994".

"Por existir dos investigaciones se prestó para que fácilmente mi defendido incurriera en error, pues de acuerdo al manejo de los mismos por parte de la Fiscalía Delegada ante los Jueces Regionales se prestaba para ello, Es tan así, que hoy la Sala en la negación de pruebas en este punto, habla de Radicación 256 de octubre de 1.994, cuando realmente la radicación de octubre del 94 corresponde a la Radicada a la partida 8654 y la 256 a mayo de 1.994; en qué hubo cruce equivocado de la documentación de los procesos siendo entonces necesario INSPECCIONAR los procesos, para absolver cualquier duda que aparezca respecto los puntos puestos de presente".

"Y con relación a las pruebas 8, 9, 10, pretendo demostrar que por parte del Comando de Policía de Armenia Quindío, sin orden judicial se interceptaban abonados telefónicos, como por ejemplo el del doctor Orlando Angarita Barragán, ya que en la Policía existía la Sala de grabación y en sus operaciones no intervenían los empleados de Telearmenia, como así lo informa la Gerencia de Telearmenia en su comunicación # 300-1247 de noviembre 21 de 1.995. Entendió mi defendido que ante la obtención de una prueba no ordenada por el funcionario judicial, constituían las vías de hecho, como era la interceptación de abonados telefónicos, o como los llama el mismo Comandante de la Policía, que eran 'Chuzados', algunas líneas telefónicas, o que utilizaban otros medios como el RACOM para hacerlo, y quien más que el personal a su mando pueden darnos razón de esos métodos y comprobar la legalidad o ilegalidad de la prueba obtenida".

"Es obligación de las autoridades Policivas, y máxime como en el caso que nos ocupa, que se oficie al superior, en este caso a la CENTRAL DE INTELIGENCIA ANTINARCOTICOS con sede en la ciudad de Bogotá, del resultado de las diligencias adelantadas, y en el caso que nos ocupa, que permaneció más de 6 meses interceptado el abonado telefónico 457789; tampoco se dio aviso al Fiscal Delegado ante los Jueces Regionales del resultado de la misión encomendada a la Policía, y quien más que los archivos de documentos nos pueden llevar al esclarecimiento de la verdad".

Finalmente con la prueba descrita en el numeral 11, considera que "Quien más que el Coronel de la Policía Guillermo Vélez Botero, nos puede resolver ese cúmulo de interrogantes que se tejen en esta investigación y que fueron propuestos en mi cuestionario. Aún más, la declaración que le fue recibida al Señor Coronel Guillermo Vélez Botero por parte de la Fiscalía Segunda Delegada ante el Tribunal Superior de Ibagué de folio 145 a 147 del cuaderno principal 'SE ENCUENTRA SIN FECHA', y que mejor oportunidad, que al momento del debate Público exponga todo lo que sepa y le conste de la investigación".

Dice además, que el Tribunal nada dijo en su pronunciamiento con relación a la prueba No. 12 consistente en la aceptación o no de la declaración de la doctora Ana Montes, ya que considero de vital importancia, pues según la exposición del Comandante de Policía, con su intervención y de otros funcionarios interceptaban líneas telefónicas, entre ellas, la de Angarita Barragán, por tratarse de líneas calientes, además, para evitar que se le diera aviso al sindicado por parte de los empleados de Telearmenia a quienes pagaba el doctor Angarita Barragán para que se le diera el aviso oportuno de órdenes que fueran expedidas por funcionarios judiciales".

Frente a la decisión del 27 de noviembre de 1998, mediante la cual se le negó al procesado la libertad provisional, el doctor Rojas Rodríguez luego de transcribir lo referente a los motivos de inasistencia al inicio de la Audiencia Pública por parte de su defensor, sustenta su inconformidad admitiendo que en principio se tomó la determinación de no acudir al acto público de juzgamiento, no por un capricho, sino exclusivamente en virtud de la interpretación dada al art. 111 del Código de Procedimiento Penal, que dispone la suspensión de la actuación desde el momento de ser presentada la recusación o se manifieste un impedimento, pero que, analizado con detenimiento el contenido del artículo 112 ibidem, modificado por el 16 de la Ley 81 de 1993, de inmediato cambiaron él y su defensor su inicial determinación, conviniendo su presencia en el debate público, solo que a último momento éste de vio afectado en su salud, circunstancia demostrada posteriormente con la correspondiente certificación médica.

Entonces, si en gracia de discusión la excusa médica -no tachada de falsa- pero de llegarse a demostrar ser apócrifa por los medios legales dentro de un proceso judicial o disciplinario, tan solo podría concluirse que efectivamente se utilizaron artimañas para no asistir al acto público de juzgamiento, pero mientras tanto debe dársele la credibilidad que imparte la certificación médica.

Indica que en cuanto a la fijación de fecha y hora para la celebración de la audiencia pública, el tratadista Guillermo Angulo González sobre las causas atribuibles al sindicado o su defensor que impidan su realización, dice que su valoración debe cumplirse con cuidado y prudencia por el funcionario judicial encargado de resolver sobre la libertad provisional, con el objeto de no incurrir en el error de confundir las actitudes propias de una defensa activa y celosa con procedimiento dilatorios de la actuación judicial.

Trae a colación, además, pronunciamiento de esta Sala de fecha 20 de octubre de 1987 sobre el motivo previsto en la causal 5ª, de excarcelación y al criterio expuesto por los doctores Jaime Bernal Cuellar y Eduardo Montealegre Lynett en su obra El Proceso Penal sobre la negligencia judicial en la realización de las actuaciones y las maniobras dilatorias de los sujetos procesales.

Dice no entender como con posterioridad al 23 de octubre de 1998 fecha en la cual resultó fallida la iniciación de la audiencia pública, el Tribunal contando con el tiempo suficiente para fijar nueva fecha para su realización, guardo absoluto silencio. "Y ante el alargamiento de tiempo para cumplir los 180 días por parte de la Sala, que trata el artículo 415-5 del C. de P. Penal, tenía más de una oportunidad para haber señalado la fecha para la práctica de esa diligencia, sin que se venciera el término señalado...".

"A quien más me puede interesar que mediante un fallo, bien sea condenatorio o absolutorio, se defina en forma definitiva mi situación, y si hoy invoco este beneficio de la libertad provisional, es porque creo tener derecho a él, y que pese a ello, a la libertad, no es óbice para que se continúe la causa hasta el final" (fl.1 49).

Como segundo motivo de discrepancia, aduce que si el artículo 95 del Código de Procedimiento Penal, indica que efectuada la acumulación, para todos los efectos legales se entenderá que las diversas actuaciones se convierten en un solo proceso, es decir que si la primera resolución de acusación quedó ejecutoriada el 21 de mayo de 1998, por la que se halla detenido en su domicilio, al 4 de diciembre (fecha del escrito de impugnación) se ha superado el término de los 180 días. Además, "debe tenerse en cuanta que en el proceso número 2 gozo de la libertad provisional, concedida por la Delegada ante el Tribunal Superior de Cali, tanto al resolver la situación jurídica, como en el auto calificatorio, por lo tanto no podría tenerse en cuenta a partir de la ejecutoria del proceso No. 2, por cuanto gozando de la libertad provisional haría más gravosa la situación del suscrito, partiendo del 11 de junio del año que agoniza" (fl. 50).

Entiende que si en realidad se parte del 11 de junio para contabilizar el término referido en la causal de libertad invocada, entonces se cumplirían el 17 o 18 de diciembre de 1998, debiéndose conceder dicha gracia, atendiendo para ello la economía procesal además que a partir del 19 entrarán a gozar de vacancia judicial.

Finalmente, frente al pronunciamiento del 16 de diciembre de 1998, el procesado sustenta su inconformidad doliéndose de los términos empicados por la Sala que lo califica como persona olvidadiza y que las actuaciones cumplidas a partir del 23 de octubre anterior, estaban en dirección inequívoca de torpedear a cualquier precio la realización de la audiencia pública, no para ejercer el legítimo derecho de defensa, sino para alcanzar el vencimiento de los términos previstos en la causal invocada.

Indica que la normatividad relacionada con la acumulación de causas, por parte alguna consagra la suspensión del derecho a la libertad como garantía fundamental, sino eminentemente referido a la actuación procesal, con la única salvedad de cuando se están practicando pruebas en el exterior o se esté a la espera del traslado de dichos medios de convicción.

así que, si vencieron los seis meses en su caso y no se cumplió el juzgamiento, tiene derecho a su libertad por cumplimiento del requisito objetivo, pues nunca fue su intención molestar al juez plural, mucho menos hacerle perder el tiempo, jugar con la paciencia, mucho menos boicotear el proceso, razones que espera entienda esta Corporación, ya que su intervención se limitó a solicitar la libertad provisional por creer firmemente ser acreedor a ella.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

Se referirá la Sala en primer término sobre los motivos de nulidad aducidos por el defensor del doctor Julio César Rojas Rodríguez, respecto de la falta de motivación de las diferentes resoluciones que en primera y segunda instancia, profirieron las Unidades de Fiscalías Delegadas ante el Tribunal Superior de Cali y ante esta Corporación, en las dos (2) causas acumuladas.

Consagra el artículo 29 de la Carta Política como derecho fundamental, el debido proceso, según el cual, "Nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante juez o tribunal competente y con la observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio"

Así pues, en este asunto, no se cuestiona ninguno de los dos iniciales postulados, es decir, que la conducta atribuida al acusado no se hallaba prevista como infracción penal al momento de la comisión del hecho y que los Fiscales Delegados que tuvieron a su cargo la etapa de instrucción no fuesen los competentes. Solamente el último, para aseverar que no se cumplieron a cabalidad las normas que rigen la actuación en dicha etapa procesal, la que, desde luego, hace parte del debido proceso.

Enseña el artículo 441 del Código de Procedimiento Penal que "El fiscal dictará resolución de acusación, cuando esté demostrada la ocurrencia del hecho y existan confesión, testimonio que ofrezca serios motivos de credibilidad, indicios graves, documento, peritación o cualquier otro medio probatorio que comprometa la responsabilidad del imputado".

De la voluminosa actuación se tiene que los pronunciamientos del doctor Rojas Rodríguez, relacionados ambos con la acción de habeas corpus que se le invocaron cuando se desempeñaba como Juez 23 Penal Municipal de Cali, a criterio de quienes en su momento se desempeñaban como Directores de la Unidad de Fiscalías Delegadas ante los Juzgados Regionales, en virtud del mandato del inciso 2° del artículo 25 del Código de Procedimiento Penal, pusieron en conocimiento de la Unidad de Fiscalías Delegadas ante el Tribunal Superior de la misma ciudad, los hechos que consideraron constitutivos de un posible delito de prevaricato, pues las determinaciones adoptadas por el imputado, en su sentir, se presentaban como manifiestamente contrarias a la ley.

Adelantadas y perfeccionadas en lo posible las dos investigaciones, los instructores hallaron en cada caso, reunidos los requisitos ya mencionados para proferir en su contra resolución de acusación, y así procedieron, siendo claro que cumplieron a cabalidad con los requerimiento formales del artículo 442 ibidem.

Basta con observar cada una de las piezas procesales dictadas en las dos instancias, para concluir como lo hizo el a-quo, que los fundamentos allí expuestos, resultaban acordes con los mandatos constitucional y legal ya precisados, suficientes para el proferimiento de la acusación, pues en manera alguna se le impone la obligación de acusar al imputado, solamente cuando además de estar establecido el hecho punible, deba igualmente hallarse plenamente probada la responsabilidad del mismo.

Se cumplió así el mandato del artículo 230 de la Carta Política, según el cual "Los jueces -entiéndase también Fiscales-, en sus providencias, solo están sometidos al imperio de la ley".

Ahora bien, las transcripciones que los funcionarios judiciales hacen de pronunciamientos de sus superiores jerárquicos dentro del mismo proceso, ora de decisiones de los altos tribunales de justicia, también de criterios de tratadistas y catedráticos con cierto relieve a nivel nacional, o la referencia a los principios generales del derecho, entre otros, como medios para sustentar su pensamiento, no puede constituir ausencia de motivación en la decisión adoptada y por lo mismo generar causal de nulidad, menos aún cuando los funcionarios, como ocurre en el presente caso, fueron amplios en la valoración probatoria, la cual, como es lógico, no ha sido del agrado de quien lleva la representación del acusado.

No puede olvidarse que los pronunciamientos de la segunda instancia, además de ratificar las apreciaciones de los Fiscales de primer grado en los asuntos que ocupa nuestra atención, resultan además complementarios en aquellas materias en las que el recurrente considera no se hicieron las reflexiones suficientes para que la imputación fuese pertinente.

Lo que si resulta claro de la postura del defensor, es que su personal criterio quiere imponerlo a toda costa, al punto que hace peticiones manifiestamente inconducentes dado el estado actual del proceso, como que se acojan sus tesis en favor de su representado y "se le absuelva de todo cargo que se le ha formulado en los pliegos de cargos..", lo cual es propio de los alegatos de conclusión previos al proferimiento del fallo definitivo, es decir, como consecuencia del resultado del debate público en el que se tuvo la posibilidad de controvertir la acusación, lo cual, además, presupone la validez de la actuación y no su nulidad como lo reclama el recurrente a lo largo de su escrito reclamatorio y lo ratifica en la sustentación de la apelación contra la providencia que le negó por inconducente su pretensión.

Respecto a otro motivo de nulidad, es decir, por inobservancia del artículo 399 del Código de Procedimiento Penal por parte de los Fiscales que adelantaron las investigaciones, ninguna razón de las aducidas puede ser aceptada, pues su impertinencia resulta francamente ostensible.

Es el propio recurrente quien al referirse a un posible yerro, según él, en que incurrió su defendido al decidir la acciones de habeas corpus por el volumen de trabajo cuando se desempeñó como Juez 23 Penal Municipal de Cali, en su criterio excusable no obstante su basta experiencia en el ramo penal, admite que el doctor Rojas Rodríguez se hallaba suspendido del cargo por petición del fiscal instructor al Tribunal Superior de Cali, solo que al ser revocada la medida de aseguramiento por el Delegado ante dicha Colegiatura, ante la revocatoria del beneficio de libertad provisional en el otro asunto, al no haberse solicitado la suspensión, se incurrió en prolongación ilícita de la privación de la libertad, demandando las investigaciones pertinentes.

Es claro que cuando un funcionario judicial revoca la medida que ha dado lugar a la solicitud de suspensión de un funcionario público, con la finalidad de hacer efectiva una medida de aseguramiento de detención preventiva o domiciliaria, está en la obligación de comunicarla al nominador para que éste, en ejercicio de sus funciones, tome las medidas conducentes para que cesen los efectos, esto es, ordenar su reintegro si a ello hay lugar. En manera alguna puede el funcionario judicial, salvo los casos expresamente previstos en la ley, ordenar al nominador el reintegro de un funcionario o empleado publico a su cargo, como sí lo pueden determinar los jueces y magistrados de las jurisdicciones laboral y contencioso administrativa, como resultado de la prosperidad de las acciones correspondiente ante el despido injusto, lo cual también ocurre frente a los patronos del sector privado.

Ahora bien, si el procesado se hallaba en detención domiciliaria y por dicha calidad se le notificó la decisión de revocatoria de la medida, no entiende la Corte los argumentos de la defensa, según los cuales el doctor Rojas Rodríguez se vio afectado en su derecho fundamental a ser libre, por el solo hecho de no haberse oficiado oportunamente al Tribunal para informar la determinación adoptada, es decir la revocatoria de la medida de aseguramiento que dio origen a su suspensión en el cargo y, por la negativa del Juez Tercero Penal del Circuito de Cali que le negó el amparo solicitado mediante una acción de habeas corpus, cuando lo cierto es que desde el momento mismo en que se le revocó la medida detentiva, quedó en absoluta libertad de movilización fuera de su residencia, pudiendo acudir a la Citada Corporación para demandar su reintegro, y no lo hizo.

Por eso, frente a la decisión de la Delegada ante la Corte, de revocarle el beneficio de libertad provisional otorgado en una de las resoluciones de acusación, solamente unos días después, en manera alguna podía pasar

desarpecibida, pues contra ella no resultaba procedente recurso alguno y era de inmediato cumplimiento.

Dada la particular circunstancia de no haber sido reintegrado al cargo en el que fue suspendido, necio resulta afirmar que la nueva determinación no podía hacerse efectiva hasta tanto el Tribunal no procediera nuevamente a decretar la misma medida de suspensión.

Nadie puede ser suspendido de un cargo que no desempeña. Pero en el caso concreto, el Tribunal sí se ocupo de ello, pues ante la nueva distribución de los despacho judiciales decretada por el Consejo Superior de la Judicatura, el doctor Rojas Rodríguez pasó a ocupar el Juzgado 19 Penal Municipal de Cali, del cual fue suspendido mediante Acuerdo No. 22 del 27 de mayo de 1998.

Así las cosas, no encuentra la Corte motivo alguno para acceder a la pretensión de invalidación procesal que se reclama.

En cuanto a las pruebas pedidas y denegadas por el Tribunal, es claro que su inconducencia se presenta manifiesta, ya que en este proceso se juzga la conducta del funcionario judicial acusado, no la validez de la actuación y mucho menos la responsabilidad de quienes estando vinculados legalmente a un proceso penal de conocimiento de la justicia regional, con medida de aseguramiento como posibles autores o partícipes en el tráfico de estupefacientes, obtuvieron pronunciamientos favorables para obtener su liberación incondicional, sobre el presupuesto de una ilegal privación de la libertad y prolongación ilícita de la detención.

Las pruebas pedidas y que en forma explícita la Corte dejó consignadas en párrafos anteriores, bien pueden ser conducentes para la defensa de Orlando Angarita Barragán o de Jesús María Angarita Ríos en sus respectivos procesos, o también en los que por las presuntas irregularidades de los funcionarios que intervinieron en las actuaciones preliminares, miembros de la Policía Nacional, incluso contra los Fiscales que tuvieron a su cargos las investigaciones contra dichos ciudadanos, de ser ciertas aquellas, pero jamás podrán tener relación con este asunto, donde se imputa al doctor Rojas Rodríguez la comisión de dos delitos de prevaricato por acción, cuando se desempeñó como Juez 23 Penal Municipal de Cali, cuya argumentación para acceder al amparo de habeas corpus que se le demando, ingresó en terrenos que solo le corresponden al juez natural, como lo es la valoración probatoria, su validez en la aducción, etc.

El doctor Rojas Rodríguez, estaba en la obligación de constatar, en el término que le otorgaba la Constitución y la Ley, el momento de la captura de los retenidos, si ella obedeció o no por orden de autoridad competente, por motivos previamente establecidos en la ley y con las formalidades legales como lo exige el artículo 28 de la Carta Política, pero en manera alguna, a sabiendas de estar afectados por medidas de aseguramiento de deten-

ción preventiva sin beneficio de excarcelación, entrar a cuestionar dichas decisiones y las pruebas sobre las cuales fueron sustentadas, como si se tratara del superior jerárquico que conoce esos precisos aspectos, pero en virtud del recurso de apelación.

Por lo anterior, con sobrada razón el Tribunal denegó su práctica, sin que ello pueda afectar el derecho de defensa, y si bien es cierto que el Tribunal en forma específica no autorizó ni negó la prueba solicitada bajo el No. 12 consistente en que se recepcionara declaración a la doctora Ana Montes y se le interrogara conforme a la cita que le hace el Coronel Vélez Botero, también lo es que sí la relacionó en la página 12 de su proveído, solo que en el análisis de cada una de las pruebas, bien para ordenar su práctica ora para negarla, a folio 31 consignó que "En lo referente a las pruebas pedidas en los puntos ocho, nueve, diez y once (por olvido no se refirió al doce).... Al no guardar relación alguna esos medios de convicción con el debate público que se ha abierto contra el procesado Rojas Rodríguez, se aprecia que tales pruebas no contribuirían a brindar claridad sobre el hecho ilícito que es materia de este juzgamiento...", lo que igualmente resulta de forzosa aplicación para la referida prueba aparentemente omitida en el pronunciamiento, pues en verdad por su naturaleza y finalidad, necesariamente debe correr igual suerte.

Igualmente la Corte confirmará las providencias mediante las cuales el Tribunal Superior de Cali negó al doctor Rojas Rodríguez la libertad provisional, no sin antes precisar que respecto al criterio expuesto en el pronunciamiento del 27 de noviembre de 1998, que esta Sala no comparte y que dio lugar a la aclaración de voto de una de los integrantes de la Sala de Decisión correspondiente, ya existe pronunciamiento de esta Colegiatura en sentido diverso, incluso citado en la referida aclaración de voto, reiterado en posteriores decisiones.

En esa jurisprudencia del 7 de noviembre de 1997, con ponencia del Magistrado doctor Jorge Córdoba Poveda, por mayoría se precisó:

"La detención preventiva representa la más contundente y grave de las intromisiones de la autoridad estatal en la esfera de la libertad de la persona, no obstante lo cual todos los ordenamientos jurídicos de los países civilizados la autorizan, por la necesidad de defenderse eficazmente del delito y, consecuencialmente, de evitar su impunidad, señalándose entre sus finalidades la de garantizar el éxito de la investigación y asegurar la presencia del procesado a la actuación y, particularmente, a la ejecución de la sentencia, en el evento de que llegare a ser condenado".

"Pero para que esa detención cautelar o preventiva pueda cumplir sus finalidades debe materializarse o efectivizarse a través de la detención física o encarcelamiento, lo que ha llevado a la doctrina a distinguir entre la detención jurídica y la detención física o captura".

"La detención física es una medida de policía que consiste en la aprehensión material, es decir, en la privación de la libertad de locomoción de la persona, al ser recluida en un centro carcelario. Como es obvio en un Estado de Derecho, debe sujetarse a los requisitos que señala la ley (arts. 370, 371, 375, 378, etc, del C. de P.P.)".

"La detención preventiva, en cambio, es una medida de carácter jurisdiccional que comporta la privación de la libertad jurídica, que únicamente se puede disponer al interior de un proceso penal, por la autoridad judicial competente, mediante una providencia interlocutoria que debe cumplir determinados requisitos sustanciales y formales y que sólo procede en determinados casos (arts. 388, 389 y 397 ibídem)".

"Como los objetivos de la detención jurídica no se podrían cumplir si no se materializa, esto es, si la persona no es encarcelada, lo normal es que quien tenga resolución de detención preventiva vigente esté privado de la libertad física. Pero por razones de política criminal, la ley ha previsto excepciones, esto es, eventos en que aunque el procesado continúe jurídicamente detenido queda excarcelado o físicamente en libertad. Tales casos se denominan de libertad provisional o de libertad caucionada o de excarcelación y están contemplados en el artículo 415 del Código de Procedimiento Penal".

"De todas maneras, para que proceda la libertad es preciso que se cumplan los presupuestos de la causal invocada, por ejemplo que la persona sea acreedora al subrogado de la condena de ejecución condicional ó que haya cumplido en detención preventiva el tiempo que mereciera como pena privativa de la libertad, etc.".

"En el caso de los numerales 4º y 5º del citado precepto y del parágrafo transitorio, la libertad se logra cuando han transcurrido ciertos términos desde la aprehensión física , sin que se hayan llevando a cabo determinadas actuaciones".

"En un Estado social y democrático de derecho la privación de la libertad física no puede ser indefinida, sino que está sometida a unos límites temporales, dentro de los cuales se deben cumplir actuaciones tendientes al pronto adelantamiento del proceso penal, so pena de que la persona, como consecuencia de esa morosidad, justificada o no del aparato jurisdiccional, recobre su libertad. En los tres casos mencionados ese es el motivo. Una interpretación sistemática de la norma citada, nos lleva a esa conclusión. No es lógico pensar que en el evento del numeral 4º o del parágrafo transitorio sea necesaria la detención física durante cierto lapso para que proceda la excarcelación y que no lo sea en la hipótesis del numeral 5º. No hay motivo razonable que pueda explicar tal diferencia. Es más, una consideración de carácter histórico, refuerza el argumento. En efecto, como lo sostiene el recurrente, en el decreto 2700 de 1991 sí se hacía referencia a que la persona estuviera efectivamente privada de la libertad, expresión

que no reprodujo el artículo 55 de la ley 81 de 1993. Pero rastreando los antecedentes de esta ley y la exposición de motivos en el Congreso de la República, ninguna acotación se hace sobre la causa de la supresión".

"Por otra parte, la razón por la cual se le señaló al aparato de justicia un plazo máximo para calificar el mérito del sumario, cuando hay procesado preso, se debió a la necesidad de imponerle un límite para evitar que las personas permanecieran indefinidamente en tal estado y en investigación, sin que se les formulara pliego de cargos, lo que resultaba atentatorio no sólo del derecho a la libertad sino de la presunción de inocencia. Pero, infortunadamente, la experiencia demostró que fijado ese plazo , el Estado se limitaba a formalizar el pliego de cargos, pero que no era diligente en el adelantamiento de la etapa de juzgamiento, prolongándose también indefinidamente la privación de la libertad y anulándose la finalidad buscada con el plazo señalado para calificar el mérito del sumario, por lo cual hubo necesidad de señalar un nuevo término para que, en el evento anterior, el juez verificara la audiencia, so pena de dejar en libertad al acusado si no lo cumplía".

"Como se ve claramente, la finalidad de los dos numerales fue la misma, esto es, evitar que a los procesados se les prolongara indefinidamente la privación de su libertad física sin que el Estado cumpliera con el deber de administrar una justicia pronta y eficaz, por lo cual la interpretación que pretende hacer el recurrente, con base en la pura exégesis o literalidad del precepto es inaceptable. La no referencia en el numeral analizado a la expresión "privación efectiva de la libertad" se debe atribuir a que no se consideró necesario incluirla, ya que teniendo en cuenta la integridad del precepto, su fundamento y su finalidad, claramente se entiende que sería inane tal inclusión, pues si hubiera querido suprimirla con la intención de que produjera efectos jurídicos, así lo hubiera expresado, pues en un Estado social y democrático de derecho, que por esencia debe ser transparente, el legislador no puede cambiar la norma sin dar la razón, como no la dió en este caso".

No le asiste razón al recurrente cuando afirma que el debate público no pudo realizarse el 23 de octubre de 1998, por deseos de torpedear la actuación, sino porque una vez superado el erróneo entendimiento del artículo 111 del Código de Procedimiento Penal, fue voluntad suya y de su abogado, presentarse a la audiencia pública el día y hora señalados por el Tribunal, como en efecto ocurrió con todos los sujetos procesales, con excepción de su defensor, pues a éste se le presentó un quebranto de salud, acreditando posteriormente su incapacidad.

Si ello fuese verdad, entonces cómo se explica la manifestación del procesado en el sentido de reconocer en principio su voluntad y la del defensor de sustraerse al debate público porque una vez presentada recusación contra el Fiscal como sujeto procesal acusador, entendieron que la actua-

ción se suspendía por mandato del artículo 111 del Código de Procedimiento Penal, solo que advertido el contenido de la reforma del artículo 112 ibidem por el artículo 16 de la Ley 81 de 1993, entendieron que tal suspensión no operaba como inicialmente lo habían estimado.

Sin embargo, observa la Corte que mediante escrito de fecha 14 de octubre (fl. 669) el defensor suplica pronunciamiento sobre "mi memorial solicitando el impedimento de actuación del sujeto procesal doctor Carlos Restrepo Ortegón" y, al día siguiente, es decir el 15 de octubre, presenta escrito en el cual pone de presente sinnúmero de irregularidades para deprecar la nulidad parcial de la providencia de fecha 9 de septiembre inmediatamente anterior, la que había sido ya impugnada en apelación, es decir, del "..literal c. FIJACION DE FECHA y HORA PARA LA REALIZACION DE LA AUDIENCIA PUBLICA (fl. 670 a 673), conforme al artículo 304 del Código de Procedimiento Penal, numerales 2° y 3°, recibiendo respuesta mediante interlocutorio del 16 siguiente (fl. 682 a 689). En la misma fecha, mediante otro pronunciamiento de la Sala, recibió respuesta a su escrito de recusación del Fiscal doctor Carlos Restrepo Ortegón (fl. 675 a 678) el cual apeló al momento de la notificación personal el 20 siguiente (fl. 679).

Mediante escrito del 21 de octubre, solicita la suspensión del proceso invocando el artículo 111 del Código de Procedimiento Penal y por lo tanto que "no se LLEVA A CABO LA AUDIENCIA PUBLICA, señalada para el día 23 de octubre de 1998. Hora 8 y 30 A. M." (fl. 699), petición que le fuera negada al día siguiente (fl. 702), no obstante lo cual el mismo día, presenta a las 5: 59 p.m. (fl. 705 y 706), memorial en el que manifiesta que "el suscrito como el Doctor Rojas Rodríguez nos abstenemos de participar en la aludida diligencia....Además el artículo 55 de la Ley 81 de 1993 en su artículo 5º. En ningún momento ordena al juzgador a dinamizar la actuación si no se refiere al Derecho que tiene el procesado si en un término de seis (6) meses de no llevarse a cabo la Audiencia. Tampoco es viable la instalación de la Audiencia porque debe estar presente el sujeto procesal del Fiscal Delegado para su iniciación, y es precisamente lo que buscamos con la recusación separarlo de la investigación" (subrayas y negrillas fuera de texto).

Como puede apreciarse, la intención manifestada no era otra que evitar que se llevara a cabo el debate público, presentando como única actuación posible de realizar, aquella relativa a la libertad provisional por vencimientos de términos, que era precisamente su objetivo, con tan mala fortuna que tal pretensión no ha tenido eco, la que ni siquiera se atrevió, en su momento a solicitar, pues las dos peticiones que dieron lugar a los pronunciamientos recurridos, fueron suscritas por el acusado Rojas Rodríguez.

No admite duda entonces, la manifiesta actuación dilatoria del defensor, que luego se patentiza con la presentación de una excusa médica en

la cual se dice que se le incapacita por un (1) día, es decir, por el 23 de octubre, por presentar "esquirla de vidrio en ojo Izq." (fl. 715). Sin embargo es de anotar que solamente el 28 de octubre el abogado presenta su escrito exculpatorio (fl. 713), y que el procesado en su escrito de sustentación de los recursos de reposición y de apelación subsidiario contra la providencia de fecha 27 de noviembre, trata de justificar a su defensor advirtiendo que si no se hizo presente, "fue como consecuencia de un imprevisto que se presentara en su salud, como así lo demostró mediante el allegamiento de constancia médica, la cual no puede tacharse de falsa...".

Y en cuanto a su presentación hasta el 28 del citado mes, dice que ello se debió "porque el 24 fue sábado y el 25 domingo, y el 26 y 27 debió atender otros menesteres de esta capital vallecaucana" (fl. 44).

Enseña el inciso segundo del numeral 5° del artículo 55 de la Ley 81 de 1993, que "No habrá lugar a la libertad provisional cuando la audiencia se hubiere iniciado, así esta se encuentre suspendida por cualquier causa, o cuando habiéndose fijado fecha para la celebración de la misma, no se hubiere podido realizar por causa atribuible al sindicado o a su defensor" (Destaca la Corte).

Como ya se dejó ampliamente consignado, han sido múltiples las actuaciones de la defensa dirigidas a evitar que la audiencia pública fuese inicialmente señalada, y luego, impedir su realización, lo cual hace que se imponga la aplicación de la disposición citada, y por lo mismo su representado no podía aspirar a que cumplidos los seis (6) meses desde la ejecutoria de la resolución de acusación de fecha 11 de junio de 1998, que es la segunda que se acumuló a la primera con ejecutoria del 21 de mayo anterior, por cuanto la declaratoria de acumulación impide por mandato legal, que se continúe con su trámite, quedando paralizada hasta al momento en que la segunda quede en igualdad de condiciones procesalmente. Como una vez decretada la acumulación las actuaciones se entienden como una sola, no resulta posible afirmar que el procesado se halla privado de su libertad por la primera, pues en la segunda no puede tener efectos ya que viene gozando del beneficio de excarcelación. Tal concepto resulta verdaderamente desconcertante cuando proviene de un profesional del derecho, especializado en la rama penal, a no ser que su pretensión sea la de dejar constancia sobre su poco entendimiento en la materia y por lo mismo, alegar posteriormente la ya mencionada causal de inculpabilidad a que hizo mención su defensor en el escrito de sustentación del recurso de apelación contra la providencia del 9 de septiembre de 1998, inicialmente referido en el cuerpo de esta providencia.

Finalmente, necio resulta el argumento que invocó el procesado para elevar la petición de libertad que le fuera negada el 16 de diciembre de 1998, consistente en que por la proximidad de las vacaciones judiciales colectivas, el Tribunal no alcanzaría a resolver el recurso de reposición

que como principal interpuso contra la providencia del 27 de noviembre inmediatamente anterior, siendo su derecho el poder elevar cuantas solicitudes crea pertinentes para obtener el reconocimiento de su derecho.

Tal actuación en las condiciones dichas, muestra una véz más el querer del procesado de no estar dispuesto a que los recursos que interpuso adecuadamente, tengan el desarrollo procesal previsto para su notificación y ejecutoria, sino que, por el afán de obtener respuesta anticipada a su escrito de impugnación, provoca un nuevo pronunciamiento cuya oportunidad legal quedaba diferida desde luego, para el presente año, a lo cual no estaba dispuesto.

No es esta la conclusión de la imaginación, sino que así se deduce de sus propias afirmaciones, lo cual no permite que sin elementos de juicio diversos, pueda accederse a su pretensión liberatoria.

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

RESUELVE:

1° CONFIRMAR las providencias impugnadas de fechas 9 de septiembre, 27 de noviembre y 16 de diciembre de 1998, mediante la cual el Tribunal Superior de Cali negó la nulidad del proceso y la práctica de pruebas que solicitara el defensor del procesado doctor Julio César Rojas Rodríguez, así como la libertad provisional que este último en dos oportunidades reclamó del a-quo, por las razones consignadas en la parte motiva.

2° Vuelvan las diligencias al Tribunal de origen y cúmplase.

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

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

La nulidad no es derivable del acto irregular en sí mismo considerado, sino de sus consecuencias. Así fue previsto por el legislador en el artículo 308-1 del Código de Procedimiento Penal y así se llega a un nuevo factor que limita las posibilidades de anulación. El acto puede ser irregular, pero si ha cumplido con la finalidad para la cual estaba destinado no habrá lugar a su invalidez y ello resulta obvio. Si los efectos esperados se verifican, ello tiene la virtud de subsanar el vicio procesal y entonces comportaría un contrasentido acudir al remedio de la nulidad para lograr una finalidad ya existente y concreta en el proceso. Traduciría el culto exclusivo a las formas sin ninguna consideración de las esencias.

Finalmente, otros factores de limitación a la declaración de nulidad en el proceso penal, lo constituyen los principios de protección y de convalidación de actos irregulares, declarados respectivamente en los numerales 3° y 4° del artículo 308 del Código de Procedimiento Penal. Según el primero, salvo cuando se trate de la falta de defensa técnica, no está autorizado para invocar una nulidad el sujeto procesal que con su conducta haya coadyuvado a la ejecución del acto irregular y de acuerdo con el segundo, a condición de que se observen las garantías constitucionales, la irregularidad puede convalidarse por el consentimiento expreso o tácito de la parte perjudicada.

Es supremamente claro, en consecuencia, que la nulidad es un mecanismo extremo en el proceso penal colombiano, al cual sólo puede acudir el funcionario judicial cuando se carezca de otro medio procesal para subsanar la irregularidad sustancial (art. 308-5 C. de P.P.).

Así las cosas, si cualquier defecto sustancial del proceso no trae como consecuencia la declaratoria de nulidad, ello significa que cuando se alega una irregularidad de esa naturaleza y principalmente a través del recurso de casación, con apoyo obviamente en la causal 3ª del artículo 220 del Código de Procedimiento Penal, los requisitos de la formulación del cargo sean especialmente rigurosos. Es insuficiente señalar el acto irregular, afirmar que es sustancial y, sin más, derivar que se afectó el debido proceso. Una propuesta así realizada resulta incompleta, ya que si potencialmente las irregularidades procesales son subsanables, salvo cuando

involucran el derecho de defensa, el censor debe demostrarle a la Corte que el acto procesal cuestionado no cumplió la finalidad para la cual estaba destinado, cómo y qué garantías en concreto resultaron quebrantadas y cuáles las razones. Igualmente que no medió ninguna conducta del propio sujeto procesal que haya contribuido a la ocurrencia de la anomalía y que ésta no resultó convalidada por él mismo, a partir del comportamiento posterior asumido en el proceso. En cualquier caso se le impone también demostrar la influencia de la irregularidad en el fallo.

Proceso No. 13709

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal

Magistrado ponente: Dr. Carlos Eduardo Mejía Escobar

Aprobado acta No. 33

Santa Fe de Bogotá D.C., marzo nueve (9) de mil novecientos noventa y nueve (1.999).

Vistos

Procede la Corte a resolver si la demanda de casación presentada a nombre del procesado Filemón José Palma Flórez, satisface las exigencias formales señaladas en el artículo 225 del Código de Procedimiento Penal.

Antecedentes

Hacia las 8:30 de la noche del 21 de mayo de 1994 varios sujetos armados y con los rostros cubiertos ingresaron súbitamente a la Iglesia Evangélica El Buen Pastor ubicada en La Paz (César). Allí se encontraba José Luis Morón Araujo, Vicepresidente del Consejo Municipal, a quien se llevaron a la fuerza en un vehículo que al siguiente día fue hallado incinerado a pocos kilómetros del lugar.

La suma que los plagiarios exigían por la liberación del secuestrado, US$800.000.00, no lograron obtenerla. El 10 de julio de 1994 las autoridades lograron rescatarlo, ileso, en la Vereda Pie del Cielo del municipio de Manaure.

A la investigación fueron vinculados Manuel Alberto Soto Martínez, Jesús Emilio Rangel López, Alba Raquel Ramírez Giraldo y Filemón José Palma Flórez. Se les resolvió situación jurídica y respecto del último se dispuso el cierre parcial de la investigación el 30 de enero de 1995. Fue acusado por secuestro extorsivo (arts. 1º y 3º de la ley 40 de 1993) el 20 de junio de 1995 y tal decisión resultó confirmada por la Unidad Delegada

ante el Tribunal Nacional el 20 de octubre del mismo año, al revisar su legalidad en desarrollo del recurso de apelación.

El Juzgado Regional de Barranquilla al que le correspondió el trámite del juicio dictó sentencia el 21 de octubre de 1996. Determinó condenar al procesado Palma Flórez, por el cargo de la acusación, a la pena principal de 33 años de prisión y multa de 100 salarios mínimos legales mensuales. Además, a la interdicción de derechos y funciones públicas por el término de 10 años y al pago de 3.000 gramos oro a favor del perjudicado con el delito, por concepto de daños materiales y morales. El Tribunal Nacional, al desatar la apelación que interpuso la defensa, resolvió confirmar integralmente el fallo. Lo hizo el 17 de febrero de 1997, a través de la sentencia que es objeto del recurso de casación.

La Demanda

Dos cargos le hace el recurrente a la sentencia. El primero lo apoya en la causal 1ª de casación, por violación indirecta de la ley sustancial originada en "...errores en la apreciación de determinadas pruebas por parte del fallador..." Refiere como sustentación del cargo que Jesús Emilio Rangel López, en ampliación de indagatoria, afirmó que Filemón José Palma "...fue llevado con engañifas, dizque como escolta de un señor que no le gustaba que le hablaran..." y que cuando se dio cuenta que se trataba de un secuestro huyó del lugar. El propio secuestrado señaló que se presentó una discusión entre dos de los secuestradores, en la que inclusive esgrimieron armas de fuego, la cual fue aprovechada por "...el joven gordito más bajo que él..." para huir del lugar. Y, por último, agrega el casacionista, aparece en el expediente un informe de inteligencia del Das en el cual se expresa que Palma Flórez había sido contratado como escolta, y la versión del señor José Encarnación Nieves quien corrobora lo precedente al manifestar que el procesado, en cuanto había prestado servicio militar, aceptó el empleo de escolta y recibió un anticipo de $ 110.000.00, "...lo cual muestra su dependencia laboral con la persona que lo contrató..."

Tales medios probatorios, dice el censor, son coherentes y corroboran lo dicho por su representado en la indagatoria. "Pero a pesar de esto, tanto el funcionario instructor, como el fallador no le confirieron ningún valor probatorio a un medio de convicción diáfano y cristalino como lo son el testimonio y el informe de inteligencia del Das, y que antes por el contrario los funcionarios en sus providencias hacen presunciones de hombre, y no presunciones de derecho, hasta el punto de suplantar la ley por la imaginación del funcionario, violándose así los artículos 2, 249, 294, 333, 316 y 445 del C. de P.P.", enfatiza el demandante, y señala, por último, que el instructor como el juzgador incurrieron en un yerro al aplicar el artículo 1º de la ley 40 de 1993 y no el 10º de la misma normatividad.

El segundo cargo que el casacionista le realiza a la sentencia lo apoya en el numeral 3º del artículo 220 del Código de Procedimiento Penal. Dice que no se preservaron dentro de la actuación ni el derecho de defensa ni la garantía del debido proceso. Cita los artículos 446 y 457 del Código de Procedimiento Penal, resalta que de acuerdo con el primero el término de traslado previsto para la preparación de la audiencia pública y para solicitar nulidades y pruebas era de 30 días hábiles. Sin embargo, el Juez Regional, a pesar de la vigencia de dichas disposiciones abrió el juicio a pruebas por el término de 20 días, soportado en el artículo 42 del decreto 2790 de 1990, adoptado como legislación permanente por el decreto 2271 de 1991. Con ello, concluye el recurrente, se desconocieron las bases fundamentales del juzgamiento "...demostrándose así que esta irregularidad sustancial afectó las garantías del sujeto procesal Filemón Palma Flórez, contenido lo anterior en el artículo 308 numeral 2º del C. de P.P. y artículo 304 del C. de P.P.".

Añade el demandante que asumió como defensor del procesado 6 meses y medio después de expedida la determinación aludida, lo cual le imposibilitó "...controvertir esta nulidad procesal, porque el proceso se encontraba para presentación de los alegatos de conclusión".

Solicita, en suma, "...que se modifique la sentencia impugnada con base en la aplicabilidad del artículo 10 de la ley 40 de 1993, o en su defecto se decrete la nulidad a partir del auto que avocó el conocimiento de la causa..."

CONSIDERACIONES DE LA SALA

Aunque el principio de prioridad le imponía al recurrente plantear como primer cargo el de nulidad, no haberlo hecho no traduce ninguna impropiedad de la demanda que por sí misma conduzca a su inadmisión. Son, no obstante, otros yerros en los cuales incurrió el casacionista los que llevarán a la Corte a su rechazo.

El primero fue haber formulado en igualdad de condiciones, como principales, dos cargos que se excluyen. Efectivamente, como lo ha sostenido la Sala, alegar la causal tercera de casación de manera simultánea con la primera resulta contradictorio, pues no se puede por una parte sostener la existencia de vicios que afectan la estructura misma del proceso y a la vez partir de que se tramitó conforme a la ley, como supuesto para plantear que se infringieron en forma indirecta normas de derecho sustancial al incurrirse en la sentencia en errores de hecho o de derecho.

Aunque es verdad que el inciso 2º del numeral 4º del artículo 225 del Código de Procedimiento Penal autoriza la presentación de cargos excluyentes, le impone como condición al recurrente que lo haga separadamente y de manera subsidiaria, lo cual incumplió el demandante en el caso examinado.

Pero independientemente de lo precedente, ninguno de los cargos que se presentaron, considerados en sí mismos, cumple con la exigencia formal a que se refiere el numeral 3º del artículo 225 del Código de Procedimiento Penal.

El primero, apoyado en la causal 1ª de casación, cuerpo segundo, le imponía al censor precisar el tipo de error y su sentido. Si se trataba de uno de hecho era su deber señalarle a la Corte qué prueba que obraba en el proceso fue ignorada, o cuál se supuso existente, o qué medio probatorio fue distorsionado en su contenido material o de qué manera resultaron quebrantados los principios de la lógica y de la sana crítica, indicando en cada caso cómo el yerro influyó en la orientación de la sentencia, y si se trataba de error de derecho, la obligación consecuencial del recurrente quedaba limitada a señalar la prueba que se practicó o aportó al proceso sin el cumplimiento de las formalidades esenciales previstas por la ley (falso juicio de legalidad) y naturalmente cómo incidió su consideración en el resultado final del proceso.

El censor, sin embargo, no hizo ningún tipo de precisión sobre ese particular. En la mención del cargo anunció que la violación indirecta de la ley se derivaba de "errores en la apreciación de determinadas pruebas por parte del fallador", que en ningún momento intentó siquiera demostrar, de hecho ignoró completamente los términos de la sentencia y lo que dejó evidente fue su inconformidad con la valoración probatoria realizada por el juzgador, respecto de la cual en ningún momento señaló, y menos probó, que haya desconocido en forma manifiesta los postulados de la lógica y de la sana crítica.

Es que en realidad el esfuerzo del censor quedó limitado a presentar ciertos apartes de algunas pruebas, indicando que los mismos respaldaban la versión de su representado, consistente en que no sabía del secuestro sino que simplemente fue contratado como escolta y que huyó del lugar cuando supo del delito, y aunque lo que se esperaba a partir de tal introducción era que procediera a confrontar los términos del fallo, indicando en qué consistió en concreto el yerro judicial y a señalar su trascendencia, no lo hizo. Se quedó, entonces, en la presentación de su forma de ver las cosas, oponiendo su criterio al del fallador, como si el recurso de casación fuera una tercera instancia y ello, como reiteradamente lo ha expresado la Sala, es en absoluto marginal a la impugnación extraordinaria.

La impropiedad del ataque es, entonces, manifiesta.

E igualmente lo es la del segundo cargo. No es inusual que en el trámite del proceso penal se cometan irregularidades, que en su desarrollo no se cumplan con exactitud matemática todas las formalidades establecidas por la ley. Esa es la realidad y a partir de ella resulta impensable en el derecho procesal contemporáneo plantear que toda irregularidad compor-

te nulidad procesal. Es por ello que la tendencia ha estado orientada a restringir al máximo la utilización de dicho mecanismo, a lo cual no han sido ajenas ni la ley ni la jurisprudencia nacional.

El primer factor de limitación está dado por la taxatividad de las causas que hacen procedente la declaración de nulidad. El artículo 304 del Código de Procedimiento Penal las establece y entonces sólo opera el instrumento de sanción procesal frente a las allí relacionadas, esto es, falta de competencia del funcionario judicial, violación del derecho a la defensa y existencia de irregularidades sustanciales que afecten el debido proceso.

La incompetencia y la conculcación de la defensa son insubsanables y ello no se discute. En cualquiera de los dos casos, demostrada la trasgresión, la respuesta es la nulidad. Pero no sucede lo mismo frente a la causal 2ª del artículo 304 citado, sobre la cual de manera cotidiana se elaboran las más diversas propuestas de anulación. Localizar alguna irregularidad en el procedimiento, señalar que es sustancial y que por lo tanto afecta el debido proceso, es un ejercicio sencillo. Pero insuficiente para que de manera refleja opere la nulidad. Es decir, que en realidad el defecto puede existir e inclusive ser grave, sin que necesariamente conduzca a la invalidación procesal.

Es que la nulidad no es derivable del acto irregular en sí mismo considerado, sino de sus consecuencias. Así fue previsto por el legislador en el artículo 308-1 del Código de Procedimiento Penal y así se llega a un nuevo factor que limita las posibilidades de anulación. El acto puede ser irregular, pero si ha cumplido con la finalidad para la cual estaba destinado no habrá lugar a su invalidez y ello resulta obvio. Si los efectos esperados se verifican, ello tiene la virtud de subsanar el vicio procesal y entonces comportaría un contrasentido acudir al remedio de la nulidad para lograr una finalidad ya existente y concreta en el proceso. Traduciría el culto exclusivo a las formas sin ninguna consideración de las esencias.

Finalmente, otros factores de limitación a la declaración de nulidad en el proceso penal, lo constituyen los principios de protección y de convalidación de actos irregulares, declarados respectivamente en los numerales 3º y 4º del artículo 308 del Código de Procedimiento Penal. Según el primero, salvo cuando se trate de la falta de defensa técnica, no está autorizado para invocar una nulidad el sujeto procesal que con su conducta haya coadyuvado a la ejecución del acto irregular, y de acuerdo con el segundo, a condición de que se observen las garantías constitucionales, la irregularidad puede convalidarse por el consentimiento expreso o tácito de la parte perjudicada.

Es supremamente claro, en consecuencia, que la nulidad es un mecanismo extremo en el proceso penal colombiano, al cual sólo puede acudir el funcionario judicial cuando se carezca de otro medio procesal para subsanar la irregularidad sustancial (art. 308-5 C. de P.P.).

Así las cosas, si cualquier defecto sustancial del proceso no trae como consecuencia la declaratoria de nulidad, ello significa que cuando se alega una irregularidad de esa naturaleza y principalmente a través del recurso de casación, con apoyo obviamente en la causal 3ª del artículo 220 del Código de Procedimiento Penal, los requisitos de la formulación del cargo sean especialmente rigurosos. Es insuficiente señalar el acto irregular, afirmar que es sustancial y, sin más, derivar que se afectó el debido proceso. Una propuesta así realizada resulta incompleta, ya que si potencialmente las irregularidades procesales son subsanables, salvo cuando involucran el derecho de defensa, el censor debe demostrarle a la Corte que el acto procesal cuestionado no cumplió la finalidad para la cual estaba destinado, cómo y qué garantías en concreto resultaron quebrantadas y cuáles las razones. Igualmente que no medió ninguna conducta del propio sujeto procesal que haya contribuido a la ocurrencia de la anomalía y que ésta no resultó convalidada por él mismo, a partir del comportamiento posterior asumido en el proceso. En cualquier caso se le impone también demostrar la influencia de la irregularidad en el fallo.

En el caso examinado lejos estuvo el recurrente de colmar tales exigencias. Le bastó decir que la ley establecía un término de traslado de 30 días para la solicitud de pruebas en el juicio, que el juzgador lo dispuso por 20, que entonces se violó el debido proceso y que por lo tanto se dictó la sentencia en un proceso viciado de nulidad. Nada más.

Si lo que se alega no es que la oportunidad procesal para pedir pruebas o solicitar nulidades se pretermitió, sino que existió pero el término de traslado señalado por el Juez fue menor que el legal, ello por sí mismo no puede presentarse como único argumento para demostrarle a la Sala que el debido proceso resultó conculcado. Sencillamente porque un planteamiento así no traduce ninguna expresión específica del quebrantamiento, ni explica la incidencia de la irregularidad en la orientación del fallo.

¿Qué representó el recorte del término de apertura del juicio a pruebas para el procesado, en concreto naturalmente? Nada dice sobre el particular el demandante y la Corte no lo puede suponer, porque eso significaría completar la demanda y de paso la violación del principio de limitación que rige el recurso de casación. En ningún momento refiere el defensor, por ejemplo, que ciertas pruebas que eran definitivas en el proceso dejaron de decretarse y practicarse por virtud del acto procesal irregular o que por razón del mismo se le haya impedido el ejercicio de alguna de las acciones restantes reservadas a los sujetos procesales, de acuerdo con el artículo 446 del Código de Procedimiento Penal.

En suma, el casacionista enunció la que a su parecer constituyó una irregularidad sustancial del proceso, pero nunca su trascendencia ni su incidencia en el resultado final de la actuación, por lo que no es procedente la admisión de la demanda.

Así las cosas, de conformidad con el artículo 226 del Código de Procedimiento Penal, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia,

RESUELVE:

1º. INADMITIR la demanda de casación presentada a nombre del procesado Filemón José Palma Flórez.

2º. DECLARAR desierto el recurso y devolver el proceso al Tribunal de origen.

3o. Contra la presente decisión no procede recurso alguno (art. 197 del C. de P.P.

Cúmplase.

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

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

DEMANDA DE CASACION/ TIPICIDAD/ NULIDAD

Si lo pretendido por el defensor es cuestionar la calificación del hecho en lo que tiene que ver con el herimiento a (...), para ubicarlo en el delito de lesiones personales y no en el de homicidio por el cual se dictó la sentencia condenatoria, pues en su confusión la parte de la conducta en que este último se causó estaría escindida y justificada, ha debido presentar el cargo apoyado en la causal tercera de casación para demandar la nulidad de lo actuado, pues en las condiciones planteadas la decisión no podría ser absolutoria, sino de condena por un tipo penal distinto del señalado en la resolución de acusación.

Una de las razones por las cuales la errada calificación del hecho debe atacarse dentro del ámbito de la causal tercera de casación, está directamente relacionada con la consecuencia legalmente prevista para cada causal, pues si el recurrente escoge la primera y el reproche prospera, la Corte estaría obligada a dictar fallo de sustitución, lo cual implicaría condenar por un delito distinto del imputado en la resolución acusatoria, propiciándose de esta manera un error judicial, denunciable dentro de los marcos de la causal segunda, por falta de consonancia entre la sentencia y los cargos formulados en la acusación.

Proceso No. 13107

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal

Magistrado Ponente: Dr. *Nilson E. Pinilla Pinilla*

Aprobado Acta N. 33.

Santa Fe de Bogotá, D. C., nueve (9) de marzo de mil novecientos noventa y nueve (1999).

ASUNTO

Se procede a resolver sobre la admisibilidad de la demanda de casación presentada por el defensor del procesado José Gregorio Molina Alfonso, condenado por dos delitos de homicidio simple, en concurso material, homogéneo y sucesivo.

Hechos y Actuación Procesal

En horas de la noche del 24 de junio de 1995, en la casa ubicada en la calle 70 Sur No. 19-F-28/32 del Distrito Capital, a raíz de un altercado familiar José Gregorio Molina Alfonso disparó un revólver que portaba con autorización legal, lesionando a Luis Alfonso y Alexander Vanegas Vizcaya, hermanos de su compañera permanente Doris Liliana Gil Vanegas, quienes murieron cuando eran trasladados a un centro asistencial.

Abierta investigación, José Gregorio Molina Alfonso fue oído en indagatoria y el 29 de junio siguiente la Fiscalía 57 Seccional de la Unidad Quinta de Vida de Santa Fe de Bogotá resolvió su situación jurídica con medida de aseguramiento de detención preventiva, por homicidio (fls. 35 a 40 cd. inicial).

Clausurada la instrucción, la misma Fiscalía el 18 de octubre de 1995 la calificó, profiriendo resolución de acusación contra el indagado, por el homicidio de Luis Alfonso y Alexander Vanegas Vizcaya, providencia que el siguiente 3 de noviembre repuso a solicitud de la representante del Ministerio Público, para adicionar que la acusación es por homicidio "en concurso homogéneo sucesivo" (fls. 127 a 138, 145 y 146 ib.).

Adelantado el juicio por el Juzgado 69 Penal del Circuito de Santa Fe de Bogotá, el 31 de julio de 1996 condenó por tal consurso a José Gregorio Molina Alfonso, imponiéndole 40 años de prisión y 10 años de interdicción de derechos y funciones públicas, además de la obligación de indemnizar en concreto los perjuicios causados a la mamá de las víctimas.

La sentencia fue recurrida por la defensa y confirmada en todas sus partes por el Tribunal Superior de Santa Fe de Bogotá, el 31 de octubre del mismo año, fallo que el defensor pide casar.

La Demanda de Casación

Especificada la sentencia contra la cual va dirigido el recurso extraordinario, mencionados parcialmente los sujetos procesales y sintetizados los hechos y la actuación procesal, el defensor de José Gregorio Molina Alfonso acude al inciso 2° del numeral 1° del artículo 220 del Código de Procedimiento Penal, para acusar el fallo "por violación indirecta a la norma sustantiva, por error de hecho en la apreciación de la prueba testimonial y documental, debidamente aportada al plenario".

En lo que denomina "IRREGULARIDAD PRINCIPAL", dice que en el concurso sucesivo los varios hechos se realizan en momentos distintos, siendo su principal característica de carácter cronológico, "sin importar la duración que medie entre uno y otro comportamiento", por lo cual cada caso merece "su análisis por separado".

Bajo el título "DEMOSTRACION DE ESTA IRREGULARIDAD", luego de mencionar a algunos declarantes, sostiene el recurrente que en el primer episodio su defendido tan sólo ocasionó lesiones a Luis Alfonso Vanegas Vizcaya, pretendiendo corroborar esta conclusión al tomar en cuenta que, según lo constatado en la necropsia, sólo dos de sus heridas eran mortales.

En relación con "el segundo caso", afirma que de acuerdo con esos mismos declarantes, Alexander Vanegas Vizcaya ingresó a la alcoba que ocupaba el procesado, con una botella en su mano derecha, advirtiéndole "que lo que era con su hermano era con él" y ante este reto Molina Alfonso "le dispara sin intención de matarlo". Enseguida se pregunta el demandante qué derecho buscaba defender Alexander Vanegas, sugiriendo que su actitud perseguía "vengar las heridas que había recibido su hermano Alfonso" (f. 61 CD. Tribunal).

En el "desarrollo del tercer hecho", comenta que, según las mismas versiones, cuando Alexander "yacía en el piso de la pieza de José Gregorio", nuevamente apareció Alfonso Vanegas, quien forcejeó con el acusado, cayendo ambos al suelo, momento en el cual se escucharon otras dos detonaciones, quedando en el piso Alfonso, quien no defendía derecho alguno, de manera que en opinión del recurrente "los móviles que produjeron este lamentable hecho, son totalmente diferentes y por ende, cada caso merece su análisis propio y por ende existe irregularidad, por no apreciar la prueba en su totalidad y en conjunto" (f. 62 ib.).

Enumera como quebrantados los artículos 3, 5 y 26 del Código Penal, 29 de la Constitución Política, y 247, 248 y 254 del Código de Procedimiento Penal.

Al referirse a una "segunda irregularidad", cita el numeral 4° del artículo 29 del Código Penal y recuerda que para que se configure legítima defensa, se requiere que contra derecho propio o ajeno se presente una agresión actual e inminente y que la defensa sea necesaria y proporcional a la agresión. Vuelve el demandante sobre la forma como se desenvolvieron los hechos investigados, para decir que en desarrollo del primer embate su representado sólo causó lesiones personales a Luis Alfonso Vanegas Vizcaya, presentándose la reacción de venganza de Alexander; considera así que se reúnen los requisitos de la legítima defensa, pues la actitud de éstos era de simple venganza, estando su prohijado "en la obligación de repelerla", pues si no él habría sido la víctima.

Reseña como infringidos los artículos 1, 2, 3, 4, 5, 6, 29 del Código Penal, 29 de la Constitución Política y "320 num. 1. inc. 2° del C. P. P." y, sin más, solicita casar la sentencia del Tribunal.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

Constituye requisito inexcusable de la demanda de casación, para que el recurso pueda ser tramitado, que los fundamentos de la causal invocada en orden a procurar la remoción del fallo impugnado de manera extraordinaria, sean expuestos en forma clara y precisa: además, cuando fueren varias las causales invocadas, se presente en capítulos separados la sustentación relativa a cada una; y que si se trata de alegar cargos excluyentes, los aduzca el censor en forma separada y de manera subsidiaria, exigencias que surgen de lo previsto en los numerales 3 y 4 del artículo 225 del Código de Procedimiento Penal, al igual que del último inciso de esta disposición.

Cada causal de casación se inspira en unos determinados motivos, está sometida a una precisa técnica en su demostración y tiene adscrita sus propias consecuencias jurídicas, de tal forma, si la causal planteada es la primera o la segunda, la Corte debe dictar fallo de sustitución; si es la tercera y el vicio trasciende la sentencia, la solución será la nulidad de una parte o mucho de la actuación (art. 229 C. de P. P.), debiendo el casacionista especificar y postular lo que sea pertinente.

En el asunto examinado, surgen ingentes las imprecisiones y falta de claridad de las mal delimitadas objeciones que se formulan, en lo que al igual llegaría a interpretarse como un mismo contexto argumental o como dos eventualidades excluyentes, planteadas sin tener en cuenta el deber de separarlas y elevarlas subsidiariamente, con lo cual el planteamiento desconoce una de las premisas básicas de forma, de las que otorgan viabilidad al examen de la impugnación extraordinaria.

Si lo pretendido por el defensor es cuestionar la calificación del hecho en lo que tiene que ver con el herimiento a Luis Alfonso Vanegas Vizcaya, para ubicarlo en el delito de lesiones personales y no en el de homicidio por el cual se dictó la sentencia condenatoria, pues en su confusión la parte de la conducta en que este último se causó estaría escindida y justificada, ha debido presentar el cargo apoyado en la causal tercera de casación para demandar la nulidad de lo actuado, pues en las condiciones planteadas la decisión no podría ser absolutoria, sino de condena por un tipo penal distinto del señalado en la resolución de acusación.

Una de las razones por las cuales la errada calificación del hecho debe atacarse dentro del ámbito de la causal tercera de casación, está directamente relacionada con la consecuencia legalmente prevista para cada causal, pues si el recurrente escoge la primera y el reproche prospera, la Corte estaría obligada a dictar fallo de sustitución, lo cual implicaría condenar por un delito distinto del imputado en la resolución acusatoria, propiciándose de esta manera un error judicial, denunciable dentro de los marcos de la causal segunda, por falta de consonancia entre la sentencia y los cargos formulados en la acusación.

Pero el lacónico y a la vez anfibológico desarrollo de la censura deja a la Corte sin saber si lo perseguido por el recurrente es la condena de su representado por otro delito, o el reconocimiento de la justificante de la legítima defensa en uno de los punibles, o en ambos, o la reducción punitiva, y aún alternativas en la forma de culpabilidad, pues deja la idea de que, en su criterio, una parte de la acción pudo haber sido culposa o quizás preterintencional, en la medida en que haya disparado sin intención de matar, conatos de argumentación que en ningún caso concreta.

Todavía más, indica apoyarse en la causal primera de casación, ante violación indirecta de la ley sustancial por error de hecho en la apreciación de algunos medios de comprobación testimonial y "documental", que no explicita, ni reprocha la evaluación que sobre ellos efectuó el juzgador, ni acierta en señalar las normas de derecho sustancial que hayan sido aplicadas indebidamente y las que correlativamente habrían dejado de aplicarse.

Tampoco concreta en que consistió el error, de qué naturaleza es, cómo se llegó a él y qué incidencia tuvo en la parte resolutiva de la sentencia, limitando el planteamiento a una confusa opinión contraria a la sustentada apropiadamente por los juzgadores de instancia, olvidando que la simple diferencia de pareceres sobre la apreciación de las pruebas no pueda ser erigida como yerro impugnable en casación.

En lo que el censor denomina "SEGUNDA IRREGULARIDAD", se realza el incumplimiento de los requisitos formales que le permitirían encauzar el recurso extraordinario que intenta, cerrando cualquier posibilidad de estudiar de fondo la demanda al romper la necesaria conexidad entre la formulación del reparo y su intento de desarrollo y dejar percibir falta de distinción conceptual entre la violación directa y la indirecta de la ley, sumada a igual confusión sobre los motivos de cada una.

El demandante abandona el objetivo del recurso y vuelve a lanzar interrogantes, en estilo pasable en un alegato de instancia pero improcedente para demostrar algún error en el fallo, en cuanto con base en el análisis racional de la prueba la judicatura arribó a la conclusión del concurso material homogéneo y sucesivo de los homicidios contra los hermanos Vanegas Vizcaya, sin el pretendido reconocimiento de la causal de justificación de legítima defensa, fallo que llega amparado por la doble presunción de acierto y legalidad.

Lejos de desvirtuar tal presunción, el censor insiste en exponer su particular análisis, no de las pruebas propiamente tales, sino de las conclusiones que él extrae de la fragmentación de los hechos en tres etapas, que pretende desconectar entre sí, dando a entender que las muertes surgieron cuando José Gregorio Molina reaccionó contra Alexander Vanegas al tratar éste de vengar las lesiones ocasionadas a Luis Alfonso Vanegas, quien tuvo fuerzas para regresar luego, también con ánimo vindicativo,

llevando los hermanos la peor parte al repeler José Gregorio las sucesivas agresiones.

Edifica así sobre conjeturas y personales deducciones una hipótesis de legítima defensa, pero deja sin determinar en qué consistieron los yerros que presuntamente habrían llevado al Tribunal a desconocer tal causal de justificación.

Quedan en evidencia las insuperables imprecisiones y falta de claridad de una demanda formulada por fuera del exigido marco técnico, no resultándole posible a la Corte suplir al libelista para llenar los vacíos que deja, u optar por alguno de los extremos que apenas insinúa, lo cual conllevaría además el riesgo de interpretar mal su pensamiento.

Por consiguiente, en acatamiento de lo instituido por los artículos 225 y 226 del Código de Procedimiento Penal, la Corte debe rechazar la demanda por los requisitos formales que incumple y declarar desierto el recurso interpuesto. Contra esta providencia, que adquiere ejecutoria en la misma fecha de su suscripción (art. 197 ib.), no cabe recurso alguno.

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

RESUELVE:

RECHAZAR IN LIMINE la demanda de casación presentada por el defensor del procesado José Gregorio Molina Alfonso y, en consecuencia, declarar DESIERTO el recurso interpuesto.

Contra esta providencia no procede recurso alguno.

Cópiese, comuníquese y devuélvase al Tribunal de origen.

Cúmplase.

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

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

LIBERTAD PROVISIONAL/ SECUESTRO EXTORSIVO

La actividad que entraña el secuestro extorsivo de personas denota en sus agentes enorme insensibilidad, reflejada en la carencia de toda consideración y respeto por sus deberes familiares y sociales, factores indicativos de la necesidad del cumplimiento íntegro de la pena como garantía de rehabilitación.

El secuestro es uno de los más reprochables hechos punibles, puesto que en su desarrollo se involucran valores trascendentales no solo de la víctima primaria, sino, de toda su familia. La integridad física y psíquica de quienes padecen este flagelo se viene a menos, se deteriora la salud y en el ambiente de zozobra que genera la expectativa de vida o muerte al arbitrio de los plagiarios se generan daños de tal naturaleza que muchas veces son ya irreparables e irreversibles. Es que en el desarrollo de los acontecimientos, sus cómplices, no dudaron en avanzar hasta el homicidio, como lo hicieron, con el propósito de lograr finalmente alzarse con una suma de dinero producto de la extorsión.

Proceso No. 14756

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal

Magistrado Ponente: Dr. *Edgar Lombana Trujillo*

Aprobado Acta No. 33

Santa Fe de Bogotá D. C., nueve (9) de marzo de mil novecientos noventa y nueve (1999).

VISTOS

La Sala resuelve la solicitud de "libertad inmediata" elevada por el defensor de los procesados Antonio Ricardo Rodríguez Prieto y Wilson Santiago Ortega Peralta, por haber descontado las dos terceras partes de la pena, de conformidad con lo estipulado en el artículo 72 del Código Penal. Igualmente, idéntica petición que en memorial separado hizo el no recurrente José Antonio Guevara Tuirán.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

1-. Se precisa al iniciar que por no encontrarse ejecutoriada materialmente la sentencia condenatoria, aunque se solicita "libertad inmediata" ha de entenderse la petición como de libertad provisional, referida a las previsiones del numeral 2° del artículo 415 del Código de Procedimiento Penal.

2-. Los señores Antonio Ricardo Rodríguez Prieto, Wilson Ortega Peralta y José Antonio Guevara Tuirán, fueron capturados el quince (15) de diciembre de mil novecientos ochenta y ocho (1988), en desarrollo de un operativo policial destinado a desmantelar una banda dedicada a la extorsión y al secuestro. (folio 143 cdno. 1)

Finalizada la investigación el Juzgado Primero Penal del Circuito de Sincelejo, en sentencia del 18 de noviembre de 1997, condenó a Rodríguez Prieto y a Ortega Peralta, a purgar la pena principal de treinta (30) años de prisión, como autores responsables del concurso de delitos conformado por homicidio agravado, secuestro extorsivo y lesiones personales; y a Guevara Tuirán, a la pena principal de veinte (20) años de prisión por el punible de secuestro extorsivo cometido en dos personas. (folio 1102 cdno. 3).

La decisión fue confirmada íntegramente por el Tribunal Superior de la misma ciudad, en decisión de segunda instancia proferida el 6 de febrero de 1998, (folio 3 cdno. Tribunal), y en contra de ella los dos primeros interpusieron el recurso de casación que está haciendo trámite en la Corte Suprema de Justicia.

3-. Significa lo anterior que en la actualidad los tres justiciables cumplen diez (10) años, dos (02) meses y veinticuatro (24) días en privación física de la libertad. Es decir, ciento veintidós (122) meses más veinticuatro (24) días.

Es pertinente aclarar que desde la fecha en que fueron capturados paralelamente estuvieron a disposición de las autoridades que adelantaron un proceso distinto; el finalmente fallado por el Juzgado de Instrucción Criminal Especializado de Sincelejo, que mediante sentencia del 28 de abril de 1989, condenó a los mismos señores a la pena de veinte (20) años de prisión, por el delito de secuestro extorsivo del que se hizo víctima a otro ciudadano. Esta decisión fue confirmada el 25 de agosto de 1989, por el Tribunal Superior de Sincelejo. (folios 875 y 895 cdno. 3)

La anterior glosa con el fin de explicar por qué razón no recuperaron su libertad por vencimiento de términos si fueron capturados el 15 de diciembre de 1988 y la sentencia de primera instancia en el asunto cuya casación está en trámite, solo se profirió hasta el 18 de noviembre de 1997.

De otra parte, como el pronunciamiento que emite la Sala respecto de los requisitos para obtener la libertad deprecada es meramente provisto-

nal, puesto que la sentencia aún no está ejecutoriada, en el evento que nos ocupa, para el análisis formal vale mencionar el artículo 505 del Código de Procedimiento Penal, que al consagrar la acumulación jurídica de penas estipula que cuando se hubieren proferido varias sentencias en diferentes procesos, la pena impuesta en la primera decisión se tendrá como parte de la sanción a imponer.

No obstante, y aunque los jueces de instancia no hicieron referencia alguna a la detención paralela de los procesados, en el sentido de abonar a la pena impuesta el tiempo que llevaban ya detenidos, de tal situación no puede derivarse perjuicio para ellos, toda vez que al advertirse ahora el aparente conflicto, se propenderá por la primacía del derecho sustancial.

De suerte que, para los cómputos destinados a verificar los requisitos para acceder a libertad provisional, el tiempo en prisión que llevan en virtud de la sentencia del Juzgado de Instrucción Criminal Especializado de Sincelejo, proferida el 28 de abril de 1989, se tendrá como parte descontada también de la sentencia del Juez Primero Penal del Circuito de Sincelejo, suscrita el 18 de noviembre de 1997, siendo esta última, se reitera, la que originó el recurso extraordinario de casación, de no ser así ocurriría una especie de suma aritmética de las penas impuestas en cada causa, desconociendo de paso la legislación vigente.

4-. Tratándose de los hechos punibles de secuestro extorsivo, homicidio agravado y lesiones personales, podrían alcanzar su libertad provisional si y solo si se reunieran a cabalidad los requisitos establecidos en el artículo 72 del Código Penal, entre ellos haber cumplido las dos terceras (2/3) partes de la condena, y que su personalidad, su buena conducta y sus antecedentes de todo orden, permitan suponer fundadamente su readaptación social.

5-. Se trata ahora de verificar si los señores Rodríguez Prieto, Ortega Peralta y Guevara Tuirán, alcanzan ya ese guarismo, o si convergen los requisitos indispensables para recobrar su libertad.

Las dos terceras partes de la condena a treinta años de prisión equivalen a veinte (20), que traducidos en meses son doscientos cuarenta (240). Para la pena de veinte años los dos tercios son doce (12) años más dieciséis (16) meses, es decir ciento sesenta (160) meses.

Como quiera que del devenir procesal ha determinado situaciones diferentes para los peticionarios, en cuanto sea menester, en forma separada se analizará el caso de cada uno de ellos, anticipando que las directivas de la Cárcel del Distrito Judicial de Sincelejo, remitieron los documentos que soportan la dedicación de los internos al estudio y al trabajo, con los conceptos de "ejemplar" conducta y "ejemplar" desempeño de sus funciones, de modo que es factible el pronunciamiento provisional sobre la redención de pena que les pueda corresponder.

5.1-. El señor Antonio Ricardo Rodriguez Prieto, aportó diez (10) certificados en los que consta trabajo y estudio adelantados en prisión:

Certificado No.	Concepto	Horas	Folio
sin	estudio	360	40
660C	estudio	600	52
sin	trabajo	2.248	36
sin	trabajo	3.328	38
sin	trabajo	840	40
038201	trabajo	224	42
039417	trabajo	440	44
660 t	rabajo	320	46
660A	trabajo	5.856	48
660B	trabajo	3.588	50

Se avalan 960 horas de estudio y 16.844 horas de trabajo, por las que se debe reconocer como redención de pena el tiempo de treinta y siete (37) meses y veintidós (22) días.

La sumatoria de esta cifra a la de privación física de la libertad asciende a ciento sesenta (160) meses más catorce (14) días, cantidad muy inferior a doscientos cuarenta (240) meses, que indican las dos terceras partes de la condena, circunstancia que impide acceder a la libertad anhelada.

5.2-. Haciendo una revisión global se observa que el señor Wilson Santiago Ortega Peralta, ha aportado trece (13) certificados en los que consta trabajo y estudio:

Certificado No.	Concepto	Horas	Folio
sin	estudio	2.466	58
sin	estudio	516	60
sin	trabajo	1.692	56
sin	trabajo	840	60
036	trabajo	1.664	62
039481	trabajo	416	63
037210	trabajo	532	64
038601	trabajo	212	65
038225	trabajo	264	66

661C	trabajo	600	67
661B	trabajo	3.521	68
661A	trabajo	5.896	69
661	trabajo	168	70

Los cómputos señalan 2.982 horas de estudio y 15.808 horas de trabajo, que generan redención de pena igual a cuarenta y un (41) meses más seis (06) días, monto que al ser adicionado al lapso de permanencia intramural arroja un total de ciento sesenta y tres (163) meses y veintidós (22) días.

Como ocurrió en el caso anterior, Ortega Peralta aún no ha descontado las dos terceras partes de la condena a treinta años que se le impuso. La ausencia del requisito objetivo releva a la Sala de estudiar los componentes subjetivos del artículo 72 del Código Penal, e impide la recuperación de la libertad.

5.3-. Con la solicitud del señor José Antonio Guevara Tuirán, se adjuntaron siete (07) certificados por estudio y trabajo aptos para acceder al beneficio de redención:

Certificado No.	Concepto	Horas	Folio
sin	estudio	2.066	92
sin	trabajo	427	82
sin	trabajo	5.832	84
	sin trabajo	5.392	86
sin	trabajo	5.840	88
sin	trabajo	5.848	90
sin	trabajo	2.920	92

Son 2.066 horas de estudio y 26.529 horas de trabajo, que traducidas en los factores de redención de pena significan sesenta (60) meses y trece (13) días.

Sumando las cifras de restricción efectiva de libertad y la de redención se obtiene la cantidad de ciento ochenta y tres (183) meses y cinco (05) días de pena descontada. Las dos terceras partes de veinte años de prisión a los que fue condenado el señor Guevara Tuirán, equivalen a ciento sesenta (160) meses, tiempo que es superado, de suerte que se rebasa el requisito objetivo y se torna imprescindible el pronunciamiento sobre el factor subjetivo previsto en la norma citada.

6-. Este ejercicio ofrece aspectos que se oponen a la aspiración del procesado, toda vez que el delito que se le imputa y por el cual fue conde-

nado a la postre en primera y segunda instancia, impide emitir un diagnóstico favorable.

La actividad que entraña el secuestro extorsivo de personas denota en sus agentes enorme insensibilidad, reflejada en la carencia de toda consideración y respeto por sus deberes familiares y sociales, factores indicativos de la necesidad del cumplimiento íntegro de la pena como garantía de rehabilitación. Las circunstancias modales en que el señor José Antonio Guevara Tuirán, participó en el delito ponen de manifiesto una personalidad ambiciosa y sin escrúpulo, pues la idea de aprehender ciudadanos de manera violenta y absolutamente ilegal, con ánimo de lucro, fue superior al impacto que causa en la comunidad este delito.

El secuestro es uno de los más reprochables hechos punibles, puesto que en su desarrollo se involucran valores trascendentales no solo de la víctima primaria, sino, de toda su familia. La integridad física y psíquica de quienes padecen este flagelo se viene a menos, se deteriora la salud y en el ambiente de zozobra que genera la expectativa de vida o muerte al arbitrio de los plagiarios se generan daños de tal naturaleza que muchas veces son ya irreparables e irreversibles. Es que en el desarrollo de los acontecimientos, sus cómplices, no dudaron en avanzar hasta el homicidio, como lo hicieron, con el propósito de lograr finalmente alzarse con una suma de dinero producto de la extorsión.

Como si fuera poco, el señor Guevara Tuirán y sus compañeros de andanzas ya habían incurrido en conductas similares, por las que fueron condenados a la pena de veinte años de prisión por el Juzgado de Instrucción Especializado de Sincelejo, antecedente que enseña que eligió el delito como forma de vida y de acceder al dinero de forma ilegal, a riesgo de los derechos fundamentales de las personas.

De esta manera, el pronóstico que se emite acerca del factor subjetivo sobre el procesado no resulta favorable para su pretensión libertaria, pues sin dejar de reconocer el efecto de la detención que está padeciendo, en punto de los fines de la pena, este solo hecho no resulta suficiente para afirmar que ha logrado su resocialización, y por tanto, que deba retornar sin reparo alguno a la sociedad.

También cabe recordar que las constancias de buena conducta a cargo de las directivas del centro de reclusión en manera alguna sustituyen la labor valorativa del juez, pues aquellas consisten exclusivamente en un parámetro indispensable para hacer viables los beneficios administrativos otorgados a los reclusos por la Ley 65 de 1993, en tanto que ésta emana del análisis crítico de la personalidad del procesado y de las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que fue cometido el reato, con el fin de verificar el cumplimiento de los fines de la pena y especialmente el que pretende la rehabilitación social.

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

RESUELVE:

PRIMERO: NEGAR a los procesados Antonio Ricardo Rodríguez Prieto, Wilson Santiago Ortega Peralta y José Antonio Guevara Tuirán, la libertad provisional solicitada.

SEGUNDO: Para lo de su competencia, remítase copia de este proveído al Director de la Cárcel del Distrito Judicial de Sincelejo.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

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

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

CASACION/ DELITOS CONEXOS

El recurrente le da un desatinado entendimiento al inciso segundo del artículo 218 del C. de P. Penal, ya que no basta que los delitos sean conexos para que proceda la casación por la vía común, sino que es menester que en uno de ellos el máximo de la pena privativa de la libertad imponible sea o exceda de 6 años, entre otros requisitos.

Al respecto ha sostenido la Sala:

«Varias son las hipótesis que pueden presentarse al estudiar la procedencia del recurso de casación, cuando en la sentencia se ha juzgado un concurso delictual.

«a). Que todos lo delitos objeto del fallo estén sancionados con pena privativa de la libertad que sea o exceda de seis (6) años, caso en el cual ningún problema se presenta, ya que de conformidad con el artículo 35 de la ley 81 de 1993, el recurso es procedente para todos estos ilícitos individualmente considerados, sin que para este efecto importe que hubieren sido objeto de juzgamiento conjunto.

«b). Que no todos los delitos materia del fallo estén sancionados con pena privativa de la libertad que sobrepase los seis (6) años de duración.

«Dos casos pueden distinguirse dentro de esta segunda hipótesis:

«1). Que en la demanda se hagan cargos no solamente en relación con los delitos que por su máximo punitivo no son susceptibles del recurso, sino también respecto de aquellos por los que sí procede éste, evento en el cual coinciden el concepto de la Delegada y la opinión de esta Sala, en el sentido de que el recurso en este caso sería procedente para todos los delitos, porque como lo dice el precitado artículo 35, en este supuesto el recurso «se extiende a los delitos conexos, aunque la pena prevista para éstos sea inferior a la señalada en el inciso anterior»

«2). Que la demanda contenga cargos pero exclusivamente en relación con alguno o algunos de los delitos que por la duración máxima de la pena no son susceptibles del recurso

«....

«Para la Sala..... en la hipótesis que se comenta, el recurso sí resulta procedente, no obstante que el actor no formule ataque alguno en relación con el delito o delitos concurrentes que por su penalidad sean susceptibles de este extraordinario medio de impugnación.

«Para demostrar lo justo y acertada que es esta posición de la Corte, es preciso acudir al artículo 218 del C. de P.P., subrogado por el ya citado artículo 35 de la ley 81 de 1993, que en su inciso segundo dispone: «El recurso se extiende a los delitos conexos, aunque la pena prevista para éstos sea inferior a la señalada en el inciso anterior».

«En realidad en esta norma no se está disponiendo, como parece entenderlo la Delegada, que la demanda de casación puede extenderse a los delitos conexos aunque tengan pena menor que la exigida para la procedencia del recurso. Lo que en ella se prescribe es la extensión del recurso en relación con estos delitos, que es cosa muy distinta.

«En otras palabras: la norma en comento al extender el recurso, no lo condiciona, en parte alguna, a que en la demanda se formulen cargos respecto del delito o delitos que tenga señalada pena privativa de la libertad no menor de seis años, lo cual es coherente, porque como se dijo, no es un caso de extensión de la demanda sino de extensión del recurso.

«Hacer la exigencia que pretende la Delegada implicaría no sólo recortar sin razón los alcances benéficos de esta facultad, sino también obligar a los recurrentes a que pretexten unos cargos en relación con uno cualquiera de los delitos susceptibles del recurso, para así habilitar el ataque por los delitos 'menores'» (Casación No. 8477, septiembre 5 de 1994. M. P. Dr. Guillermo Duque Ruiz).

Más recientemente expresó:

«En efecto, consultando la naturaleza y la extensión de la sanción correspondiente a la infracción, preceptúa el artículo 218 del Código de Procedimiento Penal que en principio habrá lugar a la casación «por los delitos que tengan señalada pena privativa de la libertad cuyo máximo sea o exceda de seis (6) años».

«Si este requisito no se cumple, aún podría intentarse el recurso extraordinario por extensión, siempre y cuando se trate de un delito conexo con otro u otros que sí reúnan la exigencia, o en su defecto, y limitando su viabilidad a alguna de las taxativas razones que se consignan en el inciso tercero de la norma, sometiendo el examen de las razones del impugnante a la discrecionalidad de la Sala de Casación Penal de la Corte.

«.....

«Así, por caso, en pronunciamiento de marzo 10 de 1994, con ponencia del Magistrado doctor Dídimo Páez Velandia, tuvo ocasión la Sala de sostener que la conexidad, para los fines del recurso extraordinario de casación, debía entenderse

'... siempre que se haya impugnado el fallo por el delito cuyo máximo punitivo lo admite, o por lo menos, cuando se haya condenado por él al recurrente así su cuestionamiento sólo se relacione con los conexos (por ser este aspecto solamente conocido en el escrito de demanda)'.

«Afirmación que sustentó sobre estas dos explícitas razones:

«... a). En materia penal la responsabilidad es siempre individual y por consiguiente la conexidad delictiva para efectos de viabilidad del recurso extraordinario cuenta independientemente para cada procesado, y b).- Porque de no ser así, se estaría desconociendo el interés legítimo para recurrir, en la medida en que no podría impugnar un procesado condenado por el delito conexo cuyo máximo punitivo no admite la casación a nombre del coprocesado condenado por el delito cuya pena sí la admite». (Casación No. 11.081, febrero 24 de 1998. M. P. Dr. Juan Manuel Torres Fresneda)

Proceso No. 15424

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal

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

Aprobado acta No. 34

Santa Fe de Bogotá, D.C., diez (10) de marzo de mil novecientos noventa y nueve (1999).

VISTOS

Decide la Corte el recurso de hecho interpuesto por el defensor del procesado Jesús Angulo García, condenado por los delitos de ejercicio de actividad monopolística de arbitrio rentístico y falsedad marcaria.

ANTECEDENTES

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, Sala de Decisión Penal, mediante sentencia del 24 de septiembre de 1998, confirmó la condena que el Juzgado Quinto Penal del Circuito de la misma ciudad impuso a Jesús Angulo García, como autor de los delitos citados en precedencia.

Dentro del término legal, el defensor interpuso el recurso de casación, que le fue concedido por auto de sustanciación fechado el 28 de octubre siguiente.

Contra la anterior decisión, el Procurador Delegado 61 interpuso recurso de reposición, ya que estimó que la pena de los citados hechos punibles no alcanzaba los 6 años de prisión, conforme lo exige el artículo 218 del Código de Procedimiento Penal, para recurrir la sentencia a través de la casación por la vía común.

El Tribunal de Cali, al desatar el recurso, mediante proveídos del 20 de noviembre y del 14 de diciembre del mismo año, revocó la decisión y denegó el recurso extraordinario de casación, apoyándose en el anterior criterio.

Inconforme con el anterior pronunciamiento, el defensor del procesado interpuso recurso de hecho, el cual fue debidamente tramitado, expidiéndose las copias solicitadas. Durante el traslado de ley presentó dos escritos cuyas argumentaciones se pueden sintetizar así:

Asegura que su defendido tiene derecho a impugnar la sentencia a través del recurso extraordinario de casación, máxime que, al tenor del inciso segundo del artículo 218, ibidem, se trata de delitos conexos, con relación a los cuales nada dice la ley sobre su quantum punitivo, esto es, «cobija a todos los delitos conexos, aunque la pena establecida para ellos sea inferior a los seis años».

De otro lado, sostiene que en la captura del procesado se violaron los artículos 28 de la Constitución Política y 370, 371 y 377 del Código de Procedimiento Penal, por cuanto aquel no se encontraba en situación de flagrancia.

Finaliza manifestando que quiere que la Corte se pronuncie sobre si se puede proferir una sentencia basada en la acusación que una persona hace a otra, «sin que exista alguna otra prueba, o indicios graves que fundamenten esa acusación».

Por lo anterior, solicita a la Corte conceder el recurso extraordinario de casación.

Posteriormente, adjuntó demanda de casación en la que formula varios cargos contra la sentencia de segunda instancia.

Consideraciones de la Corte

Conforme a lo expuesto en la parte motiva, se advierte que razón le asistió al Tribunal Superior de Cali para haber negado el recurso extraordinario de casación interpuesto contra la sentencia de segunda instancia.

En efecto, resulta fácil observar que al momento de notificarse personalmente del contenido del fallo de segunda instancia, el defensor del procesado interpuso el recurso extraordinario de casación. Sin embargo, los delitos por los que se dictó sentencia no son susceptibles de la casación por la vía común, por cuanto que ninguno reúne el quantum punitivo exi-

gido por el artículo 218 del C. de P.P. y si lo pretendido era que se le aceptara la casación discrecional, oportunamente ha debido exponer las razones para ello, a saber, el desarrollo de la jurisprudencia o la garantía de los derechos fundamentales.

Por otra parte, el recurrente le da un desatinado entendimiento al inciso segundo del artículo 218 del C. de P. Penal, ya que no basta que los delitos sean conexos para que proceda la casación por la vía común, sino que es menester que en uno de ellos el máximo de la pena privativa de la libertad imponible sea o exceda de 6 años, entre otros requisitos.

Al respecto ha sostenido la Sala:

"Varias son las hipótesis que pueden presentarse al estudiar la procedencia del recurso de casación, cuando en la sentencia se ha juzgado un concurso delictual.

"a). Que todos lo delitos objeto del fallo estén sancionados con pena privativa de la libertad que sea o exceda de seis (6) años, caso en el cual ningún problema se presenta, ya que de conformidad con el artículo 35 de la ley 81 de 1993, el recurso es procedente para todos estos ilícitos individualmente considerados, sin que para este efecto importe que hubieren sido objeto de juzgamiento conjunto.

"b). Que no todos los delitos materia del fallo estén sancionados con pena privativa de la libertad que sobrepase los seis (6) años de duración.

"Dos casos pueden distinguirse dentro de esta segunda hipótesis:

"1). Que en la demanda se hagan cargos no solamente en relación con los delitos que por su máximo punitivo no son susceptibles del recurso, sino también respecto de aquellos por los que sí procede éste, evento en el cual coinciden el concepto de la Delegada y la opinión de esta Sala, en el sentido de que el recurso en este caso sería procedente para todos los delitos, porque como lo dice el precitado artículo 35, en este supuesto el recurso "se extiende a los delitos conexos, aunque la pena prevista para éstos sea inferior a la señalada en el inciso anterior"

"2). Que la demanda contenga cargos pero exclusivamente en relación con alguno o algunos de los delitos que por la duración máxima de la pena no son susceptibles del recurso

"...

" Para la Sala ... en la hipótesis que se comenta, el recurso sí resulta procedente, no obstante que el actor no formule ataque alguno en relación con el delito o delitos concurrentes que por su penalidad sean susceptibles de este extraordinario medio de impugnación.

"Para demostrar lo justo y acertada que es esta posición de la Corte, es preciso acudir al artículo 218 del C. de P.P., subrogado por el ya citado

artículo 35 de la ley 81 de 1993, que en su inciso segundo dispone: "El recurso se extiende a los delitos conexos, aunque la pena prevista para éstos sea inferior a la señalada en el inciso anterior".

"En realidad en esta norma no se está disponiendo, como parece entenderlo la Delegada, que la demanda de casación puede extenderse a los delitos conexos aunque tengan pena menor que la exigida para la procedencia del recurso. Lo que en ella se prescribe es la extensión del recurso en relación con estos delitos, que es cosa muy distinta.

"En otras palabras: la norma en comento al extender el recurso, no lo condiciona, en parte alguna, a que en la demanda se formulen cargos respecto del delito o delitos que tenga señalada pena privativa de la libertad no menor de seis años, lo cual es coherente, porque como se dijo, no es un caso de extensión de la demanda sino de extensión del recurso.

"Hacer la exigencia que pretende la Delegada implicaría no sólo recortar sin razón los alcances benéficos de esta facultad, sino también obligar a los recurrentes a que pretexten unos cargos en relación con uno cualquiera de los delitos susceptibles del recurso, para así habilitar el ataque por los delitos 'menores' " (Casación No. 8477, septiembre 5 de 1994. M. P. Dr. Guillermo Duque Ruiz).

Más recientemente expresó:

"En efecto, consultando la naturaleza y la extensión de la sanción correspondiente a la infracción, preceptúa el artículo 218 del Código de Procedimiento Penal que en principio habrá lugar a la casación «por los delitos que tengan señalada pena privativa de la libertad cuyo máximo sea o exceda de seis (6) años».

"Si este requisito no se cumple, aún podría intentarse el recurso extraordinario por extensión, siempre y cuando se trate de un delito conexo con otro u otros que sí reúnan la exigencia, o en su defecto, y limitando su viabilidad a alguna de las taxativas razones que se consignan en el inciso tercero de la norma, sometiendo el examen de las razones del impugnante a la discrecionalidad de la Sala de Casación Penal de la Corte.

"....

"Así, por caso, en pronunciamiento de marzo 10 de 1994, con ponencia del Magistrado doctor Dídimo Páez Velandia, tuvo ocasión la Sala de sostener que la conexidad, para los fines del recurso extraordinario de casación, debía entenderse

'... siempre que se haya impugnado el fallo por el delito cuyo máximo punitivo lo admite, o por lo menos, cuando se haya condenado por él al recurrente así su cuestionamiento sólo se relacione con los conexos (por ser este aspecto solamente conocido en el escrito de demanda)'.

"Afirmación que sustentó sobre estas dos explícitas razones:

«... a).- En materia penal la responsabilidad es siempre individual y por consiguiente la conexidad delictiva para efectos de viabilidad del recurso extraordinario cuenta independientemente para cada procesado, y b).- Porque de no ser así, se estaría desconociendo el interés legítimo para recurrir, en la medida en que no podría impugnar un procesado condenado por el delito conexo cuyo máximo punitivo no admite la casación a nombre del coprocesado condenado por el delito cuya pena sí la admite». (Casación No. 11.081, febrero 24 de 1998. M. P. Dr. Juan Manuel Torres Fresneda)

Así mismo, inoportuno e inconducente que el impugnante hubiera utilizado el término de traslado del artículo 209 del Código de Procedimiento Penal, destinado a sustentar el recurso de hecho, para presentar la demanda de casación, cuando el recurso extraordinario se le había denegado.

De las consideraciones anteriores se colige que al impugnante no le asiste la razón, siendo acertada la decisión atacada, por lo que el recurso de hecho no prospera.

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

RESUELVE:

NO CONCEDER el recurso extraordinario de casación interpuesto por el defensor del sentenciado Jesús Angulo García.

Cópiese, devuélvase y cúmplase.

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

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

EXTRADICION-Tratados/ CONCIERTO PARA DELINQUIR

Si se tiene en cuenta que la extradición es un instrumento de cooperación internacional mediante el que los Estados combaten la impunidad derivada de la mera fuga de su territorio de los infractores de sus leyes, tal dispositivo de asistencia y solidaridad internacional parte del supuesto de la soberanía tanto del Estado requirente como del requerido, una de cuyas manifestaciones más clásicas es la administración de justicia, a través de la cual los Estados a través de sus Jueces y Magistrados ejercen la soberanía al interior de su territorio imponiendo las sanciones a que haya lugar o, en todo caso, resolviendo los conflictos conforme a su juridicidad.

Es en ese orden de ideas que las decisiones jurídicas de un Estado que sean necesarias para demandar de otro Estado la extradición de una persona, son materialmente intocables y solo pueden ser objeto de revisión formal, es decir con prescindencia de su esencialidad, que conforme al principio de la buena fe, que es principio de las relaciones internacionales, se presume legal y acertada.

La tipificación de la asociación de malhechores que define el Código Penal Francés es cualitativamente diferente del concierto para delinquir nacional que aparece tipificado en el artículo 186 del Código Penal, con la modificación que le introdujo el artículo 8° de la Ley 365 de 1997, pues en el país requirente es igualmente punible que la asociación sea para preparar indistintamente uno o varios delitos, mientras que en Colombia es necesario que la asociación tenga el objeto de cometer plurales delitos. Así mismo, dicha disposición subrogó expresamente el artículo 44 de la Ley 30 de 1986, referida al concierto para llevar a cabo delitos de narcotráfico (Ley 365 de 1997, artículo 26).

La existencia de una diversa redacción típica de una determinada conducta obedece a las naturales divergencias políticas y sociales que separan la Nación y el Estado Francés de la Nación y el Estado Colombiano, diferencias que se expresan en la formulación que cada Estado independiente y soberano hace de su propia política criminal para combatir formas de delincuencia igualmente propias de la idiosincrasia de sus gentes o de la situación geopolítica que enfrente.

Pero la natural diferencia que ha de encontrarse en la descripción típica de los delitos entre países también diferentes, no conduce indefectiblemente a la emisión de un concepto negativo de extradición del reo refugiado en territorio patrio, como lo reclama el apoderado, ni siquiera en tratándose del trámite de una extradición de aquellas que se rigen exclusivamente por el Código de Procedimiento Penal, pues en tal evento el artículo 549 de tal Estatuto ordena tener en cuenta si el acontecimiento fáctico que motiva la reclamación del Estado extranjero, naturalísticamente hablando, tiene también en Colombia relevancia jurídica en el campo penal y teniéndola, si su represión máxima es por lo menos de 4 años de privación de la libertad.

En contrario, si se trata de un asunto como el que aquí se resuelve - de los que se rigen por los Tratados bilaterales o multilaterales de los que son Partes los Estados requirente y requerido, habrá de tenerse en cuenta exclusivamente el contenido de las cláusulas de las Convenciones en las que se haya acordado el punto concreto.

Obrar en concierto para delinquir significa asociarse con el propósito común de cometer una serie de conductas delictivas, lo cual en el ámbito de la legislación sobre estupefacientes significa que las conductas desplegadas por el agente deben estar relacionadas con el narcotráfico, ya sea que se trate de adquisición, transporte, venta, cultivo, conservación, etcétera o de las demás acciones descritas en la ley penal y eso es lo que aparece demostrado de los hechos atribuidos a (...), por lo que en Colombia habrían de encuadrarse dentro del artículo 8° de la Ley 365 de 1997, inciso 3°, que subrogó el artículo 44 de la Ley 30 de 1986 y que señala:

«Concierto para Delinquir. Cuando varias personas se concierten con el fin de cometer delitos, cada una de ellas será penada, por ese solo hecho, con prisión de tres (3) a seis (6) años.

« (...)

«Cuando el concierto sea para cometer delitos de terrorismo, narcotráfico, secuestro extorsivo, extorsión o para conformar escuadrones de la muerte, grupos de justicia privada o bandas de sicarios la pena será de prisión de diez (10) a quince (15) años y multa de dos mil (2.000) hasta cincuenta mil (50.000)salarios mínimos legales mensuales.

Como en Colombia están penalizadas en la Ley 30 de 1986 todas las conductas relacionadas con narcotráfico e igualmente lo está el Concierto para cometer Delitos de Narcotráfico, y como tales tipos penales hacen exacta referencia a las conductas descritas en el párrafo 1 del artículo 3 de la Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas, específicamente

en los literales «a» «i», que hacen referencia a conductas consistentes en «(...) enviar, enviar en tránsito, el transporte, la importación o la exportación»; y en el «c - iv» que se refiere a conductas consistentes en «la participación en la comisión de alguno de los delitos tipificados de conformidad con lo dispuesto en el presente artículo, la asociación y la confabulación para cometerlos (...)», tales delitos hacen parte integrante de aquellos por los cuales puede acordarse recíprocamente la extradición de reos entre Francia y la República de Colombia.

Proceso No. 14324

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal

Magistrado Ponente: Dr. *Carlos E. Mejía Escobar*

Aprobado Acta No. 34

Santa Fe de Bogotá D.C., diez (10) de marzo de mil novecientos noventa y nueve (1999).

Procede la Corte a emitir concepto en relación con la solicitud de extradición que del ciudadano austríaco Richard Franz Jeschek ha hecho ante las autoridades colombianas el Gobierno de la República de Francia a través de su embajada en Santa Fe de Bogotá D.C. .

I. La Solicitud de Extradición

1.- El Gobierno de la República Francesa, solicita la extradición del ciudadano austríaco Richard Franz Jeschek, a quien requiere para que en territorio de ese país responda por el cumplimiento de la sentencia del 10 de enero de 1996 por medio de la cual la Sala 11 del Tribunal de Gran Instancia de París (Francia) lo condenó a la pena de 8 años de prisión, con mantenimiento de la orden de detención expedida por un Juez de Instrucción, por participación en una asociación para delinquir establecida en vistas de la preparación de uno o varios crímenes o delitos sancionados con 10 años de cárcel, tratándose en este caso de la importación o la exportación ilícita de estupefacientes.

2.- Los hechos que dieron origen a la condena se establecieron gracias a que mediante la cooperación policial internacional, las autoridades francesas pudieron adelantar una investigación que demostró la existencia de una organización delincuencial dedicada a la importación de cocaína desde Latinoamérica a través de diversos puertos europeos, pero con destino final en Francia.

Dentro de tal estructura criminal en la que participaban personas de diversas nacionalidades, se describe la siguiente participación del requerido en extradición:

"(...) En marzo de 1993, Jean Claude Tremeau, acompañado por "Richard Jeschek", llamado "Hans" acababa de visitar a Vincent Castejon, con el fin de organizar una próxima entrega de estupefacientes.

"Jeschek propuso a Castejon 25.000 francos de comisión por encargarse de alquilar camping-cars (autocaravanas) y una mansión en Marbella (España), para organizar el transporte de mercadería y el recibimiento de los colombianos.

"Poco después volvieron y le pidieron a Castejon que fuera a Marbella con los dos vehículos.

"Entre tanto, Castejon había alquilado una mansión en Marbella por el verano de 1993 y comprado en compañía de Jeschek dos "camping-cars" de un valor de 110.000.00 y 130.000.00 francos respectivamente.

"Durante el mes de agosto de 1993, Castejon se fue a Marbella donde se reunió con Jeschek en la mansión que había alquilado.

"El velero 'El Bucaneros' llegó piloteado por William Gray, llamado 'Bill', procedente de San Martín, con un cargamento de 1.100 kilogramos de cocaína que fueron descargados de noche en la playa de Cádiz (España) y transportados en los "camping-cars".

"Toda la operación fue realizada por cuenta de Mario y de Andrés Jiménez llamado 'Felipe' y bajo el control de "Richard Jeschek".

3.- A la petición se agregó el texto íntegro de la sentencia producida por la Sala 11 del Tribunal de Gran Instancia de París, dentro de la cual se identifica a uno de los procesados como Richard Jeschek, natural de Viena (Austria), nacido el 25 de diciembre de 1956, alias "Hans", hijo de Hermann. Kurt Jeschek y Otilie Leopoldine Zehentner.

De tal procesado se describe su participación en lo que la sentencia denomina "La operación de Cádiz en agosto de 1993", en la forma atrás relatada, luego de lo cual concluye que "considerando que el conjunto de esos hechos, de una excepcional gravedad, relevan de una criminalidad organizada a escala internacional, que permitió a todos los miembros de la red de sacar provecho de un tráfico de estupefacientes al cual cada uno participó en todo conocimiento de la causa; que llaman penas de larga duración en consideración de las personas encargadas de encuadrar los equipos , (...) Richard Jeschek y Pascual Le Strat (...)", para finalmente señalar que decide por juicio en rebeldía contra Jeschek condenarlo a la pena de 8 años de encarcelamiento y a la interdicción definitiva del territorio francés, al tiempo que confirma la orden de detención extendida en su contra desde el 31 de marzo de 1995 por el Juez de Instrucción (página 57, cuaderno anexo).

II.- Actuación

1.- El Fiscal General de la Nación por resolución del 31 de diciembre de 1997 y en respuesta a la Notas Verbales No. 685 y 700/CD del 12 y 22. respectivamente, del mismo mes y año, remitida a su Despacho por el Ministerio de Relaciones Exteriores mediante los oficios No. C.E. AJ No. 065157 del 23 de diciembre de 1997 y CE. AJ No. 065569 del 26 de diciembre de 1997, ordenó la captura con fines de extradición del ciudadano extranjero "Richard Jeschek". (folios 1-3; 28,44, carpeta anexa)

2.- El 6 de enero de 1998 fue capturado en la ciudad de Santa Marta (Magdalena) el requerido en Extradición Richard Jeschek Zemantner, quien al momento de su aprehensión se identificó con la cédula de extranjería No. 237737 del DAS (folios 5 a 16, carpeta anexa).

3.- La Embajada de Francia remitió al Ministerio de Relaciones Exteriores la nota verbal No. 63 del 20 de febrero de 1998, por medio de la cual formaliza, como representante del Gobierno de ese país, la solicitud de extradición del ciudadano austríaco "Richard Jeschek" (folios 24 y 25, carpeta anexa).

4.- El 24 de febrero de 1998, El Ministerio de Relaciones Exteriores mediante el oficio No. OJ.E. 009799 envía el expediente de extradición al Ministerio de Justicia y del Derecho, advirtiendo que "de acuerdo con lo establecido en el artículo 522 del Código de Procedimiento Penal, me permito manifestarle que el Convenio aplicable al caso es la Convención Recíproca para Extradición de Reos, suscrita entre Colombia y Francia en Bogotá el 9 de abril de 1850, la cual entró en vigor el 12 de mayo de 1852 y la Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas, suscrita en Viena el 30 de diciembre de 1988". (folio 26, carpeta anexa)

5.- En cumplimiento del artículo 555 del Código de Procedimiento Penal, el Ministerio de Justicia y del Derecho remitió a la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia toda la documentación referente al pedido de extradición de Richard Jeschek, "teniendo en cuenta que se encuentra perfeccionado el expediente, según lo dispuesto en las Convenciones aplicables para el presente caso". (folios 1 y 2, cuaderno de la Corte).

6.- La Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia en desarrollo del artículo 556 del Código de Procedimiento Penal, corrió traslado al requerido y a su defensor y abrió a pruebas la actuación.

Aunque tanto el requerido en extradición como su apoderado guardaron silencio durante el periodo probatorio, la Sala ordenó de oficio allegar copia auténtica y legible con la traducción oficial del artículo 450-1 del Código Penal francés.

III.- El Alegato de Conclusión

El señor abogado defensor del requerido en extradición Richard Jeschek presentó escrito en el que impetra la emisión de concepto desfavorable a la extradición por las siguientes razones:

1.- Partiendo del principio de derecho internacional "pacta sunt servanda", para lo cual cita los diferentes tratados internacionales suscritos por Colombia en los que se obliga al cumplimiento de tal principio y los comentarios doctrinales de tratadistas nacionales sobre el tema, plantea la estricta aplicación del tratado suscrito entre la República de la Nueva Granada y la República de Francia el 9 de abril de 1850, para la recíproca extradición de reos, con las adiciones del 10 de marzo de 1939, mediante la cual se hace extensivo el Convenio a los prófugos de Cayena.

Señala que el rígido cumplimiento del tratado de 1850, con arreglo al principio pacta sunt servanda, debe conducir necesariamente a la emisión de un concepto negativo para la extradición de su procurado, habida cuenta que el delito por el que se le reclama no está contenido en el catálogo de tal tratado.

Agrega que Colombia es suscriptora de la Convención de Naciones Unidad contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes , aprobada por la Ley 67 de 1993, en la que se indica que los delitos allí citados darán lugar a extradición pero que respecto de Francia es necesario establecer si el Gobierno de ese país es o no suscriptor del tratado; añade que aún en el hipotético caso de que lo sea, se estaría frente a un conflicto de "leyes internacionales, unas de carácter general (Convenciones de Viena) y otra de carácter específico, particular y concreto (tratado de 1850).

En este orden de ideas advierte que de acuerdo al principio universal de derecho, según el cual la ley especial prima sobre la de carácter general, debe negarse la extradición del señor Jeschek, por cuanto "el Tratado Especial prevalece sobre el Tratado general", y como aquel (el de 1850) no contiene el delito por el que se reclama la extradición, esta debe negarse.

2.- Como segundo elemento integrante de la petición de concepto negativo, el apoderado de Richard Jeschek señala que el delito por el que es solicitado su procurado tiene en Colombia una pena mínima inferior a 4 años, pues el "concierto para delinquir" que define el artículo 186 del Código Penal (que no considera equivalente) es reprimido con pena de 3 a 6 años.

Adicionalmente y para desarrollar su tesis de no equivalencia entre el hecho por el que es solicitado y el tipificado en el concierto para delinquir, cita los elementos jurisprudenciales de tal tipo penal en Colombia para indicar que "la acción típica es la de formar parte en la asociación; en otras palabras ser miembro de la asociación. Esto exige, por sí, la capaci-

dad intelectual de saber de qué se forma parte y coincidir intencionalmente con los otros miembros sobre los objetivos propuestos. Ese concierto, en todo caso, no se integra cuando se limita una persona a prestarle ayuda o auxilio a la organización, sin voluntad de unirse a ella".

Describe entonces la imputación contra Jeschek, para señalar que esa única intervención de su cliente no es el concierto para delinquir que define la legislación colombiana, pues aquí se requiere la comisión de plurales delitos y ellos no están demostrados; tampoco encuentra la demostración de la pertenencia de su cliente a la organización criminal y reclama que hubo de parte de su defendido una ayuda accidental ajena a la asociación criminal.

3.- Finalmente solicita que el concepto sea negativo por cuanto Colombia es suscriptora del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y del Pacto de San José, por lo que considera una afrenta al contenido de tales compromisos internacionales que el señor Jeschek haya sido investigado, juzgado y condenado sin haber tenido defensor alguno, ni público ni privado.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

1.- El Código de Procedimiento Penal colombiano señala en su artículo 558 que la Corte fundamentará el concepto de extradición en: La validez formal de la documentación presentada; demostración plena de la identidad del solicitado; Principio de la doble incriminación, equivalencia de la providencia proferida en el extranjero y cuando fuere el caso, en el cumplimiento de lo previsto en los tratados públicos.

De acuerdo con el concepto rendido por el Ministerio de Relaciones Exteriores mediante oficio O.J.E. No. 9799 del 24 de febrero de 1998 en cumplimiento del artículo 552 del Código de Procedimiento Penal, el "convenio aplicable al caso es la Convención Recíproca para Extradición de Reos, suscrita entre Colombia y Francia en Bogotá el 9 de abril de 1850, la cual entró en vigor el 12 de mayo de 1852 y la Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas, suscrita en Viena el 30 de diciembre de 1988 (folio 26, carpeta anexa), Convenios que entonces se tendrán en cuenta en sus partes pertinentes para los efectos del concepto que aquí se rinde.

2.- Validez formal de la documentación:

Según concepto del Ministerio de Relaciones Exteriores es aplicable la Convención para la recíproca Extradición de Reos suscrita entre Colombia y Francia, y allí se regula el tema en el artículo 3° que exige únicamente la siguiente documentación:

a.- Mandato de arresto librado contra los acusados, conforme a las leyes del país cuyo Gobierno pide la extradición o cualesquiera otras piezas que por lo menos tengan la misma fuerza que dicho mandato.

b.- Indicación de la naturaleza y gravedad de los hechos que hayan ocasionado la demanda de extradición. Y,

c.- La disposición penal aplicable a los hechos.

Los documentos remitidos por la Embajada de la República de Francia, se ajustan a las formalidades del trámite de la extradición y específicamente a los señalados en la Convención que rige el asunto entre ese país y Colombia.

La Embajada ha enviado transcripción auténtica de la sentencia dictada en contra de Richard Jeschek en la República Francesa, pieza procesal que contiene la indicación fáctica exacta, así como el lugar y fecha de su ejecución (a partir de marzo de 1993 y hasta 1994) (folios 107 a 109, cuaderno anexo).

La documentación recibida a través de la vía diplomática contiene también los datos necesarios para establecer la identidad de la persona reclamada y a la misma se le han agregado copias auténticas de las disposiciones penales aplicables al caso.

En conclusión, la validez formal de la documentación se halla plenamente acreditada, sin que pueda pasarse por alto que sobre ella no se ha presentado ninguna objeción por parte de la defensa.

Adicionalmente debe tenerse en cuenta que la documentación allegada excede incluso las exigencias mínimas de la "Convención para la Recíproca Extradición de Reos" celebrada el 9 de abril de 1850 entre la República de la Nueva Granada y la de Francia, pues la adjunción de la sentencia en la que consta que se mantienen "los efectos de la orden de detención extendida contra el 31 de marzo de 1995 por el Juez de Instrucción" (folio 66 cuaderno anexo, página 57 de la sentencia de la Sala 11 del Tribunal de Gran Instancia de París), acredita con exceso tales requisitos.

Debe anotarse igualmente que tal conclusión se sostiene frente a la crítica que plantea el apoderado sobre la presunta violación de los derechos "fundamentales basilares aplicables a los procesos penales" en que habría incurrido el estado Francés al sentenciar al señor Jeschek "sin haber tenido defensor alguno".

Tal crítica debe ser naturalmente rechazada, por cuanto dentro del trámite que finaliza con la emisión del concepto por parte de la Corte, lo que se analiza de la documentación remitida por el Gobierno requirente, es su validez formal, es decir que conforme a las cláusulas de los Convenios bilaterales o multilaterales sobre la materia, o en su defecto a las del artículo 551 del Código de Procedimiento Penal, hayan sido agregados por la vía diplomática y contengan el mínimo de información necesaria - conforme al Tratado o a la Ley - para el estudio del asunto y decisión del concepto respectivo.

Deviene de lo anterior la inhibición de la Corte para adentrarse en el contenido material de la documentación o, peor aun, para discutir el contenido de justicia material de las decisiones del Estado extranjero, pues la conceptualización de "validez formal" hace referencia precisamente a ello, a la "forma", es decir a lo contrapuesto a lo esencial.

Y es que no podría ser de otra manera, pues si se tiene en cuenta que la extradición es un instrumento de cooperación internacional mediante el que los Estados combaten la impunidad derivada de la mera fuga de su territorio de los infractores de sus leyes, tal dispositivo de asistencia y solidaridad internacional parte del supuesto de la soberanía tanto del Estado requirente como del requerido, una de cuyas manifestaciones más clásicas es la administración de justicia, a través de la cual los Estados a través de sus Jueces y Magistrados ejercen la soberanía al interior de su territorio imponiendo las sanciones a que haya lugar o, en todo caso, resolviendo los conflictos conforme a su juridicidad.

Es en ese orden de ideas que las decisiones jurídicas de un Estado que sean necesarias para demandar de otro Estado la extradición de una persona, son materialmente intocables y solo pueden ser objeto de revisión formal, es decir con prescindencia de su esencialidad, que conforme al principio de la buena fe, que es principio de las relaciones internacionales, se presume legal y acertada.

Vedado el análisis material de la documentación, so pena de incurrir en violación de la soberanía del Estado requirente, resulta entonces desacertada la crítica del apoderado del requerido en extradición Richard Jeschek y por tanto se mantiene la validez formal de la documentación.

Agrégase a esto, que el Gobierno Francés advierte en la solicitud de extradición que "el condenado puede presentar oposición ante esta sentencia, dictada en rebeldía, En ese caso será vuelto a juzgar por la misma jurisdicción en presencia de su abogado" (folio 49, carpeta anexa), por lo que es allá, en Francia, donde el señor Jeschek Podrá definir su posición jurídica frente a la sentencia; acá, en Colombia, la misma es formalmente válida para reclamarlo en extradición.

3. *Demostración Plena de la Identidad del Solicitado:*

Ninguna duda cabe que la persona aprehendida en la ciudad de Santa Marta (Magdalena) en territorio de la República de Colombia el 6 de enero de 1998, es exactamente la misma persona contra la que se dictó por parte de la Sala 11 del Tribunal de Gran Instancia de París, la sentencia del 10 de enero de 1996, pues los datos personales que contiene tal acto procesal respecto del allá condenado Richard Jeschek (folio 112, cuaderno anexo; página 11 de la sentencia) son exactamente los mismos que se constataron al momento de la captura en territorio colombiano del vinculado a esta actuación.

En efecto, en el informe de la captura, la Dirección Antinarcóticos de la Policía Nacional, señala los datos biográficos (folio 16, carpeta anexa) del señor Jeschek, en los que se aprecia total coincidencia con aquellos anotados en la sentencia condenatoria que se adjuntó debidamente traducida en demanda de la extradición de la persona que en Colombia se identifica con la cédula de extranjería No. 237737 expedida a nombre de Richard Jeschek, ciudadano extranjero nacido en Austria el 25 de diciembre de 1956.

Concluyese entonces la plena demostración de la identidad de la persona reclamada en la forma y términos del artículo 558 del Código de Procedimiento Penal.

4.- *Principio de la doble incriminación*

4.1.- Habida cuenta que el trámite de las extradiciones entre las Repúblicas de Colombia y Francia se rige, según lo ha conceptuado el Ministerio de Relaciones Exteriores, por la Convención Recíproca para Extradición de Reos, suscrita en Bogotá el 9 de abril de 1850, que entró en vigor el 12 de mayo de 1852, y la Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas, suscrita en Viena el 30 de diciembre de 1988, el principio de la doble incriminación se determinará de acuerdo a lo dispuesto en tales Tratados.

Al efecto, la Convención para la Recíproca Extradición de Reos, señala en su artículo 1° que "El Gobierno granadino y el Gobierno francés se comprometen a entregarse recíprocamente, a excepción de sus nacionales, todos los individuos prófugos de la Nueva Granada refugiados en Francia, y los prófugos de Francia refugiados en la Nueva Granada, que sean perseguidos o condenados por los Tribunales competentes, como autores o cómplices de alguno de los delitos enumerados en el artículo 2° de la presente Convención; y la extradición tendrá lugar, en vista de la reclamación que uno de los dos Gobiernos dirija al otro por la vía diplomática".1

Así mismo, en el párrafo 1 del artículo 6° de la Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas, suscrita en Viena (Austria) el 20 de diciembre de 1988 y aprobada por la Ley 67 de 1993, se acuerda extraditar por los delitos tipificados por las Partes de conformidad con el párrafo 1 del artículo 3 de la misma Convención y advierte en el párrafo 3 del mismo artículo 6° que "cada uno de los delitos a los que se aplica el presente artículo se considerará incluido entre los delitos que den lugar a extradición en todo tratado de extradición vigente entre las partes". Se verá más adelante, cómo la conducta predicada del procesado está específicamente prevista en dicha norma.

4.2.- Ahora bien, los hechos que motivaron la condena proferida contra Richard Jeschek que hacen referencia a que "(...) en marzo de 1993, Jean Claude Tremeau, acompañado por "Richard Jeschek", llamado "Hans"

acababa de visitar a Vincent Castejon, con el fin de organizar una próxima entrega de estupefacientes.

"Jeschek propuso a Castejon 25.000 francos de comisión por encargarse de alquilar camping-cars (autocaravanas) y una mansión en Marbella (España), para organizar el transporte de mercadería y el recibimiento de los colombianos.

"Poco después volvieron y le pidieron a Castejon que fuera a Marbella con los dos vehículos.

"Entre tanto, Castejon había alquilado una mansión en Marbella por el verano de 1993 y comprado en compañía de Jeschek dos "camping-cars" de un valor de 110.000.00 y 130.000.00 francos respectivamente.

"Durante el mes de agosto de 1993, Castejon se fue a Marbella donde se reunió con Jeschek en la mansión que había alquilado.

"El velero 'El Bucaneros' llegó pilotcado por William Gray, llamado 'Bill', procedente de San Martín, con un cargamento de 1.100 kilogramos de cocaína que fueron descargados de noche en la playa de Cádiz (España) y transportados en los "camping-cars".

"Toda la operación fue realizada por cuenta de Mario y de Andrés Jiménez llamado 'Felipe' y bajo el control de "Richard Jeschek".

4.3.- Esos hechos, así descritos, fueron calificados jurídicamente por la Sala 11 del Tribunal de Gran Instancia de París como participación en una asociación de malhechores establecida en vista de la preparación de uno o varios crímenes o delitos castigados con 10 años de encarcelamiento

La infracción calificada por la autoridad judicial Francesa, es la descrita en el artículo 450-1 del Código Penal Francés en los siguientes términos:

"Se constituye en una asociación de malhechores toda agrupación conformada o alianza establecida con miras a la preparación caracterizada por uno o varios hechos materiales, de uno o varios crímenes, de uno o varios delitos castigados con 10 años de prisión". (folio 31, cuaderno de la Corte)

4.4.- Tal como lo señala el abogado defensor del requerido en extradición Richard Jeschek, la tipificación de la asociación de malhechores que define el Código Penal Francés es cualitativamente diferente del concierto para delinquir nacional que aparece tipificado en el artículo 186 del Código Penal, con la modificación que le introdujo el artículo 8° de la Ley 365 de 1997, pues en el país requirente es igualmente punible que la asociación sea para preparar indistintamente uno o varios delitos, mientras que en Colombia es necesario que la asociación tenga el objeto de cometer plurales delitos. Así mismo, dicha disposición subrogó expresamente el artículo

44 de la Ley 30 de 1986, referida al concierto para llevar a cabo delitos de narcotráfico (Ley 365 de 1997, artículo 26).

La existencia de una diversa redacción típica de una determinada conducta obedece a las naturales divergencias políticas y sociales que separan la Nación y el Estado Francés de la Nación y el Estado Colombiano, diferencias que se expresan en la formulación que cada Estado independiente y soberano hace de su propia política criminal para combatir formas de delincuencia igualmente propias de la idiosincrasia de sus gentes o de la situación geopolítica que enfrente.

Pero la natural diferencia que ha de encontrarse en la descripción típica de los delitos entre países también diferentes, no conduce indefectiblemente a la emisión de un concepto negativo de extradición del reo refugiado en territorio patrio, como lo reclama el apoderado, ni siquiera en tratándose del trámite de una extradición de aquellas que se rigen exclusivamente por el Código de Procedimiento Penal, pues en tal evento el artículo 549 de tal Estatuto ordena tener en cuenta si el acontecimiento fáctico que motiva la reclamación del Estado extranjero, naturalísticamente hablando, tiene también en Colombia relevancia jurídica en el campo penal y teniéndola, si su represión mínima es por lo menos de 4 años de privación de la libertad.

En contrario, si se trata de un asunto - como el que aquí se resuelve - de los que se rigen por los Tratados bilaterales o multilaterales de los que son Partes los Estados requirente y requerido, habrá de tenerse en cuenta exclusivamente el contenido de las cláusulas de las Convenciones en las que se haya acordado el punto concreto.

Así entendidas las cosas y con vista en la transcripción de la normatividad internacional pertinente, sólo es menester contrastar los hechos por los que fue condenado Richard Jeschek en Francia, con la legislación interna colombiana para determinar si encuadrarían en uno de aquellos "delitos tipificados por las Partes de conformidad con el párrafo 1 del artículo 3" de la Convención de Viena contra el narcotráfico, que por mandato de la misma está incluido entre los delitos que dan lugar a extradición en la "Convención para la Recíproca Extradición de Reos" que está vigente entre las Repúblicas de Colombia y Francia.

4.5.- En este orden de ideas, se observa que a Richard Jeschek se le reclama por los hechos atrás descritos, que abarcan la coordinación de la preparación logística de todo lo necesario para la recepción en territorio español de un cargamento de cocaína procedente por vía marítima de las Antillas en el caribe y que hubo de transportarse finalmente a territorio de la República de Francia.

Tal actividad del requerido en extradición debe inscribirse como lo hace la sentencia del Tribunal de Gran Instancia de París, como una tarea es-

pecífica que cumplía dentro de la organización criminal liderada por un individuo identificado como "Mario", de nacionalidad colombiana y residente en 33 rue Monge en París 5°, a la cual se le achacan también entregas de droga en agosto de 1993 y marzo de 1994, aparte de las operaciones de lavado de dinero que además se describen en la sentencia dictada contra la organización criminal.

No se trata entonces de una actuación insular como pretende hacerla ver el defensor, sino de la realización de una específica tarea dentro de una organización criminal, pues obrar en concierto para delinquir significa asociarse con el propósito común de cometer una serie de conductas delictivas, lo cual en el ámbito de la legislación sobre estupefacientes significa que las conductas desplegadas por el agente deben estar relacionadas con el narcotráfico, ya sea que se trate de adquisición, transporte, venta, cultivo, conservación, etcétera o de las demás acciones descritas en la ley penal y eso es lo que aparece demostrado de los hechos atribuidos a Richard Jeschek, por lo que en Colombia habrían de encuadrarse dentro del artículo 8° de la Ley 365 de 1997, inciso 3°, que subrogó el artículo 44 de la Ley 30 de 1986 y que señala:

"Concierto para Delinquir. Cuando varias personas se concierten con el fin de cometer delitos, cada una de ellas será penada, por ese solo hecho, con prisión de tres (3) a seis (6) años.

"(...)

"Cuando el concierto sea para cometer delitos de terrorismo, narcotráfico, secuestro extorsivo, extorsión o para conformar escuadrones de la muerte, grupos de justicia privada o bandas de sicarios la pena será de prisión de diez (10) a quince (15) años y multa de dos mil (2.000) hasta cincuenta mil (50.000)salarios mínimos legales mensuales.

"(...)".

4.8.- Demostrado entonces que el hecho que motiva el pedido de extradición también está contemplado en Colombia como delito y que tal tipificación corresponde a una de las conductas descritas en el párrafo 1 del artículo 3 de la Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas, específicamente a aquella señalada en los literales "a" "i", que hacen referencia a conductas consistentes en "(...) enviar, enviar en tránsito, el transporte, la importación o la exportación"; y en el "c - iv" que se refiere a conductas consistentes en "la participación en la comisión de alguno de los delitos tipificados de conformidad con lo dispuesto en el presente artículo, la asociación y la confabulación para cometerlos (...)" debe considerarse acreditado igualmente tal requisito.

Como se trata de la aplicación de las cláusulas de los Tratados de extradición vigentes entre las Partes, la cuantía de la pena mínima o máxi-

ma del tipo penal se torna en un hecho jurídicamente irrelevante para la emisión del concepto, por cuanto las Repúblicas de Francia y Colombia han acordado, tanto en el Tratado bilateral de 1850, como en el multilateral de 1988, extraditarse mutuamente los reos que sean perseguidos en calidad de autores o cómplices por los delitos contemplados en el artículo 2° de la Convención para la Recíproca Extradición de Reos, dentro de los cuales se incluye, por expresa disposición del párrafo 2 del artículo 6° de la Convención de Viena contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes, todos aquellos tipificados para combatir tal forma delincuencial, que en Colombia son los descritos, en su gran mayoría, en la Ley 30 de 1986 o Estatuto Nacional de Estupefacientes, con las adiciones legislativas, ordinarias y extraordinarias, posteriores.

No acordada por los Estados contratantes en sus Tratados la intensidad penológica de cada tipo de injusto como requisito para la extradición, basta la verificación de que los hechos por los que se reclama a un reo, pueden ser objeto de subsunción en una descripción típica de las contenidas en el catálogo convenido, para que se imponga el concepto positivo de la Corte a efectos de que el Gobierno Nacional pueda obrar de acuerdo a las conveniencias nacionales en lo que respecta a la extradición del ciudadano austríaco Richard Jeschek.

4.7.- Argumenta la defensa para oponerse a la extradición la aplicación estricta de "La Convención para la Recíproca Extradición de Reos", dentro de la cual no están contenidos como delitos por los cuales pueden acordarse la recíproca extradición, el de Concierto para Cometer Delitos de Narcotráfico o el de Narcotráfico, por lo que debería emitirse concepto negativo.

Explica que aunque Colombia y Francia (supuestamente) sean suscriptores de la Convención de Las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas, el principio Pacta Sunt Servanda impone el cumplimiento exclusivo de la Convención para la Recíproca Extradición de Reos, que en su sentir es una ley internacional "especial" que prima sobre la otra que es "general".

En primer lugar ha de manifestarse que las veladas dudas que plantea el apoderado sobre la vinculación de Francia a la Convención de Viena sobre narcotráfico no tienen asidero alguno, pues al señalar el concepto de la Cancillería colombiana que tal Convención es aplicable a este preciso asunto (folio 26, carpeta anexa) lo que indica fuera de toda duda es la suscripción de la misma tanto por el país requirente (Francia) como por el requerido (Colombia).

Los tratados internacionales están definidos en el artículo 2°, literal "a" de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados del 23 de mayo de 1969, aprobado en Colombia mediante la Ley 32 de 1985, como "un acuerdo internacional celebrado por escrito entre Estados y regido por

el derecho internacional, ya conste en un instrumento único o en dos o más instrumentos conexos y cualquiera sea su denominación particular".

Tales tratados se rigen por el principio fundamental del derecho internacional Pacta Sunt Servanda, que esa misma Convención define como que "todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe" (artículo 26).

Ahora bien, Colombia es suscriptora, junto con Francia, tanto de un tratado multilateral que tiene como propósito específico afianzar la cooperación internacional para combatir el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas (Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas, suscrita en Viena (Austria) el 20 de diciembre de 1988 y aprobada por la Ley 67 de 1993), en cuyo artículo 6° se acuerda extraditar por los delitos tipificados por las Partes de conformidad con el párrafo 1 del artículo 3 de la misma Convención, así como de un tratado bilateral que tiene por objeto específico la extradición mutua de reos por los delitos incluidos en el catálogo descrito en el artículo 2 de la "Convención para la Recíproca Extradición de Reos" suscrita en Bogotá el 9 de abril de 1850.

Existiendo dos Tratados internacionales entre Colombia y Francia, el principio Pacta Sunt Servanda impone la obligación a tales Estados de cumplirlos de buena fe, lo que significa que su entendimiento debe ser exactamente el pactado y con el propósito ineludible de hacer efectivas las cláusulas contenidas en tales convenciones.

En este orden de ideas, el argumento del señor apoderado del requerido en extradición resulta inatendible, pues de aceptarse la tesis de un tratado "especial" que prima sobre uno "general", propia de la solución de conflictos de leyes territoriales, habría de incumplirse necesariamente uno de los Tratados, con violación expresa del principio de derecho internacional Pacta Sunt Servanda, que es precisamente el sustento de las relaciones entre Estados.

En contrario, el correcto entendimiento de tales Tratados es ajeno a la elaboración de rebuscadas tesis, pues solo requiere la lectura de sus cláusulas y su aplicación estricta, específicamente en cuanto hace al párrafo 2 del artículo 6 de la Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas, que textualmente señala:

"Cada uno de los delitos a los que se aplica el presente artículo se considerará incluido entre los delitos que den lugar a extradición en todo tratado de extradición vigente entre las partes. Las Partes se comprometen a incluir tales delitos como casos de extradición en todo tratado de extradición que concierten entre sí." (subrayas fuera del texto)

Claro resulta entonces que existiendo un tratado de extradición vigente entre la República de Colombia y la de Francia, en cuyo artículo 2° se

inserta una lista de los delitos por los que se puede acordar recíprocamente la extradición de reos, tal listado se entiende agregado con todos los delitos tipificados por las Partes de conformidad con el párrafo 1 del artículo 3 de la Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas, tal como lo ordenan los párrafos 1 y 2 del artículo 6 de la misma Convención.

En este mismo orden de ideas como en Colombia están penalizadas en la Ley 30 de 1986 todas las conductas relacionadas con narcotráfico e igualmente lo está el Concierto para cometer Delitos de Narcotráfico, y como tales tipos penales hacen exacta referencia a las conductas descritas en el párrafo 1 del artículo 3 de la Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas, específicamente en los literales "a" "I", que hacen referencia a conductas consistentes en "(...) enviar, enviar en tránsito, el transporte, la importación o la exportación"; y en el "c - iv" que se refiere a conductas consistentes en "la participación en la comisión de alguno de los delitos tipificados de conformidad con lo dispuesto en el presente artículo, la asociación y la confabulación para cometerlos (...)", tales delitos hacen parte integrante de aquellos por los cuales puede acordarse recíprocamente la extradición de reos entre Francia y la República de Colombia.

Se sostiene entonces la acreditación de este requisito.

5.- Equivalencia de la providencia proferida en el extranjero

Habida cuenta que el señor Richard Jeschek se halla condenado en Francia a la pena de 8 años de encarcelamiento mediante sentencia ejecutoriada, la Corte considera plenamente surtido el requisito mínimo de equivalencia contenido en el artículo 3° de la Convención para la Recíproca Extradición de Reos suscrita entre las Repúblicas de la Nueva Granada y la de Francia el 9 de abril de 1850 que exige únicamente "el mandato de arresto librado contra los acusados, conforme a las leyes del país cuyo Gobierno pide la extradición", que aquí había sido librado desde el 31 de marzo de 1995 y que la Sala 11 del Tribunal de Gran Instancia de París mantuvo en su sentencia del 10 de enero de 1996 (folio 66, cuaderno anexo; página 57 de la sentencia).

6.- Finalmente, el artículo 5° de la Convención para la Recíproca Extradición de Reos vigente entre Colombia y Francia, señala que "si aconteciere que individuos extranjeros en la Nueva Granada y en Francia huyeren del uno de estos países y se refugiaren en el otro, después de haber cometido alguno de los delitos enumerados en el artículo 2°, no se acordará la extradición de tales individuos sino luego que el Gobierno del país a que pertenezcan los extranjeros reclamados, o el representante de dicho país, haya sido consultado y puesto en aptitud de hacer saber los motivos que pueda tener para oponerse a la extradición". Como el requerido en extradición es un ciudadano de nacionalidad austríaca, tal como consta en la cédula de

extranjería con la que se identificó al momento de su captura, el Gobierno, antes de obrar conforme a las conveniencias nacionales, con fundamento en el concepto favorable que aquí se emitirá, considerará esa situación.

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

RESUELVE:

1°.- CONCEPTUAR FAVORABLEMENTE a la extradición del ciudadano austríaco Richard Jeschek, solicitada por el Gobierno de la República de Francia.

2°.- En firme, devuélvase el expediente al Ministerio de Justicia para lo de su cargo y comuníquese con copia del concepto al Fiscal General de la Nación.

Comuníquese y cúmplase.

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

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

ERROR DE HECHO/ FALSO JUICIO DE IDENTIDAD/ DEMANDA DE CASACION

Es importante precisar que el postulado de la investigación integral atañe a una dirección procesal que muestra la imparcialidad del funcionario judicial en el contacto con las fuentes de información, siempre que estas puedan caracterizarse de entrada como inculpatorias o exculpatorias, bien por su evidente relación con los hechos ora por el origen mismo de la petición. Esta actitud difiere notoriamente del caso en que la prueba testimonial si llega al proceso, pero, por la precariedad del interrogatorio, el medio de convicción queda incompleto y fácilmente se advierte que el funcionario judicial, a la hora de decidir, lo ajusta con agregados de su propia cosecha, porque en tal evento sería necesario objetar la decisión que lo estimó por un evidente error de hecho como falso juicio de identidad, que da lugar a la violación indirecta de la ley sustancial (causal 1ª), y no por la vía de la nulidad (causal 3ª).

La progresividad característica del proceso penal, en armonía con el fin restaurador de la vigencia de la ley en casación, indica que la demanda debe atacar directamente la apreciación probatoria hecha por el tribunal, precisamente por ser errónea, y no aplicarse de manera inmediata y exclusiva a la presentación de una perspectiva valorativa alternativa sobre dichas pruebas. Ello por cuanto, además, el objeto del recurso extraordinario es el fallo de segunda instancia y sus valoraciones, no todo el proceso, pues por esa pendiente puede desconocerse injustificadamente lo que ya se debatió con solvencia y se definió con el sello de la jurisdiccionalidad en las instancias.

Por lo demás, dicha dirección característica del proceso penal no se satisface con el mero enunciado abierto de que, la errónea apreciación del fallador, «no comulga ni con los más elementales principios de la crítica del testimonio». Todo esto exige una demostración en la demanda, si se quiere poner la discusión en el nivel de un error de hecho por falso juicio de identidad, pues a las reglas de la sana crítica no les basta mostrar contradicciones internas o externas de las pruebas, sino que se trata de una metodología que requiere una evaluación del con-

junto probatorio y una percepción del grado de las contrariedades para inducir racionalmente los resultados del examen.

Proceso No. 14079

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal

Magistrado Ponente: Dr. *Jorge Aníbal Gómez Gallego*

Aprobado Acta No. 34

Santa Fe de Bogotá, D. C., diez de marzo de mil novecientos noventa y nueve.

VISTOS

En sentencia del 11 de agosto de 1997, el Tribunal Superior de Santa Fe de Bogotá confirmó el fallo proferido por el Juzgado Tercero Penal del Circuito de la misma ciudad, según el cual el procesado José Gerardo Cortés Vargas fue condenado a la pena principal de cuarenta (40) años y ocho (8) meses de prisión, como autor del delito de homicidio agravado cometido en contra de la vida de José Vicente Riaño Niño, en concurso con el de porte ilegal de arma de fuego de defensa personal.

Concedido el recurso extraordinario de casación propuesto por el defensor, se ha presentado la respectiva demanda y, en atención a los lineamientos de los artículos 220 y 225 del Código de Procedimiento Penal, la Sala examinará los requisitos formales del escrito de incoación.

HECHOS Y SÍNTESIS DE LA ACTUACIÓN PROCESAL

El tribunal ha aceptado que el cruento episodio acaeció en la transversal 6ª No. 38-45 sur, barrio La Victoria de esta capital, el día 5 de mayo de 1996, aproximadamente a las 10:30 horas de la mañana. A esa hora, José Vicente Riaño Niño se dedicaba a limpiar un carro al frente de su residencia, situada en el mencionado suburbio, acompañado de algunos familiares y amigos, cuando de repente un sujeto se acercó al sitio y le disparó en tres (3) oportunidades, ocasionándole las graves heridas en el cerebro que más tarde le produjeron la muerte.

El agresor huyó del lugar pero a poca distancia fue capturado por la policía, gracias a las voces de auxilio de personas que lo persiguieron sin perderlo de vista. El retenido fue identificado como José Gerardo Cortés Vargas y se le incautó un revólver calibre 38 largo, marca "smith & wesson", provisto de cuatro (4) proyectiles y dos (2) vainillas, el cual portaba sin el respectivo salvoconducto.

Por estos hechos, la Fiscalía dio comienzo a la investigación, le recibió indagatoria al capturado y posteriormente lo afectó con medida de aseguramiento (fs. 17, 25 y 47). El Fiscal 46 Delegado ante los Jueces Penales del

Circuito profirió la resolución del 27 de agosto de 1996, por medio de la cual acusó al procesado Cortés Vargas como autor de los hechos punibles de homicidio agravado y porte ilegal de arma de fuego de defensa personal, de conformidad con los artículos 323 y 324-7 del Código Penal y 1° del Decreto 3664 de 1986, adoptado por el artículo 1° del Decreto 2266 de 1991 (fs. 159).

Por conducto de la sentencia fechada el 13 de marzo de 1997, proferida por el Juzgado Tercero Penal del Circuito, el acusado fue condenado a la pena principal antes indicada y a la accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas por un término de 10 años, además de imponerle la obligación de resarcir los daños ocasionados en cuantía de 2.500 gramos oro (fs. 251). El Tribunal Superior confirmó dicho fallo en segunda instancia, por medio de la decisión que ahora es objeto del recurso extraordinario (cuaderno 2ª instancia, fs. 17).

La Demanda y sus Formas

El recurrente aspira a la ruptura del fallo demandado, a partir de dos cargos elevados en su contra, el primero a la luz de la causal de nulidad y el segundo como violación indirecta de la ley sustancial.

1. La primera censura atañe al testimonio de la señora Ana Mercedes Malagón, que obra a folios 71 del cuaderno original, el cual no pudo ser ampliado para el respectivo interrogatorio adicional por parte de la defensa, dado que erróneamente la cita se hizo para una hora en que ya la audiencia pública había terminado, y además dicho propósito tampoco se había podido cumplir durante la fase de la instrucción. Esta testigo, según lo dijo ella misma, fue buscada para declarar en términos contrarios a la verdad, razón por la cual era necesario interrogarla de nuevo para saber quién pretendía manipularla y hacia dónde se orientaba el interés del extraño (en favor del procesado o de los familiares de la víctima).

La búsqueda de tales elementos de juicio hacía parte de la concreción del principio de imparcialidad, de acuerdo con el artículo 249 del Código de Procedimiento Penal, de modo que todos los obstáculos reseñados para obtener esa anhelada claridad, al final conjuran contra las garantías del debido proceso y la defensa, en desmedro del artículo 29 de la Constitución Política, cuya violación está prevista como causal de nulidad en el artículo 304, numerales 2° y 3° del Estatuto Procesal Penal.

Lo primero que se advierte es la ausencia en la demanda de una cita relacionada con el contenido incriminatorio del testimonio de la señora Ana Mercedes Malagón, pues sólo en un conjunto integrado por sus aseveraciones y las posibles respuestas a las preguntas que se echan de menos, podrá saberse el sentido y el alcance de la expresión aquella de que ella fue buscada para que declarara en términos contrarios a la verdad. Además, en el escrito de iniciación del recurso no se dice cuál fue la trascen-

dencia que el tribunal le dio a dicho testimonio, ni menos qué se dijo en la sentencia sobre tal manifestación de la testigo.

Se dice lo anterior por cuanto, de acuerdo con el contenido de la prueba que debió resaltar la demanda, bien podría llegarse a una conclusión sobre si las codiciadas preguntas adicionales eran necesarias o superfluas. de todas maneras, también sería indispensable plantear mentalmente la supresión del mencionado testimonio, para saber si parejamente desaparece el fundamento de la sentencia o, por el contrario, perviven otras pruebas con suficiente fuerza de convicción, todo lo cual hace parte de un efecto de la regla de la trascendencia que no demostró el impugnante.

Ahora bien, si se quería vincular la fallida ampliación testimonial con los principios de investigación integral, debido proceso y defensa, también era necesario demostrar que el instructor y el juzgador negaron ese derecho a la contradicción como posibilidad, pues, por contrario modo, lo que la misma demanda enseña es que el testimonio aparece en el proceso y la deponente en ese primer momento estuvo a merced del funcionario y los sujetos procesales.

de otra parte, si en hipótesis se acepta que la judicatura impidió la contradicción de la prueba, tal conducta anómala afectaría la eficacia del medio probatorio y en manera alguna la regularidad del proceso, razón por la cual surge como motivo para demandar el de la violación indirecta de la ley sustancial, por error de derecho como falso juicio de legalidad (causal 1ª), y no la nulidad (causal 3ª), pues al final el agravio se consuma en la aceptación de una prueba ineficaz como fundamento de la sentencia (error in iudicando).

El actor asume que la posición de la testigo, al decir que fue contactada para distorsionar la verdad, generaría per se la aplicación del in dubio pro reo o que lastima injustificadamente la presunción de inocencia, o que afecta considerablemente el debido proceso y el derecho de defensa. Ninguna de estas aseveraciones cuenta con demostración en el libelo, pues serios vacíos quedan para saber si fue que la testigo realmente accedió a las pretensiones del manipulador o se sobrepuso a ellas; y, en fin, tampoco se ha alegado la inexistencia de otras pruebas para mantener la certeza del fallo, como para que de una vez se haya proclamado la presunción de inocencia o la duda razonable.

Es importante precisar que el postulado de la investigación integral atañe a una dirección procesal que muestra la imparcialidad del funcionario judicial en el contacto con las fuentes de información, siempre que estas puedan caracterizarse de entrada como inculpatorias o exculpatorias, bien por su evidente relación con los hechos ora por el origen mismo de la petición. Esta actitud difiere notoriamente del caso en que la prueba testimonial sí llega al proceso, pero, por la precariedad del interrogatorio, el medio de convicción queda incompleto y fácilmente se advierte que el fun-

cionario judicial, a la hora de decidir, lo ajusta con agregados de su propia cosecha, porque en tal evento sería necesario objetar la decisión que lo estimó por un evidente error de hecho como falso juicio de identidad, que da lugar a la violación indirecta de la ley sustancial (causal 1ª), y no por la vía de la nulidad (causal 3ª). A ninguno de estos aspectos se refiere el recurrente.

2. El segundo cargo se hace consistir en la violación indirecta del artículo 21 del Código Penal, como norma de carácter sustancial, debido a una apreciación errónea del informe policial y las declaraciones de Julio César Carvajal Rojas y Ana Mercedes Malagón. El actor en este punto hace su propia evaluación de las pruebas, aduce que el tribunal en esa tarea desatendió elementales principios de la crítica testimonial y concluye que solamente las versiones de los "deponentes del colectivo" y de la "arrepentida" Ana Mercedes Malagón disienten de lo dicho por el sindicado, los agentes de policía, los familiares y amigos del occiso.

Pues bien, la progresividad característica del proceso penal, en armonía con el fin restaurador de la vigencia de la ley en casación, indica que la demanda debe atacar directamente la apreciación probatoria hecha por el tribunal, precisamente por ser errónea, y no aplicarse de manera inmediata y exclusiva a la presentación de una perspectiva valorativa alternativa sobre dichas pruebas. Ello por cuanto, además, el objeto del recurso extraordinario es el fallo de segunda instancia y sus valoraciones, no todo el proceso, pues por esa pendiente puede desconocerse injustificadamente lo que ya se debatió con solvencia y se definió con el sello de la jurisdiccionalidad en las instancias.

Por lo demás, dicha dirección característica del proceso penal no se satisface con el mero enunciado abierto de que, la errónea apreciación del fallador, "no comulga ni con los más elementales principios de la crítica del testimonio". Todo esto exige una demostración en la demanda, si se quiere poner la discusión en el nivel de un error de hecho por falso juicio de identidad, pues a las reglas de la sana crítica no les basta mostrar contradicciones internas o externas de las pruebas, sino que se trata de una metodología que requiere una evaluación del conjunto probatorio y una percepción del grado de las contrariedades para inducir racionalmente los resultados del examen. A estas alturas, precisamente porque se ha trastocado el objeto de la casación, el recurrente no alude a si hubo explicación o silencio del tribunal sobre dichas contradicciones.

En últimas, el escrito de demanda no alcanza a determinar el error de hecho supuestamente cometido en la sentencia, ni tampoco precisa con suficiente argumentación y señales de conocimiento si las fallas ocurrieron en el manejo de la lógica o de las reglas de la experiencia común o científica.

Estas falencias, en lugar de conducir a la necesidad de un debate extraordinario para restaurar la vigencia de la ley, desvían el sentido y fin de la casación, porque atentan contra la claridad necesaria para dicha clase de actuaciones. Se inadmitirá la demanda y el recurso declinará por falta de sustentación debida.

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

RESUELVE:

RECHAZAR in limine la demanda presentada en favor del procesado José Gerardo Cortés Vargas y, en consecuencia, declarar desierto del recurso de casación concedido por el Tribunal Superior de Santa Fe de Bogotá.

En relación con esta providencia, de conformidad con los artículos 197 y 226 del C. de P. P., no es viable recurso alguno.

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

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

PERMISO ADMINISTRATIVO

1-. El artículo 5° del Decreto 1542 de 1997, reglamentario del artículo 147 de la Ley 65 de 1993, por la cual se adoptó el Código Penitenciario y Carcelario, señala que los directores de los establecimientos carcelarios y penitenciarios podrán conceder permiso hasta por setenta y dos (72) horas a los condenados en única, primera y segunda instancia, o cuyo recurso de casación se encuentre pendiente, con el lleno de los requisitos ahí señalados. Uno de ellos hace referencia a que el interno haya alcanzado la fase de mediana seguridad, que según el inciso 3° de la norma en cita, se entiende cuando el procesado ha superado la tercera (1/3) parte de la pena impuesta y observado buena conducta, de acuerdo con el concepto emitido por el Consejo de Disciplina.

2-. de los preceptos anteriores surge como primera conclusión que el beneficio administrativo es otorgado por los directores de los establecimientos carcelarios y penitenciarios y favorece a los condenados definitivamente y a aquellos que están pendientes de la sentencia de casación, correspondiendo a la Sala pronunciarse provisionalmente sobre las rebajas de pena por trabajo y estudio invocadas por los condenados cuyo recurso de casación se encuentre en trámite, como medio para acreditar ante aquellas autoridades el cumplimiento del presupuesto objetivo previsto en el inciso 3° del artículo 5° del Decreto 1542 de 1997.

En este orden de ideas, si el procesado no ha descontado aún la tercera parte de la condena, incluyendo todos los factores que contribuyen al respecto, no es factible que la Sala reconozca periodos de redención, puesto que, se insiste, la decisión con carácter provisional está destinada a que los directores de los centros de reclusión tengan noticia cierta sobre la llegada del procesado a la fase de mediana seguridad, contando para ello las penas redimidas, cuyo reconocimiento y determinación pertenecen exclusivamente a la órbita del juez.

En segundo término, se infiere que el permiso hasta de setenta y dos horas, para salir del establecimiento sin vigilancia, puede ser concedido a todos los condenados en quienes converjan los requisitos seña

lados, sin importar la naturaleza y modalidades del reato, con la única excepción de los que hubieren sido sentenciados por delitos de competencia de los jueces regionales, porque así lo estipula literalmente el artículo 147.

Proceso No. 9773

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal

Magistrado Ponente: Dr. *Edgar Lombana Trujillo*

Aprobado Acta No. 34

Santa Fe de Bogotá D. C., diez (10) de marzo de mil novecientos noventa y nueve (1999).

VISTOS

La Sala resuelve la solicitud de redención de pena, para efectos del permiso administrativo de que trata el artículo 5° del Decreto 1542 de 1997, elevada por el señor Fabio Alfonso Fuentes, quien se encuentra recluido en la Penitenciaría Central de Colombia La Picota.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

1-. El artículo 5° del Decreto 1542 de 1997, reglamentario del artículo 147 de la Ley 65 de 1993, por la cual se adoptó el Código Penitenciario y Carcelario, señala que los directores de los establecimientos carcelarios y penitenciarios podrán conceder permiso hasta por setenta y dos (72) horas a los condenados en única, primera y segunda instancia, o cuyo recurso de casación se encuentre pendiente, con el lleno de los requisitos ahí señalados. Uno de ellos hace referencia a que el interno haya alcanzado la fase de mediana seguridad, que según el inciso 3° de la norma en cita, se entiende cuando el procesado ha superado la tercera (1/3) parte de la pena impuesta y observado buena conducta, de acuerdo con el concepto emitido por el Consejo de Disciplina.

2-. de los preceptos anteriores surge como primera conclusión que el beneficio administrativo es otorgado por los directores de los establecimientos carcelarios y penitenciarios y favorece a los condenados definitivamente y a aquellos que están pendientes de la sentencia de casación, correspondiendo a la Sala pronunciarse provisionalmente sobre las rebajas de pena por trabajo y estudio invocadas por los condenados cuyo recurso de casación se encuentre en trámite, como medio para acreditar ante aquellas autoridades el cumplimiento del presupuesto objetivo previsto en el inciso 3° del artículo 5° del Decreto 1542 de 1997.

En este orden de ideas, si el procesado no ha descontado aún la tercera parte de la condena, incluyendo todos los factores que contribuyen al

respecto, no es factible que la Sala reconozca períodos de redención, puesto que, se insiste, la decisión con carácter provisional está destinada a que los directores de los centros de reclusión tengan noticia cierta sobre la llegada del procesado a la fase de mediana seguridad, contando para ello las penas redimidas, cuyo reconocimiento y determinación pertenecen exclusivamente a la órbita del juez.

En segundo término, se infiere que el permiso hasta de setenta y dos horas, para salir del establecimiento sin vigilancia, puede ser concedido a todos los condenados en quienes converjan los requisitos señalados, sin importar la naturaleza y modalidades del reato, con la única excepción de los que hubieren sido sentenciados por delitos de competencia de los jueces regionales, porque así lo estipula literalmente el artículo 147.

3-. El procesado Fabio Alfonso Fuentes, fue capturado el veinticinco (25) de abril de mil novecientos noventa y tres (1993), (folio 2 cdno. 1), y condenado por el Juzgado Sesenta y Uno Penal del Circuito de Bogotá, el quince (15) de febrero de mil novecientos noventa y cuatro (1994), a la pena principal de veinticinco (25) años de prisión, equivalentes a trescientos (300) meses, como autor del delito de homicidio. (folio 243 cdno. 1).

La decisión fue confirmada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, el veintiuno (21) de abril de mil novecientos noventa y cuatro (1994), (folio 31 cdno. Tribunal), y en contra de ella se interpuso el recurso de casación que está haciendo trámite en la Corte Suprema de Justicia.

Significa lo anterior que en la actualidad cumple setenta (70) meses y quince (15) días en privación física de la libertad, que hacen parte de la condena que está purgando en La Picota.

4-. Consistiendo el punible en homicidio simple, podría acceder al permiso administrativo descrito por el artículo 5° del Decreto 1542 de 1997, en el evento de acreditar a cabalidad los requisitos ahí establecidos, entre ellos haber cumplido la tercera parte de la condena y tener buena conducta. Como se dosificó la pena en trescientos (300) meses de prisión, la tercera parte es igual a cien (100).

5-. Se trata ahora de verificar si el señor Fabio Alfonso Fuentes, alcanza ese guarismo, siendo pertinentes algunas precisiones:

A la petición se adjuntaron nueve (09) certificados en los que consta parcialmente el trabajo en los servicios de cafetería y elaboración de artesanías, y los estudios primarios adelantados en prisión:

Certificado No.	Concepto	Horas	Folio
027707	estudio	30	106
037918	estudio	30	108

Certificado No.	Concepto	Horas	Folio
038299	estudio	30	110
040165	estudio	474	115
041621	estudio	198	121
037639	trabajo	616	107
039209	trabajo	168	113
042445	trabajo	200	117
041508	trabajo	64	118

Se avalan 762 horas de estudio y 1.048 horas de trabajo, por las que se debe reconocer como redención de pena el tiempo de cuatro (04) meses y ocho (08) días, en atención a que las directivas de la penitenciaría remitieron los documentos de soporte como los conceptos de la Junta Evaluadora de Trabajo, Estudio y Enseñanza, en los que se afirma que el trabajo y el estudio del señor Fabio Alfonso Fuentes, son "satisfactorios", y sobre su conducta que es calificada como "ejemplar" por el Consejo de Disciplina.

La sumatoria de esta cifra a la de privación física de la libertad asciende a setenta y cuatro (74) meses más veintitrés (23) días, que es la totalidad de pena descontada, cantidad muy inferior a cien (100) meses, que indican la tercera parte de la condena.

Por manera que, el señor Fabio Alfonso Fuentes, no ha demostrado el cumplimiento del requisito cronológico señalado en el artículo 147 de la Ley 65 de 1993, reglamentado por el Decreto 1542 de 1997, de donde resulta improcedente por ahora el pronunciamiento sobre la redención de pena por trabajo y estudio, pues tal reconocimiento está encaminado a establecer la tercera parte de la sanción impuesta, para que las autoridades carcelarias puedan decidir sobre el referido permiso.

6-. No obstante, se observa que los certificados de trabajo y estudio únicamente se refieren a gestiones llevadas a cabo en la Penitenciaría Central de Colombia La Picota, cuando al revisar el expediente se constata que el señor Fabio Alfonso Fuentes, también ha permanecido privado de la libertad, por razón de este proceso, en la Cárcel Nacional Modelo de Bogotá, en la Cárcel del Distrito Judicial de Buga, en la Cárcel del Distrito Judicial de Cali y en la Cárcel del Circuito Judicial de Chiquinquirá, a las que fue trasladado por autorización del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario INPEC.

En consecuencia, es preciso que el Director de la Penitenciaría Central de Colombia La Picota, vele por el estricto cumplimiento del artículo 76 de la Ley 65 de 1993, que al regular la remisión de documentos de los condenados que se trasladan de una cárcel a otra dispone:

"La respectiva cartilla biográfica o prontuario completo, incluyendo el tiempo de trabajo, estudio y enseñanza, calificación de disciplina y estado de salud, deberá remitirse de inmediato a la dirección del establecimiento al que sea trasladado el interno. Igualmente deberá contener la información necesaria para asegurar el proceso de resocialización del interno." (se destaca)

Para el efecto, por la Secretaría de la Sala se solicitará a la Dirección de la Penitenciaría Central de Colombia La Picota, enviar lo más pronto posible la documentación completa tendiente a garantizar el acceso al sistema progresivo del señor Fabio Alfonso Fuentes, para lo cual será necesario que con antelación verifique el cumplimiento de la norma citada.

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

RESUELVE:

PRIMERO: ABSTENERSE de reconocer, por ahora, al procesado Fabio Alfonso Fuentes, la redención de pena solicitada.

SEGUNDO: Por la Secretaría de la Sala, adelantar las diligencias enunciadas en el punto sexto de la parte motiva de esta providencia.

TERCERO: Remitir copia de este auto al Director de la Penitenciaría Central de Colombia La Picota, para lo de su competencia.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

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

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

DEMANDA DE CASACIÓN

Aunque se invoque nulidad, la demanda no es de libre elaboración, pues tratándose del recurso extraordinario y no de otra alegación de instancia, debe ceñirse a los requisitos instituidos por el artículo 225 del Código de Procedimiento Penal. Así, entre otras condiciones, corresponde al impugnante citar las normas que considere infringidas, especificar la clase y origen de la nulidad y desde dónde ésta afecta la actuación; ha de indicar así mismo los fundamentos de la impetración de manera completa y con lógica, claridad y precisión, en armonía con la naturaleza del vicio aducido, y demostrar la existencia de la irregularidad sustancial y su determinante trascendencia en la afectación grave e insubsanable de las garantías inalienables de los sujetos procesales o contra las bases fundamentales de la instrucción y el juzgamiento.

Proceso No. 13242

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal

Magistrado Ponente: Dr. *Nilson E. Pinilla Pinilla.*

Aprobado Acta No. 34

Santa Fe de Bogotá, D. C., diez (10) de marzo de mil novecientos noventa y nueve (1999).

Asunto

Se resuelve sobre la admisibilidad de la demanda de casación presentada por el apoderado de la parte civil, contra la sentencia del Tribunal Superior de Tunja que absolvió de homicidio a Jorge Hernán Sánchez, manteniendo la condena por porte ilegal de un arma de fuego de defensa personal.

Hechos y Actuación Procesal

Empezando la noche del 23 de junio de 1995, cuando algunos contertulios tomaban cerveza en una tienda ubicada en la vereda Merchán del

municipio de Saboyá, Boyacá, se suscitó un altercado entre Jorge Hernán Sánchez y los hermanos Luis Orlando y José Leonel Castellanos Villamil, con sucesiva intimidación mediante armas de fuego, hasta que Jorge Hernán, que había tratado de guarecerse, disparó con una carabina contra José Leonel, causándole la muerte.

Después de emplazar y declarar persona ausente a Jorge Hernán Sánchez y que éste se presentara voluntariamente a rendir indagatoria (fs. 102 y ss. CD. inicial), el 28 de noviembre de 1995 la Fiscalía 25 Delegada ante los Jueces Penales del Circuito de Chiquinquirá le dictó medida de aseguramiento de detención preventiva por los delitos de homicidio y porte ilegal de arma de fuego de defensa personal (fs. 115 y ss. ib.) y el 27 de marzo de 1996 profirió en su contra resolución de acusación por los mismos delitos (fs. 251 y ss. ib.), enjuiciamiento que no fue recurrido.

El Juzgado Primero Penal del Circuito de Chiquinquirá adelantó el juicio y el 30 de julio de 1996 condenó a Jorge Hernán Sánchez, por los delitos de homicidio, cometido en estado de ira causado por comportamiento grave e injusto de José Leonel Castellanos Villamil, y porte ilegal de arma de fuego de defensa personal (un revólver), imponiéndole 8 años y 10 meses de prisión e igual término de interdicción de derechos y funciones públicas, además de la obligación de indemnizar en concreto los perjuicios materiales y morales causados a los padres, la esposa y el hijo del occiso. Dispuso así mismo compulsar copias para que por separado se investigue "lo relativo al porte de la carabina con la cual se cometió el homicidio" (f. 348 ib.).

Apelado este fallo por el procesado, su defensora y el apoderado de la parte civil, el 5 de diciembre de 1996 una Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior de Tunja bajó la sanción a un año, al confirmar lo referente al porte ilegal de arma de fuego de defensa personal y algunas decisiones accesorias, entre ellas la compulsación de las copias para la investigación relacionada con el porte de la carabina (ordinal 6° de la parte resolutiva), revocando la condena por el homicidio, por el cual absolvió al procesado al estimar que había obrado en legítima defensa de su propia vida y de la del dueño del inmueble donde se presentaron los hechos, Jaime Alonso Salinas Ruiz, contra quien José Leonel Castellanos Villamil disparó, hiriéndole en el cuello antes de caer abatido por los tiros efectuados por Jorge Hernán Sánchez.

La Demanda de Casación

Un cargo principal y cuatro subsidiarios son formulados por el apoderado de la parte civil, recurrente en casación contra la sentencia del Tribunal Superior de Tunja, así:

CARGO PRINCIPAL: La sentencia se dictó en un juicio viciado de nulidad desde la instrucción, por violación del derecho de defensa de la parte

ofendida con la infracción penal, por cuanto Jorge Hernán Sánchez no sólo poseía ilegalmente un revólver, que tenía en la cintura, de donde lo tomó José Leonel en la primera etapa del incidente, sino también la carabina cuyo porte se ordenó investigar por separado. Siendo el arma con la cual se ocasionó la muerte a José Leonel Castellanos Villamil, no se determinó si es de uso privativo de las fuerzas armadas, "hecho que agrava la responsabilidad del inculpado y por consiguiente la pena a imponer, revelando además circunstancias de su personalidad no ventiladas y que conllevan peligrosidad social extrema y un alto grado de insensibilidad".

Se dejó "sin investigación, debate y resolución judicial de mérito, el porte de la carabina, situación que reviste mayor gravedad". Tan conexo con el homicidio "fue el porte ilegal del revólver por el procesado, como la posesión ilícita de la carabina" y uno de los comportamientos transgresores del derecho de defensa es, precisamente, que no se investiguen los delitos conexos, con lo cual no sólo fueron quebrantados los principios de la economía procesal y la investigación integral, sino se dificultó "la defensa del procesado, en favor del cual no tengo interés para recurrir, pero más aún, de la víctima y los ofendidos por los delitos cometidos, en relación con los cuales me asiste todo el derecho".

No investigar y juzgar "todos los delitos en concurso, impide allegar al plenario para efectos de proferir sentencia, todos los aspectos favorables y desfavorables a las partes", desconociéndose las causales de agravación y atenuación punitiva y no permitiendo apreciar cabalmente las pruebas conducentes al esclarecimiento de los hechos.

Al estimar que el proceso es nulo, pide que así lo declare la Corte y disponga devolver el expediente a la Fiscalía "para que se rehaga el proceso, corrigiendo el defecto señalado, a partir de la resolución que ordena la apertura de la investigación".

PRIMER CARGO SUBSIDIARIO: El diligenciamiento adolece de nulidad, por la comprobada existencia de irregularidades sustanciales que afectan el debido proceso, por cuanto al efectuarse alusión al porte ilegal de armas siempre se hizo referencia al revólver que llevaba el procesado en la pretina, de donde lo extrajo José Leonel al empezar la pendencia, y no a la carabina, que se deja de lado a pesar de ser el instrumento con el cual se causó la muerte, sin haberse inquirido sobre la procedencia e historia de tal arma, disponiéndose compulsar copias en la sentencia, cuando "ha debido surtirse en este mismo proceso, entre otras razones por respeto y acatamiento al principio de 'ECONOMIA PROCESAL'... ha debido ser debatido y resuelto por la justicia, conjuntamente con el homicidio y el porte ilegal del revólver. No hay excepción o impedimento legal que permitiera no haberlo hecho en este paginario... Son los mismos hechos, las mismas personas e identidad de circunstancias de modo, tiempo y lugar, por lo que romper la unidad procesal, separando la investigación, no tiene sustrato legal".

Tal asunto constituye una irregularidad sustancial, al sentir del censor, que afectó la posibilidad de administrar justicia y de conocer bien la personalidad del procesado, consiguiéndose una explicación de porqué vivía tan armado, con lo cual "otra hubiera sido la pena".

Solicita entonces que la Corte declare que existió un proceso viciado de nulidad y la ordene a partir de la providencia que dispuso la apertura de la investigación, por la existencia de "una causal que afectó el debido proceso", debiendo devolverse el expediente a la Fiscalía "para que se corrija el defecto y se investiguen los tres hechos acaecidos".

SEGUNDO CARGO SUBSIDIARIO: Por la causal primera de casación, ante lo que el recurrente presenta como violación indirecta de la ley sustancial, por aplicación indebida proveniente de error de hecho por falso juicio de identidad, generado en la apreciación equívoca de las pruebas, que al ad quem le significaron que Jorge Hernán Sánchez había sido atacado físicamente y tumbado por los hermanos Castellanos Villamil y que aquél fue perseguido por José Leonel, cuando "ni la agresión existió, ni tampoco la amenaza fue grave y seria".

El casacionista considera que la reacción de Jorge Hernán Sánchez "fue desproporcionada, pudiendo optar por otra actitud, como la asumida al irse para su casa, evitando enfrentamientos o por lo menos, intimidar a sus oponentes efectuando disparos al aire con su carabina". Pudo también "acudir a la autoridad para que le hiciera respetar su derecho a la vida" pero, por el contrario, mató a quien había sido su amigo y el Tribunal le reconoce una justificante que no existe, aplicando indebidamente el numeral 4° del artículo 29 del Código Penal, "en vez del artículo 30 del mismo estatuto sustancial".

Así, solicita condenar "por exceso en la legítima defensa al procesado, como responsable del homicidio... en concurso material con el punible de porte ilegal de dos armas de fuego", e imponerle el pago de los perjuicios ocasionados a sus representados, negándole el beneficio de la libertad y aplicándole las circunstancias de agravación punitiva descritas en los numerales 1° a 5° del artículo 66 del Código Penal.

TERCER CARGO SUBSIDIARIO: Igualmente por la causal primera de casación, ante lo que considera "violación indirecta de la ley sustancial por aplicación indebida de la misma, proveniente de error de hecho generado en la apreciación equívoca de la prueba", que el sentenciador estudia de manera acomodaticia, en la opinión del recurrente, lo que le llevó a concluir "que fue la víctima la que tuvo la culpa de los hechos, lo que no es del todo cierto".

Expone en este cargo que aunque el propio apoderado de la parte civil estuvo en contra del fallo de primera instancia que había reconocido que la conducta del procesado estuvo movida por la ira provocada por el actuar

injusto de José Leonel Castellanos Villamil, tesis que sigue considerando "injurídica, pero más próxima a los estrados de la justicia".

Agrega que el Tribunal infundadamente magnifica la responsabilidad de la víctima, dejando sin reproche la culpa de Sánchez, cuyo obrar fue con dolo atenuado según el a quo, "manifestación que no comparto, pero que comprendo mejor en vez del fallo equivocado de segunda instancia, que confunde la culpa de Sánchez con su inocencia; no mira que éste fue autor de la segunda secuencia de los hechos y que tal autoría, trae consigo consecuencias en el ámbito de su responsabilidad, Pero todo esto nada vale para el Tribunal, por lo cual aplica indebidamente el artículo 29 numeral cuarto, del Código Penal, dejando sin efecto el artículo 60, del mismo ordenamiento".

Solicita entonces casar la sentencia de segunda instancia y confirmar "íntegramente la decisión de primer grado", reconociendo la actuación en estado de ira.

CUARTO CARGO SUBSIDIARIO: Así mismo dentro de la causal primera de casación, por "violación indirecta de la ley sustancial, proveniente de error de hecho, generado por la tergiversación de las pruebas y su apreciación errónea", por falso juicio de identidad.

Comentando que el juez colegiado afirma que los Castellanos derribaron a Sánchez, supuesto fáctico que ningún testigo menciona, especula con un aparente error de escritura que haría aparecer "a la víctima como agresor de sí mismo" y pasa a efectuar una composición de los hechos según su personal perspectiva, insistiendo en que ninguna justificación tiene que Jorge Hernán Sánchez hubiera regresado a la tienda, después de que había podido escapar del acoso de José Leonel. "Si su deseo no era de matar, no retornaría al lugar a provocar a los Castellanos", exigiendo la devolución del revólver que le había quitado José Leonel; ante la reacción de éste, "efectuando Sánchez unos disparos al aire, su víctima tal vez no se empeñaría más en intentar entrar", pero el fallador de segunda instancia "se ocupa de tergiversar la prueba, magnificando la agresión de un hombre como el occiso Castellanos, con sus reflejos en lamentable estado producto del alcohol, favoreciendo la muy dudosa inocencia del homicida".

Prescindir de la retirada inicial del procesado, "seguramente a su casa" para armarse de la carabina, y desconocer la superioridad que ésta y su ubicación detrás de la puerta le daban, suscita un falso juicio de identidad, que llevó al sentenciador a absolver al procesado en errada aplicación del numeral 4° del artículo 29, "cuando su deber era sustentar la sentencia en el artículo 323 del Código Penal, con los agravantes genéricos del artículo 66 del mencionado ordenamiento, en concurso con porte ilegal de DOS armas de fuego".

de tal manera pide casar la sentencia, para que se condene al procesado como responsable de homicidio simple, con las circunstancias de agravación previstas en los numerales 1° a 5° del citado artículo 66, en concurso material con el porte ilegal del revólver y la carabina, imponiéndole la obligación de indemnizar los perjuicios materiales y morales producidos a sus representados, al igual que la interdicción de derechos y funciones públicas por un período igual al de la pena principal, quedando el imputado excluido de la ejecución condicional de la condena.

Consideraciones de la Corte:

CARGO PRINCIPAL y PRIMER CARGO SUBSIDIARIO: Por la similitud en la pretensión (nulidad de todo lo actuado "a partir de la resolución que ordena la apertura de la investigación"), en su desarrollo y en los desaciertos de estos dos iniciales reproches, se analizará conjuntamente si cumplen los requisitos que la ley exige para que sean formalmente viables.

Aunque se invoque nulidad, la demanda no es de libre elaboración, pues tratándose del recurso extraordinario y no de otra alegación de instancia, debe ceñirse a los requisitos instituidos por el artículo 225 del Código de Procedimiento Penal. Así, entre otras condiciones, corresponde al impugnante citar las normas que considere infringidas, especificar la clase y origen de la nulidad y desde dónde ésta afecta la actuación; ha de indicar así mismo los fundamentos de la impetración de manera completa y con lógica, claridad y precisión, en armonía con la naturaleza del vicio aducido, y demostrar la existencia de la irregularidad sustancial y su determinante trascendencia en la afectación grave e insubsanable de las garantías inalienables de los sujetos procesales o contra las bases fundamentales de la instrucción y el juzgamiento.

En lo relacionado con el derecho de defensa, el impugnante debió precisar cuál es la actuación u omisión que de qué manera lesionó cuál facultad específica, y en qué forma esa vulneración repercutió negativa y severamente sobre las garantías constitucionales y legales del sujeto procesal.

En el presente asunto, la formulación y el pretendido desarrollo de los cargos endilgados por el recurrente al tenor de la causal tercera de casación, se caracterizan por reiterar varias veces la misma presunta anomalía, relacionada con la falta de procesamiento sobre el conexo porte de la carabina, como eventualmente constitutiva de diversas nulidades, cual si fuese un exabrupto que la misma ley permita la acción penal ocasionalmente separada sobre delitos conexos, para que de allí vayan a derivarse consecuencias invalidantes que absurdamente ubica desde la resolución de apertura de la instrucción, cuando lo aducido, de ser cierto, realmente sustancial y fatalmente insubsanable, sólo afectaría a partir de su cierre.

Resulta contradictorio que el casacionista reproche que se haya dejado "sin investigación, debate y resolución judicial de mérito, el porte de la

carabina" y que para subsanarlo se haya dispuesto compulsar copias para la investigación separada de este otro posible hecho punible, medida a la cual acudió la administración de justicia precisamente para enmendar tal omisión, sin que el censor explique cómo puede constituir irregularidad la aplicación de los mecanismos que la ley tiene previstos para subsanar situaciones como la censurada, emanando de allí el "sustrato legal" que echa de menos el libelista.

Que se haya quebrantado el principio de la economía procesal y dificultado la defensa del acusado, éste tendrá todas las facultades del caso en el nuevo diligenciamiento y no es asunto que atañe a la representación de la parte civil, como el propio apoderado reconoce, no obstante le entremezcle su intento de argumentar que sí va en detrimento de su causa. Lo que a ésta afecta, por dejar sin fundamento la indemnización de perjuicios, es la absolución proferida en segunda instancia a favor de Jorge Hernán Sánchez, al encontrar el ad quem en su libre criterio razonado que había reaccionado en legítima defensa, sobre lo cual en nada incide al interés privado de los familiares del occiso conocer bien la personalidad del procesado, conseguir una explicación de porqué vivía "tan armado", ni que "otra hubiera sido la pena" y se hubiera agravado la responsabilidad de obtenerse la demostración del porte de un arma que presupone de uso privativo de las fuerzas armadas, cuya "procedencia e historia" permanecieren sin establecer.

De otra parte, aumenta la falta de claridad de estos reproches que se alegue el desconocimiento de la eventual configuración de causales de agravación punitiva, que ninguna entidad pueden tener frente al homicidio por el cual se absolvió, ni es del interés jurídico del apoderado de la parte civil, según se comentará al efectuarse el análisis formal de los otros cargos.

En síntesis, ninguna irregularidad sustancial que haya afectado la "posibilidad de administrar justicia" enuncia y mucho menos desarrolla apropiadamente el censor en sus imprecisos enfoques, que él pretende que conduzcan a la nulidad desde la apertura misma de la instrucción, quedándose la Sala sin forma válida sobre la cual acometer el estudio a fondo de lo propuesto.

SEGUNDO, TERCERO y CUARTO CARGOS SUBSIDIARIOS: de la misma manera conjunta puede la Corte abordar el estudio formal de los otros tres cargos subsidiarios, en cuanto todos los presenta el impugnante por la causal primera de casación, ante supuesta violación indirecta de normas sustanciales, por aplicación indebida proveniente de error de hecho por falsos juicios de identidad en la apreciación probatoria.

Aunque el enfoque de los tres cargos va encaminado hacia la sustentación de una sentencia condenatoria de distinta especificación (ex

ceso en la legítima defensa en el segundo, reconocimiento del estado de ira en el tercero y sin degradaciones de la responsabilidad en el cuarto), en todos ellos se incurre en similares imprecisiones que comprometen su admisibilidad formal.

No es válido enfrentar a la decisión del Tribunal, que arriba provista de la doble presunción de acierto y legalidad, lo que no es más que la personal perspectiva del censor, respetable pero no planteada con el debido cumplimiento de los requisitos formales ni suficiente para la sustentación de yerro trascendente alguno censurable en casación, con aptitud para hacer remover la absolución proferida.

El impugnante se ocupa, más que de precisar los errores anunciados en abstracto, de tratar de convencer sobre un desenvolvimiento de los hechos acomodado a quitarle justificación a la reacción de Jorge Hernán Sánchez, a quien pone a "acudir a la autoridad para que le hiciera respetar su derecho a la vida", en una tienda de la vereda Merchán del municipio de Saboyá.

Se queja de que el Tribunal haya magnificado la agresión de un hombre como José Leonel Castellanos, sobre quien no considera "del todo cierto" que sea el culpable de lo sucedido, afirmando que sus reflejos se encontraban en lamentable estado, lo cual escinde de su propio reconocimiento de haber sido el iniciador de la trifulca y hallarse en tal capacidad de agredir, que poco antes de recibir los impactos mortales él había disparado contra el dueño de la tienda, hiriéndole en el cuello.

No solamente es inadecuado que se intente presentar como errores del ad quem lo que sólo son discrepancias de opinión, sino que su propia versión de los hechos resulte inconsecuente y, por momentos, intercale apreciaciones que le están dando la razón al Tribunal en el reconocimiento de la legítima defensa, como se desprende de lo anotado en el párrafo anterior y de aseveraciones contradictorias, como colocar a Jorge Hernán Sánchez en gran superioridad por el porte de la carabina, que presume poderosa, y a la vez recordar que trataba de evadir a José Leonel ocultándose detrás de una puerta.

La falta de claridad en estos planteamientos del casacionista, que frustra definitivamente la admisión de la demanda, se incrementa cuando se aprecia su insistencia en asumir posición de castigador, como al determinar que "por consiguiente, niéguese al inculpado el beneficio de su libertad" (f. 76 CD. Trib.) y pedir reiterativamente que se le apliquen las circunstancias de agravación punitiva descritas en los numerales 1° a 5° del artículo 66 del Código Penal, se imponga la interdicción de derechos y funciones públicas y se le prive de la ejecución condicional de la condena, postulaciones que ciertamente no le corresponden al apoderado de la parte civil.

Por último, no es el recurso de casación un tanteo donde se puedan lanzar posiciones alternativas al azar y postreramente se abogue por una sobre la cual expresamente se ha manifestado desacuerdo, que se insiste mantener. Así, es inconsistente que el libelista, después de haber apelado contra el fallo condenatorio de primera instancia, que había reconocido que la conducta del procesado estuvo movida por la ira provocada por el actuar injusto de José Leonel Castellanos Villamil, tesis que sigue considerando "injurídica", reclame en casación su reconocimiento al estimarla "más próxima a los estrados de la justicia", pero sólo por conveniencia y no porque el Tribunal se halla equivocado al apreciar el sentido de las pruebas, llegando a una conclusión distinta a la objetivamente demostrada.

Por las fallas e imprecisiones referidas, se impone legalmente el rechazo de la demanda, de conformidad con lo dispuesto por los artículos 225 y 226 del Código de Procedimiento Penal, lo cual conduce a declarar desierta la impugnación, mediante providencia de la Sala que no admite recurso alguno al quedar ejecutoriada en la misma fecha de su suscripción (art. 197 ib.).

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

RESUELVE:

RECHAZAR IN LIMINE la demanda de casación presentada por el apoderado de la parte civil y, en consecuencia, declarar desierto el recurso interpuesto.

Contra esta providencia no procede recurso alguno.

Cópiese, comuníquese y devuélvase al Tribual de origen. Cúmplase.

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

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

AUXILIOS PARLAMENTARIOS / PECULADO

La Corte no desconoce que los gestores de los llamados auxilios parlamentarios, sin arraigo jurídico en la actualidad por la entrada en vigencia de la Carta Política de 1991, puedan realizar el tipo que define el delito de peculado, de establecerse que su conducta se acomoda a alguna de las descripciones comportamentales que trae el Libro Segundo, Título Tercero, Capítulo Primero del Código Penal. Conveniente resulta, pues, en ese sentido recordar lo dicho sobre el punto (auto de 14 de junio de 1996, M.P. Dr. Ricardo Calvete Rangel):

«Los llamados auxilios parlamentarios se originaron en lo dispuesto en el artículo 76 numeral 20 de la Constitución anterior, y fueron reglamentados a través de diferentes leyes, dentro de las cuales cabe destacar la 25 de 1977, 30 de 1978, 14 de 1987, 55 de 1988, 61 de 1989 y 46 de 1990.

En la Ley 30 de 1978, además de crearse la partida de gasto público que para tales objetivos se incorporaría al presupuesto de 1979, se dispuso que se encargaría a los Congresistas de identificar dentro de la circunscripción electoral por la que fueron elegidos, las entidades y los proyectos merecedores de ayuda financiera de la Nación, conforme a los objetivos señalados en la misma ley, y que el reparto de las apropiaciones respectivas se harían con las Comisiones Cuartas Constitucionales Permanentes según los pliegos que se entregasen por ellas hasta determinada fecha. Dichas partidas serían incorporadas en el Decreto de liquidación del Presupuesto Nacional, desarrollando la apropiación global respectiva de la ley anual de presupuesto.

Para el período fiscal de 1989, la Ley 55 de 1988 reiteró el sistema de distribución de las partidas, las condiciones previstas en leyes anteriores y agregó otras. Igual sucedió con la Ley 61 de 1989 que decretó el gasto público a incluir, por éstos conceptos, en la ley de presupuesto para la vigencia fiscal de 1990.

De lo reseñado se infiere que dentro del complejo proceso de decreto, definición y ordenación de éste rubro del gasto público, los Congresistas individualmente considerados tenían dentro de sus funciones intervenir para indicar los beneficiarios de la ayuda financiera de la

Nación. Dicho en otros términos, frente a un determinado rubro los Senadores y Representantes decían a quienes se les debía adjudicar partidas, forma concreta de participar en la ordenación del gasto.

Esta función otorgada a los miembros del Congreso, es una indiscutible forma de actuar en la administración de bienes del Estado, que independientemente de los demás pasos que fuera necesario dar para completar la operación hasta el pago del auxilio, ello no desdibuja la trascendencia de la intervención del gestor. La doctrina y la jurisprudencia han explicado con claridad que la función de administrar a que se refiere el artículo que tipifica el peculado por apropiación, no significa que dicha actividad deba estar toda concentrada en el mismo sujeto, sino que él forma parte del complejo engranaje que en muchos casos está fraccionada la administración de los bienes públicos. Con razón dicen los tratadistas, que si el concepto dentro de la complejidad del mundo actual y la organización y el funcionamiento de la hacienda pública, la finalidad buscada con la prohibición no se lograría.

Administrar es gobernar, controlar, custodiar, manejar, recaudar, distribuir, pagar, percibir, negociar, disponer, etc., es decir, todo un conjunto de actividades que dan al término un sentido amplio, que es como el legislador lo quiso emplear.

Así las cosas, si el poder dispositivo otorgado a los Congresistas, al tener entre sus funciones la de seleccionar a los beneficiarios de los auxilios, se emplea para lograr que todo o una parte de esos dineros entren a su patrimonio, surge con claridad la figura de la apropiación de dineros públicos, independientemente de la maniobra que se hubiere empleado para ese fin.»

Proceso No. 8816

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal

Aprobado acta No. 35

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

Santa Fe de Bogotá D. C., once de marzo de mil novecientos noventa y nueve.

Se procede a calificar la investigación seguida en contra del Ex-Representante a la Cámara doctor Alberto Antonio Agudelo Solís.

ANTECEDENTES

1.- Por medio de carta dirigida al Procurador Regional de Antioquia, los señores Luis Norberto Zapata Agudelo, Amilbia Henao Henao y Alcardo

Taborda Taborda, residentes en los Corregimientos Remolino Arriba, Puerto Limón y La Linda El Tres, del Municipio de Ciudad Bolívar (Ant.), solicitaron el inicio de investigación contra el Ex Representante a la Cámara Alberto Antonio Agudelo Solís, imputándole haberse apropiado, a través de su asistente Gustavo de Jesús Mira Patiño, no solo de auxilios parlamentarios destinados a las Juntas de Acción Comunal de sus lugares de residencia, sino también de innumerables ayudas educativas otorgadas con cargo al erario (fl. 3).

De esta comunicación, el Procurador Departamental dio traslado a la Fiscalía Delegada del Circuito de Ciudad Bolívar, autoridad que dispuso el adelantamiento de indagación preliminar (fl. 11), en cuyo desarrollo advirtió posible distracción de dineros públicos incluidos en el Presupuesto General de la Nación a iniciativa del Representante a la Cámara Doctor Alberto Antonio Agudelo Solís, siendo ésta la razón que expuso para remitir las diligencias a la Corte, por competencia (fl. 87).

2.- La Subsecretaría General de la Cámara de Representantes, certificó que el doctor Alberto Antonio Agudelo Solís, fue elegido Representante Principal por la Circunscripción Electoral de Antioquia, para el período constitucional 1986-1990, de cuyo cargo tomó posesión el 20 de julio de 1986 y actuó ininterrumpidamente hasta el 19 de julio de 1990.

Igualmente, que fue elegido Representante para el período constitucional 1990-1994, para cuyo efecto tomó posesión del cargo el 20 de julio de 1990 y actuó hasta el 30 de noviembre de 1991, fecha en la cual se produjo la revocatoria del mandato a los Congresistas (fl. 92).

3.- La Comisión Cuarta Constitucional Permanente de la Cámara de Representantes, relacionó entre otras las siguientes partidas incluidas en el Presupuesto General de la Nación, por iniciativa del Parlamentario doctor Alberto Antonio Agudelo Solís (fls. 206 y ss.):

3.1.- Vigencia fiscal de 1989:

" RIONEGRO. Corporación Social 'Jorge Eliécer Gaitán', a través del Instituto para el Desarrollo de Antioquia 'IDEA', con destino a Juntas de Acción Comunal, Fundaciones, Corporaciones, Entidades sin ánimo de lucro, Tesorerías Municipales o de Corregimientos, Asociaciones, Parroquias o entidades similares con destino a obras sociales como: vivienda, educación, electrificación, teléfonos, acueducto, alcantarillados, pavimentación, publicaciones, ancianatos, parroquias, deportes, caminos, puentes, carreteras, recreación, compra o reparación de maquinaria, adquisición de bienes muebles e inmuebles y auxilios a entidades y/o personas necesitadas en el País, tanto en zonas rurales como urbanas, funcionamiento y/o dotación de la Corporación ..... $ 9.000.000.00".

3.2.- Vigencia fiscal de 1990:

«MEDELLIN. BANCO Ganadero, con destino al Fondo 'Alberto Agudelo Solís', para becas y subsidios a estudiantes de todos los niveles educativos en el interior y exterior del País ..... $ 8.036.000.00".

3.3.- Vigencia fiscal de 1991:

«Bolívar (ANTIOQUIA): GIRAR AL TESORERO MUNICIPAL PARA PROGRAMAS DE SALUD. ADQUISICION DE BIENES INMUEBLES, DEPORTIVOS, y VIVIENDA .....$ 7.843.000.00».

4.- En relación con la «Corporación Social Jorge Eliécer Gaitán», la Directora Jurídica de la Gobernación de Antioquia, certificó que «es una entidad sin ánimo de lucro, con domicilio en el Municipio de Rionegro, con Personería Jurídica reconocida por la Gobernación de Antioquia, mediante Resolución No. 36159 del 5 de septiembre de 1988, según lo dispuesto por el artículo 633 y ss. del Código Civil».

«Que como Representante Legal de ésta, obra el doctor Guillermo Gómez Ramírez, en calidad de DIRECTOR EJECUTIVO, quien fue elegido según Acta de Fundación No. 001 del 19 de julio de 1988, para un período indefinido».

«Fueron elegidos, además, los siguientes Miembros Directivos, para un período de dos años:

«Lorenzo Garcés Restrepo Presidente.

«William Ríos Galvis Vicepresidente.

«Francisco Valencia Arbeláez Secretario.

«Antonio Gálvez Parra Tesorero.

«Desde la fecha en que ésta fue reconocida no se ha solicitado renovación de los miembros directivos» (fls. 112).

4.1-. También fue allegada fotocopia autenticada de la Resolución 36159 ya referida, y los estatutos que rigen la Corporación Social Jorge Eliécer Gaitán (fls. 43 y ss.).

4.2- El Tesorero de la Corporación Jorge Eliécer Gaitán, señor Antonio Gálvez Parra, certificó que el auxilio por $ 9.000.000.00 recibido del Presupuesto Nacional tuvo la siguiente distribución:

En materia de educación fueron otorgadas 78 ayudas educativas, por un valor total de $ 1.500.000.00, de las cuales 16, por valor de $ 655.000.00, los dineros correspondientes fueron entregados a Gustavo Mira Patiño, quien se comprometió a hacer llegar dichos recursos a los beneficiarios:

Las siguientes personas figuran suscribiendo el comprobante de recibo de los citados recursos (fls. 129 y ss.):

- Silvia Luz Gómez Mesa ..... $ 90.000.00.
- Germán de Jesús Bustamante Echeverri. ..... $ 90.000.00.
- Ingrid Lorena Restrepo Santofimi..... $ 60.000.00.
- Adriana Mabel Mira Mazo ..... $ 100.000.00.
- Luis Ferney Montoya Londoño ..... $ 25.000.00.
- Horacio Guardia Machado ..... $ 50.000.00.
- Brith Barth Gómez ..... $ 20.000.00.
- John Darío Alvarez Usuga ..... $ 20.000.00.
- Heriberto Muñoz Mona ..... $ 15.000.00.
- Elsy María Cossio Ospina ..... $ 15.000.00.
- Dora Liset Duque Moreno ..... $ 20.000.00.
- Magda Zuley Castillo Duque ..... $ 25.000.00.
- Fredy Alonso Osorio Agudelo ..... $ 25.000.00.
- Adriana María Gallego García ..... $ 20.000.00.
- Sandra Janeth Sánchez Alvarez ..... $ 20.000.00.
- Darío Alberto Olaya López ..... $ 60.000.00.

Total ..... $ 655.000.00.

Por salud, se entregaron $ 50.000.00 a la señora María Bultrago por concepto de cirugía en la Clínica Oftalmológica de Antioquia.

Y, por concepto de Auxilios a entidades y/o personas necesitadas, los siguientes dineros fueron entregados, mediante cheque, al señor Gustavo de Jesús Mira Patiño, según autorización al respecto otorgada por los beneficiarios (fls. 132 y ss.):

4.2.1.- Asociación de Economistas Agrícolas de la Universidad Nacional ..... $ 400.000.00.

4.2.2.- Junta de Acción Comunal Corregimiento Remolino Arriba del municipio Ciudad Bolívar ..... $ 300.000.00.

4.2.3.- Orientación Femenina María Droste. Hermanas del Buen Pastor ..... $ 300.000.00.

4.2.4.- Parroquia Los Farallones, de la Diócesis de Jericó $ 500.000.00.

4.2.5.- Junta de Acción Comunal Vereda Puerto Limón del Municipio de Ciudad Bolívar ..... $ 200.000.00.

4.2.6.- Junta de Acción Comunal Vereda La Linda El Tres de Ciudad Bolíva ..... $ 200.000.00.

4.2.7.- Parroquia de Ciudad Bolívar ..... $ 500.000.00

4.2.8.- Parroquia de Ciudad Bolívar ..... $ 500.000.00

4.2.9.- Vecinos de El Alto, Corregimiento Alegrías, Municipio de Caramanta ..... $ 250.000.00.

4.2.10.- Club Deportivo Los Farallones ..... $ 200.000.00.

«Es bueno aclarar, concluye, que si bien los $ 9.000.000.00 venían expresamente para la Corporación y no a nombre del Doctor Agudelo Solís, lo cual la Corporación podía destinar dichos auxilios en su radio de acción que era el Oriente como lo contemplan sus estatutos» (fls. 124 y 183 y ss).

4.3.- En relación con los recursos asignados a las Juntas de Acción Comunal Remolino Arriba ($ 300.000.00), La Linda El Tres ($ 200.000.00), y Puerto Limón ($ 200.000.00), se estableció que la Corporación Jorge Eliécer Gaitán giró los cheques números B3295704 a favor de la Junta de Acción Comunal La Linda El Tres y/o Gustavo Mira por la suma de $ 200.000.00 (fl. 63); B 5237197 a favor de J.A.C. VEREDA PTO. LIMON por la suma de $ 200.000.00 (fl. 64) y B 52379194 a favor de J. A. C. REMOLINO ARRIBA por la suma de $ 300.000.00 (fl. 64), todos los cuales fueron hechos efectivos a través de la cuenta número 1012-879278 de la Corporación de Ahorro y vivienda Conavi en la ciudad de Medellín, abierta a nombre de Gustavo de Jesús Mira Patiño (fls. 82 y ss.).

4.4.- Como estos recursos no llegaban a las arcas de las juntas de acción comunal que vienen de ser referidas, los señores Luis Norberto Zapata Agudelo, Amilbia Henao Henao y Alcardo Taborda Taborda, pusieron el hecho en conocimiento de la autoridad.

4.4.1. El señor Alcardo Taborda Taborda, Vicepresidente de la Junta de Acción Comunal de La Linda El Tres, refirió que la última semana de octubre de 1991, el doctor Alberto Agudelo Solís comunicó que a la citada Junta le había sido asignado un auxilio por la suma de doscientos mil pesos para mejoramiento de vivienda de las familias más pobres, y en esa misma fecha la Junta autorizó para el cobro de los recursos al señor Gustavo Mira sin volver a saber sobre el asunto. Posteriormente, el 16 de marzo de 1992, se encontró con el señor Mira Patiño, a quien reclamó sobre el aporte y fue informado que el Doctor Agudelo personalmente estaba haciendo las diligencias de dicho auxilio y pensaba reunir la comunidad para entregar públicamente la ayuda (fls. 13 y ss.).

4.4.2.- Luis Norberto Zapata Agudelo, Presidente de la Junta de Acción Comunal Remolino Arriba de Ciudad Bolívar, manifestó que el señor Gustavo Mira Patiño, les dijo que solicitara un auxilio a la Fundación Jorge Eliécer Gaitán y que lo autorizaran para cobrarlo. En esa medida hicieron los trámites correspondientes y como a los cuatro meses de haber hecho la solicitud el señor Gustavo Mira se hizo presente con el cheque por la suma

de trescientos mil pesos, y pidió su endoso para poder cobrarlo, sin que volviera con los referidos recursos.

Cuando se encontró con Gustavo Mira, le reclamó por los dineros mencionados, pero obtuvo como respuesta que se comunicara con el doctor Alberto Agudelo, y luego se le informó que aún no se había logrado cobrar dicho auxilio, por lo cual siguieron a la espera sin resultados positivos.

Posteriormente dialogó nuevamente sobre el tema con Gustavo Mira quien expuso que al momento de ir a cobrar el cheque en el banco de la ciudad de Rionegro, se enteró de existir una contraorden de pago. Al enviar una comunicación escrita al doctor Agudelo Solís, reclamándole por el auxilio, el señor Mira le mandó a decir que le dieran una espera y le suministraran el número de la cuenta de la Junta de Acción Comunal para proceder a efectuar la consignación sin que ello hubiera sucedido (fls. 15 vto. y ss.).

4.4.3.- Bernardo Elías Tamayo, Inspector Departamental de Policía del Corregimiento La Linda El Tres, dijo que a la Junta de Acción Comunal se le anunció la posibilidad de obtener un auxilio por la suma de doscientos mil pesos, y en esa medida el señor Aicardo Taborda requirió su colaboración para elaborar una autorización al señor Gustavo Mira a fin de que tramitara y cobrara dicha ayuda, ya que permanece viajando y se le facilita hacer esa clase de gestiones, pero hasta el momento tales recursos no han sido recibidos (fls. 19 y ss.).

4.4.4.- Darío Alberto Olaya López, integrante de la Junta de Acción Comunal de La Linda El Tres, dijo haberse enterado que el señor Gustavo Mira no solamente cobró los dineros adjudicados sino también los asignados a las Juntas de Puerto Limón y Remolino Arriba (fls. 21 y ss.).

4.4.5.- Luz Amilbia Henao Henao, Vicepresidenta de la Junta de Acción Comunal de Puerto Limón, refirió que Gustavo Mira requirió que hicieran una solicitud del auxilio a la Corporación Jorge Eliécer Gaitán anexando el plan de inversión y la personería jurídica. Posteriormente, el señor Mira Patiño llegó con el cheque por la suma del auxilio pidiendo su endoso para evitarle ir a cobrarlo a Rionegro, a lo cual procedió pero el dinero no le fue entregado. En vista de esto dialogó con el doctor Agudelo quien le dijo que había que esperar debido a la congelación de esos auxilios (fls. 31 y ss.).

4.4.6.- En declaración jurada el señor Gustavo de Jesús Mira Patiño, refirió desempeñarse como Secretario del doctor Alberto Agudelo Solís, y aclaró que a través de la Corporación Jorge Eliécer Gaitán son cancelados auxilios parlamentarios gestionados por su jefe.

Comentó igualmente haber tramitado y cobrado los recursos asignados a las Juntas de Acción Comunal de Puerto Limón, Remolino Arriba y La Linda El Tres, los cuales no han sido entregados por haberse presentado la posibilidad de aumentar dichos recursos a un promedio de quinien-

tos a ochocientos mil pesos, pero a raíz de haber sido congelados, dicho objetivo no ha sido logrado.

Luego de cobrar los mencionados recursos, sostiene, se mantuvieron guardados un tiempo en la oficina del doctor Alberto Agudelo Solís en la ciudad de Medellín y nuevamente llevados a la Corporación Jorge Eliécer Gaitán.

Y, en cuanto a la afirmación que los denunciantes hacen de haber sido asignadas algunas ayudas educativas por el doctor Agudelo Solís, indica que se trata de algunas becas que «no alcanzaron a salir y están en el mismo proceso de congelamiento en espera de que se resuelva la situación de ese paquete de solicitudes que está sin adelantar ningún trámite» (fls. 23 vto. y ss.).

4.4.7.- El señor Antonio José Gálvez Parra, Tesorero de la Corporación Social Jorge Eliécer Gaitán, clarificó que la entidad no manejó ninguna cuenta del doctor Agudelo Solís, la intervención de éste solamente estuvo orientada a conseguir un auxilio por nueve millones de pesos para la Corporación y se le dieron algunas ayudas a las entidades señaladas por el gestor del aporte, las cuales fueron otorgadas en cheques girados a nombre de las mencionadas instituciones y entregados al señor Gustavo Mira Patiño por cuanto éste presentó las autorizaciones respectivas para su recibo, sin llegar a enterarse si dichos recursos ingresaron efectivamente a las entidades beneficiadas, siendo lo cierto que los cheques sí fueron cobrados pues de ello dan cuenta los extractos bancarios, solamente uno de quinientos mil pesos, no fue presentado ante el banco para su cobro. Contrario a lo expuesto por el señor Gustavo de Jesús Mira Patiño, nunca hizo devolución de recursos a la Corporación (fls. 65 y ss.).

4.4.8.- Escuchado en diligencia de versión el señor Gustavo de Jesús Mira Patiño, expuso haberse desempeñado como Asistente Parlamentario del doctor Alberto Agudelo Solís, por el período comprendido entre los años 1988 y 1991.

Aceptó haber sido autorizado para recibir y cobrar los cheques girados por la Corporación Jorge Eliécer Gaitán a favor de las Juntas de Acción Comunal de La Linda El Tres, Remolino Arriba y Puerto Limón, los cuales hizo efectivos a través de una cuenta abierta a su nombre en la ciudad de Medellín.

Asegura que una vez cobrados los recursos de la Vereda Remolino Arriba, de ellos hizo entrega al doctor Antonio Agudelo Solís para que a su vez los entregara a las respectivas Juntas de Acción Comunal en reunión a programarse posteriormente, pues además, el doctor Agudelo pretendía hacer entrega de una cantidad más significativa.

En relación con los dineros asignados por la Corporación a la Junta de Acción Comunal de Puerto Limón, indica que inmediatamente después de

haber sido requerido por la Fiscalía, hizo entrega de los recursos a la señora Amilbia Henao, los cuales no había entregado antes por estar esperando la posibilidad de que el monto de la ayuda fuera incrementado, lo que finalmente no se logró, aunque esos recursos habían sido entregados al doctor Agudelo quien los mantuvo en su poder.

Refirió igualmente que luego de haber rendido declaración ante la Fiscalía, hizo entrega de los dineros a la Junta de Acción Comunal de La Linda El Tres (fls. 69 y ss.).

4.4.9.- Los señores Juan de Jesús Acevedo Restrepo, Alcardo Taborda Taborda, Luis Norberto Zapata Agudelo y Luz Amilbia Henao Henao, confirmaron que con posterioridad a haber rendido sus respectivas declaraciones, el señor Gustavo de Jesús Mira Patiño hizo entrega de los citados recursos a cada una de las Juntas de Acción Comunal (fls. 119 y ss.).

4.4.10.- La religiosa Leonila Salazar Posada, refirió que efectivamente la Comunidad del Buen Pastor, Centro Droste, recibió de la Corporación Jorge Eliécer Gaitán la suma de trescientos mil pesos como auxilio, el cual fue gestionado y cobrado por el señor Gustavo Mira (fl. 176).

4.4.15.- La joven Adriana Mabel Mira Mazo, hija de Gustavo Mira Patiño, refirió que su padre estuvo gestionando un auxilio educativo a través de la Corporación Jorge Eliécer Gaitán, pero este nunca llegó a sus manos por razón de la congelación dispuesta por el Gobierno según le fue referido (fls. 177 y ss.). En similar sentido declararon Adriana María Gallego García (fl. 178), Dora Liset Duque Moreno (fl. fl. 178 vto.) Sandra Janeth Sánchez Alvarez (fl. 179 vto.) y María Asunción Ospina Gallo -madre de María Elsy Cossio- (fls. 181 vto.).

Por el contrario, Silvia Luz Gómez Mesa, confirmó haber recibido el auxilio educativo otorgado por la Corporación Jorge Eliécer Gaitán. (fl. 245-2 Fiscalía).

5.- Dispuesta la formal apertura de instrucción en contra del ex-Parlamentario doctor Alberto Antonio Agudelo Solís, la consecuente vinculación mediante indagatoria, y la expedición de copias de lo actuado con destino a la Fiscalía, para la investigación relacionada con la conducta del señor Gustavo de Jesús Mira Patiño (fls. 26 y ss.). En esta etapa del proceso fueron recaudados los siguientes elementos de convicción:

5.1.- Comprobantes de giro de los $9.000.000.00, por el Instituto para el Desarrollo de Antioquia a favor de la Corporación Social Jorge Eliécer Gaitán (fls. 249 y ss.2 cdno. 2 fiscalía).

5.2.- Diligencia de indagatoria rendida por el doctor Alberto Antonio Agudelo Solís, en la cual, en relación con la imputación formulada en su contra por Luis Norberto Zapata Agudelo, Amilbia Henao Henao y Alcardo Taborda Taborda, refirió parecerle inaudita tal manifestación «porque en

mi vida política no he hecho sino dar, mas no recibir y sobre aspectos de auxilios siempre tuve en una forma directa como responsable en el manejo de los mismos, al señor Gustavo Mira, quien gozaba de toda la autonomía para la adjudicación de los mismos, siempre y cuando llenaran los requisitos, las solicitudes hechas a la oficina de Parlamentario; o sea que la solicitud tenía que ser estudiada para pasarla a la Corporación Jorge Eliécer Gaitán, donde administraban dichos auxilios», la cual mantenía permanente comunicación personal y directa con Gustavo Mira quien gozó de plena autonomía para tramitar las solicitudes hechas por instituciones o personas que aspiraban a resultar beneficiadas, quien luego le informaba sobre las gestiones realizadas, «mas nunca recibí partidas o auxilios que él cobrase».

Al requerírsele para que explicara los motivos por los cuales algunos de los beneficiarios de las ayudas, manifestaron que no obstante haber realizado los trámites requeridos y autorizar a Gustavo Mira para su cobro, el dinero no llegó a los destinatarios, comentó que «de esto solamente puede informar en una forma objetiva y clara el señor Gustavo Mira, quien tenía todas las facultades para administrar, orientar y manejar la asesoría de la adquisición y distribución de esos auxilios», pues las instrucciones que le fueron impartidas, «eran de que las entidades y personas que llenaban los requisitos eran las personas y entidades que debían de recibir dichos auxilios; gestionaba sí yo ante la Corporación, la prontitud con se debían tramitar dichos auxilios».

Cuando se recibía cualquier comunicación o interrogante sobre el tema, sostiene, siempre era remitida al señor Gustavo Mira, aunque aclara no recordar haber recibido la carta suscrita por Alcardo Taborda en donde solicita información acerca del auxilio por doscientos mil pesos, y que en ningún momento recibió o cobró cheques girados por la Corporación Jorge Eliécer Gaitán, pues su única gestión consistió en llamar a los Representantes de la Corporación para que se procediera a agilizar los trámites de entrega de los recursos, y frente a la situación expuesta, en relación con la entrega de los cheques a Gustavo Mira, es éste la única persona que debe brindar las respuestas pertinentes.

Y en cuanto a las afirmaciones hechas por Gustavo Mira, en el sentido de que luego de haber cobrado los referidos cheques girados a favor de las juntas de acción comunal los dineros le fueron entregados, sostiene que «eso no es cierto, porque nunca recibí físicamente ni cheque, ni dinero en efectivo para ninguna institución, ni persona», y tampoco tenían por que existir recibos, «porque nunca hubo entregas a mi persona de dineros gestionados para instituciones o personas ya que toda la tramitología de recibir y entregar y manejar, en su totalidad, esas gestiones estaban bajo la responsabilidad del señor Mira. En este caso se estaría faltando a la verdad por parte de Gustavo Mira, de haberme entregado física y directamente dinero».

Continúa exponiendo que si bien Gustavo Mira tenía facultad para gestionar un incremento en los montos de las partidas asignadas a las instituciones o personas, carecía de ella para señalar las fechas en que el dinero sería entregado y si el manejo de recibir y entregar dinero de auxilios estuvo bajo responsabilidad de Gustavo Mira, es él quien debe responder y decir donde mantuvo los dineros desde el momento en que cobró los cheques hasta el de su entrega a los beneficiarios «porque yo nunca los tuve» como él afirma (fls. 260 y ss. cdno. 2 Fiscalía).

5.3.- Angela María Cortés Bolívar, refirió que el doctor Agudelo Solís le otorgó ayudas educativas a sus hermanas María Eugenia Cortés, e Isabel Cristina Cortés, cuyas solicitudes eran entregadas al señor Gustavo Mira y cuando eran adjudicadas debían acercarse para su cobro a la Caja Agraria. En una oportunidad una de sus hermanas autorizó al señor Gustavo Mira para que reclamara el dinero en la ciudad de Medellín y con ello evitarle el viaje hasta esa ciudad, lo cual efectivamente cumplió (fl. 275 2 Fiscalía).

5.4.- Bertha Lucía Herrán de Agudelo, cuñada del doctor Alberto Agudelo Solís, afirmó que para el año 1990 cuando estuvo de candidata a la Alcaldía Municipal de Ciudad Bolívar, tanto el doctor Agudelo como Gustavo Mira le informaron que podía escoger 22 personas de las más pobres para beneficiarlas con una beca estudiantil, habiendo seleccionado 15, quienes llenaron los formularios con la documentación exigida, los que fueron entregados al señor Gustavo Mira para su gestión, pero estos recursos no fueron asignados porque según Gustavo Mira el Constituyente había suspendido su adjudicación, sin volver a enterarse del asunto (fls. 277 y ss.2 Fiscalía).

5.5.- El sacerdote Luis Felipe Correa Restrepo, párroco de San Bernardo de los Farallones en Ciudad Bolívar, refirió que con cargo a la vigencia fiscal de 1991 a la parroquia le fueron otorgados setecientos mil pesos para la dotación del salón cultural, dinero que fue cancelado a través de la Tesorería Municipal, como igualmente aconteció con los trescientos mil pesos asignados al Club Deportivo Los Farallones. También, a través de la Tesorería Departamental de Antioquia, la parroquia recibió una ayuda de tres millones de pesos para la casa cultural y un millón de pesos para el cementerio, en la vigencia fiscal de 1991.

Y asegura no recordar haber autorizado a Gustavo Mira Patiño para reclamar una ayuda por la suma de quinientos mil pesos, otorgada por la Corporación Jorge Eliécer Gaitán, según de ello da cuenta el folio 137 del C. O. No. 1 (fls. 283 y ss. cdno. 2 Fiscalía).

5.6.- María Eugenia Cortés Bolívar, afirmó que ella junto con su hermana Isabel Cristina Cortes Bolívar, fueron beneficiadas con ayudas educativas por cuenta del doctor Agudelo Solís. Personalmente cobró dos a

través de la Caja Agraria y una por Gustavo Mira quien le entregó los recursos (fls. 292 y ss.2 Fiscalía).

5.7.- Carlos Mario Sánchez VELEZ, refirió que su hermano Héctor LEON Sánchez VELEZ fue beneficiado con una ayuda educativa a cuenta del doctor Alberto Agudelo Solís por aproximadamente cuarenta mil pesos, dinero que cobró ante la Caja Agraria con un cheque que provenía del Banco Ganadero de Medellín el cual fue entregado por Gustavo Mira.

5.8.- Dora LisetH Duque Moreno, afirmó que no obstante haber llenado el formulario de solicitud y haber suscrito el recibo, este dinero nunca le fue entregado por Gustavo Mira, como igual sucedió con otras alumnas (fl. 2980 2 Fiscalía).

5.9.- Julia Rosa Duque Moreno afirmó que su hermana Dora Liset Duque y su hija Magda Zuley Castillo, llenaron los formularios de solicitud y suscribieron un documento que les presentó Gustavo Mira relacionado con las becas, pero nunca recibieron el dinero (fls. 301 y ss. 2 Fiscalía).

5.10.- Magda Zuley Castillo Duque dijo que se le informó que le iban a otorgar una ayuda educativa y en una oportunidad fue llamada a la Secretaría del Colegio Idem donde estudiaba, a firmar un documento, lo cual hizo pero nunca le fue entregado el dinero (fl. 306).

5.11.- La religiosa Ruth Elisa Giraldo Mejía, representante de la comunicad Monasterio de la Inmaculada Concepción, afirmó que el doctor Antonio Agudelo Solís les comunicó por escrito que con cargo a la vigencia fiscal de 1991, la Comisión Cuarta de la Cámara, había adjudicado un auxilio por la suma de quinientos mil pesos, para cuyo recaudo debieron adjuntar el plan de inversión en la Tesorería del Municipio, siendo pagados los recursos en el mes de julio de 1992 (fls. 306 y ss. 2 Fiscalía).

5.12.- María Elizabeth Mazo Mira, esposa de Gustavo de Jesús Mira Patiño, y madre de Adriana Mabel Mira y Nora Lised Mira, afirma que sus hijas fueron beneficiadas con ayudas educativas las cuales recibieron por intermedio de su padre porque en esa época eran menores de edad (fls. 313 y ss.2 Fiscalía).

5.13.- Ana Milena Vargas Pérez, sostuvo que en una ocasión diligenció un formulario para beca que le fue entregado por la doctora Bertha Lucía Herrán, pero nunca se le hizo entrega del dinero (fls. 319 y ss. edno. 2 Fiscalía). En igual sentido declararon Carlos Augusto Marín Tobón (fl. 321) y Héctor Hernando Galeano (fl. 323).

5.14.- La señora Miryam Fernández Restrepo, Administradora del Centro de Bienestar del Anciano San Pedro Apóstol de Ciudad Bolívar, aseguró haber recibido varias ayudas entre 1987 y 1990 por intermedio del Servicio Seccional de Salud de Antioquia (fls. 326 y ss. 2 fiscalía).

5.15.- Sofía Inés Agudelo Solís, hermana del imputado, informa que el grupo denominado la Legión de María estableció la posibilidad de construir una capilla y para ello fueron recibidas varias ayudas a través de la parroquia a cargo del sacerdote Jairo Montoya, los cuales fueron cancelados por la Tesorería Municipal. (fls. 334 y ss.2 Fiscalía).

5.16.- El educador Pedro Pablo Tamayo Ossa, de la Cooperativa del Magisterio, afirmó que a finales de 1991 el doctor Agudelo Solís les comunicó de un auxilio por quinientos mil pesos, el cual fue reclamado en la Tesorería Municipal y ese dinero fue destinado para adquirir muebles de oficina (fls. 338 y ss.2 Fiscalía).

5.20. El Sacerdote Francisco Alberto Vargas Raigosa, afirma que el doctor Alberto Agudelo Solís prometió un auxilio de medio millon de pesos para continuar con la construcción de la capilla La Milagrosa de Ciudad Bolívar, para cuyo cobro le hizo una autorización al señor Gustavo Mira (fl. 138 cdno. 1). dineros que efectivamente ingresaron el 8 de abril de 1991 y, no obstante que aparece otra autorización por igual valor, no recuerda haber recibido esa otra cantidad (fls. 342 y ss- 2 Fiscalía).

5.21.- Escuchado en ampliación declaración el señor Gustavo de Jesús Mira Patiño, manifestó que cuando en sus anteriores intervenciones dijo haber entregado los recursos al doctor Alberto Antonio Agudelo Solís, quiso significar «que los dineros correspondientes a los auxilios quedaban en la oficina a disposición para programar las entregas».

Y en relación con lo sostenido por los estudiantes del IDEM de San José de Citará, de no haber recibido los recursos que figuran relacionados a folios 129 y ss. del cuaderno 1, manifiesta que dichos auxilios fueron pagados por la Corporación Jorge Eliécer Gaitán con un solo cheque en cuantía que superó los quinientos mil pesos y a muchos de los beneficiarios se les hizo entrega de los dineros sin tardanza. Con relación a los beneficiarios de Ciudad Bolívar, esos recursos fueron ubicados en la oficina en la carpeta destinada a tales municipios. Aclara que en la relación de pago aparecen suscritos como recibidos por los beneficiarios porque ello era exigido por la Corporación de manera anticipada, y si bien en su primera declaración sostuvo que todos esos dineros fueron cancelados, al revisar se encontró con la sorpresa de que ello no había sido así por cuanto confió en que Darío OLAYA quien compartía la oficina y ya falleció, había cancelado dichos recursos (fls. 351 y ss.2 Fiscalía).

5.22.- La Religiosa María Consuelo Giraldo Atehortua, integrante de la Comunidad de las Hermanas Terciarias Capuchinas, refirió que la Gobernación de Antioquia les comunicó que mediante Decreto 1596 de 1990, a la congregación le fue adjudicado un auxilio por la suma de doce millones de pesos, del cual le entregaron solamente la mitad, pues según el Secretario Privado del Gobernador, el Departamento carecía por el momento de

recursos para cancelar la totalidad. Agrega que por gestión del doctor Agudelo Solís nunca se brindó ese tipo de ayudas (fls. 365 y ss.2).

5.24.- El señor Iván de Jesús Solís Moreno, Presidente del Club Polideportivo Farallones, refirió que por conducto del Párroco de Farallones, el club recibió una ayuda de $ 300.000.00 gestionada por el doctor Alberto Agudelo Solís, y en febrero de 1990, recibieron otro por la suma de $ 250.000.00 el cual fue cancelado por conducto de la Tesorería Municipal de Ciudad Bolívar (fls. 390 y ss.).

5.25. Mediante inspección judicial a la Tesorería Municipal de Ciudad Bolívar, se estableció que con cargo a la vigencia fiscal de 1991, fueron asignados $ 7.843.000.00, de los cuales a la Cooperativa del Magisterio fueron cancelados $ 500.000.00; al Convento Concepcionistas $500.000.00; a la Parroquia Los Farallones, $ 1.000.000.00; a la Parroquia La Inmaculada, $ 4.500.000.00, a la Parroquia Pío XII, $ 1.343.000.00, hasta cubrir el monto del aporte (fls. 397 y ss. 2 Fiscalía).

5.26.- Mediante inspección judicial a los archivos de la Corporación Social Jorge Eliécer Gaitán, se allegó documentación relativa a la distribución de los auxilios por $ 9.000.000.00 recibidos con cargo al Presupuesto General de la Nación para la vigencia fiscal de 1989 (fls. 410 y ss. cdno. 2 Fiscalía y 604 y ss. cdno. 3 Fiscalía).

5.27.- A folios 510 y ss.2 Fiscalía, obra la relación de beneficiarios de ayudas educativas con cargo al Fondo Alberto Agudelo Solís constituido en el Icetex, durante el período comprendido entre 1986 y 1990, con indicación de las distintas entidades bancarias a través de las cuales los pagos fueron realizados.

5.28.- En diligencia de ampliación de indagatoria, el doctor Alberto Antonio Agudelo Solís, ratificó no tener conocimiento sobre la forma como la Corporación Jorge Eliécer Gaitán distribuyó y pagó los recursos asignados con cargo al presupuesto de la vigencia de 1989, pues «específicamente o particularmente nunca tuve conocimiento de los procedimientos que se emplearon para cobrar estos auxilios, porque como lo he mencionado antes, las personas o instituciones siempre acudieron al señor Gustavo Mira para culminar dichos trámites», por ello, asegura, a medida que es interrogado resulta sorprendido por las manifestaciones de los beneficiarios de haber recibido o no las ayudas, «ya que como ellos mismos lo manifiestan, se ha presentado una relación de comunicación sobre estas materias que solamente ellos y Gustavo Mira le pueden aclarar a la Fiscalía».

No es cierto, sostiene, lo afirmado por Gustavo Mira en el sentido de haberle entregado el dinero de algunos auxilios, como tampoco le consta que lo hubiera mantenido guardado en la oficina.

Agrega que cuando escogió la Corporación Social Jorge Eliécer Gaitán lo hizo «no solamente por la honorabilidad de su fundador Dr. Hernando

Betancur, sino también porque consideraba que a través de esta organización se podía cumplir en mejor grado con el objetivo social».

Y al ser interrogado sobre los motivos por los cuales en relación con la distribución de los $9.000.000.00 la Corporación Jorge Eliécer Gaitán solamente presenta la documentación que respalda la distribución de $ 8.694.120.00, refirió no tener conocimiento pues en este caso debe ser la Corporación la que deba suministrar las explicaciones correspondientes dado que en ella se depositó toda la confianza para manejar el tantas veces mencionado auxilio (fls. 777 y ss. 3 Fiscalía).

5.29.- En la indagatoria rendida por Gustavo de Jesús Mira Patiño, dentro del proceso que cursa en su contra ante la Fiscalía Sexta Delegada de Itagüí, refirió que dentro del ejercicio del cargo de Asistente parlamentario del doctor Alberto Antonio Agudelo Solís, llegó a desempeñar con plena autorización y autonomía las funciones de contribuir al diligenciamiento de las solicitudes de ayudas otorgadas con cargo al presupuesto, tales como estudiar las peticiones y solicitar a los beneficiarios la documentación requerida.

En relación con el auxilio por nueve millones de pesos canalizado a través de la Corporación Jorge Eliécer Gaitán, su trabajo consistió en recepcionar las solicitudes que fueran presentadas al doctor Agudelo Solís o a la Corporación, recibir las orientaciones de la Corporación sobre los requisitos a ser cumplidos, allegar la documentación requerida, e intervenir en el proceso de cobro para luego entregar los recursos a la junta u organización beneficiaria.

Para efectos de facilitar el cobro de los recursos, se pedía a los beneficiarios que extendieran a su nombre una autorización para reclamar los dineros teniendo en cuenta que este trámite a veces resultaba demasiado engorroso e implicaba desplazamiento de los beneficiarios hacia la ciudad de Medellín y en tales casos los gastos a veces superaban el monto del auxilio mismo.

En el proceso de pago, la Corporación extendía un cheque a su nombre el cual hacía efectivo en la entidad crediticia. Posteriormente, afirma, ubicaba dichos dineros en las carpetas correspondientes a cada beneficiario para luego programar una reunión con los beneficiarios y proceder a su entrega, tratando de que a ella asistiera el doctor Agudelo Solís, por haber sido él el gestor del auxilio «aunque yo de él tenía plena autorización para entregar sin tener que él asistir», según precisa.

Cuando los recursos correspondían a beneficiarios localizados en la ciudad de Medellín, el trámite era mucho más ágil que si se hallaran ubicados en las comunidades de poblaciones distantes.

Asegura que los auxilios otorgados por la Corporación a la Asociación de Economistas Agrícolas, fue cancelada, así como la ayuda a la Parroquia

de Ciudad Bolívar, no así el de la Parroquia Los Farallones, por cuanto si bien el cheque por quinientos mil pesos fue girado por la Corporación, no se presentó para su cobro a la entidad crediticia esperando la posibilidad de incrementar la ayuda, que finalmente se canalizó por la Tesorería de Rentas Municipales, pero el cheque de la Corporación, quedó refundido en la oficina, dándolo por desaparecido sin que hubiera sido hecho efectivo.

En cuanto a la ayuda por doscientos cincuenta mil pesos, otorgada a la Junta de Vecinos del Alto en el Corregimiento Alegrías del Municipio de Caramanta, afirma que ese dinero fue entregado personalmente, y aunque le extendieron un comprobante de recibo, el mismo se halla refundido.

También asegura haber entregado el auxilio de doscientos mil pesos al Club deportivo Los Farallones.

Sobre las ayudas educativas otorgadas a Silvia Luz López, Germán Bustamante, Ingrid Lorena Restrepo, Adriana Mabel Mira, Luis Ferney Montoya, Horacio Guardia, Brith Bart Gómez, Fredy Alonso Osorio, John Darío Alvarez y Darío Alberto Olaya, refiere que estos dineros fueron cancelados en su totalidad.

No obstante en relación con algunos beneficiarios de ciudad Bolívar tenía la certeza de haber recibido las ayudas por la intervención de Darío Olaya quien manifestó que éstas habían sido cubiertas, pero posteriormente por la declaración de dichas personas ante la Fiscalía, se enteró que ello no había sucedido debiendo asumir la responsabilidad y tratar de ir cancelándoles paulatinamente. Tal sucedió con Heriberto Muñoz Mona, a quien no ha logrado localizar, pero tiene entendido que recibió un pago parcial. María Elcy Cossio, el pago lo recibió su progenitora; Adriana María Gallego lo recibió en presencia de su mamá, Yaneth Sánchez Alvarez, no ha sido localizada; las menores Magda Zuley Castillo y Dora Lizeth Duque, sus padres manifestaron que no recibirían los recursos hasta esperar en qué termina el proceso.

Asegura igualmente que las sumas asignadas a las Juntas de Acción Comunal de Remolino Arriba, la Linda el Tres y Puerto Limón, fueron canceladas aunque tiempo después de haber sido otorgadas por que se requería modificar los Estatutos de la Corporación Jorge Eliécer Gaitán para permitir asignar las ayudas a todo el Departamento, además había que notificar al doctor Agudelo Solís de que los recursos estaban ahí a disposición para empezar el contacto con las Juntas y programar la posibilidad de reunirse (fls. 851 y ss.3 Fiscalía).

5.30.- El señor Carlos Mario Saldarriaga López, Supernumerario del Banco Ganadero de medellín, quien tuvo a su cargo el manejo del Fondo Alberto Agudelo Solís, manifiesta que a esa oficina le correspondió gestionar los desembolsos de recursos asignados por el Parlamentario, labor en la cual una vez llegaba la solicitud de ayuda aprobada por el gestor, se

procedía a elaborar el cheque correspondiente y se entregaba al beneficiario o a la persona que éste autorizara, sorprendiéndole que la mayoría de las veces las autorizaciones fueran dadas a nombre de Gustavo Mira «ya esta situación se salía del control nuestro, pero él firmaba una constancia de recibido» (fls. 864 y ss.3 Fiscalía).

5.31.- En relación con los auxilios educativos canalizados a través del «Fondo Alberto Agudelo Solís» constituido por el investigado en el Banco Ganadero de la ciudad de Medellín, según el informe número 031 del 28 de abril de 1994, suscrito por funcionarios adscritos al Cuerpo Técnico de Investigación de la Fiscalía (fls. 2 y ss. cdno. 4 Fiscalía), se tiene que el señor Gustavo de Jesús Mira Patiño cobró las ayudas otorgadas a Maryori de Jesús Cartagena González ($90.000.00), Gloria Patricia Arango Rincón ($ 87.000.00), John Jaime Estrada Mejía ($ 12.000.00), Angela Inés Román Mejía ($ 82.000.00), Carlos Augusto Castaño Vélez ($ 51.000.00), Liliana Patricia Garzón Arias ($ 55.000.00), Luz Inés Gómez López ($ 64.000.00), Luis Guillermo Gómez López ($75.000.00) y Luz Dalila Chica Soto ($ 50.000.00), cuyos dineros, que en total ascienden a $ 566.000.00, no llegaron a manos de los beneficiarios conforme lo declarado por ellos (fls. 48 a 56 cdno. 4 Fiscalía).

5.32.- El Informe número 024, rendido el 12 de mayo de 1994 por los mismos funcionarios investigadores ya referidos (fls. 1 y ss. cdno. 5 Fiscalía), indica que el total de dinero cobrado por el señor Gustavo de Jesús Mira Patiño, correspondiente a auxilios educativos del Fondo Alberto Agudelo Solís constituido en el Banco Ganadero de Medellín, asciende a la suma de $ 9.756.330.00.

Igualmente expresa que la señorita Beatriz Eugenia Puerta Agudelo, sobrina del doctor Alberto Agudelo Solís, figura autorizada por éste para reclamar dos cheques por valores de $ 72.000,00 y $ 701.000.00, correspondientes a cuatro ayudas educativas otorgadas a Omar de Jesús Villada Suaza, Augusto de Jesús Suarez Aguirre, Dora Luz Calle López y Ovidio de Jesús Roldan, por $ 18.000.00 cada una; y 38 auxilios otorgados a Olivia Inés Zapata A., Luz Damaris Cartagena G. y Adriana María Taborda por $ 22.000.00 a cada cual; Rubiela Agudelo Diosa, Felipe A. Durango U., Rodrigo Vasco Montoya, Blanca M. Sanmartín, Mariela Cañona Cañona, Jorge Alberto Morales, Jair Javier Restrepo, María Inés Montoya, María Rosalba Sierra, Luz E. Marulanda Ledesma, Rosmira Restrepo, Luz Mary Grajales, Ana Lucía Gutiérrez, José Aníbal Trujillo, Dioselina Calderón, Elíecer Sánchez, Flor María Agudelo, Fabiola Tabares, Olga Inés Marulanda, Ana Leticia Castañeda, Fabiola de J. Campo, María Rubiela Quintero, Gloria de Los Angeles Henao, Nancy Montes Osorio, José M. Rodriguez, Luis Felipe Sepúlveda, Ana Paula Diez, Cicerón Cabezas Homes, Martha D. Castro y Guillermo Valencia, por $ 18.000.00 a cada uno; a Blanca María Cardona dos becas por $ 30.000.00 y $ 20.000.00, respectivamente, Oscar A.

Ramírez y Luis Alfredo Castañeda por $ 20.000.00 a cada uno; y Diego Andrés Guerrero por $ 25.000.00 (fls. 53,56 y 57 cdno. 7 Fiscalía).

5.33.- El Informe número 041 del 24 de mayo de 1994, que complementa el anterior, indica, además, que la señorita Beatriz Eugenia Puerta Agudelo, según autorización otorgada por el doctor Alberto Agudelo Solís (fl. 54 cdno. 6 Fiscalía), cobró los auxilios educativos otorgados a Lucelly Osorio ($ 30.000.00), Luis Hernando Muñoz, Blanca Rosa Ocampo, María Belma Ruiz, Dora Patricia Gaviria y Carlos Arturo López, por $ 18.000.00 para cada uno, para un total de $ 120.000.00 (fls. 54 cdno. 6 Fiscalía).

6.- La Sala al definir la situación jurídica del sindicado doctor Alberto Antonio Agudelo Solís, se abstuvo de afectarlo con medida de aseguramiento (fls. 255 y ss. cdno. 1 Corte). Con posterioridad a esta decisión, fueron recaudadas, entre otras, las siguientes diligencias:

6.1.- Ampliación de indagatoria del doctor Alberto Antonio Agudelo Solís, en la cual manifestó que con posterioridad a sus gestiones ante la Comisión del Presupuesto de la Cámara para canalizar auxilios educativos a través del Banco Ganadero, su participación en el manejo de los recursos consistió en la selección y adjudicación de ayudas a las personas beneficiadas. A partir de ese momento, con las autorizaciones otorgadas a Gustavo Mira Patiño, éste procedía a gestionar el cobro y a hacer la entrega de las becas a cada uno de los beneficiarios.

Entre las razones que tuvo para delegar en su asistente estas responsabilidades, se encuentran la imposibilidad de atender personalmente tales labores por los continuos viajes a la Capital de la República, otras ciudades del país y el interior de la provincia antioqueña; y la confianza que depositó en Gustavo Mira originada en su conocimiento de las necesidades de la comunidad dada la condición de Presidente de la Asociación de Juntas del Municipio de Bolívar, en donde se destacó por su gran espíritu de servicio e inspiró gran confianza de todos hacia él.

De Beatriz Eugenia Puerta Agudelo, dice que es hija de una hermana de nombre Stella Agudelo, y que con ocasión de haberse establecido en Medellín para continuar allí sus estudios, comenzó a frecuentar la oficina en donde llevó a cabo labores tales como atención al público, contestar el teléfono y citar a las gentes para entregarle los resultados de las distintas gestiones, tanto en el campo de los auxilios educativos como en lo relativo a las solicitudes de la realización de obras. En esa medida, por sugerencia de Gustavo Mira, se le autorizó para cobrar en el Banco Ganadero algunas becas, cuyos recursos trasladaba a la oficina en donde hacía entrega personal al señor Gustavo Mira quien conocía personalmente a los beneficiarios para efectos de su entrega.

Aclara que la política inicialmente trazada por el banco Ganadero, en cuanto a la forma como debían cancelarse las ayudas educativas, consis-

tió en que con cada una de las solicitudes aprobadas el Banco elaboraba el respectivo cheque y hacía el pago directamente a los beneficiarios. Este sistema, que era el ideal, no dio los resultados esperados por cuanto la entidad financiera estableció un límite de treinta días para que los beneficiarios se acercaran a cobrar los recursos pues si no lo hacía durante ese lapso, era necesario iniciar de nuevo todo el trámite, lo cual en últimas hacía casi imposible que los recursos llegaran a la comunidad.

Por lo anterior se convino con el Banco que se autorizaría a una persona para cobrar los recursos correspondientes a las becas que se fueran asignando para de esta manera proceder a la distribución de los dineros. Fue así como se continuó gestionando el cobro de los auxilios mediante autorizaciones dadas al señor Gustavo Mira, para que con plenas facultades, estuviera en comunicación permanente con la entidad financiera y aportara los soportes que el banco exigiera para entregar los auxilios. Gustavo Mira también sugirió que se autorizara a Beatriz Eugenia Puerta y Ofelia Puerta, para que ellas cobraran algunos de estos auxilios y le entregaran los dineros a él personal y directamente a fin de continuar el trámite con los beneficiarios, sin que por este procedimiento la Contraloría hubiere efectúado glosa alguna.

Insiste en sostener que en las oportunidades en las cuales Beatriz Eugenia y Ofelia fueron autorizadas para reclamar los dineros del banco, una vez cobrados fueron entregados a Gustavo Mira, quien era el responsable por su administración y entrega a la mayor brevedad posible a los destinatarios, a quienes se les hacía comparecer a la oficina o mediante el traslado de Gustavo Mira a los distintos sitios del Departamento.

Refiere que Marco Tulio Agudelo Zapata, Yuliana Agudelo Zapata, Nora Puerta Agudelo y Mónica Puerta Agudelo, son sus sobrinos, y a ellos se les otorgó ayudas educativas previa consulta con la Oficina Jurídica del Congreso, estableciéndose la inexistencia de alguna clase de impedimento para brindarles becas estudiantiles, y, además, por tratarse de personas de escasos recursos económicos.

Afirma ser «el primer sorprendido y debo manifestarlo con mucha claridad de sentir una gran indignación y por qué no una frustración, de tenerme que sentar ante la Fiscalía como sindicado, de lo que he considerado se debió haber llevado con la mayor pulcritud, honradez y buen servicio para la comunidad», y, «si a algún sitio o persona no llegaron estos auxilios, es el señor Gustavo Mira quien tiene que clarificar este aspecto, porque de la conducta y de la actitud cristalina de Beatriz Eugenia, nadie ha tenido ni tiene ninguna duda de su rectitud».

Además, sostiene, que a medida que se le interroga por hechos tan graves como el relativo a que el párroco de Farallones no hubiera recibido una partida para la reconstrucción de las viviendas de la tragedia de «La Arboleda», como igual sucedió con los Vecinos de El Alto del Municipio de

Caramanta, o con el sacerdote de Ciudad Bolívar Alberto Vargas, son acontecimientos que lo dejan perplejo y desconcertado «porque ante organizaciones que siempre quise servir con la mejor intención y ver hoy las afirmaciones de los interesados, como de la Fiscalía, de que estos auxilios no llegaron, quedo sin palabras porque siempre he contado con que estos auxilios llegaron a sus destinos finales y así se me manifestaba por parte del señor Gustavo Mira y ante la ausencia de reclamo alguno por parte de estos sacerdotes, siempre conté con que estos auxilios habían llegado a su destino final».

Concluye la diligencia sosteniendo que al no haber tenido en su poder los dineros ni su administración directa, «me veo en la imposibilidad de señalar a las entidades que recibieron estos dineros y remitirme nuevamente a quien tuvo el contacto directo y personal como lo manifiestan los interesados, con el señor Gustavo Mira Patiño, que debe ser él quien nos debe explicar a todos satisfactoriamente el rumbo final de estos auxilios» (fls. 275 y ss. cno 2 Corte).

6.2.- Escuchada en diligencia de versión, la señorita Beatriz Eugenia Puerta MUÑOZ manifestó ser sobrina del doctor Alberto Agudelo Solís, y que su tío le otorgó autorización para retirar del Banco Ganadero los cheques correspondientes a auxilios educativos por las sumas de $72.000.00, $120.000.00, y 721.000.00, cuyos títulos, luego de hacerlos efectivos en el banco, los dineros fueron entregados personalmente a Gustavo de Jesús Mira Patiño (fls. 188 y ss. cdno. 2 Corte).

6.3.- En diligencia de versión, el señor Gustavo de Jesús Mira Patiño, en relación con los tres documentos mediante los cuales el doctor Antonio Agudelo Solís autorizó a Beatriz Eugenia Puerta Agudelo para cobrar las becas correspondientes a los estudiantes enunciados a folios 53 y ss del cuaderno 6 de la Fiscalía, manifestó:

«Folio 53 veo cuatro nombres y esto fue más o menos cuando estaba recién posesionado y conocí de esta parte y con esta niña Beatriz Eugenia que estaba aquí estudiando conozco que se hicieron los pagos, ella como que se vino a estudiar de Bolívar a acá y como en su estudio le quedaba tiempo se iba a ayudar a la oficina y tramitaba de personas conocidas dichos auxilios y ella estaba autorizada para recibir dicho dinero, recuerdo que unos (pagos) se hacían directamente y otros cuando llegaba un líder del municipio, recuerdo muy bien que fue en mi empalme porque después de ella continué yo. A folios 54 también era autorizada Beatriz Eugenia Agudelo, pero recuerdo que sí se cancelaron, es más yo ayudé a hacer estos oficios y muchos nos tocaba ir juntos a hacer los pagos. En el 56 algunos me son conocidos pero dada la fecha coincide como cuando yo estaba iniciando y con Beatriz se hacían los pagos, muchos de los cuales me toco presenciar y como ya dije recuerdo que varios oficios yo se los redactaba. En el folio 57 recuerdo que sí se pagaron muchos de estos auxi-

lios directamente en la oficina y otros llegaban de los municipios» (fls. 120 y ss. cno 2 Corte).

6.4.- Ofelia de La Cruz Puerta Agudelo refirió que en varias oportunidades colaboró con Gustavo Mira Patiño para cobrar algunas ayudas educativas en el Banco Ganadero y una vez hechos efectivos los recursos se los entregaba a Gustavo Mira quien los repartía entre los beneficiarios en las distintas localidades (fls. 355 y ss. 2 Corte).

6.5.- El Doctor Hernando de Jesús Betancur Ramírez, Fundador de la Corporación Social Jorge Eliécer Gaitán, explicó que el doctor Alberto Agudelo Solís solicitó le permitiera canalizar un auxilio a través de la Fundación, debido a que carecía de una entidad que pudiera hacerlo, siendo así como fueron asignados $ 9.000.000.00, cuya distribución desconoce toda vez que de ello se encargaron el Tesorero Antonio Galvés Parra, y el señor Gustavo Mira Patiño, a quien el doctor Solís responsabilizó de dicha labor, aunque sí da fe que algunos de esos recursos fueron utilizados en gastos de funcionamiento.

Aclara que fue muy poca la participación del doctor Solís en el manejo de dichos recursos pues se limitó solamente a hacerle una o dos llamadas telefónicas para agilizar la entrega de unos auxilios (fls. 376 cdno. 2 Corte).

6.6.- La Jefatura de la División de Personal de la Cámara de Representantes, certificó que, de conformidad con las Leyes 52 de 1978 y 5a de 1992, «las funciones del Asistente Parlamentario serán las que el respectivo H. Representante le señale debiendo también controlar el cumplimiento de las mismas (fl. 388 cdno. 2 Corte).

6.7.- Las siguientes personas declararon bajo juramento haber efectivamente recibido los auxilios educativos que les fueron asignados para ellos o sus hijos, sea mediante cobro directo del cheque ante la entidad bancaria, mediante entrega que del dinero le hiciera Gustavo de Jesús Mira Patiño, o algunos líderes regionales: María Dolores Rodríguez Henao (fl. 59 cdno. 2 Corte), María del Socorrro Rodríguez Henao (fl. 62), Horacio Guardia Machado (fl. 65), Dana Mónica Posada Zapata (fl. 76), Luz Consuelo Vélez Zuleta (fl. 83), María Elizabeth Mazo Mira (fl. 107), Silvia Luz Gómez Mesa (fl. 110), Beatriz Elena Gil Muñoz (fl. 114), Martha Mira Patiño (fl. 117), Alvaro Rivera Osorno (fl. 125), Lina María Taborda Mejía (fl. 129), Ana Isabel Mejía Escobar (fl. 131), Joaquín Guillermo López Campo (fls. 133), Martha Elena Cataño de Cardona (fl. 164), Isabel Cristina Cortez Bolívar (fl. 180), José Rogelio Seguro Castillo (fl. 182), Angela Ayadith Mira Mazo (fl. 184), Nora Lizeth Mira Mazo (fl. 185), Hernán de Jesús Gómez Parra (fl. 196), Judith de Jesús Castro Oquendo (fl. 199), Ana Francisca Quiroz Zapata (fls. 201), Luz Meri Galeano Henao (fl. 203), Gloria Stella Agudelo Aguirre (fl. 210), Olga Cecilia Agudelo Zapata (fl. 213), Jaime Al

berto Campiño Vásquez (fl. 216), Oswaldo de Jesús Agudelo Osorio (fl. 218), María Edilma Osorio Muñoz (fl. 221), Didier Antonio Vargas Bedoya (fl. 223), Carlos Mario Sánchez Velez (fl. 225), Mario de Jesús Gaviria Restrepo (fl. 228), Luis Gustavo González Yagari (fl. 230), Miriam Janeht Grajales Giraldo (fl. 231), Hernando de Jesús Sepúlveda Zapata (fl. 232), Baudilio de Jesús Contreras Restrepo (fls. 234), Héctor Darío Díez Ramírez (fl. 241), Marleny Calle Carvajal (fl. 243), Amanda Villada de Ramírez (fl. 246), Rosario Herrera Osorio (fl. 248), Jesús Alberto Hoyos Sánchez (fl. 250), Luz Stella Estrada Toro (fl. 252), María Eugenia Hernández González (fl. 255), Luz Francia Hernández Franco (fl. 258), Eli de Jesús Arboleda Londoño (fl. 260), Martha Lucía Hoyos Sánchez (fl. 263), María Rubiela Jaramillo Cuervo (fl. 265), Wilson Augusto Zapata Gil (fl. 268), Octavio Correa Gonzalez (fl. 270), Angela María Escobar Palacio (fl. 272), Edilma Ochoa Montoya (fl. 283), Lucila Acevedo Valencia (fl. 285), Nancy del Socorro Montes Osorio (fl. 290), Carlos Mario Saldarriaga López (fl. 293), Genoveva de Fatima Ceballos (fl. 295), Ana Paula Díez Berrío (fl. 297), Luis Alfonso Restrepo Jaramillo (fl. 301), María Guillermina Montoya Rojas (fls. 304), José Alberto Cañaveral Bedoya (fl. 319), Diana Leticia Hoyos Marín (fl. 321), Helda Lucía Pineda Aguirre (fl. 323), Arturo Leon Hoyos Sánchez (fl. 332), Marco Tulio Agudelo Zapata (fls. 334), Liliana Taborda Rivera (fl. 342), Luis Felipe Sepúlveda Ramírez (fl. 347 Vto.), María Lucía Ortiz Sierra (Asociación de Economistas Agrícolas) (fl. 349), Diego Andrés Guerrero Acevedo (fl. 351), Zenaida Garzón Vallejo (fl. 353), Ofelia de La Cruz Puerta Agudelo (fl. 355), José William Betancur Taborda (Asociación de Economistas Agrícolas) (fl. 359), Jaime de Jesús Jaramillo Sánchez (fl. 361), William de Jesús Gaviria López (fl. 364 cdno. 2 Corte), Rodrigo Vasco Montoya (fls. 99 3 Corte), Luis Alirio Sánchez (fls. 138 cdno. 3 Corte), Ciro de Jesús Henao Sánchez (fl. 140 cdno. 3 Corte), John Jairo Quintero Acevedo (fl. 142.Vto. cdno. 3 Corte), María Luz Deycy Restrepo (fls. 145), Antonio Ramírez Morales (fls. 147 cdno. 3 Corte), María Inés Montoya (fl. 149), Jairo Javier Restrepo (fl. 150) y Pedro Antonio Herrera Arboleda (fl. 152 cdno. 3 Corte).

3.8.- No Aconteció Lo Mismo Con Las Siguientes Personas Quienes Refirieron No Haber Recibido El Auxilio Educativo Que Figura A Ellos Otorgado: Dora Luz Calle López (fls. 145 y ss.2), Olga Inés Marulanda Gutiérrez (fls. 150), Esneider de Jesús Castañeda Cruz ($ 20.000.00) (fl. 162), Maryori de Jesús Cartagena González La Declarante Dice Que El Auxilio Fue Tramitado Por Su Hermana (fl. 186), Teresa del Niño Jesús Sierra de Robledo (fl.325), Fabiola de Jesús Campo de Campo ($18.000.00), (fl. 339), José Mauricio Rodríguez Serna ($18.000.00), María Nazareth Hernández Sánchez ($30.000.00) (fl.98 cdno. 3 Corte), Jaime Alonso Muñoz Marín (fl. 102 cdno. 3 Corte), Martha Diony Castro (fl. 104 cdno. 3 Corte), Ramón Eduardo Agudelo Castaño (fls. 139 cdno. 3 Corte), Lucelly Palacio de Valencia (Madre de Nancy Jancht Valencia Palacio) (fl.141. cdno. 3 Corte) y Carlos Enrique Herrera (fl. 151 cdno. 3 Corte).

6.9.- Al proceso se incorporó fotocopia autenticada del acta de formulación de cargos dentro de la audiencia especial, en el proceso seguido ante la Fiscalía Sexta Delegada de la Unidad Unica de Itagui (Ant.) en contra de Gustavo de Jesús Mira Patiño. Esta diligencia da cuenta de la aceptación de responsabilidad penal del señor Mira Patiño por haberse apropiado de las siguientes partidas asignadas por la Corporación Jorge Eliécer Gaitán con cargo a los $ 9.000.000.00 incluidos en el presupuesto nacional de 1989 a iniciativa del parlamentario Alberto Agudelo Solís: $ 300.000.00 de la Junta de Acción Comunal de Remolino Arriba del municipio de Ciudad Bolívar; $500.000.00 de la Parroquia Farallones de Ciudad Bolívar; $200.000.00 de la Junta de Acción Comunal de Puerto Limón; $ 200.000.00, de la Junta de Acción Comunal La Linda El Tres; $500.000.00 de la Parroquia de Ciudad Bolívar; $250.000.00 del Club Deportivo Los Farallones; y las ayudas educativas de María Elssy Cossio Ospina ($15.000.00), Adriana María Gallego ($20.000.00), Sandra Janeht Sánchez Alvarez ($20.000.00), Magda Zuley Castillo Duque ($25.000.00) y Dora Lizeht Duque Moreno ($ 20.000.00).

Se precisó, además en la diligencia que «el desarrollo de la investigación comprende en la actualidad otro conjunto de auxilios y de los cuales continuará la investigación, rompiéndose la unidad procesal de conformidad con el artículo 37B numeral 3 (del Código de Procedimiento Penal)» (fls. 47 y ss. cdno. 3 Corte).

6.10.- Mediante sentencia proferida el seis de diciembre de mil novecientos noventa y cuatro, el Juzgado Promiscuo del Circuito de Ciudad Bolívar (Ant.), aprobó el acuerdo referido en el numeral que precede y condenó al procesado Gustavo de Jesús Mira Patiño a las penas principales de 32 meses de prisión, interdicción de derechos y funciones públicas por el mismo término y multa en cuantía de doscientos cincuenta mil pesos, al hallarlo penalmente responsable del concurso de delitos de peculado por extensión en la modalidad de apropiación.

Dispuso también continuar «la investigación respecto de conductas delictivas similares que no fueron objeto de esta instrucción» (fls. 81 y ss. cno 3 Corte).

7.- Por estimarse cumplidos los presupuestos que establece el artículo 438 del C. de P. P., se dispuso cerrar la investigación (fl. 157-3 Corte).

Alegatos de la Conclusión

Precluido el término, ninguno de los sujetos procesales hizo uso de este derecho.

Se Considera

1. de conformidad con lo establecido por el artículo 235 de la Carta Política, ninguna discusión admite la competencia de la Corte para inves-

tigar y eventualmente juzgar al doctor Alberto Antonio Agudelo Solís, pues si bien en la actualidad no ostenta la condición de Congresista, los hechos materia de investigación se relacionan con las funciones desempeñadas cuando ejerció el cargo de Representante a la Cámara.

2.- Tampoco, que el doctor Alberto Antonio Agudelo Solís, durante el período comprendido entre el 20 de julio de 1986 y el 30 de noviembre de 1991, se desempeñó como Representante a la Cámara y, en tal calidad, a su iniciativa, fueron incluidas en el Presupuesto General de la Nación, entre otras, las siguientes partidas:

2.1.- Vigencia fiscal de 1989:

« RIONEGRO. Corporación Social 'Jorge Eliécer Gaitán', a través del Instituto para el Desarrollo de Antioquia 'IDEA', con destino a Juntas de Acción Comunal, Fundaciones, Corporaciones, entidades sin ánimo de lucro, Tesorerías Municipales o de Corregimientos, Asociaciones, Parroquias o entidades similares con destino a obras sociales como: vivienda, educación, electrificación, teléfonos, acueducto, alcantarillados, pavimentación, publicaciones, ancianatos, parroquias, deportes, caminos, puentes, carreteras, recreación, compra o reparación de maquinaria, adquisición de bienes muebles e inmuebles y auxilios a entidades y/o personas necesitadas en el País, tanto en zonas rurales como urbanas, funcionamiento y/o dotación de la Corporación ..... $ 9.000.000.00".

2.2.- Vigencia fiscal de 1990:

«Medellín. Banco Ganadero, con destino al Fondo 'Alberto Agudelo Solís', para becas y subsidios a estudiantes de todos los niveles educativos en el interior y exterior del País ..... $ 8.036.000.00".

2.3.- Vigencia fiscal de 1991:

2.3.1.: «Medellín. Icetex, Fondo Alberto Agudelo Solís, para becas y Subsidios en todos los niveles educativos en el interior y exterior del país ....$ 15.000.000.00».

2.3.2.: «Bolívar (Antioquia): girar al tesorero municipal para programas de salud, adquisición de bienes inmuebles, deportivos, y vivienda .....$ 7.843.000.00».

2.3.3.. : «Medellín. Icetex, Fondo Alberto Agudelo Solís, para becas y subsidios a estudiantes en todos los niveles educativos dentro y fuera del país.....$ 3.000.000.00».

2.4.- La Corte no desconoce que los gestores de los llamados auxilios parlamentarios, sin arraigo jurídico en la actualidad por la entrada en vigencia de la Carta Política de 1991, puedan realizar el tipo que define el delito de peculado, de establecerse que su conducta se acomoda a alguna de las descripciones comportamentales que trae el Libro Segundo, Título

Tercero, Capítulo Primero del Código Penal. Conveniente resulta, pues, en ese sentido recordar lo dicho sobre el punto (auto de 14 de junio de 1996, M.P. Dr. Ricardo Calvete Rangel):

«Los llamados auxilios parlamentarios se originaron en lo dispuesto en el artículo 76 numeral 20 de la Constitución anterior, y fueron reglamentados a través de diferentes leyes, dentro de las cuales cabe destacar la 25 de 1977, 30 de 1978, 14 de 1987, 55 de 1988, 61 de 1989 y 46 de 1990.

En la Ley 30 de 1978, además de crearse la partida de gasto público que para tales objetivos se incorporaría al presupuesto de 1979, se dispuso que se encargaría a los Congresistas de identificar dentro de la circunscripción electoral por la que fueron elegidos, las entidades y los proyectos merecedores de ayuda financiera de la Nación, conforme a los objetivos señalados en la misma ley, y que el reparto de las apropiaciones respectivas se harían con las Comisiones Cuartas Constitucionales Permanentes según los pliegos que se entregasen por ellas hasta determinada fecha. Dichas partidas serían incorporadas en el Decreto de liquidación del Presupuesto Nacional, desarrollando la apropiación global respectiva de la ley anual de presupuesto.

Para el periodo fiscal de 1989, la Ley 55 de 1988 reiteró el sistema de distribución de las partidas, las condiciones previstas en leyes anteriores y agregó otras. Igual sucedió con la Ley 61 de 1989 que decretó el gasto público a incluir, por éstos conceptos, en la ley de presupuesto para la vigencia fiscal de 1990.

de lo reseñado se infiere que dentro del complejo proceso de decreto, definición y ordenación de éste rubro del gasto público, los Congresistas individualmente considerados tenían dentro de sus funciones intervenir para indicar los beneficiarios de la ayuda financiera de la Nación. Dicho en otros términos, frente a un determinado rubro los Senadores y Representantes decían a quienes se les debía adjudicar partidas, forma concreta de participar en la ordenación del gasto.

Esta función otorgada a los miembros del Congreso, es una indiscutible forma de actuar en la administración de bienes del Estado, que independientemente de los demás pasos que fuera necesario dar para completar la operación hasta el pago del auxilio, ello no desdibuja la trascendencia de la intervención del gestor. La doctrina y la jurisprudencia han explicado con claridad que la función de administrar a que se refiere el artículo que tipifica el peculado por apropiación, no significa que dicha actividad deba estar toda concentrada en el mismo sujeto, sino que él forma parte del complejo engranaje que en muchos casos está fraccionada la administración de los bienes públicos. Con razón dicen los tratadistas, que si el concepto dentro de la complejidad del mundo actual y la organización y el funcionamiento de la hacienda pública, la finalidad buscada con la prohibición no se lograría.

Administrar es gobernar, controlar, custodiar, manejar, recaudar, distribuir, pagar, percibir, negociar, disponer, etc., es decir, todo un conjunto de actividades que dan al término un sentido amplio, que es como el legislador lo quiso emplear.

Así las cosas, si el poder dispositivo otorgado a los Congresistas, al tener entre sus funciones la de seleccionar a los beneficiarios de los auxilios, se emplea para lograr que todo o una parte de esos dineros entren a su patrimonio, surge con claridad la figura de la apropiación de dineros públicos, independientemente de la maniobra que se hubiere empleado para ese fin.»

Teniendo como referencia el anterior marco conceptual, se abordará seguidamente el análisis de las imputaciones formuladas en contra del Ex Representante Alberto Antonio Agudelo Solís, de cara a los medios de prueba recopilados, a fin de establecer cuál fue el destino final de los dineros oficiales materia de cuestionamiento por los quejosos.

3.- Recursos asignados a la Corporación Social Jorge Eliécer Gaitán.

Los referidos dineros fueron ubicados por el Gobierno Nacional en la citada Corporación, como de ello dan cuenta la orden de pago número 04490, expedida por el Instituto para el Desarrollo de Antioquia (fl. 250 cdno. 2 Fiscalía), y el recibo de caja por $ 9.000.000.00 extendido por la Corporación Social Jorge Eliécer Gaitán (fl. 249 ibidem).

Según la documentación aportada, la Corporación Social fue legalmente constituida, al punto de habérsele expedido reconocimiento de su personería jurídica (fls. 43 y ss.1 Corte), y en su fundación, administración o representación legal, ninguna participación tuvo el doctor Alberto Antonio Agudelo Solís, limitándose su gestión en relación con la partida presupuestal a ella asignada, al señalamiento de algunas entidades o personas que podrían resultar beneficiadas con los citados recursos, encomendar la colaboración en los trámites de solicitud, reconocimiento y pago de los dineros a su Asistente en el Congreso señor Gustavo de Jesús Mira Patiño, y recomendar a los directivos de la entidad agilizar dicho proceso a fin de que los auxilios llegaran prontamente a los beneficiarios.

De esto da cuenta la declaración del doctor Hernando de Jesús Betancur Ramírez, Fundador de la Corporación (fls. 376 cdno. 2 Corte), y el testimonio del Tesorero de la misma entidad, señor Antonio José Gálvez Parra (fls. 65 y ss. cdno. 1 Corte), con los cuales se ratifica la explicación en este sentido dada en la indagatoria por el sindicado doctor Alberto Antonio Agudelo Solís (fls. 260 y ss. cdno. 2 Fiscalía) y aun las mismas exposiciones rendidas por el señor Gustavo de Jesús Mira Patiño en las cuales no desconoce su contacto con los referidos recursos, como tampoco su procedencia oficial.

Es un hecho cierto, que de la partida recibida, la Corporación otorgó 78 ayudas educativas por un valor total de $ 1.500.000.00, de las cuales 18 por valor de $ 655.000.00 fueron giradas a favor de Gustavo Mira Patiño quien presentó la autorización para ello, y luego de recibir el dinero no hizo entrega de parte de los citados recursos a sus destinatarios.

Igual aconteció con las ayudas en dinero adjudicadas a las Juntas de Acción Comunal de Remolino Arriba ($ 300.000.00), Puerto Limón ($200.000.00) y La Linda El Tres ($200.000.00), así como de los recursos con destino a la Parroquia Farallones de Ciudad Bolívar ($500.000.00), la Parroquia de Ciudad Bolívar ($500.000.00) y el Club Deportivo Los Farallones ($250.000.00), de los cuales se apropió.

El señor Mira Patiño, en un comienzo trató de justificar la no entrega de los recursos aduciendo que ellos habían sido entregados al gestor de los aportes doctor Alberto Antonio Agudelo Solís, quien procedería a darlos a los beneficiarios en supuestas reuniones con la comunidad; posteriormente adujo que no había hecho entrega formal de los referidos dineros sino que fueron dejados en las respectivas carpetas abiertas a nombre de cada uno de los beneficiarios en la oficina que el parlamentario posee en la ciudad de Medellín y devueltos a la Corporación, que tal vez de ellos se apropió el señor Darío OLAYA quien también compartía la citada oficina, en explicaciones que paulatinamente fueron perdiendo peso a medida que la investigación avanzaba, no quedándole más alternativa que aceptar su responsabilidad penal para recibir de contera la correspondiente sentencia condenatoria por la conducta ilícita realizada.

El doctor Alberto Antonio Agudelo Solís, por su parte, desde su primera intervención en el proceso negó rotundamente lo afirmado por el señor Mira Patiño, exponiendo que si algo irregular aconteció con los recursos oficiales canalizados a través de la Corporación Social Jorge Eliécer Gaitán, quien debía brindar total claridad al respecto, no podía ser persona distinta de su asistente en el Congreso a quien le encomendó la labor de servir de puente entre la comunidad y la Corporación a fin de que los dineros efectivamente llegaran a los beneficiarios.

Si a lo anterior se agrega que en el expediente no existe ninguna prueba que indique que al patrimonio del doctor Agudelo Solís hubiere ingresado siquiera parte de los referidos recursos, pues sus cuentas bancarias reflejan movimientos financieros mínimos, que por el contrario, una vez adjudicadas las ayudas el gestor envió sendas comunicaciones a los entidades beneficiarias de los aportes para darles cuenta de los montos adjudicados, y que fue Gustavo de Jesús Mira Patiño quien mantuvo permanente contacto con los adjudicatarios y la Corporación giradora al extremo de haberse hecho autorizar para su cobro, no queda menos que sostener que la atribución de responsabilidad hecha por el señor Mira en contra de su jefe, no fue sino una coartada diseñada para desviar la atención de las autoridades en la averiguación del asunto.

Tampoco cabe formular reproche alguno en contra del doctor Agudelo Solís, por haber delegado en su asistente la función de coordinación sobre la forma como debían ser distribuidos y entregados los auxilios, pues como bien lo explicó en la indagatoria, sus múltiples actividades le impedían apersonarse del asunto, y de otra, la propia ley le permitía al parlamentario adscribirle al Asistente las funciones y tareas que a bien tuviera encomendarle.

Apareciendo claro, entonces, que fue el señor Gustavo de Jesús Mira Patiño quien bajo la apariencia de estar cumpliendo con las funciones encomendadas, se hizo autorizar para retirar los dineros de la Corporación Jorge Eliécer Gaitán, que luego de cobrados no hizo entrega de parte de ellos a los beneficiarios y que no existe ningún elemento de juicio serio que indique que esos recursos fueron apropiados por el doctor Agudelo Solís, la calificación del sumario por este concepto no puede ser distinta a la de precluir la instrucción por este hecho.

4.- Recursos canalizados a través del Banco Ganadero de Medellín, «Fondo Alberto Agudelo Solís».

La otra imputación formulada por los noticiantes Luis Norberto Zapata Agudelo, Amilbia Henao Henao y Alcardo Taborda Taborda, en contra del doctor Alberto Antonio Agudelo Solís, fue la de haberse apropiado de innumerables ayudas educativas otorgadas con cargo al presupuesto de la nación.

En este punto, al igual que en el anteriormente referido, si bien la investigación dio la razón a los quejosos para elevar su protesta por no haber recibido algunas de las ayudas educativas que fueron asignadas y de las cuales tuvieron conocimiento oportuno, la responsabilidad penal por el hecho no se ubica en cabeza del doctor Agudelo Solís, sino que se orienta hacia su asistente en el Congreso señor Gustavo de Jesús Mira Patiño.

El expediente hace evidente que el Representante Alberto Antonio Agudelo Solís, canalizó recursos del presupuesto nacional con destino al Fondo a su nombre constituido en el Banco Ganadero de la ciudad de Medellín; gestión que era autorizada por el artículo 76 numeral 20 de la Constitución Política anterior, y reglamentada por las leyes 27 de 1977, 230 de 1978, 14 de 1987, 55 de 1988, 61 de 1989 y 46 de 1990, entre otros estatutos.

Que con estos dineros fueron otorgadas innumerales ayudas educativas, la mayoría de las cuales efectivamente llegaron a sus destinatarios, como lo demuestran las declaraciones rendidas bajo juramento por las personas relacionadas en el numeral 6.7 de los antecedentes de este proveído, no sucediendo lo mismo en relación con las becas asignadas a Dora Luz Calle López, Wilder Ferney Franco Marulanda, Esnelder de Jesús Catañeda, Maryori de Jesús Cartagena González, Jaime Andrés Robledo

Sierra, Luz Adriana Campo Campo, Jose Mauricio Rodríguez Serna, María Nazareth Hernández Sánchez, Jaime Alonso Muñoz, Martha Dioni Castro, Ramón Eduardo Agudelo Castaño, Nancy Janeht Valencia Palacio y Carlos Enrique Herrera, quienes sostuvieron que no obstante haber diligenciado los formularios de solicitud nunca recibieron los citados recursos.

La averiguación penal demuestra que para reclamar ante el banco las ayudas educativas, en unos casos fue el propio doctor Alberto Antonio Agudelo Solís quien autorizó a su asistente Gustavo de Jesús Mira Patiño para que procediera a su cobro, en otros, la autorización fue extendida a su sobrina Beatriz Eugenia Puerta Agudelo, y, en la gran mayoría, fueron los propios beneficiarios quienes autorizaron para tal gestión al señor Mira Patiño.

La explicación al respecto suministrada por el doctor Alberto Agudelo Solís, consistió en que su participación en el manejo de los referidos recursos se limitó a la selección y adjudicación de las respectivas becas, y que a partir de ese momento la responsabilidad para gestionar el cobro y hacer la entrega de los auxilios a cada uno de los beneficiarios la delegó en su asistente Gustavo Mira Patiño; esto en razón de tener que atender otros compromisos propios de su investidura de congresista, y los continuos viajes que debía realizar tanto al interior del país como de la provincia antioqueña.

Y que las autorizaciones que otorgó a Mira Patiño para reclamar los recursos del banco, tuvieron fundamento en que el banco estableció un límite de treinta días para que el beneficiario reclamara el cheque, pues de no hacerlo resultaba indispensable tener que volver a iniciar todo el proceso.

En verdad que esta explicación guarda perfecta correspondencia con lo que el proceso ofrece, pues, de una parte, se halla acreditada la facultad del funcionario que es investigado, de delegar en su asistente parlamentario el cumplimiento de aquellas labores que considere pertinente; en segundo lugar, a folios 9 y siguientes de la carpeta número 1, obra la comunicación suscrita el 21 de febrero de 1990 por el Gerente de la Sucursal Medellín del Banco Ganadero, en la cual, entre otras orientaciones para la asignación y ejecución de los auxilios, se destaca la relacionada con que «los pagos que efectúe directamente el Banco mediante cheque de gerencia, si estos no son reclamados por los beneficiarios en un término de 30 días, se anularán, reintegrando su valor al Fondo común del Parlamentario Gestor para la reasignación a nuevos beneficiarios».

Si a lo anterior se auna, como lo refirió en la indagatoria el señor Mira Patiño, que la gran mayoría de los beneficiarios residían en lugar distante de la capital del departamento donde debían efectuarse los pagos, y en que el monto de las ayudas en muchos casos era inferior a los costos de des-

plazamiento para su cobro, estas circunstancias especiales de ineludible consideración por el doctor Agudelo Solís, hacían indispensable el establecimiento de un mecanismo que permitiera de la mejor manera cumplir la finalidad para la cual fueron establecidos los auxilios parlamentarios, que para el caso consistió en autorizar al Asistente para que los cobrara y repartiera conforme había sido dispuesta la asignación.

No obstante el loable propósito perseguido por el gestor, que si bien pudo brindar algún resultado en la medida en que gran parte de los beneficiarios recibieron efectivamente las ayudas, como de ello dan cuenta sus declaraciones arriba referidas, no sucedió igual con quienes vieron frustradas sus expectativas, como fueron los estudiantes del IDEM de San José del Citará, cuyos recursos, en cuantía de $ 566.000.00 no obstante haber sido cobrados por el señor Mira Patiño, no fueron recibidos por los beneficiarios, según se indica en el informe que corre a folios 2 y siguientes del cuaderno 4 de la Fiscalía.

Aunque la señorita Beatriz Eugenia Puerta Agudelo figura siendo autorizada por el doctor Agudelo Solís para retirar del banco los cheques correspondientes a los auxilios educativos relacionados a folios 53 y siguientes del cuaderno número 6 de la Fiscalía, en cuantías de $72.000.00, $120.000.00 y $721.000.00, este sólo hecho no es en manera alguna indicativo de que de tales recursos se hubiera apropiado el parlamentario que es investigado o su sobrina.

Tómese en cuenta, al respecto, que la intervención de la señorita Puerta Agudelo en el cobro de los auxilios educativos fue solamente accidental en la medida en que su presencia en la oficina que el parlamentario por entonces tenía en la ciudad de Medellín obedeció a su deseo de colaborar con su tío durante el tiempo libre que sus actividades académicas en esa ciudad le dejaban.

De otro lado, la obligación con los beneficiarios de las ayudas no había sido delegada por el doctor Agudelo Solís a la señorita Puerta Agudelo sino a su asistente Juan de Jesús Mira Patiño.

Y, finalmente, una vez cobrados los recursos, éstos fueron entregados por la señorita Beatriz Eugenia Puerta Agudelo al señor Gustavo de Jesús Mira Patiño para que procediera a su distribución entre los respectivos beneficiarios.

Esta afirmación fue hecha por la propia Beatriz Eugenia, por el doctor Agudelo Solís, reafirmada por el testimonio de Ofelia Puerta, e indicada por la misma fuerza de las circunstancias.

Recuérdese que al ser interrogado el señor Mira Patiño acerca del tema en la diligencia de versión (fls. 120 y ss. cdno. 2 Corte), refirió haber colaborado en la redacción de los oficios de autorización dirigidos al banco, y

reconocido que muchos de esos pagos sí fueron efectuados. Y, en posterior diligencia sin dubitación alguna expuso:

«Creo que en la versión anterior hice referencia a este interrogatorio. Yo recuerdo que en esos momentos yo estaba apenas iniciándome allá en la oficina y ella iba allá entiendo que estaba estudiando en la Universidad y como le quedaba tiempo iba allá y le colaboraba al Dr. Alberto en el trabajo de la oficina, pues como el Dr. Alberto se mantenía viajando unas veces a Bogotá y otras a diferentes municipios y como ella estaba mas a mano le prestaba colaboración, recuerdo que yo redacté como uno o dos oficios de esa autorización para el Banco, autorizaciones que firmaba el doctor Alberto Agudelo, yo las elaboraba, ella efectuaba los cobros en el Banco, se trasladaba a la oficina nuevamente y ahí colaboraba en la entrega a los beneficiarios; gestión que me tocó a mí porque yo me quedé ya posesionado en la oficina.- Los beneficiarios iban a la oficina y ahí se le entregaba la plata pero yo ya le entregaba porque quedé de tiempo completo en la oficina. El dinero yo lo recibí y ella me colaboró en ubicar la gente, quiénes eran y como ella me entregó a mí ya yo trataba de ubicar a la gente, ella estaba estudiando y yo me quedé en la oficina de tiempo completo» (fls. 206 y ss. cdno. 2 Corte).

Estos hechos, dan lugar a descartar la realizacion del tipo de peculado por apropiación por parte del doctor Alberto Antonio Agudelo Solís, en cuanto a estos recursos se refiere, sin embargo, como quierá que el señor Gustavo de Jesús Mira Patiño, fue vinculado y sentenciado por la apropiación indebida de dineros oficiales distintos de los que vienen de ser referidos, y tanto la Fiscalía como el Juzgado de conocimiento dieron cuenta de la ruptura de la unidad procesal para seguir la investigación por hechos que no fueron objeto de pronunciamiento en la audiencia especial ni en la sentencia, se dispondrá que por la Secretaría de la Sala se expida copia integral de lo actuado, así como de este proveído y se remita a la Fiscalía Sexta Delegada de la Unidad de Fiscalía de Itagüí para lo de su competencia en relación con la conducta del señor Mira Patiño.

5.- Recursos canalizados a través de la Tesorería Municipal de Bolívar por la suma de $ 7.843.000.00.

La inspección judicial realizada en la Tesorería del citado municipio (fls. 397 y ss. cdno. Fiscalía) informa que estos dineros efectivamente ingresaron a las cuentas de la entidad, y que fueron distribuidos de la siguiente manera:

Convento Concepcionistas	$ 500.000.00
Cooperativa del Magisterio	$ 500.000.00
Parroquia La Inmaculada	$ 4.500.000.00
Parroquia Alfonso López	$ 1.343.000.00

Parroquia Farallones $ 1.000.000.00.

Los comprabantes de pago obtenidos en la citada diligencia, indican que los dineros fueron recibidos directamente por todos y cada uno de los beneficiarios, como igualmente ello fue confirmado con las distintas declaraciones que fueron recibidas.

Significa lo anterior, que por el destino de estos recursos, no cabe tampoco formular ningún reproche de carácter penal en contra del doctor Agudelo Solís.

6.- Recursos canalizados a través del Icetex.

No sobra advertir que ningún reproche de carácter penal se ha formulado en contra del doctor Alberto Antonio Agudelo Solís por la manera como distribuyó los recursos incluidos por su iniciativa en el presupuesto de la Nación con destino a becas y auxilios educativos, los cuales fueron administrados por este instituto.

Pero además, la documentación incorporada al proceso indica que los recursos asignados fueron girados por el instituto a los diferentes bancos del Departamento de Antioquia donde eran cobrados directamente por los beneficiarios.

Lo anterior indica que en su cobro no tuvieron ingerencia ni el señor Gustavo de Jesús Mira Patiño ni mucho menos el parlamentario que es investigado.

Entonces, habiéndose acreditado que el doctor Alberto Antonio Agudelo Solís no cometió el delito de peculado por apropiación denunciado por Luis Norberto Zapata Agudelo, Amilbia Henao Henao y Alcardo Taborda Taborda, respecto de los recursos oficiales por él gestinoados con destino a la Corporación Social Jorge Eliécer Gaitán, Tesorería Municipal de Ciudad Bolívar y Fondo Alberto Agudelo Solís constituido en el Banco Ganadero de Medellín, pues todo apunta a indicar que las conductas delictivas puestas en conocimiento de la Corte se realizaron sin conocimiento y voluntad del congresista vinculado, lo pertinente es precluir la instrucción en su favor, como lo dispone el artículo 443 del Código de Procedimiento Penal.

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

RESUELVE:

PRIMERO. PRECLUIR LA INSTRUCCION en favor del doctor Alberto Antonio Agudelo Solís por el delito de peculado por apropiación, en razón de los hechos que fueron objeto de la presente actuación.

SEGUNDO. Por la Secretaría de la Sala, expídanse las copias señaladas en la parte motiva, para los fines allí indicados.

TERCERO. En firme esta decisión, archívese definitivamente el presente diligenciamiento.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Jorge Aníbal 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.

NULIDAD/ ERROR EN LA CALIFICACION JURIDICA

Se aduce con fundamento en la causal tercera del artículo 220 del C. de P. P, por haberse proferido sentencia en un proceso viciado de nulidad, por falta de competencia del funcionario judicial, en razón a que el reato que se tipifica no es el de tentativa de homicidio, sino el de lesiones personales, cuyo conocimiento corresponde al Juez Penal Municipal.

Como se observa, el cargo se enuncia, directamente, por nulidad por falta de competencia, aunque es claro que ésta deviene como consecuencia del error en el proceso de adecuación típica del comportamiento, pero de todos modos se desarrolla por éste último, lo que permite a la Sala pronunciarse sobre el mismo.

Cuando el fallador incurre en tal clase de desatino, esto es, cuando califica el hecho con el nombre que corresponde a otro género delictivo, se está en presencia de un vicio in iudicando que, por excepción, se debe proponer por la causal tercera, pues si se corrigiera con fundamento en la primera , dictando el fallo de sustitución, se generaría un nuevo desacierto, al no quedar la sentencia en consonancia con los cargos formulados en la resolución de acusación. Así mismo, aunque la falla se aduce por la causal de nulidad debe desarrollarse conforme a la técnica que gobierna la primera, debiéndose precisar la forma de violación de la ley sustancial, si directa o indirecta, y en este último evento, la clase de error cometido, si de hecho o de derecho, y el falso juicio que lo determinó, si de existencia, identidad, legalidad o convicción y, además, su incidencia en las conclusiones del fallo.

En otros términos, quien alega esta clase de yerro debe demostrar que el fiscal dió a los hechos probados, y que el impugnante acepta, un nombre jurídico que no les corresponde; o que como consecuencia de desatinos en la apreciación probatoria terminó denominando el hecho incorrectamente."

---

*.- (véanse, entre otros, auto: mayo 27/97, M.P. Dr. Jorge E. Córdoba Poveda; casación 10.036 noviembre/97, M.P. Dr. Carlos Augusto Gálvez Argote; casación 10.055 diciembre/98, M.P. Dr. Fernando Arboleda Ripoll; casación 10.807, enero/99 M.P. Dr. Ricardo Calvete Rangel)

Proceso No. 10371

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal

Magistrado Ponente: Dr. *Jorge Córdoba Poveda*

Aprobado Acta No. 35

Santa Fe de Bogotá, D.C., once (11) de marzo de mil novecientos noventa y nueve (1999).

VISTOS

Decide la Corte el recurso de casación interpuesto contra la sentencia emitida, el 8 de noviembre de 1994, por el Tribunal Superior de Medellín, mediante la cual, al revocar parcialmente la del Juzgado 40 Penal del Circuito de la misma ciudad, condenó a Carlos Ignacio Lopera Betancur a la pena principal de 13 años de prisión, al hallarlo penalmente responsable de los delitos de homicidio en grado de tentativa y porte ilegal de armas de defensa personal, y a la accesoria de interdicción en el ejercicio de derechos y funciones públicas por el lapso de 10 años.

HECHOS

El Tribunal los reseñó así:

"La desventurada coincidencia entre Gilberto León Zapata Ríos y Carlos Ignacio Lopera Betancur, frente al lugar en donde está ubicado el cajero electrónico CONAVI del centro comercial La Mota en esta ciudad, se cumplió apenas comenzando el jueves 11 de noviembre de 1993 (0:22 minutos)

"Gilberto piloteaba su automotor Luv 1600, modelo 87, placa QAB 835 y le acompañaban Mónica Rincón Alzate, Gloria Elena Cuervo Arteaga y Juán Jairo Angel Gutiérrez; juntos habían estado, horas antes, en la oficina de éste observando por televisión un partido de fútbol, cumplido la noche del dia anterior.

"Carlos Ignacio hacía lo mismo en su residencia, lo acompañaba su señora esposa y los cónyuges José Edison Garcés Guzmán y Luz Marina Betancur Tabares.

"Cada quien necesitó adquirir alguna cantidad de dinero en efectivo, al cajero llegó primero Zapata RÍOS, pero de la transacción se ocuparon Juán Jairo y Mónica, y cuando se retiraban ingresaron, para los mismos efectos, Carlos Ignacio y José Edison.

"Sucedió que al querer poner marcha atrás Gilberto León alcanzó a tocar con el suyo, pero muy levemente, el automotor Nissan, modelo 1993, con placa LAG 850 de propiedad de Carlos Ignacio quien por lo tanto de

inmediato abandonó el cajero (dejó allí su tarjeta CONAVI y el dinero solicitado) y se dirigió al campero en donde guardaba un artefacto de fuego, sin permiso de autoridad competente, y con él efectuó dos disparos, el primero al piso y el segundo al rostro del apenado conductor que ya estaba procurando su atención para la adecuada solución del mínimo impase.

"Carlos Ignacio abandonó en punto el lugar y también allí a los cónyuges GARCÉS Betancur que desde temprano lo acompañaban. El herido fue desplazado a la unidad intermedia de salud del sector de Belén; de ahí a la Policlínica Municipal y luego a la Clínica Soma. Le salvaron la vida pero perdió el globo ocular derecho y de manera irreversible el olfato (fls.320 y 344)."

Actuación Procesal

Recibidos varios testimonios dentro de las diligencias preliminares, el Fiscal 151, con resolución del 11 de noviembre de 1993, declaró abierta la instrucción y ordenó vincular mediante indagatoria a Carlos Ignacio Lopera Betancur.

La situación jurídica se le resolvió el 17 de noviembre de 1993 con medida de aseguramiento de detención preventiva, por los delitos de homicidio en grado de tentativa y porte ilegal de armas de defensa personal, pronunciamiento que fue confirmado por la Unidad de Fiscalía Delegada ante los Tribunales de Antioquia y Medellín, el 6 de diciembre del mismo año.

La demanda de constitución de parte civil se admitió el 15 de diciembre de 1993.

Cerrada la investigación, el mérito del suMario se calificó el 11 de marzo de 1994, con resolución de acusación contra Ignacio Lopera Betancur, por los delitos de homicidio en grado de tentativa y porte ilegal de armas de defensa personal.

Ejecutoriada la anterior decisión, el expediente pasó al Juzgado 40 Penal del Circuito de Medellín que, luego de dar cumplimiento a lo normado en el artículo 446 del Código de Procedimiento Penal, celebró la diligencia de audiencia pública y dictó la sentencia de primera instancia, el 2 de septiembre de 1994, en la que concluyó:

«1o). NO IMPONER pena ni medida de seguridad alguna al señor Carlos Ignacio Lopera Betancur de condiciones civiles preinsertas, por el cargo de tentativa de homicidio en detrimento de la integridad personal de Gilberto León Zapata Ríos, en hechos sucedidos en las circunstancias de tiempo, modo y lugar indicados en el cuerpo de esta providencia y por las razones explicitadas en el mismo.

«2o). SE CONDENA al mismo Carlos Ignacio Lopera Betancur de condiciones civiles preinsertas, a la pena privativa de la libertad de DOCE (12)

MESES DE PRISION, que se descontará en el establecimiento carcelario que para el efecto designe el Gobierno nacional a través del INPEC, como autor responsable de violación del artículo 1o. del decreto 3664 de 1.986, convertido en legislación permanente por el decreto 2266/91, hecho por el cual se le había proferido resolución acusatoria.

«3o). Como sanción accesoria se impone al mismo Carlos Ignacio Lopera Betancur, la interdicción en el ejercicio de derechos y funciones públicas por un tiempo igual al de la principal.

«4o) Por haberse llegado a un arreglo extraproceso en cuanto al pago de perjuicios materiales y morales causados con la infracción, no hay lugar en esta oportunidad a la imposición de sanción en concreto por estos rubros. Por consiguiente el embargo que pesa sobre inmuebles y vehículos, serán levantados para lo cual se librarán lo oficios correspondientes».

Así mismo, se manifestó que Carlos Ignacio era "acreedor en principio a la libertad provisional, luego al subrogado de la condena de ejecución condicional", fijándole para el efecto una caución de $20.000.

Apelado el fallo por el fiscal, el Tribunal Superior de Medellín, al desatar el recurso, concluyó con su modificación, en el sentido de que el procesado no sólo es responsable del punible de porte de armas de defensa personal sino también del de homicidio en grado de tentativa, imponiéndole la pena de prisión de 13 años. Asimismo, ordenó la captura inmediata de Carlos Ignacio Lopera Betancur y dispuso la devolución de la caución.

La Demanda de Casación

El defensor, al amparo de la causal tercera de casación, censura el "haberse proferido la sentencia en un proceso viciado de nulidad", pues los juzgadores de primera y segunda instancia no tenían competencia para conocer del mismo.

Dice que los hechos se adecuan a unas lesiones personales y no a una tentativa de homicidio, máxime cuando en el plenario no se ha demostrado el propósito homicida, por lo que el asunto le correspondería desatarlo al juez penal municipal.

Dice que Carlos Ignacio Lopera y Gilberto Zapata Ríos se encontraban en estado de embriaguez, lo que condujo a que se presentara el colisionamiento de los dos vehículos. Por tal motivo, «Lopera Betancur reaccionó maquinalmente bajo el estado emocional de la ira, atizado ese estado también por el alcohol que debilita el siquismo y magnifica los estímulos del mundo exterior... No hubo pleno discernimiento en los dos actores al desencadenar los hechos".

"Por ello puede afirmarse, evaluando la prueba correctamente, que no hubo intención de colisionar por parte de Zapata Ríos, ni intención de matar por parte de Lopera Betancur ».

Reitera que tanto el procesado como la víctima se encontraban embriagados, tal como lo confiesa Lopera en la diligencia de audiencia pública y lo corrobora «el testigo imparcial, Mónica Rincón Alzate, acompañante del lesionado». Para demostrar el aserto transcribe apartes de tal declaración.

Por lo anterior, arguye que no se puede sostener que el procesado se representó y quiso el resultado muerte.

El encuentro que motivó los hechos fue casual, ya que los dos (procesado y víctima) venían de partes distintas y en forma desprevenida. «Cada quien se dirigía al cajero automático de CONAVI con la mira de continuar las libaciones, ya que cuando «hay prevención o se abriga temor es más fácil inferir la intención en el actor».

Para el casacionista es evidente que entre Lopera y Zapata no existía relación alguna con antelación al incidente, ni enemistad, "venganza, malquerencia, encono... Si ello es cierto, como en verdad lo es, cómo afirmar que el procesado quería cercenar la vida de Zapata Ríos, si ni siquiera se conocían antes del episodio?".

La colisión de los vehículos se produjo «en una fugacidad, en un instante ...», como lo sostiene el testimonio de Juan Jairo Angel 'eso fue en fracción de segundos'. Esa reacción maquinal no dejó tiempo «para que el fenómeno criminal denominado homicidio, consolidara el proceso dinámico de todo iter criminis», ya que en los hechos no hubo ideación, deliberación, resolución, preparación, ejecución, «conjugando tanto lo objetivo como lo subjetivo. Lo rápido, lo instantáneo, lo que sucede en fracción de segundos, lo maquinal, cercena la representación y la dirección consciente de la voluntad».

Acota, igualmente, que el primer disparo que realizó el acusado fue hacia el suelo, tal como dice Juan Jairo Angel, lo que demuestra que él no tenía intención de dañar, ni de matar.

Si Lopera se hubiera representado el resultado muerte, su voluntad se habría dirigido a la obtención del mismo y habría «agotado toda la munición de su revólver sobre el cuerpo de la víctima, aprovechando que Zapata Ríos había caído lesionado al suelo». Sobre esta afirmación transcribe apartes de la declaración de Carlos Alberto Sierra.

En el literal 'G' asegura: «Ninguna manifestación anterior, concomitante o subsiguiente al hecho sangre, hizo el procesado exteriorizando el dolo homicida. La ausencia de esas manifestaciones verbales nos permite inferir que el procesado no abrigó ese propósito».

El acusado no prestó servicio militar, lo que lo hace un hombre inexperto en el empleo de las armas. Igualmente, las heridas se produjeron en posición «dinámica, cuando los protagonistas se encontraban en movimiento», lo que explica que el impacto del proyectil hiciera blanco en la cara de la víctima.

No se ha desvirtuado la versión de Lopera, rendida en la diligencia de audiencia pública, de que «no había abrigado propósito homicida». Por el contrario, su exculpación se encuentra corroborada por «los acompañantes de don Gilberto Zapata. El acusado confesó la autoría, entregó el arma de fuego y manifestó con nitidez que había obrado así por la embriaguez y por el estado de ira. Antes de la audiencia indemnizó al lesionado en todos los perjuicios materiales y morales, cancelando en su favor CUARENTA y CINCO MILLONES DE PESOS».

Por lo anteriormente expuesto, solicita a la Corte anular el proceso a partir del auto «que clausuró el ciclo investigativo, ordenando enviar el expediente al Juzgado Penal Municipal, competente para conocer del caso.»

CONCEPTO DEL PROCURADOR TERCERO DELEGADO

Considera que el cargo de nulidad formulado contra la sentencia de segunda instancia debe ser desestimado, habida cuenta que el actor fracasa en su oficio demostrativo, por cuanto en el desarrollo de la censura se limitó a hacer proposiciones «unidemensionales enfocadas respecto a la forma como han debido apreciarse las diferentes circunstancias que en su opinión rodearon los hechos, para con ello expresar que en el acriminado nunca hubo intención homicida».

Con lo anterior, el censor lo que hizo fue construir a su manera y según sus intereses, una tesis personalísima para oponerla a la del sentenciador, «la que elaborada con el poder legítimo que le brindan la sana crítica y la persuasión racional, no puede ser destruida en casación de la forma como lo pretende el libelista».

Respecto a la presunta ebriedad de Lopera, estima que las declaraciones de su esposa, su propia indagatoria, el testimonio de Mónica Rincón Alzate y la versión de José Edison Garcés Guzmán acreditan "plenamente la sobriedad del procesado quien solamente en la audiencia pública llegó a plantear un estado de embriaguez limítáneo con la inimputabilidad, pese a manifestar que no es adicto al licor y que nunca antes había tenido un episodio como el sufrido el día de los hechos que motivaron el procesamiento».

Agrega que las pruebas allegadas a la investigación no permiten colegir el estado de embriaguez de Lopera, que es supuesto de la mapinalidad de la conducta. «La perturbación mental derivada de la intoxicación alcohólica es a todas luces una alegación sin fundamento y con propósito definido a favor del procesado, pero no una circunstancia de los hechos que pueda ser declarada como probada».

Con relación a este aspecto, solicita, por parte de la Corte, la expedición de copias para que la autoridad judicial competente, si lo tiene a bien,

investigue la conducta de la Juez 40 Penal del Circuito de Medellín, "al haber dictado sentencia en la que se abstiene de imponer pena al acusado por el delito de homicidio declarando su estado de inimputabilidad por trastorno mental transitorio sin secuelas, sin base probatoria que lo justificase" y, además, porque no existiendo indicio alguno de ebriedad del procesado, condujo en la audiencia pública "el interrogatorio de éste hacia la declaración de tal estado de embriaguez que luego le sirvió para la declaración comentada".

Concluye que «No habiéndose demostrado la errada calificación ni existiendo sobre este punto error evidente alguno que induzca el examen oficioso de una nulidad por tal causa, la demanda merece ser desestimada».

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

El cargo propuesto no está llamado a prosperar, pues no sólo está inapropiadamente formulado, sino indemostrado, como lo conceptúa el Procurador Delegado.

En efecto, se aduce con fundamento en la causal tercera del artículo 220 del C. de P. P. por haberse proferido sentencia en un proceso viciado de nulidad, por falta de competencia del funcionario judicial, en razón a que el reato que se tipifica no es el de tentativa de homicidio, sino el de lesiones personales, cuyo conocimiento corresponde al Juez Penal Municipal.

Como se observa, el cargo se enuncia, directamente, por nulidad por falta de competencia, aunque es claro que ésta deviene como consecuencia del error en el proceso de adecuación típica del comportamiento, pero de todos modos se desarrolla por éste último, lo que permite a la Sala pronunciarse sobre el mismo.

Cuando el fallador incurre en tal clase de desatino, esto es, cuando califica el hecho con el nombre que corresponde a otro género delictivo, se está en presencia de un vicio in iudicando que, por excepción, se debe proponer por la causal tercera, pues si se corrigiera con fundamento en la primera , dictando el fallo de sustitución, se generaría un nuevo desacierto, al no quedar la sentencia en consonancia con los cargos formulados en la resolución de acusación. Así mismo, aunque la falla se aduce por la causal de nulidad debe desarrollarse conforme a la técnica que gobierna la primera, debiéndose precisar la forma de violación de la ley sustancial, si directa o indirecta, y en este último evento, la clase de error cometido, si de hecho o de derecho, y el falso juicio que lo determinó, si de existencia, identidad, legalidad o convicción y, además, su incidencia en las conclusiones del fallo.

En otros términos, quien alega esta clase de yerro debe demostrar que el fiscal dió a los hechos probados, y que el impugnante acepta, un nombre

jurídico que no les corresponde; o que como consecuencia de desatinos en la apreciación probatoria terminó denominando el hecho incorrectamente.[1]

En el caso que ocupa la atención de la Sala, el casacionista opta por la segunda vía, pues asevera que si el caudal probatorio se hubiera valorado correctamente, se habría colegido que Lopera Betancur no tuvo intención de matar, sino que la génesis de los hechos fue el estado de embriaguez en que se encontraban los protagonistas, lo cual «atizado» por el estado emotivo de la ira, condujo al enfrentamiento con los resultados ya conocidos.

Sin embargo, no demuestra que se hubiera cometido ningún error por el Tribunal, ni de hecho ni de derecho, sino que se limita a enfrentar sus conclusiones probatorias a las de aquel, para que la Corte escoja, como si se tratara de un tercera instancia, desconociendo que la sentencia llega a esta sede amparada por la doble presunción de acierto y legalidad, por lo que prevalece el criterio del fallador.

El libelista enumera una serie de detalles, como el desconocimiento entre los protagonistas, la ausencia de desavenencias anteriores, la fugacidad de los acontecimientos, que el primer disparo se hizo al piso, etc, de los que infiere, según su personal óptica, que el acusado no tuvo intención homicida, mientras el Tribunal, basándose en la naturaleza del arma empleada, la distancia de menos de dos metros entre víctima y victimario y la zona anatómica en que se produjo el impacto, dedujo el propósito de matar, no sin antes haber analizado las anteriores circunstancias.

Como se ve, el casacionista pretende presentar como equivocación la disparidad entre sus deducciones probatorias y las del fallador, discrepancia que carece de entidad para edificar un cargo en casación, a menos que se demuestre que se desconocieron las leyes de la lógica, la experiencia o la ciencia, lo que aquí no ocurrió.

En cuanto al argumento del recurrente, en el sentido de que Lopera Betancur actuó "maquinalmente", debido al estado de embriaguez en que se encontraba, no sólo es contradictorio, sino que carece de respaldo probatorio, tal como lo conceptúa el agente del Ministerio Público.

Así, si lo pretendido es que actuó automáticamente, sin ninguna participación de la voluntad, ha debido plantear su absolución, por atipicidad del comportamiento por ausencia de acción, y no la nulidad para que se le juzgue por lesiones personales.

En lo que concierne con la alegada embriaguez del citado acusado, el Tribunal dedujo su ausencia de su propia indagatoria y de los testimonios

[1] (véanse, entre otros, auto mayo 27/97, M.P. Dr. Jorge E. Córdoba Poveda; casación 10.036 noviembre/97, M.P. Dr. Carlos Augusto Gálvez Argote; casación 10.055 diciembre/98, M.P. Dr. Fernando Arboleda Ripoll; casación 10.807, enero/99 M.P. Dr. Ricardo Calvete Rangel)

de su esposa, Marta Gloria Sossa Alvarez, y del de los cónyuges José Edison Garcés y Luz Marina Betancur, habiendo rechazado por "mentirosa" la versión de quienes aseveraron que se encontraba en tal estado, resultando, por lo tanto, improcedente que se aduzca como equivocación del sentenciador haber creído a los primeros y no a los segundos, ya que darle credibilidad a unas versiones y negársela a otras no configura ningún vicio, sino que es el ejercicio del poder discrecional que le ha sido conferido al juez por la propia ley para valorar la prueba, sólo limitado por la sana crítica.

En cuanto a la solicitud del Procurador Delegado para que se disponga la compulsación de copias, a efecto de que se investigue la conducta de la Juez Cuarenta Penal del Circuito, estima la Sala que si en su criterio se amerita hacerlo, debe proceder conforme a sus facultades.

En estas condiciones, la censura no puede prosperar.

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

RESUELVE:

NO CASAR el fallo impugnado.

Cópiese y devuélvase al Tribunal de origen.

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

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

INDEMNIZACION/ HURTO

En cuanto a la pretensión consistente en que el artículo 372 del C. Penal era inaplicable por no superar la cuantía de lo hurtado la suma de $100.000, ajustados en términos de valor constante, se precisa que la sentencia se ciñó a lo que preveía la ley, y que aún no se había pronunciado la Corte Constitucional sobre tal aspecto, lo que sólo tuvo lugar el 22 de febrero de 1996 (Sentencia C-070), cuando declaró la constitucionalidad condicionada del mencionado precepto, dándole un entendimiento semejante al que propone el actor.

Proceso No. 10395

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal

Magistrado Ponente: Dr. *Jorge Córdoba Poveda*

Aprobado acta No. 35

Santa Fe de Bogotá, D.C., once (11) de marzo de mil novecientos noventa y nueve (1999).

VISTOS

Resuelve la Sala el recurso de casación interpuesto contra la sentencia anticipada del 6 de julio de 1994, por medio de la cual el Tribunal Superior de Santa Fe de Bogotá, al modificar la del Juzgado 60 Penal del Circuito de la misma ciudad, condenó a los procesados Alberto Cuadros Alvarez, Gustavo Bonilla Bueno, Manuel Santamaría Bareño y Carlos Lino Garzón Quevedo a la pena principal de 40 meses de prisión y a la accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas por un lapso igual, como coautores de los delitos de hurto agravado y calificado y concierto para delinquir, en concurso homogéneo y sucesivo.

HECHOS

Los resumió el juzgado de primera instancia así:

"La noche del 17 de diciembre del año anterior (1993), siendo aproximadamente la una y treinta minutos de la madrugada, en la carrera 30 a

la altura de la calle 13, fueron sorprendidos los individuos Alberto Cuadros Alvarez, Gustavo Bonilla Bueno, Manuel de Jesús Santamaría Bareño y Carlos Lino Garzón Quevedo, en el momento en que, con el empleo de un automotor de servicio público, se dedicaban a hacer víctimas del delito de hurto a quienes desprevenidamente abordaban el rodante, despojándolos de los objetos de valor que llevaran consigo, para posteriormente arrojarlos del referido vehículo

"La rapiña, brevemente, la ejercían de la siguiente manera. Los agentes, en número de cinco, representaban una escena cotidiana a las vividas en aquellos medios de transporte. Actuaban el conductor y su ayudante, quien se encargaba de recibir el valor del pasaje y de entregar el cambio, unidos a tres supuestos pasajeros, ubicados de manera estratégica, de modo que la incauta víctima necesariamente tomara el lugar que aquellos deseaban para el logro de sus ilícitos propósitos. Luego de que el verdadero usuario ocupaba el sitio que le correspondía (parte media o delantera de la buseta) era sorprendido por quienes dejaba a sus espaldas; lo asían por el cuello hasta dominarlo, le cubrían el rostro con sus mismas prendas de vestir, lo despojaban de sus pertenencias revisando, al efecto, inclusive, los zapatos del sujeto paciente. Por último, cuando todo había concluido, arrojaban del vehículo a la persona expoliada y continuaban la marcha a la caza de una nueva víctima».

Actuación Procesal

Con base en el informe policial, la Fiscal Tercera Especial de la Unidad de Permanencia, mediante resolución del 17 de diciembre de 1993, declaró la apertura de la instrucción.

Recibidos varios testimonios, fueron escuchados en indagatoria Gustavo Bonilla Bueno, Alberto Cuadros Alvarez, Carlos Lino Garzón Quevedo y Manuel de Jesús Santamaría Bareño, a los cuales se les resolvió la situación jurídica, el 29 de diciembre siguiente, con medida de aseguramiento de detención preventiva por los delitos de hurto calificado y agravado y concierto para delinquir.

La demanda de constitución de parte civil se admitió el día 4 de febrero de 1994, pero la acción fue declarada extinta el 8 de marzo del mismo año, por reparación de los perjuicios ocasionados por los delitos.

El 17 de marzo siguiente, se celebró la diligencia de formulación y aceptación de cargos, conforme a lo dispuesto por el artículo 37 del Código de Procedimiento Penal.

La sentencia la dictó el Juzgado 60 Penal del Circuito de Santa Fe de Bogotá, el 12 de abril de 1994, en la cual condenó a Alberto Cuadros Alvarez, Gustavo Bonilla Bueno y Manuel Santamaría Bareño a la pena principal de 56 meses de prisión y a las accesorias de rigor, como coautores de los delitos de hurto agravado y calificado y concierto para delinquir.

En cuanto a Carlos Lino Garzón Quevedo, le impuso como pena principal 57 meses de prisión.

Apelado el fallo por los procesados y su defensor, por no compartir la dosificación punitiva, el Tribunal Superior de Santa Fe de Bogotá, el 6 de julio del mismo año, lo modificó, reduciéndoles a todos los procesados la pena principal a 40 meses de prisión.

LA DEMANDA DE CASACIÓN

El defensor, al amparo de la causal primera, formula dos cargos contra la sentencia de segunda instancia, cuyos argumentos se sintetizan así:

Cargo primero:

Acusa al fallador de haber transgredido el artículo 26 del Código Penal, por cuanto no comparte la forma como se tasó la pena de prisión impuesta a los procesados.

Considera que el Tribunal partió de 36 meses, que es la pena señalada para el concierto para delinquir, la que se aumentó en 24 por el hurto calificado y agravado "sin que se motivara con claridad el origen de este incremento", para un total de sesenta meses (60), que se redujo en una tercera parte en aplicación del artículo 37 del C.P.P.

Manifiesta que comparte el mínimo del que partió el fallador, esto es, 36 meses, pero su inconformidad radica en los 24 meses de incremento de la pena por el delito de hurto agravado y calificado, por cuanto no se justificó su «origen», lo que, a su juicio, conllevaba a realizar «un concienzudo análisis y una explicación del porqué se aumenta la pena en ese otro tanto. La fijación de ese incremento no puede ser caprichosa».

A renglón seguido agrega:

«En vista de lo anterior y al no tener el juzgador un parámetro de orden matemático para la aplicación del incremento, no le queda más remedio que el recurrir a la dosificación de la pena con fundamento en los artículos 350, 351 y 374 del Código Penal, que a la postre resulta más favorable para mis defendidos. Por lo tanto, con base en las normas antes citadas la sanción a imponer por el delito de hurto calificado y agravado será la siguiente: veinticuatro (24) meses por el delito de hurto, más un incremento de seis meses por la circunstancia de agravación contenida en el numeral noveno del artículo 351 del Código Penal, lo que nos da una pena de treinta (30) meses de prisión, a la que se le restará la mitad según el artículo 374 del Código Penal, en razón a que mis poderdantes restituyeron el objeto material del delito e indemnizaron los perjuicios ocasionados a los ofendidos según consta a folios 157 y 159 del cuaderno original. En ese orden de ideas, la pena que corresponde al delito de hurto agravado es de 15 meses de prisión».

Aclara que ese quantum punitivo no se puede incrementar con fundamento en la circunstancia específica de agravación contemplada en el artículo 372 del Código de las Penas, por cuanto que si bien es cierto que la cuantía del punible de hurto es de $1.510.000.00, la citada norma no fue «proyectada hacia el futuro».

Sobre este aspecto acota que los cien mil pesos a que hace alusión el precepto, representaban, en 1980, veintidós salarios mínimos legales mensuales, proponiendo su actualización económica, lo que le da $2'156.000, no siendo, por ende, aplicable tal agravante.

Argumenta, en consecuencia, que los 36 meses correspondientes al punible de concierto para delinquir deben ser incrementados en 15, por el hurto, para un total de 51 meses, que se reducen a 34, al considerar la rebaja punitiva del artículo 37 del C. P. Penal, siendo ésta la pena aplicable.

Cargo segundo:

«Con fundamento en los hechos anteriores, me permito invocar como causal de casación la primera del artículo 220 del C. de P. Penal, por ser la sentencia violatoria del artículo 68 del C. Penal".

Como fundamento del reproche expone que la pena a imponer no excede de 3 años y que sus poderdantes no tienen antecedentes penales, habiendo sido excelente su conducta anterior, por lo que son acreedores al subrogado de la condena de ejecución condicional.

En el acápite de «PETICIONES», solicita a la Corte casar parcialmente la sentencia recurrida, en el sentido de imponer a los procesados la pena de 34 meses de prisión y, consecuencialmente, otorgarles el subrogado penal de la condena de ejecución condicional.

CONCEPTO DEL PROCURADOR SEGUNDO DELEGADO EN LO PENAL

Cargo primero:

Estima que la demanda adolece de yerros técnicos, ya que el censor no dijo si la transgresión a la ley sustancial lo fue de modo directo o indirecto, ni «la clase de error en que incurrió el ad quem (de hecho o de derecho), ni la naturaleza y alcance del mismo».

Igualmente señala que si la inconformidad radica en que el fallador no determinó el origen del incremento de 24 meses de prisión por el delito de hurto calificado y agravado, ha debido acusar el fallo basado en la causal tercera de casación.

Sobre el fondo del cuestionamiento conceptúa que la tasación punitiva que realizó el Tribunal se ajustó a las previsiones legales. Además, que es infundado el planteamiento, según el cual la citada Corporación no expu-

so las razones para incrementar en 24 meses la pena, por motivo del hurto, ya que sí lo hizo.

Reconoce que las sentencias de primero y segundo grado forman una unidad inescindible, por tal razón «al admitir el ad quem esos motivos está compartiendo los criterios que hizo la primera instancia, sin que sean de recibo las cuentas que hace el libelista, porque enfrentados los argumentos del recurrente con los de los sentenciadores, prevalecen éstos últimos, por estar amparados de la doble presunción de acierto y legalidad».

Cargo segundo:

Considera que éste adolece de las mismas fallas técnicas del anterior. Además, que como está condicionado a la prosperidad del que antecede, resulta inadmisible, sin que el Tribunal hubiera hecho ninguna consideración sobre el tema, en razón a que el quantum punitivo excede los tres años exigidos por el artículo 68 del Código Penal.

Por lo expuesto, sugiere a la Corte no casar la sentencia recurrida.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

Cargo primero:

Al amparo de la causal primera de casación, considera el censor que el fallador vulneró los artículos 26 y 372 del C. Penal, al dosificar la pena, lo que lo llevó a imponer una mayor que la merecida por el acusado.

En cuanto al primero señala que se infringió porque no se explicó el origen del aumento punitivo de 24 meses para el delito de hurto calificado y agravado, concurrente con el concierto para delinquir; y en lo atinente al segundo, que es preciso actualizar la cuantía de $100.000 en él señalada, de manera que teniendo en cuenta el valor de los objetos materia del apoderamiento, no sería aplicable la agravante a que se refiere la citada disposición.

Sea lo primer observar que el reproche adolece de protuberantes desaciertos técnicos que lo condenan a su improsperidad.

En efecto, no indicó el recurrente si la infracción de la ley sustancial lo fue de manera directa o indirecta.

Además, en lo concerniente al artículo 26 del C. Penal, no dijo cuál fue el sentido del quebrantamiento, si por falta de aplicación, aplicación indebida o interpretación errónea, suponiendo que la vía escogida hubiera sido la primera.

Por otra parte, si se entiende que la censura se refiere a la falta de motivación del incremento punitivo, por razón del concurso del hurto calificado y agravado con el concierto para delinquir, el cargo ha debido enunciarse y desarrollarse por la causal tercera, pues se estaría en pre-

sencia de un vicio en la estructura del proceso que comportaría su nulidad.

Pero, además, no le asiste razón al libelista, pues en la sentencia de primera instancia, se motivó, de manera clara y completa, la dosificación punitiva correspondiente al citado reato, aspecto que fue compartido por la segunda, con la cual, por lo mismo, forman una unidad inescindible, con la única salvedad que el quantum de 60 meses al que se llegó, fue reducido a la mitad por el Tribunal, esto es, a 30 meses, al considerar, ahí sí en desacuerdo con el inferior, que se tipificaba la atenuante específica del artículo 374 del C. P, por haberse dado la reparación allí contemplada.

Tasada así la pena se estableció que la del concierto para delinquir era mayor, 36 meses de prisión, por lo que el Tribunal partió de ella para incrementarla en 24 meses, al tenor del artículo 26 del C. Penal, por el concurrente delito de hurto calificado y agravado, para un guarismo de 60 meses que redujo en un tercio, por haberse acogido el procesado al instituto de la sentencia anticipada.

Como aparece, la tasación está debidamente motivada y se ajusta a las previsiones legales, no asistiéndole, por lo tanto, razón al demandante quien no demuestra yerro alguno por parte del sentenciador, sino que lo pretendido es oponer sus conclusiones personales a las de aquél frente a tal dosificación.

En cuanto a la pretensión consistente en que el artículo 372 del C. Penal era inaplicable por no superar la cuantía de lo hurtado la suma de $100.000, ajustados en términos de valor constante, se precisa que la sentencia se ciñó a lo que preveía la ley, y que aún no se había pronunciado la Corte Constitucional sobre tal aspecto, lo que sólo tuvo lugar el 22 de febrero de 1996 (Sentencia C-070), cuando declaró la constitucionalidad condicionada del mencionado precepto, dándole un entendimiento semejante al que propone el actor.

El cargo no prospera.

Cargo segundo:

Partiendo del éxito del primero, al amparo de la causal primera de casación, el recurrente acusa la vulneración del artículo 68 del Código Penal, por cuanto estima que sus defendidos son acreedores al subrogado penal de la condena de ejecución condicional, en razón al quantum punitivo y a que los procesados han observado buena conducta y no tienen antecedentes penales.

En la enunciación de esta censura se incurre en los mismos desatinos técnicos de la anterior, pues no se indicó si el quebrantamiento de la ley sustancial lo fue por la vía directa o indirecta, ni el sentido del mismo.

Además, como quiera que su viabilidad dependía de la prosperidad de la anterior, es decir, estaba condicionada a la reducción de la pena impuesta, lo que fue rechazado, correrá su misma suerte.

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

RESUELVE:

NO CASAR la sentencia recurrida.

Devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

Cúmplase.

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

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

Consistiendo el punible de hurto en el apoderamiento de cosa mueble ajena, con el propósito de obtener provecho para sí o para otro, la concepción de su objeto material implica que no toda cosa en su definición amplia de aquello con entidad corporal o incorporal, real o abstracta, dentro de la que obviamente caben las producciones del intelecto, puede ser materia del verbo rector apoderar, pues el cabal entendimiento del referido tipo penal permite afirmar que los objetos incorpóreos en general o que las producciones intelectuales o invenciones del hombre no corresponden, en la normatividad penal, a cosas muebles salvo que se traduzcan en un libro, una escultura o una patente y que, en sentido contrario sólo aquellos con entidad material, corporal, mueble, tangibles o no, pueden ser objeto del punible en mención.

No significa lo anterior que el ordenamiento jurídico no brinde a las ideas, los pensamientos, los derechos la protección que en el área penal demanda su desconocimiento o su ilícito aprovechamiento, sólo que no siendo susceptibles de apoderamiento por razón de su inmaterialidad o incorporeidad su amparo deviene a través de especiales normas referidas a la propiedad intelectual e industrial. Así, quien toma el argumento de un escritor y lo presenta como original o propio, quien copia un invento o se aprovecha de él sin autorización para hacerlo aunque no comete el delito de hurto sí vulnera los derechos del autor o del inventor y a su tutela el legislador ha acudido, como ya se dijo, a través no del tipo penal en cuestión sino de normas especiales.

Situación diferente se plantea cuando esa idea, ese pensamiento se traduce en una cosa material, corporal, un libro, un cuadro, un producto pues el apoderamiento de éstos sí configura efectivamente un hurto. lo que equivale a decir que los bienes corporales que acreditan la objetividad, la materialidad de la producción intelectual o los documentos que prueban su existencia, verbi gratia una patente, sí son susceptibles de apoderamiento, entendiéndose lógicamente que el hurto del documento aunque conlleva la sustracción del derecho en él acredita-

do no corresponde jurídicamente éste a la cosa hurtada sino el documento, el papel en cuanto tal.

En esas condiciones es evidente que una fórmula química como producción intelectual de invención o descubrimiento no corresponde al concepto de cosa corporal o material que tipifique un apoderamiento, así connote un elevado valor económico, de modo que su protección frente a eventuales o ciertos usos o aprovechamientos ilícitos no se derive concretamente en descripciones de hechos alentatorios contra el patrimonio económico sino en normas de propiedad industrial.

Proceso No. 15378

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal

Magistrado Ponente: Dr. *Carlos Augusto Gálvez Argote*

Aprobado: Acta No. 35(11-03-99).

Santa Fe de Bogotá D.C., doce (12) de marzo de mil novecientos noventa y nueve (1.999).

VISTOS

Se pronuncia la Sala sobre la colisión negativa de competencias suscitada entre el Juzgado Veintidós Penal Municipal de esta ciudad y el Quinto de la misma especialidad de Ibagué.

ANTECEDENTES

1. Habiendo Carlos Castilla Santolimio, gerente de Inversiones Castilla Ltda., adquirido una fórmula química desarrollada por Jairo Jaramillo para la elaboración de un adhesivo, y vendido en el año de 1.991 por valor de $9'000.000,oo el 50% de la misma a Julia Inés Pabón de Uribe, representante legal de la sociedad Inversiones Urpasa Ltda., se conformó, en el año 1.992, entre los citados entes la persona jurídica denominada Pega Pega Ltda. representada por Castilla Santofimio y cuyo objeto social era el de fabricar, industrializar, comercializar y distribuir pegantes, revestimientos y demás productos destinados a la construcción y especialmente el adhesivo derivado de la mencionada formula efectos para los cuales ésta fue aportada como bien societario.

Como la nueva entidad mercantil no produjera las utilidades esperadas los socios tomaron en el año de 1.994 la decisión de disolverla y liquidarla, pero sin que esto se lograra concretar su gerente Castilla Santofimio dispuso, sin rendir cuenta alguna, de los bienes que conformaban el haber social incluida la fórmula del pegante la que luego aparecería explotando en la ciudad de Ibagué a través de la sociedad Industrias Super Ltda. constituida en agosto de 1.995.

2. Formulada la respectiva denuncia por la señora Julia Inés Pabón y asignada a la Fiscalía 23 Seccional de Ibagué ésta dispuso su remisión a Bogotá por estimar que los acontecimientos habían ocurrido en la ciudad capital correspondiéndole entonces a la Fiscalía 41 Local quien ordenó la apertura de instrucción bajo la consideración de que los hechos denunciados configuraban un punible de hurto entre condueños.

3. Adelantada la investigación por la precitada Fiscalía y habiéndose escuchado en indagatoria a CASTILLA SANTOFIMIO se le resolvió la situación jurídica con providencia de julio 22 de 1.997 disponiendo en su contra una medida de aseguramiento por el delito de hurto entre condueños al estimarse que aunque en principio se había acreditado que los muebles materiales se enajenaron con el fin de cumplir obligaciones de la sociedad lo cierto es que también pertenecía al ente la fórmula para la elaboración del pegante y sobre ella aparece demostrado que el sindicado, prosigue el instructor, sí ejecutó la apropiación que constituye el punible de hurto.

El mismo funcionario judicial calificó el mérito del sumario a través de resolución fechada en agosto 4 de 1.998 acusando al procesado Castilla Santofimio como presunto autor del delito de hurto entre condueños efectos para los cuales partió de considerar que el asunto versaba sobre los bienes de propiedad de la sociedad Pega Pega Ltda. tanto "los enseres como elementos concretos y la fórmula del adhesivo,...como elemento inmaterial..." para concluir que en relación con los primeros no existe nada claro sobre su paradero o si fueron vendidos para cubrir los pasivos sociales, o si alguno de los socios se vio ganancioso con su manejo, mientras que respecto al bien "abstracto e incorporal" constituido por la fórmula estimó existente evidencia acerca de que había sido el sindicado quien se apoderó de ella para explotarla con exclusión de la sociedad Pega Pega única propietaria de la misma, legitimada para su explotación, de ahí que considerando la imposibilidad de formular cargos en cuanto se tratare de los bienes corporales, restringió la acusación al hecho ejecutado por el sindicado respecto de la fórmula química.

4. Ejecutoriado el calificatorio, correspondió conocer de la subsiguiente etapa al Juez Veintidós Penal Municipal de Santa Fe de Bogotá quien, luego de surtido el traslado previsto en el artículo 446 del Código de Procedimiento Penal, remitió la actuación, proponiendo a la vez colisión negativa de competencias, mediante auto de diciembre 28 de 1.998, a los jueces de la misma especialidad de Ibagué al concluir que los hechos materia de la acusación fueron cometidos en dicha ciudad y no en el Distrito Capital pues fue allí donde el procesado con sus actos de explotación de la fórmula ha evidenciado la ilícita apropiación.

5. Recibido entonces el proceso por el Juzgado Quinto Penal Municipal de Ibagué aceptó éste la colisión propuesta ya que en su criterio el punible se ejecutó y consumó en Santa Fe de Bogotá donde el procesado tuvo dis-

posición plena del bien hurtado al punto de trasladarlo hasta aquella ciudad cuando ya el sujeto pasivo había sido despojado de la tenencia o posesión corporal de sus bienes.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

1. Si bien de la actuación procesal emerge con claridad que los cargos formulados en contra del sindicado tienen como base exclusiva el supuesto apoderamiento de una fórmula química que como bien incorporal hacía parte del haber social de Pega Pega Ltda. y que el conflicto que se suscita entre los funcionarios de la misma especialidad y diferente Distrito Judicial lo es por razón de la competencia territorial, deberá la Sala sin embargo asignar el asunto a funcionario diferente de los mencionados habida cuenta que encontrando errónea la calificación dada a los hechos éstos no competen al conocimiento de los juzgados penales municipales.

2. En efecto, consistiendo el punible de hurto en el apoderamiento de cosa mueble ajena, con el propósito de obtener provecho para sí o para otro, la concepción de su objeto material implica que no toda cosa en su definición amplia de aquello con entidad corporal o incorporal, real o abstracta, dentro de la que obviamente caben las producciones del intelecto, puede ser materia del verbo rector apoderar, pues el cabal entendimiento del referido tipo penal permite afirmar que los objetos incorpóreos en general o que las producciones intelectuales o invenciones del hombre no corresponden, en la normatividad penal, a cosas muebles salvo que se traduzcan en un libro, una escultura o una patente y que, en sentido contrario sólo aquellos con entidad material, corporal, mueble, tangibles o no, pueden ser objeto del punible en mención.

No significa lo anterior que el ordenamiento jurídico no brinde a las ideas, los pensamientos, los derechos la protección que en el área penal demanda su desconocimiento o su ilícito aprovechamiento, sólo que no siendo susceptibles de apoderamiento por razón de su inmaterialidad o incorporeidad su amparo deviene a través de especiales normas referidas a la propiedad intelectual e industrial. Así, quien toma el argumento de un escritor y lo presenta como original o propio, quien copia un invento o se aprovecha de él sin autorización para hacerlo aunque no comete el delito de hurto sí vulnera los derechos del autor o del inventor y a su tutela el legislador ha acudido, como ya se dijo, a través no del tipo penal en cuestión sino de normas especiales.

Situación diferente se plantea cuando esa idea, ese pensamiento se traduce en una cosa material, corporal, un libro, un cuadro, un producto pues el apoderamiento de éstos sí configura efectivamente un hurto, lo que equivale a decir que los bienes corporales que acreditan la objetividad, la materialidad de la producción intelectual o los documentos que prueban su existencia, verbi gratia una patente, sí son susceptibles de

apoderamiento, entendiéndose lógicamente que el hurto del documento aunque conlleva la sustracción del derecho en él acreditado no corresponde jurídicamente éste a la cosa hurtada sino el documento, el papel en cuanto tal.

3. En esas condiciones es evidente que una fórmula química como producción intelectual de invención o descubrimiento no corresponde al concepto de cosa corporal o material que tipifique un apoderamiento, así connote un elevado valor económico, de modo que su protección frente a eventuales o ciertos usos o aprovechamientos ilícitos no se derive concretamente en descripciones de hechos atentatorios contra el patrimonio económico sino en normas de propiedad industrial.

4. Como en este asunto se observa que el señor Jairo Jaramillo desarrolló, descubrió una fórmula química para la elaboración de un pegante utilizado en la industria de la construcción que fuera adquirida por el sindicado y posteriormente por la sociedad Pega Pega Ltda. y que los cargos que a éste se le formulan giran exclusivamente en torno al apoderamiento de la citada cosa incorporal, como la reconocen y catalogan los juzgados en conflicto, es imperativo concluir que, no siendo ella susceptible de apoderamiento por no responder jurídicamente al concepto de cosa mueble, la calificación realizada frente al delito de hurto entre condueños resulta equivocada no obstante demostrarse que el procesado se aprovechó económicamente de la misma cuando la propietaria, hasta por él aceptada, era la sociedad Pega Pega Ltda.

5. Descartada esa adecuación típica y entendiendo en principio que se trataría frente a los elementos de juicio con que cuenta el expediente, de un bien de propiedad industrial en cuanto se hallare amparado por una patente, una más cercana al acierto lo sería en relación con el tipo penal descrito en el artículo 237 del Código Penal pues sancionándose allí a quien "fabrique producto sin autorización de quien tiene el derecho protegido legalmente, o use sin la debida autorización medio o proceso patentado", la conducta de Castilla Santofimio se adecuaría a él en la medida en que supuestamente fabricó un producto con base en esa fórmula química que no le pertenecía pero de la cual se desconoce en el proceso, porque nada de ello se investigó, si se encontraba amparada legalmente bajo una patente como título que el Estado concede a los inventores o a quien éste autorice para que, reunidas determinadas condiciones especificadas en la Decisión 344 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena, exploten de manera monopolística aquellas cosas que consideradas invenciones sean susceptibles de aplicación industrial.

6. Por tanto, como los hechos relativos al apoderamiento de la fórmula química no configuran el delito de hurto sino que su adecuación responde al tipo ya mencionado en cuanto se estableciere la existencia de una patente para su explotación, resulta incuestionable que la competencia para

conocer de los mismos, por no estar atribuidos a determinada autoridad, pertenece al Juez del Circuito del lugar donde se hubiere fabricado ilícitamente el producto o donde se usare, sin la debida autorización, el medio o proceso patentado, que para el caso en estudio es Ibagué, de ahí que la Sala, no obstante que el Juez Penal del Circuito de dicha ciudad no terciara en el conflicto, dispondrá en aras de la economía y la celeridad procesal la remisión de las diligencias al funcionario en mención para que se tomen las decisiones ajustadas al debido proceso y en especial se atienda lo previsto en el artículo 101 del Código de Procedimiento Penal.

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

RESUELVE:

1º. DECLARAR que el competente para conocer de este proceso es el Juzgado Penal del Circuito-Reparto de Ibagué, a donde se remitirán las diligencias.

2º. Por Secretaría de la Sala expedir sendas copias de esta decisión a fin de enviarlas a los Juzgados Veintidós y Quinto Penal Municipal de Santa Fe de Bogotá y de Ibagué, respectivamente, para su información.

Cópiese y cúmplase.

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

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

DEBIDO PROCESO

En atención al principio de que todo funcionario judicial, en sus providencias, está sometido al imperio de la constitución y la ley, nuestra legislación procesal penal tiene claramente definidos los términos como se encuentra estructurada la actuación judicial en cada una de sus etapas, de tal manera que en su desarrollo se atienda de manera rigurosa a los lineamientos plasmados por la ley, los cuales no pueden ser desconocidos por quienes administran justicia, ni por los sujetos procesales.

Proceso No. 10245

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal

Magistrado Ponente: Dr. *Carlos E. Mejía Escobar*

Aprobado Acta No. 37

Santa Fe de Bogotá D.C., marzo dieciséis (16) de mil novecientos noventa y nueve (1999).

Vistos

El procesado William Alfredo Rojas Riera presenta recurso de reposición contra el auto de fecha veinte de enero de los cursantes, por medio del cual no se atendió a una solicitud de rebaja de pena que el mismo efectuara con fundamento en el artículo 37 A del Código de Procedimiento Penal.

Antecedentes y Consideraciones

1.- Lo primero que se debe advertir es que el recurso de reposición no resulta procedente frente a autos de trámite como es la naturaleza del que el procesado Rojas Riera pretende su revocatoria. En consecuencia no se le impartirá el procedimiento previsto en la ley para este tipo de recurso.

2.- El citado procesado resultó condenado a la pena de doce (12) años de prisión por los delitos de apoderamiento y desvío de aeronave, secuestro simple, hurto calificado y porte ilegal de armas de defensa personal. En

pasada oportunidad había solicitado una tercera parte de rebaja de pena, aduciendo para el efecto que había asumido la totalidad de los cargos en la audiencia especial (art. 37A del C de P.P.).

Este despacho, por auto de fecha veinte de marzo de los cursantes le puso en conocimiento al solicitante que, por ahora, debía atenerse a la condena impartida por el a quo, debido a que en el trámite del recurso de casación no era posible realizar pronunciamientos distintos a los relacionados con el beneficio de la libertad provisional (artículo 415 del C de P.P., modificado por el artículo 53 de la ley 81 de 1993). Que por lo tanto, la única forma de hacer consideraciones respecto de ese tema, era al momento de dictar el fallo de casación.

3.- Ahora, el citado Rojas Riera en nuevo escrito, solicita que se revoque esa decisión. Considera que no debe esperar a que se decida la casación para saber sobre la procedencia de la rebaja, pues cuando se dicte el fallo de fondo la norma ya no tendría efecto práctico.

Al respecto se debe manifestar que en atención al principio de que todo funcionario judicial, en sus providencias, está sometido al imperio de la constitución y la ley, nuestra legislación procesal penal tiene claramente definidos los términos como se encuentra estructurada la actuación judicial en cada una de sus etapas, de tal manera que en su desarrollo se atienda de manera rigurosa a los lineamientos plasmados por la ley, los cuales no pueden ser desconocidos por quienes administran justicia, ni por los sujetos procesales.

En el caso que nos ocupa, encontrándonos en la fase del recurso extraordinario de casación, no hay ninguna posibilidad de entrar a definir lo atinente a la rebaja de pena que solicita el procesado Rojas Riera, porque la ley no lo permite, de allí que se haya señalado en el auto con el cual muestra su desacuerdo, que esa posibilidad solo sería viable estudiarla al momento de proferir la sentencia de casación. Dicho en otras palabras y atendiendo al objeto y ritualidad propios de esta instancia, el único pronunciamiento que se puede hacer antes del fallo definitivo, es el atinente a las solicitudes de libertad (art. 231 del C de P.P.), de otra manera, se estarían desconociendo los efectos sustanciales del proceso.

En estas circunstancias resulta claro que la actividad cumplida por esta Sala de Casación Penal en el caso en estudio, no desconoce los mandatos constitucionales y legales y en consecuencia no vulnera las garantías del procesado William Alfredo Rojas Riera.

Tales son los razonamientos para no atender favorablemente a su solicitud.

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

RESUELVE:

NO ACCEDER a la solicitud elevada por el procesado William Alfredo Rojas Riera, de acuerdo a lo expuesto en precedencia.

Notifíquese y cúmplase.

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

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

DEBIDO PROCESO

El artículo 18 del Código de Procedimiento Penal, establece el principio de lealtad de los intervinientes en la actuación judicial, el cual comporta el deber de ceñirse estrictamente a la realidad que el proceso ofrece, de aducir y presentar todos los argumentos probatorios y jurídicos en aras de la defensa de los intereses encomendados por la parte que se representa, y ejercer los instrumentos de dialéctica que el ordenamiento procesal otorga, todo dentro de un marco de oportunidad sin que sea admisible su uso por instalamentos.

Proceso No. 11507

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal

Aprobado acta No. 38

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

Santa Fe de Bogotá, D.C., diecisiete de marzo de mil novecientos noventa y nueve.

Se pronuncia la Corte sobre la pretensión invalidatoria del proceso y la solicitud de práctica de pruebas durante el juicio, presentadas en escrito que antecede por el defensor del Ex Representante a la Cámara, doctor Jairo Chavarriaga Wilkin.

ANTECEDENTES

1.- Por providencia de veintinueve de julio de mil novecientos noventa y ocho, la Corte calificó el mérito probatorio del sumario con resolución acusatoria en contra del procesado doctor Jairo Chavarriaga Wilkin, por el delito de enriquecimiento ilícito de funcionario, previsto en el Libro Segundo, Título Tercero, Capítulo Sexto del Código Penal, modificado por el artículo 26 de la Ley 190 de 1995 (fls. 1 y ss.8), decisión que fue mantenida por proveído de quince de octubre siguiente, al resolver el recurso de reposición interpuesto por el defensor (fls. 217 y ss.8), cobrando por tanto ejecutoria material.

2.- Dentro del término previsto por el artículo 446 del Código de Procedimiento Penal, el defensor presenta escrito en el cual demanda la nulidad de lo actuado en el proceso «a partir del dictamen pericial rendido a la Corte Suprema de Justicia por los señores José Gregorio Cortazar Forero y Felix Enrique Barajas Blanco», al tiempo que solicita el recaudo de algunas pruebas durante el juicio.

2.1.- Aduciendo estar dentro del término para invocar nulidades originadas en la etapa de instrucción, previsto por el artículo 306 del C. de P. P., modificado por el artículo 39 de la Ley 81 de 1993, y anunciar apoyarse en lo dispuesto por los ordinales 2o. y 3o. del artículo 304 ejusdem, solicita la nulidad del proceso a partir del dictamen rendido por los funcionarios de la Fiscalía que vienen de ser enunciados, con fundamento en los siguientes argumentos:

Según certificación expedida por la Junta Central de Contadores, la cual adjunta, el señor Felix Enrique Barajas Blanco no figura inscrito en esa entidad como Contador Público y, por tanto, «no podía actuar en controversias de carácter técnico-contable, especialmente en diligencias sobre exhibición de libros, juicios de rendición de cuentas, avalúos de intangibles patrimoniales y costo de empresas en marcha», según el artículo 13-c de la Ley 43 de 1990, reglamentaria de la profesión de Contador Público, que demanda esta calidad cuando se trata de elaborar experticios de esta naturaleza, de conformidad con el artículo 264 del C. de P. P.

Por esto, sostiene, el aludido dictamen «carece de toda validez porque solo lo atesta uno que reúne las calidades exigidas por la ley de los dos peritos designados por la Corte Suprema de Justicia».

El señor Barajas Blanco, afirma, «fue designado mediante providencia de esa Corporación de fecha 13 de diciembre de 1996, concretamente por su numeral 5o. ... como experto en ciencia contable», y conjuntamente con el Contador Público José Gregorio Cortazar Forero, rindió el dictamen pericial del cual se corrió traslado a los sujetos procesales.

Esto, a su modo de ver, constituye «una irregularidad sustancial que afecta el debido proceso porque el dictamen contiene en conjunto y aún parcialmente la prueba básica y esencial que sustenta la resolución de acusación»; agravada por el hecho de que la Corte se haya abstenido de dar trámite al escrito de objeciones propuesto contra la pericia, con lo cual «vulnera, ha obstruido, y obstruye el ejercicio cabal del derecho fundamental de defensa» garantizado por la Carta Política, y configura el motivo de invalidación previsto por el artículo 304-3 del C. de P. P. «en particular porque del dictamen aludido depende la absolución o la condena del incriminado Chavarriaga Wilkin».

2.2.- Respecto de las pruebas a recaudar durante la etapa de juzgamiento, solicita se practiquen y tengan como tales, las siguientes:

2.2.1.- «Estudio y análisis productivo de la Hacienda La Ilusión», elaborado y suscrito por los doctores URIEL Alberto Mejía Moncada y Carlos Mario GARAY, funcionarios de «Umata», entidad radicada en la ciudad de Pereira.

2.2.2.- «Estudio y análisis productivo de las Fincas 'El Modín'», concretamente de los predios «Bellavista», «La Gloria» y «La Primavera», elaborado y firmado por el doctor Carlos Mario GARAY G., Médico-Veterinario-Zootecnista, y Funcionario de «Umata» con sede en Pereira.

2.2.3.- Escuchar en declaración jurada a los doctores URIEL Alberto Mejía Moncada y Carlos Mario GARAY, a quienes se les interrogará acerca de los análisis productivos que vienen de ser referidos, para su reconocimiento, y sobre su actividad profesional dentro de la organización denominada «Umata», la naturaleza y funciones de ésta, entre otros aspectos.

2.2.4.- Recibir el testimonio del señor Hernán Chavarriaga Ramírez, quien referirá lo relacionado con la compra de la «Hacienda La Ilusión».

2.2.5.- Oficiar a la Dirección General de la Junta Central de Contadores, para que certifiquen si los señores José Gregorio Cortázar Forero y Félix Enrique Barajas Blanco, figuran registrados e inscritos en esa entidad como Contadores Públicos.

2.2.6.- Solicitar a la Fiscalía Regional de Bogotá, el envío, como prueba trasladada, de los testimonios rendidos los días 14 y siguientes del mes de julio de 1998, dentro del proceso radicado con el número 33.332 que allí cursa en contra del doctor Jairo Chavarriaga Wilkin.

2.2.7.- Tener como pruebas, las presentadas para sustentar el recurso de reposición interpuesto contra el auto mediante el cual se abstuvo la Corte de tramitar el escrito de objeciones propuestas al dictamen pericial.

2.2.8.- Tener al doctor Gerardo Tello Ramírez, Contador Público, como asesor contable de la defensa en este proceso.

SE CONSIDERA

1.- Sobre la solicitud de nulidad

El artículo 18 del Código de Procedimiento Penal, establece el principio de lealtad de los intervinientes en la actuación judicial, el cual comporta el deber de ceñirse estrictamente a la realidad que el proceso ofrece, de aducir y presentar todos los argumentos probatorios y jurídicos en aras de la defensa de los intereses encomendados por la parte que se representa, y ejercer los instrumentos de dialéctica que el ordenamiento procesal otorga, todo dentro de un marco de oportunidad sin que sea admisible su uso por instalamentos.

Este principio no ha sido respetado en este caso.toda vez que el defensor sostiene que la Corte mediante providencia de 13 de diciembre de 1996, designó al doctor Félix Enrique Barajas Blanco «como experto en ciencia contable», lo cual no es cierto. Contrariamente a lo afirmado, la referida decisión dice de manera textual: «5o.- Con fundamento en las declaraciones de renta que, desde el año 1988 hasta la fecha, hayan presentado Jairo Chavarriaga Wilkin, Luz Stella Gallón y el núcleo familiar de éstos, los folios de matrícula inmobiliaria de bienes inmuebles que figuren a nombre de cada uno de ellos, los vehículos registrados, y los movimientos financieros efectuados en ese lapso, así como los ingresos comprobados en el proceso, mediante dictamen pericial con la intervención de experto en ciencias contables, establecer su evolución económica y financiera, determinando la diferencia patrimonial a justificar, si la hubiere.», de donde surge claro que por parte alguna del citado texto se mencione el nombre o la profesión del perito que debía emitir el dictamen.

En orden a brindar claridad al punto, ha de recordársele al peticionario, que la designación de los doctores José Gregorio Cortázar Forero y Félix Enrique Barajas Blanco, Profesionales Universitarios Judiciales adscritos al Grupo de Investigaciones Económicas de la Unidad Nacional de Policía Judicial del Cuerpo Técnico de Investigación de la Fiscalía General de la Nación, no fue más que el cumplimiento de la orden de la Corte, en el sentido de que fuera la Fiscalía la que hiciera la escogencia, y por esto provino directamente del organismo estatal al cual pertenecen, tal como de ello dan cuenta los oficios de allí emanados, los cuales corren a folios 30 y 38 del C. O. No. 1., a consecuencia del auto proferido el veinte de junio de mil novecientos noventa y seis, en el cual, además de decretar la práctica de pruebas, en ejercicio de la facultad otorgada por el artículo 82 del Código de Procedimiento Penal, modificado por el artículo 12 de la Ley 81 de 1993, para su recaudo se dispuso comisionar a los dos Fiscales que designara la Dirección Nacional de Fiscalías, «quienes estarán asistidos de tres (3) profesionales universitarios adscritos al Cuerpo Técnico de Investigación» (fl. 27).

De otro lado, cuando la Corte en providencia de trece de diciembre de mil novecientos noventa y seis decretó la prueba pericial (fls. 91 y ss.1), no precisó, como contrariamente se sostiene, que solo debían practicarla contadores públicos debidamente acreditados ante la Junta Central de Contadores, sino que la misma debía ser realizada «con la intervención de experto en ciencias contables», de donde queda establecido el unilateral alcance que se persigue darle a las decisiones en ese sentido adoptadas en la presente actuación.

Ahora, el solo hecho que el Profesional Barajas Blanco no se encuentre inscrito ante la Junta Central de Contadores Públicos, como se afirma, no lo descalifica como experto en ciencias contables, ni demuestra su inidoneidad para emitir dictámenes de la naturaleza del ameritado, menos

si se tiene en cuenta que se trata de un Profesional Universitario adscrito al Grupo de Investigaciones Económicas del Cuerpo Técnico de la Fiscalía, sin funciones de elaborar estados financieros ante las autoridades tributarias, para cuya validez la ley sí exige la firma de un Contador Público con indicación de su Tarjeta Profesional, sino la de colaborar con las autoridades judiciales en las investigaciones que se relacionen con aspectos de carácter económico, patrimonial y financiero, entre otros, de acuerdo con la órbita de sus funciones oficiales.

La necesidad de acreditar la calidad de contadores públicos debidamente inscritos ante la Junta Central de Contadores, en la elaboración de dictamenes periciales de carácter técnico contable, sólo resultaría predicable respecto de expertos no oficiales, no de peritos vinculados a una entidad especializada en labores de investigación criminal como de la que hacen parte los profesionales que elaboraron la pericia contable en este proceso.

De todas maneras no se ve cómo al contar uno solo de los expertos con la correspondiente inscripción ante ese organismo, de suyo descalifique la validez del dictamen, máxime si éste aparece suscrito por los dos Profesionales Univeritarios designados por el C. T. I. y su vinculación oficial a la Fiscalía acreditada.

Tampoco se observa, cómo desde el punto de vista del debido proceso legal, la validez o eventual invalidez de un medio probatorio pueda llegar a afectar de nulidad la actuación surtida en un proceso penal, puesto que se trata de actuaciones no vinculadas por relación causativa con las restantes que componen el trámite, al punto que en el sistema procesal que nos rige no ha sido instituida la prueba ni su eficacia demostrativa como presupuesto para el proferimiento de decisiones en orden a la continuación del rito legal.

Lo anterior resulta más claro si se toma en cuenta que en caso de acreditarse irregularidades en el rito de formación probatoria, la sanción a la prueba no es otra distinta a no tenerla en cuenta cuando adolezca de unos tales vicios, y sólo en el momento de apreciarla para efectos de asignarle su mérito por el juzgador, aspecto suficientemente aclarado por la jurisprudencia de la Corte.

Ahora, en cuanto hace a las motivaciones que la Corte tuvo para rechazar el trámite a la pretendida objeción al dictamen pericial, que el peticionario pretende relacionar con la presunta vulneración del derecho de defensa, en respuesta a lo planteado, ha de decirse que no constituye sino una particular forma de raciocinio en desconocimiento de las razones que la Sala expuso para adoptar la decisión que cuestiona por fuera del recurso ya interpuesto contra ella, resultando ilógico e irracional abandonar el mecanismo natural de controversia de un problema para acudir a otro

desconociendo la distinta fundamentación que los inspira, pues lo que se corrige por recurso no puede así mismo serlo por la vía de la nulidad.

En la providencia que se impugna, la Corte dejó en claro el incumplimiento de los presupuestos exigidos por el artículo 271 del Código de Procedimiento Penal y señaló en esa oportunidad que en el escrito de objeción no se hacía manifiesto ningún error en que pudieren haber incurrido los peritos de la Fiscalía, pues con el argumento de aducir no ser «idóneo para exponer y sustentar una objeción a un dictamen pericial», el defensor trasladó dicha responsabilidad al asesor contable contratado privadamente por el procesado.

Se precisó, además, que ni aún si se tomara como que evidentemente el Contador Público contratado hubiera asumido un tal encargo, el «análisis» presentado adjunto a la objeción no aparecía suscrito por ninguna persona en particular, a más de que el referido contrato de prestación de servicios profesionales a cuyo amparo se afirmó haberse realizado el estudio, decía relación con el compromiso de «incluir partidas que no hayan sido incluídas (o que hayan sido omitidas), en las declaraciones de renta, correspondientes a cada año», todo lo cual indicaba que la gestión se contraía a incluir en el estudio las partidas no incluidas en las declaraciones de renta, en orden a explicar la situación patrimonial del doctor Chavarriaga frente al fisco, no ante la autoridad judicial que investiga la conducta llevada a cabo por el procesado.

Y como si lo expuesto no fuera suficiente, al analizar la Corte todos y cada uno de los reparos que se decían exponerse contra el dictamen pericial, encontró que no correspondían a nada distinto de una visión subjetiva sobre un medio de prueba, en cuanto los balances a él antepuestos carecían de confiabilidad, por no aparecer acreditado que obedecieran a criterios de integridad, objetividad, oportunidad, razonabilidad, y sobre todo, verificabilidad.

En estas condiciones, no se decretará la invalidez de lo actuado, por no haberse incurrido en irregularidades sustanciales que afecten el debido proceso, o violado el derecho de defensa en el presente asunto, como interesadamente se alega.

2.- Sobre las pruebas pedidas por el defensor.

2.1.- Por cumplir los presupuestos de procedencia, la Sala accederá a escuchar en la audiencia pública el testimonio de los doctores URIEL Alberto Mejía Moncada y Carlos Mario Garay, y del señor Hernán Chavarriaga Ramírez.

2.2.- En relación con los estudios de productividad allegados, igualmente los tendrá como medios de prueba en la presente actuación, aclarando que el relacionado con la Finca La Ilusión, se encuentra incorporado al expediente, como de ello da cuenta el anexo 74, conforme se ordenó en diligencia llevada a cabo el 8 de julio de 1997 (fols. 56 anexo 59).

2.3.- Se ordenará, además, oficiar a la Dirección General de la Junta Central de Contadores, para que certifiquen si los señores José Gregorio Cortázar Forero y Félix Enrique Barajas Blanco, figuran registrados e inscritos en esa entidad como Contadores Públicos, para lo pertinente en relación con los elementos de la crítica al medio.

2.4.- del mismo modo, se dispondrá solicitar a la Fiscalía Regional de Bogotá, el envío, como prueba trasladada, de copia autenticada de los testimonios rendidos «en las instalaciones del DAS en la ciudad de Pereira» los días 14 y siguientes del mes de julio de 1998, dentro del proceso radicado con el número 33.332 que allí cursa en contra del doctor Jairo Chavarriaga Wilkin, así como de las providencias de fondo que hubieren sido proferidas por la Fiscalía o el Juzgado Regional, según el caso, en ese asunto.

2.5.- No se ocupará la Corte de tener como medios de prueba los aportados por el defensor para sustentar el recurso de reposición interpuesto contra el auto mediante el cual se abstuvo de tramitar el incidente de objeción, por razón de que dichos documentos fueron allegados después de fenecido el término para pedir pruebas durante el juicio, y por cuanto, además, como el propio defensor lo reconoce, la «Carpeta Adicional Probatoria» a la que se refiere la petición, fue «elaborada por la defensa con base en documentos que obran en el proceso sólo para facilitarle a los Magistrados de la Corte la rápida consulta de los documentos pertinentes citados al sustentar el recurso» (fl. 353-8).

3.- *Sobre las pruebas que se decretan de oficio.*

3.1. de conformidad con lo previsto por el artículo 272 del Código de Procedimiento Penal, a la diligencia de audiencia pública deberán comparecer los señores José Gregorio Cortázar Forero y Félix Enrique Barajas Blanco, Profesionales Universitarios del Grupo de Investigaciones Económicas de la Unidad Nacional de Policía Judicial del Cuerpo Técnico de Investigación de la Fiscalía General de la Nación, para que, conforme al cuestionario que previamente presenten los sujetos procesales, expliquen el dictamen pericial rendido por ellos en el presente asunto, y respondan las preguntas que sean procedentes.

Para lo anterior, junto al cuestionario que en oportunidad se presente, con la debida anticipación se les permitirá el acceso al expediente, a lo cual se procederá por la Secretaría de la Sala.

3.2.- Oficiar a la Fiscalía General de la Nación, para que se sirva certificar, con copia autenticada del documento que la acredita, la profesión que ostentan los doctores José Gregorio Cortázar Forero y Félix Enrique Barajas Blanco, Profesionales Universitarios Judiciales adscritos al Grupo de Investigaciones Económicas, Unidad Nacional de Policía Judicial del Cuerpo Técnico de Investigación, constancia del tiempo de servicios, y fun-

ciones establecidas para cada uno de ellos, debiendo allegar copia del acto administrativo mediante el cual fueron vinculados a la institución.

3.3.- Oficiar a la Fiscalía Regional de Santa Fe de Bogotá, al Juzgado Regional correspondiente, al Tribunal Nacional, o a la autoridad judicial donde se encuentren dichas diligencias, según el caso, para que remita copia autenticada de las providencias de fondo proferidas dentro del proceso que se sigue en contra de José Octavio PABON (fl. 263 cdno. 6 Fiscalía).

3.4.- Oficiar a la Dirección Nacional de Investigaciones Especiales de la Procuraduría General de la Nación para que remita copia autenticada de las decisiones de fondo proferidas dentro del proceso disciplinario que allí se tramita contra el doctor Jairo Chavarriaga Wilkin (anexo 129).

3.5.- Oficiar a la empresa «AUTO SALON 2000», ubicada en la calle 9 No. 42-135 de Cali (Valle), para que remita copia autenticada de la factura de venta, documentos anexos, y certifique la forma de pago, del vehículo BMW modelo 1991, color gris plomo, de placas BBD-106, al que se refiere la comunicación suscrita el 24 de noviembre de 1994 por Pedro Luis P. mediante la cual entrega al Doctor Jairo Chavarriaga algunos documentos referidos a dicho negocio (Carpeta anexo 2).

3.6.- Solicitar a las correspondientes autoridades de tránsito, para que remitan certificación sobre los sucesivos propietarios de los siguientes vehículos, así como su valor comercial para el año de 1995:

- MOTO YAMAHA de placas OTR-87 (Pereira)
- RENAULT de placas CGA-288 (Cartago, Valle)
- MITSUBISHI BFH-942 (Bogotá)
- JEEP CHEROKEE BIL-148, o BEL-148, o BEI-148 (Bogotá)
- SY-0976 (Valle).

3.7.- Requerir al Doctor Jaime URREGO Castaño, Jefe de la División de Avalúos del Instituto Geográfico AGUSTIN CODAZZI -Sede Central-, para se sirva remitir el avalúo correspondiente a la Hacienda La Ilusión ubicada en el Municipio de Montenegro, según de ello dan cuenta la diligencia de inspección judicial practicada el 18 de junio de 1997 con la asistencia de los doctores Carlos Augusto Vásquez Arias (Jefe de Conservación) y Miguel Angel Duarte Pulido (Investigación de Mercado Inmobiliario), funcionarios de la Regional Andina con sede en la ciudad de Pereira (fls. 7 y ss. anexo 59), y el oficio 12176, suscrito el 5 de agosto de 1997 (fl. 2 anexo 85), en respuesta al oficio fechado el 12 de junio de 1997 radicado el 13 de junio de 1997 en la sede central de Instituto con el número 13637 (fl. 22, 73 y 85 anexo 124).

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

RESUELVE:

PRIMERO. RECHAZAR LA SOLICITUD DE NULIDAD presentada por el defensor del procesado doctor Jairo Chavarriaga Wilkin en el presente asunto.

SEGUNDO. RECHAZAR la solicitud probatoria contenida en el numeral 7o. del memorial petitorio.

TERCERO. ACCEDER a las pretensiones probatorias del defensor, referidas en los numerales 2.1 a 2.4 de la parte considerativa de este proveído.

CUARTO. DE OFICIO se decreta la práctica de las pruebas reseñadas en numerales 3.1. y siguientes de la parte considerativa de esta decisión.

QUINTO. EN LA AUDIENCIA PUBLICA, se recibirán los testimonios de los doctores URIEL Alberto Mejía Moncada y Carlos Mario GARAY, funcionarios de «Umata», entidad radicada en la ciudad de Pereira; como también la declaración del señor Hernán Chavarriaga Ramírez.

A la misma diligencia comparecerán los Profesionales Universitarios adscritos a la Unidad de Investigaciones Económicas del C. T. I. de la Fiscalía General de la Nación, señores José Gregorio Cortázar Forero y Félix Enrique Barajas Blanco, quienes, conforme a los cuestionarios que dentro del término probatorio de quince días presenten a la Corte los sujetos procesales, explicarán los dictamenes presentados por ellos y responderán las preguntas que sean procedentes.

SEXTO. Las pruebas señaladas en los numerales 2.3, 2.4, y 3.2. y siguientes de la parte considerativa, serán practicadas dentro del término de quince días, previsto por el artículo 448 del C. P. P. La Secretaría de la Sala librará las comunicaciones respectivas.

Dentro del mismo término, los sujetos procesales deberán entregar ante la Secretaría de la Sala los cuestionarios a ser absueltos en la audiencia pública por los profesionales José Gregorio Cortázar Forero y Félix Enrique Barajas Blanco.

Cumplido esto, por el término de cinco días la Secretaría de la Sala pondrá a disposición de los peritos el expediente y los cuestionarios que hayan sido presentados por los sujetos procesales.

SEPTIMO. TENER al Contador Público doctor Gerardo Tello Ramírez, como asesor contable de la defensa, en los términos establecidos por el artículo 238-7 del Código de Procedimiento Civil, modificado por el D.E. 2282 de 1989, art. 1o. num. 110.

OCTAVO. Una vez recibidas las pruebas procedentes de la Fiscalía Regional de Bogotá y la Procuraduría General de la Nación, referidas en los numerales 2.4, 3.3 y 3.4. de la parte considerativa, deberán volver las dili-

gencias al Despacho para correr el traslado de que trata el artículo 186 del C. de P. P.

NOVENO. Cumplido lo anterior, se señalará día y hora en que tendrá lugar la vista pública.

Notifíquese y cúmplase.

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

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

CULPA

En principio, no le falta razón al Tribunal en sus observaciones sobre lo útil que resulta obtener una prueba, dato o indicio de la violación de las reglas de tránsito, bien por el conductor ora por parte del peatón. Mas la expresión no puede ser tan categórica ni apriorística, porque siempre se ha dicho que la sola indicación de una conducta imprudente (violación de reglamentos, por ejemplo) no constituye per se responsabilidad para el conductor o culpa exclusiva de la víctima, pues, en uno y otro caso, es indispensable demostrar, de conformidad con el artículo 21 del Código Penal, que realmente esa actitud culposa fue la determinante del resultado dañoso (desvalor de acto y desvalor de resultado).

Ello por cuanto si se sanciona al conductor, sin establecer ese vínculo determinante entre la acción disvaliosa y el evento dañino, se incurriría en responsabilidad objetiva, determinación entonces contraria al principio tutelar de la culpabilidad dispuesto en el artículo 5° del mismo estatuto; y si se tratara de la víctima, la aislada consideración de su imprudencia le significaría una suerte de abandono noxal, pues por ese solo hecho perdería frente al Estado cualquier protección de bienes jurídicos tan fundamentales como la vida y la integridad física, cuando también debe acreditarse si, a pesar de su ligereza, el conductor aún contaba con posibilidades concretas de evitar el fatal resultado, pues, si este juicio de valor llegare a ser positivo, se tiene que la imprudencia de la víctima no sería la causa eficiente del resultado. Lo contrario, sería suministrar una patente de corso a temerarios conductores que, a su talante y soberbia, podrían decretar la pena de muerte para los descuidados transeúntes, que así se entregarían por el Estado en holocausto, como no es inusual en la conducta de intemperantes operadores del tráfico que, enterados oportunamente del error o el atrevimiento del peatón o de otro conductor, en lugar de hacer algo valioso para evitar el percance, incrementan el riesgo con la aceleración de su propio automotor o cuando ni siquiera por precaución merman el ritmo de la marcha.

La Sala hace énfasis en que el hecho de que se haya determinado una violación de reglamentos por parte de la víctima, y que de pronto pue-

da afirmarse que el conductor «tenía a su favor la reglamentación de tránsito», no se sigue inexorablemente que el último podía actuar libremente y, por ende, cualquier resultado que afectara al infractor estaría justificado. En el desarrollo de las actividades peligrosas, cuando se concretan en delitos culposos, el ciudadano que participa de ellas tiene normativamente un mayor grado de exigencia, porque no sólo debe abstenerse de matar, sino que además debe tener cuidado para no matar.

No basta afirmar que no existe «prueba clara, firme y terminante», o que se carece de «suficiente elementos de juicio» sobre la actitud culposa del procesado, dado que tales expresiones corresponden a una conclusión que debe surgir de las premisas integradas por el análisis crítico de todas las pruebas, indicando progresivamente el mérito de cada de una de ellas (art. 254 C. P. P.), pues, de lo contrario, las solas frases se convierten en componentes autoritarios del lenguaje y se cae por el juzgador en una petición de principio, ya que faltaría la argumentación y demostración de lo que de esa manera tan tajante se da por demostrado.

Proceso No. 11023

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal

Magistrado Ponente: Dr. *Jorge Aníbal Gómez Gallego*

Aprobado Acta No. 38

Santa Fe de Bogotá, D. C., diecisiete de marzo de mil novecientos noventa y nueve.

VISTOS

El apoderado de la parte civil interpuso el recurso extraordinario de casación en contra de la sentencia del 30 de mayo de 1995, por medio de la cual el Tribunal Superior de Cali, después de revocar el fallo condenatorio de primera instancia, absolvió al procesado Francisco Julián Holguín Fajardo, quien fuera acusado por el delito de homicidio culposo.

Presentada la respectiva demanda y conocida la oposición del defensor del procesado, ha conceptuado sobre su mérito el Procurador Tercero Delegado en lo Penal, trámite previo que entonces habilita la decisión de la Corte.

HECHOS Y ACTUACIÓN PROCESAL

Los episodios pueden resumirse en la siguiente narración:

El 7de junio de 1991, aproximadamente a las 11 de la noche, el joven Andrés Cifuentes Larrahondo fue arrollado por el automóvil marca Chevrolet

Monza de placas MD 6680, entonces conducido por el estudiante Francisco Julián Holguín Fajardo, cuando cruzaba la avenida Colombia (carrera 1ª), a la altura de la calle 12, de la nomenclatura correspondiente a la ciudad de Cali.

La víctima fue conducida primero al hospital San Juan de Dios y de allí se le trasladó al hospital Departamental Universitario, pero en este último centro asistencial falleció el 9 de junio siguiente, como consecuencia del trauma craneo-encefálico severo que sufrió. Habida cuenta que el autor del lesionamiento continuó la marcha, después se le identificó por los investigadores, gracias al dato de las placas que algún circunstante le suministró a la policía, señal que entonces permitió establecer que el dueño del automotor era el señor Gabriel Ignacio Muñoz Guerrero, pero que en la ocasión lo conducía el acusado, quien viajaba acompañado de María Fernanda Muñoz Molina, hija del propietario, y otra amiga de esta.

En relación con estos hechos, el Juzgado Once de Instrucción ordenó y practicó diligencias previas, al cabo de las cuales identificó al autor de los hechos, dispuso la apertura formal de instrucción y vinculó por medio de indagatoria al imputado Holguín Fajardo (fs. 6, 41 y 45).

Posteriormente el juzgado instructor aceptó por auto la constitución de parte civil, pero después le correspondió a la Fiscalía, en razón del cambio de sistema procesal penal, la resolución de la situación jurídica, acto este que se cumplió por medio de resolución fechada el 12 de agosto de 1992 (fs. 74 y 79).

Cerrada la investigación, el fiscal delegado dictó la resolución del 22 de abril de 1994, en razón de la cual acusó al procesado por el delito de homicidio culposo, proveído que quedó ejecutoriado el 31 de mayo siguiente, fecha en la cual se aceptó el desistimiento de la apelación que había interpuesto la defensa (225, 236 y 252).

Asumió el juicio el Juzgado Trece Penal del Circuito, se realizó la audiencia pública y el despacho de conocimiento dictó sentencia el 23 de febrero de 1995, por medio de la cual estimó meritoria la acusación, declaró la responsabilidad y condenó al acusado a la pena principal de 24 meses de prisión y multa por valor de un mil pesos ($ 1.000.00). En la misma decisión, el juez le impuso la sanción accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas por el mismo tiempo; ordenó el pago de perjuicios en cuantía equivalente a 2.000 gramos oro y concedió al procesado el subrogado de la condena de ejecución condicional (fs. 253, 469 y 482).

Como el defensor interpuso el recurso de apelación, el Tribunal Superior de Cali profirió la sentencia absolutoria que ahora se cuestiona por la vía de la casación.

La Demanda

Se refiere el actor a un único cargo de violación indirecta de la ley sustancial, por un error de hecho en la apreciación de los testimonios del agente de policía Luis Orlando Aguilar Pezca y de los ciudadanos Freddy Victoria Soto, María Fernanda Muñoz Molina y Luz Mónica Espinosa Ramos. El demandante divide la censura en dos capítulos, uno referido a la ignorancia del exceso de velocidad imprimida al automotor, y el segundo relacionado con la inversión del verdadero sentido de desplazamiento que llevaba el ofendido al momento del golpe lesivo.

1. El primer fundamento radica en que los mencionados testimonios no fueron apreciados en toda su extensión, amén de que parcialmente se distorsionó la prueba porque se le hizo producir consecuencias probatorias que no se derivaban de su contexto. En efecto, el fallo dice que el proceso carece de una prueba firme, clara y terminante sobre el exceso de velocidad en la conducción del vehículo, pero el policía Aguilar Pezca declaró que varios testigos presenciales le confiaron cómo el automotor se desplazaba muy rápido.

Es de tal importancia el testimonio el agente y las manifestaciones que le hicieron las personas presentes en el lugar, que sin ellos los hechos hubieran quedado en la más absoluta impunidad, pues por su conducto se aportó el número de las placas del vehículo, dato que si se quiere era de más difícil apreciación que el de la aceleración. Si en ellos existiera el propósito de mentir en cuanto el desbordamiento de la velocidad, también lo hubieran hecho en relación con el número de identificación del carro, pero ya se sabe que esta característica resultó confirmada y gracias a ella se pudo dar con el paradero del conductor.

Sobre el mismo tema de la excesiva velocidad, también se omitió el testimonio de Freddy Victoria Soto, quien presenció los hechos y manifestó que el "monza azul venía arrtado". Esta prueba fue igualmente distorsionada porque el fallador le hizo producir efectos contrarios a su contexto, cuando sostiene que el conductor del vehículo trató de esquivar al peatón, pero la maniobra fue imposible porque éste imprudentemente quiso cruzar la vía que ya estaba ocupada por el automotor. Explica que, según el testimonio citado, el viandante venía del lado de la iglesia de la Ermita y pretendía cruzar la carrera 1ª de derecha a izquierda, no en el sentido contrario que tergiversadamente declaró el Tribunal, razón por la cual, como el siniestro se produjo sobre la calzada izquierda de la mencionada avenida, en la dirección sur-norte que llevaba el automotor, lo correcto sería concluir que el golpe se produjo cuando ya el peatón terminaba de cruzar la arteria y no en el momento en que apenas empezaba a hacerlo.

También en esta materia se ha menospreciado el testimonio de María Fernanda Muñoz Molina, compañera del conductor, quien dijo que éste se desplazaba a una velocidad oscilante entre 60 y 80 kilómetros por hora,

medida que resulta desbordante si se sabe que transitaba por el carril izquierdo de la avenida, cerca de la acera, pues, de conformidad con el artículo 138 del Código Nacional de Tránsito, en tal caso la aceleración no puede ser superior a 30 kilómetros por hora. Esta testigo expresa, igualmente, que el procesado no frenó en el momento que avistó a la víctima, sino que lo hizo después, hecho que pone en evidencia el exceso de velocidad y fue corroborado por las manifestaciones del señor Gabriel Ignacio Muñoz Guerrero, quien, después de conocer lo ocurrido por boca de su hija y del conductor, regresó al escenario y no advirtió huellas de frenada.

de otra parte, las severas lesiones sufridas por la víctima y los graves daños ocasionados en el automotor, son datos que confirman el exceso de velocidad que acompañaba la movilización del automotor.

2. Como un dato trascendente para determinar la culpa del procesado, al actor le parece que constituye otro error de hecho el dejar de apreciar el sentido correcto del desplazamiento del peatón, pues éste lo hacía de derecha a izquierda, y no en dirección contraria, como equivocadamente lo declaró el Tribunal. Esa verdadera orientación surge no sólo del testimonio del señor Victoria Soto, sino que también se infiere de las palabras del policial Luis Orlando Aguilar Pezca, quien hizo eco de las expresiones de los testigos presenciales, dado que ellos en momento alguno hicieron referencias a que la víctima "iba a cruzar la vía", o que "estaba comenzando a cruzar la vía", o que "el herido se había tirado al vehículo en el momento en que este pasaba", sino que claramente manifestaron que "el herido estaba cruzando la vía", todo lo cual indica que, en el momento del fatal desenlace, estaba en movimiento y ya había recorrido buena parte de la vía.

Así entonces, como el mismo testigo dijo, además, que observó al herido al frente de la Ermita, el conjunto de la declaración enseña lógicamente que ya el peatón había alcanzado a cruzar la vía hasta la calzada izquierda donde fue arrollado, lo cual señala adicionalmente que se movía de derecha a izquierda.

Ese sentido del desplazamiento de la víctima, al momento de los hechos, también se infiere del contenido del acta de levantamiento del cadáver y sus respectivas fotografías (fs. 1 a 3 y 17), la necropsia médico-legal (fs. 13), la historia clínica y el testimonio del forense Wilson Cano Bedoya, pruebas que tampoco fueron tenidas en cuenta, pues ellas indican que el lesionado recibió los golpes en la parte izquierda de su cuerpo y, así establecido, sólo si se acepta lógicamente su desplazamiento de derecha a izquierda podría haber sido impactado en ese flanco.

La hipótesis de que el joven Andrés Cifuentes Larrahondo se arrojó imprudentemente al paso del vehículo, es algo que solamente cabe en la imaginación del procesado y los testigos de descargo, con el fin de liberar al primero de toda responsabilidad, pero no resulta sensata tal explicación frente a los proyectos existenciales de un estudiante de reconocido rendi-

miento en la facultad de Agronomía de la Universidad Nacional de Palmira, quien además había sido becado por el Gobierno Nacional para que realizara su tesis de grado en el Centro Internacional del Café (CENICAFÉ).

A manera de conclusión, el censor dice que los errores de hecho se concretan en la falta de apreciación de "la alta velocidad", "la no frenada" y "la dirección que llevaba el peatón de derecha a izquierda", omisiones que dieron lugar a la violación indirecta de los artículos 37 y 329 del Código Penal y 138 del Código Nacional de Tránsito, normas que si se aplican habrían dado lugar a la condena del procesado por el delito de homicidio culposo. En este sentido, el recurrente solicita que se case la sentencia impugnada.

CONCEPTO DE LA PROCURADURÍA

Señala el Procurador Delegado, en primer lugar, que es contradictorio proponer simultáneamente la omisión de algunas pruebas y la tergiversación de las mismas, pues la distorsión presupone la consideración y consiguiente valoración de la probanza; al paso que si se omiten los medios probatorios sería un imposible tergiversar el contenido de lo que ni siquiera se ha considerado. Sin embargo, como en el desarrollo de los cargos se precisan en su mayor parte las omisiones de la prueba y también las reputadas distorsiones, la contradicción inicial del planteamiento no puede ser argumento suficiente para desestimar la demanda.

Mas, al intentar la demostración del yerro atribuido, el actor pierde el rumbo porque toma el testimonio del agente Luis Orlando Aguilar Pezca, sostiene el porqué de la credibilidad que merece, y de tal manera solamente pone de presente diversos criterios de valoración de dicha prueba testimonial, con el fin de hacer prevalecer sin juicio crítico el dicho del agente sobre el exceso de velocidad, como tendencia que corresponde más a un falso juicio de convicción, indebidamente mezclado ahora con un falso juicio de identidad cometido por el propio demandante, pues sólo él pretende inferir una alta velocidad de una información recibida.

La Delegada no pone en duda la narración del agente, hecha con base en las informaciones recibidas, pero discrepa de la interpretación que el actor hace de la prueba y la sentencia, pues, en el caso de la primera, no se describió el fenómeno de la velocidad y, en cuanto a la segunda, no se afirmó nada contrario al testimonio resaltado, sino que simplemente el fallo sostuvo que ni ese medio ni los demás constituían "prueba clara, firme y terminante" del exceso de velocidad, máxime que también se incorporaron al expediente otras versiones según las cuales el conductor redujo la velocidad en la esperanza de que el peatón no cruzara la vía, prueba de lo cual es que el golpe se produjo con el lado izquierdo del vehículo y no de frente.

Ahora bien, el testigo Freddy Victoria Soto dijo, en principio, que el automóvil "venía arriado", expresión vulgar que denota un exceso de velocidad, pero más adelante corrigió para manifestar que el vehículo "venía a una velocidad más o menos, pero no sabría decirle a qué velocidad venía porque nunca he manejado". de otra parte, el señor Fabián Londoño Montes, otra de las personas citadas como testigo presencial, nada pudo evocar sobre el siniestro materia del proceso, lo cual indica que los supuestos observadores que dieron la información al policial nada concluyente ratificaron en el proceso sobre la pretendida rapidez desbordante en la marcha del automotor.

Para demostrar el desconocimiento parcial y la distorsión del testimonio de Freddy Victoria Soto, el actor acude a una interpretación de su contexto sobre la base de inferencias cuya conexión lógica no logra probar, máxime que tal apreciación tampoco desvirtúa la calidad de no contundente que el fallo le atribuye a las referencias sobre la celeridad irreglamentaria en el desplazamiento del automotor.

Igualmente, la maniobra del conductor para evitar el atropellamiento no indica nada certero sobre la velocidad del automotor, como tampoco lo dice la dirección que llevaba la víctima. Estos reparos, en consecuencia, no se refieren a la materialidad de la prueba sino a una inferencia lógica que el actor busca en su contenido.

Puede apreciarse como un error de hecho que el sentenciador no haya concretado el valor que le merecían las expresiones de la testigo María Fernanda Muñoz, según la cual el automotor se desplazaba a una velocidad entre 60 y 80 kilómetros por hora, pero el casacionista abandonó el deber de demostrar la incidencia del yerro en la sentencia, pues simplemente citó el artículo 138 del Código Nacional de Tránsito, pero sin dejar clara la hipótesis de que en tal vía podría estar autorizada una velocidad superior a los 30 kilómetros por hora; ni probar cuál era la distancia del vehículo a la acera, y menos aún acreditar que tales factores eran generadores de imprudencia en el comportamiento del conductor.

Hace ver el Ministerio Público que la norma del artículo 138 del Código Nacional de Tránsito no puede interpretarse aisladamente, sino que es necesario integrarla con el artículo 148 del mismo estatuto, según el cual, en el área urbana, se autorizan velocidades hasta de 60 kilómetros por hora; también con el artículo 130, porque esta disposición se refiere a las vías de sentido único con velocidad reglamentada para sus carriles, caso en el cual los vehículos utilizarán el carril de acuerdo con la velocidad de marcha, de modo que, por falta de demostración, se desconoce si cualquiera de estas circunstancias era procedente en el evento examinado.

Ningún acápite destinó el demandante a la demostración del supuesto de culpa (imprudencia, impericia, violación de reglamentos), ni menos se

dedicó a un examen de la previsibilidad del resultado por parte del procesado, o a establecer si hubo confianza imprudente o si fue cuidadoso.

En lo que atañe al denominado error de hecho por haber dejado de apreciar la dirección correcta que llevaba el peatón, de derecha a izquierda, cuando cruzaba la vía, no se ha demostrado yerro alguno en la estimación material de la pruebas, pues, en lugar de hacer la comparación de contenidos, acude a circunloquios tales como que el testigo Luis Orlando Aguilar Pezca dijo que "el herido estaba cruzando la vía", expresión de la cual concluye, sin manifestar la razón, que el peatón estaba en movimiento y había avanzado "buena parte" del camino trazado.

de cara a la declaración del agente de policía, el censor utiliza el mismo método, cuando éste dice que recogieron al herido "frente a la ermita", expresión que somete a falsas interpretaciones para concluir de allí una determinada dirección en el desplazamiento de la víctima. Desconoce el actor, en este punto, los planos levantados a propósito de la diligencia de inspección judicial, los cuales indican que en realidad el hecho ocurrió al frente de la iglesia antes mencionada, pero de esa sola gráfica no puede inferirse el sentido en el cual se desplazaba el lesionado al momento del percance, si no es por el apoyo de los testimonios que en ese punto se encuentran enfrentados.

de esta manera, el asunto se traslada al campo de la prevalencia del valor de un testimonio -el de Victoria Soto- sobre los demás, cuestión que atañe a los denominados falsos juicios de convicción, que como tales son inadmisibles en un sistema probatorio no cobijado por la tarifa legal.

Es también deficiente el estudio de la necropsia en cuanto a la ubicación de las heridas, pues así como el actor las observó al lado izquierdo del cuerpo de la víctima, dejó de describir las que aparecían en el costado derecho, de modo que, con la misma lógica de la demanda, sería posible argüir que el golpe fue dado al lado contrario al que señala el recurrente; en todo caso, tampoco expone el actor con claridad cuál sería la incidencia de ese aspecto en la sentencia.

Finalmente, se hace un reparo de omisión de algunas declaraciones en las que los testigos mantenían relaciones de amistad íntima con el procesado, pero olvida el actor que en esta materia rige el sistema de la sana crítica y resulta indesconocible el valor que el juez le otorgue a los medios de convicción, porque la ley le otorga al juez cierto grado de discrecionalidad.

El Ministerio Público concluye que el actor no tiene razones de fondo que permitan la prosperidad de la censura y, por ello, pide a la Sala no casar el fallo impugnado.

EXAMEN DE LA CORTE

Aunque el demandante anuncia en su escrito falsos juicio de existencia, por omitir el estudio de algunas pruebas, y también falsos juicios de identidad, en razón de una presunta tergiversación de los medios de convicción, lo cierto es que en algunos apartes de la demostración no identifica las supresiones o agregados empíricamente constatables en el proceso, sino que recurrentemente echa de menos las reglas de la sana crítica, como si se hubiera desconocido abiertamente su aplicación, pero de igual manera nada acredita sobre el particular.

A pesar de dicha deficiencia técnica, el escrito sí es inteligible en la presentación de la censura consistente en que la sentencia del Tribunal ignoró una buena parte del testimonio del agente Luis Orlando Aguilar Pezca, como base para determinar la alta velocidad a la cual conducía el procesado, así como para apreciar la dirección correcta que llevaba el peatón, de derecha a izquierda, durante el cruce de la vía, de igual manera, la demanda alcanza a dejar en claro la pretensión de hacer ver que el fallo desconoció algunas manifestaciones de los testigos Freddy Victoria Solo, María Fernanda Muñoz Molina y Luz Mónica Espinosa Ramos, o que en él ni siquiera se dijo cuál era el alcance de tales expresiones.

Como subsiste una claridad mínima en la demanda, a pesar de algunas confusiones técnicas, la Sala se ocupará de su contenido.

1. El Tribunal afirma que finalmente se aclaró, ya en la diligencia de inspección judicial, que el siniestro había ocurrido en la carrera 1ª, entre calles 12 y 13, pocos metros después del semáforo y de la zona demarcada para el cruce de peatones, lo cual indica que la víctima intentó la travesía por una parte no habilitada para ello y que, en razón de su amplitud, era extremadamente peligrosa, cuando debió hacerlo por la bocacalle, precisamente individualizada en la denominada cebra, como zona más estrecha y, en consecuencia, con mayor propiedad para el cruce propuesto. Esa determinación del lugar donde ocurrió el percance, afirma el fallador, también fue corroborada por una expresión del policial Luis Orlando Aguilar Pezca (fs. 24), de acuerdo con el cual el hecho aconteció al frente de la Ermita, sitio en el cual ayudó a subir el herido a un taxi, en oposición a lo dicho por el testigo Freddy Victoria Solo, quien primero dijo que todo había acontecido al frente de la Colombiana de Tabaco (fs. 30), pero después señaló un espacio diferente.

de esta manera, asegura el ad quem, el peatón Andrés Cifuentes Larrahondo violó la regla del artículo 121 del Código de Tránsito y Transporte, cuando se dispuso a cruzar la carrera de izquierda a derecha, por un sitio que le estaba vedado, consciente como era de su imprudencia no sólo por vivir en la ciudad de Cali, sino porque era un hombre civilizado y preparado (estudiante), máxime que el semáforo arrojaba la luz amarilla,

en señal de precaución tanto para conductores como peatones. Así entonces, como el viandante se lanzó a la vía, sin percatarse de que la misma estaba ocupada por el vehículo, sólo a su culpa puede atribuirse la causa del siniestro.

En principio, no le falta razón al Tribunal en sus observaciones sobre lo útil que resulta obtener una prueba, dato o indicio de la violación de las reglas de tránsito, bien por el conductor ora por parte del peatón. Mas la expresión no puede ser tan categórica ni apriorística, porque siempre se ha dicho que la sola indicación de una conducta imprudente (violación de reglamentos, por ejemplo) no constituye per se responsabilidad para el conductor o culpa exclusiva de la víctima, pues, en uno y otro caso, es indispensable demostrar, de conformidad con el artículo 21 del Código Penal, que realmente esa actitud culposa fue la determinante del resultado dañoso (desvalor de acto y desvalor de resultado).

Ello por cuanto si se sanciona al conductor, sin establecer ese vínculo determinante entre la acción disvaliosa y el evento dañino, se incurriría en responsabilidad objetiva, determinación entonces contraria al principio tutelar de la culpabilidad dispuesto en el artículo 5° del mismo estatuto; y si se tratara de la víctima, la aislada consideración de su imprudencia le significaría una suerte de abandono noxal, pues por ese solo hecho perdería frente al Estado cualquier protección de bienes jurídicos tan fundamentales como la vida y la integridad física, cuando también debe acreditarse si, a pesar de su ligereza, el conductor aún contaba con posibilidades concretas de evitar el fatal resultado, pues, si este juicio de valor llegare a ser positivo; se tiene que la imprudencia de la víctima no sería la causa eficiente del resultado. Lo contrario, sería suministrar una patente de corso a temerarios conductores que, a su talante y soberbia, podrían decretar la pena de muerte para los descuidados transeúntes, que así se entregarían por el Estado en holocausto, como no es inusual en la conducta de intemperantes operadores del tráfico que, enterados oportunamente del error o el atrevimiento del peatón o de otro conductor, en lugar de hacer algo valioso para evitar el percance, incrementan el riesgo con la aceleración de su propio automotor o cuando ni siquiera por precaución merman el ritmo de la marcha.

La Sala hace énfasis en que el hecho de que se haya determinado una violación de reglamentos por parte de la víctima, y que de pronto pueda afirmarse que el conductor "tenía a su favor la reglamentación de tránsito", no se sigue inexorablemente que el último podía actuar libremente y, por ende, cualquier resultado que afectara al infractor estaría justificado. En el desarrollo de las actividades peligrosas, cuando se concretan en delitos culposos, el ciudadano que participa de ellas tiene normativamente un mayor grado de exigencia, porque no sólo debe abstenerse de matar, sino que además debe tener cuidado para no matar.

Se hacen estas observaciones para precaver equívocas interpretaciones de las responsabilidades que incumben a quienes participan del tráfico automotor, pues en realidad el caso examinado no tiene las trazas indicadas, porque, todo lo que enseña el contexto de la sentencia, es que existe la mencionada verificación del lugar donde ocurrieron los hechos, indicativo él de la imprudencia de la víctima al pretender cruzar por un espacio reglamentariamente vedado; y que, en cambio, no existe una prueba unívoca sobre el exceso de velocidad que se atribuye al conductor. Es decir, la declaración pertinente, completa y consecuente sería la de que, paralelo al establecimiento de una actitud ligera del peatón, no se logró demostrar inequívocamente una conducta imprudente del procesado, que por su entidad nociva se sobrepusiera a aquélla y fuera entonces ella la determinante del resultado dañoso.

Por esa potísima razón, en el fallo cuestionado se dice que "la prelación de la vía la tenía el conductor del vehículo, porque el semáforo estaba en prevención, amarillo intermitente, y además, si bien la instancia deduce excesiva velocidad por parte del conductor del vehículo, el proceso carece de una prueba firme, clara y terminante de la cual se pueda deducir exceso de velocidad en la conducción de vehículo..." y agrega: "Lo anterior está indicando que el accidente no se produjo como equivocadamente lo determina la instancia por exceso de velocidad, no existen suficientes elementos de juicio que así lo indiquen. Según la forma y circunstancias como sucedió el accidente, éste obedeció a la IMPRUDENCIA del hoy occiso, siendo su comportamiento CAUSA PRINCIPAL de él, pues debe tenerse muy en cuenta que se sucedió dentro de la vía pública de un carril que según las normas del tránsito no le estaba vedado recorrer, en esos momentos su dirección era sur norte, en tanto que si el hoy occiso pensaba cruzar la vía de izquierda a derecha, tenía que hacerlo por los sitios demarcados por las autoridades de tránsito, debiendo esperar que la vía estuviera completamente libre..." (fs. 552 y 553. Las palabras destacadas pertenecen al texto. Se ha subrayado).

Sin embargo, no basta afirmar que no existe "prueba clara, firme y terminante", o que se carece de "suficiente elementos de juicio" sobre la actitud culposa del procesado, dado que tales expresiones corresponden a una conclusión que debe surgir de las premisas integradas por el análisis crítico de todas las pruebas, indicando progresivamente el mérito de cada de una de ellas (art. 254 C. P. P.), pues, de lo contrario, las solas frases se convierten en componentes autoritarios del lenguaje y se cae por el juzgador en una petición de principio, ya que faltaría la argumentación y demostración de lo que de esa manera tan tajante se da por demostrado.

2. Así las cosas, aunque el Tribunal cita el testimonio del agente Luis Orlando Aguilar Pezca, con el fin de corroborar el lugar exacto donde ocurrieron los hechos, lo cierto es que parejamente lo ignora en lo que atañe a

su manifestación sobre la causa del siniestro, cuando dice: "según lo que nosotros oímos fue imprudencia del vehículo que venía a alta velocidad" (fs. 24. Se destaca).

Pues bien, no obstante que el actor tiene razón en el señalamiento de un vacío en la sentencia, la presentación misma del cargo se ofrece incompleta. En realidad, la expresión transcrita indica con claridad que el policial es un testigo de oídas, en lo que atañe al presunto exceso de velocidad en la marcha del vehículo, precisamente por haber llegado después de ocurrido el hecho. Así entonces, era necesario que el recurrente examinara críticamente las palabras de dicho testigo, en relación con lo expuesto por los deponentes Freddy Victoria Soto y Fabián Londoño Montes, únicas personas que se hicieron comparecer al proceso como presenciales de los acontecimientos (fs. 30, 304 y 398), dado que el primero es inconsistente en dicho señalamiento, pues inicialmente dijo que el automotor "venía arriado", pero posteriormente aduce que "venía a una velocidad más o menos", sin que pudiera precisarla porque nunca ha conducido, de otra parte, el segundo testigo presencial nada recuerda sobre el evento comentado.

Ahora bien, si hipotéticamente fueron otros los personajes que, en el lugar de los hechos, le confiaron al policial el dato sobre el exceso de velocidad, por lo menos queda la duda que genera la inconsistencia y el silencio de los testigos considerados como espectadores directos dentro del proceso, de modo que, si bien un testigo de referencia puede llegar a infundir confianza en sus dichos, por la compatibilidad con los resultados de otras pruebas, o en virtud de la confirmación de una parte de sus aseveraciones por los sujetos de prueba que son invocados por ella, lo cierto es que en este caso la atestación policial carece de dicho respaldo lógico y entrega una expresión muy genérica de los acontecimientos.

Claro que el Tribunal podía dolerse de la ausencia de prueba contundente sobre el exceso de velocidad, después de la valoración que se echa de menos, mas la misma razón sirve para concluir que el censor no demostró la trascendencia del yerro cometido por el ad quem al omitir algunas manifestaciones del examinado testimonio. de otro lado, como puntualmente lo discierne el Procurador Delegado, tampoco puede reclamarse aisladamente el efecto de la manifestación de la testigo María Fernanda Muñoz Molina, en el sentido de que el vehículo se desplazaba a una velocidad que podía oscilar entre 60 y 80 kilómetros por hora, pues el demandante se contentó con la cita del artículo 138 del Código Nacional de Tránsito Terrestre, según el cual, cuando se transite cerca de las aceras, la velocidad máxima permitida será de 30 kilómetros por hora.

Pues bien, en una vía completa como la avenida Colombia (4 carriles y áreas de estacionamiento), una cosa es rodar el automotor por el espacio de acercamiento al andén (que es el mismo para separarse de la calzada),

caso en el cual la velocidad obviamente no puede ser superior a 30 kilómetros por hora; pero algo bien diferente es transitar por el carril adyacente a dicho espacio y, por ende, más cercano al andén, pues en tal evento la velocidad será la que se haya permitido por la autoridad de tránsito local para el respectivo sendero, que de alguna manera legalmente podría inclusive ser superior a los 60 kilómetros por hora. Además, se sabe que la mencionada arteria vehicular de la ciudad de Cali, en el lugar de los acontecimientos, tiene el sentido único de tránsito sur a norte, dato suficiente para inquietar sobre si la relevancia correspondía únicamente al artículo 138 citado por el demandante, o si la calificación de los hechos también exigía una mirada de adecuación a los supuestos previstos en los artículos 130-1 y 148, inciso 2° del Estatuto de Tránsito, porque el impugnante ni siquiera hizo la mencionada distinción entre carril y espacio de acercamiento, y menos acudió a un escrutinio de la legislación vigente en la ciudad de Cali para establecer la medida de la velocidad realmente autorizada en la zona del siniestro.

3. La dirección del desplazamiento de la víctima, el otro aspecto supuestamente trastocado en la sentencia, de verdad que no ofrece univocidad dentro del expediente. El censor sostiene que el sentido era de derecha a izquierda, pero en la sentencia se declaró lo contrario. Elucidar este punto resultaba trascendental, porque, como el atropellamiento se produjo en el carril más próximo a la acera contraria a la iglesia de la Ermita, el dato inequívocamente conseguido permitiría concluir que todo ocurrió bien cuando el transeúnte apenas intentaba el cruce de la vía, ora en el momento en que ya casi lo terminaba y, si la conclusión fuera del primer jaez, la balanza de la ponderación se inclinaría hacia la imprudencia manifiesta de la víctima; mientras que si fuera del segundo tenor la valoración apuntaría más a la culpa del conductor.

El casacionista invoca, en primer lugar, el testimonio de Freddy Victoria Soto, según el cual la víctima se movilizaba de derecha a izquierda, a partir de la Ermita, con dirección a la acera opuesta que lo conduciría al puente Ortiz. Mas, como el impugnante entendió que dicho testimonio le había merecido poca confianza al Tribunal, en razón de las contradicciones que motivadamente se resaltan, decidió entonces reforzar el argumento con la versión del policial Luis Orlando Aguilar Pezca.

Este segundo testigo, interrogado por los datos que le entregó la gente sobre la forma como ocurrieron los hechos, manifestó "... que el herido estaba cruzando la vía y un vehículo azul lo arrolló..." (fls. 23vto.), de esta expresión se prende el actor para concluir, tras una fundamentación circular, que la víctima "se encontraba en movimiento" y "había recorrido buena parte de la vía" al momento del impacto, lo cual le permite inferir que su trayecto iba de derecha izquierda, porque además es indiscutible que el lesionado quedó al "frente de la Ermita" y no a un lado de ella.

La argumentación cae en un círculo vicioso porque, decir que "el herido estaba cruzando la vía", puede indicar tanto que apenas empezaba a hacerlo como que había adelantado un buen trecho. Ahora bien, que el lesionado haya quedado "al frente de la Ermita", más cerca del andén contrario al templo (matiza la Corte), es también una expresión que puede ligarse lógicamente con ambas inferencias, porque allí pudo quedar el cuerpo exánime tanto porque apenas iniciaba la travesía como por razón de que ya casi la culminaba.

Para trascender el circunloquio, el demandante quiso apoyarse en las indicaciones del acta de necropsia, pues, según su propia interpretación, los golpes relevantes fueron recibidos por la víctima en su flanco izquierdo, lo cual permite inferir que, si el automóvil también recibió el impacto al mismo lado, necesariamente el peatón cruzaba la vía de derecha a izquierda. Sin embargo, como atinadamente lo advierte el Ministerio Público, el protocolo indicado no señala heridas solamente en el costado izquierdo sino también en el derecho; pero, además, vaya a saber cuáles de ellas resultaron directamente del choque con las partes del automotor o cuáles surgieron como consecuencia del impacto en el suelo, después de ese aparatoso derrumbamiento de la víctima, que primero la levantó hasta la cubierta superior del vehículo y después la lanzó al piso.

Una vez más, la argumentación del actor no muestra la protuberancia del error cometido por el Tribunal, porque deja por fuera de su análisis otras alternativas plausibles de interpretación de la prueba, que si no fuera porque el fallador no hizo los juicios completos en la evaluación de las pruebas, sencillamente se le podría reprochar que en esta sede no es dable emular una valoración probatoria de la instancia, sino que es preciso mostrar nítidamente la arbitrariedad en los razonamientos y conclusiones de la misma.

Finalmente, de acuerdo con el testimonio del señor Gabriel Ignacio Muñoz Guerrero, él estuvo con el procesado en el lugar de los hechos, minutos después de lo ocurrido, escenario en el que no advirtió huellas de frenada, y que ambos acudieron posteriormente a los hospitales San Juan de Dios y Departamental, con el ánimo de preguntar por algún herido en tránsito, pero que la respuesta fue negativa (fs. 35, 163, 281).

No parece probable la ignorancia del procesado sobre el herido que había dejado tendido en la vía, máxime que precisamente en los mencionados centros asistenciales, que supuestamente él visitó para indagar por su suerte, fue donde estuvo recluida la víctima antes de morir. En este sentido, mas que un justificado alejamiento del teatro de los acontecimientos, la conducta del procesado podría erigirse en el serio indicio de la huida como muestra, en principio, de su responsabilidad en el siniestro. Sin embargo, como se trata de un hecho indicador personal y posterior al evento, sin respaldo en otras pruebas de mejor abolengo, tan frágil como la etérea

referencia a una ausencia de huellas de frenada en el lugar, la Sala sólo puede estimar que ciertamente no existe una convicción sobre la inocencia o justificación de la conducta del procesado, pero sí tiene que declarar la subsistencia de enormes dudas que explican la absolución proferida por el Tribunal.

No hay lugar a casar el fallo impugnado.

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

RESUELVE:

No casar la sentencia de fecha, naturaleza y origen indicados en la motivación.

Cópiese, cúmplase y devuélvase.

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

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

DEMANDA DE CASACION-Causal primera/ INDEMNIZACION DE PERJUICIOS

De entrada se advierte que en la demanda de casación presentada por el apoderado del tercero civilmente responsable, se incurre en el desacierto técnico que destaca la Delegada, consistente en que a pesar de orientarse la totalidad de la pretensión invalidatoria a controvertir lo relacionado con la indemnización de perjuicios morales y materiales ocasionados con el delito materia de investigación y juzgamiento penal, cuyo pago en favor de los perjudicados se decreta en la sentencia motivo de impugnación, se pasa por alto la obligación de tomar en cuenta las causales y la cuantía para recurrir, establecidas por las normas que regulan la casación civil, según lo dispone de modo expreso el artículo 221 del Código de Procedimiento Penal y ha sido persistentemente indicado por la Corte.

En esa dirección, ha sostenido que «por disposición expresa del artículo 221 del Código de Procedimiento Penal, la Sala mantiene la tesis de que si los motivos de agravio son referidos únicamente a los aspectos civiles considerados en la sentencia, lógicamente debe acudirse a las causales de casación previstas en el artículo 368 del Código de Procedimiento Civil, pues se trata de no introducir en el proceso penal matices que sus propias finalidades no exigen, máxime que el estatuto de la materia ya los tiene suficientemente reglados».

No obstante esto, es de precisar que también se advirtió en el mismo pronunciamiento «una línea de identidad regulativa de la casación en ambos estatutos procesales, de tal manera que en los dos se contempla la violación directa e indirecta de la ley sustancial, tanto por error de hecho como de derecho, la nulidad y aún la congruencia. Claro que este último evento exige puntos de comparación diferentes, atendida obviamente la distinta naturaleza de los dos procedimientos, pues mientras en el penal dicha consonancia se dice entre la sentencia y la resolución acusatoria, en el civil se exige entre la sentencia y las pretensiones de la demanda o las excepciones de la contestación».

«Es esta la razón por la cual la Sala ha dicho que, a pesar del error que se comete al invocar las causales de casación dispuestas en el régi-

men procesal penal, siendo que se reclama o debate una pretensión estrictamente civil '... no debe extremarse un sentido de rigor formal en la demanda, en cuanto a que si no se acude forzosamente a las causales de casación contempladas en el ordenamiento procesal civil, por este solo motivo la misma deba desestimarse, pues en virtud del principio de prevalencia del derecho sustancial sobre el formal (art. 9 del C. P.P.), si se aduce la primera causal del art. 220 del Código de Procedimiento Penal en lugar de la pertinente del art. 368 del Código de Procedimiento Civil, al ser básicamente iguales, no puede considerarse suficiente 'esta falencia para desestimar prematuramente la censura', en la medida en que la aludida causal en las dos codificaciones se refiere a que sea la sentencia violatoria de una norma de derecho sustancial y en ambos ordenamientos procede tanto por violación directa como indirecta de la ley (cas. 5 de octubre de 1994 y auto del 5 de septiembre de 1996)» (M. P. Dr. Carlos Galvez Argote, septiembre 25/97), según reiteración de la tesis hecha en Sentencia de 14 de octubre de 1998, M. P. Dr. Gómez Gallego.

Si bien la Corte ha reconocido que cuando el recurso extraordinario tiene por finalidad controvertir exclusivamente la condena indemnizatoria, resulta intrascendente el desacierto técnico de aducir la causal primera de casación regulada por el artículo 220 del Código de Procedimiento Penal, debiendo acudirse a las previsiones de idéntico modo hace el artículo 368-1 del Código de Procedimiento Civil, bajo el entendido de que en ambas legislaciones este motivo corresponde a un mismo fundamento teórico, también es completamente cierto que esta interpretación jurisprudencial no autoriza la posibilidad en sede casacional de entremezclar la indistinta proposición de causales contempladas en cada uno de estos ordenamientos procesales, pues de hacerse ello la censura se convierte en una mixtura inconciliable de imposible solución, lo cual, por supuesto, conduce a la desestimación del cargo en estas condiciones postulado.

Por esto, la Sala expresamente ha sostenido que «en modo alguno puede aceptarse que no obstante formularse el reparo por un determinado motivo legal, en la exposición demostrativa se desvíe la censura hacia otra causal, pues en estos casos no solamente se está frente a un yerro técnico en cuanto a la precisión literal de la causal invocada, sino que, como sucede en este caso, la falencia judicial alegada -error in iudicando- que corresponde a la causal primera, termina demostrándose por una distinta, ya que el hecho de haber proferido el Tribunal un fallo disonante o incongruente con las pretensiones de la Parte Civil, constituye un error in procedendo, lo que de suyo implica una causal de naturaleza y contenido estrictamente civil, pues mediante ella se pretende corregir un eventual exceso de la sentencia frente a las aspiraciones patrimoniales que se discuten dentro de la relación

Jurídico procesal (sentencia casación sep. 25/97, M. P. Dr. Gálvez Argote).

Proceso No. 12102

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal

Aprobado Acta No. 38

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

Santa Fe de Bogotá, D. C. diecisiete de marzo de mil novecientos noventa y nueve.

Resuelve la Corte el recurso extraordinario de casación interpuesto por el apoderado del tercero civilmente responsable "Transportes Rapido Tolima S.A", contra la sentencia de treinta de noviembre de mil novecientos noventa y cinco, mediante la cual el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué, lo condenó junto con el procesado José Humberto Solano González, a pagar en forma solidaria los perjuicios causados por el concurso homogéneo y simultáneo de delitos de homicidio culposo.

HECHOS Y ACTUACIÓN PROCESAL

El 15 de agosto de 1992, el bus afiliado a la empresa transportadora "Rápido Tolima S.A."., identificado con las placas SA 7695 y número interno 284, al mando del señor José Humberto Solano González, partió de la ciudad de Bogotá con destino a Villahermosa en el Departamento del Tolima. A eso de las 2:15 minutos de la tarde, cuando pasaba por el Municipio de Falan, frente al parque principal de esta localidad, detuvo su marcha para permitir que algunos pasajeros descendieran, momento en el cual súbitamente se inició un incendio que cobró la vida de 28 de los ocupantes.

La investigación determinó que la conflagración obedeció a la presencia de orificios en el tubo de escape, cerca al tanque de gasolina, el cual además se encontraba asegurado en forma rudimentaria.

El levantamiento de los cadáveres lo practicó el Alcalde Municipal (fls. 2), y con posterioridad a ello, el conocimiento del asunto lo asumió la Fiscalía de la Unidad de Previas y Permanentes de la localidad (fl. 9), autoridad que practicó diligencia de inspección judicial al automotor siniestrado (fl. 10) y, el dieciséis de agosto decretó la formal apertura de instrucción (fl. 27).

Remitidas las diligencias a la Unidad Primera de Vida con sede en la ciudad de Ibagué (fl. 33), se allegó el informe suscrito por los investigadores del Cuerpo Técnico de la Fiscalía en donde, entre otras cosas, se concluyó que el vehículo llevaba exceso de cupo tanto de pasajeros como de equipaje, y que al parecer el vidrio localizado en la salida de emergencia, resistió todo intento en ser destruido (fls. 37 y ss.).

Vinculado mediante indagatoria el sindicado José Humberto Solano González (fls. 43 y ss.), se recibieron las declaraciones de Alfonso Rodríguez González (fls. 51) Martha Cecilia Rodríguez Naranjo (fls. 53 y ss.), Jorge Aldemar Gaviria (fls. 55 y ss.) y se practicó inspección judicial con intervención de expertos en automotores pertenecientes al Cuerpo Técnico de Investigación (fls.59 y ss.). En esta diligencia, se estableció que:

"El vehículo motivo de la presente diligencia está dotado de un sistema de escape de gases constituido por dos tubos a partir de los múltiples derecho e izquierdo que confluyen en una sola salida hacia el tarro silenciador, el cual se encontró en las siguientes condiciones: a.' orificio externo en la parte media de aproximadamente 2.0 cms. de diámetro y con salida lateral derecha.- b. Descogotamiento de la sección posterior del tubo de escape que ensambla en el tarro silenciador, dicho tubo presenta orificios originales visibles en una longitud aproximada de 10 cms. Que al quedar descubiertos al igual que el orificio localizado en la parte media del tarro y descrito en el numeral (sic) a., permiten la expulsión de chispas y fogonazos producidos por la combustión y expulsión de los gases de un motor a gasolina.- c.- de igual manera se hace la observación a la Fiscalía, sobre el hecho de la forma no habitual en que se halló solucionado el problema del descogotamiento y desplazamiento de 10 cms. del tarro silenciador, por medio de un alambre que no permitía que el tramo que va hasta la parte posterior del bus se suelte para evitar el desplazamiento y pérdida de dicha sección del tubo de escape".

Y concluyó que: "Dada la ubicación del ensamblaje del sistema de suministro de combustible (llave de paso), frente al sistema de escape de gases, con las anomalías anteriormente observadas, se colige que es el sitio o zona más crítica para crear una situación potencial de peligro que generó el resultado que fue la conflagración que motiva el presente estudio. Cabe anotar que la posición de parqueo en que se encontraba el vehículo, así como están sus tanques de combustible, casi llenos, originaron una fuga de gasolina que complementada con una chispa producida por el motor en marcha, ocasionaron el inicio inmediato de la conflagración. La zona donde se inició la conflagración está situada justamente debajo de la puerta (única) de acceso y salida de pasajeros, lo que a nuestro criterio no permitió la evacuación ocasionando esto la magnitud del siniestro: La trepidación del vehículo por la mala condición de la carretera en el trayecto entre San Felipe y el Municipio de Falan (destapada y en mal estado), pudieron incidir de manera importante en el desajuste de los racores de unión de la tubería de suministro de combustible, dando lugar a una fuga del mismo" (fls. 59 y ss.).

Con estos presupuestos probatorios, el veinticuatro de agosto de mil novecientos noventa y dos se definió la situación jurídica del procesado, imponiéndole medida de aseguramiento de detención preventiva (fls. 84 y

ss.), la cual confirmó la Fiscalía Delegada ante el Tribunal Superior, al haber sido recurrida en apelación por el defensor (fls. 139 y ss).

Con posterioridad a esto, se recibieron las declaraciones de José Hugo Solano Mancera (fls. 4 y ss.2), José Ignacio Solano Mancera (fls. 6 y ss.), José Herley Osorio Ruiz (fls. 9), Luciano Rodríguez Salgado (fls. 12 y ss.), Domingo Niño Betancourt (fls. 41 y ss.), Hener Duván Rojas Blasquez (fls. 43 y ss.), Carlos Alberto Reyes Rodríguez (fls. 79 y ss.), Aroldo Espinoza Montiel (fls. 83 y ss.), José Aristides López Martínez (fls. 84 y ss.), Luz Melida Ordoñez Avila (fls. 85 y ss.), José Joaquín Castro Poveda (fls. 95 y ss.), Roberto Mahecha Perdomo (fls. 95 vto y ss.), y Yesid Rodríguez Lozano (fls. 96 y ss.).

Del mismo modo se allegaron al proceso los protocolos de necropsia de los cadáveres (fls. 30 y ss.2), y los Certificados de Defunción de Sonia Milena Moya Leon, Gladys Rodríguez Sánchez, Carol Vivian Sicacha Rodríguez, Armando Giraldo Restrepo, Wilber Adrian Giraldo Gómez, Ruth Rodríguez Salgado, Santiago Mahecha Rodríguez, Aberlain García Jaramillo, Libia Martínez Soler, Carlos Francisco Flórez Tellez, Andrés Enrique Tangarife Rodriguez, Gracicla López Sánchez, Candido Bohórquez B., Alexandra Hernández Frisneda, Nubia Yaneth Rodríguez Franco, Leidy Marcela Marroquin Rodríguez, Irene Linares Martínez, Yeimi Catherine Rodríguez Franco, Wilmar Fernando Rodriguez Martínez, Yeimy Constanza Rodríguez Mendoza, Hermelina Ceballos Bedoya, Leonel Escobar, José María Chica Beltran, Rosario Betancourt, María del Carmen Bejarano de Parada, Paula Andrea Lasprilla Parada, Lilia Esperanza Parada de Lasprilla y Adriana del Pilar García Parada (fls. 48 y ss. 2).

La Unidad Investigativa del Cuerpo Técnico de la Fiscalía, por su parte, recibió los testimonios de Ismael Méndez Gutiérrez, Israel Prieto Laverde, Alfonso Rodríguez González, Pedro José Giraldo Tamayo y Ana Inés Marín Chica, y en su informe precisó que la mal llamada 'Salida de Emergencia' de manera alguna cumplió con el objetivo para el cual fue instalada, por cuanto incluso en el perímetro de la misma no se instaló un elemento contundente que se pudiera utilizar a fin de vulnerarla si a ello había lugar (martillo). Lo expuesto es absolutamente evidente, de conformidad con los testimonios recaudados no solo en la presente comisión sino en el Informe Preliminar en desarrollo de la presente investigación. Procedente advertir que la denominada 'Salida de Emergencia' no cumplía los requisitos en cuanto a los materiales que deberían conformarla, esto es, vidrio de seguridad, si tenemos en cuenta que en el momento final en que logra ser roto por alguno de los pasajeros, no desmorona y por el contrario se constituye en un elemento peligroso en cuanto presenta filos, puntas y longitudes que contrarrestan el término de seguridad, de tal suerte, que la presunta Salida de Emergencia constituye otra de las formas de atrapar a las personas que en este vehículo se desplazaban" (fls. 1 y ss. 3ra. Sección).

Asumido el conocimiento del asunto por la Unidad de Fiscalía de Honda, se practicó diligencia de inspección judicial en las dependencias administrativas de la empresa "Rápido Tolima S.A." ubicadas en la ciudad de Ibagué (fls. 155 y ss-4) estableciéndose que el mantenimiento del bus con el número interno 284 se realiza en Santa Fe de Bogotá, de cuya revisión se encarga el señor Luis Carlos DIAZ, administrador de la compañía en esa ciudad. En dicho acto se allegó copia del Reglamento Interno de Trabajo, de la resolución 094 del 2 de septiembre de 1992, mediante la cual se aprobó por el Ministerio de Trabajo y del certificado de existencia y representación de la empresa expedido por la Cámara de Comercio de Ibagué.

Del mismo modo se practicó diligencia de inspección judicial a la Agencia de la referida empresa en el Terminal de Transportes de Santa Fe de Bogotá, en la cual se recibió el testimonio de Luis Carlos Díaz Fajardo quien expuso que el mantenimiento del vehículo lo efectúa directamente el propietario, el cual trata de cambio de frenos, parte electrónica, parte mecánica, carrocería y llantas. Mensualmente cada vehículo debe ser sometido a revisión en la Serviteca del Terminal, en donde se revisa su estado general y se le hacen las correcciones a que haya lugar. Si el automotor es encontrado en perfectas condiciones, se le expide el paz y salvo correspondiente que consta de las fichas electrónica, mecánica y técnica, con la factura de los arreglos que se le hayan efectuado al rodante. Estos documentos son presentados a la empresa que expide el correspondiente carné con vigencia de treinta días, el cual habilita el despacho del vehículo de acuerdo con el itinerario previsto. Además, en la plataforma de salida del Terminal, se encuentra una caseta de control de la Policía Vial, la cual se encarga de controlar los horarios, el destino, estado de llantas, luces, aseo y, en general, el cumplimiento de las mínimas normas de seguridad y mantenimiento de los vehículos que exige el Instituto Nacional del Transporte. (fls. 205 y ss.4).

También se practicó diligencia de inspección judicial en las instalaciones de la Serviteca Mobil, ubicada en el Terminal de Transportes de Santa Fe de Bogotá, en la cual se allegó copia del contrato de prestación de servicios de revisión preventiva y mantenimiento a buses de la Empresa Transporte Rápido Tolima S.A. (fls. 209 y ss-4).

En esta etapa del proceso, Juan de Jesús Rodríguez, en su condición de padre de Ruth Rodríguez Salgado y abuelo de Santiago Mahecha Rodríguez, fallecidos en el hecho materia de investigación, otorgó poder a un profesional del derecho para que en su nombre y representación se constituyera en parte civil, demanda que efectivamente fue presentada y en la cual se solicitó practicar avalúo de los perjuicios causados y citar como tercero civilmente responsable a la empresa de transporte Rápido Tolima S.A. (fl. 123 y ss.).

En el mismo sentido, el señor José Domiciano Hernández, en su condición de padre de la menor Alexandra Hernández Frisneda, por medio

de apoderado presentó demanda de parte civil y solicitó la vinculación de la citada empresa como tercero civilmente responsable (fls. 141 y ss.).

Santiago Mahecha Rodríguez, en su condición de padre de Santiago Mahecha Rodríguez y compañero permanente de Ruth Rodríguez Salgado, fallecidos, se constituyó en parte civil solicitando citar como tercero civilmente responsable a la empresa transportadora Rápido Tolima S.A.(fls. 193 y ss.).

José Clemente Sicacha, padre de Viviana Sicacha Rodríguez, y esposo de Gladys Rodríguez Sánchez, ambas fallecidas en el siniestro, y Aleyda Gómez Martínez, madre de Wilber Adrián Giraldo Gómez y esposa de Armando Giraldo Restrepo, también fallecidos, por medio de apoderado igualmente se constituyeron en parte civil en el proceso, solicitando citar como tercero civilmente responsable a la empresa "Rápido Tolima S.A." (fls. 229 y ss.).

Las anteriores demandas fueron admitidas por resolución que se profirió el doce de diciembre de mil novecientos noventa y dos, en donde, además, se ordenó "CITAR a la Empresa Rápido Tolima S.A., como civilmente responsable de los hechos instruidos en el presente proceso y por lo tanto constitúyasele como SUJETO PROCESAL, representado por el Gerente señor Alfonso Parra Pérez", al tiempo que decretó el embargo de los bienes de propiedad de la referida empresa (fls. 120 y ss.). A folios 144 y 145 obran las comunicaciones dirigidas por la Fiscalía tanto al Asesor Jurídico como al Representante Legal de la empresa vinculada como tercero civilmente responsable, en las cuales se informa la determinación adoptada.

Por escrito dirigido al Fiscal instructor del proceso, el señor Alfonso Parra Pérez, en su condición de "Representante Legal de la Sociedad Transportes Rapido Tolima S.A." otorgó poder a un profesional del derecho "para que asuma la defensa y representación de la sociedad Transportes Rapido Tolima S.A., en el asunto de la referencia, en su condición de citado como presunto TERCERO CIVILMENTE RESPONSABLE" (fl. 142), personería que fue reconocida por proveído de diciembre 21 de 1992 (fl. 150).

Acto seguido, el apoderado del tercero civilmente responsable, interpuso recurso de reposición y el subsidiario de apelación contra el proveído mediante el cual se admitieron las demandas de parte civil, sólo "en lo referente al decreto del embargo y secuestro de bienes de mi defendida" (fls. 132), decisión que se mantuvo inmodificable por la primera instancia, y fue revocada por la de segundo grado, al resolverse los recursos incoados (fls. 151 y ss. y 171 y ss.).

Ana Felisa Mendoza, madre de la menor Yelmy Constanza Mendoza, fallecida, mediante apoderado presentó demanda de constitución de parte civil en orden a obtener el resarcimiento de los perjuicios ocasionados, la que se dirigió también contra la empresa transportadora Rápido Tolima

S.A. (fls. 12 y ss. 6ª sección). En el mismo sentido Luciano Rodríguez Salgado, en su condición de padre de Wilmar Fernando Rodríguez Martínez y compañero permanente de Libia Martínez Soler, víctimas del insuceso, también mediante apoderado presentó demanda de constitución de parte civil, la cual hizo extensiva a la empresa transportadora (fls. 22 y ss. 6ª Sección). Estas dos demandas fueron admitidas por proveído de marzo diecisiete de mil novecientos noventa y tres(fls. 43 y ss. 6ª sección).

También hacen parte del proceso, las declaraciones rendidas ante el Cuerpo Técnico de Investigación por los señores Jairo Senen Osorio Mejía (fls. 61 y ss. 6ª sección), Eduardo Cancino Ortiz (fls. 63 y ss.), Evelio Contreras Arango (fls. 65 y ss), Ricardo Alfonso Fadiño Rios (fls. 69 y ss.)e Ismael Mendez Gutiérrez (fls. 70 y ss.), y la diligencia de inspección judicial practicada al sitio de los acontecimientos por la misma autoridad (fls. 67 y ss.).

Ana Luisa Hernández Rodríguez, alegando ser compañera permanente del occiso Candido Bohorquez Caballero, por medio de apoderado presentó demanda de constitución de parte civil en orden a obtener el resarcimiento de los perjuicios ocasionados con el ilícito, pretensión que también dirigió contra la Empresa Transportadora Rapido Tolima S.A. (fls. 82 y ss. 6ª Sección).

El Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses, dictaminó que el tubo de escape y el silenciador del vehículo presentan huellas de haber sido reparados, "las perforaciones que presenta el cilindro del silenciador se produjeron por impacto contra superficie oxidada y el desgaste de la lámina en esa región indica que no son recientes", "los gases que escapan del motor son residuos de combustión, pero ésta es incompleta ocasionalmente, pueden producirse detonaciones en el tarro del exhosto. Sin embargo, para que se produzca un incendio por esta causa debe haber cerca material combustible, una posibilidad que en este caso es una fuga en la tubería de suministro del combustible, pero sin conocer su posible ubicación y sus características no es posible decir si el incendio se produjo por culpa de la perforación que presenta el silenciador o no" (fl. 96 sec. 6ª). Este dictamen se amplió posteriormente, en donde se dijo que "una condición básica para que se produjera el incendio es la presencia de combustible. Si el tarro protector del silenciador estaba obturado pero no había el combustible en las cercanías de la obturación no es probable que se iniciara un incendio; en caso de estar presente el combustible, una pequeña explosión en la perforación podría iniciar la conflagración; sin embargo, dependiendo de la posición relativa de la perforación y del combustible, el vehículo podría hacer recorridos más o menos largos antes de que se produjera la conflagración. Qué tan largos o qué tan cortos puedan ser esos recorridos es algo que no se puede determinar pero sí se puede decir que a medida que aumenta el recorrido aumenta la probabilidad de que se produzca el incendio" (fls. 128 y ss).

Por proveído de julio catorce de mil novecientos noventa y tres, la Fiscalía decretó la clausura del ciclo instructivo (fls. 110 6ª sección).

Con posterioridad a esto, nuevamente la señora Alcyda Cómez Martínez, en su condición de esposa de Armando Giraldo Restrepo y madre de Wilmer Adrian Giraldo Gómez, por medio de apoderado presentó demanda de constitución de parte civil, la cual se dirigió contra el procesado y la empresa Rapido Tolima S.A., siendo admitida en decisión de veintinueve de septiembre de mil novecientos noventa y tres fls. 178 y ss. 6ª sección).

Por providencia proferida el veinticuatro de enero de mil novecientos noventa y cuatro, la Fiscalía Cuarenta y Ocho de Honda (Tolima), calificó el mérito probatorio del suMario con resolución acusatoria en contra de José Humberto Solano González, por el concurso de delitos de homicidio culposo, al tiempo que dispuso continuar la investigación respecto de las lesiones ocasionadas en la humanidad de LuciaNO Rodríguez y José Herley Osorio Ruiz "cuyas características, secuelas, daño en cuerpo o la salud, se dejaron de determinar y allegar al proceso" (fls. 1 y ss-2).

Contra esta determinación, el apoderado del vinculado al proceso como tercero civilmente responsable interpuso recurso de reposición y el subsidiario de apelación (fls. 34 y ss.) Mantenida la decisión por la primera instancia (fls. 37 y ss.), la Fiscalía Delegada ante el Tribunal Superior por resolución de veintinueve de marzo de mil novecientos noventa y cuatro desató la alzada confirmando integramente la providencia impugnada, adquiriendo por tanto ejecutoria el pliego enjuiciatorio en la aludida fecha (fls. 50 y ss-2).

La etapa del juicio se llevó a cabo ante el Juzgado Tercero Penal del Circuito de Honda, en donde se dio inicio al término previsto por el artículo 446 del Código de Procedimiento Penal (fls. 62 y ss.2) durante el cual los señores Moises Moya Romero y Blanca Cecilia Leon Murcia, en su condición de padres de Sonia Milena Moya Leon, fallecida en el incidente, mediante apoderado presentaron demanda de constitución de parte civil, la que fue aceptada por proveído de veintitrés de mayo de mil novecientos noventa y cuatro (fls. 92 y ss.2).

Vencido el término de traslado para preparación de la vista pública, por proveído de veintitrés de junio de mil novecientos noventa y cuatro, el Juzgado de Conocimiento resolvió "aclarar el numeral 8º de la parte resolutiva del auto de fecha 12 de diciembre de 1993 en el sentido de reconocer a José Clemente Sicacha como parte civil solo en su calidad de padre de Carol Viviana Sicacha Rodríguez y no como esposo de Gladys Rodríguez", inadmitió a José Pompilio Rodríguez como parte civil y reconoció a Ana LuisA Hernández parte civil "como persona perjudicada con la muerte de su compañero permanente Candido Bohorquez Caballero" (fls. 108 y ss.2).

Durante el juicio se ampliaron y ratificaron los testimonios rendidos por José Fidencio Martínez Bejarano (fls. 138), Eliuth Parra Romero (fl. 138 vto.), José Orlando Laverde Guacaneme (fls. 143), Héctor Julio Orozco Mojocoa (fls. 144) y Laurcano Cuervo (fls. 185) y los peritos del Cuerpo Técnico de Investigación dieron respuesta a los interrogantes propuestos por las partes civiles y el tercero civilmente responsable (fls. 153 y ss).

En esta etapa del proceso, José Pompilio Rodríguez Pardo, padre de Gladys Rodríguez Sánchez, quien falleció en el hecho materia de juzgamiento, por medio de apoderado presentó demanda de constitución de parte civil en contra del procesado para que "por providencia que ponga fin al proceso se condene a pagar solidariamente con la empresa 'Rapido Tolima S.A.' y al dueño del vehículo" por los perjuicios ocasionados con el hecho, demanda que fue admitida por proveído de tres de noviembre de mil novecientos noventa y cuatro (fls. 206 y ss.).

El perito designado para avaluar el monto de los perjuicios ocasionados con el hecho, rindió dictamen en relación con los perjuicios materiales por un total de $ 643.815.888.00 y en relación con los daños morales, expuso dejarlos para estimación por el Juzgado de conocimiento (fls. 229), conclusión que aclaró posteriormente en relación con Wilmar Fernando Rodríguez, Libia Martínez Soler y Ruth Rodríguez de Salgado (fls. 253).

Llevada a cabo la audiencia pública (fls. 280), por sentencia proferida el nueve de mayo de mil novecientos noventa y cinco se culminó la instancia condenando al procesado José Humberto Solano González a las penas principales de cuarenta y ocho (48) meses de prisión, multa en cuantía de dos mil pesos ($2.000.00), y suspensión de su oficio de conductor por dos años, al declararlo penalmente responsable del concurso homogéneo y simultáneo de delitos de homicidio culposo imputado en el pliego enjuiciatorio, al tiempo que le negó el subrogado de la condena de ejecución condicional.

También lo condenó, así como a la empresa de transportes Rápido Tolima S.A. "en forma solidaria a la reparación de los perjuicios materiales y morales, a favor de los herederos o sucesores de los obitados" que seguidamente relaciona.

Por cada una de las muertes, a saber: Paola Andrea Lasprilla Parada, Sonia Milena Moya León, Carol Viviana Sicacha Rodríguez, Leidi Sorani Marroquín Rodríguez, Yeimy Caterine Rodríguez Franco, Rosa Irene Martínez Linares, Adriana del Pilar García Alvarado, Aberlain García Jaramillo, Yeimy Constanza Mendoza, Alexandra Hernández Frisneda, Wilmar Rodríguez Martínez, Wilmer Adriano Giraldo Gómez, Andrés Enrique Rodríguez Franco y Santiago Mahecha Rodríguez, la suma de $32.855.760.00, pagadera en favor de los respectivos herederos.

Por la muerte de María del Carmen Bejarano de Parada, La Suma de $ 6.258.240.00; de Libia Martínez Soler, $17.210.180.00; de Gladys Rodríguez Sánchez, $21.903.840.00; de Ruth Rodríguez Salgado, $31.095.600.00; de

Rosario Betancourt Vda. de Quiroga, $21.903.084.00; Graciela López Sánchez, $6.258.240.00; Hermelina Ceballos Vda. de Jaramillo, $782.280.00; Lilia Esperanza Parada Lasprilla, $35.984.880.00; Nubia Yaneth Rodríguez Franco, $27.379.800.00; Armando Giraldo Restrepo, $11.734.200.00, José María Chica Beltrán, $ 0.00; Carlos Francisco Flórez Téllez, $9.387.600.00; Candido Bohorquez Caballero, $1.564.560.00; Y, Leonel Escobar, $23.468.400.00.

Los condenó igualmente, a pagar solidariamente el equivalente en moneda nacional al momento de su cancelación, a un mil (1.000) gramos oro por cada una de las muertes de las personas que vienen de referirse, para un total de veintiocho mil gramos oro por concepto de perjuicios morales.

Señaló asimismo, que el pago por concepto de la condena en perjuicios, debía efectuarse dentro de los doce meses siguientes a la fecha de ejecutoria del fallo (fls. 301 y ss.).

Contra esta sentencia, el defensor y el apoderado del tercero civilmente responsable, oportunamente interpusieron recurso de apelación: El primero de ellos, por considerar excesiva la pena privativa de libertad que le fuera impuesta al procesado, y estimarlo acreedor al subrogado penal de la condena de ejecución condicional; el segundo, por su parte, expuso que el hecho tuvo lugar por haber acaecido de modo fortuito, que no se demostró que el bus del siniestro estuviera afiliado a la empresa condenada como tampoco la relación laboral entre ella y el conductor, que para la condena en perjuicios se tuvo en cuenta "la simple valoración de unos perjuicios tasados por un perito avaluador quien ofrece su dictamen sin consideración a las pruebas que se allegaron al proceso oportunamente", y que en la vinculación de su representada se violó el debido proceso y el derecho de defensa.

La alzada fue desatada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué, en sentencia proferida el treinta de noviembre de mil novecientos noventa y cinco, mediante la cual modificó el fallo impugnado en el sentido de reducir la cuantía de la indemnización por concepto de perjuicios morales al equivalente a seiscientos gramos oro por cada una de las 28 víctimas, confirmándolo en sus restantes partes (fls. 11 y ss. cdno. Tribunal).

Contra este fallo, el apoderado del tercero civilmente responsable oportunamente interpuso recurso extraordinario de casación, siendo concedido por el ad quem (fls. 89 y ss. con. Tribunal), y dentro del término legal se presentó el correspondiente libelo sustentatorio el cual la Sala declaró ajustado a las prescripciones legales (fls. 4 cdno. Corte).

La Demanda

Cargo Primero

Con apoyo en la causal primera de casación prevista por el artículo 220 del Código de Procedimiento Penal, el impugnante postula violación

directa de la ley sustancial por "aplicación indebida", "en armonía" con los artículos 29 de la Constitución Política "que trata de las garantías procesales"; 103 y 105 del C. P. referidos a la reparación del daño, prevalencia de la obligación indemnizatoria, y quienes están llamados a indemnizar; los artículos 1, 9, 14, 21, 22, 44, 46, 49 y 153 del Código de Procedimiento Penal que tratan del debido proceso, la finalidad del procedimiento, del restablecimiento del derecho, el principio de integración, la prevalencia de las normas rectoras, de quienes deben indemnizar, los requisitos de la demanda, la inadmisión de la demanda y el tercero civilmente responsable, respectivamente; los artículos 4, 6, 89 y 305 del Código de Procedimiento Civil, sobre la interpretación de las normas procesales, su observancia, la reforma o adición de la demanda, y la congruencia entre las pretensiones y el fallo, respectivamente.

Aduce, que el Juzgador "aplicó una regla legal -C.P.P. y C.P.- creyendo falsamente que en ella se subsume la totalidad del caso concreto, y rechazó otras -Código Civil y Código de Procedimiento Civil-" de suerte que la ley sustancial no fue considerada integralmente, puesto que si bien el instituto del tercero civilmente responsable aparece regulado por el C. de P. P., esta regulación es solo referencial debiendo integrarse por las disposiciones que "lo califican y precisan" contenidas en los Códigos Civil y de Procedimiento Civil, máxime si su naturaleza es eminentemente civil.

Al pretender desarrollar el "concepto de la aplicación indebida", primeramente se refiere al delito como fuente de obligaciones para afirmar que la acción civil tanto por su titularidad, disponibilidad, objeto y sujetos, es diversa, que no ajena, a los elementos que integran el sistema penal. Luego aduce que en principio quien lleva a cabo un hecho punible debe indemnizar pero también han de hacerlo aquellas personas que civilmente tienen esta obligación que deben cumplir dentro del proceso penal o por fuera del mismo, sin que ello implique un doble juzgamiento pues la constitución de parte civil en el proceso penal carece del contexto de ius puniendi toda vez que su interés, dentro o fuera del proceso penal, es de carácter civil o privado, (aunque hoy en día ampliado a la participación ciudadana y de estamentos del Estado en los delitos contra la administración pública), al punto que puede ser perseguida aún en el evento de la muerte del procesado.

Prosigue el discurso mencionando la evolución legislativa de la institución en comento, para destacar su contemplación por el artículo 105 del Código Penal de 1980, que sin embargo no fue desarrollada por el Código de Procedimiento Penal expedido en 1971. Con la entrada en vigencia del Decreto 050 de 1987, por vez primera se contempló la posibilidad de vincular al proceso penal al tercero civilmente responsable, pues según el artículo 58 de ese estatuto, podía pedirse su vinculación en la demanda de constitución de parte civil, o en su adición, siempre que no se tratara de personas o entidades de derecho público, pues en este evento la responsa-

bilidad había de ser debatida ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo.

Durante esa etapa, continúa, el tercero civilmente responsable entraba a hacer parte del proceso penal a partir de la notificación del auto admisorio de la demanda, pudiendo solicitar y presentar pruebas conducentes a acreditar su no responsabilidad civil e intervenir en todas las actuaciones relacionadas con ello, incluso interponer recursos contra las decisiones que lo afectaran.

Posteriormente, el 3 de diciembre de 1987 la Corte Suprema de Justicia declaró inexequibles los artículos 59, 60, 62, 63, 64, 65 y 66 del Decreto 050 de 1987, los cuales regulaban la institución del tercero civilmente responsable en el proceso penal, al considerar que la intervención de esta parte no surge de modo directo de la realización del hecho punible sino de la relación de subordinación o dependencia en que, respecto de ella, se encuentra el autor del hecho, debiendo ventilarse su responsabilidad patrimonial en un proceso civil el cual otorga mayores oportunidades para su defensa, tales como la demanda de reconvención, el llamamiento en garantía, la denuncia del pleito, las nulidades, actuaciones que no pueden ser adelantadas dentro del proceso penal sin alterar su estructura.

Con la puesta en vigencia del Decreto 2700 de 1991, se revivió en el proceso penal la institución del tercero civilmente responsable, la cual aparece regulada por los artículos 153, 154 y 155, declarados exequibles por la Corte Constitucional mediante la sentencia C-541/92 proferida el 24 de septiembre de 1992, por considerar que al legislador se le permite fusionar las diversas competencias y asignarlas al juez penal facultándolo para calificar la conducta civil de quien, si bien no ha participado en la realización del hecho definido como delito, debe responder por los perjuicios ocasionados con la conducta punible, de conformidad con la ley sustancial.

Además, sostuvo la Corporación que las aludidas disposiciones no violan la Carta Política en cuanto no desconocen las garantías constitucionales del debido proceso, el derecho de defensa, ni la igualdad de las personas ante la ley, de otro lado, el juez de Constitucionalidad dejó en claro que el llamamiento del tercero ha de hacerlo el funcionario de conformidad con la ley sustancial "previa solicitud del legitimado para interponer las acciones concedidas", y el tercero, por su parte, puede controvertir los fundamentos de la demanda, debiendo actuar en el sentido de la determinación del grado de su responsabilidad.

Agrega el casacionista que con posterioridad a este pronunciamiento se expidió la ley 81 de 1993, que en su artículo 24 modificó el 154 del Código de Procedimiento Penal, estableciendo la posibilidad del tercero para intervenir como sujeto procesal durante la totalidad del trámite del proceso penal, inclusive con posterioridad a la sentencia.

Luego partiendo de reconocer que la responsabilidad derivada del hecho punible no solo alcanza a quien haya realizado la conducta, sino a quienes sin haberla llevado a cabo, deben indemnizar los perjuicios por existir una obligación legal o contractual con las personas que realizaron el hecho, seguidamente aborda el análisis de los conceptos de partícipantes -quienes cumplen algún papel en el trámite procesal-, sujetos procesales -personas entre las cuales se presenta una relación jurídico-procesal-, y partes -cuando hay una verdadera contradicción de intereses de carácter contencioso- y aunque no es pacífica la doctrina sobre el alcance de este último concepto, dadas las particularidades del procedimiento penal colombiano, desde el punto de vista de las pretensiones, las partes pueden clasificarse en acusadoras -el Fiscal durante el juicio; la parte civil y el Ministerio Público en los casos de coadyuvancia a la acusación cuando el procesado está amparado por fuero constitucional, en los asuntos de interés público, en aquellos donde hubiere actuado como querellante o ejercido petición especial, y cuando actúe como parte civil en defensa del patrimonio público-; partes acusadas -el sindicado, su defensor, y el tercero civilmente responsable ; partes neutras -el ministerio público cuando actúe en defensa del orden jurídico y los derechos y garantías fundamentales, y el tercero incidental quien sin haber realizado el hecho punible se ve afectado patrimonialmente con la actuación procesal-.

Si bien el hecho de admitir al tercero civilmente responsable como parte en el proceso penal, no significa que la institución presente vacíos en su regulación normativa pues dado que la comisión del hecho punible da lugar al nacimiento de la acción penal y en algunas ocasiones a la civil para perseguir la reparación del agravio inferido, esto significa que al interior del proceso penal pueden trabarse distintas relaciones jurídico-procesales que obedecen a principios diversos y buscan objetivos de la misma índole aunque complementaria, al punto que, como lo sostiene algún autor extranjero en el cual se apoya, mientras la relación procesal penal es dominada por la actividad del juez, la relación procesal civil se mantiene viva por el impulso de la parte privada quedando bajo el dominio de su voluntad.

Esto último por cuanto si bien por economía procesal y comunidad probatoria la acción civil puede ejercerse dentro del proceso penal, a elección del demandante también puede instaurarla por fuera de éste, no solo contra los penalmente responsables sino contra quienes tengan la obligación de reparar los perjuicios ocasionados conforme las regulaciones del Código Civil.

Es así como, sostiene, la circunstancia de ejercer la acción civil dentro del proceso penal, no desnaturaliza su carácter civil, ni desde el punto de vista del interés particular, ni respecto del poder de disposición de la acción misma que la ley le reconoce al titular. Por esto, afirma, "la acción civil del perjudicado con el hecho punible es una verdadera y propia acción

civil, propuesta en el proceso penal o transferida a él", en posición que ha sido ratificada por la Corte al sostener que la vinculación del tercero civilmente responsable sólo procede a solicitud de la parte civil sin que pueda ser dispuesta de oficio.

De lo anterior colige el actor que al decidir el juez penal sobre la responsabilidad del tercero civilmente responsable debe respetar los principios establecidos por la legislación civil, en especial el principio de congruencia según el cual la sentencia ha de guardar consonancia con los hechos y pretensiones aducidas en la demanda sin que resulte posible condenar al demandado por cantidad superior o por objeto distinto del pretendido en ella, ni por causa distinta de la invocada, como tampoco la condena en favor de sujetos o personas que no hayan ejercido la acción o, ejerciéndola, no hubieren determinado su pretensión.

Para sintetizar los argumentos que en pro de su petición expone, asegura que la fórmula para precisar el instituto del tercero civilmente responsable se ubica en la necesidad de realizar una interpretación integrativa de los preceptos contenidos en los Códigos Civil y de Procedimiento Civil, conforme lo establece el artículo 21 del Código de Procedimiento Penal, lo que no ocurrió en el presente caso dando lugar a la violación directa de la ley sustancial puesto que el artículo 305 del Código de Procedimiento Civil prevé que la sentencia debe estar en consonancia con los hechos y pretensiones aducidas en la demanda, sin que el juez se encuentre facultado para condenar al demandado por cantidad superior o por objeto distinto al pretendido, límites que en este evento no atendió el juzgador.

Seguidamente señala que las demandas de constitución de parte civil obrantes a folios 126 y 144 no determinan la cuantía de las pretensiones, en tanto que otras indican lo siguiente:

"g.3.3. Demanda obrante a fol.196; Materiales $50.000.000.00; Morales 2500 gramos oro.

g.3.4. Demanda obrante a fol.231; Materiales $40.000.000.00 y fija los morales 3.000 gramos oro.

g.3.5. Demanda obrante a fol.14; Materiales $5.000.000.00 y morales un mil gramos oro.

g.3.6. Demanda obrante fl. 24; Materiales $10.000.000.00 y morales un mil gramos oro.

g.3.7. Demanda obrante a fol84; Materiales $5.000.000.00 y morales un mil gramos oro.

g.3.8. Demanda obrante a fol 163; Materiales $1.450.000.00 y morales un mil gramos oro.

g.3.9. 79 y ss., Materiales $2.250.000.00; Morales, mil gramos oro a c/u.

g.3.10. Demanda obrante a fol. 201: Materiales $30.000.000.00 y morales aparentemente dos mil gramos oro (existe diferencia en la cantidad señalada en letras y números).

g.3.11. Sería interminable especificar cada caso; no obstante, la pretensión o no se concreta, o afirmándose, resulta diversa de la establecida por el juzgador"

En esta medida estima transgredido el artículo 6 del Código de Procedimiento Civil, en cuanto otorga la calidad de orden público a las normas procesales que gobiernan el caso concreto, las cuales conforman un conjunto integral de disposiciones de interpretación sistemática, según lo establece el artículo 4 ejusdem que resalta la prevalencia del derecho sustancial, la protección del debido proceso, la igualdad y el derecho de defensa, que de no respetarse daría lugar a enriquecimiento sin justa causa.

Es tal la vulneración de los preceptos que menciona, afirma, que en la etapa del juicio el juzgador ordenó la notificación al tercero civilmente responsable de acuerdo con la ley, lo que no se cumplió con las restantes demandas. "En suma no se ofrece el lleno de requisitos y presupuestos para la debida vinculación del tercero civilmente responsable".

En punto al principio de congruencia que aduce, sostiene que la constitución de parte civil y su admisión colmó el presupuesto legal frente al procesado, pero esto no sucedió frente al tercero civilmente responsable toda vez que en algunos casos la pretensión no se concretó, en otras se afirmó, "pero en todas se desconoció por parte del juzgador al vincular económicamente al tercero civilmente responsable a pretensiones que no lo señalaron o que fueron diversas a las solicitadas".

Agrega que cuando el juzgador mediante providencia vincula al tercero civilmente responsable, esta vinculación solo es en los términos de las pretensiones contenidas en la demanda; si no existe pretensión, no lo puede vincular económicamente; y "si la pretensión es menor y no se corrió tal quantum o cuantía de la misma por los mecanismos procesales ofrecidos por la ley procesal civil, tampoco puede vincularla en cuantía superior a la expresada", siendo distinta la situación del procesado quien debe reparar los perjuicios causados.

Asegura que tampoco fueron observadas las normas que establecen la forma de vinculación del tercero civilmente responsable debido a que el juzgador partió del supuesto errado de tratarse de una vinculación procesal sin atender las normas sustanciales y procesales que rigen la materia, pues al tratarse la vinculación del tercero respecto de una pretensión, debe ser aceptada la demanda en su contra "situación que jamás se presentó en el proceso" ya que "solo en sede de juzgamiento se realizó en debida forma la notificación de la aceptación de la demanda, pero de la demanda de parte civil, no de la demanda contra el tercero civilmente res-

ponsable" pues en las decisiones sobre aceptación de la parte civil, se aceptó la demanda y sólo se citó al tercero, lo cual constituye un desacierto en cuanto a un tercero no se le vincula por la citación sino por la aceptación de la demanda instaurada en su contra, situación que no ocurrió en este caso.

La doctrina distingue varias causas de responsabilidad por el tercero, las cuales llevan a integrar el contradictorio entre la alegación, la prueba y la defensa, y en caso de no demostrarse la alegación debe absolverse al demandado, en aplicación de lo dispuesto por el artículo 177 del Código de Procedimiento Civil en cuanto establece la carga de la prueba, pues de entenderse lo contrario se impide el derecho de defensa y se viola el debido proceso al no saberse de qué se debe defender ni el trámite que se surte.

En cuanto al tercero que representa, afirma el casacionista que fueron desatendidas normas que regulan la constitución de la parte civil, pues no obstante anunciar la representación a nombre del poderdante y de los hijos, "se realiza un señalamiento genérico del tercero, como si en materia civil existiera la responsabilidad por accesión", siendo la vulneración evidente "cuando al desatender las normas civiles en la materia, de Procedimiento Penal, Penal y de Procedimiento Civil, se otorga una indemnización, que corresponde más bien a un enriquecimiento sin causa".

Cargo Segundo (subsidiario)

Apoyado en la causal primera de casación, cuerpo segundo, del artículo 220 del Código de Procedimiento Penal, acusa la sentencia impugnada de ser violatoria de la ley sustancial, por vía indirecta, por haber incurrido en "interpretación falsa, error manifiesto de hecho, falso juicio de identidad" en la apreciación probatoria.

En ese sentido aduce que al apreciar las pruebas el juzgador "le ofrece a algunas de ellas, y en su conjunto a todas, un sentido que no corresponde a su contenido fáctico, excediendo la capacidad de demostración que la prueba apunta", y en su decisión produjo una verdad procesal diversa del contenido de la prueba, de haberse apreciado correctamente los medios de prueba, sostiene, la verdad procesal y la decisión habría sido de diverso contenido en cuanto hace a los elementos de la obligación indemnizatoria.

Con ese presupuesto, aduce que se vulneró de manera indirecta el artículo 254 del Código de Procedimiento Penal, las disposiciones referentes a la concurrencia de culpas, se desconocieron los artículos 2341 del Código Civil y 177 del C. de P. C. que determina la carga de la prueba.

Al haber incurrido el juzgador en falso juicio de identidad en la apreciación probatoria, prosigue, llegó a una conclusión diversa de la que corresponde, "la cual era la de estructurar la responsabilidad civil del tercero que conlleve a una posibilidad de cuantía diversa a la realizada por el juzgador, toda vez que, con respecto al tercero civilmente responsable, es

de interés cuantificable de indemnización, lo solicitado como pretensión, lo señalado en la cuantificación técnica y en cuanto no exista con respecto al factum hecho o circunstancia que exonere de responsabilidad al tercero".

Asegura que el peritaje y las pretensiones económicas presentadas por la vía civil, arrojan una realidad distinta de la contemplada por el juzgador; eso sin contar con la posibilidad de ocurrencia del hecho exonerador que daría lugar a una disminución de la cuantía indemnizatoria o la posible variación de la responsabilidad para excluirla.

En el capítulo dedicado al fundamento del cargo, comienza por informar que la sentencia proferida el 30 de noviembre de 1995 por el Tribunal Superior de Ibagué, mediante la cual confirmó la dictada el 9 de mayo del mismo año por el Juzgado Tercero Penal del Circuito de Honda, "dedujo obligación indemnizatoria al tercero civilmente responsable", para cuya determinación tuvo en cuenta "la relación laboral existente entre el condenado como directamente responsable y 'Transportes Rápido Tolima S.A.'".

Afirma no tener dudas sobre la materialidad del hecho y la responsabilidad del sujeto activo, no empece lo cual, se pregunta "cuál es el hilo conductor probatorio, diverso de la relación laboral para su vinculación? Cuál el mecanismo jurídico para el establecimiento de la determinación del deber de indemnizar?" respondiendo al tiempo que se interpretó falsamente la prueba y de esta forma se dedujo la responsabilidad, lo cual no habría sucedido si tal deducción se hubiere efectuado acorde con la ley, ya que la exoneración era evidente, o el monto de la indemnización menor.

Luego de transcribir parcialmente el contenido de la sentencia de primer grado afirma que el hecho exonerante de responsabilidad surge "cuando es el dependiente quien de manera directa y por fuera de las circunstancias que implican responsabilidad al tercero, realiza la actuación," para seguidamente preguntarse "será que en todo caso y evento debe responder el tercero por acto o hecho ajeno? Será que la relación laboral llega hasta el punto de atender el acto o hecho total sin distinguir?".

Sostiene que la responsabilidad civil del tercero se presenta sin excepción cuando "se constituye en fórmula de actividad peligrosa, en donde solo se exonera por el hecho exclusivo de un tercero, de la víctima o de caso fortuito o fuerza mayor", sin embargo, aunque los hechos investigados no indican que su resultado sea atribuible a la víctima, "es de interés el análisis de la actividad de un tercero y de un caso fortuito".

Informa que la actividad del conductor, no fue la propia de su labor, lo cual lo constituye en tercero frente a la relación laboral, la capacidad de cuidado del tercero civilmente responsable, y la evidencia de que el hecho es ajeno a la responsabilidad de un tercero comportan la fórmula del caso fortuito.

"La demostración de evento no cubierto por el cuidado y dirección (que lo constituye en un tercero), como arreglo inopinado de los mecanismos y elementos del vehículo, así, como la poca prudencia en su actividad (acaecer imprevisto), son pues mezcla para la adopción de la exoneración", según afirma, aunque -prosigue- la culpa es completa y satisfactoria desde el punto de vista penal para el sujeto activo de la conducta.

Continúa el discurso argumentativo, aduciendo que " de la puntual evaluación de la prueba, antes citada, sobre los elementos ajenos, apuntalada a la demostración de la existencia de un contrato de mantenimiento de los vehículos, que se encuentra en el expediente, folio 103 o 221 (dos numeraciones que se encuentran en el expediente), fuerza es concluir, la exoneración de la participación indemnizatoria de nuestra poderdante".

Aparte de esto, aún frente al procesado ha de hacerse una reelaboración de su compromiso indemnizatorio, "no solo por lo extrapetita", sino que es necesario "observar los eventos de cuantificación y evaluación de perjuicios, solicitados, pagados, acordados y demás fórmulas que se observan en el expediente y que para el juzgador no fueron de interés".

Concluye que el valor de la indemnización, la actividad del tercero o caso fortuito "y la entidad que en términos de evaluación probatoria posee el contrato de prestación de servicios de mantenimiento ya descritos", son los tres temas que propone sean evaluados por la Corte, para solicitar, finalmente, "se dicte el fallo de reemplazo, como lo ordena el art. 229 del C.P.P.".

TRASLADO A LOS NO RECURRENTES

Dentro del término previsto por el artículo 224 del Código de Procedimiento Penal, presentó escrito el apoderado de la parte civil constituida por los señores Moisés Moya Romero y Blanca Cecilia León Murcia, en su condición de padres de la occisa Sonia Milena Moya León, en el cual se opone a las pretensiones del actor. Sus argumentos son, en síntesis, los siguientes:

Para determinar el monto de la indemnización perseguida, en la demanda de parte civil aclaró no tener en cuenta la vida probable de la víctima, la cual, al determinarse en el proceso daría lugar a ajustar el valor total de la reclamación pecuniaria.

La sentencia no violó la ley sustancial como lo aduce el actor, puesto que la empresa afiliadora de un vehículo automotor está en la obligación de indemnizar los perjuicios que ocasione con él, y, el Juzgador, por su parte, debe condenarla a hacerlo.

La empresa de transportes "Rápido Tolima S.A." no solo fue notificada de la acción civil instaurada en su contra, sino que designó apoderado

quien la representó durante el proceso, participando activamente en el trámite, por lo cual no puede alegarse violación del derecho de defensa como lo hace el actor; y si los funcionarios no dispusieron correrle traslado de cada una de las demandas presentadas, fue precisamente porque la ley procesal penal no señala tal exigencia, la cual no puede suponerse.

Finalmente, que en la demanda no se sustenta el falso juicio de identidad que se aduce (fls. 176 y ss. cdno. Tribunal).

Concepto del Ministerio Público

El procurador Tercero Delegado en lo Penal, sugiere no casar el fallo impugnado, con fundamento en las siguientes consideraciones:

1.- En relación con el primer cargo que se postula contra la sentencia, parte de advertir que contiene algunas deficiencias que dificultan su entendimiento, al punto que mientras se inicia aduciendo la violación directa de la ley, en uno de sus apartes se anuncia la trasgresión de garantías fundamentales respecto de la parte que representa, lo cual implicaría decretar la invalidación parcial de lo actuado en favor del mismo recurrente.

Además de esto, al pretender concretar el sentido de la violación directa de la ley sustancial, por aplicación indebida, en cuanto el sentenciador erró en la selección de las disposiciones que regulan el caso, considerando solo las de carácter penal y prescindiendo de las normas de naturaleza civil que informan la materia, es el propio impugnante quien lleva a acreditar que el yerro se ubica en la falta de aplicación, por cuanto no puede ser sostenido que las disposiciones consignadas en los estatutos penales no son las llamadas a regular el asunto con prescindencia de las de carácter civil, sino que unas y otras deben ser tenidas en cuenta de modo integrado.

Observa que gran parte del esfuerzo argumentativo del censor se orienta por demostrar que a efecto de decidir sobre la indemnización de perjuicios, los jueces penales deben tomar en cuenta las disposiciones civiles que gobiernan la responsabilidad extracontractual, en particular aquellas que señalan las pretensiones de las partes como límites a la sentencia, en respeto al principio de congruencia.

Para la Delegada este planteamiento no ofrece mayores dificultades en ser aceptado, puesto que la ley y la jurisprudencia admiten que tanto el principio de integración de diversos estatutos, como la naturaleza civil de la acción indemnizatoria, obligan al juez a incorporar en sus decisiones las pertinentes disposiciones civiles.

En ese sentido señala que el principio de congruencia establecido por el artículo 305 del Código de Procedimiento Civil, también rige para la sentencia penal en el tema relacionado con la indemnización de perjuicios,

pues no obstante los artículos 106 y 107 facultan al juez para estimar oficiosamente el monto de los daños morales y materiales ocasionados con el hecho punible, ésta es solo residual cuando resulte imposible su estimación pecuniaria, o cuando carezca de suficientes elementos de juicio para determinarlos por medio de perito.

Por esto, el artículo 46 del Código de Procedimiento Penal establece que la demanda de constitución de parte civil debe contener "los daños y perjuicios de orden material y moral que se le hubieren causado, la cuantía en que se estima la indemnización de los mismos y las medidas que deben tomarse para el restablecimiento del derecho cuando fuere posible", y el artículo 48 ejusdem, otorga a la parte civil la facultad de llevar a cabo todas las actividades procesales necesarias en orden a acreditar la naturaleza y cuantía de los perjuicios ocasionados con la infracción, "en tanto que de su actividad depende la determinación de los elementos de juicio o de la exacta cuantía de la indemnización, atada a sus pretensiones expresadas en la demanda".

Y aun cuando existen algunas disposiciones contenidas en el Código de Procedimiento Penal que parecieran contrariar lo dicho en torno al tema, como sucede con los artículos 52, 54, 55, y 56, de los cuales se colige algún grado de discrecionalidad del funcionario, si ellas no son integradas al sistema jurídico de la responsabilidad por el acaecimiento del hecho delictivo, darían lugar a entender que se limita la condena al pago por perjuicios, exclusivamente a las condiciones que establecen los artículos 106 y 107 del C. P. y a las pruebas que obren en el expediente sobre la cuantía de los daños ocasionados, y que se atribuye al juez la facultad de determinar el monto sin tomar en cuenta la reclamación presentada en la demanda de parte civil, lo cual no es cierto.

Por el contrario, si se integran las disposiciones del Código de Procedimiento Civil con las del Código de Procedimiento Penal, y se interpretan de acuerdo con la naturaleza eminentemente privada que posee el ejercicio de la acción civil dentro del proceso penal, obligado es concluir la vigencia del principio de congruencia de la sentencia con las pretensiones contenidas en la demanda, pues a pesar de que el actual esquema constitucional y legal reconocen a la víctima el derecho de obtener reparación por el daño ocasionado con el delito, su intervención en el proceso penal ha de adelantarla cumpliendo estrictamente la normatividad que regula este tipo de relaciones de carácter privado, ya que las normas superiores no hacen de la indemnización un tema de interés público.

Con este supuesto de entendimiento del asunto, estima la Delegada asistirle razón al casacionista cuando sostiene que el ejercicio de la acción civil dentro del proceso penal ha de enmarcarse dentro del cumplimiento del principio de congruencia que establece la necesidad de consonancia entre las pretensiones de la demanda de parte civil y la decisión contenida

en la parte resolutiva del fallo, puesto que no obstante surgir la responsabilidad patrimonial indirecta de la comisión de un hecho punible, la acción indemnizatoria es de naturaleza eminentemente privada así como su carácter dispositivo, lo que impone al juez la obligación de no fallar extra o ultrapetita, según lo prevé el artículo 305 del Código de Procedimiento Civil.

Así, sostiene, en torno a la determinación de la cuantía de los perjuicios morales y materiales ocasionados por el hecho punible, emerge claro que el sentenciador ha debido ajustar la decisión al monto de lo pedido en las demandas de parte civil presentadas nombre de los distintos perjudicados con la infracción, en lugar de fijar los montos de la indemnización por encima de lo reclamado por los accionantes.

Vista abstractamente la situación sub júdice, en opinión del Procurador, haría necesario orientar el Concepto por la prosperidad del cargo. Sin embargo, al ubicarse la inconformidad del libelista en el marco del recurso extraordinario gobernado por el principio dispositivo, según el cual la demanda de casación debe señalar estrictamente el sentido de la sentencia que lo resuelve, así como la carga de ajustarse a precisos requisitos técnicos, cuyo desconocimiento determina la improsperidad de la censura, seguidamente aborda el análisis de estos aspectos.

Partiendo de anunciar que la revisión de la demanda da como resultado el incumplimiento de los presupuestos técnicos necesarios para su estudio de fondo, seguidamente procede a señalar los defectos que el libelo ofrece:

Al alegar el recurrente violación del precepto civil que establece la necesidad de congruencia entre la sentencia y las pretensiones de la demanda, y amparar su propuesta en el primer motivo de casación previsto por el artículo 220 del Código de Procedimiento Penal, incurre en incorrecta proposición de la censura, ya que no formula ningún cargo por los aspectos penales y por el contrario orienta su reproche a perseguir el desquiciamiento del fallo en lo relacionado con la indemnización de los perjuicios ocasionados con la infracción, con lo cual desconoce el artículo 221 del Código de Procedimiento Penal que le obliga a invocar los motivos previstos por las normas que regulan la casación civil, así estos sean similares a los señalados en la legislación penal, "porque de lo contrario estaría buscando la corrección de un error sobre una base jurídica que no resultaría aplicable, por expresa disposición de la ley".

Por esto, si el demandante considera que el vicio en que incurre el fallo es de aquellos que infringen indirectamente disposiciones de la ley civil sustancial por falta de aplicación, debió fundamentar su alegación en el contenido del numeral primero del artículo 368 del Código de Procedimiento Civil, modificado por el numeral 183 del artículo 1 del Decreto 2282 de 1989. Empero, este desacierto, por ser subsanable, no impide proferir el

pronunciamiento de fondo, como ha sido reconocido por la Jurisprudencia de la Corte.

No obstante, la demanda exhibe una incorrección adicional a la advertida, puesto que si lo perseguido con la interposición del recurso es la revocación parcial de la condena al pago en perjuicios en cuanto supera lo pretendido en las demandas de constitución de parte civil, esto es declarar la violación del principio de congruencia, no resulta procedente aducir como fundamento de la alegación la causal primera de casación civil, sino la segunda, que recoge la situación que en últimas se postula ante la Corte, debiendo así demostrar la falta de consonancia entre la sentencia y las pretensiones de las demandas de parte civil admitidas al trámite, en lugar de acudir a especulaciones sobre la necesidad de integrar los estatutos civiles y penales, denunciar violaciones de derechos sustanciales o señalar los fundamentos de la responsabilidad civil indirecta.

Si se parte de sostener que la causal a invocar es la segunda de las previstas para la casación civil, de todas maneras la demanda no alcanza a demostrar el error que se imputa al juzgador, pues el censor no hace referencia a todas las pretensiones expresadas en las demandas de parte civil, no identifica los montos de los perjuicios expresados en ellas, ni los confronta con la decisión adoptada por el fallo, de manera general refiere solo algunas de las demandas presentadas y parte de las pretensiones que han debido resolverse en el fallo, olvidando también que fueron presentadas algunas demandas de constitución de parte civil que no comprenden la totalidad de las víctimas, con petición de indemnización, las cuales seguidamente relaciona.

Al estar ausente la demostración de la incongruencia entre la sentencia y las pretensiones de los perjudicados, la demanda se torna ineficaz pues por virtud del principio de limitación que gobierna el recurso extraordinario, la Corte no puede entrar a corregirla ni complementarla con proposiciones no expresadas en ella.

Tampoco el juez de Casación tiene facultad para examinar oficiosamente la censura, por no involucrar derechos fundamentales de los sujetos procesales "sino relaciones eminentemente patrimoniales que por disposición de la ley son renunciables y respecto de las cuales es posible exigir determinadas formalidades en su reclamación, a fin de preservar la administración de justicia de la proposición de causas improcedentes y de eliminar las posibilidades de utilización del aparato jurisdiccional del Estado para la satisfacción de intereses particulares no concretos ni exigibles".

Aparte de lo expuesto, afirma la Delegada que el recurrente se equivoca en sostener que se omitió la notificación del auto admisorio de algunas demandas de constitución de parte civil y ordenó la citación de la empresa Rápido Tolima S.A. como tercero civilmente responsable, puesto que si bien

no hubo notificación personal, sí obran las comunicaciones al representante legal de la sociedad en las que se le informa de la citación de la firma al proceso como tercero civilmente responsable.

Además, la notificación se surtió por conducta concluyente, con lo cual se subsanó la aparente irregularidad por este motivo, ya que el proceso enseña que el 21 de diciembre de 1992 el representante legal de la empresa otorgó poder a un abogado para que actuara en su nombre como presunto tercero civilmente responsable, cumpliendo así el objetivo perseguido con la noticia de su vinculación procesal, a partir de la cual presentó y solicitó pruebas en orden a excluir de responsabilidad a la empresa, ejerciendo de esta manera a cabalidad el derecho de defensa.

Agrega el Concepto que sin existir irregularidad que determine declarar la nulidad, la referencia en este sentido hecha por el censor deviene errónea, pues pretende que se surta la notificación con la aceptación de la demandas conforme las normas del Código de Procedimiento Civil, prescindiendo de las disposiciones previstas por el Código de Procedimiento Penal, pasando por alto que no empecé perseguir las demandas la indemnización de perjuicios, el trámite se surte al interior del rito penal, el cual debe ceñirse a las normas que se establecen en éste, pudiendo aplicarse solo por vía excepcional las del ordenamiento procesal civil cuando resulte indispensable suplir los vacíos que se adviertan, siempre que contrarien el procedimiento penal, según se prevé en las normas rectoras del Código de Procedimiento Penal.

Concluye el análisis del cargo, afirmando demostradas las fallas técnicas que presenta, y la imposibilidad de la casación oficiosa, para conceptuar que el ataque merece desestimación por la Corte.

2.- En relación con el segundo cargo, propuesto por falso juicio de identidad en la apreciación probatoria, a juicio de la Delegada quedó en el solo enunciado toda vez que su posterior desarrollo ofrece desconocimiento de los fundamentos expuestos en los fallos de primer y segundo grado, y solo apunta a desvirtuar la responsabilidad del tercero con el argumento de haber ocurrido un caso fortuito, pero sin aludir concretamente a las pruebas que fundamentan dicho quebranto legal, pues se refiere a "todas" las allegadas al proceso.

El casacionista alega que los juzgadores incurrieron en error en la interpretación probatoria, y alude a la relación laboral que existe entre el procesado y la empresa declarada como tercero civilmente responsable, sin señalar en concreto los medios que acreditan esa relación, ni la forma correcta de apreciarlos, con lo cual la censura queda incompleta.

Tampoco puede advertirse del libelo el propósito que se persigue con la alegación de haberse dejado de reconocer el caso fortuito como causa del hecho punible, pues no se encuentra relación entre la falsa interpretación

de la prueba sobre la relación laboral, con el hecho eximente de responsabilidad que se alega.

El demandante ignoró acreditar la existencia de pruebas que demuestren el caso fortuito que alude y cómo ellas fueron tergiversadas por el juzgador, como también omitió referir el modo acertado para evaluarlas y la forma y sentido de la violación a la ley sustancial, lo cual indica la insuficiencia de información suministrada para abordar el estudio del tema que propone.

Pareciera que al aducir el hecho de un tercero como motivo de exoneración de responsabilidad civil, se aparta del caso fortuito inicialmente alegado, sin percatarse que al haber seleccionado como fundamento del cargo la causal primera de casación, era su deber analizar la situación probatoria concreta y hacer evidente un error determinante de la ilegalidad del fallo, lo cual no intenta.

Al desarrollar el cargo, sostiene el Concepto, el censor olvida que para el transportador surgen obligaciones derivadas del contrato celebrado con el pasajero que compra el boleto, comprometiéndose la empresa a llevar los usuarios al destino elegido en condiciones de seguridad, las cuales en este caso fueron preterm itidas en primer término por el conductor y propietario del vehículo y en segundo término por la empresa transportadora que estaba en la obligación de verificar las condiciones técnicas del vehículo y suspender la ruta al comprobar que no se encontraba en condiciones de hacer el recorrido.

De estas obligaciones no resulta liberada la empresa por dejar su ejecución a la autonomía técnica y administrativa de un contratista, máxime si se trata de una actividad considerada peligrosa, de suerte que no hay lugar a considerar la ocurrencia de un caso fortuito siendo evidente que el conductor y la empresa obraron con negligencia al operar el rodante en pésimas condiciones como de ello dio cuenta la pericia practicada al efecto y lo dejaron consignado los juzgadores en el fallo.

Así entonces, al no haberse demostrado la configuración del error alegado, conceptúa el Procurador que la censura debe ser desestimada (fls. 6 y ss. cdno. Corte).

SE CONSIDERA

1.- *Cuestión Previa*

De entrada se advierte que en la demanda de casación presentada por el apoderado del tercero civilmente responsable, se incurre en el desacierto técnico que destaca la Delegada, consistente en que a pesar de orientarse la totalidad de la pretensión invalidatoria a controvertir lo relacionado con la indemnización de perjuicios morales y materiales ocasionados con el delito materia de investigación y juzgamiento penal, cuyo pago en

favor de los perjudicados se decreta en la sentencia motivo de impugnación, se pasa por alto la obligación de tomar en cuenta las causales y la cuantía para recurrir, establecidas por las normas que regulan la casación civil, según lo dispone de modo expreso el artículo 221 del Código de Procedimiento Penal y ha sido persistentemente indicado por la Corte.

En esa dirección, ha sostenido que "por disposición expresa del artículo 221 del Código de Procedimiento Penal, la Sala mantiene la tesis de que si los motivos de agravio son referidos únicamente a los aspectos civiles considerados en la sentencia, lógicamente debe acudirse a las causales de casación previstas en el artículo 368 del Código de Procedimiento Civil, pues se trata de no introducir en el proceso penal matices que sus propias finalidades no exigen, máxime que el estatuto de la materia ya los tiene suficientemente reglados".

No obstante esto, es de precisar que también se advirtió en el mismo pronunciamiento "una línea de identidad regulativa de la casación en ambos estatutos procesales, de tal manera que en los dos se contempla la violación directa e indirecta de la ley sustancial, tanto por error de hecho como de derecho, la nulidad y aún la congruencia. Claro que este último evento exige puntos de comparación diferentes, atendida obviamente la distinta naturaleza de los dos procedimientos, pues mientras en el penal dicha consonancia se dice entre la sentencia y la resolución acusatoria, en el civil se exige entre la sentencia y las pretensiones de la demanda o las excepciones de la contestación".

"Es esta la razón por la cual la Sala ha dicho que, a pesar del error que se comete al invocar las causales de casación dispuestas en el régimen procesal penal, siendo que se reclama o debate una pretensión estrictamente civil '... no debe extremarse un sentido de rigor formal en la demanda, en cuanto a que si no se acude forzosamente a las causales de casación contempladas en el ordenamiento procesal civil, por este solo motivo la misma deba desestimarse, pues en virtud del principio de prevalencia del derecho sustancial sobre el formal (art. 9 del C. P.P.), si se aduce la primera causal del art. 220 del Código de Procedimiento Penal en lugar de la pertinente del art. 368 del Código de Procedimiento Civil, al ser básicamente iguales, no puede considerarse suficiente 'esta falencia para desestimar prematuramente la censura', en la medida en que la aludida causal en las dos codificaciones se refiere a que sea la sentencia violatoria de una norma de derecho sustancial y en ambos ordenamientos procede tanto por violación directa como indirecta de la ley [cas. 5 de octubre de 1994 y auto del 5 de septiembre de 1996]" (M. P. Dr., Carlos Gálvez Argote, septiembre 25/97), según reiteración de la tesis hecha en Sentencia de 14 de octubre de 1998, M. P. Dr. Gómez Gallego.

No empecé constituir, en principio, el desacierto advertido una mera informalidad insuficiente para que la Corte llegue desestimar de entrada

la impugnación propuesta, dado precisamente que, frente a la primera causal de casación, opera identidad de regulación en los estatutos procesales civil y penal, el libelo exterioriza otros desaciertos técnicos de mayor envergadura a la señalada, en cuanto desconoce los lineamientos establecidos para la denuncia de trasgresión directa o indirecta de la ley sustancial, cuando no una indebida mezcla de reproches que debieron ser formulados, desarrollados y demostrados al amparo de causales distintas de la escogida, incluso de conformidad con el estatuto procesal civil de modo exclusivo, todo lo cual obviamente determina la improsperidad de los cargos que contra la sentencia del Tribunal han sido postulados, como pasa a demostrarse.

2. *Cargo Primero*

Apoyado en la causal primera de casación prevista por el artículo 220 del Código de Procedimiento Penal, el actor propone violación directa de la ley sustancial por "aplicación indebida", y sin precisar las disposiciones transgredidas, seguidamente alude que esto sucedió "en armonía" con los artículos 29 de la Constitución Nacional; 103 y 105 del Código Penal; 1, 9, 14, 21, 22, 44, 46, 49, y 153 del Código de Procedimiento Penal; y 4, 6, 89 y 305 del Código de Procedimiento Civil.

Con este enunciado de ataque, sin dificultad se aprecia la falta de claridad de la propuesta impugnatoria de cara a la causal que se aduce en la demanda, puesto que al referirse transgredidas las disposiciones constitucionales y legales que amparan el debido proceso, resultaba imperativo tener que invocar un motivo de casación distinto, así como desarrollar y demostrar el cargo de manera autónoma, lo cual ni siquiera es intentado en el escrito, generando confusión sobre el verdadero alcance que se pretende dar a la censura, al punto de no saberse si lo perseguido es la exoneración de la obligación indemnizatoria impuesta por el fallo, su reducción, o la anulación de lo actuado por haberse transgredido garantías fundamentales.

Y aun cuando pareciera que el desacierto obedece a un simple error de cita de las disposiciones sustanciales aplicadas indebidamente por el sentenciador, aparece de bulto que la pretensión invalidatoria se encamina por otra distinta de la anunciada, lo cual se colige de la reiterada referencia a necesidad de protección al debido proceso legal, con base en la denuncia de haber incurrido los funcionarios a cargo del asunto en errores in procedendo, por irregularidades en el rito de vinculación como tercero civilmente responsable, de la empresa Transportadora "Rápido Tolima S.A.".

No de otra manera puede ser entendida la siguiente afirmación, por demás indemostrada:

"Tan singular es la vulneración de los anteriores preceptos (los artículos 29 de la Constitución Nacional; 103 y 105 del Código Penal; 1, 9, 14, 21,

22, 44, 46, 49, y 153 del Código de Procedimiento Penal; y 4, 6, 89 y 305 del Código de Procedimiento Civil), que hacen constitución de norma o instituto, que en fórmula de señalamiento, observemos que el Juzgador en sede de juzgamiento, ordena la notificación al tercero civilmente responsable de acuerdo a la ley, situación que está reforzando nuestro argumento de integración, pues se ampara en presupuesto procesal, de suyo, civil, más sin embargo tal deseo del operador de la norma es incumplido en los restantes casos y eventos de demanda y en suma no se ofrece el lleno de requisitos y presupuestos para la debida vinculación del tercero civilmente responsable" (fl. 167 con. Tribunal)

O la siguiente, de la misma factura de la que precede, en donde sin lugar a dudas se establece la pretensión por denunciar transgresiones al debido proceso y que a esos propósitos se hace referencia al artículo 29 de la Carta Política y disposiciones legales sobre el tema:

"Otra consecuencia del principio de integración es la observancia de las formas de vinculación del Tercero Civilmente Responsable. El Juzgador parte del supuesto de la vinculación procesal. Allí también erró. No atendió las normas sustantivas y procedimentales en la materia. Se trata Señores Magistrados de la vinculación procesal de un tercero respecto a una pretensión, por manera que se debe aceptar la demanda en su contra, situación que jamás se presentó en el proceso, aunque el Juzgador parta del supuesto contrario, y obsérvese que sólo, únicamente en sede de juzgamiento se realizó en debida forma la notificación de la aceptación de la demanda, pero de la demanda de parte civil, no de la demanda contra el Tercero Civilmente Responsable. Nótese como en todas las decisiones sobre aceptación de la parte civil, se acepta la demanda en parte civil y solo se cita al tercero. Error. No se vincula a un tercero por la citación sino por la aceptación de la demanda contra él. Ello no ocurrió. Se violó la ley sustancial al partir del supuesto de la vinculación cuando jamás y en presupuesto, jamás repito, se aceptó demanda contra el tercero, como lo ordena la ley" (fls. 168 y ss. con. Tribunal).

Y como si lo expuesto no fuera suficiente, la desviación del cargo hacia causal distinta de la cual se dijo partir queda patentizada con otra referencia que en ese sentido es expuesta en la demanda, relacionada fundamentalmente con la ausencia de autorización expresa de los poderdantes hacia los abogados que instauraron las demandas indemnizatorias para que solicitaran al juzgador la vinculación del tercero civilmente responsable:

"De la mera lectura del poder para la constitución de parte civil dentro del proceso penal se observa la conducción del 'ius postulandi' y de representación, a nombre del poderdante y de los hijos, respectivamente; no obstante se realiza un señalamiento genérico del tercero, como si en materia civil existiera la responsabilidad por accesión".

"De suyo la vulneración es evidente, cuando al desatender las normas civiles en la materia, de Procedimiento Penal, Penal y de Procedimiento Civil, se otorga una indemnización, que corresponde más bien a un enriquecimiento sin justa causa" (fls. 169 y ss. con. Tribunal).

Este otro argumento de discrepancia propuesto contra el fallo, indudablemente se ubica dentro del motivo de nulidad previsto por el artículo 140-7 del Código de Procedimiento Civil "cuando es indebida la representación de las partes", denunciable al amparo de lo establecido por el artículo 368-5 del Código de Procedimiento Civil.

Es así como queda evidente que no empecé enunciarse el cargo por vía de la violación directa de la ley sustancial, el posterior desarrollo se enfila por el camino de denunciar transgresiones al debido proceso, con lo cual se viola el principio de autonomía de las causales de casación convirtiéndose la alegación en una mezcla de conceptos de imposible entendimiento, por resultar contradictorios dado que el fallo no pudo haber sido proferido en un juicio legal e ilegal al mismo tiempo.

Además de esto, al aducirse la violación directa de la ley sustancial, por aplicación indebida, forzoso resultaba tener que individualizarse las disposiciones erróneamente seleccionadas y finalmente aplicadas por el juzgador, cuyos efectos se materializan en la parte dispositiva del fallo impugnado, y demostrarse cómo estas normas no contemplan la situación fáctica demostrada en el proceso, debiendo señalarse al tiempo aquellas en concreto que estando llamadas a regularlo, no fueron aplicadas en la sentencia, formulándose en todo caso una proposición jurídica completa, nada de lo cual siquiera se ensaya en la demanda.

Salvo la genérica referencia a las disposiciones de los Códigos Civil y de Procedimiento Civil sobre el tercero civilmente responsable, para sostenerse que ellas han debido considerarse en el fallo por el juzgador, en la demanda no se indica, ni mucho llega a ser demostrado, por qué las normas aplicadas por el sentenciador no regulan el caso sub judice, ni se exponen razones por las cuales, prescindiendo de las disposiciones aplicadas en la sentencia, las echadas de menos sí logran solucionar adecuadamente el asunto en debate.

Pero es que ni siquiera atendiendo tan particular modo de concebir el instituto, del contenido del libelo sustentatorio del recurso logra desentrañar la Corte que la pretensión apunte a demostrar la falta de aplicación de la ley sustancial, no la aplicación indebida como se anuncia, ya que aún bajo este supuesto de ataque, la fórmula de censura se mantiene en el solo enunciado.

Lo anterior, en cuanto es el mismo censor quien se dedica a demostrar la obligación legal existente de reparar los perjuicios ocasionados con el delito, la cual se extiende a aquellas personas que sin haber realizado la

conducta típicamente antijurídica y culpable, han de responder patrimonialmente por las consecuencias derivadas del hecho ajeno, por existir vinculaciones legales o contractuales con los sujetos activos del comportamiento punible: como también a señalar la posibilidad establecida en la ley de rito de que la indemnización pueda perseguirla el afectado dentro del proceso penal que se siga contra el autor del hecho, mediante la vinculación a la actuación del tercero llamado a indemnizar por la conducta ajena, a fin de lograr que el monto de la obligación sea declarado en el fallo penal.

En este sentido pertinente es recordar lo sostenido en la demanda sobre el tema en comento:

"El Tercero Civilmente Responsable en el Derecho Procesal Penal. Se ha dicho, la responsabilidad derivada del hecho punible afecta a quien o quienes realizaron el hecho, sin embargo, puede gravar también a otras personas que sin haber realizado el hecho o participado en su comisión, deben indemnizar los perjuicios en virtud de una obligación legal o contractual con las personas que efectiva y directamente realizaron el hecho o con los terceros que deben responder civilmente" (fls. 155 y ss. cdno. Trib).

Para exponer seguidamente que "la acción civil para la indemnización de perjuicios materiales y morales causados por el delito, por razones de economía procesal y de comunidad de la prueba, puede ejercerse, en contra del responsable civil, dentro o fuera del proceso penal a elección del demandante, así lo establecen los artículos 43 y 149 del Código de Procedimiento Penal, y puede ser ejercida no sólo en contra de los penalmente responsables, sino eventualmente en contra de aquellas personas que sin haber participado en la comisión del hecho punible tengan la obligación de indemnizar los perjuicios conforme al Código Civil, es decir, los terceros civilmente responsables" (fls. 161 y ss. cuad. Trib).

A la misma conclusión sobre la imprecisión del eventual reproche por exclusión de la ley sustancial -el cual, como se anotó, podría colegirse del tratamiento particular que se da en el desarrollo del cargo- ha de llegarse luego de analizar la referencia que en la demanda se hace sobre la evolución legislativa, jurisprudencial y doctrinaria del instituto del tercero civilmente responsable dentro del proceso penal, y el señalamiento de la posibilidad contemplada en la ley de ser vinculado como parte para que responda patrimonialmente por los perjuicios causados con el delito cometido por otro, pues todo ello no conduce a otra cosa que reforzar el planteamiento sobre que los juzgadores penales no omitieron aplicar las disposiciones que gobiernan el tema de la responsabilidad civil del tercero.

De ahí que se afirme también la incorrección de la propuesta, pues, además, desde la perspectiva de la violación directa de la ley por exclusión, tampoco aparece claro cómo pudieron los juzgadores dejar de aplicar

las disposiciones sustantivas civiles que regulan la responsabilidad patrimonial por el hecho ajeno, máxime si se toma en cuenta que fue precisamente en cumplimiento de estas normas que en el fallo se irrogó condena indemnizatoria contra la empresa "TRANSPORTES RAPIDO TOLIMA S.A.", a favor de los perjudicados por el hecho cometido por uno de los conductores de ella, así como haberse declarado que el resultado trágico se produjo por no haberse mantenido en óptimas condiciones de seguridad el vehículo del siniestro, afiliado a esa sociedad.

Pero la falta de claridad en la propuesta impugnatoria no termina en los aspectos que vienen de ser destacados por la Sala, toda vez que perdiendo aún más el norte hacia el cual se anunció haber partido en la enunciación del cargo por aplicación indebida de la ley sustancial, el actor concentra la mayor parte de su atención a denunciar que el contenido de la sentencia proferida en contra de la empresa que representa no guarda consonancia con las pretensiones aducidas en las demandas de constitución de parte civil, lo cual, en su opinión, constituye trasgresión de lo previsto por el artículo 305 del Código de Procedimiento Civil, en posición que indudablemente origina mayor perplejidad por comportar inmotivadamente un salto a otro motivo de casación, que debió postular de modo separado.

Si bien la Corte ha reconocido que cuando el recurso extraordinario tiene por finalidad controvertir exclusivamente la condena indemnizatoria, resulta intrascendente el desacierto técnico de aducir la causal primera de casación regulada por el artículo 220 del Código de Procedimiento Penal, debiendo acudirse a las previsiones de idéntico modo hace el artículo 368-1 del Código de Procedimiento Civil, bajo el entendido de que en ambas legislaciones este motivo corresponde a un mismo fundamento teórico, también es completamente cierto que esta interpretación jurisprudencial no autoriza la posibilidad en sede casacional de entremezclar la indistinta proposición de causales contempladas en cada uno de estos ordenamientos procesales, pues de hacerse ello la censura se convierte en una mixtura inconciliable de imposible solución, lo cual, por supuesto, conduce a la desestimación del cargo en estas condiciones postulado.

Por esto, la Sala expresamente ha sostenido que "en modo alguno puede aceptarse que no obstante formularse el reparo por un determinado motivo legal, en la exposición demostrativa se desvíe la censura hacia otra causal, pues en estos casos no solamente se está frente a un yerro técnico en cuanto a la precisión literal de la causal invocada, sino que, como sucede en este caso, la falencia judicial alegada -error in iudicando- que corresponde a la causal primera, termina demostrándose por una distinta, ya que el hecho de haber proferido el Tribunal un fallo disonante o incongruente con las pretensiones de la Parte Civil, constituye un error in procedendo, lo que de suyo implica una causal de naturaleza y contenido estrictamente civil, pues mediante ella se pretende corregir un eventual exceso de la sentencia frente a las aspiraciones patrimoniales que se dis-

cuten dentro de la relación jurídico procesal" (sentencia casación sep. 25/97, M. P. Dr. Gálvez Argote).

En este defecto técnico insalvable se ubica el casacionista, al desatender los lineamientos establecidos para la adecuada postulación del recurso extraordinario, pues de modo expreso señala que "como consecuencia de lo afirmado resulta claro que el juez al fallar la responsabilidad civil de tercero civilmente responsable se encuentra sujeto a los principios que la legislación civil consagra, en especial el de la congruencia, es decir que la sentencia proferida deberá estar en consonancia con los hechos y las pretensiones aducidos en la demanda y no es posible condena al demandado por cantidad superior o por objeto distinto del pretendido en la demanda, no por causa diferente a la invocada en esta" (fl. 167 cdno. Tribunal).

Para concluir luego, que "en aplicación de la norma de integración, en resalto, para el Tercero Civilmente Responsable, y atendiendo su fuerza vinculante, ocurre la aplicación del art. 305 del Código de Procedimiento Civil que dispone que la sentencia debe estar en consonancia con los hechos y pretensiones aducidas en la demanda y que no podrá el juzgador condenar al demandado por cantidad superior o por objeto distinto del pretendido en la demanda. Obsérvese que a todas luces estos límites precisos fueron desatendidos por el Juzgador" (fls. 165 y ss. cdno. Tribunal), con lo cual patentiza la desviación de la censura hacia un motivo de casación distinto del invocado, agravado el desacierto por estar comprendido el reproche en un ordenamiento procesal diverso del que le sirve de sustento al actor (art. 368-2 del Código de Procedimiento Civil).

Es tal la equivocada concepción que del instituto extraordinario se refleja en el libelo sustentatorio del recurso, que ni aún en el evento, remoto por cierto, de que la Corte pasara inadvertidas las falencias que el escrito presenta, suficientemente destacadas, y supusiera que la inconsonancia entre las demandas de constitución de parte civil y el fallo, se denuncia al amparo de la causal correspondiente del Código de Procedimiento Civil como lo ordena el artículo 221 del Código de Procedimiento Penal, la demanda no logra demostrar su configuración en el proceso, como es destacado por la Delegada en opinión que la Sala comparte:

"Obsérvese -dice el Concepto- que el casacionista no hace alusión, siquiera, a todas las pretensiones expresadas en las demandas de parte civil, ni identifica la cuantía de los perjuicios en todas ellas expresada, ni confronta esas manifestaciones de los perjudicados respecto de sus expectativas patrimoniales con la decisión específica contenida en la sentencia. Solamente alude, de una manera general, a algunas de las demandas presentadas y a varias de las pretensiones que se han debido resolver en la sentencia impugnada", lo cual, agregaría la Corte, comporta omisión manifiesta en la carga de demostrar la real configuración de la segunda cau-

sal de casación establecida por el Código de Procedimiento Civil, condiciones éstas que indudiblemente determinan la improsperidad del reproche como así será declarado en la parte resolutiva de esta decisión.

Dígase, por último, además de todo lo expuesto hasta el momento por la Sala, que la demanda no llega a acreditar que la sociedad "Transportes Rápido Tolima S.A.", vinculada al proceso como tercero civilmente responsable, no fue notificada del auto admisorio de la demanda de constitución de parte civil en la cual se pidió su vinculación, pues si bien la actuación indica que formalmente no existe un tal acto de enteramiento, es lo cierto que con ocasión de las comunicaciones enviadas a esos propósitos, el Gerente y Representante Legal de la referida Compañía Transportadora se apresto a otorgar poder a un profesional del derecho para que representara los intereses de la empresa, a quien de inmediato se le reconoció personería para actuar, y en ejercicio de la facultad de intervención, impugnación y contradicción, la primera actuación fue la de recurrir el proveído mediante el cual fueron admitidas algunas de las demandas de parte civil presentadas, posteriormente pidió pruebas, controvirtió las allegadas, llegando incluso a apelar la resolución acusatoria, el fallo de primer grado, e interponer recurso de casación contra la sentencia de segunda instancia.

Por esto, con acierto opina la Delegada que "No hay frente a este punto, irregularidad que determine nulidad y la referencia del censor a este respecto resulta equivocada pues, prescindiendo de las normas penales que regulan la materia, pretende que se surta la notificación con la aceptación de la demanda, al tenor de las normas previstas en el Código de Procedimiento Civil. Pasa por alto, de esta manera, que si bien con las demandas se persigue la indemnización de perjuicios, este trámite se adelanta dentro de un proceso penal y por ello el rito debe ceñirse a las normas que en éste se establecen y, sólo por excepción, se pueden aplicar las disposiciones del ordenamiento procesal civil, cuando sea necesario suplir los vacíos que se adviertan y no resulten contrarias al procedimiento penal, según está previsto en las normas rectoras del Código de Procedimiento Penal, de prevalente aplicación sobre las demás disposiciones de esta normatividad".

Así las cosas, por el lado que se mire la actuación procesal en relación con el tercero civilmente responsable, contrario a lo afirmado en la demanda, las garantías fundamentales del derecho de defensa y el debido proceso aparecen cabalmente respetadas.

3.- Cargo Segundo

Como ya se dijo en el capítulo dedicado al resumen de la demanda, este cargo -subsidiario del primero- se postula al amparo de la causal primera de casación prevista en artículo 220 del Código de Procedimiento Penal, y se enuncia como violación indirecta de la ley sustancial al haber incurrido

el juzgador en error de hecho por falso juicio de identidad en la apreciación probatoria.

No menos desacertado resulta el tratamiento que en la demanda se brinda a este reproche, pues nuevamente se hacen afirmaciones generales sin llegar a intentarse su demostración como es de cargo hacerse en sede casacional, lo cual muestra, en cambio, una peculiar manera de concebirse el instituto extraordinario al cual se acude y del mismo modo el particular entendimiento del motivo invalidatorio que es propuesto.

Cuando era de esperarse que se demostrara qué en concreto dice el medio probatorio indebidamente apreciado, qué dijo de él el juzgador poniéndolo a decir algo que objetivamente no se desprende de su contexto, cuál la repercusión de un tal desacierto en la parte resolutiva del fallo en cuanto hace a la condena indemnizatoria, que se acreditara cómo la sentencia habría sido de distinto contenido de no haberse cometido el yerro, y que se concluyera el reproche formulando a la Corte una propuesta de solución acorde con lo invocado, desarrollado y demostrado en la demanda, como corresponde hacerse cuando se invoca falso juicio de identidad en la apreciación probatoria, lo perseguido en últimas con su enunciación es una revaloración probatoria integral por fuera de las instancias ordinarias del proceso, ajena por completo a los fines para los cuales ha sido establecido este medio de impugnación extraordinaria.

En este sentido pertinente resulta destacar, como sin indicarse en concreto la prueba sobre la que se concretó el yerro, en la demanda se hace la siguiente afirmación:

"El Juzgador al apreciar las pruebas le ofrece a algunas de ellas, y en su conjunto a todas, un sentido que no corresponde a su contenido fáctico, excediendo la capacidad de demostración que la prueba apunta, de tal manera que al realizar el falso juicio de identidad, otorga un sentido a la prueba que no corresponde a su contenido fáctico y al hacerlo, produce una verdad procesal, en su decisión, diverso del contenido de la misma".

Es de resaltar, además, que del libelo no se colige con claridad si lo pretendido con la interposición del recurso es la exoneración de responsabilidad a la empresa vinculada al proceso como tercero civilmente, o que se reduzca el monto de la indemnización obligada a pagar por el fallo que se impugna, puesto que indistintamente se menciona la ocurrencia del caso fortuito como causa liberadora de la obligación, el hecho exclusivo de un tercero, la compensación de culpas, y la falta de correspondencia entre lo declarado en la sentencia, el monto de indemnización dictaminado por el perito, y lo consignado en las pretensiones de las demandas de constitución de parte civil.

Mírese a este respecto, cómo luego de mencionarse tangencialmente la violación de "normas sustanciales, como las antes detalladas y las refe-

rentes a la compensación de culpas, que fueron interpretadas en falso juicio de identidad" (sic), seguidamente se expone lo siguiente:

"En suma, al haber realizado tal apreciación (interpretación falsa, error manifiesto de hecho, falso juicio de identidad) llegó, como en efecto llegó, a una conclusión diversa de la que corresponde, la cual era la de estructurar la responsabilidad civil del tercero que conlleve a una posibilidad de cuantía diversa a la realizada por el juzgador, toda vez que, con respecto al tercero civilmente responsable, es de interés cuantificable de indemnización, lo solicitado como pretensión, lo señalado en la cuantificación técnica y en cuanto no exista con respecto al factum hecho o circunstancia que exonere de responsabilidad al tercero; el peritaje y las pretensiones económicas por (vía civil) arroja realidad diversa a la contemplada por el juzgador, además la posibilidad de la ocurrencia de hecho exonerador que haría, como en efecto debió hacer, una disminución de la cuantía indemnizatoria o una posible variación de la responsabilidad, a punto de inexistencia de la misma por la exoneración, al ofrecer circunstancia que así lo demuestre, como en efecto se demuestra. Al estudiar en conjunto los hechos y las pruebas que los recogen, el juzgador haría tasación de indemnización bien que diversa de la realizada o la respectiva determinación de exoneración, en evento de falso juicio de identidad, error de hecho que llevó a la violación indirecta de la ley sustancial" (?).

Sucede además, que inopinadamente en la demanda se pretende atribuir unilateral alcance al artículo 2357 del Código Civil en lo atinente a la reducción de la indemnización por concurrencia de culpas, la que se hace depender de cotejar la actividad negligente e imprudente llevada a cabo por el conductor del bus José Humberto Solano González, con la actitud negligente de la empresa vinculada como tercero civilmente responsable al no verificar el verdadero estado de mantenimiento del rodante, cuando el cabal entendimiento del precepto que se aduce como transgredido supone una imprudente exposición al daño por parte de la víctima, lo cual, además, por parte alguna se acredita.

Por estos motivos con razón el Procurador conceptúa que "la propuesta de un falso juicio de identidad se queda en el simple enunciado, pues el desarrollo de la censura refleja con claridad que se desconocieron las razones de los fallos de primera y segunda instancia -que se integran en lo que son comunes- y sólo pretende desvirtuar la responsabilidad del tercero civilmente responsable, con el argumento de la ocurrencia de un caso fortuito, sin alusión concreta a pruebas que fundamenten dicho quebranto indirecto a la ley, pues genéricamente se refiere a 'todas' las probanzas recaudadas"

Así las cosas, al no cumplirse con la carga de acreditar el error de hecho por falso juicio de identidad en la apreciación probatoria, el cual es propuesto en la demanda, ni indicarse a la Corte el sentido de la decisión

a adoptar en caso de demostrarse el desacierto que se persigue denunciar, no cabe más alternativa que desestimar la censura.

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

RESUELVE:

NO CASAR la sentencia impugnada.

Cópiese y devuélvase al Tribunal de origen.

Cúmplase.

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

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

UNIDAD DE DEFENSA/ DEFENSOR

En virtud del principio de unidad de defensa que rige el procedimiento penal, cada sindicado solo puede tener un defensor por proceso, sea cual fuere el número de hechos punibles investigados, su naturaleza, o la complejidad del asunto. La sistemática de las normas que regulan el estatuto de la defensa técnica, y la disposición contenida en el artículo 144 del estatuto procesal penal, modificado por el 23 de la ley 81 de 1993, que prohíbe a los apoderados principales y suplentes actuar de manera simultánea, así lo indican.

Sentada esta premisa, no cuesta trabajo entender que en tratándose de procesos acumulados, el principio de unidad de representación profesional mantiene su vigencia, pues en éstos casos, por mandato expreso del artículo 95 del Código de Procedimiento, las actuaciones en desarrollo de la acumulación corresponden a un solo proceso, para todos los efectos.

Esto significa que a partir de la ejecutoria de la decisión que ordena la acumulación de las causas, el procesado solo puede disponer de un defensor, debiendo ser él, en principio, quien lo designe. Pero como esto no siempre ocurre, o resulta posible, surge para el juzgador la obligación de determinarlo, tomando en cuenta para el efecto pautas de solución racional, como el de supremacía según se trate de abogados de confianza, defensores públicos o de oficio, y cuando este criterio no pueda ser tenido en cuenta por hallarse los distintos abogados en igualdad de condiciones frente a la naturaleza jurídica de su designación, el aplicado deberá velar por la garantía del ejercicio pleno de la defensa.

El carácter prevalente del defensor de confianza sobre el defensor público o de oficio, surge de la condición supletoria de los últimos, en cuanto su designación solo es posible cuando no ha sido nombrado uno de índole contractual.

En las anotadas condiciones, si el procesado viene siendo representado por un abogado de confianza y uno de oficio, debe preferirse el primero, pero si ambos son de confianza, público, o de oficio, debe ser

seleccionado, en los dos primeros casos, el que el procesado disponga, y en el último, aquel que a juicio del juez garantice mejor el cumplimiento de la gestión de defensa, criterio que también deberá aplicarse cuando en los dos primeros supuestos el interesado no haga la designación.

Proceso No. 12133

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal

Aprobado acta No.38

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

Santa Fe de Bogotá. D. C., diecisiete de marzo de mil novecientos noventa y nueve.

Resuelve la Corte el recurso extraordinario de casación interpuesto contra la sentencia de 14 de marzo de 1996, mediante la cual el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué condenó al procesado Wilson Ramírez Peña a la pena principal de 41 años de prisión como autor responsable de los delitos de homicidio agravado y porte ilegal de armas de fuego de defensa personal, dentro de las causas acumuladas Nos.7950 y 2582.

HECHOS Y ACTUACIÓN PROCESAL.

1. Causa No.7950

El 7 de junio de 1993, en la Vereda Isabella, Corregimiento de San Juan de la China del Municipio de Ibagué, Wilson Ramírez Peña disparó en repetidas ocasiones su arma de fuego contra Jamir Rodríguez Montaña, causándole la muerte.

Vinculado Ramírez Peña al proceso mediante declaración de persona ausente, y resuelta su situación jurídica, la Fiscalía, por auto de 14 de marzo de 1994, profirió en su contra resolución acusatoria por los delitos de homicidio agravado y porte ilegal de armas de fuego de defensa personal, conforme a lo previsto en los artículos 29 y 30.7 de la ley 40 de 1993, y 1º del Decreto 3664 de 1986, acogido como legislación permanente por el Decreto 2266 de 1991 (fls. 92, 105 y 131-1).

2. Causa No 2582

El 8 de mayo de 1994, en desarrollo de un operativo militar realizado en la finca "El Paraíso", ubicada en la Vereda Chembe, jurisdicción del Municipio de Ibagué, unidades del Batallón Contraguerrilla No.6 "PIJAOS", capturaron a Wilson Ramírez Peña, hallando en su poder un revólver Smith & Wesson, 38 largo (fls.1, 24).

Iniciada la investigación por estos hechos, la Fiscalía escuchó en indagatoria a Ramírez Peña, resolvió su situación jurídica y, mediante proveído de 25 de octubre de 1994, profirió resolución de acusación por el

delito de porte ilegal de armas de fuego de defensa personal, acorde con lo establecido en el citado artículo 1º del Decreto 3664 de 1986 (fls.13, 26 y 72).

3. Acumulación y actuación subsiguiente

Por auto de enero 18 de 1995, el Juzgado Décimo Penal del Circuito de Ibagué dispuso la acumulación de las causas que vienen de ser referidas y la homogeneización de las actuaciones procesales (fls.219 causa 7950 y 86 causa 2582), cumplido lo cual se dio inicio a la vista pública, en cuyo trámite actuó como defensor del sindicado quien se venía desempeñando como tal en el proceso No.7950.

En el desarrollo de esta diligencia, el aludido profesional dejó constancia en el sentido de que el otro defensor no había sido citado a la audiencia, pero que asumía la representación del sindicado en ambos asuntos con el propósito de prevenir cualquier nulidad de la actuación. El acta de la audiencia pública registró este aparte de su intervención en los siguientes términos:

"A continuación debo referirme al proceso acumulado de porte ilegal de armas de uso personal del cual mi defendido hace unos instantes se declaró responsable de él y como infractor del Decreto 3664 de 1986. Debo referirme a este proceso aunque quiero dejar en claro lo siguiente: no soy su defensor en este el defensor es el Dr. Gustavo Adolfo Villanueva, pero para evitar una posterior nulidad por falta de defensa técnica, la que entre otras cosas brilló a través de todo el proceso como podemos observar el defensor de oficio no presentó alegación de conclusión, ni siquiera se notificó de la resolución acusatoria y posteriormente ninguna actividad ejerció en defensa de su prohijado. El señor Wilson Ramírez Peña y este modesto servidor, estamos convencidos de la probidad, del equilibrio y del juicio sano y muy jurídico que el señor presidente hará al momento de fallar manifestamos que estamos interesados en corregir esta anomalía procesal, para lo cual el señor Wilson Ramírez Peña se permitirá ratificarme, no ratificarme, sino concederme la facultad de ejercer su defensa en estas sumarias. Atendiendo a la petición que acaba de hacer el señor defensor, el Juzgado concede la palabra al señor Wilson Ramírez Peña para el efecto indicado, de suerte que el señor Ramírez Peña hace las siguientes expresiones: le doy poder al doctor Edgar Ardila Lozada para que me defienda por el porte ilegal de armas y el Juzgado le da posesión del cargo al doctor Edgar Ardila Lozada y se prosigue la audiencia..." (fls.316 y vto.-1).

Concluida esta diligencia, el Juzgado de conocimiento, mediante sentencia de 13 de septiembre de 1995, absolvió a Ramírez Peña del delito de porte ilegal de armas de fuego de defensa personal investigado en la causa No.7950, y lo condenó por los otros delitos objeto de las acusaciones a la pena principal de 41 años de prisión, y la accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas por 10 años (fls.325-1).

Apelado este fallo por la defensa, el Tribunal Superior de Ibagué, mediante el suyo de 14 de marzo de 1996, que ahora es objeto del recurso extraordinario, lo confirmó en todas sus partes (fls.3-2).

LA DEMANDA

Con fundamento en la causal tercera de casación, el recurrente acusa la sentencia impugnada de haber sido dictada en un juicio viciado de nulidad, por violación del derecho de defensa técnica, que surge de la inasistencia a la audiencia pública del defensor de oficio designado en la causa No.2582, y del desconocimiento del contenido de los artículos 18, 161 y 452 del estatuto procesal.

La audiencia pública, como acto supremo que cierra el debate público, debe aglutinar todos los sujetos procesales, siendo forzosa la intervención del fiscal, los defensores y el procesado privado de libertad, de tal manera que su inasistencia afecta la validez de la actuación.

En el caso sub judice, está probado que el doctor Gustavo Adolfo Villanueva, quien ejercía la defensa en el proceso acumulado por porte ilegal de armas, no asistió. Y dejó de hacerlo porque no fue notificado en debida forma de la decisión de citación para audiencia, informalidad que a su vez vulnera el artículo 186 ejusdem.

La inasistencia del defensor a la audiencia, quebranta las bases estructurales del proceso. La doctrina y la jurisprudencia han sido consonantes en afirmar que la vista pública no puede iniciarse si los sujetos procesales indicados en el citado artículo 452, no se encuentran reunidos y dispuestos a realizarla.

Muy seguramente la intervención del abogado no hubiese incidido en un resultado procesal distinto del adverso a los propósitos del sentenciado, pero no pueden desconocerse los motivos que llevaron a éste a permanecer armado en la región. De todas maneras, aunque este acto irregular no socava las bases estructurales del proceso, no se puede permitir que actos de esta naturaleza desconozcan el sistema jurídico imperante y el equilibrio social.

En síntesis, la inasistencia del defensor a la audiencia pública vicia de nulidad la actuación a partir del auto de fijación de fecha para su realización, por afectación del derecho de defensa y violación del artículo 29 de la Constitución Nacional. Por consiguiente, debe ser casada la sentencia y declarada la nulidad del proceso para que se proceda a su reposición.

CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

El Procurador Tercero Delegado cuestiona el aspecto técnico de la demanda, pues argumenta que el casacionista, a lo largo de la presentación

del cargo, alude a la vulneración del principio de lealtad procesal, a la inexistencia de los actos procesales, y la obligación del defensor de asistir a la audiencia pública, como probables irregularidades de carácter sustancial que afectan el debido proceso, pero no es claro en su cuestionamiento, ni hace esfuerzo alguno en demostrar su naturaleza y consecuencias.

Motu proprio, analiza el contenido del proceso con el fin verificar la existencia de posibles nulidades, acorde con las afirmaciones de la demanda, no habiendo advertido irregularidad alguna en la designación de los defensores del procesado, ni en la dejación del cargo de quien venía apoderándolo en el proceso por porte ilegal de armas.

Afirma que al obtenerse la acumulación de las causas, y existir en una de ellas un defensor contractual y en la otra uno de oficio, la intervención del primero enervaba la actuación del último, en cuanto que, según las normas procesales, la acumulación tiene como efecto la conformación de un solo proceso, y por consiguiente, la unidad de defensa, que implica la unidad de representación profesional.

En estas condiciones, debe entenderse que el apoderado de confianza asumió la defensa del procesado para los dos asuntos, tomando la actuación en el estado en que se encontraba, tal como quedó al descubierto con su solicitud de acumulación de las actuaciones. De allí que el Juez no tuviera necesidad de citar al defensor que venía actuando de oficio, pues en la práctica, solo existía un proceso.

Es del criterio, por tanto, que se desestime la censura.

SE CONSIDERA

En virtud del principio de unidad de defensa que rige el procedimiento penal, cada sindicado solo puede tener un defensor por proceso, sea cual fuere el número de hechos punibles investigados, su naturaleza, o la complejidad del asunto. La sistemática de las normas que regulan el estatuto de la defensa técnica, y la disposición contenida en el artículo 144 del estatuto procesal penal, modificado por el 23 de la ley 81 de 1993, que prohíbe a los apoderados principales y suplentes actuar de manera simultánea, así lo indican.

Sentada esta premisa, no cuesta trabajo entender que en tratándose de procesos acumulados, el principio de unidad de representación profesional mantiene su vigencia, pues en estos casos, por mandato expreso del artículo 95 del Código de Procedimiento, las actuaciones en desarrollo de la acumulación corresponden a un solo proceso, para todos los efectos.

Esto significa que a partir de la ejecutoria de la decisión que ordena la acumulación de las causas, el procesado solo puede disponer de un defensor, debiendo ser él, en principio, quien lo designe. Pero como esto no siem-

pre ocurre, o resulta posible, surge para el juzgador la obligación de determinarlo, tomando en cuenta para el efecto pautas de solución racional, como el de supremacía según se trate de abogados de confianza, defensores públicos o de oficio, y cuando este criterio no pueda ser tenido en cuenta por hallarse los distintos abogados en igualdad de condiciones frente a la naturaleza jurídica de su designación, el aplicado deberá velar por la garantía del ejercicio pleno de la defensa.

El carácter prevalente del defensor de confianza sobre el defensor público o de oficio, surge de la condición supletoria de los últimos, en cuanto su designación solo es posible cuando no ha sido nombrado uno de índole contractual.

En las anotadas condiciones, si el procesado viene siendo representado por un abogado de confianza y uno de oficio, debe preferirse el primero, pero si ambos son de confianza, público, o de oficio, debe ser seleccionado, en los dos primeros casos, el que el procesado disponga, y en el último, aquel que a juicio del juez garantice mejor el cumplimiento de la gestión de defensa, criterio que también deberá aplicarse cuando en los dos primeros supuestos el interesado no haga la designación.

En el caso sub judice, se tiene que a la fecha de ser ordenada la acumulación de los procesos, fungía como defensor en la causa No.7950, el doctor Edgar Ardila Lozada (fls.206,208,209,219); y, en el proceso No. 2582, el doctor Gustavo Adolfo Villanueva Garrido, el primero de confianza, y el segundo en calidad de defensor oficio (fls.13 y 86).

Al haber sido dispuesta la acumulación, solo uno de ellos podía seguir ejerciendo la defensa del procesado,

y así lo entendió el juzgador de primer grado al disponer, a partir de ese momento, la notificación de las decisiones al doctor Ardila Lozada únicamente, quien, ante el silencio del acusado, estaba en la obligación de asumir su defensa en ambos procesos, por tratarse de su abogado de confianza.

Se equivoca por tanto el censor al plantear como motivo de nulidad del proceso la inasistencia del doctor Villanueva Garrido a la vista pública, si se toma en cuenta que solo uno de los defensores podía intervenir en ella, y que no era precisamente éste, sino el doctor Ardila Lozada, el llamado a hacerlo, por las razones que vienen de ser anotadas.

No puede dejar de precisarse que en el proceso

adelantado por porte ilegal de armas, el sindicado estuvo representado desde su indagatoria por el doctor Villanueva Garrido, quien si bien es cierto no presentó alegación precalificatoria, ni recurrió la resolución de acusación, estuvo pendiente de la suerte del proceso hasta cuando se produjo la acumulación, según puede inferirse de las notificaciones persona-

les visibles a folios 41, 71 y 82 del cuaderno principal. Y en la vista pública estuvo asistido por su defensor de confianza doctor Ardila Lozada, como claramente se infiere del contenido del acta.

El cargo en consecuencia no prospera.

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:

NO CASAR la sentencia impugnada.

Devuélvase al tribunal de origen. Cúmplase.

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

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

CAPTACION MASIVA Y HABITUAL DE DINERO / ERROR EN LA CALIFICACION JURIDICA

El Código de Comercio *vigente para cuando aún se producían las conductas punibles de los procesados que fueron denunciadas y para cuya investigación penal la Fiscalía dictó resolución de apertura de investigación el 7 de julio de 1993*, en su Capítulo VII *Régimen Penal de la Quiebra -la cual definía en su artículo 1937 como el sobreseimiento del comerciante en el pago de dos o más de sus obligaciones comerciales-*, tipificaba unos específicos comportamientos punibles cometidos por el quebrado antes o después de la declaración de quiebra (artículos 1993-2001), *respecto de los cuales y sus conexos la competencia recaía en el Juez civil que conocía de la quiebra (artículo 2003).*

Significa lo anterior, que, conductas diferentes de las descritas en el Código del Comercio entonces vigente, cometidas por el comerciante declarado en quiebra y tipificadas en el régimen penal ordinario, no conexas con las previstas en aquella normatividad, no estaban sujetas al régimen penal de la quiebra, sino al de la preceptiva de los Códigos Penal y de Procedimiento Penal, bajo el cual se emitió la sentencia cuestionada.

Los delitos de captación masiva y habitual de dinero sin autorización legal tipificado en el Decreto 2920 de 1982 y de estafa, no se hallan relacionados en la lista de hechos punibles que requieren de querella como requisito de procedibilidad de la acción penal en el artículo 33 del C. de P.P. Por el contrario, respecto de ellos, prima el principio de oficiosidad de la acción penal, siendo imperativo para el órgano judicial, enterado, no solo por la denuncia formulada por algunos de los perjudicados, sino por la misma Superintendencia Bancaria (fls. 2 y 49 cd. ppl. 1), establecer lo sucedido y sancionar a los responsables, de no, se propiciaría la impunidad de hechos que lesionan en gran parte a la comunidad.

La errada calificación jurídica del delito presupone el rechazo a la adecuación de la conducta en un tipo penal y el coetáneo reconocimiento de que esa conducta constituye delito que no se imputó al procesado por el ente acusador y que se halla contemplado y sancionado

en capítulo distinto del libro Segundo del Código Penal. Es pues, un clásico error de procedimiento, que demostrado, comporta la invalidación de la calificación a la luz de la causal 3a. de casación, con efectos desde inclusive la resolución calificatoria.

Mas cuando el tipo penal rechazado aparece atribuido en el acto acusatorio al procesado por el fenómeno del concurso de hechos punibles a la par con el tipo penal que se acepta, y esa calificación se cuestiona por considerar que una de las conductas subsume a la otra, el error judicial de la sentencia no es de procedimiento, sino de aplicación o intelección de la norma sustancial que se afirma contempla la conducta y, puede presentarse, directamente, por la indebida aplicación, o falta de aplicación, o errada interpretación de la norma sustancial; o bien, en forma indirecta, por una errada apreciación de la prueba en cualquiera de sus posibles formas aductibles en casación.

En estos eventos trátase de la violación de normas sustanciales, y el yerro debe alegarse a través de la causal 1a. del artículo 220 del C. de P.P., porque en él subyace, como se ha dicho, el reconocimiento de la legalidad de la acusación, aunque emerge la oposición al criterio de valoración jurídica aplicado para el encuadramiento de la conducta en el tipo legal que se rechaza y vertido así a la sentencia, que de demostrarse, deja incólume la resolución acusatoria y con ella el trámite subsiguiente a excepción del fallo.

Proceso No. 10313

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal

Magistrado Ponente: Dr. *Dídimo Páez Velandia*

Aprobado Acta No.038

Santa Fe de Bogotá, D.C., marzo diecisiete (17) de mil novecientos noventa y nueve (1999).

Decide la Corte el recurso de casación interpuesto contra la sentencia anticipada emanada el 6 de octubre de 1994 del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué, mediante la cual, por parcial revocación de la de primera instancia, se condena a José Guillermo Obregón Hormaza a la pena principal de cuarenta meses de prisión y a la accesoria correspondiente, en calidad de coautor de los delitos de captación masiva y habitual sin autorización legal de dineros y estafa.

Hechos y Actuación Procesal

El 24 de noviembre de 1976, José Guillermo Obregón Hormaza Y Daniel Paris Chiappe inscribieron en la Cámara de Comercio de Ibagué, la

Escritura pública No. 2630 del 19 de los mismos mes y año otorgada ante la Notaría Segunda de esa ciudad, mediante la cual constituyeron una sociedad denominada 'Lonja de Ibagué Capitalización y Seguros Limitada' con objeto social múltiple, que relacionaron taxativamente, pero que no contemplaba la captación masiva y habitual de dineros del público, designando como directivos, en calidad de Gerente A Obregón Hormaza y de su primer suplente a Paris Chiappe.

Estas personas, desde el año de 1980, se dedicaron en la oficina que aparentaba ser de la referida sociedad, establecida en el mismo edificio donde funciona el Banco de la República de esa ciudad, sin autorización de la Superintendencia Bancaria, a captar dineros del público, ofreciendo como incentivo el pago mensual de intereses superiores a los del mercado financiero legalmente reconocido, actividad a la cual respondieron 125 personas, a quienes libraron -pero figurando los dos mencionados como codeudores, en sociedad de hecho paralela a la referida sociedad inscrita en la Cámara de Comercio letras de cambio en garantía de la devolución de sus capitales. Entre tales afectados figuran: Guillermo Valencia y/o Myriam Arana de Valencia, Stella Meneses Duarte y/ Janeth Liliana Martínez, Lilia de los Angeles Cabezas, Odilia Arana de Quiñónez, Gilma Nury de Ortiz y/o Joaquín Ortiz, Josefina Escobar de Salazar y/o Luis Enrique Salazar y Clemencia Echeverry Hurtado, cesando en el pago de intereses y de capitales y declarándose en quiebra a mediados de 1993, lo que provocó la intervención de la Superintendencia Bancaria. Esta entidad, al igual que lo habían hecho varios de los afectados a través de apoderado, formuló denuncia penal, que se adicionó a la primera. El monto de la defraudación ascendió a un guarismo total superior a trescientos millones de pesos.

Para establecer lo sucedido la Fiscalía inició investigación, a la cual vinculó con indagatoria a los dos implicados, a quienes resolvió su situación jurídica con medida de aseguramiento de detención preventiva -que posteriormente fue sustituida por detención domiciliaria- como autores de los delitos de captación masiva y habitual en forma ilegal de dineros y estafa (fls. 113-134 cd. ppl. 1).

En el término de ejecutoria del auto de cierre sumarial los procesados solicitaron audiencia especial con miras a sentencia anticipada conforme al artículo 37-A del C. de P.P., pero esa pretensión no tuvo eco ante la Fiscalía. (fls. 396, 397, 402 y 468). Sin embargo, calificado que fue el mérito de la investigación, con resolución de acusación confirmada el 22 de abril de 1994 (fls. 488 y 537-551), atribuyéndoles los mismos hechos punibles de la resolución definitoria de situación jurídica, el procesado Obregón Hormaza y su defensor solicitaron sentencia anticipada y reconocimiento de rebaja por confesión, manifestando en el mismo escrito petitorio el procesado, aceptar los cargos que le habían sido formulados en la resolución

acusatoria: captación masiva y habitual de dineros sin autorización legal y estafa, en concurso de hechos punibles. (fls. 569 y 576).

En estas condiciones se profirió la sentencia anticipada, en la que no se accedió a la petición de contemplar la confesión como factor de rebaja punitiva, condenándolo a la pena de prisión conocida y dejando de aplicar la pena principal legalmente prevista de multa para el delito de estafa, e igualmente, dejando de aplicar la agravante de la cuantía para la estafa, con el argumento de que en la resolución de acusación ella no le había sido imputada, no obstante que en la reseña de los hechos en la resolución calificatoria de la primera instancia -que la Fiscalía del Tribunal no modificó- se registraron cuantías todas superiores a cien mil pesos, de la defraudación a seis de los afectados con la conducta del procesado *(fls. 593-595, 588 y 488).*

En discrepancia con la dosimetría de la pena, la defensa apeló del fallo de primera instancia, que el Tribunal mantuvo, aunque únicamente revocó el término concedido al sentenciado para indemnizar los perjuicios (fls. 5 y ss. cd. Tr.). También inconforme con la sentencia del Tribunal, el procesado interpuso el recurso extraordinario que ocupa la atención de la Sala.

La Demanda

Cinco son los cargos que formula el abogado de la defensa al fallo de segundo grado:

Primero.- La sentencia es violatoria de normas de derecho sustancial, en forma indirecta, debido al error de hecho en que incurrió el fallador por falta de aplicación. Relaciona como normas transgredidas los artículos 1 á 5 y 21, 26 y 29 en varios de sus numerales del Decreto 2920 de 1982, el Decreto 1981 de 1988 y el inciso primero del artículo 356 del C.P.; también, varias disposiciones de los Códigos de Procedimiento Penal y de Procedimiento Civil, el artículo 29 de la C.N. y, puntualiza, el "artículo 40 de la Ley 153 de 1987" [sic].

Asevera que el Tribunal omitió apreciar la prueba de confesión del procesado y que por ello dejó de reconocerle la rebaja de pena que por este concepto le correspondía. Asegura que en su indagatoria, en la primera ocasión en que compareció al proceso, Obregón Hormaza confesó su incursión en el delito de captación masiva y habitual de dinero sin autorización legal, que fue la única infracción por la que se le interrogó, y que lo hizo sin calificación alguna porque no adujo circunstancias justificantes o excluyentes de responsabilidad. Esa confesión fue el fundamento de la condenación tanto del mismo procesado como del otro sindicado; y, que aquél fue quien convocó a los acreedores y facilitó la documentación sin la cual habría sido imposible establecer "los elementos del punible" confesado.

Destaca el fragmento de la sentencia acusada en que el Tribunal plasma sus razones para desechar como factor de disminución punitiva la confesión del procesado, texto del cual infiere la ilogicidad de la decisión judicial, en cuanto, dice el censor, toma de la confesión sólo lo desfavorable al inculpado otorgándole eficacia para ello y asevera que las demás pruebas allegadas sirvieron solo para confirmarla en lo esencial de sus términos. Si el error de hecho aducido no hubiera ocurrido, el fallador habría otorgado a la prueba de confesión el mérito benéfico que le atribuye la ley procedimental en su artículo 299. Por ende, la sentencia debe casarse para que en fallo de reemplazo se redosifique la sanción.

Segundo.- La sentencia se profirió en juicio viciado de nulidad conforme a los numerales 2 y 3 del artículo 304 del C. de P.P., debido a la falta de competencia de los funcionarios que iniciaron y adelantaron la investigación.

Luego de indicar las diversas y numerosas normas que estima violadas, explica que el 7 de julio de 1993 la Fiscalía correspondiente inició el proceso penal, que en primera instancia culminó con fallo del Juzgado 11 Penal del Circuito de Ibagué, no obstante que coetáneamente en el Juzgado 2o. Civil del Circuito de Ibagué cursaba un proceso por quiebra contra los mismos procesados y por los mismos hechos de aquel asunto, iniciado el 25 de mayo de 1994 (sic); y, que para las mencionadas fechas el funcionario en el que recaía la competencia para la investigación penal era el mismo que adelantaba el juicio civil de la quiebra, según mandato del artículo 2003 del C. de Co., vigente hasta el mes de noviembre de 1993, cuando fue modificado por la Ley 81 de ese año, y que otorgaba la competencia al Juez civil, para la quiebra y los delitos conexos con ella. Añade que la incompetencia abarcó la calificación del sumario al ser adelantada por la Fiscalía de la Unidad de delitos contra el patrimonio, porque ella debía ser realizada por los Fiscales Delegados ante los jueces del Circuito.

Luego de discurrir ampliamente sobre la falta de competencia y su incidencia procesal y recalcar la invalidez de toda la actuación surtida por la rama penal de la jurisdicción en este asunto, solicita la casación de la sentencia, para que se anule todo el proceso penal.

Tercero. La sentencia se dictó en juicio viciado de nulidad en virtud de la existencia de irregularidades sustanciales que afectan el debido proceso y el derecho a la defensa del implicado Obregón Hormaza.

Los procesos tanto penal como civil, fueron iniciados para investigar hechos que venían sucediendo desde 1976 y que aún seguían presentándose en 1992 y que habiendo sido formulada la querella que originó la apertura de investigación penal más de un año después de acaecidos los hechos punibles, esa noticia criminal fue introducida cuando ya la acción penal "se encontraba caducada.". Anota también que la investigación penal se adelantó con referencia a "hechos punibles que requerían declara-

toria de quiebra por ser conexos con ésta y sin que la declaratoria estuviera debidamente ejecutoriada" como lo ordenaban los artículos 29 y 32 del C. de P.P. en concordancia con el 2003 del C. de Co. entonces vigente. Tras reiterar su criterio, la naturaleza del error que dice cometido por el Tribunal y la incidencia del mismo, solicita en el rompimiento del fallo y la consecuente anulación de todo lo actuado en este proceso.

Cuarto.- La sentencia se profirió en juicio viciado de nulidad por preterm isión de las formas propias del juicio, en cuanto se calificó el mérito del sumario "antes de que se hubiera dictado sentencia de graduación de créditos en el proceso de quiebra".

Advierte que el proceso iniciado y fallado con falta de competencia de los funcionarios penales, fue calificado faltando a la legalidad del proceso, por desconocimiento de lo dispuesto en el artículo 2005 del C. de Co., que manda específicamente que esa calificación solo puede llevarse a cabo después de la sentencia de reconocimiento y graduación de créditos; y, como solo debió adelantarse un proceso según los artículos 88 del C. de P.P. en concordancia con los 2003 y 2005 del C. de Co. y por el Juez Civil que conocía de la quiebra, al romperse la unidad procesal con el trámite de dos procesos, y someterse al acusado a una investigación por Juez incompetente, se actuó en detrimento de "las garantías constitucionales del sindicado".

Si el Tribunal hubiera advertido las irregularidades acotadas, de cuya incidencia trata el actor con reiterativos giros, no habría confirmado la sentencia de primer grado sino que habría declarado la nulidad de todo lo actuado, petición que ahora formula a la Corte por medio de este extraordinario recurso.

Quinto. La sentencia se dictó en juicio viciado de nulidad por "error en la denominación jurídica y calificación equivocada e incompleta del mérito del sumario".

Sostiene que la conducta cometida por el procesado y confesada por él fue solo la de captación masiva y habitual de dineros sin autorización legal, y por tanto;

"no podía escindirse jurídicamente en dos, descartándose claros principios de Derecho Penal y desconocer que la finalidad en la conducta es la que determina la adecuación típica".

Hallándose probada como única finalidad de los procesados la de captar dineros del público en la forma que proscribe el Decreto 2920 de 1982, era improcedente atribuirles también el delito de estafa, pues en la adecuación de esas conductas se tuvieron en cuenta elementos estructurales comunes a ambas figuras; al confirmar el Tribunal el fallo de primer grado que hace eco de la acusación fiscal, transgredió la prohibición legal de juzgar dos veces el mismo hecho.

Cuestiona prolijamente la resolución de acusación partiendo de los supuestos categóricos que deben precederla e insiste en que la emitida en este asunto es equivocada, porque además, la judicatura desconoce que los procesados cancelaron "puntual y cumplidamente los intereses de los dineros recibidos en mutuo", no para estafar, porque durante más de diez años cumplieron en esa forma "sin ningún problema". Abundando, critica la inobservancia por el fallador de las circunstancias que llevaron al estado conocido la actividad financiera de los implicados y reitera su punto de vista, analizando los elementos configurativos del delito de estafa, para descartar su ocurrencia.

Califica de "ilegal, equivocada e incompleta" la resolución acusatoria, y considera que el fallador no atendió a la finalidad de la conducta de los procesados. Insiste en que ella solo encajaba en el tipo penal que acepta y reiterando su discrepancia con la calificación sumarial, cuestiona sus efectos en la situación jurídica del implicado.

Tras nuevas reiteraciones explica la naturaleza e incidencia del error que pregona, así como las garantías de orden superior que en su criterio se conculcaron a su poderdante. Considera que de no haber ocurrido el yerro, la sanción se habría impuesto por uno solo de los delitos y habría tenido derecho el implicado al subrogado de la ejecución condicional. Solicita, por consiguiente, se declare la nulidad del proceso a partir e inclusive de la resolución de acusación.

EL MINISTERIO PÚBLICO

Replicando en conjunto a los cargos segundo, tercero y cuarto de la demanda, en los que el censor pregona la nulidad de la actuación, el señor Procurador Segundo Delegado en lo Penal, destaca la falta de razón que caracteriza a todos y cada uno de esos reparos.

Considera que no hubo falta de competencia de los funcionarios de la rama penal de la jurisdicción para adelantar y fallar este proceso, como lo afirma el segundo cargo, porque la competencia del Juez Civil de la quiebra, se extendía para el juzgamiento de los delitos contemplados en los artículos 1993 y ss. del C. de Co. y sus conexos, no para los delitos distintos de aquéllos conexos con la quiebra propiamente dicha, porque además, en el caso concreto se desconocía que existieran conductas punibles de las tipificadas en el C. de Co.. En relación con el cargo tercero, discrepa del criterio del demandante sosteniendo que los delitos juzgados en este proceso no requerían para su investigación del previo requisito de procedibilidad de la querella, por ser conductas autónomas investigables de oficio, respecto de las cuales el artículo 29 del C. de P.P. en ninguna forma presupone esa exigencia. Rechazando la pretensión plasmada en el cargo cuarto, puntualiza que la declaración de quiebra y liquidación de créditos previas a la calificación sumarial se refiere es a los delitos que investiga el Juez de la quiebra, a que se refiere el Código de Comercio.

En cuanto al cargo quinto, encuentra que la errada calificación sumarial propuesta, debió aducirse a través de la causal 1a. del artículo 220 del C. de P.P., por lo que considera, carece el censor de interés jurídico para recurrir la sentencia anticipada. Así mismo, estima la censura carente de razón, porque fueron dos las conductas realizadas por el procesado, de conformidad con la prueba recaudada y los intereses jurídicos afectados con su comportamiento.

Tampoco al cargo primero, apoyado en la causal 1a. de casación hace eco el distinguido colaborador representante de la sociedad, porque se halla, según su sentir expuesto de manera confusa e incompleta, y porque se diluye en desacuerdos con el criterio del fallador. Además menciona como una de las normas violadas el artículo 29 de la C.N. otorgando imprecisión a la censura por ser la trasgresión de este precepto propia de otra causal de casación. No obstante, el funcionario dedica extensos párrafos a desentrañar la falta de razón del alegato, para terminar sugiriendo la desestimación íntegra de las pretensiones que lo conforman.

Consideraciones de la Corte

El principio de prioridad impone la respuesta a la demanda en primer término, sin perjuicio del examen de las irregularidades procesales advertidas por la Corte en la sentencia, que habrán de enmendarse oficiosamente, como lo ordena el artículo 228 del C. de P.P., y que posteriormente se puntualizarán.

Así pues, por la lógica propia del recurso, se estudian de inicio las causas de nulidad aducidas en las censuras basadas en la causal 3a. del artículo 220 del C. de P.P..

Cargo segundo.- Falta de competencia de los funcionarios penales para adelantar el proceso por captación habitual y masiva de dineros sin autorización legal y estafa, porque la competencia radicaba en el Juez civil de la quiebra, en razón de la conexidad existente entre la conducta de quiebra propiamente tal -que investigaba la jurisdicción civil- y los referidos delitos.

Pues bien; el Código de Comercio vigente para cuando aún se producían las conductas punibles de los procesados que fueron denunciadas y para cuya investigación penal la Fiscalía dictó resolución de apertura de investigación el 7 de julio de 1993, en su Capítulo VII Régimen Penal de la Quiebra -la cual definía en su artículo 1937 como el sobreseimiento del comerciante en el pago de dos o más de sus obligaciones comerciales-, tipificaba unos específicos comportamientos punibles cometidos por el quebrado antes o después de la declaración de quiebra (artículos 1993-2001), respecto de los cuales y sus conexos la competencia recaía en el Juez civil que conocía de la quiebra (artículo 2003).

Significa lo anterior, que, conductas diferentes de las descritas en el Código del Comercio entonces vigente, cometidas por el comerciante declarado en quiebra y tipificadas en el régimen penal ordinario, no conexas con las previstas en aquella normatividad, no estaban sujetas al régimen penal de la quiebra, sino al de la preceptiva de los Códigos Penal y de Procedimiento Penal, bajo el cual se emitió la sentencia cuestionada.

En este orden de ideas, el reparo del casacionista expresa, o bien el deseo de especular por especular, o bien, su falta de información, o equivocada intelección de la preceptiva del Código del Comercio, que por los términos claros en que estaba concebida, no admite interpretaciones como la que ofrece para enunciar un reclamo, que obviamente no logra demostrar hablando de conexidad de la quiebra con los delitos juzgados en este proceso, cuando esa interrelación se hallaba referida a los delitos conexos con los tipificados en el régimen de la quiebra del Código de Comercio. Dedúcese entonces, que la competencia para acusar y para fallar este proceso, recaía en los funcionarios que lo hicieron, y por ende, que el proceso fue adelantado dentro de la legalidad.

La objeción pues, ni técnica, ni intrínsecamente puede ser atendida, como acertadamente lo sostiene el Procurador. No prospera.

Cargo Tercero.- A partir de la equivocada pregonada conexidad de que trata el cargo segundo precedente, asevera el actor que la acción penal por los delitos materia de este proceso por ser conexos con la quiebra, solo podía instaurarse por querella de parte y dentro del término para esta forma de noticia criminal; al haber sobrepasado este plazo el denunciante, el derecho de querella había caducado, por lo que la acción no podía iniciarse y el proceso es nulo en su totalidad.

Los delitos de captación masiva y habitual de dinero sin autorización legal tipificado en el Decreto 2920 de 1982 y de estafa, no se hallan relacionados en la lista de hechos punibles que requieren de querella como requisito de procedibilidad de la acción penal en el artículo 33 del C. de P.P.. Por el contrario, respecto de ellos, prima el principio de oficiosidad de la acción penal, siendo imperativo para el órgano judicial, enterado, no solo por la denuncia formulada por algunos de los perjudicados, sino por la misma Superintendencia Bancaria (fls. 2 y 49 cd. ppl. 1), establecer lo sucedido y sancionar a los responsables, de no, se propiciaría la impunidad de hechos que lesionan en gran parte a la comunidad, a lo que tiende el planteamiento de la defensa, que como en el reparo anteriormente examinado, se abstiene de demostrar el supuesto fundamental de su discurso, pues no acredita por qué razón se exigía querella para la investigación en comentario.

Limítose el profesional a extensas disquisiciones tangenciales que en nada pueden modificar la situación de su poderdante, basado en el último

inciso del actual artículo 29 del C. de P.P. según el cual, "solo podrá iniciarse proceso penal por los hechos punibles que requieran declaratoria de quiebra *cuando dicha decisión esté debidamente ejecutoriada", pues mediante la equivocada interpretación de las normas del régimen penal de la quiebra vigentes para la época en que se abrió este proceso, soslayó el hecho evidente de que los delitos materia de la sentencia no se hallaban tipificados en ese especial régimen, como para que requirieran la extrañada declaratoria de quiebra para su investigación, además de que el precepto transcrito, para nada condiciona la investigación de los hechos a que alude a la presentación de querella; vale decir, son investigables de oficio o en virtud de denuncia.*

Sobreentendido que ninguna de las garantías del procesado se vulneró, imperativo resulta declarar que no prospera el cargo.

Cargo Cuarto.- En criterio del casacionista se desconoció la garantía del debido proceso y con ella la del derecho de defensa a su poderdante, porque el proceso fue calificado con inobservancia del artículo 2005 del C. de Co. vigente para la época en que éste se calificó, que disponía que esa calificación solo podía realizarse "después de la sentencia de reconocimiento y graduación de créditos".

El planteamiento, errado como los de las censuras antes examinadas, tiene como punto de partida, también la equivocada intelección del censor, de la preceptiva del régimen penal de la quiebra sistematizada en el Código de Comercio vigente por la época de los hechos, al asimilar a los delitos allí tipificados los que son materia de este proceso penal, los cuales como se sabe, son conductas básicamente diferentes a las de esa preceptiva especial y sometidas al régimen de investigación y juzgamiento por los cauces del estatuto ordinario de procedimiento y punibles conforme al Código Penal.

El planteamiento se cimenta en un planteamiento inatendible por equivocado, sin que para replicarlo sean menester consideraciones hermenéuticas, porque se sustenta en un presupuesto conceptual impertinente.

No prospera el cargo.

Quinto Cargo.- Errada calificación jurídica del delito en la resolución de acusación, porque el comportamiento del procesado era subsumible exclusivamente en la figura típica de la captación masiva y habitual de dinero sin autorización legal -Decreto 2920 de 1982 en concordancia con el Decreto 1981 de 1988-, y no en el concurso de esta figura con la de la estafa por la cual también se le condena.

Lo primero que surge del planteamiento y su desarrollo, en el que subyace un pretendido error judicial de apreciación de la prueba incidente en la aplicación de la ley sustancial tipificadora uno de los delitos, es la falta de interés jurídico para impugnar la sentencia, que si fue anticipada,

ello se debió justa y exclusivamente a la aceptación incondicional por el acusado, de los cargos formulados en la resolución calificatoria, en la que se le imputó, además del delito contra el orden económico y social del Estado, el de estafa en cuantía superior a cien mil pesos, cometido contra una multiplicidad de personas que depositaron y perdieron en sus manos y las de su socio de hecho sus dineros, inducidos en error por los artificios desplegados por ellos a lo largo de varios años de una fingida próspera actividad financiera.

Si libre y voluntariamente el sentenciado aceptó su responsabilidad en los dos hechos punibles y sus connaturales efectos jurídicos, resulta contradictorio que ahora niegue esa responsabilidad bajo el pretexto de la transgresión a la garantía del debido proceso, cuando en rigor lo que aduce es la incursión del fallador en un error jurídico que se habría originado en la errada asunción de la prueba y que se habría materializado en la aplicación de un precepto sustantivo impertinente, situación ésta no discutible a estas alturas del proceso, en cuanto con ella puede perseguirse no la anulación de la calificación, sino la absolución de uno de los cargos aceptados para procurarse la rebaja punitiva reconocida por el artículo 37 del C. de P.P., según pasa a verse.

La errada calificación jurídica del delito presupone el rechazo a la adecuación de la conducta en un tipo penal y el coetáneo reconocimiento de que esa conducta constituye delito que no se imputó al procesado por el ente acusador y que se halla contemplado y sancionado en capítulo distinto del libro Segundo del Código Penal. Es pues, un clásico error de procedimiento, que demostrado, comporta la invalidación de la calificación a la luz de la causal 3a. de casación, con efectos desde inclusive la resolución calificatoria.

Mas cuando el tipo penal rechazado aparece atribuido en el acto acusatorio al procesado por el fenómeno del concurso de hechos punibles a la par con el tipo penal que se acepta, y esa calificación se cuestiona por considerar que una de las conductas subsume a la otra, el error judicial de la sentencia no es de procedimiento, sino de aplicación o intelección de la norma sustancial que se afirma contempla la conducta y, puede presentarse, directamente, por la indebida aplicación, o falta de aplicación, o errada interpretación de la norma sustancial; o bien, en forma indirecta, por una errada apreciación de la prueba en cualquiera de sus posibles formas aducibles en casación.

En estos eventos trátase de la violación de normas sustanciales, y el yerro debe alegarse a través de la causal 1a. del artículo 220 del C. de P.P., porque en él subyace, como se ha dicho, el reconocimiento de la legalidad de la acusación, aunque emerge la oposición al criterio de valoración jurídica aplicado para el encuadramiento de la conducta en el tipo legal que se rechaza y vertido así a la sentencia, que de demostrarse, deja incólume

la resolución acusatoria y con ella el trámite subsiguiente a excepción del fallo.

De esta suerte, una censura como la que se examina, contraviene la preceptiva del recurso de casación por la falta de claridad y precisión exigidas por el artículo 225 del C. de P.P., y debe, también por esta razón, ser desestimada.

Finalmente y por cuanto hace al reproche que se sustenta en la causal 1a. de casación, que constituye el cargo primero de la demanda, en el que se aduce violación indirecta de la ley sustancial, específicamente del artículo 299 del C. de P.P. por omitir el fallador la consideración de la prueba de confesión, esto es, por error de hecho por falso juicio de existencia de la prueba, con efectos perjudiciales a la situación punitiva del procesado y la correlativa transgresión de las normas pertinentes, encuentra la Corte que la objeción no se aviene a la lógica propia de la técnica del recurso extraordinario.

En efecto, si de violación indirecta de la ley sustancial por error de hecho se trata, innúmeras veces han dicho jurisprudencia y doctrina, el casacionista debe indicar el error y desarrollar el reparo demostrando en qué consistió el falso juicio del fallador en el examen de la prueba; sin pasar por alto que debe ser además, trascendente en el sentido o/y alcance del fallo. De estas circunstancias se deduce que debe tratarse de errores objetivos, manifiestos, que posibiliten su enmienda en sede casacional.

El cargo que propone el señor defensor en los términos reseñados, omite toda reflexión sobre las exigencias basilares del motivo de casación que aduce. Lo que se desentraña del contexto del discurso demostrativo, es exactamente lo contrario de lo afirmado al comienzo de la demanda: que la confesión del procesado sí fue apreciada por el fallador, pero que no recibió la connotación requerida como presupuesto de reducción punitiva por haber sido calificada y porque los hechos perjudiciales admitidos en ella fueron comprobados fehacientemente antes de ser rendida, por las demás pruebas recaudadas.

El planteamiento es decididamente contradictorio, pues la confesión no podía ser al mismo tiempo omitida y considerada por el fallador para los mismos efectos. Y habiendo sido apreciada pero con alcances distintos a los que propone el censor, el reproche, no podía plantearse y sostenerse como error de hecho por ignorancia de la prueba, como lo ofrece la demanda, ni como error de derecho por falso juicio de convicción, porque ese medio probatorio carece de tarifación legal y lo que en un cargo como el examinado se cuestiona es la utilización por el juez de las instancias, del principio de la crítica racional de la prueba.

La discusión planteada se redujo, tal como lo enseña el escrito de la demanda, a brindar la discrepancia de criterio del censor con el del fallador

sobre la eficacia de la prueba para demostrar los delitos imputados al acusado y afirmar aquél, que esa prueba no fue calificada y que sirvió de base a la sentencia, contra lo que esta pieza procesal considera al respecto en el sentido de tenerla por calificada y negarle ese alcance para la decisión y sus efectos en la dosimetría penal, perdiendo pues la censura, su ubicación dentro de los motivos de casación que contempla el artículo 220 del C. de P.P., dado que en últimas por lo que propende, es por el caprichoso desconocimiento en sede extraordinaria, de la obligación para el fallador de las instancias consagrada en el artículo 254 del C. de P.P., de evaluar la prueba en conjunto y bajo la crítica racional, como en efecto aconteció en la sentencia cuestionada, cuando desconocimiento tal, puede hacerse a través del recurso utilizado, solo por la ocurrencia de errores como los mencionados, vale decir, cuando los motivos aducidos responden a las causales de casación legalmente establecidas.

De otro lado, resulta llamativo el que a estas alturas del proceso y por la vía de la causal 1a. del artículo 220 del C. de P.P., cuando debió proponerlo y demostrarlo a través de la causal 3a. de la misma norma, insinúe el censor que su procurado no fue interrogado sobre el delito de estafa que aceptó expresamente para obtener la rebaja de pena de la sentencia anticipada, cuando del contexto de la indagatoria se deduce sin dificultad la presencia de los elementos estructurales de ese hecho punible, hasta el punto de que desde la resolución definitoria de la situación jurídica esa imputación también se le formuló, dando lugar a un enteramiento concreto de los cargos de los cuales se le responsabilizaba y debía defenderse. Evidente entonces la nueva inobservancia en la demanda, de los supuestos de técnica y lógica que gobiernan el recurso extraordinario, también advertida por la Procuraduría.

En definitiva, este cargo tampoco prospera.

De la Casación Oficiosa

Una razón traducida en grave irregularidad violatoria del principio fundamental del debido proceso, en cuanto desconoce la legalidad de la pena, porque tocan con su estructura y las bases mismas del juzgamiento, debe glosar la Corte, que por consiguiente, procederá a corregir en atención al imperativo del artículo 228 del C. de P.P.,

El delito de estafa está penalizado en el artículo 356 del C. P. con prisión y multa, hasta de un mil a quinientos mil pesos, ambas como pena principal. Así lo reconoció el fallador de la primera instancia al fijar los presupuestos de la "graduación punitiva" (fl. 588 cit.), pero lo olvidó al momento de efectuar la dosimetría respectiva, omitiendo la imposición de esta sanción, que como la resultante del tópico tratado en precedencia, es imperativo legal, de orden público, por ser la legalidad de la pena una de las garantías tanto para el procesado como para la sociedad.

En consecuencia, dada la gravedad del delito, la pluralidad de ofendidos y la cuantía del lícito, la multa se fija en trescientos mil pesos, a los cuales se resta la sexta parte por razón de la rebaja punitiva concedida en las instancias, para un total de DOSCIENTOS CINCUENTA MIL PESOS ($250.000). En este sentido se casará de oficio parcialmente la sentencia.

En razón de lo expuesto, la Corte Suprema De Justicia En Sala De Casación Penal, oído el concepto del Ministerio Público y parcialmente acogido, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

1.- DESESTIMAR la demanda de casación presentada.

2.- CASAR DE OFICIO PARCIALMENTE la sentencia recurrida, en el sentido de: imponer al procesado José Guillermo Obregón Hormaza la pena principal de multa en cuantía de DOSCIENTOS CINCUENTA MIL PESOS ($250.000) moneda corriente a favor del Consejo Superior de la Judicatura. En firme, DEVUELVASE el expediente a la oficina de origen.

Cópiese, Notifíquese Y Cúmplase.

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

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

DEMANDA DE CASACION/ PRUEBA PERICIAL/ INDAGATORIA

Forzoso es para la Sala en este caso enfatizar nuevamente, que todas y cada una de las causales contempladas en la ley para impugnar por vía extraordinaria una sentencia, además de obedecer al principio de taxatividad, de conformidad con el cual el ataque al fallo esta rigurosamente circunscrito a esos determinados motivos, exigen al demandante el deber de exponer con absoluta claridad y precisión no solo a cuál de ellos acude dentro del marco jurídico que es propio a cada uno, sino además desarrollar argumentativamente el análisis orientado a demostrar la violación de la ley sustancial o de procedimiento que consecuentemente presuponen.

De tales exigencias participa, como no podría ser de otra manera, la causal de nulidad, sin que pueda confundirse la disposición exceptiva al principio de limitación consagrada en el artículo 228 del C. de P.P., en cuanto la Corte "deberá declararla de oficio", o cuando la sentencia atenta contra garantías fundamentales, con una pretendida flexibilidad del recurso al extremo de que basten ambiguos planteamientos matizados por un enunciado inicial de incidir negativamente en la legalidad de la actuación procesal, o que en casos semejantes pueda colmarse a través de la oficiosidad el imperativo para el demandante de evidenciar la presencia de actos procesales desconocedores de las normas que los regulan.

En lo relacionado con el hecho de que se habría omitido el traslado de los dictámenes periciales vistos a los folios 212 y 415, en los cuales fueran identificadas las sustancias incautadas en el operativo policial como ácido sulfúrico y amoníaco, es decir, que evidentemente se trataba de precursores a partir de los cuales se sintetiza, fabrica, procesa u obtiene drogas y cuya ilegal tenencia ha sido objeto de la imputación a Ladino Gutiérrez conforme con el artículo 43 de la Ley 30 de 1.986, es un reproche que contiene en su propio enunciado la respuesta negativa a considerar ese hecho, aún siendo verdad, como irregularidad lesiva del derecho de defensa, pues se advierte por el demandante que para la jurisprudencia de esta Sala el mismo "no acarrea nulidad alguna", lo que procede en la hipótesis de este proceso reite-

rar, toda vez que el no surtirse el traslado de un dictamen a las partes, a lo sumo podría aceptarse como una irregularidad en todo caso intrascendente y por ende sin ninguna posibilidad de afectar los derechos del procesado o las reglas del procedimiento, salvo que se lograse demostrar que no se contó con oportunidad alguna para conocerlo y por ende para controvertirlo, pues contándose con la posibilidad de objetarlo de conformidad con lo dispuesto por el artículo 270 del C. de P.P. "hasta antes de que finalice la audiencia pública", guardar silencio en torno al contenido del mismo, es mostrar entera conformidad con el resultado que la comprobación científica ha arrojado, todo lo cual hace nugatorio el reparo sobre el particular expuesto.

No puede perderse de vista que siendo la indagatoria la primera oportunidad que tiene el imputado de acudir personalmente ante a un funcionario judicial a exponer las explicaciones que estime pertinentes frente a los hechos que se e atribuyen, siendo por ello imprescindible que lo asista un profesional del derecho, el ejercicio y la materialización de dicho derecho se cumplen dentro de la diligencia misma, en la medida en que si bien no puede intervenir directamente porque se trata de un acto en el que es el imputado su protagonista, la defensa cumple con una labor de garante respecto de la forma como se lleva a cabo, lo que, por supuesto incluye la naturaleza de las preguntas que se formulen a efectos de mantener incólume el principio constitucional de no autoincriminación.

Proceso No. 12682

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal

Magistrado Ponente Dr. *Carlos Augusto Gálvez Argote*

Aprobado Acta No.38

Santa Fe de Bogotá, D.C., diecisiete (17) de marzo de mil novecientos noventa y nueve (1.999).

VISTOS

Mediante sentencia del 6 de marzo de 1.996 un Juzgado Regional de esta capital condenó a Efraín Ladino Gutiérrez y José Arnulfo Velásquez, a la pena principal de 30 meses de prisión como coautores responsables de infringir el artículo 43 de la Ley 30 de 1.986.

El Tribunal Nacional al momento de pronunciarse sobre el grado jurisdiccional de consulta, en decisión del 3 de junio de 1.996 revocó el fallo de primera instancia, en relación con la condena proferida en contra de Velásquez, para en su lugar absolverlo de los cargos que le fueran imputados, confirmándolo en todo lo demás.

Contra la sentencia del Tribunal, el defensor de Ladino Gutiérrez interpuso el recurso extraordinario de casación que ahora resuelve la Corte.

HECHOS Y ACTUACIÓN PROCESAL

Los hechos origen de la presente actuación sucedieron el 2 de marzo de 1.991 en inmediaciones de la ciudad de Villavicencio, cuando habiéndose obtenido información anónima por parte de la Unidad Investigativa de Orden Público relacionada con el transporte vía terrestre de precursores químicos para actividades de narcotráfico, un Grupo Antinarcóticos de la Policía Nacional dispuso la realización de un operativo por la ruta que de dicha ciudad comunica con Acacías, más concretamente a la altura del Barrio Ciudad Porfia, el que arrojó como resultado la retención del camión marca Ford modelo 1.956 de placas TA-7430, en cuyo interior se hallaron camuflados 220 recipientes plásticos de 5 galones cada uno, contentivos de ácido sulfúrico y amoníaco, siendo aprehendidos los ocupantes del vehículo quienes respondieron a los nombres de Elraín Ladino Gutiérrez y José Arnulfo Velásquez.

Con fundamento en el informe de esa misma fecha suscrito por el Jefe de la Unidad Investigativa Antinarcóticos de Orden Público del Meta, CP. Humberto Rojas Herrera, dentro del cual se hace constar la aprehensión de los implicados y la inmovilización del pesado automotor y las actas de incautación de la sustancia química ilícitamente transportada, así como de la toma de muestras para su identificación, sellamiento y guarda, avocó inicialmente conocimiento la Fiscalía Cuarta de Orden Público, quien escuchó en versión libre a Ladino Gutiérrez y Velásquez, así como algunos testimonios, remitiendo las diligencias ante el Juez 74 de Instrucción de Orden Público de esta capital, el cual mediante auto del 7 de marzo siguiente decretó la formal apertura de investigación penal.

Habiendo sido vinculados mediante indagatoria, la situación jurídica de los imputados les fue resuelta por resolución del 21 de marzo posterior, con medida de aseguramiento consistente en detención preventiva por el delito descrito en el artículo 43 de la Ley 30 de 1.986, advirtiéndose en el numeral primero de este proveído "Que el procedimiento a seguir en estas sumarias, es el abreviado, Art. 474 y ss. del C. de P.P.", ordenándose por tanto, remitir la actuación ante los juzgados penales del circuito de Villavicencio.

Practicada nueva prueba testimonial y allegado por parte del Laboratorio de Estupefacientes del Instituto de Medicina Legal el análisis de las sustancias incautadas, con resultado positivo en la identificación de ácido sulfúrico y amoníaco, por auto del 17 de mayo siguiente el Juzgado Tercero Penal del Circuito de dicha ciudad avocó conocimiento y después de fijar fecha para la celebración de la audiencia pública, sin que la misma se pudiese llevar a cabo al no haber comparecido en su oportunidad el defen-

sor de los imputados, dispuso por auto del 30 de julio del 1.991, remitir el proceso por competencia ante los juzgados de instrucción de orden público en atención a lo señalado por el artículo 3 del Decreto 1676 de ese mismo año, uno de los cuales, a su turno, procedió a enviar el asunto ante los jueces de conocimiento de orden público con fundamento el artículo 13 numeral 1o. del Decreto 2790 de 1.990, pues al ya haberse fijado nueva fecha para la audiencia pública, les correspondía, en su criterio culminar la actuación.

Recibidas entonces las diligencias por un juez de conocimiento de orden público y en el entendido de que el trámite legal que debía dársele a las mismas imponía la calificación del mérito probatorio, lo que además no podía ser de otra manera pues se terminaría sorprendiendo "a los procesados, adoptando un rito en esta jurisdicción que le recorte oportunidades en cuanto a términos y valoración probatoria", con el grave riesgo de vulnerar "el derecho de defensa" y desconocer "el principio de favorabilidad", el expediente fue devuelto ante los jueces de instrucción de orden público, proponiendo en caso de no aceptarse su conocimiento, colisión negativa de competencias.

Finalmente y bajo la consideración de que de conformidad con el artículo 489 del C. de P.P. se habrían desvirtuado los fundamentos que dieron lugar al procedimiento abreviado, haciéndose imperativo adelantar este asunto por los ritos propios del ordinario, un juez de instrucción de orden público, mediante auto del 14 de noviembre de ese mismo año, avocó conocimiento y ordenó la práctica de nuevas pruebas.

Una vez cerrada la investigación y remitida a ella por parte de la Sección de Laboratorio de la Dijin el resultado del análisis químico de una de las muestras tomadas a la sustancia incautada, que fue positivo para hidróxido de amonio, el 22 de febrero de 1.994 una Fiscalía Regional de esta capital calificó su mérito mediante el proferimiento de resolución acusatoria en contra de los procesados, que cobraría ejecutoria el 5 de abril posterior, por el delito contemplado en el artículo 43 de la Ley 30 de 1.986.

Agotada la etapa del juicio y fenecido el término para la presentación de los alegatos correspondientes, se profirieron las sentencias de primera y segunda instancias, en los términos reseñados en precedencia.

La Demanda

Primer cargo

Al amparo de la causal tercera del artículo 220 del C. de P.P., un primer cargo propone el defensor de Ladino Gutiérrez contra la sentencia impugnada, por vulneración del debido proceso y el derecho de defensa, de conformidad con lo dispuesto por los artículos 304., numerales 1o. y 2o.ibidem y 29 de la Constitución Política, el cual enuncia, pues no desa-

rrolla, a través de la proposición de las siguientes presuntas irregularidades:

a) Pese a que en el numeral primero de la resolución fechada el 21 de marzo de 1.991 por medio de la cual se resolvió la situación jurídica de los procesados, se habría determinado con absoluta claridad que las presentes diligencias se adelantarían con fundamento en el procedimiento abreviado, con posterioridad un juez de orden público dispuso acertadamente que debía continuarse por los cauces del ordinario, "pero no se declaró la nulidad como debía declararse del numeral primero de la citada resolución que resolvió la situación jurídica de ambos encartados, esa omisión conculca el debido proceso y obstruye el derecho de defensa".

b) Ningún esfuerzo habrían adelantado los instructores con miras a corroborar las citas de Ladino Gutiérrez "así se considere (sic) inverosímiles", incumpliéndose de esta manera con lo dispuesto por los artículos 249 y 362 del C. de P.P..

c) No obstante mostrarse conocedor de que "la jurisprudencia de nuestra Máxima Corporación de Justicia, ha considerado que el omitir el traslado de los dictámenes periciales no acarrea nulidad alguna", en el caso presente califica la actuación de los funcionarios judiciales como de "desgreño, negligencia y desprecio total por cumplir con los ordenamientos procesales", al no realizarlos en relación con los experticios vistos a folios 212 y 415, a pesar del mandato contenido en el artículo 270 del C. de P.P., vulnerándose así el derecho de defensa.

d) Finalmente, aduce que en la indagatoria le fueron hechas a Ladino Gutiérrez preguntas capciosas, empleando citas procesales no existentes en el plenario con el sólo propósito de hacerlo incurrir en errores, razón por la cual "esos procedimientos torticeros también conculcan el derecho de defensa y el debido proceso".

Segundo cargo

Formula este reproche del defensor con sustento en la primera causal de casación, acusando el fallo de ser violatorio por vía indirecta de la ley sustancial (artículos 247, 270, 302, 362, 445 del C. de P.P., 81 de la Ley 190 de 1,995, 219 y 229 de la Constitución Política), en razón de errores manifiestos de hecho en la apreciación de las pruebas.

Sostiene a continuación que la confesión calificada de Ladino Gutiérrez, pese a ser indivisible, fue tenida en cuenta en aquellos aspectos que lo perjudicaban, pero los juzgadores "no le dieron credibilidad a las justificaciones dadas, motivo por el que se incurrió en una errónea apreciación de la prueba", pues era predicable en su favor el principio de inocencia ya que "se encontraba en las mismas circunstancias del procesado absuelto motivo por el que debió recibir igual tratamiento".

Acota además dentro de la misma tónica, esto es sin atinencia alguna con la causal propuesta, que el Tribunal ha debido otorgar al procesado la condena de ejecución condicional "concedida por el Funcionario Instructor" y que fuera revocada por el Juzgado Regional, no obstante, de ello no se habría ocupado en manera alguna la sentencia.

Solicita en consecuencia a la Corte que case la sentencia dictando un fallo absolutorio, o declarando la nulidad del proceso, según la causal que se estime prospera y que, en el evento de no acogerse sus planteamientos se reconsidere la negativa a concederle al procesado la condena de ejecución condicional, pues estima "que no es descabellado ni improcedente que en este recurso extraordinario se incluya como petición para que sea considerada por esa Máxima superioridad".

CONCEPTO DEL PROCURADOR DELEGADO

En relación con la causal de nulidad propuesta, destaca el Procurador Primero Delegado en lo Penal el evidente incumplimiento de los derroteros técnicos que la jurisprudencia ha sentado cuando se acude a ella, pues el actor omite precisar cuáles son sus fundamentos y mucho menos indica cuál es la trascendencia de la irregularidad afirmada, pues solamente se limita a hacer enunciados generales sin ningún desarrollo.

De ahí que, respecto a la nulidad referida al trámite dado en este asunto, el propio actor reconoce que la irregularidad habría sido subsanada cuando los funcionarios judiciales adecuaron la actuación al proceso ordinario, razón suficiente para negar la necesidad de la declaratoria solicitada, máxime cuando la jurisprudencia ha precisado que este ofrece mayores garantías para el sindicado que el abreviado.

En cuanto a la necesidad de corroborar las afirmaciones del procesado a que alude el artículo 362 del C. P.P., esta obligación del funcionario existe respecto de aquellas citas que ofrezcan algún grado de credibilidad mas no como sucede en este caso, respecto de situaciones que para el "propio defensor parecen inverosímiles".

Sobre las supuestas preguntas capciosas que se le habrían formulado en la indagatoria al procesado, para el Ministerio Público este reproche solamente fue enunciado pero en ningún momento obtuvo desarrollo, como igual dice sucede con la genérica afirmación de haberse vulnerado el debido proceso y el derecho de defensa que en manera alguna demostró, dejando el cargo sin la menor posibilidad de éxito.

En lo relacionado con la segunda censura, como en el caso anterior, de nuevo los yerros técnicos predominan. Dice que el sentenciador habría incurrido en error de hecho, pero en ningún momento demuestra la clase de error, ni la prueba sobre la cual recayó, cita además como precepto vulnerado el artículo 445 del C. de P.P., sobre la duda, pero no es dicho

tema objeto de desarrollo, afirma, sin más, una abstracta inconformidad con la valoración probatoria que se abstiene de precisar en manera alguna y que, por ende, conduce el cargo a su desestimación.

CONSIDERACIONES

Primer cargo

1. A través de genéricos enunciados en los que se dejan apenas expuestos sin la menor argumentación demostrativa un conjunto de actuaciones procesales que se presumen constitutivas de irregularidades lesivas del derecho de defensa y el debido proceso, el defensor de Efraín Ladino Gutiérrez propone una primera censura contra el fallo impugnado, con fundamento en la tercera causal de casación que contempla el artículo 220 del C. de P.P.

2. En estas condiciones, forzoso es para la Sala en este caso enfatizar nuevamente, que todas y cada una de las causales contempladas en la ley para impugnar por vía extraordinaria una sentencia, además de obedecer al principio de taxatividad, de conformidad con el cual el ataque al fallo esta rigurosamente circunscrito a esos determinados motivos, exigen al demandante el deber de exponer con absoluta claridad y precisión no solo a cuál de ellos acude dentro del marco jurídico que es propio a cada uno, sino además desarrollar argumentativamente el análisis orientado a demostrar la violación de la ley sustancial o de procedimiento que consecuentemente presuponen.

3. De tales exigencias participa, como no podría ser de otra manera, la causal de nulidad, sin que pueda confundirse la disposición exceptiva al principio de limitación consagrada en el artículo 228 del C. de P.P., en cuanto la Corte "deberá declararla de oficio", o cuando la sentencia atenta contra garantías fundamentales, con una pretendida flexibilidad del recurso al extremo de que basten ambiguos planteamientos matizados por un enunciado inicial de incidir negativamente en la legalidad de la actuación procesal, o que en casos semejantes pueda colmarse a través de la oficiosidad el imperativo para el demandante de evidenciar la presencia de actos procesales desconocedores de las normas que los regulan.

4. Esta es en concreto la falencia más predominante en el escrito de demanda que ha presentado el defensor de Ladino Gutiérrez, pues acusa de manera simultánea y sin distingo, como si se tratase indiferentemente de fenómenos idénticos, la vulneración del debido proceso y el derecho de defensa, pero lo hace, además, con escuetas formulaciones en modo alguno desarrolladas y menos capaces de evidenciar irregularidades de tal magnitud que comprometan la legalidad misma del proceso al extremo de requerir como última y radical alternativa su invalidación.

Pues antes bien, consecuente con el desdén de la técnica casacional en su formulación, tampoco indica la oportunidad a partir de la cual debería declararse la nulidad propuesta, incurriendo inclusive para mayor perplejidad, en el desatino de excusar al propio tiempo algunos de los presuntos vicios esbozados como invalidantes, pero sin que esa conciencia de su ineptitud frente a la pretensión última, inhiba al actor de plantearlos dentro del mismo supuesto de ataque.

5. Así, se refiere en primer término al hecho de que no obstante mediante resolución del 21 de marzo de 1.991, el Juzgado 74 de Instrucción de Orden Público al momento de definir la situación jurídica del procesado, dispuso que por haber sido capturado en flagrancia era aplicable el procedimiento abreviado contemplado en el artículo 474 y ss. del Decreto 0050 de 1.987 vigente para la época y ordenó en consecuencia la remisión del asunto ante los jueces penales del circuito, finalmente, se adelantó, calificó y falló por el procedimiento "ordinario", sin que se hubiese declarado la nulidad del referido proveído.

Es manifiesta la contradicción que encierra este planteamiento, pues asume como acertada la adopción del procedimiento que denomina "ordinario", que en estricto sentido lo fue el contemplado en los Decretos 2790 de 1.990 y 099 y 390 de 1.991, para los asuntos de competencia de las entonces autoridades de orden público, pero reclama una nulidad cuyo propósito no podría ser otro que el de haber adecuado el adelantamiento de las diligencias al trámite que finalmente se les dio, de donde la inconsecuencia del reparo es evidente.

6. No obstante y con miras a elucidar cualquier inquietud sobre el curso que se diera al proceso, vale la pena recordar que en los orígenes mismos de estas pesquisas penales, intervino una unidad de investigación de orden público, conociendo de las diligencias distintos jueces de instrucción de esa especialidad, ante quienes se vinculó mediante indagatoria de los sindicados Efraín Ladino Gutiérrez y José Arnulfo Velásquez, resolviéndoseles su situación jurídica, como ya se precisó, mediante resolución del 21 de marzo de 1.991.

Respecto al inicial conocimiento que de este caso tuvieron los jueces de orden público, debe reconocerse que no les correspondía ciertamente el adelantamiento de tales diligencias, en razón a que la competencia para conocer del delito tipificado por el artículo 43 de la Ley 30 de 1.986 que era objeto de investigación, estaba radicada en dicha época en los jueces promiscuos y penales del circuito, conforme con los artículos 48 ibídem y 71 del Decreto 050 de 1.987, en razón a que la copiosa normatividad expedida en desarrollo de la declaratoria de estado de sitio a través del Decreto No. 1038 de 1.984 -que superó los cincuenta decretos legislativos-, solamente se modificó en relación con modalidades delictivas distintas de dicho Estatuto, sin que desde luego este hecho amerite ningún reparo, toda vez que

fueron adelantadas por jueces de instrucción en ejercicio de sus funciones.

Sin embargo, el Juzgado 74 de Instrucción de Orden Público hizo lo correcto cuando resolvió la situación jurídica de los imputados y remitió el proceso ante los jueces del circuito con miras a que se le pusiera fin al mismo de acuerdo con las previsiones de los artículos 474 y ss del Decreto 0050 de 1.987, esto es, con fundamento en el procedimiento abreviado.

Así, por último, como quiera que tampoco la audiencia pública se llevó a efecto el 28 de junio de 1.991, fecha determinada por el Juez Tercero Penal del Circuito mediante auto del 17 de mayo anterior y entró inmediatamente a regir el Decreto 1676 del 3 de julio - modificatorio de los Decretos 2790 de 1.990, 099 y 390 de 1.991-, en cuyo artículo 3 se dispuso que los jueces de orden público conocerían "De los procesos por los delitos descritos en los artículos 35, 39, 43 y 44 de la Ley 30 de 1.986...", por ser disposiciones sobre competencia de inmediata aplicación, acertadamente desde luego, las diligencias fueron remitidas ante las autoridades de dicha especialidad por auto del 30 de julio posterior.

En estas condiciones, desde ningún punto de vista es admisible un reparo en relación con el trámite que fuera adelantado en este proceso.

7. Ahora, respecto al deber que impone a los funcionarios judiciales el artículo 249 del C. de P.P. de averiguar con igual celo las circunstancias que demuestren la existencia del hecho punible, agraven o atenúen la responsabilidad del imputado, y las que tiendan a demostrar su inexistencia o lo eximan de ella, como también el de verificar las citas que propusiere para corroborar sus aseveraciones, que ordena el artículo 362 ibidem., además de que el actor desconoce por completo el deber de sustentar esta afirmada omisión en que presuntamente habrían incurrido los instructores y en consecuencia, no define aquellos aspectos de la indagatoria de Ladino Gutiérrez que habrían ameritado el ejercicio de la pesquisa orientado a confirmar su coartada o la comprobación de aspectos trascendentes en la demostración de su inocencia o capaces de morigerar su responsabilidad, el propio actor termina por reconocer que en este caso las aserciones del procesado podían calificarse de "inverosímiles", con lo cual obviamente encuentra justificación el hecho de no haberse escudriñado sobre las mismas, máxime cuando bien se sabe que la actividad en materia probatoria está reglada por el principio de conducencia, de conformidad con el cual todo aquello que no está encaminado a desentrañar la realidad de lo acontecido, no puede admitirse, de donde el genérico reparo debe desecharse.

8. Por otra parte y en lo relacionado con el hecho de que se habría omitido el traslado de los dictámenes periciales vistos a los folios 212 y 415, en los cuales fueran identificadas las sustancias incautadas en el

operativo policial como ácido sulfúrico y amoniaco, es decir, que evidentemente se trataba de precursores a partir de los cuales se sintetiza, fabrica, procesa u obtiene drogas y cuya ilegal tenencia ha sido objeto de la imputación a Ladino Gutiérrez conforme con el artículo 43 de la Ley 30 de 1.986, es un reproche que contiene en su propio enunciado la respuesta negativa a considerar ese hecho, aún siendo verdad, como irregularidad lesiva del derecho de defensa, pues se advierte por el demandante que para la jurisprudencia de esta Sala el mismo "no acarrea nulidad alguna", lo que procede en la hipótesis de este proceso reiterar, toda vez que el no surtirse el traslado de un dictamen a las partes, a lo sumo podría aceptarse como una irregularidad en todo caso intrascendente y por ende sin ninguna posibilidad de afectar los derechos del procesado o las reglas del procedimiento, salvo que se lograse demostrar que no se contó con oportunidad alguna para conocerlo y por ende para controvertirlo, pues contándose con la posibilidad de objetarlo de conformidad con lo dispuesto por el artículo 270 del C. de P.P. "hasta antes de que finalice la audiencia pública", guardar silencio en torno al contenido del mismo, es mostrar entera conformidad con el resultado que la comprobación científica ha arrojado, todo lo cual hace nugatorio el reparo sobre el particular expuesto.

9. Ahora, la lacónica afirmación del recurrente en cuanto a las supuestas preguntas capciosas que se le formularon al procesado en la diligencia de indagatoria para hacerlo caer en errores, es a todas luces insostenible, no solo porque nuevamente pone en evidencia su desconocimiento sobre las reglas que regentan este recurso en materia de nulidades, pues como reiteradamente lo ha sostenido la jurisprudencia de la Sala si bien esta clase de alegaciones permiten alguna libertad no puede confundirse con el lanzamiento de una serie de propuestas no demostradas con la esperanza de que por azar prospere alguna de ellas.

Lo anterior por cuanto, en modo alguno se ocupa el casacionista siquiera de precisar cuáles fueron las preguntas que califica de capciosas y cuáles los efectos que las respuestas del procesado tuvieron en la decisión que puso fin al proceso, pues mal puede a ultranza aducir la vulneración del derecho a la defensa desconociendo la realidad misma del diligenciamiento y de la propia versión injurada, en la medida en que de la instructiva se deriva que los descargos rendidos por el incriminado se hicieron con la presencia del defensor de confianza designado por él mismo, sin que allí se hubiese objetado por dicho profesional del derecho ninguna pregunta en particular.

Es que, además, no puede perderse de vista que siendo la indagatoria la primera oportunidad que tiene el imputado de acudir personalmente ante a un funcionario judicial a exponer las explicaciones que estime pertinentes frente a los hechos que se e atribuyen, siendo por ello imprescindible que lo asista un profesional del derecho, el ejercicio y la materializa-

ción de dicho derecho se cumplen dentro de la diligencia misma, en la medida en que si bien no puede intervenir directamente porque se trata de un acto en el que es el imputado su protagonista, la defensa cumple con una labor de garante respecto de la forma como se lleva a cabo, lo que, por supuesto incluye la naturaleza de las preguntas que se formulen a efectos de mantener incólume el principio constitucional de no autoincriminación.

Suficientes las anteriores breves acotaciones para su inmediato rechazo, visto como queda que al igual que frente a las censuras precedentes, se trató de un simple enunciado carente del menor contenido y demostración.

Segundo cargo

10. Esta censura ha sido formulada con respaldo en la primera causal de casación, por violación indirecta de la ley sustancial, acusando la presencia de manifiestos errores de hecho, pudiéndose desde ya advertir que por carecer del menor desarrollo y ser verdaderamente ostensibles los defectos técnicos en su presentación, la misma está avocada a su evidente improsperidad.

Para comenzar, cita el demandante dentro de la relación de preceptos sustanciales que se suponen vulnerados, normas absolutamente impertinentes, como sucede con la mención del artículo 445 del C. de P.P., sobre la duda, pese a que este tema no es objeto de ningún detenimiento, argumentación ni análisis, o el artículo 81 de la Ley 190 de 1.995, sobre garantías procesales sin justificar su mención, encontrándose en similares condiciones la anotación de los preceptos constitucionales contenidos en los artículos 219 y 229 de la Carta Política, que por la naturaleza del cargo esbozado tampoco tendría ningún sentido su señalamiento. 11. Pero además, pese a proponer el cargo por la primera causal casacional, sobre la base de haberse incurrido en errores de hecho, inusitadamente este tema tampoco ocupa la atención del libelista pues la única referencia sobre el particular es aquella según la cual a la que aduce como "confesión" del procesado no se le habría dado "credibilidad" por los juzgadores, de donde infiere la "errónea apreciación de la prueba", lo que constituye un argumento absolutamente deleznable pues no es factible a través del extraordinario recurso anteponer al análisis que con apego a las reglas de la sana crítica hace el juez de la prueba, el que a su turno en forma unilateral y arbitraria propone el demandante.

12. Finalmente, la aislada y recurrente alegación referida al otorgamiento de la condena de ejecución condicional que entiende el actor puede solicitar a la Corte, frente a la negativa que en las sentencias se hiciera de ella, pese a no haber propuesto cargo alguno sobre el particular, lo único que procura es confirmar el desconocimiento que el demandante tiene sobre la impugnación propuesta, que sin ningún parámetro de lógica ni téc-

nica ha esbozado, como si la actuación en esta sede fuera equiparable a un memorial de instancia.

Este cargo, por consiguiente, tampoco prospera.

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

RESUELVE:

NO CASAR la sentencia impugnada.

Cópiese, cúmplase y devuélvase al Tribunal de origen.

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

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

APELACION-Sustentación oral/ RECURSO

Los artículos 196 A y 196B del Código de Procedimiento Penal disponen:

"ART. 196A- Adicionado L. 81/93, art.26. Sustentación en primera instancia del recurso de apelación contra providencias interlocutorias. *Cuando se haya interpuesto como único el recurso de apelación, vencido el término para recurrir, el secretario, previa constancia dejará el expediente a disposición de quienes apelaron, por el término de cinco (5) días, para la sustentación respectiva. Precluido el término anterior, correrá traslado común a los no recurrentes por el término de seis (6) días".*

"ART. 196B- Adicionado L. 81/93, art. 27. Sustentación del recurso de apelación interpuesto contra sentencia. *El recurso de apelación interpuesto contra la sentencia puede sustentarse por escrito u oralmente. La manifestación de sustentación oral u escrita debe hacerse en el momento de interponer el recurso.*

Si todos los recurrentes manifiestan su propósito de sustentarlo por escrito se surtirá el trámite previsto en el artículo 196A.

Si cualquiera de los sujetos procesales manifiesta su propósito de sustentar de manera oral el recurso, este se concederá inmediatamente y no se aplicará el trámite previsto en el artículo anterior....".

El hecho de que alguno de los recurrentes exprese que hará la sustentación oral genera una variación en el trámite, también da lugar a que los demás impugnantes puedan efectuar la sustentación por escrito hasta antes de la audiencia, o que opten por hacerlo oralmente durante ella.

Proceso No. 11119

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal

Magistrado Ponente: Dr. *Ricardo Calvete Rangel*

Aprobado Acta No. 38

Santa Fe de Bogotá, D.C., marzo diecisiete de mil novecientos noventa y nueve.

Vistos

Resolverá la Sala la demanda de casación presentada por el defensor del procesado Leonardo Chica Valderrama, contra la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Neiva, mediante la cual fue modificado el fallo dictado por el Juzgado Noveno Penal del Circuito de la misma ciudad, en el sentido de imponer al aquí recurrente la pena principal de veintiocho (28) años de prisión, como autor responsable de homicidio simple, tentativa de homicidio, lesiones personales y porte ilegal de arma de defensa personal, en lugar de los once (11) años y seis (6) meses de prisión, impuestos por el a quo.

I- Hechos

Fueron resumidos en la sentencia de primer grado así:

"Refieren los autos que en la noche del primero de enero de 1994 cuando se desarrollaba una fiesta en la casa del señor Antonio Murcia, ubicada en la vereda El Chapuro perteneciente a la Inspección de Policía del Caguán del Municipio de Neiva, a donde llegaron gentes de dicha región y de otras veredas circunvecinas entre las que se cuenta la de San Bartolo, de donde procedían los protagonistas de los hechos que ocupan nuestra atención, o sea los miembros de las familias Chica Valderrama y Oliveros Valderrama, se presentó primeramente una discusión y pelea de Nervedy Oliveros Valderrama con Leonardo Chica Valderrama, entre quienes existía con anterioridad a estos hechos enemistad, habiendo resultado en esta oportunidad herido Nervedy Oliveros con arma de fuego que accionara Leonardo Chica , lo que dio lugar a que se armara una balacera habiendo recibido varios impactos Ramiro Oliveros Tovar, padre del lesionado Nervedy, que le ocasionaron la muerte en forma inmediata, pero todo no paró allí, porque momentos después en el desplazamiento de los protagonistas, al encontrarse en el camino se tranzaron (sic) nuevamente, resultando herido Yofredy Oliveros Valderrama, de lo cual también sindican al aquí procesado, quien estuvo acompañado de sus hermanos Roberto y Arley, como también de su cuñado Ever Díaz, quienes según cuenta el proceso, portaban y disparaban armas de fuego, por lo que igualmente, fueron sindicados de tan funestos acontecimientos, e investigado por parte de la jurisdicción de familia Roberto Chica Valderrama, pues se comprobó que era menor de edad".

II- Actuación Procesal

La Fiscalía Novena Especializada de Neiva dictó resolución de apertura de la instrucción y vinculó mediante indagatoria a Leonardo Chica

Valderrama, a quien le resolvió la situación jurídica con medida de aseguramiento de detención preventiva por los delitos de homicidio, tentativa de homicidio y porte ilegal de armas, sin beneficio de libertad provisional.

Cerrada la investigación, la Fiscalía procedió a calificar el mérito probatorio de sumario en providencia de mayo 6 de 1994, con resolución de acusación contra Chica Valderrama por los delitos de Homicidio agravado en Ramiro Oliveros Tovar, tentativa de homicidio agravado en perjuicio de Nervedy y Jhon Fredy Oliveros Valderrama, y porte ilegal de armas, (Decreto 3664de 1986).

El Juzgado Noveno Penal del Circuito de Neiva adelantó la etapa del juicio y luego de celebrada la audiencia pública dictó sentencia condenatoria, imponiéndole al procesado la pena principal de once (11) años y seis (6) meses de prisión, y multa de cuatro mil pesos ($ 4.000.00), como autor de los delitos de homicidio simple, tentativa de homicidio, lesiones personales, y porte ilegal de armas de defensa personal, a la accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas por el término de diez(10) años, y al pago de los perjuicios materiales y morales causados con las infracciones, y le negó el subrogado de la condena de ejecución condicional.

Contra el fallo fue interpuesto el recurso de apelación por el procesado y por el Procurador Judicial 136 Delegado ante el Juzgado del Circuito. En la audiencia de que trata el artículo 196 B del Código de Procedimiento Penal, luego de la intervención del Ministerio Público, el sentenciado desistió del recurso.

El Tribunal Superior de Neiva al resolver la apelación modificó la sentencia de primer grado, disponiendo que la pena de prisión que debe purgar el procesado Chica Valderrama por los delitos de homicidio simple, tentativa de homicidio, lesiones personales y porte ilegal de armas, es de veintiocho (28) años. En lo demás confirmó el fallo.

III- La Demanda

El casacionista acusa la sentencia de segunda instancia con fundamento en la causal tercera de casación consagrada en el artículo 220 del Código de Procedimiento Penal, por considerar que fue dictada en un juicio viciado de nulidad.

Se aplicó indebidamente el artículo 196 B del Código de Procedimiento Penal, como consecuencia de haberse vulnerado los mandatos del artículo 29 de la Constitución Política, y más exactamente, en su concreto desarrollo por el estatuto procesal, artículo 304 numerales 1 y 2, en donde se consagran las causales de nulidad por falta de competencia del funcionario judicial y la comprobada existencia de irregularidades que afectan el debido proceso.

La falta se origina en el a quo al facultar a un sujeto para intervenir como apelante, y se corrobora -el yerro- por el ad quem, quien acepta el trámite del recurso de apelación interpuesto por el Ministerio Publico siendo el mismo improcedente.

Se vulneró el artículo 196 B del C. de P.P. (adicionado por el artículo 27 de la Ley 81 de 1993), porque se tramitó una apelación presentada por un sujeto procesal que incumplió con el siguiente mandato legal: "La manifestación de sustentación oral o escrita debe hacerse en el momento de interponer el recurso".

Cuando los sujetos procesados fueron notificados de la sentencia de primera instancia, el Procurador dijo "apelo", sin indicar de que manera iba a realizar la sustentación. Por el contrario el procesado expresó que apelaba la sentencia y que haría la sustentación del recurso en forma oral. Como quiera que en su oportunidad procesal el defensor desistió del recurso de apelación, no se debió permitir el trámite de la alzada bajo la cuerda impugnadora del Procurador, toda vez que éste no explicó en que forma haría uso del recurso de apelación, lo cual debe ser expresado en forma clara al momento de la notificación de las providencias o en el escrito en que se informe la solicitud del trámite de impugnación. Entonces el Tribunal no tenía competencia para tramitar el recurso de apelación, quedando en firme la sentencia de primera instancia.

Resulta trascendental que se tome nota del auto del a quo cuando concedió el recurso de apelación, pues en el mismo se advirtió sobre la deficiencia que emergía de la anotación que realizo el Procurador al momento de recibir notificación del fallo de primer grado.

Ahora bien, todo indica que el sujeto procesal que se pudo notificar en primer lugar fue el Procurador, como quiera que la sentencia del a quo aparece firmada el 14 de febrero de 1995, a las 5:30 P.M., lo que indica que sólo se tuvo oportunidad de notificar al procesado hasta las horas de la tarde del 15 de febrero del mismo año, pues es por la tarde cuando todos los notificadores de las diversas oficinas judiciales de Neiva, en grupo, en transporte colectivo que les ha sido contratado, se trasladan hasta la cárcel que queda en jurisdicción del municipio de Rivera. Según esto, las horas de la mañana como ocurre normalmente fueron utilizadas para ubicar en su oficina al representante del Ministerio Público y a los demás sujetos procesales, excepto el detenido, para que firmara la notificación de la sentencia, con lo que se desvirtúa lo afirmado por el Tribunal en lo que hace a que el procesado pudo ser la persona que primeramente fue enterada del fallo de primera instancia.

Vale la pena recordar, que el único sujeto procesal que solicitó el trámite de la alzada mediante sustentación oral, en el acto de la audiencia pública expresó: "...yo desisto de mi apelación y me quedo así como estoy". Y el defensor del procesado explicó su postura: "El Art. 215 del C. de P.P.

señala la sanción que se aplica a quien no sustente el recurso de apelación y, en el comentario que a tal norma trae la obra del C. de P. Penal comentado por Fabio Espitia Garzón, indica que esta preceptiva 'limita el alcance jurisprudencial dado al texto legal y exige que la sustentación se de en primera instancia', lo cual explicando la hermenéutica jurídica significa que en concordancia con el Art. 196 B, debe hacerse en primera instancia para optar por uno de los mecanismos establecidos en el inciso 2o. y 3o. de esta última norma, es decir que si todos los recurrentes manifiestan su propósito de sustentarlo por escrito se surtirá el trámite previsto anteriormente. Ocurrió , H. Magistrado, como el Despacho del Juzgado de conocimiento lo dejó expresamente manifiesto : el señor Procurador, ' no indicó la forma como iría a sustentar el recurso' por lo cual y al no haberlo hecho por escrito, entonces fue por lo que accedió a este recurso por haberlo manifestado mi defendido que lo hacía oralmente, por lo cual ante esta superioridad no le es aceptable al señor Procurador su sustentación oral hecha anteriormente, pues que así no lo manifestó oportunamente con lo cual el recurso o manifestación hecha por él al momento de la notificación no quedó sustentado y, por tanto, debe declararse desierto, Ahora, al desistir mi defendido del recurso, quedaría sin jurisdicción la Sala para resolver esta alzada" (fls. 21y 22 cuad. original de segunda instancia).

El auto que concedió el recurso origina todo el trámite irregular de la alzada, como quiera que en el mismo se habilita como impugnante al Agente de la Sociedad, con lo que se desvirtuaba, desde ese momento lo reglado por las normas procesales.

Se refiere el censor al contenido del artículo 29 de la Carta Política y dice: Aceptar lo que acepta el Tribunal es dar cabida a que en el proceso penal puedan intervenir en un trámite de impugnación no sólo el inconforme con la decisión sino también todos los sujetos procesales que a bien tengan intervenir, obligándose el fallador de segunda instancia a examinar los planteamientos de todas las partes. Pero ello no es así: Quien desea apelar una sentencia debe expresar de manera inequívoca la forma como ejercerá su derecho. Si alguien manifiesta que lo hará por escrito, debe presentar el alegato de sustentación dentro del término improrrogable de tres día contados a partir de la última notificación. Quien pretenda un alegato oral debe hacerlo de tal manera y no será admisible que presente su inconformidad por escrito, salvándose en estos casos la posibilidad de que además del alegato oral presente un resumen escrito de su versión.

Pero quien ha dicho que impugnará por escrito no puede esconder su negligencia acudiendo a la audiencia que se programa para otros apelantes a hacer valer su voz de inconformidad con el fallo, como quiera que su oportunidad precluye en el término señalado. Y el sujeto que no complementa la expresión APELO con la manifestación de estar ejerciendo la impugnación en su oportunidad en forma escrita u oral, sencillamente no

está cumpliendo con los mandatos procesales y por lo mismo sus súplicas deben ser desestimadas.

Hay un evidente perjuicio con las resultas del trámite realizado que se observa en el aumento de la pena. Estamos ante una nulidad absoluta que no es posible convalidar. Los ritos no han cumplido su finalidad, pues el único impugnante legítimo ha desistido de su recurso y con ello se finalizaba la actuación procesal. El fin de la protección de la norma se cumple como quiera que la defensa ha invocado desde un primer momento la irregularidad del trámite y por lo mismo no ha coadyuvado en su formalización, lo que ha permitido que los funcionarios olviden su función de guardianes de las normas.

Toda la actuación realizada a partir del auto de febrero 21 de 1995 inclusive, está afectada de nulidad y debe ser saneada, conllevando lo anterior a que se proceda a CASAR la sentencia para que se corrija lo tachado de irregular, debiendo en su momento el a quo conceder el recurso de apelación impetrado en legal forma sólo y exclusivamente por el procesado Chica Valderrama. En este momento habrá de explicarse que se niega la pretendida impugnación del Agente del Ministerio Público por haber sido realizada sin el lleno de los requisitos que demandan las normas rituales.

IV- Alegaciones Del No Recurrente

El Procurador 136 Judicial Penal de Neiva presentó un escrito en el que manifiesta que se opone a la declaración de nulidad solicitada en la demanda de casación, porque "no hubo proceder ilegal, como así lo entendió la jurisdicción, en ambas instancias. Y en consecuencia no genera quebranto del derecho de defensa, y consiguiente nulidad".

Realmente, así como lo plantea el demandante no fue entendido el propósito del apelante en representación del Ministerio Público. El Juzgado, luego de advertir que este no había indicado "la forma como iría a sustentar el recurso, estimó que esa omisión no impedía el otorgamiento de la apelación: obsérvese cómo el juzgado no negó el derecho del Ministerio Público como apelante, ni declaró desierto el recurso interpuesto por el Procurador Judicial: la razón es que habiendo permanecido el proceso en la Secretaría desde el momento en que habían sido notificados los sujetos procesales, fecha 15 de febrero, todos ellos, desde entonces, al 20 de febrero a las 6 de la tarde, podían conocer la voluntad de los demás intervinientes.

El Tribunal "en el acto de la audiencia de 'sustentación oral' nos concedió la palabra por una sola vez, y en primer lugar, siguiendo el orden jerárquico". Ya en su providencia la Sala consideró, que si la notificación de la sentencia de primera instancia se había evacuado primero con el procesado, el Ministerio Público se había enterado de la apelación y de que

el procesado haría sustentación oral. Estando facultado el Tribunal para no permitir sustentación al Ministerio Público o para no atender los argumentos que este había expuesto en la audiencia, la Corporación fue expresa en comprender que el Ministerio Público había acogido el sistema de sustentación oral, puesto que de todas maneras se celebraría audiencia para ello. como quiera que la susientación oral lleva esa clase de privilegio procesal.

El defensor, que sí tildó como improcedente la sustentación oral que había realizado el Procurador, no encontró en ello alcance alguno de nulidad. Entonces el desistimiento de la defensa para no cumplir con la sustentación oral prometida, no se debió a que entendiera que la realización de la audiencia debería anularse.

V- Concepto Del Ministerio Público

El Procurador Primero Delegado en lo Penal solicita a la Corte NO CASAR la sentencia recurrida, porque no existe irregularidad sustancial alguna que afecte el debido proceso, y menos que quebrante el derecho a

la defensa, luego el cargo de nulidad formulado por el demandante debe desestimarse.

Luego de transcribir el texto de los artículos 26 y 27 de la Ley 81 de 1993, señala que ante la manifestación de sustentación oral del acusado, el a quo dando cumplimiento al inciso tercero del artículo 196 B del C. de P.P. concedió el recurso interpuesto por los sujetos procesales (Procurador Judicial y procesado) y dispuso el envío inmediato del original del proceso al Tribunal Superior.

Como bien lo anota la corporación de instancia en el fallo que hoy es materia de casación, "fue bien concedido y empleado" el recurso de apelación interpuesto por el Procurador Judicial, de cuyas consideraciones "Resulta evidente que la dinámica desatada en el proceso en virtud de la forma de apelación prevista en la Ley (inc. 3o. Art. 27, Ley 81/93), ya había generado derechos en otro apelante de sustentarlo en la misma forma. Claro está que no es un derecho cancelable por el capricho de quien habiendo apelado oralmente, lo sustenta ineficientemente o se abstiene de hacerlo por diversos motivos inoportunamente calculados y extemporáneamente propuestos.

VI - Consideraciones De La Corte

1. Los artículos 196 A y 196B del Código de Procedimiento Penal disponen:.

"ART. 196A- Adicionado L. 81/93, art. 26. Sustentación en primera instancia del recurso de apelación contra providencias interlocutorias.

Cuando se haya interpuesto como único el recurso de apelación, vencido el término para recurrir, el secretario, previa constancia dejará el expediente a disposición de quienes apelaron, por el término de cinco (5) días, para la sustentación respectiva. Precluido el término anterior, correrá traslado común a los no recurrentes por el término de seis (6) días".

"ART. 196B- Adicionado L. 81/93, art. 27. Sustentación del recurso de apelación interpuesto contra sentencia. El recurso de apelación interpuesto contra la sentencia puede sustentarse por escrito u oralmente. La manifestación de sustentación oral u escrita debe hacerse en el momento de interponer el recurso.

Si todos los recurrentes manifiestan su propósito de sustentarlo por escrito se surtirá el trámite previsto en el artículo 196A.

Si cualquiera de los sujetos procesales manifiesta su propósito de sustentar de manera oral el recurso, este se concederá inmediatamente y no se aplicará el trámite previsto en el artículo anterior....".

2. En el folio 450 del cuaderno original aparece que el 15 de febrero de 1995 fueron notificados del contenido de la sentencia de primera instancia, el procesado Leonardo Chica Valderrama y el Procurador Judicial 136, quienes apelaron dicha decisión. El acusado expresó que sustentaría el recurso oralmente, en tanto que el representante del Ministerio Público no manifestó de qué manera haría la sustentación.

Ante la manifestación del procesado de que sustentaría el recurso oralmente, el a quo dictó un auto concediéndolo a los dos apelantes y dispuso el envío inmediato del expediente al Tribunal, con lo cual no solo no incurrió en ninguna irregularidad, sino que aplicó estrictamente lo ordenado por el artículo 196 B antes citado.

Además de que el hecho de que alguno de los recurrentes exprese qué hará la sustentación oral genera una variación en el trámite, también da lugar a que los demás impugnantes puedan efectuar la sustentación por escrito hasta antes de la audiencia, o que opten por hacerlo oralmente durante ella. En el caso en estudio el Ministerio Público acogió la alternativa de la sustentación oral, de modo que acudió a la audiencia y ejerció el derecho que tenía de intervenir, el cual en nada podía afectarse por la decisión unilateral del procesado de desistir de su recurso.

Aceptar la tesis del demandante equivaldría a consagrar un instrumento de deslealtad procesal, pues el recurrente que manifestara la intención de sustentar oralmente el recurso quedaría con la posibilidad de desistir durante la audiencia para hacerles declarar desierta la impugnación a los demás inconformes, que ante la alternativa escogida por él resolvieran esperar a esa diligencia para exponer las razones de su protesta.

3. En el evento de que uno o todos los que interpusieron el recurso de apelación omitan decir en que forma harán la sustentación, el funcionario

debe entender que sustentarán por escrito, y en consecuencia aplicar el trámite previsto en el artículo 196 A del estatuto procesal, pues la regla general es que los recursos se sustentan por escrito, y excepcionalmente de manera verbal.

Lo que no podría hacer es inadmitir el recurso por esa omisión, pues sería derivar una consecuencia no prevista con apoyo en un exagerado e insustancial formalismo, que afectaría garantías de los sujetos procesales, como lo es la posibilidad de acudir a la segunda instancia.

En el asunto que nos ocupa la situación era perfectamente clara, pues como se acaba de ver, la ley tiene establecido que si al menos uno de los recurrentes manifiesta que sustentará el recurso oralmente, la oportunidad para los demás se extiende hasta la audiencia. Así lo entendió y aplicó el Juzgado al decir en el auto admisorio del recurso lo siguiente: "Adviértase que el Procurador Judicial, no indicó la forma como iría a sustentar su recurso, empero ante la manifestación del procesado, en el sentido de que lo estará haciendo él, oralmente y de conformidad con la disposición citada, la omisión de la Procuraduría no es óbice alguno para proceder a concederlo de inmediato.".

En las circunstancias anotadas, es evidente que la aseveración del libelista de que se violó el debido proceso y el derecho a la defensa carece por completo de razón, en lo cual la Sala coincide con el concepto del Procurador delegado.

El cargo no prospera.

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

RESUELVE:

NO CASAR la sentencia recurrida.

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

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

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

NON BIS IN IDEM/ DELITO CONTINUADO

El artículo 29 de la Constitución Política, al igual que el 26 de la anterior Carta, consagra la garantía fundamental del NE BIS IN IDEM, desarrollada también como norma rectora en el artículo 9° del Código Penal y en el 15 del Código de Procedimiento Penal, principio según el cual el ciudadano no puede ser juzgado doblemente por el mismo o los mismos hechos.

Se trata de una garantía de seguridad individual, propia de un Estado de Derecho, también reconocida internacionalmente por expresión del Pacto Internacional de derechos civiles y políticos, en su artículo 14, No. 7, y la Convención Americana de derechos humanos, artículo 8 NC 4, aceptados en el Derecho Interno de Colombia por medio de las leyes 74 de 1968 y 16 de 1972, y ahora adoptados inclusive como reglas de jerarquía constitucional (art. 93).

Lo señalado en las disposiciones citadas es la prohibición de la persecución penal múltiple por los mismos hechos, sin importar el pretexto de una denominación jurídica distinta, porque así lo definen claramente los artículos 9° del Código Penal y 15 del Código de Procedimiento Penal. Esto significa dos cosas a la vez: primero, que no es posible revivir una acción penal ya agotada y, en segundo lugar, que respecto de un mismo hecho no es viable la persecución penal simultánea por autoridades judiciales distintas, ni siquiera por razones de competencia, porque para evitar la coetaneidad en el ejercicio de la acción penal se han trazado claras reglas sobre competencia a prevención y colisión de competencias (C. P. P., arts. 80 y 97).

Se pregunta: ¿Cuándo se da la doble persecución penal?. La doctrina propone tres identidades como fórmula abstracta para la solución de los casos concretos. Se habla entonces de la identidad de la persona juzgada; identidad del objeto del proceso y de identidad de la causa de la persecución penal.

Es importante destacar que tanto en la Constitución como en los Códigos, el principio del ne bis in idem está matizado por la prohibición de juzgar dos veces a una persona "por el mismo hecho", y no se refieren

los textos, como en otras legislaciones, al "mismo delito". Pues bien, ello indica que la imputación concreta debe basarse en el comportamiento históricamente determinado, cualquiera sea su significación jurídica o el nomen iuris empleado por el funcionario judicial para calificar el hecho.

Ahora bien, como es indudable que en Colombia la carga de la investigación y de la prueba le corresponde al Estado-jurisdicción, y éste debe agotarla en ciclos preclusivos, también es cierto que la imputación se hace sobre una conducta concreta e históricamente ocurrida, hipotéticamente afirmada como existente, hasta el punto de que es para y única responsabilidad de la jurisdicción consumir todo el conocimiento posible en busca de la verdad, sin perjuicio de la vigencia de las garantías fundamentales (Const. Pol., arts. 29 y 250; C. P. P., arts. 24, 249 y 448). De modo que no es posible intentar otras investigaciones posteriores o simultáneas, con el ánimo de agregar elementos o circunstancias a la conducta central ya investigada, siempre que se establezca que es igual el comportamiento básico que fue objeto de conocimiento y decisión.

En el caso del delito continuado de la legislación penal anterior (art. 32) o de la figura jurisprudencial y doctrinaria del delito unitario actual, los actos parciales que constituyen la unidad son material y jurídicamente escindibles y punibles individualmente, salvo claro está los eventos de acción única, de modo que el efecto de firmeza sólo puede comprender aquellos respecto de los cuales se promovió la persecución penal y, por ende, fueron objeto del proceso.

Proceso No. 12187

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal

Magistrado Ponente *Dr. Jorge Aníbal Gómez Gallego*

Aprobado Acta No. 38

Santa Fe de Bogotá, D.C., marzo diecisiete de mil novecientos noventa y nueve.

VISTOS

Decide la Corte el recurso extraordinario de casación interpuesto por los defensores de los procesados María Mercy Lozano Martínez y Arturo Escandón Ospina, en relación con la sentencia del Tribunal Superior de Neiva fechada el 19 de diciembre de 1995, dictada dentro de esta causa formada por dos procesos acumulados, decisión en la cual se condenó la primera procesada a la pena principal de 15 años de prisión, como responsable de los delitos de homicidio *(segundo proceso)* y peculado por apropiación en concurso con

falsedad en documento público *(primer proceso); mientras que el otro recurrente fue condenado por estas dos últimas infracciones a la sanción principal de 5 años de prisión. La sentencia también fue adversa a los procesados Carlos Gómez Narváez y Moisés Javier Estupiñán Angulo, quienes igualmente habían sido acusados dentro del proceso por el hecho punible contra la vida.*

HECHOS

Como se trata de dos juicios acumulados, los episodios delictivos se sintetizarán independientemente, así:

Los relacionados con el peculado y la falsedad se contraen a los meses de octubre, noviembre y diciembre del año 1984, época en la cual la dama María Mercy Lozano Martínez se desempeñaba como cajera de la Tesorería Municipal de Neiva, mientras Arturo Escandón Ospina ocupaba el cargo de jefe de recaudos y pagaduría de la misma entidad oficial. El 2 de octubre de 1985, el señor Secundino García Perdomo, en su condición de Contralor Municipal, presentó un informe en el cual daba cuenta de que, en el mencionado período, habían dejado de ingresar $ 3'294.160.18 al erario público, suma cuya apropiación simularon los responsables por medio del ocultamiento o destrucción de recibos, la vulneración del orden numérico de los mismos y la poca presión ejercida sobre las copias que quedaban en la dependencia.

El segundo hecho se refiere al homicidio materialmente cometido por un sujeto aún no identificado en la persona del abogado Edgar Polanía Cubillos, por medio de disparos de arma de fuego que le descerrajaron el 28 de diciembre de 1992, en las horas de la noche, cuando la víctima se disponía a abordar su vehículo aparcado en la carrera 1ª entre calles 30 y 31, barrio Santa Inés de la ciudad de Neiva. Se sabe que el profesional, días antes de su muerte, había sido amenazado por su intervención extrajudicial como apoderado del señor Víctor Manuel Perdomo, anterior compañero permanente de la señora María Mercy Lozano Martínez, dado que su poderdante pretendía la liquidación de una sociedad de hecho constituida por la pareja en su domicilio del municipio de San Vicente del Caguán, oportunidad en la cual el litigante viajó a la mencionada población y logró que la dama endosara a su favor una letra de cambio por valor de $10.800.000.00, girada por Jhon Jairo Martínez Sánchez, quien había comprado a ella unas cabezas de ganado supuestamente pertenecientes a la comunidad extramarital.

Como la mujer quedó disgustada con la mencionada transacción, se propuso recuperar a todo trance el valor transferido, tarea en la cual participaron por distintos medios los individuos Carlos Gómez Narváez, en ese entonces su nuevo concubinario, y Moisés Javier Estupiñán Angulo, a quien contactó como mediador a través de una amiga. Dichas gestiones ilícitas culminaron con la muerte violenta del abogado.

ACTUACIÓN PROCESAL

La investigación de los delitos de falsedad en documento público y peculado fue iniciada el 30 de octubre de 1985, por parte del entonces competente Juzgado 4° Penal del Circuito de Neiva, sumaria a la que fueron vinculados Arturo Escandón Ospina, María Mercy Lozano Martínez, Gentil Rivera Ramírez y María Del Carmen Salazar; posteriormente, los dos primeros fueron afectados con detención preventiva en calidad de ausentes y enseguida acusados por las infracciones mencionadas, según resolución del 26 de enero de 1994, emitida por la Fiscal Octava Especializada de la Dirección Seccional de Neiva, mientras que en favor de los demás se precluyó la investigación. Esta decisión quedó ejecutoriada el 17 de febrero de 1994 (cuaderno 1, fls. 73 y 90v.).

En relación con el hecho punible de homicidio, la instrucción fue adelantada por el Fiscal Cuarto Especializado, funcionario judicial que vinculó legalmente a Moisés Javier Estupiñán Angulo, Jhon Jairo Martínez Sánchez -presentes-, Carlos Gómez Narváez y María Mercy Lozano Martínez -ausentes-, quienes igualmente fueron requeridos en la resolución acusatoria del 2 de junio de 1993 (cuaderno 2, fls. 12).

El Juzgado Quinto Penal del Circuito de la misma ciudad, despacho que había avocado conocimiento de la acusación proferida por el delito de homicidio, también recibió el juicio iniciado por peculado y falsedad, ordenó la acumulación de causas y dictó la sentencia condenatoria de primer grado el 6 de julio de 1995. En dicha decisión, el fallador produjo las condenas principales antes indicadas, absolvió al acusado Jhon Jairo Martínez Sánchez *e impuso solidariamente la obligación resarcitoria (cuaderno 2, fls. 445).*

En respuesta a la apelación intentada, el Tribunal Superior de Neiva confirmó el fallo de primer grado en todas sus partes, según lo dispuesto en la sentencia que es objeto de este recurso extraordinario.

LAS DEMANDAS DE CASACIÓN

I. La presentada a nombre de María Mercy Lozano Martínez.

Con un cargo formalizado por la causal primera, el censor achaca al Tribunal "errores manifiestos de hecho sobre la existencia de determinadas pruebas y empleando deducciones totalmente apartadas de la lógica, llega a concluir la existencia de la inducción o determinación en cabeza de la procesada".

En orden a destacar la razón de la censura, el actor se refiere a cada uno de los indicios evaluados en el fallo y los objeta de la siguiente manera:

1. *De las* manifestaciones anteriores al delito *afirma que ellas no existieron, pues del tenor literal de la injurada y el testimonio rendidos por* Moi-

sés Javier Estupiñán Angulo, *de las cuales transcribe apartes, no se desprende la voluntad de la sindicada de dar muerte a la víctima o la realización de una acción suya referida a la inducción de un tercero para que ese deceso se produjera, tal como lo malinterpretó el Tribunal.*

Asevera que, contrario a tal inferencia, siempre lo dicho por el declarante fue el deseo de la procesada de recuperar el dinero sin emplear "para ello el medio muerte", *como cuando se refirió a las conversaciones con* Beatriz Dussán, *su amiga en San Vicente que le pedía interceder por* María Mercy, *con el abogado y su compañera* Liliana García Trujillo, *resaltando el peligro que se cernía sobre la vida del profesional, conclusiones a las que llega con juicio personal el propio deponente, pero que en ningún momento atañen a expresiones de las dos damas que buscaban la devolución del numerario.*

En la misma senda destaca que la permanencia de Carlos Gómez Narváez *en el Hotel Americano de Neiva, su conversación con* Estupiñán Angulo *y la denunciada presencia de un sospechoso personaje en la oficina del abogado en la citada ciudad, que después fue visto por éste en la residencia de* María Mercy *en San Vicente del Caguán, tampoco constituyen hechos con los cuales pueda construirse el indicio, amén de que de las versiones de los primeros no se deduce que hubieran tratado el tema de darle muerte al litigante y menos que, por haber estado el enigmático sujeto coincidencialmente en esos dos sitios, ello dé a conocer manifestación alguna relacionada con el plan de darle muerte al abogado.*

De esta forma, el censor remata diciendo que "no se ha concretado la relación entre el comportamiento del INDUCTOR y la conducta del INDUCIDO, relación que sigue en el total vacío probatorio".

2. *En relación con el indicio de* mala justificación *recalca que las explicaciones de algunos de los procesados, la negación de* Gómez Narváez *de su viaje a Neiva y las contradicciones de* Estupiñán Angulo, *son datos que en nada vinculan a la procesada quien siempre guardó silencio procesal.*

3. *Sobre el hecho indicador de la* capacidad para delinquir, *acota que en dirección a la conducta de la procesada nada puede extraerse de las versiones de* Carlos Gómez Narváez y Moisés Estupiñán Angulo; *mientras que su situación de fuga tuvo relación sólo con el delito de peculado, pues cuando los agentes del DAS la buscaban para aprehenderla por dicha infracción, aún no le habían dado muerte al abogado.*

4. *En lo que atañe al* móvil para cometer el delito, *el censor acepta que existía resentimiento de la pareja debido a la forma como el profesional obtuvo el endoso de la letra de cambio, pero dice que ello no traduce vínculo alguno con la inducción que se le atribuye a la procesada, en la medida que tal acción inductora implica siempre un resultado o modificación en el mundo*

externo, de donde colige el quebrantamiento de la sana lógica por cuanto el Tribunal consideró suficiente la mera presencia del móvil para entrelazarlo con el aspecto interno de la conducta del presunto autor material, maniobra argumental que constituye un error de hecho por falso juicio de identidad "mediante el cual se le hace decir al medio probatorio lo que él no dice". *Se incurre además en una manifiesta contradicción, ya que* "si no hay probatoriamente actos externos (conducta) de inducción, no se puede establecer lógicamente esa relación de causa a efecto".

Concluye que "Si para poder condenar a mi María Mercy Lozano como determinadora del mencionado homicidio era necesario establecer probatoriamente una conducta suya, constituida por actos que trascendieran de lo interno a lo externo, a la modificación del mundo exterior, y relacionar esa misma conducta con la acción del autor material...", *como la prueba indiciaria tenida en cuenta para ello fue motivo de errores de hecho, aparece ostensible la trascendencia del yerro.*

Solicita la casación del fallo y el proferimiento de uno nuevo.

II. La formulada en favor de Arturo Escandón Ospina

La defensora del procesado acude a la causal de nulidad y ataca la sentencia para sostener al efecto la violación del principio del NON BIS IN IDEM, en el entendido de que el procesado ya había sido condenado por el Juzgado 4° Penal del Circuito de Neiva por las defraudaciones a la Tesorería Municipal.

Argumenta que en el caso, a pesar de haberse adelantado dos investigaciones separadas, se trataba de un delito unitario dada la utilización de mecanismos idénticos y el desarrollo de una unidad de designio, de tal suerte que si las apropiaciones parciales se dieron en forma sucesiva durante los meses de octubre de 1984 a julio de 1985, no existía razón para que en un despacho judicial comenzara y terminara la investigación y el juzgamiento de lo ocurrido entre enero y julio de 1985, pero con posterioridad, en proceso diferente, ocurriera lo propio en relación con los hechos acaecidos entre septiembre y diciembre de 1984. Además, a esta última tramitación fueron remitidas las primeras diligencias, mas se devolvieron con el argumento de que los presuntos responsables no eran los mismos.

Con tal planteamiento, asevera, no cabe la menor duda de la estructuración de un delito continuado, razón por la cual la sentencia proferida por el Juzgado 4° Penal del Circuito de Neiva extendió sus efectos "a toda conducta investigada", *sin que pudiera dictarse otra sobre los mismos hechos sin violar el NON BIS IN IDEM.*

Solicita el proferimiento de un nuevo fallo, previa casación de la sentencia impugnada.

El Ministerio Público

En desacuerdo con las apreciaciones vertidas por los recurrentes en sus respectivos libelos, el Procurador Primero Delegado en lo Penal sugiere la no casación del fallo por las siguientes razones:

1. En cuanto a la causal de nulidad aducida dice que es cierto el adelantamiento de dos procesos separados por los delitos de falsedad y peculado, en relación con los hechos ocurridos en 1984 y 1985, pero que esa realidad no hace viable la nulidad por violación del "Non bis in idem", dado que está prescrita la pena impuesta en la sentencia que definió lo ocurrido en el segundo año, la cual se reputa por el actor comprensiva del juzgamiento de las conductas cometidas durante los meses de octubre a diciembre de 1984 (fls. 97, C. 4). Y no se transgrede el principio porque no ha prescrito la acción penal por estos últimos hechos y las conductas concurrentes no constituyen el delito continuado regulado en el código de 1936 (unitario ahora), sino la figura contemplada en el artículo 26 del estatuto actual, según el cual la procesada infringió con varias acciones e igual número de veces las disposiciones contenidas en los artículos 133 y 223 idem.

De esta manera, el Ministerio Público descubre fácilmente, en consonancia con el fallo del Tribunal, que no se dió unidad de acción en la medida en que existiendo unidad de finalidad también hubo diversidad de acciones y objetos materiales, pues, de acuerdo con la inspección judicial con participación de perito, pudo establecerse que las sustracciones de dinero no tuvieron previa determinación de tiempo y cantidad por parte de los procesados, sino que simplemente obedecieron al aprovechamiento de distintas oportunidades, circunstancia que denota la ausencia de un proyecto previamente concebido.

2. De la demanda intentada como violación indirecta de la ley sustancial, por supuestos errores de hecho cometidos sobre la prueba indiciaria, dice del Procurador Delegado que todo se reduce a una pretensión de reestudio de los medios probatorios cuya valoración y deducciones del Tribunal no constituyen yerro alguno, pero tampoco atentado a la sana crítica.

Tras detallar cada uno de los indicios explica cómo el censor refuta el compromiso de responsabilidad deducido por el a quo, sin demostrar error alguno, con lo que desconoce la doble presunción de acierto y legalidad del fallo, resultándole frustrada su solicitud de casación de un fallo cuyo sentido derivó el Tribunal de una apreciación conjunta de las pruebas que permitieron, a través del indicio, resaltar el grado de responsabilidad penal de la procesada.

Consideraciones De La Corte

A. La Nulidad

La demandante en favor del procesado Arturo Escandón Ospina propone la nulidad del proceso por presunta violación del principio rector del

ne bis in idem, pero en parte alguna indica cuál sería el motivo de invalidación *concurrente, de conformidad con la clasificación tripartita que hace el artículo 304 del Código de Procedimiento Penal.*

En este caso, toda la argumentación del cargo, de orden fáctico y jurídico, se orienta al propósito de demostrar que las conductas de apropiación ocurridas en el año de 1984, supuestamente conforman una unidad de hecho con las realizadas por los procesados en la anualidad siguiente, razón por la cual no podían subsistir dos procesos sobre lo que constituía un solo delito y menos dictar sendas sentencias, sin vulnerar de esa manera la regla tutelar del ne bis in idem.

Así pues, desde el punto de vista de las exigencias técnicas del recurso extraordinario, sobre todo para no exponer a priori la jurisdiccionalidad de las decisiones de instancia, ha dicho la Sala que un razonamiento sin esa referencia es insuficiente para provocar el examen en sede de casación, supuesto que la demandante no indicó ni motivó la causal de nulidad a su juicio procedente. Es decir, por el contenido de la demanda, no se alcanza a saber si la conducta procesal irregular que se ha señalado genera falta de competencia del funcionario que conoció los hechos del segundo procesamiento; o si de pronto ella afecta sustancialmente el debido proceso o si lo que se ha vulnerado es el derecho de defensa.

Sin embargo, con el fin de preservar la oficiosidad que tiene la Corte en materia de nulidades y protección de garantías fundamentales, se hará un examen de la situación planteada, sin darle toda la repercusión que ab initio tiene la inconsistencia técnica, habida cuenta que la demanda fue admitida en su momento.

Pues bien, el artículo 29 de la Constitución Política, al igual que el 26 de la anterior Carta, consagra la garantía fundamental del NE BIS IN IDEM, desarrollada también como norma rectora en el artículo 9° del Código Penal y en el 15 del Código de Procedimiento Penal, principio según el cual el ciudadano no puede ser juzgado doblemente por el mismo o los mismos hechos.

Se trata de una garantía de seguridad individual, propia de un Estado de Derecho, también reconocida internacionalmente por expresión del Pacto Internacional de derechos civiles y políticos, en su artículo 14, N° 7, y la Convención Americana de derechos humanos, artículo 8 N° 4, aceptados en el Derecho Interno de Colombia por medio de las leyes 74 de 1968 y 16 de 1972, y ahora adoptados inclusive como reglas de jerarquía constitucional (art. 93).

Lo señalado en las disposiciones citadas es la prohibición de la persecución penal múltiple por los mismos hechos, sin importar el pretexto de una denominación jurídica distinta, porque así lo definen claramente los artículos 9° del Código Penal y 15 del Código de Procedimiento Penal. Esto significa dos cosas a la vez: primero, que no es posible revivir una acción

penal ya agotada y, en segundo lugar, que respecto de un mismo hecho no es viable la persecución penal simultánea por autoridades judiciales distintas, ni siquiera por razones de competencia, porque para evitar la coetaneidad en el ejercicio de la acción penal se han trazado claras reglas sobre competencia a prevención y colisión de competencias (C. P. P., arts. 80 y 97).

Se pregunta: ¿Cuándo se da la doble persecución penal?. La doctrina propone tres identidades como fórmula abstracta para la solución de los casos concretos. Se habla entonces de la identidad de la persona juzgada; identidad del objeto del proceso y de identidad de la causa de la persecución penal.

En vista de que la identidad causal se quiebra cuando expresamente la ley autoriza la doble persecución a la misma persona y por el mismo hecho (concurso ideal de delitos), porque además en el evento examinado no se generan controversias sobre la identidad personal, la Sala se aplicará al sentido de la identidad objetiva, que es la referente a la imputación única basada en el mismo comportamiento atribuido a la misma persona, pues la discusión se centra en que los hechos del año 1984 están integrados y forman una unidad con los de 1985, que ya fueron juzgados y definidos en la sentencia del 29 de agosto de 1988, obra del Juzgado 4° Penal del Circuito de Neiva, pasada por autoridad de cosa juzgada en razón de la confirmación impartida por el Tribunal en el fallo del 26 de octubre del mismo año (cuaderno 2, fls. 97 y ss.).

Sin entrar en filigranas semánticas, sí es importante destacar que tanto en la Constitución como en los Códigos, el principio del ne bis in idem está matizado por la prohibición de juzgar dos veces a una persona "por el mismo hecho", y no se refieren los textos, como en otras legislaciones, al "mismo delito". Pues bien, ello indica que la imputación concreta debe basarse en el comportamiento históricamente determinado, cualquiera sea su significación jurídica o el nomen iuris empleado por el funcionario judicial para calificar el hecho.

Ahora bien, como es indudable que en Colombia la carga de la investigación y de la prueba le corresponde al Estado-jurisdicción, y éste debe agotarla en ciclos preclusivos, también es cierto que la imputación se hace sobre una conducta concreta e históricamente ocurrida, hipotéticamente afirmada como existente, hasta el punto de que es pura y única responsabilidad de la jurisdicción consumir todo el conocimiento posible en busca de la verdad, sin perjuicio de la vigencia de las garantías fundamentales (Const. Pol., arts. 29 y 250; C. P. P., arts. 24, 249 y 448). De modo que no es posible intentar otras investigaciones posteriores o simultáneas, con el ánimo de agregar elementos o circunstancias a la conducta central ya investigada, siempre que se establezca que es igual el comportamiento básico que fue objeto de conocimiento y decisión.

En el caso analizado, los comportamientos de apropiación que se juzgaron últimamente no sólo eran anteriores a los que se decidieron en la sentencia de 1988, sino que también eran francamente similares en su modo de ejecución, resultados, bien jurídico lesionado y dolo. Sin embargo, como lo pretendido por el casacionista es proyectar los efectos de cosa juzgada de aquel fallo a esos hechos precedentes que fueron objeto de la sentencia que ahora se revisa, la primera falencia que se advierte es un desconocimiento de la regla lógica de la razón suficiente, porque falta la demostración de que en dicha decisión en firme las distintas apropiaciones, cometidas en meses distintos del año de 1985, realmente fueron calificadas como delito unitario y no como concurso de hechos punibles. Es obvia la necesidad de este planteamiento, porque sólo si respecto de los actos parciales de 1985 hubo la consideración de la imputación única, podría seguirse eventualmente la misma línea de argumentación y definición en relación con las diversas apropiaciones de 1984, pues, de lo contrario, cualquier determinación de unidad en este proceso, por más lauble que parezca, violaría el contenido de una sentencia que ya está ejecutoriada y, obviamente, no es objeto del recurso extraordinario.

De otro lado, si se hace caso omiso del vacío de la demanda y se diera pábulo a la hipótesis de la unidad de delito, las apreciaciones antes hechas serían suficientes para declarar el efecto de clausura propio de la cosa juzgada, pues el procesado no podría cargar con las dificultades y precariedades de lo que el Estado debió investigar y fallar unificadamente.

Sin embargo, como quiera que el delito unitario es una construcción valorativa, desde el punto de vista jurídico o político-criminal, por cuyo medio se estima como una sola la conducta compuesta de varios actos parciales, los cuales pueden deslindarse fáctica y jurídicamente y uno cualquiera de ellos por sí solo satisface la estructura típica del hecho punible de referencia, se tiene que el efecto preclusivo propio de la cosa juzgada apenas puede predicarse de las conductas parte estrictamente comprendidas en el objeto procesal puesto en conocimiento del juez y sobre las cuales éste podía decidir. En el evento que se estudia, en la sentencia de 1988 sólo se conocían procesalmente para decidir los actos de 1985, pues fueron los únicos que se incluyeron en la resolución acusatoria. A pesar de ello, es verdad que en el nuevo proceso por los hechos de 1984, sí se contempló la posibilidad de unificación con los comportamientos delictivos de 1985, mas ello se desestimó porque, después de la espera prudente y las averiguaciones pertinentes, los funcionarios judiciales llegaron a la conclusión de que hasta entonces los imputados eran diferentes en ambas averiguaciones (cuaderno 3, fls. 10 a 13).

En el caso del delito continuado de la legislación penal anterior (art. 32) o de la figura jurisprudencial y doctrinaria del delito unitario actual, los actos parciales que constituyen la unidad son material y jurídicamente escindibles y punibles individualmente, salvo claro está los eventos de ac-

ción única, de modo que el efecto de firmeza sólo puede comprender aquellos respecto de los cuales se promovió la persecución penal y, por ende, fueron objeto del proceso. Antes y para el momento del fallo de 1988, los hechos de 1984 si bien históricamente habían sucedido, no se atribuían como existentes a los mismos imputados, razón por la cual se carecía de la identidad objetiva y personal suficientes para haber planteado en ese entonces una litis pendentia por razón de competencia como aplicación del apotegma del ne bis in idem.

No puede prosperar la nulidad alegada.

B. La Violación Indirecta

Aunque acertado el recurrente en la escogencia del camino para atacar técnicamente la prueba indiciaria en casación, no exhibió igual corrección en la demostración de los errores aducidos.

Sin lugar a dudas son dos las grandes inconsistencias que deja brotar su labor, en primer lugar, porque rápido diluye la modalidad de error planteado -falso juicio de identidad sobre las pruebas de los hechos indicadores-, trasladándose en el desarrollo del cargo a otro enteramente diverso -falso juicio en la inferencia lógica-; y, en segundo lugar, porque para tratar de sacar avante sus pretensiones, se vale del no muy convincente argumento de que para los casos de la autoría intelectual o determinación se requiere necesariamente del medio probatorio directo que haga notorio el hecho de la existencia de una conducta positiva del determinador sobre el determinado en procura del propósito delictivo.

Todo cato sería suficiente para descartar de plano la impugnación extraordinaria, por resentimiento de la técnica requerida y ante la imposibilidad de remediar en sede de casación controversias propias de las instancias, en las cuales, agotadas las oportunidades y los términos respectivos, la sentencia queda dotada de la doble presunción de acierto y legalidad, únicamente destronable a través de la lúcida demostración de yerros cometidos por el fallador, con una contundencia tal que por afectación de la legalidad de la decisión tomada esta deba ser cambiada con el fin de restaurar aquélla.

Repárense al respecto las expresiones reiteradas del censor, en torno a lo que en su opinión consistió el falso juicio de identidad:

Sobre el indicio de manifestaciones anteriores al delito "La verdad es que nunca el testigo Estupiñán, ni cuando declaró como testigo ni cuando dio su versión injurada ha manifestado que María Mercy expresó su voluntad de que el abogado Polanía perdiera violentamente su vida. Lo que ella manifestó, según versión de ese testigo, era su voluntad de recuperar la plata, sin que se empleara para ello el medio de la muerte... Obsérvese que la narración no es clara, pero si se interpreta que es el testigo y no

Beatriz, quien manifiesta ' que se cuide porque lo quieren matar por esa plata' es una oponión (sic) del testigo sin una referencia histórica a alguna expresión de María Mercy sobre ese querer de muerte... en verdad el testigo nunca ha afirmado (error de identidad) que Mercy Lozano le hubiera expresado en alguna forma su intención de dar o hacer dar muerte al abogado Polania Cubillos. Si no hubo esa manifestación, constituye también error manifiesto deducir de ese vacío probatorio la INDUCCION a que un tercero cometiera el homicidio dicho... Pues bien, en ningún momento en esa entrevista se habló de dar muerte o mandar dar muerte al Dr. Polanía. No hay una sola expresión que así lo indique, ni en boca de Moisés Javier Estupiñán ni en la Carlos Gómez Narváez... Entonces, constituye error evidente de hecho afirmar que en esa conversación aludida por Estupiñán e hubiera tratado el tema de amenzas (sic) de muerte o algún plan de muerte contra Edgar Polania. Hay error de identidad porque se le hace decir a la prueba lo que ella no dice... De otro lado, incurre el H. Tribunal en claro atentado contra la lógica jurídica referir todos esos "episodios" como constitutivos de "actos preparatorios" de una conducta de INDUCCION de María Mercy a la conducta del autor material del homicidio, cuando no se ha concretado la relación entre el comportamiento del INDUCTOR y la conducta del INDUCIDO , relación que sigue en el total vacío probatorio..."

Del indicio de mala justificación expresa: "Luego es totalmente inexistente este indicio en su contra, ya que su silencio procesal no demuestra en nada la conducta inductora por la que se le ha condenado".

En relación con el indicio de capacidad para delinquir manifiesta: "El error evidente de hecho radica aquí en asignarle a la fuga una relación causal que no tiene con el homicidio, o sea que hay un falso juicio de identidad de esa prueba, con respecto al homicidio".

En torno al indicio de móvil asevera: "Y si no hay probatoriamente actos externos (conducta) de inducción, no se puede establecer lógicamente esa relación de causa a efecto".

Trátase entonces de una prolongación del debate en el que, sin advertir el censor su improcedencia técnica, busca imponer un criterio sobre el que el Tribunal ha construido con base en la soberanía racional que le otorga el sistema legal de la libre apreciación probatoria, absteniéndose de mostrar con propiedad los supuestos yerros para en su lugar afirmar que ninguno de los indicios tiene razón de ser, pero no desde la óptica del falso juicio que inicialmente planteó, sino desde la perspectiva de su propia inferencia lógica, con lo que pone al descubierto que en su opinión la inexistencia de un medio probatorio directo inhabilitaba al Juzgador para el establecimiento de la responsabilidad penal en cabeza de la procesada.

Es decir, el actor no acepta el medio indiciario como eficaz en la demostración de la responsabilidad hallada por la conducta de la procesada,

pero sin siquiera dar asomo a un argumento serio a su tesis, la cual, por supuesto, con semejante desenfoque irrumpe en contra del régimen probatorio establecido por el sistema colombiano, en cuyo interior el indicio robustece el cuadro de posibilidades de búsqueda de la verdad procesal puesto al servicio de los funcionarios en aras del cabal cumplimiento de los fines de la administración de justicia (C. P. P., arts. 248, 300 y ss.).

Antojadizamente, el censor muestra la supuesta debilidad de la inferencia otorgada por cada hecho indiciario aisladamente considerado, pero olvida que los indicios arrojan su fuerza inductiva no sólo de su consideración individual sino básicamente del examen conjunto de los mismos, porque allí radica la gravedad objetiva. Además, la probabilidad que entrega el indicio también depende de la fiabilidad de los medios probatorios directos que lo introducen al proceso, todo lo cual, se tiene dicho, debe examinarse integralmente por el actor pero por vías bien distintas (art. 302 C. P. P.).

Así las cosas, resulta indemne la construcción indiciaria del fallador, la que para su creación requirió análisis separado y en conjunto de las fuentes, del hecho probado y de sus respectivas inferencias, como lo acepta el Tribunal en las siguientes expresiones: "Esta referencia preliminar sirve también para unificar criterios frente a estos tres procesados. Por consiguiente, en adelante toda la formulación probatoria tendrá implicaciones sobre ellos en conjunto o individualmente, según el episodio que en ese momento se esté analizando de tal manera que no va a ser necesario independizar las actuaciones, pues se sabe en principio, que todos actuaron de común acuerdo y que cada uno realizó la parte que le correspondía, según los planes que en forma ostensible se han visto concretizados en las pruebas allegadas a través de la investigación".

De allí que ninguna razón asiste al censor en la promoción del ataque, pues, la coherente y segura apreciación de las probanzas de parte del fallador, fue lo que lo condujo a escenificar subjetivamente cómo detrás de ardua tarea por recuperar un dinero, la procesada se dirigió por un sendero compartido con Gómez Narváez y Estupiñán Angulo, *llegando a la consumación del homicidio cuya inminencia había denunciado la víctima con lujo de detalles, días antes de su muerte, gracias a los cuales se posibilitó la fructífera investigación con los resultados ya conocidos.*

Por consiguiente, la censura debe ser desestimada.

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

RESUELVE:

NO CASAR la sentencia impugnada.

Cópiese, devuélvase al Tribunal de origen y cúmplase

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

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

FALSEDAD EN DOCUMENTO/ COMPETENCIA A PREVENCION

Siendo evidente por tanto que el número plural y conexo de hechos punibles fue cometido en diversos lugares deviene aplicable el factor a prevención previsto en el artículo 80 del Código de Procedimiento Penal en la medida en que éste dispone que del correspondiente proceso "conocerá el funcionario judicial competente por la naturaleza del hecho, del territorio en el cual se haya formulado primero la denuncia, o donde primero se hubiere proferido resolución de apertura de instrucción", disposición que lógicamente parte de suponer que la pugna de competencia habrá de decidirse entre los jueces de los varios lugares en que hubieren tenido ocurrencia los hechos y no además entre los de una circunscripción a la que por situaciones administrativas o de eficiencia se trasladó la investigación pero donde definitivamente ninguno de los punibles tuvo ejecución.

Proceso No. 15507

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal

Magistrado Ponente: Dr. *Carlos Augusto Gálvez Argote*

Aprobado: Acta No. 38.

Santa Fe de Bogotá D.C., diecisiete (17) de marzo de mil novecientos noventa y nueve (1.999).

VISTOS

Resuelve la Sala la colisión negativa de competencias suscitada entre el Juzgado Cincuenta Penal del Circuito de esta ciudad y el Quinto de la misma especialidad de Neiva.

ANTECEDENTES:

1. En abril 18 de 1.997, el entonces gerente y representante legal de la Cooperativa Multiactiva Sur Andina Huila Ltda. domiciliada en la ciudad de Neiva dirigió desde ésta escrito al Superintendente Bancario en Santa Fe de Bogotá a través del cual denuncia la ilícita apertura de cuentas

corrientes en ciudades como Cali Popayán y Pereira por parte de terceros a nombre del citado ente. información la cual fue corroborada en actividades de inteligencia desarrolladas por miembros del DAS Seccional Huila en documento fechado en abril 25 de esa anualidad.

2. El día 28 siguiente el DAS inicia investigación preliminar dando aviso de ello a la Fiscalía Delegada ante los Jueces del Circuito de Neiva quien recibe las diligencias en octubre 28 de 1.997 ordenando su remisión a la Dirección Nacional de Fiscalías a fin de que asignándose a la unidad especializada para tales efectos se investigue el supuesto punible de lavado de activos.

3. En esas condiciones el asunto se reasignó. mediante Resolución de noviembre 19 de 1.997, a la Unidad Nacional contra el Lavado de Activos abriéndose investigación por la Fiscalía Delegada Seccional Especial Doce de Bogotá en agosto 5 del año siguiente, vinculando, entre otros, a José Fernando Gómez Gómez, Delio García Taborda, Juan Bautista Gómez Ramírez, Néstor Abel Jiménez Vélez, Jesús Hernán Gómez Ramírez, Hernando Botero Serna, José Abel Castaño Salazar y José Octavio Rincón Román a quienes impuso sendas medidas de aseguramiento de detención preventiva por los delitos de "RECEPTACION LEY 190 DE 1.995 ARTICULO 31, FALSEDAD DE PARTICULAR EN DOCUMENTO PUBLICO EN CONCURSO HOMOGENEO Y FALSEDAD EN DOCUMENTO PRIVADO", haciéndolos consistir, el primero, en el cuantioso movimiento de más de ocho mil millones de pesos de dudosa procedencia y con el fin de legalizarlos u ocultarlos a través de las cuatro cuentas corrientes que se abrieron con documentos falsos en las ciudades de Pereira, Santa Rosa de Cabal, Cali y Popayán; el segundo en la elaboración integral de dos certificados de existencia y representación de la referida cooperativa supuestamente expedidos por el DANCOOP, así como en la obtención de la escritura pública No. 042 de la Notaría 2ª de Manizales ante quien precisamente se protocolizó uno de los certificados espurios y el de falsedad de documento privado en la confección integral del acta No. 08 del Consejo de Administración de la Cooperativa fechada en abril 10 de 1.996 a través de la cual se designó falsamente a José Abel Castaño Salazar gerente de la entidad.

4. Habiendo el detenido Juan Bautista Gómez Ramírez solicitado se controlara la legalidad de la medida de aseguramiento impuesta en su contra, la Fiscalía remitió las diligencias al reparto de los Juzgados Penales del Circuito de Santa Fe de Bogotá, correspondiendo al señor Juez Cincuenta quien mediante auto de enero 29 del año en curso se abstuvo de conocer dél asunto por considerar que territorialmente carece de competencia habida cuenta que los hechos ocurrieron en Cali, Pereira, Santa Rosa de Cabal, Manizales y principalmente en Neiva, sede de la Cooperativa a donde por consiguiente dispuso la remisión de lo actuado.

5. En dicho lugar el proceso fue asignado por reparto al Juez Quinto Penal del Circuito quien igualmente resignó su competencia por conside-

rar que si bien los hechos se desarrollaron en varias ciudades no ocurrieron ellos en Neiva así la Cooperativa cuyos dirigentes fueron suplantados tenga su sede en esa localidad; además la investigación se abrió por funcionario judicial de Bogotá lo cual lo conduce a concluir que por aplicación del artículo 80 del Código de Procedimiento Penal el conocimiento de este asunto corresponde al juez de aquel territorio donde se dio apertura a la instrucción y en consecuencia, proponiendo colisión de competencias, remitió las diligencias al señor Juez 50 Penal del Circuito de Santa Fe de Bogotá.

6. Recibida nuevamente la actuación por este último funcionario reitera su incompetencia porque, siendo el factor territorial el determinante en este caso, su conocimiento concierne al juez del lugar donde hubieren ocurrido los hechos y como quiera que ninguno de ellos tuvo ejecución en la ciudad de Bogotá, sino que se gestaron en Neiva, por ser esa la sede la Cooperativa Multiactiva Surandina Ltda., aceptó la colisión propuesta y remitió las diligencias a esta Corporación dejando al detenido solicitante del control de legalidad a disposición de la misma.

Consideraciones De La Corte

1. Siendo la Sala, de conformidad con el artículo 68, numeral 5, del Código de Procedimiento Penal, competente para dirimir la colisión planteada entre jueces pertenecientes a diferente distrito que en este sumario intervienen por virtud del trámite previsto en el artículo 414-A ibídem y definido que el conflicto se plantea sobre la base del factor territorial resulta imperativo recurrir a la adecuación típica por la que ha procedido la Fiscalía de la Unidad Nacional contra el Lavado de Activos a fin de concluir en qué lugar o lugares tuvieron ejecución los hechos materia de esta investigación y consecuentemente definir en quién recae la competencia.

2. En efecto, si por razón del territorio es competente el juez de la circunscripción donde se realizó el hecho tiénese, en tratándose, según esa calificación jurídica realizada por el ente investigador, de los delitos de receptación, tal como lo describiera el artículo 31 de la Ley 190 de 1.995 y de los punibles de falsedad de particular en documento público en concurso y de falsedad en documento privado, por lugar de ocurrencia de aquel el sitio donde se "oculte, asegure, transforme, invierta, transfiera, custodie, transporte, administre o adquiera" el objeto material del delito o el producto del mismo o donde se les de a los bienes provenientes de la actividad ilícita la apariencia de legalidad o se les legalice, y de éstos el territorio donde se hubiere realizado la falsificación del documento.

3. Como en este asunto se hace consistir la receptación en el movimiento de cuantiosas sumas de dinero a través de cuentas corrientes abiertas en nombre de la Cooperativa Multiactiva Surandina Ltda. en Pereira, Cali, Popayán y Santa Rosa de Cabal infiérese que la conducta, como ma-

terialización de alguno de los verbos rectores del referido tipo penal, tuvo ejecución en dichas ciudades.

A su vez, recayendo la falsedad de documento privado en un acta de Consejo Directivo de la citada Cooperativa y la de particular en documento público sobre certificaciones expedidas por el DANCOOP, supuestamente originadas en la ciudad de Neiva a juzgar por las declaraciones de Jesús Hernán Gómez Ramírez (Cuaderno 6, fl.210) y José Fernando Gómez Gómez (Cuaderno 9, fl.61) y en la obtención, ante notaría de Manizales de escritura pública en donde se protocolizó precisamente una de los aludidas constancias, obvio es concluir que su lugar de ejecución estuvo en Neiva y Manizales porque fue allí, según los elementos de juicio mencionados, donde se produjo la confección de los documentos espurios posteriormente utilizados para lograr la apertura de esas cuentas corrientes por medio de las cuales se movilizó el dinero calificado por el ente instructor como de dudosa procedencia.

4. Siendo evidente por tanto que el número plural y conexo de hechos punibles fue cometido en diversos lugares deviene aplicable el factor a prevención previsto en el artículo 80 del Código de Procedimiento Penal en la medida en que éste dispone que del correspondiente proceso "conocerá el funcionario judicial competente por la naturaleza del hecho, del territorio en el cual se haya formulado primero la denuncia, o donde primero se hubiere proferido resolución de apertura de instrucción", disposición que lógicamente parte de suponer que la pugna de competencia habrá de decidirse entre los jueces de los varios lugares en que hubieren tenido ocurrencia los hechos y no además entre los de una circunscripción a la que por situaciones administrativas o de eficiencia se trasladó la investigación pero donde definitivamente ninguno de los punibles tuvo ejecución.

Así, si el proceso desde su etapa previa fue remitido a Santa Fe de Bogotá bajo pretensión de investigar el delito de lavado de activos previsto en el artículo 247-A del Código Penal, el traslado no obedeció a que los hechos hubieran acontecido en la capital sino a la idea de que la instrucción la asumiera una unidad especializada con jurisdicción en toda la Nación como es la de Extinción de Dominio y contra Lavado de Activos, sin implicar obviamente que a futuro se fuera a desconocer la garantía del juez natural porque es innegable que llegado el asunto al funcionario de conocimiento, como ahora ha sucedido, sólo podría asumirlo el legalmente facultado para ello de acuerdo con los diferentes elementos que determinan la competencia.

Significa lo anterior que el Juzgado Quinto Penal del Circuito de Neiva, al no haber sucedido ninguno de los hechos en Santa Fe de Bogotá, donde si bien se abrió investigación dada la sede y jurisdicción de la citada Unidad Especializada, aplicó indebidamente la norma procesal referida pues omitió el supuesto que le sirve de base y de acuerdo con el cual el factor a

prevención determina la competencia entre los jueces de aquellos lugares donde se hubiere realizado el punible o cometido los diversos delitos conexos, lo que lógicamente excluye a todo funcionario donde los acontecimientos no tuvieron ninguna ejecución.

5. En esas circunstancias, como los diversos hechos conexos que se investigan en este proceso tuvieron ocurrencia en Neiva, Cali, Popayán, Pereira, Santa Rosa de Cabal y Manizales es competente a prevención el Juez Penal del Circuito de una de dichas ciudades según, ahora sí, que la denuncia hubiere sido formulada en una de ellas, efectos para los cuales erradamente se ha partido de suponer por el juzgado proponente de la colisión su inexistencia cuando es claro que la actividad investigativa del Estado se puso en movimiento precisamente por el escrito que el entonces gerente de la pluricitada cooperativa remitió a la Superintendencia Bancaria y que indudablemente sirvió de sustento para que los miembros del DAS en la ciudad de Neiva adelantaran las primeras pesquisas y labores de inteligencia que finalmente han conducido a establecer los sucesos.

Ese escrito, frente a los requerimientos del artículo 27 del Código de Procedimiento Penal y no obstante desconocerse el trámite que se le haya dado luego de su recepción por la Superbancaria, responde sin duda alguna al concepto de denuncia como noticia con capacidad para mover el aparato judicial del Estado y como quiera que ella fue formulada desde Neiva consecuente es concluir que la competencia para conocer de este asunto en el que media petición de control de legalidad de la medida de aseguramiento dictada contra Juan Bautista Gómez Ramírez debe asignarse al Juez Quinto Penal del Circuito de esa ciudad a donde se remitirán de inmediato las diligencias y a cuya orden se dejará el mencionado detenido puesto a disposición de la Corporación de manera equivocada por el Juzgado 50 Penal del Circuito de Santa Fe de Bogotá.

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

RESUELVE:

1º. DECLARAR que el competente para conocer de este proceso es el Juzgado Quinto Penal del Circuito de Neiva a donde se remitirán las diligencias y a cuya disposición se dejará al detenido Juan Bautista Gómez Ramírez.

Líbrense los oficios de rigor.

2º. Por Secretaría de la Sala expedir copia de esta decisión a fin de enviarla al Juzgado Cincuenta Penal del Circuito de Santa Fe de Bogotá para su información.

Cópiese y cúmplase.

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

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

TERCERO CIVILMENTE RESPONSABLE

Si bien para el momento procesal en que el ahora demandante asumió la representación de los terceros civilmente responsables, esto es durante el traslado de que trata el artículo 446 del Código de Procedimiento Penal, los intereses de estos frente a los del procesado no podían calificarse de contrapuestos, como que el fin perseguido por éste y aquéllos era el mismo, no pueda predicarse igual conclusión para cuando ya se ha proferido el fallo, así sea el de primera instancia puesto que a partir de este momento y para el caso de sentencia condenatoria, necesariamente los intereses entre estos sujetos procesales son contrapuestos cuando, como sucede en el presente caso, los terceros pretenden ser exonerados de la condena civil, pues de prosperar su finalidad, imprescindiblemente el procesado resulta afectado. De ahí que cuando esto sucede, la comunidad de defensa no puede persistir, ya que su actuación tendrá que necesariamente estar dirigida a beneficiar a uno de los dos sujetos procesales, en perjuicio del otro, como consecuencia de la ineludible oposición de intereses.

Cuando ya se había señalado el 11 de octubre como fecha para la celebración de la audiencia pública, mediante auto del 19 de septiembre, el 30 de septiembre los esposos Corredor otorgaron poder para su defensa, al mismo abogado que venía representando los intereses del procesado, personería que se le reconoció el 3 de octubre, quedando sin oportunidad procesal para ejercer el derecho a la defensa como consecuencia del previo desconocimiento al debido proceso, pues conforme lo afirmó esta Corporación en fallo del 12 de junio de 1.997, con ponencia del Magistrado, doctor Nilson Pinilla Pinilla, la oportunidad para solicitar esta clase de vinculaciones "fenece cuando el expediente queda efectivamente 'a disposición común de los sujetos procesales por el término de treinta días hábiles, para preparar la audiencia pública, solicitar las nulidades que se hayan originado en la etapa de instrucción que no se hayan resuelto y las pruebas que sean conducentes',... por ser esta la última oportunidad procesal, ... para impetrar los elementos de comprobación que requiera".

De ahí que, yerre el Tribunal y a su turno el a quo, pues éste lo que hizo fue avalar las argumentaciones expuestas por aquél para recha-

zar los postulados que en tal sentido venía proponiendo el apoderado común del procesado y de los terceros civilmente responsables desde la audiencia pública, al afirmar que carecía de razón porque a estos se les había notificado el auto por medio del cual se los vinculó y aún les quedaba la audiencia para pedir pruebas. pues además de que como también lo expuso la Sala en la ya citada casación del 22 de junio de 1.994, ésta se perfecciona no solo con la notificación del auto que admite la parte civil sino con el traslado de la demanda correspondiente para que así sea posible conocer las pretensiones por las cuales es vinculado el tercero y pueda ejercitar debidamente su defensa, de lo cual en este caso no obra constancia al respecto, "la audiencia pública es un evento connatural para el acopio de pruebas, pero estas, salvo lo dispuesto en el art. 448 ibidem, no son otras que las solicitadas dentro del mencionado término del art. 446", como igualmente se concluyó en la decisión del 12 de junio de 1.997.

Se desconoció así el debido proceso, al vincular a esta clase de terceros en una etapa procesal en la que ya no era dable hacerlo, "por cuanto al estar reconocido por la ley el tercero civil como un sujeto procesal más es evidente que las etapas, los términos y en general los ritos que establece el Código para el trámite del proceso penal, también le son aplicables al tercero en virtud del principio de igualdad y por tanto, siendo que la última etapa probatoria es la que se establece en el artículo 446 del Código de Procedimiento Penal, se impone entender que la ley no ha establecido ninguna etapa especial para este sujeto procesal, sino que debe acogerse el trámite general, esto es, que su vinculación solo es posible hasta el momento en que se ponga a disposición el expediente para los fines de la norma últimamente citada, pues es la única forma para que quienes estén reconocidos como tales puedan actuar en igualdad de condiciones y sean respetados a plenitud los derechos de contradicción probatoria y defensa", conforme se explicitó en fallo del 25 de septiembre de 1.997 con ponencia de quien ahora funge como ponente en este asunto.

"De esta manera, el tercero civilmente responsable puede ser involucrado válidamente al proceso penal durante la instrucción, o aun iniciándose el juicio siempre que mantenga la oportunidad plena de solicitar, allegar y contradecir pruebas y de preparar debidamente su defensa, para que así se equilibre en "los mismos derechos y facultades de cualquier sujeto procesal", teniendo en cuenta que para resultar condenado en perjuicios, si a ello hubiera mérito, se exige que se le "haya notificado debidamente" y "se le haya permitido controvertir las pruebas en su contra" (art. 155 ib.), como se concluyó en el referido fallo del 12 de junio de 1.997.

Proceso No. 10728

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal

Magistrado Ponente: Dr. Carlos Augusto Gálvez Argote

Aprobado Acta No. 38.

Santa Fe de Bogotá, D.C., marzo diecisiete (17) de mil novecientos noventa y nueve (1.999).

VISTOS

Adelantado el Procedimiento respectivo, el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Sogamoso agotó la primera instancia en el proceso seguido contra Silvano Gómez Avila profiriendo el primero de noviembre de 1.994, sentencia mediante la cual lo declaró responsable de la comisión de los delitos de homicidio y lesiones personales culposas, condenándolo a las penas principales de 32 meses de prisión y $2.000 de multa y a la accesoria de interdicción de los derechos y funciones públicas por un tiempo igual al de la pena privativa de la libertad, así como al resarcimiento de los daños y perjuicios causados con estos hechos punibles, imponiéndoles a él y a los terceros civilmente responsables, Lino Corredor Cely y Aurora Fajardo de Corredor, la obligación solidaria de pagarles al padre del hoy occiso, Estanislao Castiblanco, $2'140.000 como perjuicios materiales y $1'000.000 como morales; a sus menores hijos Adriana Liceth, Omar Leandro y a su esposa Vilma Nahir Barragán, 3.000 gramos de oro como perjuicios materiales y 500 por los morales, y a Alvaro Alfonso Mariño Paipa, quien se desempeñaba como ayudante de Orlando Castiblanco Martínez cuando sucedieron los hechos, 500 gramos oro como perjuicios materiales y 100 por los morales, disponiendo, finalmente, la suspensión condicional de la sentencia por el término de prueba de tres años.

Desatada por el Tribunal Superior de Santa Rosa de Viterbo la apelación interpuesta por el defensor del procesado y al mismo tiempo apoderado de los terceros civilmente responsables, contra estas determinaciones, la declaratoria de responsabilidad penal y sus consecuencias punitivas recibieron confirmación, al igual que lo referente a la reparación civil del daño, de la cual para efectos del pago de los perjuicios, si bien se conservó la solidaridad en la obligación, se modificó en cuanto a suprimir la equivalencia entre pesos y gramos oro que había señalado el a quo para fijarla únicamente en éstos, y en cuanto a la cantidad para cada uno de los perjudicados, así: a Estanislao Castiblanco 200 gramos oro como perjuicios materiales y 100 como morales, a la esposa del occiso, señora Vilma Barragán, 300 gramos oro como perjuicios materiales e igual cantidad de gramos por los morales, y a sus menores hijos 100 gramos oro como perjuicios materiales y 100 como morales, para cada uno.

De esta sentencia recurrió en casación y en nombre de sus tres poderdantes, esto es, procesados y cada uno de los dos terceros civilmente

responsables, su común apoderado, sustentando el recurso únicamente en relación con el incriminado Silvano Gómez Avila, cuya demanda, una vez declarada ajustada a derecho, es objeto ahora de decisión por la Corte.

HECHOS Y ACTUACIÓN PROCESAL

Estos tuvieron ocurrencia el día 31 de noviembre de 1.992, al promediar las siete de la mañana, cuando al transitar por la vía que de Pajarito conduce a Sogamoso, en el sitio denominado Puerto Sida en inmediaciones de la quebrada La Rocha, la tractomula Mack, azul, tipo tanque, modelo 1.970, de placas PM 1533, manejada por Silvano Gómez Avila y que iba sin carga, apresurada e imprudentemente adelantó por el lado izquierdo a la tractomula Dodge, blanca, modelo 1.975, de placas XG 0645 que transportaba 40 toneladas de arroz, conducida por Omar Orlando Castiblanco Martínez y su acompañante Jesús Alfonso Mariño Palpa, obligándolo a orillar el automotor sobre el borde de un abismo, cayendo la máquina a una profundidad de 93 metros, a consecuencia de lo cual murió su conductor y resultó gravemente herido el ayudante.

Investigados previamente estos hechos por el Juzgado Promiscuo Municipal de Pajarito, una vez practicó el levantamiento del cadáver de Castiblanco Martínez y dispuso las actuaciones urgentes en estos casos, las diligencias fueron remitidas a la Fiscalía Seccional No.24 de Sogamoso, donde se inició la correspondiente investigación penal (fl. 16), vinculándose mediante indagatoria a Silvano Gómez Avila (fl. 20), contra quien se profirió medida de aseguramiento de detención preventiva, con excarcelación, como presunto responsable de los delitos de homicidio y lesiones personales culposas (fl. 89), reconociéndose en la misma fecha, 23 de enero de 1.993, pero por resolución separada, al señor Estanislao Castiblanco, padre de Orlando Castiblanco Martínez, como parte civil, en la cual su demandado es exclusivamente el procesado (fls. 87 y 88).

Recepcionada diversa prueba testimonial e inspeccionados el lugar de los hechos y los vehículos colisionados, el 13 de enero de 1.994 se declaró cerrada la investigación (fl. 178), calificándose el mérito probatorio del sumario el 24 de marzo del mismo año (fl. 204) con resolución acusatoria en contra de Gómez Avila por los delitos que le fueran imputados al definírsele su situación jurídica, decisión ésta que cobró ejecutoria el 14 de abril de 1.994.

Repartido el expediente para que se adelantara la etapa del juicio al Juzgado Segundo Penal del Circuito de Sogamoso, el 2 de mayo avocó su conocimiento, disponiendo, en aplicación del artículo 446 del Código de Procedimiento Penal, el traslado secretarial del expediente a los sujetos procesales para "preparar la audiencia, solicitar las nulidades que se hayan originado en la etapa de la instrucción que no se hayan resuelto y las pruebas que sean conducentes" (fl. 227), el cual empezó a correr el 4 del

mismo mes, haciendo uso de este derecho el apoderado de la parte civil reconocida hasta ese momento y el defensor del procesado, presentándose durante este lapso, el 15 de junio, otra demanda para que se reconocieran como parte civil los menores hijos de Omar Orlando Castiblanco, Omar Leandro y Adriana Liceth, representados por su madre Vilma Nahir Barragán Barragán (fls. 234 a 240), la cual fue admitida el 26 de junio en el mismo auto que decidió sobre las pruebas, ordenándose vincular como terceros civilmente responsables, porque así lo solicitó el demandante, a Lino Corredor y Aurora Fajardo de Corredor, propietarios de la tractomula que conducía en la mañana de autos el procesado. Notificado este auto, a los terceros, mediante funcionario comisionado en la ciudad de Duitama el 6 de septiembre de 1.994, el 19 del mismo mes se señala como fecha para la celebración de la audiencia el 11 de octubre, presentándose el 30 de septiembre poder otorgado por éstos al mismo apoderado del procesado para que defendiera sus intereses, siéndole reconocida personería el 3 de octubre.

En el debate público el defensor del procesado y de los terceros civilmente responsable, mientras para aquél solicitó absolución por no existir en el plenario la prueba exigida por el artículo 247 del Código de Procedimiento Penal para condenarlo, para éstos últimos, aunque no hizo petición expresa sobre decisión alguna, enfatizó que no podían ser vinculados a "última hora", "cuando ya ellos no podían controvertir nada", pues, "ni siquiera se les notificó el auto que aceptó la demanda de parte civil", desconociéndose así la jurisprudencia de esta Sala del 22 de junio de 1.994, cuando con ponencia del Magistrado, doctor Edgar Saavedra Rojas, se observó que si no existía la notificación reclamada, no se podía predicar su legal vinculación.

Desechados estos argumentos por el a quo, por cuanto era lo cierto que el auto por medio del cual se ordenó vincular a los terceros civilmente responsables sí fue notificado y esto se hizo antes de la audiencia, quedando el debate público para pedir pruebas y controvertir su situación, más aún cuando "el carro que produjo el accidente tiene seguro", se profirió la sentencia de primer grado en los términos reseñados, siendo apelada por el defensor común en referencia, quien insistió ante el ad quem *con las mismas argumentaciones expuestas en el primera instancia, reiterando que respecto de los terceros, al haber sido vinculados en el auto que decretó las pruebas en el juicio ya se había perdido la oportunidad para poder impetrar las que la defensa hubiese estimado pertinentes, habiéndose violado en esta forma no sólo el debido proceso sino también, el derecho a defenderse, conculcándose así el artículo 29 de la Carta Política.*

Negadas las peticiones del defensor con iguales razonamientos a los expuestos por el a quo, confirmó el Tribunal el fallo impugnado en cuanto a la declaratoria de responsabilidad penal del procesado, pero modificándola respecto a la responsabilidad civil de éste y de los terceros, bajo el

contexto reseñado al principio de esta sentencia, siendo recurrida en casación por el referido defensor a nombre del procesado y los dos terceros civilmente responsables, no obstante que, como se anotó, la demanda sustentatoria de la impugnación lo es únicamente en nombre de Silvano Gómez Avila.

La Demanda

Con la expresa precisión de que el libelo es presentado en representación del procesado, dos cargos son los que propone el censor contra la sentencia de segunda instancia dictada por el Tribunal Superior de Santa Rosa de Viterbo, el primero, por nulidad por desconocimiento al debido proceso y al derecho de defensa y el segundo, por violación de la ley sustancial como consecuencia de una errónea valoración probatoria, los cuales argumenta así:

Primer cargo

Amparado en la causal tercera de casación penal, aduce el censor invalidez de la sentencia proferida por el Tribunal en cuanto se refiere a la condena en perjuicios impuesta a Lino Corredor Cely y Aurora Fajardo de Corredor en calidad de terceros civilmente responsables, al haberse dictado con abierto desconocimiento del debido proceso, por cuanto, "es obvio que para que tal condena tenga soporte legal, se les ha debido brindar la oportunidad de defenderse y para poder defenderse se les ha debido garantizar el debido proceso que por lo tanto consistiría en la observancia de las disposiciones legales pertinentes para que ellos hubieran podido solicitar pruebas, así como controvertir las que contra ellos se presentaron.".

En este caso, dice, en la demanda de parte civil de Estanislao Castiblanco admitida el 23 de febrero de 1.993, "ni siquiera" se mencionó a Lino Corredor y a Aurora Fajardo de Corredor para que respondieran en calidad de terceros civilmente responsables, siendo únicamente en el libelo presentado en representación de los menores Omar Leandro y Adriana Liceth Castiblanco Barragán, según poder otorgado por Vilma Nahir Barragán, admitido el 27 de julio de 1.994, cuando se solicitó esta vinculación, a pesar de no haber acreditado ésta su parentesco con Omar Castiblanco Martínez ni haberse constituido directamente como parte civil, como tampoco lo hizo Alvaro Alfonso Mariño Paipa, ayudante de aquél, irregularidades éstas que el Tribunal desconoció extendiendo oficiosamente la vinculación a los terceros aún respecto de los presuntos perjudicados que no manifestaron su voluntad en ese sentido, violando el ordenamiento civil, ya que ello no es posible de oficio, como inexplicablemente se hizo en el fallo que ahora impugna, y menos respecto de quienes ni siquiera se constituyeron en parte civil.

Era necesario, entonces, demostrar probatoriamente los vicios anotados, y en el proceso no se les dio oportunidad para ello, precisamente por-

que la vinculación de los terceros se hizo mediante un proceso indebido y violándose el derecho a la defensa.

En apoyo de sus asertos, acude al pronunciamiento de esta Sala del 22 de junio de 1.994, ya referido, en el que la Corporación fijó su criterio en el sentido de que era la notificación de la demanda de la parte civil la que vinculaba al tercero civilmente responsable, pues de otra forma, no se garantizaba el derecho a la defensa, ya que para ejercitarlo es imprescindible el conocimiento de la pretensión por la que se lo demanda; de ahí que, afirma, no resulten suficientes los razonamientos que tuvo el Tribunal para desechar sus cuestionamientos, según los cuales, en este caso no concurría irregularidad alguna en cuanto a la vinculación de esta clase de terceros y a la garantía sobre el derecho de defensa, en la medida en que a Lino Corredor y a Aurora Fajardo de Corredor se los notificó del auto por medio del cual se aceptó la demanda de parte civil a nombre de los menores Adriana y Omar Leandro Castiblanco, procediendo seguidamente a designar apoderado, y teniendo la audiencia pública para solicitar la práctica de pruebas y ejercer la defensa, resultando así ilegal la vinculación de sus representados, más aún cuando es una verdad de a puño, que la señora Vilma Barragán no acreditó ser la esposa de Omar Castiblanco ni que el poder concedido lo fuera para que actuara en su nombre ni en el mismo se especifica la razón que se tuvo para solicitar la vinculación de los terceros civilmente responsables.

Se han vulnerado, entonces, colige, el debido proceso y el derecho a la defensa en contra de los terceros civilmente responsables que apodera, transgrediéndose el artículo 29 de la Carta Política y los artículos 44, 46, 49 y 50 del Código de Procedimiento Penal, razón por la cual, termina impetrando de la Corte se case el fallo impugnado, revocando la condena en contra de Corredor Ccly y Fajardo de Corredor respecto al pago solidario de los perjuicios ocasionados con el hecho punible que les impuso el Tribunal.

Segundo cargo

Esta censura la propone el actor con sustento en el cuerpo segundo de la causal primera de casación, "por ser la sentencia violatoria de una norma de derecho sustancial proveniente de error en la apreciación de la prueba.".

Para la demostración de este yerro, transcribe el aparte del fallo impugnado en el que se afirma la certeza sobre la responsabilidad penal del procesado en los hechos investigados, reproduciendo a continuación extensos apartes de la declaración de Alvaro Alfonso Mariño Paipa, que según el demandante, es la prueba "sobre la cual se apoya el Honorable Tribunal para condenar a Gómez Avila", quien afirmó que una vez ocurrida la colisión en la carretera quedó una parte del espejo y del filtro sobre la vía, cuya credibilidad cuestiona porque, en su concepto, dadas las condi-

ciones de salud en que se encontraba una vez sucedió el accidente no podía ofrecer una versión certera sobre los objetos que de los vehículos colisionados quedaron sobre la carretera.

Por ello, hace al respecto algunas comparaciones con lo manifestado por Estanislao Castiblanco, acudiendo para ello a citas textuales de su versión, donde refiere que sobre la vía quedaron "partes del cabezote de la mula, como fueron, la tapa del filtro del aceite, y el tubo del silenciador, y partes del espejo del otro tanque o sea el que conducía el señor Silvano", al contenido de las fotografías tomadas a la tractomula accidentada, en las que se observa que efectivamente le falta la referida tapa del filtro, al acta de levantamiento del cadáver de Omar Castiblanco, en la que no se dejó constancia sobre el hallazgo de dichos objetos y a la versión de Jorge Eduardo Vázquez, quien, según el casacionista "agrega por otra parte que en el crucero alcanzó a ver a la Mack y que vio que no tenía espejo retrovisor, pero que en cuanto al filtro sí no se dio cuenta y que él informó a la policía en Sogamoso para que detuviera a la Mack como efectivamente sucedió, y allí fue que revisada dicha mula sin que se le encontrara ninguna huella de violencia o de impacto según la constancia dejada por la policía en el libro de población en la cual se dice: '13-11-92 11-45 horas inmovilización a ésta hora en la vía Sogamoso Yopal sector Santa Elena fue inmovilizado por orden central de Radio una Mula color azul marca Mack de placas TM 1533 con RO 4716 conducida por el señor SILVANO GOMEZ AVILA. La antes mencionada fue revisada minuciosamente y no tenía ninguna huella de colisión con otro vehículo, de igual manera el conductor manifestó no haber tenido ninguna clase de accidente y se le ordena presentarse con el vehículo al Juzgado de Pajarito el día 18 de noviembre de 1.992', orden que efectivamente se cumplió como consta al folio 5 y donde se le recibió a mi defendido declaración de indagatoria y sin que en ella se hubiera siquiera ordenado una Inspección Judicial a la mula que estaba allí presente.", lo cual, en su criterio, desvirtúa la versión de Mariño Paipa.

Luego de referirse a la forma como sucedió el accidente, de acuerdo a la versión suministrada por William Fonnegra, según el cual la tractomula conducida por Omar Orlando Castiblanco se salió de la calzada de la carretera como consecuencia del "volantazo brusco" efectuado por aquél y no por golpe ocasionado por el vehículo conducido por el procesado, concluye que tal situación descarta la responsabilidad penal de Silvano Gómez Avila.

Asimismo, se queja de que no se hubiese aclarado en la investigación si en el sitio donde sucedieron los hechos, quedaron huellas de pintura, ya que de conformidad con la versión de Mariño Paipa la Mack chocó contra el barranco, rebotó y se golpeó con la tractomula blanca; sin embargo, más adelante afirma que la única persona que pudo darse cuenta de la forma y causa de la salida de la tractomula blanca fue Alfonso Mariño y por ello los demás declarantes narran lo que aquél les manifestó, "pero no que ellos o que de sus versiones se pueda concluir que así fue el accidente", ya que

teniendo en cuenta lo consignado en el acta de levantamiento del cadáver sobre las huellas de frenada, se puede establecer que el vehículo conducido por la víctima se orilló para darle paso al piloteado por el procesado, "pero con tan mala fortuna" que el barranco se desprendió, "luego dicha mula no se salió por el empujón o golpe alguno propinado por quien lo adelantaba sino por la fatalidad", lo que no puede atribuirse a su defendido; pruebas éstas, que dice, fueron ignoradas por el Tribunal.

Concluye, entonces, que en este proceso "no se investigó nada" sobre las reales causas del accidente, y en estas condiciones no puede, con certeza, atribuírsele responsabilidad a Gómez Avila, como que no se practicó una inspección al lugar de los hechos para establecer si las huellas existentes en el barranco, según se decía, se habían producido por el golpe con el vehículo manejado por el procesado; ni se inspeccionaron los automotores involucrados en el accidente para determinar manchas de pintura, porque, en su criterio, un carro cargado con 40 toneladas requería de un golpe de gran magnitud para que se saliera de la vía, puesto que como lo han dicho los testigos, el conjunto de su cabina era de fibra, "material este sensible a cualquier golpe".

Bajo estos supuestos probatorios colige la falta de nexo causal entre la conducta del procesado y el resultado producido, para lo cual acude en apoyo a algunas citas doctrinales sobre el tema, afirmando que yerra el Tribunal al considerar que como el procesado, violando lo previsto en el artículo 136 del Código Nacional de Tránsito, adelantó la tractomula conducida por la víctima, pese a que la visibilidad no alcanzaba los 100 metros, debe responder penalmente, pues esta no fue la causa de los fatales hechos.

Vuelve, ahora, a cuestionar la credibilidad que para el Tribunal mereció la declaración de Alfonso Mariño Paipa y afirma que como consecuencia de ello se violaron los artículos 21, 329 y 334 del Código Penal y 247, 245 y 445 del Código de Procedimiento Penal., habiéndose dictado sentencia en un proceso viciado de nulidad y violatorio de la ley sustancial por errores en la apreciación probatoria. Solicita, en consecuencia, se case el fallo impugnado y en su lugar se profiera el que "se ajuste a derecho, según lo dispone el artículo 129 del código de Procedimiento Penal.

CONCEPTO DE LA PROCURADURÍA PRIMERA DELEGADA EN LO PENAL

Primer cargo

No obstante que al Procurador Delegado no le parece acertada la crítica del libelista sobre la irregular condena en perjuicios impartida a favor de los menores Omar Leandro y Liceth Castiblanco que sustenta el casacionista en la falta de personería de la señora Vilma Barragán, madre de aquellos, por no aportar el correspondiente registro civil de matrimonio, toda vez que la calidad de hijos del occiso fue acreditada con sus registros

civiles de nacimiento en donde figura como madre Vilma Nahir Barragán, encuentra acertada la proposición y demostración de esta censura en lo que tiene que ver con la vulneración del derecho a la defensa de los terceros civilmente responsables por su vinculación tardía al proceso, irregularidad esta que les impidió controvertir su responsabilidad civil en los hechos por los que fue condenado Silvano Gómez Avila y en cuanto a la condena oficiosa de que fueron objeto, respecto de los perjudicados Estanislao Castiblanco, Alvaro Alfonso Mariño Paipa y Vilma Barragán Barragán.

Impetra, en consecuencia, acoger el cargo.

Segundo cargo

Para el Delegado se impone la desestimación de esta censura por no reunir los requisitos de precisión y claridad en su proposición y consiguiente demostración, como que invocando el cuerpo segundo de la violación indirecta de la ley no indica si el yerro alegado es de hecho o de derecho ni tampoco el sentido del mismo; y además, las argumentaciones expuestas se basan en las propias conclusiones del demandante sobre la valoración probatoria, desconociendo las del fallador y sin evidenciar error alguno en la sentencia, que por el principio de limitación, no puede la Corte corregir.

Por ello, encuentra sin sustento alguno las críticas valorativas del censor sobre los testimonios de Alfonso Mariño Paipa y Estanislao Castiblanco, Eduardo Vásquez y Alfonso Fonnegra en cuanto a los objetos que de las tractomulas accidentadas quedaron sobre la vía, ya que es un aspecto insustancial, dado que éstos objetos pudieron rodar sobre la carretera o ser manipulados por otras personas.

Tampoco es cierta, la censura en el sentido de que no fue valorada la constancia que se dejara en el libro de población de la Policía de Sogamoso según la cual el vehículo conducido por el procesado no presentaba huellas de colisión, pues a los folios 228 y 22 de los cuadernos No., 3 y del Tribunal respectivamente aparece la valoración correspondiente, cosa distinta es que no le haya dado ningún valor.

De otra parte, dice, los cuestionamientos del libelista sobre las deficiencias que considera se presentaron en la investigación y la no práctica de algunas inspecciones, es tema que no corresponde a la causal de casación invocada, esto es, la primera, sino a la tercera, como irregularidades atentatorias contra el debido proceso.

No obstante, precisa el Ministerio Público, que si bien la investigación presenta algunos vacíos sobre la constatación del vehículo que ocasionó el accidente, las pruebas que aparecen en el expediente señalan inequívocamente a Gómez Avila como el causante del mismo.

Por tanto, depreca el rechazo del cargo.

CONSIDERACIONES

Primer cargo

Siendo que esta censura apunta exclusivamente a cuestionar la condena solidaria en perjuicios de que fueron objeto los señores Lino Corredor Cely y Aurora Fajardo de Corredor, como que, en criterio del demandante, fueron vinculados tardíamente al proceso y no podían condenarse oficiosamente a favor de los perjudicados Vilma Barragán, Estanislao Castiblanco y Alfonso Mariño Paipa, y que como expresamente lo afirma la demanda la formula en representación de Silvano Gómez Avila, solicitando que respecto a esta primera censura se case el fallo impugnado en el sentido de declarar su nulidad exclusivamente en relación con la condena en perjuicios impuesta a los terceros civilmente responsables, es evidente que no le asiste legitimidad de personería para elevar este cargo, por cuanto si bien interpuso el recurso en nombre de los tres, es lo cierto que su sustentación solo se hizo respecto del procesado, motivo por el cual no podía pretender mediante esta representación la defensa de los terceros civilmente responsables, más aún cuando al hacerlo está precisamente afectando los intereses de quien dice defender mediante la demanda de casación, esto es, los del incriminado, ya que de accederse a su pretensión, necesariamente se vería afectado aquél por el desaparecimiento de los terceros, deudores solidarios en el pago de la obligación, pues al quedar ésta solo en cabeza del procesado se estaría desmejorando su situación en cuanto a la expectativa de afectación de su patrimonio económico.

Es que si bien para el momento procesal en que el ahora demandante asumió la representación de los terceros civilmente responsables, esto es durante el traslado de que trata el artículo 446 del Código de Procedimiento Penal, los intereses de estos frente a los del procesado no podían calificarse de contrapuestos, como que el fin perseguido por éste y aquéllos era el mismo, no puede predicarse igual conclusión para cuando ya se ha proferido el fallo, así sea el de primera instancia puesto que a partir de este momento y para el caso de sentencia condenatoria, necesariamente los intereses entre estos sujetos procesales son contrapuestos cuando, como sucede en el presente caso, los terceros pretenden ser exonerados de la condena civil, pues de prosperar su finalidad, imprescindiblemente el procesado resulta afectado. De ahí que cuando esto suceda, la comunidad de defensa no puede persistir, ya que su actuación tendrá que necesariamente estar dirigida a beneficiar a uno de los dos sujetos procesales, en perjuicio del otro, como consecuencia de la ineludible oposición de intereses.

De otra parte, y aunque la falta de personería de suyo es suficiente para desestimar el cargo, no esta por demás precisar que teniendo en cuenta las modificaciones que al respecto introdujo el fallo de segunda instancia al tasar la sanción indemnizatoria en 200 y 100 gramos oro a favor de

Estanislao Castiblanco a título de perjuicios materiales y morales respectivamente, 300 y 300 gramos oro para Vilma Barragán, 100 y 100 para cada uno de sus dos menores hijos, y 200 y 100 gramos oro para Alfonso Mariño Paipa, los cuales arrojan un total de 1.600 gramos oro, cuyo valor para la fecha de la sentencia impugnada era de $10.866,17, es esta la cuantía que debe tenerse como base para establecer el interés económico para recurrir en casación, pues entratándose de tercero civilmente responsable cuya condición es la de deudor solidario, esto es con la obligación de cancelar la totalidad de la condena en perjuicios, es el valor total de esta el que representa su interés, contrario a lo que ocurre frente a la parte civil pues en este evento y por tratarse de una acumulación de las pretensiones de cada uno de los perjudicados, por mandato del artículo 366 del Código de Procedimiento Civil, en concordancia con el artículo 20.2 del mismo Estatuto, en estos eventos debe tomarse en cuenta el monto de la condena mayor, individualizando la concedida a cada uno de los perjudicados, toda vez que es por el interés económico desfavorable en el fallo para cada una de ellas que se fija la cuantía para recurrir; de ahí que en este caso los terceros civilmente responsables, además de carecer de legitimidad de personería, también en ellos está ausente el interés económico para demandar, dado que el monto total de los perjuicios asciende a $17'385.872, suma inferior a los $27.440.000,oo en los que estaba fijado en el año de 1995, en sujeción a lo dispuesto por el artículo 221 del Código de Procedimiento Penal, de conformidad con el cual cuando la censura se dirige exclusivamente a los perjuicios, el recurso se rige por las causales y la cuantía establecidas para la casación civil, como lo viene reiterando la Sala, pues el hecho de permitir la impugnación de aquellos aspectos del fallo que considera le son agraviantes, no releva a ninguna de las partes de respetar estas exigencias, cuando de los perjuicios se trata.

El cargo no prospera.

Segundo cargo

Este reproche lo propone el libelista en favor del procesado Silvano Gómez Avila, aduciendo el cuerpo segundo de la causal primera de casación, sin que, como lo afirma el Delegado, respete los esenciales presupuestos de precisión y claridad que orientan este recurso, pues se limita escuetamente a aducir una errada apreciación probatoria, sin señalar si la pretendida violación de la ley sustancial, que se infiere es indirecta, se produjo por errores de hecho o de derecho y consecuentemente si estos consisten en falsos juicios de existencia por omisión o suposición o bien por falsos juicios de identidad; o si por el contrario se trata de falsos juicios de legalidad o de convicción; como que tampoco concreta el censor cuál es el sentido de las normas que refiere como quebrantadas, esto es, si por aplicación indebida o falta de aplicación, quedando la Corte en una incertidumbre imposible de aclarar, por cuanto el principio de limitación la inhibe de corregir y suplir las deficiencias técnicas de la demanda.

Es así, como, sin evidenciar su incidencia en el fallo, critica la credibilidad que para los juzgadores mereció el testimonio del compañero de viaje de Omar Castiblanco, Alfonso Mariño Paipa, quien no obstante la gravedad de las lesiones sufridas no perdió el conocimiento y pudo, desde el mismo momento en que fue rescatado por Eduardo Vásquez, manifestarle que se habían ido al abismo porque una tractomula Mack los sacó de la vía, versión que pretende descalificar con el débil argumento de que el filtro y los restos del espejo que menciona éste y otros testigos no eran del vehículo conducido por el procesado, porque dicho testigo afirma que cuando lo alcanzaron no tenía espejo retrovisor y no se dio cuenta del filtro, olvidando que sobre el tema, en la declaración rendida el 23 de junio de 1993 Jorge Eduardo Vásquez, en respuesta que fuera de contexto reproduce el actor, manifestó que. "...Allá no quedó sino una sola mula, y Alvaro decía que una mula azul, porque la mula que lo golpeó si siguió, el filtro que encontramos era de la mula azul porque la blanca que estaba en el abismo, nosotros alcanzamos una mula azul oscura en el cruce estaba estacionada, no tenía el retrovisor y si tenía el filtro no me di cuenta, llegamos a Sogamoso, nosotros hicimos el amague de frenar y vimos la mula para irnos a avisar a la Policía porque nosotros dimos las placas, allá la policía lo estaba esperando...".

De la misma manera cuestiona la versión de William Fonnegra, quien al afirmar que la tractomula que venía acosando a la conducida por Omar Castiblanco, estaba pidiendo paso y que cuando la alcanzó "la otra dio un volantazo y se salió", de lo que concluye que "la mula no se salió por el efecto del golpe sino a consecuencia de un volantazo brusco dado por el conductor de la tractomula blanca, lo cual descarta toda responsabilidad de Silvano", cuando la prueba es suficientemente clara en indicar que precisamente, por la imprudencia del procesado en intentar irresponsablemente adelantar un vehículo pesado que transportaba carga, en una carretera angosta y en regular estado de conservación, y además en subida, fue lo que precisamente obligó a Omar Castiblanco a orillarse hacia el abismo, con el riesgo que por supuesto implicaba que el propio peso del camión propiciara el desprendimiento del terreno, con las fatales consecuencias.

Igualmente desatina el demandante cuando en la primera parte expositiva de la censura acepta que la tractomula conducida por el procesado golpeó la que tripulaba la víctima, para más adelante negar la existencia del golpe con el argumento de que Omar Castiblanco le cedió el paso a Silvano y posteriormente tuvo la mala suerte de que se desprendiera el pedazo de tierra donde se orilló, lo cual no puede imputársele a su defendido.

Sin embargo, de manera contradictoria, no obstante que ha cuestionado la credibilidad de los testigos que corroboran la versión de Mariño Paipa, al mismo tiempo se queja de que no hayan sido tenidos en cuenta, siendo que sí fueron objeto de análisis por el fallador, cosa bien distinta es que el

censor llame omisión al hecho de que esta valoración no coincida con la suya.

De otro lado, en lo que tiene que ver con la inconformidad del demandante sobre la ineficacia probatoria que mereció para el Tribunal el informe sobre la retención de la tractomula Mack de placas TM 1533, elaborado el 13 de noviembre de 1992 por la Policía de Sogamoso, por no contener los nombres ni las firmas de los agentes que lo elaboraron, ha debido proponerse como error de derecho por falso juicio de legalidad, indicando las normas que regulan lo pertinente a la elaboración de tales informes y porque en las condiciones en que fue elaborado y aportado al proceso sí podía tener validez como tal, y no limitarse a cuestionar el criterio del fallador, pues con ello lo único que queda en claro es una discrepancia valorativa.

Por lo demás, es claro, que aparte de lo insostenible de la crítica probatoria del casacionista para que a toda costa se crea en la versión de Gómez Avila y se le reste credibilidad al testimonio de Alfonso Mariño Paipa, desviándose hacia el error de derecho por falso juicio de convicción, que como lo ha sostenido la Sala en diversas oportunidades, en casos como éste y frente a pruebas testimoniales y periciales como las cuestionadas por el actor, nuestro sistema procesal no tiene previsto un justiprecio legal para su valoración, sometiendo a los jueces únicamente a los dictados de la lógica, la ciencia y la experiencia, no siendo, por tanto, de recibo las meras contraposiciones de criterios que no demuestren el desconocimiento de aquellos parámetros, debiendo entonces prevalecer las apreciaciones probatorias expuestas en el fallo, que como tal arriba a este sede amparado por la doble presunción de acierto y legalidad.

Además, y aunque los yerros de orden técnico señalados en precedencia resultarían suficientes para afirmar ab initio el fracaso de la censura, no puede dejarse de lado la confusión conceptual del libelista en torno a la autonomía e independencia de las causales de casación, como que simultáneamente alega una violación de la ley y una nulidad por incumplimiento de los funcionarios judiciales respecto del principio de la investigación integral, como inusitada y equivocadamente lo argumenta en la supuesta demostración del reproche y solicita al final del libelo, lo cual, de contera, implica desconocimiento del principio de contradicción, como que si de hallar la Corte fundado el cargo en cuanto al quebranto de la ley debe proferir el fallo de reemplazo, y no puede, bajo el mismo supuesto declarar la nulidad de lo actuado y disponer a qué momento procesal queda retrotraída la actuación.

El cargo no prospera.

CASACIÓN OFICIOSA

En estas condiciones y no obstante la inadmisión que procede de la demanda y específicamente del cargo referido a la invalidez de la condena

que por los perjuicios se le impuso a los terceros civilmente responsables, observa la Sala que la vinculación de estos a la presente actuación resulta desconocedora del debido proceso y violatoria del derecho a la defensa, por cuanto tal como se precisó en el acápite correspondiente a la actuación procesal, en la primera demanda de constitución de parte civil presentada a nombre del padre del occiso Omar Castiblanco Martínez, las pretensiones se dirigieron sólo contra el procesado y así fue admitida, siendo únicamente en la segunda, esto es, en la correspondiente a los menores Omar Leandro y Adriana Liceth cuando se demandó además del incriminado, a los esposos Corredor como terceros civilmente responsables, lo cual se hizo el 15 de junio de 1.994, precisamente el día en que se vencía el traslado para la petición de pruebas en el juicio ordenado por el artículo 446 del Código de Procedimiento Penal, así en el informe secretarial visto a folio 240 vto. conste que sólo hasta el 22 de ese mes pasó el proceso al Despacho "una vez cumplido el término de traslado", pues al empezar a correr este lapso el día 4 de mayo (fl. 227 vto.), los 30 días hábiles se completaban el 15 de junio, viniéndose a decidir sobre esta demanda privada hasta el 27 siguiente en el mismo auto que resolvió sobre las pruebas pedidas por las partes durante el referido traslado, admitiéndola y vinculando en calidad de terceros civilmente responsables a Lino Corredor y Aurora de Corredor, a quienes si bien se dispuso les fuera notificada esa decisión, ello ocurrió hasta el 6 de septiembre de 1.994.

Cuando ya se había señalado el 11 de octubre como fecha para la celebración de la audiencia pública, mediante auto del 19 de septiembre, el 30 de septiembre los esposos Corredor otorgaron poder para su defensa, al mismo abogado que venía representando los intereses del procesado, personería que se le reconoció el 3 de octubre, quedando sin oportunidad procesal para ejercer el derecho a la defensa como consecuencia del previo desconocimiento al debido proceso, pues conforme lo afirmó esta Corporación en fallo del 12 de junio de 1.997, con ponencia del Magistrado, doctor Nilson Pinilla Pinilla, la oportunidad para solicitar esta clase de vinculaciones "fenece cuando el expediente queda efectivamente 'a disposición común de los sujetos procesales por el término de treinta días hábiles, para preparar la audiencia pública, solicitar las nulidades que se hayan originado en la etapa de instrucción que no se hayan resuelto y las pruebas que sean conducentes',... por ser esta la última oportunidad procesal, ... para impetrar los elementos de comprobación que requiera".

De ahí que, yerre el Tribunal y a su turno el a quo, pues éste lo que hizo fue avalar las argumentaciones expuestas por aquél para rechazar los postulados que en tal sentido venía proponiendo el apoderado común del procesado y de los terceros civilmente responsables desde la audiencia pública, al afirmar que carecía de razón porque a estos se les había notificado el auto por medio del cual se los vinculó y aún les quedaba la audiencia para pedir pruebas, pues además de que como también lo expuso la

Sala en la ya citada casación del 22 de junio de 1.994, ésta se perfecciona no solo con la notificación del auto que admite la parte civil sino con el traslado de la demanda correspondiente para que así sea posible conocer las pretensiones por las cuales es vinculado el tercero y pueda ejercitar debidamente su defensa, de lo cual en este caso no obra constancia al respecto, "la audiencia pública es un evento connatural para el acopio de pruebas, pero estas, salvo lo dispuesto en el art. 448 ibidem, no son otras que las solicitadas dentro del mencionado término del art. 446", como igualmente se concluyó en la decisión del 12 de junio de 1.997.

Se desconoció así el debido proceso, al vincular a esta clase de terceros en una etapa procesal en la que ya no era dable hacerlo, "por cuanto al estar reconocido por la ley el tercero civil como un sujeto procesal más es evidente que las etapas, los términos y en general los ritos que establece el Código para el trámite del proceso penal, también le son aplicables al tercero en virtud del principio de igualdad y por tanto, siendo que la última etapa probatoria es la que se establece en el artículo 446 del Código de Procedimiento Penal, se impone entender que la ley no ha establecido ninguna etapa especial para este sujeto procesal, sino que debe acogerse el trámite general, esto es, que su vinculación solo es posible hasta el momento en que se ponga a disposición el expediente para los fines de la norma últimamente citada, pues es la única forma para que quienes estén reconocidos como tales puedan actuar en igualdad de condiciones y sean respetados a plenitud los derechos de contradicción probatoria y defensa", conforme se explicitó en fallo del 25 de septiembre de 1.997 con ponencia de quien ahora funge como ponente en este asunto.

"De esta manera, el tercero civilmente responsable puede ser involucrado válidamente al proceso penal durante la instrucción, o aun iniciándose el juicio siempre que mantenga la oportunidad plena de solicitar, allegar y contradecir pruebas y de preparar debidamente su defensa, para que así se equilibre en "los mismos derechos y facultades de cualquier sujeto procesal", teniendo en cuenta que para resultar condenado en perjuicios, si a ello hubiera mérito, se exige que se le "haya notificado debidamente" y "se le haya permitido controvertir las pruebas en su contra" (art. 155 ib.), como se concluyó en el referido fallo del 12 de junio de 1.997.

Vulnerado, entonces, el debido proceso y de contera, el derecho de defensa de los terceros civilmente responsables, trascendido incuestionablemente a su contenido material, como que, conforme lo precisa el demandante, se quedaron sin poder demostrar la ilegitimidad de personería que aduce sobre el parentesco de la esposa del occiso, la ausencia de demanda que respecto a éstos terceros alega con relación a ésta misma y al ayudante de Omar Castiblanco, la indebida extensión de la pretensión alegada por Estanislao Castiblanco y a su turno, de todos los perjudicados, en fin, de todas aquellas pruebas que lejos de estar destinadas a prosperar no podían coartarse de facto al dejarlos sin la oportunidad

procesal para pretender su práctica y que finalmente pudiesen ser valoradas por los juzgadores al proferir el fallo correspondiente, se impone, de conformidad con los artículos 228 y 229.1 del Código de Procedimiento Penal, casar oficiosa y parcialmente el fallo impugnado, en cuanto se refiere a la condena de los terceros civilmente responsables, decretando la nulidad de lo actuado a partir de la decisión en virtud de la cual se dispuso su vinculación, compartiendo así el concepto del Procurador Delegado en cuanto a que efectivamente aquí se vulneró el derecho a la defensa de estos sujetos procesales, pero no porque prospere el cargo, ya que como quedó analizado, el demandante carecía de legitimidad de personería y de interés económico para recurrir sobre este aspecto del fallo impugnado, sino por la oficiosidad en su decreto.

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

RESUELVE:

Primero: Desestimar la demanda.

Segundo: Casar oficiosa y parcialmente el fallo impugnado, en el sentido de decretar la nulidad de lo actuado a partir de la decisión que dispuso la vinculación de los terceros civilmente responsables, Lino Corredor y Aurora Fajardo de Corredor. En lo demás la sentencia no sufre modificación alguna.

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

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

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

ERROR DE HECHO/ FALSEDAD EN DOCUMENTO/ SENTENCIA/ RESOLUCION DE ACUSACION

No basta en sede de casación decir que el juez se equivocó y probar el error simplemente ofreciendo una lectura personal y diferente de los medios de prueba. Es necesario, cuando se alega error de hecho como en el caso examinado, demostrar en qué consistió, cuál prueba existente dejó de ser considerada, cuál inexistente sirvió de fundamento a la sentencia, cómo tuvo lugar la tergiversación del contenido material del medio probatorio, de qué manera se quebrantó la sana crítica, y en todos los eventos cuál fue la trascendencia del error frente a la orientación de la sentencia.

La sentencia es el acto procesal naturalmente llamado a dar fin al proceso, a resolverlo de manera definitiva. Pero en ella el juzgador viene atado, circunscrito, por la resolución acusatoria. El alcance de esa limitación es lo que en el fondo constituye el principio de congruencia.

La ley Colombiana, como en general lo conciben los sistemas de derecho positivo fundamentados en similares principios procesales, reconoce que el proceso penal define gradualmente su objeto y que a tal identificación concurren dos criterios o elementos: el histórico y el normativo. También, que ninguno de los dos es suficiente, con exclusión del otro, para delimitar dicho objeto o sea, en otras palabras, la conducta materia de juzgamiento. Sin embargo, a través de las regulaciones que sobre la estructura del procedimiento y su mecánica se han sucedido en el tiempo, se ha acudido a instituciones procesales distintas para fijar con mayor o menor amplitud las facultades del Juez frente a la acusación, o las posibilidades de llevar a cabo variaciones que repercutan en la denominación jurídica del delito por el cual se procede.

Actualmente el artículo 180 del Código de Procedimiento Penal, recoge la doble dimensión identificadora del hecho cuando exige que el fallo contenga un resumen de los hechos investigados, un resumen de la acusación, y la calificación jurídica de los hechos y de la situación del procesado. Dicha disposición ha de entenderse con arreglo al marco

jurídico - fáctico que a su vez el legislador ha previsto para construir la acusación. Por eso la norma, aislada del contenido del artículo 442 ib., reportaría significados muy amplios y probablemente ambiguos .

Esta última regla, a su vez, exige como requisito formal de la resolución de acusación una narración de los hechos, con todas las circunstancias de modo, tiempo y lugar que los especifiquen, es decir, que permitan individualizarlos; y además demanda la calificación jurídica de esos hechos, advirtiendo que la misma es provisional y que contendrá el señalamiento del capítulo dentro del título correspondiente del Código Penal.

Tal manera de regular las exigencias de la acusación y de la sentencia, no tiene por objeto sino significar que en el marco de aquella es que se va a mover la actuación del fallador y cuáles sus límites de decisión. Así entonces, ha entendido la jurisprudencia de ésta Corporación, los hechos, histórica o fácticamente, deben ser ESENCIALMENTE los mismos; y la calificación jurídica, aún no siendo idéntica resolución por el mismo tipo penal imputado por el Fiscal - sí debe estar recogida en el mismo Capítulo del Código Penal.

Así entonces, lo secundario del episodio que envuelve el delito, mal puede resultar siendo significativo para su identificación, o para la correspondencia que debe existir entre acusación y fallo. La legislación Colombiana, no da a las circunstancias aludidas el alcance que pretenden los casacionistas puesto que le permite al Juez calificar de otra manera el documento (el público como privado) o suprimir la cualificación del sujeto activo (de servidor público a particular) sin entender alterada la imputación.

La Sala reitera que uno de los contenidos de la resolución de acusación, así lo establece el numeral 3ª del artículo 442 del Código de Procedimiento Penal, es la calificación jurídica provisional de la conducta, con mención del capítulo y el título del Código Penal donde se encuentra prevista. Y es dicho carácter el que le permite al juzgador variar la imputación, a condición de que lo haga dentro del mismo capítulo del Código Penal y no resulte agravada la situación del procesado.

Aunque ha sido ampliamente discutido por la jurisprudencia y la doctrina qué delito le es imputable al particular que falsifica por creación integral un documento de naturaleza pública, si el descrito en el artículo 221 o en el artículo 220 del Código Penal, la Sala ha optado por la última solución, con sustento en los siguientes argumentos:

"...La falsedad como tal, en cualquiera de sus modalidades, es genéricamente aquella conducta mediante la cual el agente pretende hacer aparecer como verdadero aquello que en realidad no lo es.

"En tratándose de falsedad material, particularmente, esta consiste en la creación total de un documento falso, o en la imitación de uno que ya existe, o simplemente en la alteración del contenido de un documento auténtico. Esa formación total o parcial, puede recaer tanto en documento público como en privado.

"Sobre este aspecto, se ha dicho que la falsedad total o propia, es aquella en la cual el sujeto activo crea en su integridad el documento, tanto el contenido como su procedencia, también llamada por algunos GENUINIDAD (TENOR), de modo que lo suscribe quien en realidad no lo elaboró o se le hace aparecer como si proviniese de allí.

"La segunda forma de falsedad material es la llamada parcial o impropia, que consiste en la creación de alteraciones en un texto ya confeccionado, de tal manera que se le agregan o suprimen algunos aspectos de su contenido.

"En el caso concreto de la conducta que describe el artículo 220 del Código Penal, que sanciona al particular que falsifique materialmente documento público, resulta plenamente viable que en el caso de confección total del mismo quien así actúa se haga acreedor a la sanción prevista en la mencionada norma.

"La Sala no comparte la tesis de que un particular, por no tener función certificadora o documentadora, no incurra en esta conducta cuando crea totalmente un documento público y sí cuando lo altera parcialmente. Si de lo que se trata es de proteger la fe pública y por ende la confianza de los asociados, resulta menos que lógica una conclusión de esa naturaleza, porque, precisamente el agente se está aprovechando del crédito que su calidad "pública" genera en la comunidad para introducir al tráfico jurídico un documento con tal apariencia y de esa manera obtener su propósito a sabiendas de que sólo es posible mediante la utilización de un documento con esas características.

"De modo que si se regresa al concepto genérico de falsedad –hacer aparecer como real algo que no lo es—no queda descartada la hipótesis de la que se viene hablando, porque precisamente se está haciendo aparecer como público, un documento que en realidad no lo es.

"De ahí que también resulte absurdo que el reproche sea menor para quien crea totalmente un documento público falso que para quien lo altera parcialmente ".*

Proceso No. 10862

---

* Sentencia de casación de mayo 5/97.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal

Magistrado ponente: Dr. *Carlos Eduardo Mejía Escobar*

Aprobado Acta No. 38

Santa Fe de Bogotá D.C., marzo diecisiete (17) de mil novecientos noventa y nueve (1999).

VISTOS

Resolver los recursos de casación interpuestos por el defensor del procesado Germán Enrique Ibáñez Medina y por el Agente del Ministerio Público, contra la sentencia del Tribunal Superior de Tunja de febrero 20 de 1995, confirmatoria de la del Juzgado 1º Penal del Circuito de la misma ciudad, mediante la cual condenó al mencionado a la pena principal de un año de prisión y a la accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas por el mismo lapso, al encontrarlo responsable del delito de falsedad en documento privado.

HECHOS Y ACTUACIÓN PROCESAL

Pedro Vicente Sánchez Martínez deseaba obtener un cupo para operar un taxi en el municipio de Tunja. Se lo hizo saber a un conocido y éste lo puso en contacto con Guillermo Alfredo Díaz Medina, quien dijo que se lo vendía. Celebraron el respectivo contrato el 27 de julio de 1990 por la suma de $800.000.00 que el comprador le canceló en el acto. Según el documento el cupo del convenio lo había otorgado la Alcaldía de Tunja a través de la resolución 0131 del 8 de noviembre de 1989.

Como el vendedor incumplió dejaron sin efecto el documento anterior y suscribieron uno nuevo el 8 de agosto de 1990. Mediante éste Díaz Medina se comprometió a la venta de "un cupo individual para taxi con tarjeta de operación para Tunja" y a entregarle "la certificación del cupo con su respectiva resolución", para lo cual se estableció un término de 8 días. Transcurrido éste, el vendedor le hizo entrega de la certificación obrante en el expediente a folio 4, suscrita por Germán E. Ibáñez Medina en calidad de Director del Departamento de Tránsito y Transportes de Tunja. La misma ostenta como fecha de expedición el 10 de mayo de 1990 y afirma que Sánchez Ramírez "...posee un cupo para vincular por REPOSICION un vehículo...", cuyas características describe a continuación.

Sánchez Ramírez, cuya denuncia fue la que dio origen a la investigación, operó el automotor durante varios meses. Y ocurrió que hacia mayo de 1991, a raíz de un choque que sufrió, debió presentarse en el DATT de Tunja, donde le retuvieron la "tarjeta de operación" debido a que era falsificada.

Contactó nuevamente al vendedor del derecho al cupo y éste lo puso en comunicación con Germán Ibáñez Medina, con cuya intermediación el ve-

hículo fue matriculado en Moniquirá. De todas formas no le fue permitido operar en Tunja, por lo que se vio precisado a vender el automotor con el consecuente menoscabo de su patrimonio.

Por el cargo de estafa resultó vinculado al proceso Guillermo Alfredo Díaz Medina en favor del cual, en cuanto indemnizó integralmente al perjudicado, se dictó cesación de procedimiento el 24 de mayo de 1994 (fl. 424 c.o.). Germán Enrique Ibáñez Medina también fue objeto de vinculación a la investigación por la presunta falsedad documental consistente en la elaboración de la certificación del folio 4, cuyo contenido era contrario a la verdad. Se le resolvió situación jurídica el 10 de diciembre de 1993 siendo detenido preventivamente por el hecho punible de falsedad ideológica en documento público, mismo cargo por el cual fue acusado por la Fiscalía el 24 de marzo de 1994 (fl. 386).

Se tramitó el juicio. En el marco de la audiencia pública se ampliaron varias declaraciones y el 22 de noviembre de 1994 el Juez 1º Penal del Circuito de Tunja decidió condenar a Germán Enrique Ibáñez Medina, a 24 meses de prisión, por el delito de falsedad material de particular en documento público. Apelada esta determinación el Tribunal Superior de Tunja a través de la sentencia objeto del recurso de casación, consideró que el delito que se estructuraba era el de falsedad en documento privado, en tal sentido modificó el fallo de primera instancia, e impuso al procesado la pena principal de un año de prisión.

Las Demandas

1. Dos cargos hace el defensor a la sentencia.

Primero:

Lo apoyó en el numeral 1º, inciso 2º, del artículo 220 del Código de Procedimiento Penal. El juzgador –dice—le dio a algunas pruebas "y en su conjunto a todas", un sentido que no correspondía "a su contenido fáctico". En consecuencia, produjo una verdad procesal distinta a la señalada por los medios de convicción. Y de haber realizado "el juicio correctamente" ello se habría reflejado en el fallo. "El falso juicio de existencia se presenta –concluye—al haber tenido por demostrados los elementos estructurantes de la falsedad en circunstancias temporo-espaciales y modales distintas a las reales, creando una verdad procesal inexistente en el campo fáctico".

Fue, entonces, falsa la apreciación de las pruebas, "...que de haberla realizado en conjunto y en sana crítica, el resultado de la decisión debería ser diverso". Con esto, agrega, se vulneraron de manera indirecta los artículos 254, 294, 253, 247 y 445 del Código de Procedimiento Penal; y 1º, 3º, 5º, 21 y 35 del Código Penal, así como el artículo 29 de la Constitución Nacional.

Insiste en que la apreciación de las pruebas fue falsa, hace equivalente ese concepto con el de falso juicio de existencia y dice que si no se hubiera producido, "se hubiese impuesto la exoneración de la imputación de falsedad en documento privado".

Esa errónea apreciación de las pruebas, continúa el censor, condujo al juzgador a una variación radical de la calificación jurídica otorgada a los hechos en la acusación. Y no fue un simple cambio de tipo penal. Se trató, además, dice, de considerar en un caso al procesado como funcionario público y tener por sucedidos los hechos en las oficinas del DATT de Tunja el 10 de mayo de 1990 (en el auto calificatorio) y, en el otro caso, considerarlo como particular y afirmar que la creación del documento tuvo lugar después de julio de 1990 y que se llevó a cabo en la residencia de Germán Enrique Ibáñez (en la sentencia de primera instancia y en el fallo recurrido en casación).

A renglón seguido precisa: "La equívoca valoración de las pruebas que en nuestro sentir constituyen la violación indirecta de la ley sustancial, determinada por error de hecho en la evaluación de la prueba que sirve de sustento al fallo, se circunscribe a la desestimación por parte de los juzgadores de las pruebas de audiencia, especialmente a la desacertada valoración del dicho del denunciante y presunto afectado, con base en personales razonamientos , y a la no apreciación del testimonio del ingeniero Ricardo Sarmiento Wilches".

El primero aseguró en la audiencia pública que la certificación cuestionada la obtuvo directamente en las oficinas del tránsito y que la utilizó ante la concesionaria para la compra del automotor. Y que si antes había sostenido que el documento le fue entregado después de celebrado el contrato con Guillermo Díaz Medina, "ello obedeció a su interés por la prosperidad de su denuncia en procura de obtener la indemnización de los perjuicios causados", refiere el casacionista.

"Los juzgadores llegaron a la conclusión de que Pedro Vicente Sánchez mintió en la audiencia pública[1], ya que si éste tenía desde mayo el documento que lo acreditaba como poseedor de un cupo para taxi, resulta absurdo que en julio iniciara diligencias en orden a negociar la compra de un cupo. Es aquí en donde, según el impugnante, nace la posterior equivocación en la apreciación del testimonio del denunciante, ya que en ningún momento se determinó que la simple constancia obrante a folio 4 pudiera tenerse como documento que lo acreditara como poseedor de un cupo para taxi.

"Advierte el impugnante que si bien en la certificación se afirma que Sánchez Ramírez posee un cupo por reposición, la existencia del cupo debe

[1] Lo que sigue es transcripción del resumen de la demanda realizada por el Procurador 1° Delegado en su concepto, dado que es fiel síntesis de la misma.

demostrarse con la carpeta del automotor que se pretende sustituir. Estima absurdo creer que esa simple constancia sirviera para matricular el taxi y obtener su licencia de funcionamiento. Para matricular un automotor de servicio público o particular solo se requiere la factura de compra y para obtener la licencia de funcionamiento, la carpeta del vehículo que va a ser objeto de reposición o la resolución expedida por la Alcaldía, en caso de que el cupo se obtenga por incremento.

"De igual manera estima improcedente la afirmación de que la certificación tildada de falsa pudiera servir para matricular el automotor, ya que dicho trámite se iba a realizar en municipio diferente a Tunja, lugar en donde aparece que se posee el cupo.

"Según lo anterior, no resulta adecuado asegurar que la constancia mencionada demostraba la existencia del cupo y que por ello es inadmisible aceptar que Sánchez Ramírez pretendiese obtener un nuevo cupo cuando ya lo tenía.

"La confusión relativa al verdadero alcance probatorio del único documento aportado como presuntamente dubitado jamás se intentó aclarar, lo que llevó a los juzgadores a darle credibilidad equivocadamente al testimonio del denunciante en la etapa instructiva y negársela a versión que rindiera en la audiencia pública, ésta sí verdadera como se colige de diversas circunstancias demostradas en el proceso, cómo que la denuncia fue elaborada por un abogado que solo contaba con ese documento para presentar la denuncia, ante la ausencia de la tarjeta de operación. El denunciante mintió al asegurar que había entregado $1.200.000.00 pesos a Guillermo Díaz Medina, cuando en verdad eran $800.000.00, según él por sugerencia del abogado.

"La denuncia no se dirigió contra Germán Ibáñez, lo cual significa que éste no intervino en los hechos, además lo que Pedro Vicente Sánchez buscaba era recuperar a toda costa el dinero que le había entregado a Guillermo Díaz.

"De otra parte, en criterio del actor, los juzgadores no apreciaron debidamente el testimonio del ingeniero Ricardo Sarmiento Wilches, quien para la época de los hechos era el jefe de División de Transportes del DATT de Tunja. De manera explicativa este funcionario señaló que el documento en cuestión sólo correspondía a una autorización de compra dirigida al concesionario, que era elaborado en un formato diseñado con anterioridad, diligenciado por el Secretario de la oficina de Tránsito y que para su expedición no se requería de nada diferente a la manifestación del interesado en el sentido de que contaba con un automotor para reposición.

"Los anteriores razonamientos, basados en la sana crítica, permiten determinar diáfanamente que el documento fue expedido en la oficina de Tránsito en la forma señalada por el denunciante en la audiencia pública.

este conduce a la atipicidad de la conducta imputada, toda vez que la expedición de ese documento, en la manera como se otorgó era legal.".

Segundo:

Este ataque lo soporta el defensor en la causal 2ª del artículo 220 del Código de Procedimiento Penal, es decir por no estar la sentencia en consonancia con el cargo materia de la resolución de acusación.

Dice que su representado fue acusado por el delito de falsedad ideológica en documento público, lo cual significa que se dio por realizada la conducta el 10 de mayo de 1990, fecha para la cual Ibáñez Medina era Director de la Oficina de Tránsito de Tunja; que se tuvo por demostrado que éste fue el autor de la transgresión e igualmente que la misma tuvo lugar en la dependencia donde laboraba.

La sentencia recurrida, sin embargo, lo condenó por el delito de falsedad en documento privado, a partir de considerar demostrado que la falsificación tuvo ocurrencia con posterioridad al 27 de julio de 1990, fecha para la cual Ibáñez Medina no ostentaba la calidad de empleado oficial, y que se llevó a cabo en un lugar diferente a las oficinas de tránsito de Tunja.

Aunque en la sentencia de segunda instancia el Tribunal se refirió al cambio de imputación y precisó que ello no comportaba que se estuviera juzgando al procesado por hechos diferentes a los que fueron objeto de la acusación, el casacionista afirma que "...no existe la más mínima identidad entre el pliego de cargos y la sentencia, así ésta se haya proferido dentro del mismo título y capítulo del Código Penal..." Y agrega que encuentra claro "...que se ha condenado a una persona por hechos sucedidos en circunstancias temporo-espaciales y modales absolutamente distintas, se le acusa por hechos sucedidos el 10 de mayo de 1990 y se le condena por hechos ocurridos con posterioridad al 27 de julio de ese año, se le acusa por hechos desplegados en su calidad de director del Tránsito de Tunja y se le condena por hechos desplegados como particular, se le acusa de haber consignado en un documento un hecho inexistente y se le condena por haber creado un documento totalmente falso, se le acusa por haber consignado una falsedad en las oficinas de tránsito de Tunja y se le condena por haber elaborado un documento falso en lugar distinto a la oficina de tránsito de Tunja, se le acusa de haber falsificado un documento público y se le condena por haber falsificado un documento privado".

"La incursión del juzgador en la causal segunda de casación, esto es, la incongruencia del fallo con la acusación –concluye el censor—lo condujo a dictar una sentencia de carácter condenatorio, distinta a la que procedía de haberse advertido la incongruencia, la cual era, la absolutoria, puesto que no se demostraron los hechos por los cuales se profirió el pliego de cargos en contra del señor Germán Enrique Ibáñez Medina".

2. El Procurador Judicial Penal 173 también recurrió en casación la sentencia. Y de igual modo que la defensa y a través de un cargo único, sostiene que existió incongruencia entre la acusación y la sentencia, lo cual generó violación del debido proceso "...al enfrentar al procesado a un fallo de condena por una imputación que nunca le fue puesta de presente por la Fiscalía.

"Sostiene ... que la Fiscalía Quince Especializada de Tunja 'acusó a Germán Enrique Ibáñez Medina de consignar, el 10 de mayo de 1990, siendo Director del Departamento Administrativo de Tránsito y Transportes de Tunja, y con ocasión del ejercicio de las funciones a tal cargo anejas, una falsedad en un documento público revestido de aptitud probatoria. Y, desde el punto de vista de la tipicidad, calificó tales hechos como Falsedad en Documento Público'.

"Luego de transcribir apartes de la sentencia impugnada en donde el fallador consigna sus consideraciones relativas a que la conducta que se estructura es la de falsedad en documento privado, y no en documento público, así como la unidad del hecho investigado y sancionado, el libelista asevera que el Tribunal incurre en una apreciación unilateral de los cargos, entendidos estos en sus aspectos naturalístico y jurídico, propiamente dicho.

"Por efectos metodológicos, el demandante procede a estudiar la inconsonancia acusada, desde los aspectos de la identidad fáctica y la jurídica.

"Respecto de la primera, la identidad fáctica, ataca la decisión de segunda instancia argumentando que en esta se sentenció al procesado por unos hechos distintos de los imputados en la resolución acusatoria. En efecto, consigna el actor, el pliego de cargos imputó a Ibáñez Medina el haber consignado en su calidad de empleado oficial, con ocasión del desempeño de sus funciones públicas de Director del Departamento Administrativo de Tránsito y Transporte de Tunja, el 10 de mayo de 1990 al expedir un documento público, una afirmación no coincidente con la realidad. Por su parte el Tribunal sancionó penalmente a Ibáñez Medina, por haber falsificado como particular, con posterioridad al 8 de agosto de 1990, un documento privado, y de haberlo usado en el Municipio de Moniquirá.

"Advierte que la simple cotejación de las dos imputaciones fácticas evidencia que el tribunal sentenció por unos hechos diametralmente distintos a los imputados en la resolución de acusación, e incluso ampliamente separados en cuanto hace al tiempo y lugar de su ocurrencia. No se trató de una simple calificación errónea de algunos de los elementos fácticos, sino que los hechos atribuidos a Ibáñez Medina jamás ocurrieron, según evidencian las pruebas practicadas por el instructor.

"Se muestra en desacuerdo el censor con el criterio del tribunal, según el cual, lo que justifica 'la variación del tipo de imputación jurídica de la

conducta del procesado, es la comprobación de que los hechos que a éste imputó la Fiscalía (consignar una mentira en un documento público con abuso de la función oficial desempeñada, en el mes de mayo de 1990) no ocurrieron, porque lo sucedido es que Ibáñez creó Y USÓ, en septiembre de 1990, un documento privado falso'. Se le acusó de realizar una conducta instantánea en un preciso día de mayo de 1990 en Tunja y se le condenó por realizar dos aspectos como son: falsificar y usar, ocurridos tres meses después en Moniquirá.

"Respecto de la identidad jurídica, anota el Procurador Judicial, se varió la calificación jurídica de los hechos, se acusó por falsedad ideológica en documento público y se condenó por falsedad en documento privado. Advierte que no comparte la tesis de quienes consideran viable efectuar variación de la calificación en la etapa del juicio.

"Ni siquiera quienes consideran admisible la variación de la calificación, pueden afirmarla cuando no se trata de un simple error en la denominación jurídica, ni cuando ésta no se da por modificación por prueba sobreviniente, como ocurre en el presente evento. 'La más extrema variante de esa postura exige, en efecto, que por lo menos la imputación sea idéntica desde el punto de vista fáctico (de la congruencia naturalística, denominan, en consecuencia, su postura). Y en este caso no existe esa identidad'.

"No considera aplicable el argumento utilizado por el Tribunal para sustentar su decisión, consistente en la permanencia dentro del marco del mismo capítulo de un determinado título del Código Penal, criterio utilizado igualmente por la H. Corte para establecer limitantes al ejercicio de esa pretendida facultad de variación. Lo anterior, por una sola razón, la de encontrarnos ante hechos probatoria y realmente inexistentes, motivo por el cual el único camino a seguir era el de dictar sentencia absolutoria y, de encontrarse procedente, acompañada de la orden de compulsar copias para investigar los otros hechos punibles que el fallador encuentra estructurados.

"En cuanto a la trascendencia de la inconsonancia, el demandante considera palmario el agravio al principio del debido proceso que nuestro ordenamiento jurídico concede a todo procesado. Señala cómo éste tiene derecho, como lo dispone el literal b) del numeral segundo del artículo octavo de la Convención Americana de derechos Humanos, a la comunicación previa y detallada de la acusación formulada.

"Considera el agente del Ministerio Público que la incongruencia acusada negó la posibilidad real y efectiva del ejercicio de su derecho a la defensa, frente a los cargos por los cuales se pretendía deducirle responsabilidad penal. Es así como la defensa, sobre la base de aceptar la elaboración del documento obrante al folio 4, por parte de Ibáñez Medina en su condición de Director del Departamento Administrativo de Tránsito y Trans-

porte de Tunja, se dirigió a cuestionar la idoneidad del supuesto documento público para ser tenido como objeto material del delito de falsedad ideológica en documento público, aceptando indiferentemente haber tramitado la matrícula del vehículo en Moniquirá, hecho sobre el cual se estructura el uso que hace punible el comportamiento por el cual profirió el fallo el Tribunal.

"Cita textualmente un fragmento de la injurada de Germán Enrique Ibáñez Medina, en el que éste afirma que una vez llegó Guillermo Díaz con otro señor a su casa a solicitarle que les ayudara a matricular un vehículo en Moniquirá, y ante el hecho de no estar haciendo nada y ser amigo del Inspector de esa ciudad, los presentó; haciendo ellos la gestión y él se dedicó a hacer otras cosas en el pueblo. Esto indica, en opinión del libelista, que una contradicción a la hipótesis que acogió el Tribunal, fue dejada de lado por el defensor, lo cual sólo se explica por la delimitación surtida por el pliego de cargos al consignar un delito que no prevé como elemento de su tipicidad el uso del documento falso". [2]

Solicita el recurrente, en consecuencia, que se case la sentencia impugnada y en reemplazo se absuelva al procesado.

CONCEPTO DE LA PROCURADURÍA

Ninguno de los cargos lo consideró viable el Procurador Delegado. En cuanto al primero de la demanda presentada por el defensor lo estimó no solamente intranscendente desde el punto de vista conceptual, sino carente de toda posibilidad de éxito ante el desconocimiento absoluto de las exigencias técnicas del recurso de casación.

El cargo, de la manera como fue formulado, conjugó indebidamente dos sentidos diferentes del error de hecho (falso juicio de identidad y de existencia), desconociendo de tajo la naturaleza e individualidad de cada uno de ellos.

Frente al planteamiento del casacionista relativo a que el juzgador valoró de manera desacertada la declaración que el denunciante realizó en la audiencia pública, expresa el Agente del Ministerio Público que por el contrario, la conclusión del Tribunal corresponde "...a un análisis ponderado de los elementos de convicción allegados al plenario, en aplicación estricta de la más elemental lógica..." Para demostrarlo cita un aparte del fallo y resalta que el análisis probatorio, fundamentado en prueba documental, "...resulta importante en el esclarecimiento de los hechos, pues en él se pone de presente que para el 8 de agosto de 1990, aún no había sido elaborada la certificación que aparece suscrita el 10 de mayo de 1990..." (la del folio 4).

---

[2] Resumen tomado del concepto del Procurador 1° Delegado ante la Corte.

En cuanto a la afirmación del censor, consistente en que la constancia falsificada no acreditaba por sí misma a Pedro Vicente Sánchez como poseedor de un cupo para taxi, dice el Procurador que al respecto el Tribunal en ningún momento desconoció cuáles eran las exigencias necesarias para ello. Por el contrario, afirmó que si en realidad el denunciante se hubiera presentado al Tránsito, como dijo que lo había hecho en la intervención que hizo en la audiencia pública, le hubieran exigido que comprobara la propiedad del vehículo viejo que pretendía reponer y no le hubiera bastado asegurar que poseía ese automotor para, sin más y de manera ligera, haber logrado que el Director de Tránsito le expidiera la certificación cuestionada.

Así las cosas, ante el acertado análisis valorativo de las pruebas realizado por el Tribunal, ceñido completamente a los parámetros de la sana crítica, el ataque surge sesgado y carente de objetividad, por lo que no debe prosperar, concluye la Procuraduría.

Por último, dada la coincidencia formal y sustancial del segundo cargo formulado por la defensa con el único propuesto por el Procurador Judicial Penal 173 de Tunja, el Delegado los examina en un solo capítulo y concluye que deben desestimarse.

Si bien objetivamente se dio "el desplazamiento típico en la decisión atacada, con ello no se vulneraron materialmente las garantías superiores del debido proceso ni el derecho de defensa del procesado, como de manera acorde lo pregonan los libelistas", dice el concepto.

Agrega que "no es cierto que el fallador de segunda instancia haya condenado al procesado Ibáñez Medina por hechos diversos a los contemplados en el llamamiento a juicio. El presupuesto fáctico es el mismo, esto es el haber elaborado el documento falso que en fotocopia autenticada se observa a folio 4 del cuaderno que recoge lo actuado en primera instancia. Cuestión diferente es que, guiándose por el contenido del mismo documento falso, el funcionario instructor le haya dado una adecuación típica provisional equivocada, al considerar que estaba frente a un delito de falsedad ideológica en documento público, pues en él se consigna una constancia sobre un hecho contrario a la verdad, expedida por el procesado, en su calidad de empleado oficial, fechada en la época en que aún lo era".

Pero el ponderado y correcto análisis probatorio del Tribunal lo llevó a concluir que los hechos ocurrieron con posterioridad al 8 de agosto de 1990, cuando Ibáñez Medina ya no ostentaba el cargo de Director del DATT de Tunja. Y en tales circunstancias concluyó, "en estricto derecho", que debía condenarlo por falsedad en documento privado, cuyos presupuestos quedaron demostrados a satisfacción.

Para el Procurador, desde el punto de vista ontológico, la conducta punible es una sola, "no se está frente a previsiones fácticas diversas" y sólo

difieren la acusación y la sentencia en cuanto a la adecuación jurídica de la conducta. Menciona el numeral 3º del artículo 442 del Código de Procedimiento Penal y puntualiza que el carácter de provisional otorgado a la adecuación legal del hecho en el pliego de cargos le permite al juzgador la posibilidad de ubicarlo "...dentro de los diferentes tipos que consagran la represión de conductas de igual naturaleza a la atribuida al encausado, siempre y cuando no exceda el marco fáctico descrito en la resolución de acusación".

El Tribunal, en conclusión, condenó al procesado por la misma conducta consignada en el llamamiento a juicio, "pero degradada en cuanto se le sentenció por un delito de la misma naturaleza de menor connotación sancionatoria frente al que aquél acto procesal previera. Como es sabido, si el juez puede aminorar la responsabilidad penal hasta la absolución, con mayor razón puede disminuirla, haciendo más benévola la sanción del acto, siempre y cuando se conserve dentro del marco genérico de la imputación atribuida", finaliza el concepto.

Consideraciones de la Sala

De manera similar a como lo hizo la Procuraduría, la Corte examinará, en primer lugar, el cargo de violación indirecta de la ley sustancial realizado por el defensor del procesado Germán Enrique Ibáñez Medina y, en segundo y de manera conjunta, el de inconsonancia de la sentencia con la imputación realizada en la resolución de acusación, propuesto por el mismo y por el Procurador Judicial Penal 173 de Tunja.

1ª. La primera crítica que el defensor le realiza a la sentencia, apoyado en el inciso 2º del numeral 1º del artículo 220 del Código de Procedimiento Penal, es que el juzgador le otorgó a algunas de las pruebas y en su conjunto a todas "...un sentido que no corresponde a su contenido fáctico". Aunque este enunciado corresponde al concepto de error de hecho por falso juicio de identidad, el casacionista lo asimila equivocadamente al de falso juicio de existencia. Y a renglón seguido, persistiendo en la generalización, habla de la falsa apreciación de las pruebas sin sujeción a los postulados de la sana crítica, lo cual condujo a la violación de las distintas normas relacionadas en su demanda, "...al estructurar el punible de falsedad en documento privado ... de imposible configuración fáctica".

Independientemente de la confusión de conceptos que hasta este momento denota la demanda, no queda claro todavía cuál es el sentido del ataque. Simplemente el censor asume globalmente las pruebas, dice que el Tribunal tergiversó su contenido material, que las apreció falsamente sin consideración a la sana crítica, que las valoró erróneamente y que de no haber sucedido así "se hubiese impuesto la exoneración de la imputación de falsedad en documento privado".

Finalmente, luego de advertir que la errónea valoración del conjunto probatorio condujo a que la sentencia produjera una variación radical de la calificación jurídica otorgada a los hechos, por fin se refiere en concreto a algunas pruebas. Y hace consistir el error de hecho propuesto "en la desacertada valoración" de lo dicho por el denunciante en la audiencia pública y en "...la no apreciación del testimonio del Ingeniero Ricardo Sarmiento Wilches".

En lo que tiene que ver con el primero, lo que hicieron los funcionarios de instancia fue examinar sus diferentes intervenciones procesales. Y encontraron ajustada a la realidad y le otorgaron credibilidad a las que precedieron a la ofrecida en el acto público de audiencia. De ellas se infería claramente que el documento del folio 4, así tuviera como fecha de expedición el 10 de mayo de 1990, fue creado y suscrito por Ibáñez Medina cuando ya no ostentaba el cargo de Director del DATT de Tunja. De hecho, la certificación le fue entregada como producto de la celebración del contrato que suscribió con Guillermo Alfredo Díaz Medina el 8 de agosto de 1990, cuyo objeto era la adquisición de un cupo para poder operar un taxi en la ciudad de Tunja.

El intento del denunciante en la audiencia pública por presentar una realidad distinta de la anterior, quedó frustrado al punto que en su contra fue dispuesta la expedición de copias para investigarlo por falso testimonio. Lo que en tal oportunidad sostuvo no resistió el análisis de los juzgadores. Y es sencillamente en este punto donde radica la inconformidad del censor. En que no se le haya otorgado credibilidad al dicho final de Sánchez Ramírez, mediante el cual quiso convencerlo de que la constancia la consiguió efectivamente el 10 de mayo de 1990 en las instalaciones de las oficinas del DATT de Tunja y que para lograrlo simplemente mintió al afirmar que poseía un carro viejo, el cual pretendía reponer. Así no más. Sólo dijo eso, no le exigieron ningún documento que demostrara esa circunstancia, únicamente le solicitaron el nombre y el número de su cédula de ciudadanía, y recibió el documento.

El desacuerdo del casacionista es, entonces, con el hecho de que los juzgadores no creyeron en la versión última del denunciante y las consideraciones que hace acerca del contenido y alcances de la constancia falsificada, a partir de lo cual concluye que los juzgadores se equivocaron al afirmar que Sánchez Ramírez mintió en la audiencia pública, no logran la demostración de ningún error del fallador. Es simplemente su desacuerdo con la valoración dada al testimonio que, valga decirlo, obedeció a la lógica y en manera alguna contrarió los principios de la sana crítica. Es que fueron completamente razonables los argumentos de las sentencias para descartar esa declaración de último momento, cuya pretensión de favorecer al procesado era evidente.

El censor, en consecuencia, no demostró ningún error de hecho del juzgador. Y no podía ser de otra manera, pues los funcionarios ni omitieron

la consideración del medio de prueba (falso juicio de existencia), ni lo tergiversaron en su contenido material (falso juicio de identidad), ni atentaron contra los principios de la lógica o de la sana crítica. Contrapuso el casacionista simplemente su personal manera de valorar la prueba a la estimación que de la misma hizo el fallador, lo cual, como insistentemente lo ha expresado la Sala, es propio de las alegaciones en las instancias y marginal al recurso de casación.

Igual situación se presenta frente al testimonio de Ricardo Sarmiento Wilches. Aunque inicialmente el defensor había anunciado que el Tribunal omitió considerarlo (falso juicio de existencia), en el momento de los argumentos aduce que no fue debidamente apreciado. Y la razón que suministra es que de lo sostenido por el ingeniero, quien contestó preguntas sobre la forma regular de expedición de una constancia similar a la del folio 4, se colige "...de manera diáfana que el documento fue expedido en la oficina de tránsito en la forma señalada por el denunciante, interpretación de la prueba que era la correcta y no la que fue otorgada por los juzgadores, la que conllevó a la estructuración del delito por el cual se condenó finalmente a Germán Enrique Ibáñez".

Nuevamente es su particular manera de valorar la prueba, enfrentada a la forma como lo hizo el juzgador. Y otra vez su intento porque la Corte tercie en un debate probatorio que finalizó en las instancias. No basta en sede de casación decir que el juez se equivocó y probar el error simplemente ofreciendo una lectura personal y diferente de los medios de prueba. Es necesario, cuando se alega error de hecho como en el caso examinado, demostrar en qué consistió, cuál prueba existente dejó de ser considerada, cuál inexistente sirvió de fundamento a la sentencia, cómo tuvo lugar la tergiversación del contenido material del medio probatorio, de qué manera se quebrantó la sana crítica, y en todos los eventos cuál fue la trascendencia del error frente a la orientación de la sentencia. Y no se cumple ese deber cuando el casacionista, como aquí sucede, se dedica es a presentar sus desacuerdos frente a una forma de valoración probatoria, respetuosa del contexto demostrativo, sensata y seria.

Para la Sala, entonces, es evidente la improsperidad del cargo.

2º. Sobre la incongruencia entre la acusación y la sentencia.

Este cargo fue realizado con similares argumentos por el defensor del procesado y por el Agente del Ministerio Público ante el Tribunal Superior de Tunja. Y como lo anticipó la Sala, se responderá de manera conjunta.

En bueno señalar, ante todo, que resulta bastante curioso el argumento principal de los recurrentes. Esto es, que se acusó por un hecho al procesado y que se le condenó por uno diferente. La imputación de falsedad documental se concretó en la creación integral de la constancia del folio 4. La misma ostenta como fecha de expedición el 10 de mayo de 1990 y quedó

demostrado que la suscribió Germán Enrique Ibáñez Medina y que la utilizó en diferentes actos el denunciante Pedro Vicente Sánchez Martínez.

La Fiscalía en la resolución acusatoria dió como cierta la fecha en la cual aparece expedido el documento, por el cual se certificaba –sin ser verdad– que el denunciante poseía "un cupo para vincular por REPOSICION un vehículo". Y a partir de allí derivó que lo otorgó el procesado en calidad de Director del DATT de Tunja, imputándole por lo tanto el delito de falsedad ideológica en documento público (art. 219 del C.P.).

El análisis probatorio realizado por el Juez de primera instancia lo condujo a concluir que el documento tuvo como origen los contratos celebrados los días 27 de julio y 8 de agosto de 1990, entre Pedro Vicente Sánchez y Guillermo Alfredo Díaz. Y en consideración a que el procesado Ibáñez Medina para éstas fechas ya no ocupaba el cargo de Director del DATT de Tunja, entonces elaboró la constancia como particular, escribió en la misma una fecha que tampoco correspondía a la verdad, usó un formato con membrete oficial y estampó un sello de la Oficina de Tránsito, en apariencia verdadero. Bajo tal óptica el Juzgado adecuó dicha conducta al tipo penal de falsedad material de particular en documento público (art. 220 del C.P.) y como consecuencia le impuso al procesado como pena principal 24 meses de prisión.

Sobre las mismas premisas de la primera instancia el Tribunal de Tunja estimó que la naturaleza del documento falso no era pública sino privada. Concluyó de esa manera a partir de considerar que quien lo creó fue un particular y sustentó su posición con varias citas doctrinales, procediendo a condenar al imputado como autor responsable del delito de falsedad en documento privado (art. 221 del C.P.).

La sentencia es el acto procesal naturalmente llamado a dar fin al proceso, a resolverlo de manera definitiva. Pero en ella el juzgador viene atado, circunscrito, por la resolución acusatoria. El alcance de esa limitación es lo que en el fondo constituye el principio de congruencia.

La ley Colombiana, como en general lo conciben los sistemas de derecho positivo fundamentados en similares principios procesales, reconoce que el proceso penal define gradualmente su objeto y que a tal identificación concurren dos criterios o elementos: el histórico y el normativo. También, que ninguno de los dos es suficiente, con exclusión del otro, para delimitar dicho objeto o sea, en otras palabras, la conducta materia de juzgamiento. Sin embargo, a través de las regulaciones que sobre la estructura del procedimiento y su mecánica se han sucedido en el tiempo, se ha acudido a instituciones procesales distintas para fijar con mayor o menor amplitud las facultades del Juez frente a la acusación, o las posibilidades de llevar a cabo variaciones que repercutan en la denominación jurídica del delito por el cual se procede.

Actualmente el artículo 180 del Código de Procedimiento Penal, recoge la doble dimensión identificadora del hecho cuando exige que el fallo contenga un resumen de los hechos investigados, un resumen de la acusación, y la calificación jurídica de los hechos y de la situación del procesado. Dicha disposición ha de entenderse con arreglo al marco jurídico - fáctico que a su vez el legislador ha previsto para construir la acusación. Por eso la norma, aislada del contenido del artículo 442 ib., reportaría significados muy amplios y probablemente ambiguos .

Esta última regla, a su vez, exige como requisito formal de la resolución de acusación una narración de los hechos, con todas las circunstancias de modo, tiempo y lugar que los especifiquen, es decir, que permitan individualizarlos; y además demanda la calificación jurídica de esos hechos, advirtiendo que la misma es provisional y que contendrá el señalamiento del capítulo dentro del título correspondiente del Código Penal.

Tal manera de regular las exigencias de la acusación y de la sentencia, no tiene por objeto sino significar que en el marco de aquella es que se va a mover la actuación del fallador y cuáles sus límites de decisión. Así entonces, ha entendido la jurisprudencia de ésta Corporación, los hechos, histórica o fácticamente, deben ser ESENCIALMENTE los mismos; y la calificación jurídica, aún no siendo idéntica -resolución por el mismo tipo penal imputado por el Fiscal – sí debe estar recogida en el mismo Capítulo del Código Penal.

Ahora bien, la identidad de hecho a que acá se hace referencia no es la misma que conciben y pregonan las demandas de casación. Porque la identidad de hecho, desde la perspectiva temporal, no está circunscrita a la fecha en que consideró la Fiscalía que se había consumado el ilícito, como tampoco a la ocasión aprovechada para realizarlo, o al espacio, entendido de manera tan rígida en tanto se hubiese llevado a cabo en una determinada oficina. La identidad fáctica es aquella que permite individualizar o singularizar la conducta frente a otras, aquello que permite afirmar que se realizó o no un comportamiento, determinado por su contexto, esto es, por el conjunto de datos o elementos que por relacionarse entre sí, permiten precisarlo y distinguirlo de otros.

Así entonces, lo secundario del episodio que envuelve el delito, mal puede resultar siendo significativo para su identificación, o para la correspondencia que debe existir entre acusación y fallo. La legislación Colombiana, no da a las circunstancias aludidas el alcance que pretenden los casacionistas puesto que le permite al Juez calificar de otra manera el documento (el público como privado) o suprimir la cualificación del sujeto activo (de servidor público a particular) sin entender alterada la imputación. La actividad imputada al procesado (falsificar documento), el resultado material, y el bien jurídico afectado, criterios identificadores del he-

cho, han sido los mismos durante la investigación y el juzgamiento. Por eso la conducta ha permanecido inalterada.

No ve la Sala, entonces, de dónde derivar que se está en presencia de dos hechos. El mismo a que se refirió la acusación fue aquél por el cual se dictó la sentencia. Y la simple circunstancia de que el análisis probatorio efectuado por el Fiscal instructor lo haya conducido a concluir ligeramente que la fecha de falsificación del documento corresponde a la que ostenta como de expedición, y que los juzgadores, al hacer lo propio, derivaran que su creación tuvo ocurrencia cuando ya el procesado no ostentaba la calidad de funcionario público, de ninguna manera puede considerarse como fundamento válido para aceptar la existencia de dos hechos.

Siempre el documento fue el mismo y naturalmente el proceso tenía como uno de sus objetivos desentrañar cuándo realmente se creó, pues si su contenido era falso la fecha misma que figuraba en él como de expedición, también podía serlo. Este punto en realidad fue central en el proceso y de su solución necesariamente se derivaron consecuencias a nivel de la adecuación legal de la conducta. De dicha discusión no estuvo alejado el defensor, quien como último argumento para demandar la absolución de su representado planteó que no podía ser condenado por la imputación deducida en la resolución acusatoria, en consideración a que de las pruebas se infería que ya no ostentaba la calidad de funcionario público para el momento en que el documento falso le fue entregado al denunciante.

En suma, se repite, el hecho del cual se ocupó la acusación fue el mismo por el cual se profirió la sentencia. Y aunque es verdad que una fue la tipicidad a que se refirió el pliego de cargos y otra la del fallo, dicha variación por sí misma no configura la inconsonancia a que alude la causal 2ª de casación.

La Sala reitera que uno de los contenidos de la resolución de acusación, así lo establece el numeral 3º del artículo 442 del Código de Procedimiento Penal, es la calificación jurídica provisional de la conducta, con mención del capítulo y el título del Código Penal donde se encuentra prevista. Y es dicho carácter el que le permite al juzgador variar la imputación, a condición de que lo haga dentro del mismo capítulo del Código Penal y no resulte agravada la situación del procesado.

Dichos parámetros no fueron desconocidos por las instancias en el presente caso. El cargo de la acusación (art. 219 del C.P.) suponía pena de prisión entre 3 y 10 años. El de la sentencia de primera instancia (art. 220 del C.P.), pena de la misma calidad entre 2 y 8 años. Y el del fallo recurrido (art. 221 C.P.), prisión de uno a 6 años. Los juzgadores, en consecuencia, variaron el tipo de la resolución acusatoria, pero ese proceder, en cuanto resultaba legítimo, no conculcó ninguna garantía al procesado.

No obstante lo anterior, que ya determina la decisión de la Sala de desechar el cargo de incongruencia elevado, debe advertirse que para la Corporación no fue afortunada la conclusión del Tribunal Superior de Tunja, al adecuar la conducta al tipo penal de falsedad en documento privado. Aunque ha sido ampliamente discutido por la jurisprudencia y la doctrina qué delito le es imputable al particular que falsifica por creación integral un documento de naturaleza pública, si el descrito en el artículo 221 o en el artículo 220 del Código Penal, la Sala ha optado por la última solución, con sustento en los siguientes argumentos:

"...La falsedad como tal, en cualquiera de sus modalidades, es genéricamente aquella conducta mediante la cual el agente pretende hacer aparecer como verdadero aquello que en realidad no lo es.

"En tratándose de falsedad material, particularmente, esta consiste en la creación total de un documento falso, o en la imitación de uno que ya existe, o simplemente en la alteración del contenido de un documento auténtico. Esa formación total o parcial, puede recaer tanto en documento público como en privado.

"Sobre este aspecto, se ha dicho que la falsedad total o propia, es aquella en la cual el sujeto activo crea en su integridad el documento, tanto el contenido como su procedencia, también llamada por algunos GENUINIDAD (TENOR), de modo que lo suscribe quien en realidad no lo elaboró o se le hace aparecer como si proviniese de allí.

"La segunda forma de falsedad material es la llamada parcial o impropia, que consiste en la creación de alteraciones en un texto ya confeccionado, de tal manera que se le agregan o suprimen algunos aspectos de su contenido.

"En el caso concreto de la conducta que describe el artículo 220 del Código Penal, que sanciona al particular que falsifique materialmente documento público, resulta plenamente viable que en el caso de confección total del mismo quien así actúa se haga acreedor a la sanción prevista en la mencionada norma.

"La Sala no comparte la tesis de que un particular, por no tener función certificadora o documentadora, no incurra en esta conducta cuando crea totalmente un documento público y sí cuando lo altera parcialmente. Si de lo que se trata es de proteger la fe pública y por ende la confianza de los asociados, resulta menos que lógica una conclusión de esa naturaleza, porque, precisamente el agente se está aprovechando del crédito que su calidad "pública" genera en la comunidad para introducir al tráfico jurídico un documento con tal apariencia y de esa manera obtener su propósito a sabiendas de que sólo es posible mediante la utilización de un documento con esas características.

"De modo que si se regresa al concepto genérico de falsedad –hacer aparecer como real algo que no lo es– no queda descartada la hipótesis de la que se viene hablando, porque precisamente se está haciendo aparecer como público, un documento que en realidad no lo es.

"De ahí que también resulte absurdo que el reproche sea menor para quien crea totalmente un documento público falso que para quien lo altera parcialmente[3]".

Pero no obstante que cuestiona la opción escogida por el fallador, no resulta viable casar parcialmente el fallo para en su lugar condenar al procesado por el delito de falsedad material de particular en documento público, ya que hacerlo significaría violar la prohibición contenida en el inciso 2º del artículo 31 de la Constitución Nacional, en cuanto la sanción prevista para dicha infracción (2 a 8 años) es mayor que la señalada para el delito por el cual fue finalmente condenado.

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

RESUELVE:

NO CASAR la sentencia impugnada, ya señalada en su origen, fecha y naturaleza.

Cúmplase.

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

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

[3] Sentencia de casación de mayo 6/97.

Como aspecto previo a la consideración de las demandas debe la Sala precisar que al contrario de lo que insinúa el Ministerio Público, al acusado (...) sí le asistía interés para demandar en casación respecto de los delitos de encubrimiento y porte ilegal de arma de fuego de defensa personal como lo hiciera su representante, dado que al margen de la pena máxima que individualmente reportan cada una de estas infracciones, lo que debe mirarse es la unidad del fallo que afecta a este acusado al interior de este proceso, dentro del cual y al tiempo con aquellas infracciones de menor sanción, le cubre un cargo por el delito de hurto calificado y agravado, en cuyo caso la pena máxima excede los límites impuestos por el artículo 218 del Código de Procedimiento Penal.

Sobre este aspecto había tenido ya ocasión la Sala de sentar criterio, tal cual se lee textualmente en fallo de marzo 10 de 1994 con ponencia del Magistrado doctor Dídimo Páez Velandia, y más expresamente sobre el tema presente en fallo de septiembre 5 de 1994 bajo ponencia del Magistrado Guillermo Duque Ruiz, donde tras precisar los distintos eventos que pueden presentarse, se advirtió que bien puede admitirse que el recurso apunte exclusivamente hacia un delito penado con sanción menor, sin demandar necesariamente el delito más grave que le esté conexo, pues del artículo 218 del Código de Procedimiento Penal, sustituido por el 35 de la Ley 81 de 1993 se desprende que

"En realidad en esta norma no se está disponiendo, como parece entenderlo la Delegada, que la demanda de casación pueda extenderse a los delitos conexos aunque tengan pena menor que la exigida para la procedencia del recurso. Lo que en ella se prescribe es la extensión del recurso en relación con estos delitos, que es cosa muy distinta.

En otras palabras: la norma en comento al extender el recurso, no lo condiciona en parte alguna, a que en la demanda se formulen cargos respecto del delito o delitos que tengan señalada pena privativa de la libertad no menor de seis años, lo cual es coherente, porque como se dijo, no es un caso de extensión de la demanda sino de extensión del recurso.

Hacer la exigencia que pretende la Delegada implicaría no solo recortar sin razón los alcances benéficos de esta facultad, sino también obligar a los recurrentes a que pretexten unos cargos en relación con uno cualquiera de los delitos susceptibles del recurso, para así habilitar el ataque por los delitos "menores"."

Y más recientemente, con ponencia del doctor Juan Manuel Torres Fresneda, se insistió en que aún en casos de acumulación, como el presente se destaca, la posibilidad de ataque extraordinario es parejamente de recibo, habida cuenta que el concepto de conexidad que maneja el artículo 218 del Código de Procedimiento Penal no es el restrictivo de la conexidad sustancial que describe el artículo 87 ibídem, sino uno más amplio y comprensivo de los fenómenos de la acumulación de causas (artículo 91).

"*... habida cuenta que ésta se da no solamente para recuperar la operancia del principio de unidad cuando cursen "dos o más procesos penales por delitos conexos que o se hubiesen investigado conjuntamente", sino también bajo el criterio de la unidad de procesado "Cuando contra una misma persona se estuvieren siguiendo dos o más procesos...*""

pues "visto el alcance que al recurso extraordinario se le otorga a partir de la expedición del Decreto 2700 de 1991", en el concepto de extensión a los delitos conexos

"*...cuentan principios como el de la unidad de la sentencia (artículo 88 del C. de P.P.), el de su no ejecutoria parcial o fragmentaria (arts. 196, 197 y 223), y el de la extensión de los efectos del fallo de casación a los no recurrentes (artículo 243)...*"

Proceso No. 9774

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal

Magistrado Ponente: Dr. *Edgar Lombana Trujillo*

Aprobado Acta No. 38 (Marzo 17/99)

Santa Fe de Bogotá D.C., diecinueve (19) de marzo de mil novecientos noventa y nueve (1999).

VISTOS

Se decide el recurso extraordinario de casación interpuesto contra la sentencia del 1o. de marzo de 1994, por medio de la cual el Tribunal Superior de Santa Fe de Bogotá confirmó, con algunas modificaciones, la condena impuesta a Albeiro Nicolás Peña Berrío como autor de los delitos de Homicidio, Porte ilegal de armas y Hurto calificado y agravado; y a Jesús

Alfredo Giraldo Salgado como responsable de las dos últimas infracciones y del delito de encubrimiento por favorecimiento.

HECHOS

Cerca de las seis de la tarde del 1o. de diciembre de 1992, el ciudadano Ricardo Hernán Minayo Ayala abordó el taxi Mazda de placas SFF 614 para trasladarse con dos videograbadoras, de la zona de San Andresito de la carrera 38 al barrio Santa Isabel de esta ciudad; no obstante iniciado el recorrido el conductor y un acompañante, con sendos revólveres encañonaron al pasajero para llevarlo a un paraje solitario del barrio San Cristóbal, en donde lo dejaron después de despojarlo de $400.000 que llevaba en efectivo, de un cheque del City Bank girado por $240.000 y, evidentemente, de los equipos de video. En la partida, la víctima logró observar el número de la placa del taxi.

Estos acontecimientos fueron objeto de investigación en el Juzgado 51 Penal Municipal de la ciudad capital.

En las primeras horas del día siguiente, esto es el 2 de diciembre de 1992, en la calle 139 con carrera 91, en el sitio denominado "cuatro esquinas de Suba" cuando los agentes de la policía José Hernando Torres Salgado y Robinson Fernández Martínez -quienes se encontraban fuera de servicio y el primero de ellos embriagado-, mediaban en una pelea que protagonizaban Angela María Moreno y Viviana Andrea Espitia, golpeando a una de ellas con su bastón de mando, se presentó un desconocido que revólver en mano hizo un primer disparo, y luego otros más con los que le causó la muerte al primero de los nombrados y lesiones al segundo.

A las 2:25 de esa mañana la central de radio de la Policía emitió un comunicado ordenando la búsqueda del taxi de placas SFF 614, mazda, de color amarillo, que movilizaba personas sindicadas de haber utilizado armas de fuego contra unos agentes de la estación de Suba; en consecuencia, con la red de taxis del aeropuerto se logró la interceptación de dicho vehículo frente al CAI del barrio Villa del Río, el cual iba ocupado por los señores Albeiro Nicolás Peña Berrío y Jesús Alfredo Giraldo Salgado. En la requisa practicada al automotor y dentro del protector de la puerta delantera izquierda fueron encontrados dos revólveres, uno Smith & Wesson, calibre 38 largo, pavonado, No. 2D95426 y el otro, Llama, No. IM4973H.

Los hechos últimamente relatados fueron conocidos por la Fiscalía 111 de la Unidad tercera de Vida.

Como más adelante se reseñará, los dos procesos fueron acumulados después de dictadas las respectivas resoluciones de acusación.

ACTUACIÓN PROCESAL

A partir de la denuncia formulada por el señor Ricardo Hernán Minayo Ayala, y una vez conocida la captura de los ocupantes del taxi SFF 614, el

3 de diciembre de 1992, el Juzgado 51 Penal Municipal de Santa Fe de Bogotá decidió abrir la investigación penal. (Folio 11, 1er. Cuaderno original).

Los sindicados Peña Berrío y Giraldo Salgado fueron oídos en indagatoria el día 23 de diciembre de la mencionada anualidad. Cinco días después se les resolvió la situación jurídica, de tal manera que se dispuso la detención preventiva de ambos, como presuntos responsables del delito de hurto calificado y agravado (arts. 350.1 ; 351,9 y 10 y 372.1 C.P.). (Folio 48, 1er. Cdno original). Esta determinación fue impugnada por las partes y confirmada por el superior jerárquico el 1o. de febrero de 1993 (folio 137, 1er. Cdno. original).

El 8 de marzo de 1993 el Juzgado 51 Penal Municipal de esta ciudad declaró cerrada la investigación a su cargo (folio 228, 1er. Cdno. original).

La calificación sumarial se cumplió en proveído del 2 de abril siguiente, en el sentido de señalar a Albeiro Nicolás Peña Berrío y a Jesús Alfredo Giraldo Salgado como presuntos responsables del delito de hurto calificado y agravado, en los términos de los artículos 349, 350.1, 351,9 y 10 y 372.1 del Código Penal, a quienes denegó el beneficio de la libertad provisional. (Folio 246 del 1er. cdno. original). El correspondiente juez penal del circuito, al decidir la apelación interpuesta por los defensores mantuvo la decisión el 27 de ese mes y año, en los términos en que venía concebida. (Folio 285, 1er. cdno. original).

El 28 de abril de 1993, el juez de conocimiento ordenó surtir los traslados dispuestos por el artículo 446 del Código de Procedimiento Penal; no obstante, al haber sido informado por el Juez 39 Penal del Circuito que contra los procesados Peña Berrío y Giraldo Salgado la fiscalía 111 de la Unidad tercera de Vida ya había proferido resolución de acusación por homicidio, porte ilegal de armas de defensa personal y encubrimiento, mediante auto de mayo 11 de 1993 (fl.299 cdno. Original) remitió a dicho Juzgado 39 el proceso para la acumulación respectiva, por ser éste "el juez de mayor jerarquía" (fl.300 id.).

En cuanto se refiere al otro proceso, se observa que la inspección del cadáver del agente José Hernando Torres Salgado, la captura de Albeiro Nicolás Peña Berrío y Jesús Alfredo Giraldo Salgado y las diligencias preliminares recaudadas sirvieron de sustento a la Fiscalía 111 Delegada ante los Juzgados Penales del Circuito para ordenar que se iniciara la instrucción; mandato que como en el caso anterior se cumplió el 3 de diciembre de 1992. (Folio 39, 2o. Cdno. original).

Una vez escuchados en indagatoria, el 9 de diciembre de 1992 la Fiscalía decretó la detención preventiva de los procesados, atribuyendo a Peña Berrío la presunta responsabilidad por el homicidio del agente Torres y el porte ilegal de armas; y a Giraldo Salgado con respecto a éste último delito y al de encubrimiento por favorecimiento. (Folio 62, 2o. cdno original).

La etapa instructiva se declaró cerrada el 23 de febrero de 1993 y la calificación se emitió el 30 de marzo siguiente, profiriendo resolución de acusación contra Albeiro Nicolás Peña Berrío como presunto autor de los delitos de homicidio y porte ilegal de armas de defensa personal; y contra Jesús Alfredo Giraldo Salgado como responsable de encubrimiento por favorecimiento y también como infractor del artículo 1o. del Decreto 3664 de 1986. En esta misma resolución, que causó ejecutoria el 13 de abril de 1993, se ordenó expedir copia de la actuación para que por separado prosiguiera la investigación por las lesiones personales ocasionadas al agente Robinson Fernández.

El proceso pasó al conocimiento del Juez 39 Penal del Circuito quien, por auto del 20 de mayo del año en cita, dispuso la acumulación de este asunto con el que venía adelantando el Juez 51 Penal Municipal. (Folio 283, 2o. cdno. original).

Atendidas las peticiones sobre nulidad y decreto de pruebas se realizó la diligencia de audiencia pública.

La sentencia de primera instancia, fechada el 15 de diciembre de 1993, condenó A Albeiro Nicolás Peña Berrío a 170 meses de prisión como autor de los delitos de homicidio, porte ilegal de armas y hurto calificado y agravado. También penalizó a Jesús Alfredo Giraldo Salgado con 56 meses de prisión por la infracción al decreto 3664 de 1986 y la comisión del delito contra el patrimonio económico, en concurso con el de encubrimiento por favorecimiento. Así mismo impuso a los sentenciados la interdicción de derechos y funciones públicos por el mismo lapso de la pena principal; los condenó a pagar solidariamente la suma de $820.000 en favor de la víctima del hurto; y ordenó la cancelación de los perjuicios morales y materiales ocasionados con el homicidio, de manera abstracta.

El 1o. de marzo de 1994, el Tribunal Superior de Santa Fe de Bogotá al desatar la impugnación intentada contra la sentencia de primer grado, confirmó la condenada irrogada a los dos procesados, pero reduciendo la pena accesoria a diez años y tasando en 1.000 gramos oro los perjuicios materiales y en 500 gramos oro los morales, que debía cancelar Albeiro Nicolás Peña Berrío.

Las Demandas

1. Demanda Instaurada a Nombre de Jesús Alfredo Giraldo Salgado

Al amparo de la causal primera de casación, la defensora formula a nombre de este acusado dos cargos contra la sentencia de segunda instancia, acusando en el primero una violación directa de la ley por interpretación errónea del artículo 176 del Código Penal, consistiendo el error en que el fallador estimó que el silencio y la negativa de Giraldo a admitir en su indagatoria que tuvo conocimiento del homicidio cometido

por el co-procesado, acompañándolo voluntariamente en la huida, constituían hechos configurativos del delito de encubrimiento por favorecimiento, cuando tales circunstancias no se acomodan a la descripción típica.

Afirma que cuando el sentenciador considera que con los hechos enunciados este procesado ayudó a Peña Berrío a eludir la acción de la autoridad y entorpecer la investigación, desconoce que su protegido "fue vinculado mediante indagatoria por el hecho que se le reprocha haber callado".

Como el favorecimiento de que trata el artículo 176 del Código Penal exige que se dé una ayuda a los autores, determinadores o cómplices, para entorpecer una investigación penal, sin importar en qué etapa procesal se da la ayuda, ese entorpecimiento debe consistir en un resultado logrado a través de la simulación de pruebas o el establecimiento de una situación falsa o contraria a la verdad, lo que equivale a colocar trabas, obstaculizar, hacer que la investigación tropiece o se demore, utilizando cualquier medio idónco. Entonces concluye en que el favorecimiento real implica actos positivos que tienden a retardar, dificultar o perjudicar el esclarecimiento de los hechos.

Por tanto aduce que atenta contra el recto entendimiento del precepto legal que se pregone esa modalidad delictiva en quien oculta el conocimiento de un hecho por el cual se le vinculó mediante indagatoria, con lo cual se desconoce el fuero legal para no declarar contra sí mismo, amparado por el artículo 33 de la Constitución Política.

Por otra parte, la demandante expresa que en el favorecimiento personal el sujeto activo presta al infractor una ayuda, eficaz o no, para eludir la acción de las autoridades, previo conocimiento de la comisión del hecho punible y sin concierto precedente: ayuda que consiste en impedir la captura del agente, sea disfrazándolo, haciéndolo pasar por otro, o de cualquier otra forma.

En consecuencia, el solo hecho de que el agresor huya en compañía de otra persona que no le presta auxilio, cooperación o socorro alguno, no configura la modalidad delictiva imputada.

En los términos anteriores, para la recurrente, se violó la ley sustancial al interpretar la norma bajo un alcance mayor a su contenido, por lo que solicita que en la sentencia de reemplazo se absuelva al acusado Giraldo Salgado del delito de encubrimiento por favorecimiento..

En el segundo reproche la acusación prosigue bajo el cargo de violación directa de la ley, en esta ocasión por no aplicarse el literal a) del artículo 9o. del Decreto 2533 de 1993, lo que significó la aplicación indebida del artículo 1o. del Decreto 3664 de 1986.

Recuerda la impugnante que en virtud de las facultades extraordinarias otorgadas por la Ley 61 de 1993 para el reglamento de la posesión y

porte ilegal de armas, municiones y explosivos, el Presidente de la República expidió el Decreto 2533 de ese año, cuyo artículo 89 estableció las conductas contravencionales que solo dan lugar a decomiso, entre ellas el porte ilegal de armas de defensa personal. De allí concluye en que ese nuevo estatuto descriminalizó el porte ilegal de armas de defensa personal, porque de lo contrario habría que entender que una misma descripción típica puede ser delito y contravención al mismo tiempo, desconociendo el contenido del artículo 18 del Código Penal, en cuanto preceptúa que "los hechos punibles se dividen en delitos y contravenciones".

Para terminar, la actora solicita que se case parcialmente la sentencia, y que en el fallo sustitutivo se absuelva a Jesús Alfredo Giraldo Salgado por el delito de encubrimiento por favorecimiento y al decomiso de las armas de defensa personal, decretando la consecuente reducción de pena.

2.- Demanda Instaurada A Nombre De Albeiro Nicolás Peña Berrío

En este caso el recurrente invoca la causal primera de casación para acusar la sentencia de segundo grado como violatoria en forma indirecta de la ley sustancial, por error de hecho derivado de un falso juicio de existencia, en cuanto se ignoraron los testimonios de Angela María Moreno Monroy, (fls. 21 y 104), Viviana Andrea Espitia Garzón (fl.22), Blanca Inés Caviativa Medina (fls.25 y 92), Ana María Preciado Cristancho (fl. 28) y Robinson Fernández Martínez (fl. 104), de cuyas versiones deduce que la conducta de la persona que disparó el arma la noche de autos, se tipifica como culposa.

El demandante puntualiza que el instructor y los juzgadores tuvieron en cuenta los testimonios enunciados para deducir la responsabilidad en el homicidio, pero no con respecto a la forma como el hecho ocurrió, en cuanto que ninguna de las declaraciones apunta a determinar que el disparo fuera directo y con la intención incontrovertible de matar.

No se tomó en cuenta la circunstancia de atenuación del hecho que los testigos ofrecen, pues no declararon sobre la presencia de un dolo puro y simple, sino sobre una acción culposa, como puede verse en los apartes de cada declaración sobre la forma en que quien disparó usó el arma de fuego.

Advierte el libelista que el procesado nunca admitió su participación en el hecho, pero que eso no le impide al defensor alegar la culpa. Por ello manifiesta que de haber sido Peña Berrío el autor del disparo, nunca habría podido efectuarlo con la intención de matar. El impacto y la trayectoria descartan un disparo directo al cuerpo, pues el proyectil penetró como consecuencia de un rebote, desde un punto exterior que no pudo tener el ejecutor.

Encuentra inadmisible que al confirmar la sentencia, el Tribunal no hubiera tenido en cuenta las declaraciones en su contenido integral, tan-

to en los aspectos que favorecen y desfavorecen al procesado, cuando la prueba estaba para cuestionar.

Luego, somete a crítica el aparte en que el Tribunal descarta la hipótesis del homicidio culposo; y al efecto resalta los testimonios en cuanto las declarantes relatan que el autor de los hechos había reclamado por el procedimiento irregular e injusto asumido por los policías borrachos, y que uno de éstos, con su bolillo, hasta había golpeado al sujeto en la cara. Luego el uso del arma no fue así porque sí.

Rebate la conclusión de acierto sobre la descripción física del sindicado, advirtiendo que la contradicciones son notorias, y en ese punto reclama por no haberse insistido en ampliar la versión del agente Fernández sobre las características físicas del agresor. De igual manera señala como sospechosa la actitud del agente que sobrevivió, por no aportarle nada a la investigación, y porque según la declaración de Blanca Inés Gautiva Medina, a él no le era desconocido el sindicado.

Así se sorprende porque la culpa no haya sido reconocida, ya que en su criterio ella se dio y se halla demostrada con los testimonios, la necropsia y la ausencia de un motivo para matar. Por ende considera que a Peña Berrío no se le puede condenar por un homicidio simplemente intencional.

La alegación termina afirmando que con el error acusado se desconoció la ley sustancial por falta de aplicación del artículo 3o, que habría permitido la adecuación de la conducta a los artículos 37 y 329 del Código Penal; precepto este último cuya pena parte de dos años de prisión.

La petición final del demandante apunta a que se case parcialmente la sentencia, revocando la condena por homicidio simple para que en su lugar se profiera por homicidio culposo.

CONCEPTO DEL PROCURADOR

No obstante aclarar que su concepto es por la improcedencia del recurso extraordinario, pues los delitos que la motivan en el caso de Giraldo Salgado -encubrimiento y porte ilegal de las armas-, autónomamente no lo admiten, atendiendo la jurisprudencia vigente, el señor Procurador Segundo Delegado en lo Penal entra a conceptuar de fondo en los términos que siguen:

Demanda a nombre de Jesús Alfredo Giraldo

En lo que atañe con la primera demanda y en concreto con el cargo por violación directa al artículo 176 del Código Penal, comparte el Procurador que a Giraldo Salgado no le era exigible declarar contra sí mismo, en cuanto ello redundaría obligándole a confesar el encubrimiento. Sin embargo, aduce que ello no indica que la conducta del procesado resulte ajena a la descripción del artículo 176 del Código Penal.

A este procesado no le sería imputable la modalidad de entorpecimiento de la investigación, es cierto, pero de allí no cabe duda de la ayuda que prestó a Peña Berrío para evadir la acción de la autoridad, "una vez que éste disparó letalmente contra su víctima emprendiendo la huida en el taxi conducido por él", en lo que el funcionario ve que este procesado prestó su concurso para que el co-procesado eludiera la acción de la justicia.

Aclara que a pesar de que para el Tribunal se realizaron dos conductas alternativas, siendo que se configuró una sola, ello no autoriza a aseverar la interpretación errónea de la norma, porque para que se tipifique el delito resulta suficiente que el comportamiento del sujeto responda a una de esas alternativas. En consecuencia, conceptúa que el primer reproche no prospera.

En relación con la segunda censura de la primera demanda, que se encamina a sostener la violación directa del literal a) del artículo 89 del Decreto 2533 de 1993 y la consiguiente inaplicación del artículo 1o. del Decreto 3664 de 1986, en cuanto que para el actor el porte ilegal de armas de defensa personal fue descriminalizado, sostiene el Ministerio Público al argumento le falta un desarrollo coherente, truncándose al folio 6 del texto de la demanda.

Sin embargo, para restarle sustento a la afirmación de que el porte ilegal de esa clase de armas fue descriminalizado, recuerda su criterio sobre el origen, naturaleza y alcance de las facultades otorgadas al Gobierno por la ley 61 de 1993, en virtud de las cuales se expidió el Decreto 2535 (no el 2533 que cita la recurrente), aduciendo que tal conducta mantiene su carácter delictual en el artículo 1o. del Decreto 3664 de 1986 y en el artículo 201 del Código Penal, el que el Ejecutivo no podía modificar dado que las facultades recibidas lo someten a una limitación temática.

Puntualiza que aquellas facultades estuvieron dirigidas a "establecer el régimen de contravenciones y medidas correctivas para la posesión y porte irregular de armas de fuego, municiones, explosivos", y por lo tanto esa reglamentación refiere a los requisitos y trámites administrativos para la obtención de permisos, licencias y autorizaciones que deben expedir las autoridades a los particulares para la posesión, tenencia y porte de armas.

Por lo demás observa que la regulación del literal a) del artículo 89 en el Decreto 2535 de 1993 se refiere es al incumplimiento de trámites para la autorización que deben otorgar las autoridades militares en la posesión y porte de armas, independientemente de la potencialidad del daño o peligro común que pueda representar contra la salud pública, "razón por la cual no excluye la responsabilidad penal".

Así sostiene que la contravención descrita en el artículo 89 del Decreto 2535 es meramente administrativa, como claramente se deduce del pro-

cedimiento que ese estatuto consagra en sus artículos 90 y 91 para el decomiso del arma, su devolución, la imposición de multas y los recursos que proceden contra ese acto administrativo, de modo que en esas condiciones el cargo es impróspero.

DEMANDA A NOMBRE DE ALBEIRO NICOLÁS PEÑA

Pasando, entonces, al estudio de la demanda presentada a nombre de Albeiro Nicolás Peña, le da el calificativo de indebidamente desarrollada, por no cumplir con las exigencias propias de la demostración de un yerro por falso juicio de existencia, la que debía ceñirse a la ausencia de consideración de pruebas existentes o a la consideración de las que no existen materialmente, además de precisar la incidencia del yerro en el fallo atacado.

En estas condiciones, el cargo único se torna impropio y contradictorio, porque inicialmente el demandante anuncia los testimonios que fueron ignorados y más adelante se refiere al análisis que el Tribunal efectuó sobre esa misma prueba.

Así mismo, en la demanda encuentra diversas expresiones que se dirigen hacia un error de derecho por falso juicio de convicción, el cual resulta inatendible dada la independencia de las diferentes vías de ataque y la ausencia de una tarifa legal probatoria, de todo lo cual se advierte tan solo el disentimiento del libelista con la estimación probatoria del juzgador.

En suma, para la Delegada los cargos no deben prosperar, y es por ello que sugiere no casar la sentencia acusada.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

1.- *Demanda a nombre del acusado Jesús Alfredo Giraldo Salgado*

Como aspecto previo a la consideración de las demandas debe la Sala precisar que al contrario de lo que insinúa el Ministerio Público, al acusado Jesús Alfredo Giraldo Salgado sí le asistía interés para demandar en casación respecto de los delitos de encubrimiento y porte ilegal de arma de fuego de defensa personal como lo hiciera su representante, dado que al margen de la pena máxima que individualmente reportan cada una de estas infracciones, lo que debe mirarse es la unidad del fallo que afecta a este acusado al interior de este proceso, dentro del cual y al tiempo con aquellas infracciones de menor sanción, le cubre un cargo por el delito de hurto calificado y agravado, en cuyo caso la pena máxima excede los límites impuestos por el artículo 218 del Código de Procedimiento Penal.

Sobre este aspecto había tenido ya ocasión la Sala de sentar criterio, tal cual se lee inicialmente en fallo de marzo 10 de 1994 con ponencia del

Magistrado doctor Dídimo Páez Velandia, y más expresamente sobre el tema presente en fallo de septiembre 5 de 1994 bajo ponencia del Magistrado Guillermo Duque Ruíz, donde tras precisar los distintos eventos que pueden presentarse, se advirtió que bien puede admitirse que el recurso apunte exclusivamente hacia un delito penado con sanción menor, sin demandar necesariamente el delito más grave que le esté conexo, pues del artículo 218 del Código de Procedimiento Penal, sustituido por el 35 de la Ley 81 de 1993 se desprende que

"En realidad en esta norma no se está disponiendo, como parece entenderlo la Delegada, que la demanda de casación pueda extenderse a los delitos conexos aunque tengan pena menor que la exigida para la procedencia del recurso. Lo que en ella se prescribe es la extensión del recurso en relación con estos delitos, que es cosa muy distinta.

En otras palabras: la norma en comento al extender el recurso, no lo condiciona en parte alguna, a que en la demanda se formulen cargos respecto del delito o delitos que tengan señalada pena privativa de la libertad no menor de seis años, lo cual es coherente, porque como se dijo, no es un caso de extensión de la demanda sino de extensión del recurso.

Hacer la exigencia que pretende la Delegada implicaría no solo recortar sin razón los alcances benéficos de esta facultad, sino también obligar a los recurrentes a que pretexten unos cargos en relación con uno cualquiera de los delitos susceptibles del recurso, para así habilitar el ataque por los delitos "menores"."

Y más recientemente, con ponencia del doctor Juan Manuel Torres Fresneda, se insistió en que aún en casos de acumulación, como el presente se destaca, la posibilidad de ataque extraordinario es parejamente de recibo, habida cuenta que el concepto de conexidad que maneja el artículo 218 del Código de Procedimiento Penal no es el restrictivo de la conexidad sustancial que describe el artículo 87 ibídem, sino uno más amplio y comprensivo de los fenómenos de la acumulación de causas (artículo 91),

"... habida cuenta que ésta se da no solamente para recuperar la operancía del principio de unidad cuando cursen "dos o más procesos penales por delitos conexos que o se hubiesen investigado conjuntamente', sino también bajo el criterio de la unidad de procesado 'Cuando contra una misma persona se estuvieren siguiendo dos o más procesos...' "

pues "visto el alcance que al recurso extraordinario se le otorga a partir de la expedición del Decreto 2700 de 1991", en el concepto de extensión a los delitos conexos

"...cuentan principios como el de la unidad de la sentencia (artículo 88 del C. de P.P.), el de su no ejecutoria parcial o fragmentaria (arts. 196, 197

y 223), y el de la extensión de los efectos del fallo de casación a los no recurrentes (artículo 243)..."

Así, entonces, que a juicio de la Sala, la demanda en el caso del procesado Jesús Alfredo Giraldo Salgado estuvo correctamente formulada, pese a que lo impugnado en ella se remitiera a los delitos de encubrimiento y porte ilegal de arma de fuego de defensa personal, que al integrarse en un solo fallo con el delito más grave de hurto calificado y agravado, autorizaba por conexidad la impugnación que se intentara, muy a pesar de que por sí solos no hubieran hecho mérito para el recurso extraordinario.

Cosa distinta es que por el paso del tiempo desde la ejecutoria de la resolución de acusación, no sea posible ahora hacer pronunciamiento alguno con relación a una y otra infracción, en cuanto vista la normatividad impuesta por los artículos 80, 84 y 176 del Código Penal, en concordancia con el artículo 1o. del Decreto 3664 de 1986, las respectivas acciones penales se han extinguido por prescripción.

En efecto, reducido el término de prescripción a la mitad del fijado en el artículo 80 del Código Penal, no superior en este caso a los cinco años contados desde la ejecutoria de la resolución de acusación, tiénese que ocurrida ésta en el proceso por el delito de homicidio, el día 13 de abril de 1993, al momento de proferir esta sentencia ha transcurrido un lapso que siendo superior conduce a la extinción de la acción en cuanto toca con estas dos conductas, y ello redundará tanto en la declaración correspondiente de improcedibilidad, como en la reducción de la sanción impuesta, sin perjuicio de lo que se haya de responder a la demanda a nombre del segundo acusado.

2. Demanda a nombre del acusado Albeiro Nicolás Peña Berrío

Conforme queda visto, la demanda en este caso opone un solo cargo en contra de la sentencia de segundo grado por la causal primera de casación cuerpo segundo, en cuanto a juicio del censor el Tribunal incurrió en error de hecho por falso juicio de existencia, al ignorar las versiones rendidas por los testigos Angela Monroy, Viviana Espitia, Blanca Inés Caviavita, Ana Preciado y Robinson Fernández, de las cuales surgía que el homicidio se dio en la modalidad culposa.

Coincidiendo, sin embargo, en parte, con el criterio del Ministerio Público, halla la Corte tanto en el desarrollo como en la sustentación del cargo, defectos insalvables, que al contrariar la lógica conducen a la desestimación de la censura, tras no poder la Sala, supeditada por el principio de limitación traído por el artículo 228 del Código de Procedimiento Penal, ni corregir ni modificar los términos en que el censor formula los reparos.

Como primer escollo encuentra la Colegiatura un desconocimiento del deber impuesto por el artículo 225 del Decreto 2700 de 1991, que condicio-

na el recibo de cargos excluyentes al interior de una misma demanda, a su formulación en capítulos aparte, lo que el censor en este caso incumple cuando en el mismo cargo ofrece una salida dilemática, al proponer a la vez se reconozca que el homicidio se dio en modalidad culposa, pero además, que no existe prueba que incrimine a PEÑA por su autoría, pues rechazada su participación en la injurada, existe ambigüedad y deficiencia en relación con su señalamiento.

Si prosperara lo primero, fácil resulta entender que la sentencia tendría que ser sustituida para morigerar la pena, mas, persistiendo el fallo de condena. Pero si lo probado fuese la inocencia, por deficiencia de los medios que indican la responsabilidad, lo obvio sería proferir un fallo absolutorio, lo que jamás concilia con la primera alegación propuesta.

Una exclusión tan evidente de las respuestas que a un mismo tiempo se reclaman, solo podría conducir a la desestimación de la censura.

No empecé, a la misma conclusión conduciría el examen de la sustentación del anunciado yerro por falso juicio de existencia, pues como lo advirtió la Procuraduría, tras afirmar el censor la desestimación de los testimonios señalados, luego sostiene que en realidad a ellos se atuvo la segunda instancia para inferir la responsabilidad del procesado, pero desestimando que de esos dichos no trascendía la intención o ánimus necandi *en el acusado.*

Si el interés del recurrente se concretaba en discutir la prueba del ánimo homicida, era deber suyo el de debatir los argumentos que había asumido el juzgador al proferir la decisión condenatoria por homicidio intencional y no culposo.

Sin embargo, la simple vista de los fallos de primera como de segunda instancia, que por encaminarse en el mismo sentido conforman una unidad argumental, pronto devela que en uno y otro grado de jurisdicción se tuvo el cuidado de aludir y sopesar la prueba proveniente de los testigos presenciales, coincidentes en advertir que la llegada del taxi coincidió con el momento en que los agentes no intervenían ciertamente para propiciar la paz entre las dos muchachas que protagonizaban la disputa, sino para golpear a una de ellas con el bastón de mando. Ello bastó para que el sujeto que descendió del taxi hiciera un primer disparo, y ante el ademán de verse desarmado hiciera libremente otros más, hiriendo mortalmente al agente Torres y de menor gravedad a su compañero de uniforme.

Siendo ello así, no es difícil notar que la demanda decae irremediablemente, pues de una parte elude como lo indica la Delegada, dar un concepto sobre el alcance que la omisión cobraría sobre el sentido de la sentencia, pero ante todo, porque muy lejos de demostrar que los juzgadores se apartaron de la información que dan los declarantes, de ella surgía que el disparo a los agentes sucedió de modo intencional y no por accidente, lo que está lejos de constituirse en afirmación judicial gratuita, especulati-

va, o que alcance a distorsionar el contenido de las respuestas dadas, evento éste que por lo menos no entra a demostrar el libelista.

Es más: el a-quo advirtió que ni siquiera la hipótesis de la culpa coincidía con la versión rendida por el acusado, pues éste rechazaba de manera enfática la intervención armada que se le atribuye, y es lo cierto que este argumento tampoco se desquicia por parte del casacionista, más allá de la sola afirmación de que esa razón no era suficiente para excluir la culpa, cuando lo que debía acreditar era la relación del resultado con un error de conducta del sujeto agente derivado de su imprevisión o imprudencia, aspecto que para nada ocupa al casacionista.

En suma, cada uno de los defectos que se enuncia resulta suficiente para desestimar la pretensión que se formula, lo que conduce a que el cargo analizado no prospere.

3.- Vista la suerte de la segunda demanda, procederá readecuar la pena que para el caso de los dos acusados corresponda, luego de excluir como consecuencia de la prescripción los incrementos derivados de los delitos de encubrimiento y porte ilegal de armas de fuego.

Ese propósito, en el caso del acusado Jesús Alfredo Giraldo Salgado, indica que si la pena impuesta partió de 44 meses de prisión correspondientes al delito de hurto, incrementándolos en 12 meses más como consecuencia del concurso con los delitos de favorecimiento y porte no autorizado de arma de defensa personal, bastará con excluir dicho incremento, lo que regresará la pena principal a los 44 meses de prisión, lapso al cual se reducirá la pena accesoria de interdicción en el ejercicio de derechos y funciones públicas, fijada en tiempo igual al de la principal. Y como en gracia de los dos delitos respecto de los cuales se declarará extinguida la acción, no derivaron otras consecuencias de orden punitivo ni indemnizatorio, al solo aspecto de las penas indicadas se reducirá la modificación del fallo proferido.

En el caso de Albeiro Nicolás Peña Berrío, el fallador partió de una pena base de 120 meses para el delito de homicidio y a ellos añadió 50 meses más por razón del concurso con los delitos de hurto calificado y agravado y porte ilegal de armas. Como en este caso la pena excluida será la correspondiente a uno solo de los delitos en concurso, y justamente al menos grave de los dos que concurrían con el de homicidio, la reducción punitiva será equivalente a diez (10) meses, lo que totalizará como definitiva una pena principal de ciento sesenta (160) meses de prisión.

Para el caso de este segundo acusado, se ve impuesta la Sala a casar parcial y oficiosamente la sentencia, por cuanto el juzgado impuso como accesoria una pena de interdicción de derechos y funciones públicas igual a la pena principal y por lo mismo superior al máximo legal previsto en el artículo 44 del Código Penal, motivo por el cual se la reducirá al límite legal

de los diez (10) años, en guarda del principio de legalidad, que hace parte integrante de la garantía superior consagrada en el artículo 29 constitucional (artículos 228 y 229 del C. de P.P.).

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

RESUELVE:

PRIMERO: Desestimar la demanda de casación presentada por el señor defensor del procesado Albeiro Nicolás Peña Berrío.

SEGUNDO: Declarar que la acción penal se ha extinguido por prescripción respecto de los delitos de encubrimiento y porte ilegal de armas de fuego de defensa personal, cesando como consecuencia todo procedimiento en lo que atañe con estas dos infracciones en relación con el procesado José Alfredo Giraldo Salgado, y en lo atinente con la segunda de ellas respecto del procesado Albeiro Nicolás Peña Berrío.

TERCERO: Reducir definitivamente y como consecuencia de la prescripción de que trata el punto anterior, a ciento sesenta (160) meses de prisión la pena principal impuesta al acusado Albeiro Nicolás Peña Berrío como responsable de los delitos de homicidio y hurto calificado y agravado de que trata el fallo impugnado, casando parcial y oficiosamente la pena accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas, para dejarla en el máximo legal de diez (10) años, con lo que queda la sentencia inmodificada en todo lo demás, y

CUARTO: Reducir las penas impuestas al acusado Jesús Alfredo Giraldo Salgado como consecuencia de la prescripción que se declara, para fijarle como definitiva la principal de prisión y la accesoria de interdicción en el ejercicio de derechos y funciones públicas en cuarenta y cuatro (44) meses, como responsable del delito de hurto calificado y agravado por el cual fuera llamado a responder en juicio, dejando inmodificada la sentencia en todo lo demás.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Jorge Aníbal Gómez Gallego, Fernando E. Arboleda Ripoll, Ricardo Calvete Rangel, Jorge Córdoba Poveda, Bernardo Gaitán Mahecha, conjuez; *Edgar Lombana Trujillo, Carlos E. Mejía Escobar, Didimo Páez Velandia, Nilson Pinilla Pinilla.*

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

COMPETENCIA/ CONEXIDAD/ CIERRE DE INVESTIGACION/ COAUTOR

1.- El artículo 89 del Código del Código de Procedimiento Penal, modificado por el 13 de la ley 81 de 1993, al precisar la competencia por razón de la conexidad y el factor subjetivo, establece que cuando se trate de conexidad entre hechos punibles de competencia del juez regional y cualquier otro funcionario judicial, corresponderá el juzgamiento al juez regional, regulación que además coincide con el texto original de la norma.

Como puede verse, el mandato de la disposición normativa es perentorio, no siendo dable, por consiguiente, pretender desconocer su contenido introduciendo exigencias distintas de las que ella establece, como serían el orden de comisión de los delitos, o la mayor o menor entidad de los mismos. Para que la competencia quede radicada en la justicia regional, basta que uno de los delitos cometidos sea de su conocimiento, y entre ellos exista conexidad, es decir que estén sustancialmente relacionados por vínculos de carácter ideológico, consecuencial u ocasional, o de cualquier otra índole.

2.- Las consideraciones en torno a la aplicación en el presente caso del artículo 39 del Decreto 99 de 1991, que establecía la inimpugnabilidad del auto que ordenaba el cierre de la investigación, son desde luego equivocadas, y en esto le asiste razón al demandante. Cierto es que este artículo fue incorporado a la legislación permanente por el artículo 4º del Decreto 2271 de 1991, pero no es menos verdad que para el 6 de septiembre de 1993, fecha en que se produjo el cierre, ya se encontraba vigente el nuevo Código de Procedimiento Penal, que admite el recurso de reposición en contra de esta clase de pronunciamientos (arts. 199 y 438, modificado por el 56 de la ley 81 de 1993).

3.- La Corte, en doctrina que los juzgadores transcriben, y que los demandantes no discuten, ha sido clara en sostener que cuando varias personas concierten libre y voluntariamente la realización de un resultado típico, con distribución de funciones, todos tienen la calidad de coautores, así su conducta vista en forma aislada no permita una

directa subsunción en el tipo, porque todos están unidos en el criminal designio, en una empresa criminal, y actúan con conocimiento y voluntad para la producción del resultado comúnmente querido, o por lo menos aceptado como probable.

Proceso No. 14617

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal

Aprobado acta No.40

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

Santa Fe de Bogotá, D. C., veintitrés de marzo de mil novecientos noventa y nueve.

Resuelve la Corte el recurso extraordinario de casación interpuesto contra la sentencia de 5 de mayo de 1997, mediante la cual el Tribunal Nacional condenó a los procesados Raúl Marín Marín a 20 años de prisión como coautor responsable de los delitos de homicidio agravado, hurto calificado agravado, concierto para delinquir y porte ilegal de armas de fuego de uso privativo de las fuerzas militares; Fermín Trujillo Gordillo a 17 años de prisión como coautor responsable de los delitos de homicidio simple, hurto calificado agravado, concierto para delinquir y porte ilegal de armas de fuego de uso privativo de las fuerzas militares; Nilson Mora Molina y Jairo Orlando Ramos Rodríguez a 15 y 13 años de prisión, respectivamente, como coautores responsables de los delitos de homicidio simple, hurto calificado agravado y concierto para delinquir; y, Ramiro Reyes, a 11 años de prisión como coautor responsable de los delitos de homicidio simple y hurto calificado agravado. En la misma decisión, absolvió del delito de daño en bien ajeno a todos los procesados; por el porte ilegal de armas de fuego de uso privativo de las fuerzas militares a Nilson Mora Molina, Jairo Orlando Ramos Rodríguez y Ramiro Reyes; y, a este último, de concierto para delinquir.

Hechos y Actuación Procesal

La noche del domingo 11 de agosto de 1991, Raúl Marín Marín, Fermín Trujillo Gordillo, Félix Octavio Trujillo Gordillo (hermano del anterior), y José Hermides Valderrama (sobrino de los últimos), ingresaron provistos de armas de fuego y con el rostro cubierto al motel "Rey de Corazones", ubicado a tres kilómetros del perímetro urbano de Granada (Meta), con el propósito de apoderarse de bienes de los clientes y del establecimiento, para cuyo efecto procedieron a inmovilizar al personal de la administración, y luego a visitar las habitaciones que se encontraban ocupadas (tres en total).

En este recorrido se presentó un incidente con el Mayor del Ejército Nacional Guillermo Rodríguez García, quien se hallaba en compañía de

María Dennis Aristizábal Hidalgo, resultando muerto de dos disparos que le propinaron los visitantes, al pretender utilizar en su contra un fusil R-15 que tenía en su poder.

Los asaltantes se apoderaron de joyas, dineros, y enseres, así como del fusil R-15 y dos pistolas, una de propiedad del occiso marca Browinng, y otra de dotación oficial marca Petro Baretta, y del vehículo de placas SJ-0257, perteneciente a otro de los clientes, en el cual huyeron (fls.20 y 362-2).

Esa misma noche, los elementos hurtados fueron dejados en la casa de Raúl Marín Marín, y el vehículo incendiado en las fueras del pueblo, habiéndose acordado que en el transcurso del día se reunirían de nuevo para proceder al reparto del botín.

El martes, en las horas de la noche, en la cercana localidad de San Martín (Meta), a donde Raúl Marín Marín se había trasladado con no aclarados propósitos, unidades de la policía nacional lo requirieron con el fin de establecer su identidad, luego de haber sido informados de su estado de embriaguez, y de hallarse en posesión de un arma de fuego. Como sus explicaciones sobre la tenencia del arma no fueran satisfactorias, se solicitó información a las autoridades de Granada, encontrando que la pistola que portaba, marca Pietro Baretta, correspondía a la de dotación oficial del Mayor del Ejército asesinado el domingo anterior (fls.17-2).

De inmediato, las autoridades procedieron a registrar la casa de habitación de Marín Marín en el Municipio de Granada, donde fueron hallados la casi totalidad de los elementos hurtados, y capturado Félix Octavio Trujillo Gordillo, en cuyo poder fue encontrada la otra pistola perteneciente a la víctima (fls. 46, 78-1).

En una serie de operativos subsiguientes, las autoridades efectuaron varias capturas, entre las que se cuentan las de Nilson Mora Molina y Jairo Orlando Ramos Rodríguez, Investigadores del Cuerpo Técnico de Policía Judicial de Granada, y Ramiro Reyes, celador del motel "Rey de Corazones", a quienes Raúl Marín Marín sindicó desde su captura de tener conocimiento del hecho, y haber contribuido para su eficaz realización.

De acuerdo con la versión de este procesado, el día domingo, en las horas de la mañana, los investigadores de policía judicial estuvieron en su casa, con el propósito de concretar lo del asalto, de cuya ejecución ya tenían conocimiento, acordando que facilitarían una pistola, la cual le fue efectivamente entregada en las horas de la noche. El lunes, en las primeras horas de la mañana, Nilson lo visitó para decirle que "la habíamos embarrado y que nos perdiéramos unos días porque estaba muy delicada la situación". A las 11:30 de la mañana se entrevistó con los dos, cerca de las oficinas de Policía Judicial, y en las horas de la noche visitaron su casa, con el fin de recibir su parte, un total de cien mil pesos producto de la repartición del dinero efectivo, mientras se procedía a la venta de los

demás elementos. Sostiene que Nilson, además de haber participado en este hecho, ideó y prestó las armas para un asalto meses antes a la señora Mariela, una prestamista, a quien le hurtaron la suma de setecientos mil pesos, ilícito en cuya ejecución habían intervenido también Fermín Trujillo y José Hermides. Por iniciativa suya, se estaba planeando igualmente un asalto a los dineros de la Caja Agraria que eran trasladados los días jueves a los bancos del lugar.

En cuanto a la participación del celador Ramiro Reyes en los hechos, sostiene que la idea del atraco al motel nació de un familiar suyo que se hallaba detenido en la cárcel de Granada, quien le sugirió a José Hermides que lo contactara. Realizado el contacto, Ramiro se reunió la noche del sábado con él, Fermín, José Hermides, Félix Octavio y el agente de la judicial "MONO", en la heladería "Tres Esquinas", habiendo sido acordado con el celador que el trabajo lo realizarían la noche siguiente. Llegada la hora convenida, 11:30 de la noche, se presentaron al motel, pero en vista de que solo había dos clientes, decidieron esperar un rato por insinuación de Ramiro, hasta cuando se presentó una tercera pareja. Al ingresar, el celador les indicó el camino apropiado, y les hizo entrega de la llave maestra, con la cual entraron a todas las piezas. Después, al dejar el establecimiento, procedieron a amarrarlo, tal como había sido convenido. Sostiene que el autor de los disparos fue su compañero Félix Octavio Trujillo Gordillo (fls.56, 83, 212-1, 295-2, 440-3 y 6-4).

Félix Octavio, quien al igual que el anterior, aceptó haber participado en los hechos, coincide con lo sostenido por Marín Marín en cuanto a la forma como se planeó el atentado y la directa participación del celador Ramiro Reyes en los mismos. Respecto de la intervención de los investigadores del Cuerpo Técnico de Policía Judicial en los hechos, afirma no tener conocimiento, pero Raúl le comentó que el botín había que repartirlo entre siete u ocho personas, incluido el señor de la cárcel y el celador del motel. El martes, en las horas de la tarde, recibió de manos de Raúl la suma de veinte mil pesos, y una de las pistolas pertenecientes al Mayor del Ejército. En relación con los disparos, afirma que cuando la víctima disputaba el fusil con Raúl, escuchó un tiro, al parecer realizado por éste, y después a él se le "salió" otro, del revólver que llevaba (fls.62, 226-1, 291-2 y 28-3A).

Además de Raúl Marín Marín y Félix Octavio Trujillo Gordillo, al proceso fueron vinculados mediante declaración indagatoria Nilson Mora Molina (fls.104, 238-1, 18-3A), Jairo Orlando Ramos Rodríguez (fls.119, 245-1, y 15-3A), y Ramiro Reyes (fls.140, 234-1, y 12-3A), quienes se mostraron totalmente ajenos a los hechos investigados; Guillermo Espinosa Herrera, quien acreditó no haber tenido vinculación alguna con ellos (fls.380-1); y, a través de declaración de persona ausente, Fermín Trujillo Gordillo (fls.252-2, 1, 52, 55-3).

Cerrada la investigación por auto de septiembre 6 de 1993 (fls.405-3), la Fiscalía Regional, mediante decisión de 22 de diciembre siguiente la

calificó con resolución acusatoria respecto de Raúl Marín Marín, Félix Octavio Trujillo Gordillo, Fermín Trujillo Gordillo, Ramiro Reyes, Nilson Mora Molina y Jairo Orlando Ramos Rodríguez, por los delitos de homicidio agravado (muerte del Mayor del Ejército Guillermo Rodríguez García, hurto calificado agravado (apoderamiento de bienes), daño en bien ajeno (incendio del automotor), lesiones personales (daños en la salud causados a Saturnino Marentes, uno de los clientes), concierto para delinquir, y porte ilegal de armas de fuego de uso privativo de las fuerzas militares, conforme a lo previsto en los artículos 186, 332.1, 323, 324.2.7, 349, 350, 351. 2. 3.6.9.10, 370 y 372 del Código Penal, y 2º del Decreto 3664/86, incorporado a la legislación permanente por el Decreto 2266 de 1991. En la misma providencia, el funcionario declaró la nulidad parcial del cierre de la investigación en relación con el procesado Guillermo Espinosa Herrera, y dispuso expedir copias para investigar la conducta de José Hermides Valderrama y Manuel Antonio Lara (fls.557-3). Apelado este pronunciamiento, la Fiscalía Delegada ante el Tribunal, mediante resolución de 24 de marzo de 1994, lo confirmó en todas sus partes (fls.88-7).

En el período de la causa, el procesado Félix Octavio Trujillo Gordillo se acogió al instituto de la sentencia anticipada, habiendo sido condenado conforme a los cargos imputados en la resolución acusatoria. En la misma providencia, el juzgador dispuso expedir copias del proceso con destino a las autoridades de policía, para que por se investigaran por separado las lesiones personales de que se hizo víctima al señor Saturnino Marentes (fls.112-4 y 40-6).

Rituado el juicio, el Juzgado de conocimiento, mediante sentencia de 21 de octubre de 1995, condenó a los procesados Raúl Marín Marín, Fermín Trujillo Gordillo, Ramiro Reyes, Nilson Mora Molina y Jairo Orlando Ramos Rodríguez, a la pena principal de 30 años de prisión y multa de diez mil pesos cada uno, y la accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas por 10 años, como coautores responsables de los delitos de homicidio agravado, hurto calificado agravado, daño en bien ajeno, porte ilegal de armas de fuego de uso privativo de las fuerzas militares y concierto para delinquir (fls.15-5).

Revisado este fallo por el Tribunal Nacional, en virtud del recurso de apelación propuesto por varios de los sujetos procesales, y el grado jurisdiccional de consulta, lo modificó en los términos indicados en la primera parte de esta providencia, mediante la suya de 5 de mayo de 1997, que ahora recurren en casación los procesados Jairo Orlando Ramos Rodríguez, Fermín Trujillo Gordillo y Nilson Mora Molina (fls.36-6).

Las Demandas

1. A nombre del procesado Jairo Orlando Ramos Rodríguez.

Con fundamento en la causal primera de casación apartado segundo, la demandante plantea violación indirecta de la ley sustancial, por errónea apreciación de la versión de Raúl Marín Marín, a quien la sentencia le otorgó mérito superior de plena prueba, revistiendo la categoría de simple indicio.

Sostiene que al procesado Ramos Rodríguez se le vinculó con fundamento en el relato de Marín Marín, quien no lo identificó por su nombre, sino simplemente con el remoquete de "EL MONO Y EL COMPAÑERO DE NILSON". Esta imputación se constituyó luego en plena prueba, habiendo sido argumento contundente para proferir en su contra decisión de condena.

El juez, tomó por cierto el hecho testimoniado sobre la autoría intelectual de Ramos Rodríguez, imaginó en adelante todo un iter criminis, y elevó a plena prueba un indicio, no obstante que Marín Marín no lo identificó de manera infalible e inequívoca.

El indicio, es un hecho del cual se infiere otro, pero ese hecho indicador debe estar plenamente probado en el proceso, para que pueda ser tenido como elemento de convicción. Y ese hecho testimoniado, que es el fundamento de la sentencia acusada, no está demostrado, y por ello no puede ser calificado de plena prueba para dictar fallo de condena.

El juzgador admitió como cierto el hecho del incremento del patrimonio de su representado con el producto del delito, cuando tal evento no ha sido establecido en la investigación. Al fallador se le faculta para valorar los hechos, no para aplicar la arbitrariedad como principio de la sana crítica.

Apoyada en estas consideraciones, solicita a la Corte casar la sentencia recurrida (fls.215-6).

2. Demanda a nombre del procesado Fermín Trujillo Gordillo

Tres cargos, uno al amparo de la causal primera, y dos con fundamento en la tercera, presenta la censora contra la sentencia impugnada.

Causal Primera

Violación indirecta de la ley sustancial debido a errores de hecho por suposición y distorsión de algunos medios de prueba, que llevaron a los juzgadores a aplicar indebidamente el artículo 23 del Código Penal, y dejar de aplicar los artículos 2º, 247, 254 y 445 del estatuto procesal.

Asegura que en el expediente no existe prueba que permita afirmar la presencia de Fermín Trujillo Gordillo en el aposento del Mayor del Ejército mientras estuvo con vida, ni por tanto su condición de coautor en el homicidio, y en cambio sí, de haber permanecido en la portería del establecimiento, y de haber sido Raúl Marín Marín y Félix Octavio Trujillo Gordillo, los únicos que ingresaron a su habitación.

Afirma compartir el criterio según el cual, el dolo, en todas sus formas, directo, indirecto, eventual, de lesión, de peligro, de ímpetu o de propósito, inicial o concomitante, se desvanece en el caso del procesado Fermín Trujillo Gordillo, frente al homicidio y la coautoría impropia.

La previsión de un resultado antijurídico, que debe preceder la acción en el llamado dolo eventual, es factor que no concurre en el caso de la participación de este procesado, en cuanto no ha logrado probarse. "Por la mente del supuesto actor, nunca pasó la necesidad de prevenir un homicidio, simplemente no estaba entre sus intenciones".

Transcribe doctrina sobre lo que en dogmática jurídico penal debe ser entendido por dolo eventual, dolo en la coparticipación y dolo en la complicidad, para afirmar que Fermín Trujillo Gordillo compartía el "animus concurrendi" en el propósito del hurto, mas no en el propósito homicida, y que la complicidad en el hecho del autor desaparece cuando el contribuidor entiende participar en un delito diverso del que efectivamente consuma.

Afirma, siguiendo los conceptos doctrinales que le sirven de fundamento, que de todas maneras cuando el delito en el cual se está participando, da lugar a otro ilícito, como ocurrió en el presente caso, se acepta la existencia de dolo eventual, pero a título de cómplice, no en el grado de coautoría, como lo vienen presumiendo los juzgadores de instancia, contra principios generales que enseñan que debe probarse.

Con el fin de destacar "la vaguedad, imprecisión e inconsistencias" de la prueba que sirvió de sustento al fallo, alude al contenido de los testimonios del personal administrativo del motel y de quienes fueron víctimas del hecho delictivo, así como a las versiones de Félix Octavio Trujillo Gordillo y Raúl Marín Marín, pero sin referirlas a la situación jurídica de su representado.

Concluye diciendo que con excepción del dicho de este último, no existe en el proceso ninguna evidencia que permita tener por cierta la participación de Fermín Trujillo Gordillo en el atraco a la señora Mariela, o en los planes de asalto a los dineros del banco, afirmaciones que, como se sabe, llevaron a los juzgadores a imputarle el delito de concierto para delinquir, en el entendido que el grupo se desempeñaba con organigrama de banda.

Hubo, pues, errores de hecho por distorsión de la prueba en unos casos, y por suposición en otros, que festinaron la decisión de condena por el delito de homicidio en el grado de coautoría impropia, y que de no haber existido, habrían determinado la absolución, o su condena por homicidio simple en calidad de cómplice.

Cita como normas violadas, por aplicación indebida, los artículos 23, 323, 349, 350,6.9, 372 y 186 del Código Penal, y 2º del Decreto 3664 de 1986, acogido como legislación permanente por el Decreto 2266 de 1991.

Causal tercera:

Cargo primero: *La sentencia impugnada se dictó en un juicio viciado de nulidad por falta de jurisdicción y competencia, puesto que la investigación estableció que los disparos contra el Mayor del Ejército fueron realizados por Raúl Marín Marín y Félix Octavio Trujillo Gordillo, siendo dicho delito, de competencia indiscutida de los Jueces Penales del Circuito, por virtud de lo establecido en el artículo 72 del Código de Procedimiento Penal, adicionado por el artículo 10 de la ley 81 de 1993, y por tratarse del hecho punible de mayor entidad entre los cometidos.*

Después de la consumación del delito de homicidio, sobrevino el apoderamiento de las armas que poseía la víctima por parte de Raúl Marín Marín y Félix Octavio Trujillo, entre ellas un fusil R-15, de dotación militar, incurriendo ellos, a partir de ese momento, en violación del Decreto 3664 de 1986.

En estas condiciones, el delito de mayor entidad y que además se cometió primero, arrastra la competencia hacia su jurisdicción, haciéndose evidente una violación de las normas de competencia, y presentándose una nulidad según lo previsto en el artículo 304, numeral 1º del estatuto procesal penal, con afectación al debido proceso y al derecho de defensa.

Cargo segundo: *Violación del derecho de defensa por no haber el Tribunal apreciado los únicos argumentos presentados por su defensor de oficio en el juicio, al resolver sobre el grado jurisdiccional de consulta, referidos a la incompetencia de los juzgados regionales para conocer de los hechos, la vaguedad de los cargos imputados en la resolución acusatoria, y el no establecimiento de la identidad del procesado; y, por violación del derecho de defensa técnica durante toda la fase del juicio, pues el abogado encargado de su asistencia solo vino a posesionarse a finales de 1996, para facilitar el proferimiento de la sentencia. Pide, en consecuencia, declarar la nulidad del proceso desde la clausura del ciclo investigativo (fls.246-6).*

3. Demanda a nombre del procesado Nilson Mora Molina

Dos cargos, uno con fundamento en la causal tercera de casación, y otro en la primera, presenta el demandante contra la sentencia impugnada.

Causal tercera:

Haberse incurrido en irregularidades sustanciales que afectan el debido proceso y toman írrita la actuación, a tenor de lo establecido en el artículo 304.2 del Código de Procedimiento Penal.

Sostiene que mediante resolución de septiembre 6 de 1993, el fiscal dispuso el cierre de la investigación y ordenó, a instancia de Raúl Marín Marín, la ampliación de su indagatoria, habiendo sido dicha decisión notificada por anotación en estado el 27 de octubre siguiente.

El 29 de septiembre, el defensor de los imputados Nilson Mora Molina y Jairo Orlando Ramos, interpuso recurso de reposición contra el citado proveído, en procura de obtener su revocatoria, arguyendo como motivo fundamental la imposibilidad de ordenar y practicar pruebas con posterioridad a la declaración del cierre.

El 4 de octubre, antes de haberse dispuesto en debida forma su notificación, el fiscal, mediante auto de trámite, declaró la improcedencia del recurso, y el 2 de diciembre siguiente, se pronunció de nuevo advirtiendo a la Secretaría que había entrado en vigencia la ley 81 de 1993, que modificaba los trámites relativos al cierre de la investigación.

De este recuento fáctico procesal, surgen tres aspectos procesales relevantes. 1. La palmaria y objetiva transgresión de la ley procedimental aplicable para la época en que se produjo la clausura de la investigación, pues acorde con lo establecido en el artículo 5º de las normas transitorias del Decreto 2700 de 1991, la ritualidad de los procesos adelantados por la jurisdicción de orden público, al integrarse a la justicia ordinaria, debía someterse a sus especiales disposiciones. Y, de acuerdo con esta nueva normatividad, se imponía el trámite de la impugnación. 2. Se vio frustrada la posibilidad legítima que asistía a la defensa técnica de impugnar la citada decisión. 3. Entrañó la vulneración de principios sustanciales, informadores del proceso penal, como el de preclusión en la oportunidad probatoria, publicidad y controversia de las pruebas.

Las mencionadas irregularidades constituyen violaciones a la estructura esencial del proceso y conllevan un agravio para los derechos y garantías sustanciales. El proceso penal, como secuencia o dinámica coherente de la actividad represora del Estado, está reglado por expresas y claras disposiciones, cuya inobservancia merecen ser sancionadas con su nulitación, máxime cuando impiden el ejercicio de derechos que singularizan el debido proceso en un estado social de derecho.

Apoyado en estas consideraciones solicita a la Corte decretar la nulidad del proceso, incluida la calificación, para que se de trámite al recurso de reposición.

Causal primera:

Violación indirecta de la ley sustancial, por errores de hecho por falsos juicios de identidad en la apreciación de los testimonios de Raúl Marín Marín y Félix Octavio Trujillo Gordillo, que llevaron a la aplicación indebida de los artículos 23, 36 y 323 del Código Penal, y 247 de procedimiento, y falta de aplicación de los artículos 24 del Código Penal y 254 de Procedimiento.

Después de aclarar que el reproche estará circunscrito a la imputación por los delitos de homicidio y hurto calificado agravado, atribuidos a Nilson Mora Molina a título de coautoría impropia, y de transcribir apartes

de las conclusiones de la sentencia impugnada sobre su compromiso penal, así como de las versiones de Raúl Marín Marín y Feliz Octavio Trujillo Gordillo, hace las siguientes precisiones:

-Razón le asiste al ad quem *cuando en su discurso jurídico alude a la coautoría impropia como forma de participación criminal. No se discute que quienes con unidad de designio criminoso y haciendo parte de una empresa criminal, consciente y voluntariamente se distribuyen y dividen su trabajo para la causación o producción de un resultado típico, obedeciendo a un plan criminal, responden en calidad de autores, no obstante que con su insular acción jurídica y naturalísticamente considerada, no se satisfagan las exigencias descriptivas del injusto típico.*

-Tampoco desconoce la defensa que hoy por hoy constituye pacífica postura jurisprudencial, la aceptación del dolo eventual como forma de culpabilidad y elemento subjetivo de la imputación en casos de coautoría impropia.

-El yerro que demanda la sentencia, consiste en atribuir a la situación factual probada con los dichos de los coimplicados Raúl Marín Marín y Félix Octavio Trujillo Gordillo, una condición, presupuesto de una norma sustancial, que, al menos respecto de Nilson Mora Molina, no la contiene.

-Aceptándose, como lo hace el Tribunal, que el aporte de Nilson consistió en el préstamo del arma y su silencio, y que tal ayuda surge solo en el estadio de consecución de los instrumentos requeridos para la ejecución del delito de hurto, "tan limitado como innecesario aporte, de por sí cuestiona la forma de participación endilgada".

-Si bien, en tratándose de una situación clara de coautoría, la magnitud de la contribución fáctica pierde relevancia, en el asunto materia de análisis adquiere especial connotación, dado que es el propio Tribunal el que circunscribe la actuación de Nilson a la entrega del arma, ubicándolo en la fase de la consecución de los medios en el iter criminis.

Cuando se actúa a título de coautor, no es lo que objetivamente se aporta al hecho lo que determina tal condición, sino que es menester acreditar la dirección subjetiva en el accionar del agente concurrente, en el sentido de considerar como propia la comisión del injusto típico, con tal protagonismo psíquico volitivo que lo hacen autor de todos los actos consecuencialmente acaecidos en procura del fin propuesto.

-De allí que la división de trabajos, o roles, o funciones de los intervinientes, no constituyen, bajo la forma de participación imputada equivocamente, eslabones aislados en el decurso concausal y finalístico de la empresa delictual; sino aportes a la misma, que por insignificantes que parezcan, se encuentran fatal e inescindiblemente ligados con la capacidad de control y de dominio del hecho.

-Frente al contenido real y material de la prueba allegada al proceso, tergiversada por el fallador, emerge inapropiada la imputación de participación para Nilson Mora Molina. El dominio de la "acción", resulta ajeno a éste, en cuanto los testigos de cargo ubican la ideación del delito en una persona distinta, detenida en la cárcel de Granada, y al aludir a su planeación en la heladería, no mencionan a Nilson como concurrente. Por el contrario, Marín supeditó su participación al préstamo del arma.

-Este aporte a título de colaboración a un hecho ajeno, no tiene la transcendencia otorgada en la sentencia recurrida, pues no puede ser cotitular de la acción quien apenas es requerido para el suministro de una de las tantas armas utilizadas. Luego, aceptado que la complicidad se contrae al aporte, colaboración o ayuda dolosa en cualquiera de los estadios del iter criminis, de quien favorece un hecho ajeno mediando promesa anterior, tal forma de participación sería la imputable en el hurto agravado.

En seguida, y en punto a la condena por el delito de homicidio, sostiene que el dolo eventual persiste cuando se trata de atribuir forma de culpabilidad al partícipe en la modalidad de cómplice, pero para que una tal imputación responda a esta forma de culpabilidad, es menester probar que la producción del delito medio fue contemplada por el partícipe como posible, y aceptó. No basta, una aplicación presuntiva del dolo eventual, puesto que iría en contravía del principio penalístico de presunción de inocencia.

El Tribunal infiere la modalidad de dolo eventual en orden a la imputación del homicidio, de la consideración según la cual, se previó la fatalidad, y no les importó, en cuanto eran conocedores de la utilización de armas, de manera que podían resultar personas abatidas. No obstante, en sentido contrario, milita prueba que permite llegar a conclusión adversa, pues Marín Marín comenta que al recibir el arma de Nilson, fue advertido sobre su uso, limitándolo a la acción intimidatoria.

En este orden de ideas, la jurisprudencia consultada por el juzgador no tendría aplicación, puesto que no se trató de una actitud indiferente frente a un resultado previsible, sino por el contrario, de una clara y expresa oposición a su producción, como diáfanamente se desprende de la versión de Marín Marín, parcialmente omitida en el fallo.

Pide a la Corte, en consecuencia, casar la decisión impugnada, y en su lugar, condenar a Nilson Mora Molina por el delito de hurto calificado agravado, pero en calidad de cómplice, y absolverlo del de homicidio (fls. 275-6).

Concepto del Ministerio Público

El Procurador Primero Delegado en lo Penal es del criterio que ninguno de los cargos presentados contra la sentencia impugnada está llamado a prosperar, por las razones que a continuación se sintetizan:

1. Demanda en favor de Jairo Orlando Ramos Rodríguez

El cargo que contiene, consistente en haberle asignado la sentencia valor de plena prueba al testimonio de Raúl Marín Marín, carece de los lineamientos técnicos necesarios para su análisis, puesto que toda inconformidad respecto de la valoración de la prueba frente a las reglas de la sana crítica, debe estar encaminada a la demostración de un yerro en tal sentido, y la censura no aporta ningún argumento que lo acredite.

Tampoco hay acierto en el ataque en cuanto al carácter indiciario que la recurrente le asigna a la referida prueba testimonial, y no es verdad que Jairo Orlando Ramos Rodríguez no haya sido identificado.

2. Demanda en favor del procesado Fermín Trujillo Gordillo

Cargo primero: *No le asiste razón a la impugnante al acusar el fallo por errores de hecho en la apreciación probatoria, determinantes de una condena como autor del delito de homicidio, cuando lo correcto hubiera sido en calidad de cómplice.*

Desde una perspectiva técnico formal, el cargo carece de la claridad y precisión requerida en sede de casación, pues aduce que los juzgadores incurrieron en distorsión, omisión y suposición de pruebas, sin entrar a demostrar realmente su afirmación.

La demandante se refiere al testimonio de María Dennis Aristizábal Hidalgo, compañera del Mayor Guillermo Rodríguez, para precisar que su muerte no se produjo en un forcejeo por la posesión del fusil, como se afirma en la sentencia, pero, cierto o no, una tal situación no infirma la coautoría de los procesados en el homicidio del oficial.

Que Fermín Trujillo no haya disparado el arma, es circunstancia que no lo exonera de responsabilidad. Como lo sostienen los falladores, en este caso todos concurrieron con voluntad de realización del hurto, y se repartieron sus acciones encaminadas a cristalizar este objetivo, habiendo sido Fermín quien inmovilizó y vigiló a las empleadas de la recepción.

La orientación de la voluntad hacia la obtención de un objetivo específico, no es lo único que marca la culpabilidad, pues en este tipo de consensos criminosos se acepta la posible comisión de otros ilícitos no queridos directamente, pero probablemente vinculados con el fin perseguido, lo cual explica el dolo eventual, si a pesar de ello, los infractores afrontan el resultado, y estas situaciones fueron previstas en el presente caso por los intervinientes en el asalto, desde el momento mismo en que resuelven utilizar armas de fuego en su ejecución.

Cargo segundo: *Tampoco resulta admisible el ataque atinente a que la sentencia se dictó en un juicio viciado de nulidad por falta de competencia, pues el artículo 89 del Código de Procedimiento Penal, inciso segundo, la radica en cabeza de los jueces regionales cuando uno de los delitos conexos es de su conocimiento.*

Respecto de la supuesta formulación anfibológica de los cargos contenidos en la resolución acusatoria, además de infundada, es evidente su absoluta falta de fundamentación, y en cuanto a la indeterminación de la identidad del procesado, el ataque deviene insustancial, puesto que todos sus datos personales aparecen en el proceso.

En punto a la presunta violación del derecho de defensa de este procesado, por no haber estado asistido de un abogado en la etapa probatoria del juicio, se tiene que ante la no comparecencia de su inicial defensor, fue designado el doctor Jesús Díez Velásquez. Después, el doctor Carlos Castañeda, y finalmente el doctor Rodríguez Chocontá, quien presentó los alegatos de conclusión respectivos.

Además de esto, para demandar la nulidad del proceso por ausencia de defensa técnica, no basta la afirmación en el sentido de que debido a ello dejaron de ser practicadas pruebas, sino que es necesario precisar cuáles en concreto no lo fueron, haciendo al menos una aproximación de su posible poder "suasorio" que permita suponer una visión distinta de la realidad procesal.

3. *Demanda en favor del procesado Nilson Mora Molina.*

Cargo primero: *El impugnante pierde de vista que de acuerdo con la ley 153 de 1887, artículo 40, las leyes concernientes a la sustanciación y ritualidad de los juicios prevalecen sobre las anteriores desde el momento en que deben empezar a regir, pero los términos que hubieren empezado a correr, y las actuaciones y diligencias que ya estuvieren iniciadas, se regirán por la ley vigente al tiempo de su iniciación.*

Por tanto, al estar corriendo el término de ejecutoria de la resolución de clausura de la instrucción, su regulación se ceñía a las condiciones previstas en la legislación vigente en el momento que empezó a correr el término de ejecutoria, esto es el Decreto 099 de 1991, que en su artículo 39, inciso 2º, disponía que el auto de cierre no era susceptible de recurso alguno.

Tampoco constituye una informalidad relevante la ordenación de práctica de pruebas en el mismo proveído, pues aún cuando estructura un desacierto, la ampliación de indagatoria de Marín Marín no aportó elemento alguno que sirviera de apoyo a las determinaciones tomadas en el fallo.

Cargo segundo: *Carece de razón el casacionista al acusar la sentencia por un presunto error de hecho por falso juicio de identidad, derivado de la tergiversación de los testimonios de Raúl Marín Marín y Félix Octavio Trujillo, fundamento de la condena de Nilson Mora Molina.*

Notorios resultan, además, sus desaciertos en el desarrollo del cargo, puesto que no demuestra distorsión de su contenido fáctico, sino que se

limita a afirmar que de ellos no se infiere el dominio de la acción atribuido a Nilson Mora Molina, con lo cual se traslada al campo de la valoración de la prueba, donde tampoco acierta en la demostración de sus supuestos fácticos, desembocando en una controversia de carácter valorativo con el juzgador.

Más aún, en su fundamentación el recurrente hace una afirmación que no es cierta, como sostener que Nilson Mora Molina no fue mencionado entre quienes planearon el asalto, con el claro propósito de hacer ver que su aporte solo fue prestar el arma, puesto que del testimonio de Marín Marín se infiere lo contrario.

Al margen de la insolvencia técnica del escrito impugnatorio, el demandante carece también de razón al controvertir la coautoría que le ha sido atribuida a Mora Molina. Este dispositivo, como bien es sabido, implica acuerdo de voluntades desde el punto de vista subjetivo, y reparto de tareas e importancia de los aportes, desde el punto de vista objetivo.

El domino del hecho, lo ejercen funcionalmente todos los intervinientes mediante una realización mancomunada y recíproca. Los coautores, por acuerdo, dominan en parte y en todo, funcional e instrumentalmente, la realización del injusto, siempre que el hecho de cada uno constituya contribución de importancia. Para Jescheck, en sentido objetivo, la aportación de cada autor debe encerrar un determinado grado de importancia funcional, de modo que la colaboración de cada uno se presente como una pieza esencial para la realización del plan general.

El aporte de Nilson Mora no fue referido a un hecho ajeno como lo sostiene el libelista, pues la prueba demuestra su protagonismo en el plan general. Si bien la idea del asalto al motel no fue suya, su contribución resulta decisiva e importante, pues intervino con su propia dinámica en el grupo que planeó el ilícito, y aportó el arma de fuego, sin la cual Raúl Marín Marín se había negado a cooperar.

La advertencia de Nilson a Marín Marín de que no usara el arma en contra de personas, no lo releva de su compromiso penal por el uso que finalmente se le dio, pues la proporcionó para que con ella se realizara un asalto a un establecimiento, sin saberse qué personas se hallaban dentro, y en cuyo desarrollo era apenas previsible que se presentara resistencia, eventualidad compartida por él consciente y voluntariamente, que lo compromete en el homicidio en grado de coautor. Si esto no fuere suficiente, no se pierda de vista que se trataba de una organización criminal, como que motivó la condena por el delito de concierto para delinquir, aspecto que fortalece la idea de la coautoría.

Apoyado en estas argumentaciones, pide a la Corte no casar la sentencia recurrida.

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 a las dos demandas.

NULIDADES

1. Incompetencia

Esta censura carece de fundamento. El artículo 89 del Código del Código de Procedimiento Penal, modificado por el 13 de la ley 81 de 1993, al precisar la competencia por razón de la conexidad y el factor subjetivo, establece que cuando se trate de conexidad entre hechos punibles de competencia del juez regional y cualquier otro funcionario judicial, corresponderá el juzgamiento al juez regional, regulación que además coincide con el texto original de la norma.

Como puede verse, el mandato de la disposición normativa es perentorio, no siendo dable, por consiguiente, pretender desconocer su contenido introduciendo exigencias distintas de las que ella establece, como serían el orden de comisión de los delitos, o la mayor o menor entidad de los mismos. Para que la competencia quede radicada en la justicia regional, basta que uno de los delitos cometidos sea de su conocimiento, y entre ellos exista conexidad, es decir que estén sustancialmente relacionados por vínculos de carácter ideológico, consecuencial u ocasional, o de cualquier otra índole.

En el caso sub judice, a la totalidad de los procesados se les imputó en la resolución acusatoria el delito de porte ilegal de armas de fuego de uso privativo de las fuerzas militares, cuyo juzgamiento, a tenor de lo dispuesto en el artículo 71.4 ejusdem, modificado por los artículos 9° de la ley 81 de 1993 y 13 de la ley 365 de 1997, corresponde a los jueces regionales.

Nadie discute, por otra parte, la existencia de una relación sustancial de carácter ocasional de este delito con el inicialmente propuesto, en cuanto su realización se llevó a cabo aprovechando la comisión de otro, ni la vinculación de carácter cronológico, que se presenta cuando en el mismo contexto de actuación se realizan varios hechos punibles.

El cargo, en consecuencia, no está llamado a prosperar.

2. Haber sido negado el recurso de reposición interpuesto por el defensor del procesado Nilson Mora Molina contra el auto mediante el cual se declaró cerrada la investigación

Por auto de 6 de septiembre de 1993, la fiscalía dispuso la clausura de la investigación, ordenando, en la misma providencia, la ampliación de la

indagatoria de Raúl Marín Marín, y "la vista" del expediente por el procesado Félix Octavio Trujillo Gordillo. El siguiente, es el texto de este proveído:

"1. Declárase cerrada la investigación, por la secretaría córrase los traslados de rigor.

"2. Fíjase como fecha para la ampliación de indagatoria de Raúl Marín Marín para el día 9 a las 10 a. m., por la secretaría se librará la boleta de remisión por ante el señor Director de la cárcel de reclusión donde se haya (sic) el procesado, la cual se hará con las debidas medidas de seguridad.

"3. Fíjase como fecha para la vista del expediente solicitada por Félix Octavio Trujillo Gordillo para el día 9 de septiembre a las 2. p. m. la cual se hará con las debidas medidas de seguridad de no ser así no se autoriza el traslado.

"4. Dése cumplimiento urgente por la Secretaría a la providencia de fecha julio 9 de 1993. Notifíquese Y Cumplase" (fls.405-3).

Contra esta decisión el defensor de Nilson Mora Molina y Jairo Ramos Rodríguez, mediante escrito de 29 de septiembre, interpuso recurso de reposición, por considerar que una vez declarada la clausura del ciclo investigativo, no procedía la ordenación de pruebas. Sus argumentos, fueron los siguientes:

"...por medio de este escrito interpongo recurso de reposición en contra de la resolución de sustanciación de fecha 6 de septiembre del año en curso, por medio de la cual se declara cerrada la investigación.

"Obedece mi inconformidad al hecho de que posteriormente a la determinación del cierre de la fase instructiva, se ha venido ordenando la práctica de unas diligencias, como las siguientes (...).

"Así las cosas, mal puede ordenarse la práctica de diligencias después de haberse clausurado el ciclo investigativo. Las anteriores breves razones son las que me llevan a solicitar la reposición de la resolución de sustanciación de septiembre 6 del año en curso" (fls.447-3).

Por auto de 4 de octubre siguiente, la fiscalía se abstuvo de reponer la decisión impugnada, apoyada en tres argumentos: 1) que la solicitud de ampliación de indagatoria de Marín Marín había sido solicitada antes de haber sido declarado el cierre de la investigación. 2) que las demás pruebas decretadas en nada afectaban la situación de los procesados; y, 3) que de acuerdo con el Decreto 099 de 1991, adoptado como legislación permanente por el 2271 del mismo año, el auto de cierre de la investigación no era susceptible de recurso alguno (fls.450-3).

Las consideraciones en torno a la aplicación en el presente caso del artículo 39 del Decreto 99 de 1991, que establecía la inimpugnabilidad del auto que ordenaba el cierre de la investigación, son desde luego equivoca-

das, y en esto le asiste razón al demandante. Cierto es que este artículo fue incorporado a la legislación permanente por el artículo 4º del Decreto 2271 de 1991, pero no es menos verdad que para el 6 de septiembre de 1993, fecha en que se produjo el cierre, ya se encontraba vigente el nuevo Código de Procedimiento Penal, que admite el recurso de reposición en contra de esta clase de pronunciamientos (arts.199 y 438, modificado por el 56 de la ley 81 de 1993).

Obsérvese, sin embargo, que el escrito a través del cual el defensor solicita la reposición del auto de 6 de septiembre de 1993, no es propiamente una impugnación contra la decisión de declarar cerrada la investigación, contenida en el numeral primero del referido auto, sino respecto de las otras determinaciones, referidas a la práctica de pruebas, cuya naturaleza, como es sabido, repele su impugnabilidad.

En estas condiciones, mal puede afirmarse que el defensor haya recurrido en reposición la orden de declarar clausurado del ciclo investigativo, o que el funcionario instructor haya negado arbitrariamente una tal impugnación, pues como se ha dejado visto, la inconformidad del aparente recurrente estaba solo referida a las decisiones contenidas en los numerales 2º y 3º del auto, que ordenaban la práctica de unas pruebas.

No discute la Sala, desde luego, la inconducencia de esta ordenación, pero un ataque en casación por virtud de esta irregularidad solo sería posible por la vía de la causal primera, cuerpo segundo, por errores de derecho por falsos juicios de legalidad, derivados de una inoportuna incorporación de las pruebas, que el recurrente en manera alguna plantea.

El cargo no prospera.

3. *Violación del derecho de defensa del procesado Fermín Trujillo Gordillo*

1. En sentir de la casacionista, el citado procesado careció de defensa técnica durante toda la etapa del juicio, toda vez que dentro de este período procesal no hizo presencia su defensor, ni se practicaron pruebas en orden a demostrar su participación en los hechos.

Reiteradamente ha sido sostenido por la Corte que no es la inactividad del defensor, sino el abandono de la gestión que le ha sido encomendada, lo que puede llegar a determinar violación al derecho a la defensa técnica con repercusiones en la eficacia de la actuación procesal, toda vez que el abogado defensor, en el ejercicio de su gestión, puede abstenerse de impugnar providencias, o dejar de ejercer una activa controversia conceptual o probatoria, sin que ello signifique desatención de la función de asistencia que le ha sido confiada.

Luego, la afirmación en el sentido de que el procesado careció de defensa porque durante el período de la causa no aparece elemento de prueba alguno orientado a demostrar su inocencia, no constituye argumento

suficiente para sustentar la pretensión de nulidad del proceso por violación del derecho de defensa. Para esto es necesario acreditar que la ausencia de actos positivos de gestión obedeció a motivaciones distintas de una racional estrategia defensiva, tarea que ni siquiera intenta cumplir la impugnante.

Examinada la actuación procesal, se advierte, por lo demás, que el procesado Fermín Trujillo Gordillo, quien fue vinculado mediante declaración de persona ausente, estuvo inicialmente representado en el juicio por el doctor Jesús S. Díez Velásquez, quien tomó posesión del cargo antes de la calificación del sumario (fls. 388, 394 y 399-3), y que durante el juzgamiento, los funcionarios judiciales estuvieron pendientes de asegurar su derecho a la defensa técnica, como surge de las designaciones que debieron hacerse después de haber sido citadas las partes para sentencia, con el fin de garantizar su asistencia profesional (fls.381, 427, 438, 445, 457-4 y 3, 5, 7-5).

Se impone, por tanto, la desestimación de la censura.

2. Un segundo reproche, lo deriva la demandante de la circunstancia de no haber examinado el Tribunal Nacional, al conocer del grado jurisdiccional de consulta, las alegaciones de fondo presentadas por el defensor antes del fallo de primer grado, referidas a la incompetencia de la justicia regional, el no establecimiento de la identidad del procesado, y la vaguedad e imprecisión del pliego de cargos.

Esta censura, también debe ser desestimado, pues en virtud del principio de inescindibilidad de los fallos de primera y segunda instancia, debe entederse que cuando el superior no examina en concreto un determinado aspecto de la sentencia de primer grado sujeta al grado jurisdiccional de consulta, ni lo modifica, es porque lo comparte, y el juzgador de primer grado hizo un amplio resumen de las alegaciones del defensor, y se refirió a ellas, cuando no de manera expresa, en forma implícita. De allí que la situación puesta de relieve por la libelista, devenga insustancial.

Por lo demás, no es cierto que el procesado no haya sido plenamente identificado en el proceso. Desde un comienzo la investigación estableció que se trataba del hermano de Félix Octavio Trujillo Gordillo, hijo de Francisco y María Aminta (fallecidos), nacido el 12 de diciembre de 1960, de profesión ebanista, con cédula de ciudadanía No.19´433.106, cuya copia se aportó al informativo (fls.356-2).

Y, en cuanto dice relación con la supuesta indeterminación y carácter anfibológico de los cargos formulados en la resolución acusatoria, el reproche, como acertadamente lo sostiene el Procurador Delegado en su concepto, no deja de ser una crítica desprovista de todo sustento, que como tal, relevá a la Corte de cualquier consideración.

Se desestimará la censura.

Causal primera

1. Haberle sido otorgada a la versión de Marín Marín valor de plena prueba, constituyendo apenas un indicio de responsabilidad en contra de Jairo Orlando Ramos Rodríguez

En primer lugar debe decirse que cuando se plantea violación indirecta de la ley sustancial, por desconocimiento de las reglas de la sana crítica en la determinación del mérito de las pruebas, se impone para el demandante la obligación de señalar de qué manera el juzgador violó tales postulados, labor que en el presente caso la libelista incumple.

Una segunda admonición tiene que ver con la naturaleza del error planteado, pues si el vicio se hace consistir en que los juzgadores derivaron del dicho del testigo la identificación plena de Jairo Orlando, no siendo ello cierto, como quiera que en su versión solo había hecho alusión al "MONO o COMPAÑERO DE NILSON", el yerro sería de contemplación material, no de valoración como se plantea en la demanda.

Con todo, no es cierto que la prueba arrimada al proceso admita reservas sobre la real participación de Ramos Rodríguez en los hechos. En la primera versión de Marín Marín ante la Unidad de Indagación Preliminar del Cuerpo Técnico de Policía Judicial, a la cual pertenecía Ramos Rodríguez, el funcionario encargado de recibirla dejó constancia expresa en el sentido de que el declarante, cuando aludía al "MONO", estaba haciendo referencia al investigador de policía judicial Jairo Ramos Rodríguez (fl.57-1), existiendo, por tanto, total correspondencia entre la persona a la cual se refería el testigo y el hoy procesado.

Aparte de esto, el declarante identifica a quienes le facilitaron la pistola como agentes de policía judicial, y la investigación estableció que Nilson Mora Molina y Jairo Orlando Ramos Rodríguez eran los únicos investigadores para esa época (fls.239-1 y 128-2). Por último se tiene que la descripción física que el declarante aporta del agente "MONO", coincide cabalmente con las características morfológicas de Ramos Rodríguez (fls.83, 119, 245-1).

Por adolecer, entonces, de deficiencias técnicas insalvables, y resultar además infundado, se impone también la desestimación de este reparo.

2. Aplicación indebida del artículo 23 del Código Penal y falta de aplicación del artículo 24 ajusdem

Como acertadamente lo expone el Procurador Delegado en su concepto, los cargos planteados contra la sentencia impugnada por los defensores de los procesados Fermín Trujillo Gordillo y Nilson Mora Molina, orientados a desvirtuar la imputación que soportan como coautores de los delitos de hurto y homicidio, adolecen de insalvables inconsistencias de carácter técnico y fundamentación, que los hacen inexaminables.

La demanda presentada en nombre del procesado Trujillo Gordillo, plantea, en este punto, la existencia de errores de hecho por tergiversación y suposición de prueba, pero por parte alguna precisa en qué consistieron tales desaciertos, sobre cuál prueba en concreto recayeron, o qué incidencia tuvieron en la determinación objeto de la impugnación.

Dentro del marco de una secuencia argumentativa inexplicable, la demandante adicionalmente sostiene que en el proceso no existe prueba alguna que permita afirmar la presencia de su representado en el aposento del Mayor Rodríguez García al momento de su muerte, y en cambio sí, prueba de haber permanecido en la recepción, planteamiento que resulta absolutamente inane si se toma en cuenta que los falladores de instancia jamás hicieron esta afirmación, habiendo reconocido, por el contrario, que solo Raúl Marín Marín y Feliz Octavio Trujillo Gordillo entraron a la habitación de la víctima.

Situación similar se presenta en relación con la demanda a nombre del procesado Nilson Mora Molina, pues el actor, como lo sostiene la Delegada, no entra a demostrar los errores de hecho que invoca, consistentes en la distorsión de los testimonios de Raúl Marín Marín y Félix Octavio Trujillo Gordillo, sino que se limita a sostener que de su contenido no se infiere el dominio de la "acción" que la sentencia le atribuye a su representado, con lo cual el cargo deja de estar referido a la contemplación material de la prueba, para ubicarse en el campo de las valoraciones.

El único planteamiento que guarda correspondencia con el error propuesto, está relacionado con la advertencia que le hiciera Nilson Mora Molina a Raúl Marín Marín al momento de entregarle el arma, de la cual informa este último, en el sentido que tuviera cuidado con ella, y "no fuera a matar a nadie", omitida, según lo sostiene el actor, por los juzgadores de instancia, y que de haber sido tenida en cuenta, habría permitido reconocer su inocencia en el delito de homicidio, pero esta propuesta de ataque, se queda en el simple enunciado.

De cualquier forma, la tesis de los impugnantes respecto de la condición de cómplices de sus representados en los delitos a los cuales se ha hecho mención, resulta insostenible. La Corte, en doctrina que los juzgadores transcriben, y que los demandantes no discuten, ha sido clara en sostener que cuando varias personas conciertan libre y voluntariamente la realización de un resultado típico, con distribución de funciones, todos tienen la calidad de coautores, así su conducta vista en forma aislada no permita una directa subsunción en el tipo, porque todos están unidos en el criminal designio, en una empresa criminal, y actúan con conocimiento y voluntad para la producción del resultado comúnmente querido, o por lo menos aceptado como probable.

En el caso que se estudia, claramente aparece establecido que los procesados actuaban dentro de una empresa criminal, con división de trabajo,

donde ninguno en particular, sino todos, tenían el dominio funcional del hecho. La decisión, que no la ideación que es distinto, a todos correspondía en conjunto, en cuanto se reunieron y resolvieron ejecutar el delito contra el patrimonio económico, con tareas específicas dentro del iter criminis*: Nilson Mora Molina y Jairo Orlando Ramos Rodríguez, investigadores de policía judicial, prestaban una de las armas (una pistola calibre 22 mm); Ramiro Reyes, celador del motel, permitía la entrada al establecimiento y facilitaba la llave maestra; y, Raúl Marín Marín, Fermín Trujillo Gordillo, Feliz Octavio Trujillo Gordillo y José Hermides Valderrama, ejecutaban la acción típica.*

Cierto es que Nilson Mora Molina y Jairo Orlando Ramos Rodríguez no estuvieron en el lugar de los hechos, y que el primero no asistió a la reunión la noche del sábado, pero ello no modifica su condición de coautores, en cuanto que en virtud de la asignación funcional, la contribución fáctica puede presentarse en cualquiera de los estadios del iter criminis *o desarrollo, y la circunstancia de no haber concurrido el primero de ellos al citado encuentro, no necesariamente significa que no estuviera comprometido con el plan criminal. La verdad es que su compañero estuvo presente, y que el día siguiente, ambos, sostuvieron dos reuniones con Raúl Marín Marín, la primera para "planear de nuevo el atraco", y la segunda para hacer entrega del arma, de suerte que ninguna duda puede quedar sobre su voluntaria decisión de intervenir en una empresa delictiva común.*

El otro aspecto objeto de controversia tiene que ver con la condición de coautores de Nilson Mora Molina y Fermín Trujillo Gordillo en el delito de homicidio, pues se asegura, en el primer caso, que este hecho punible no le es imputable, y en el segundo, que solo puede serlo a título de cómplice, con el común argumento de que el resultado no era previsible, y en tales condiciones no podría afirmarse la existencia de dolo eventual.

Este razonamiento también es equivocado. Cuando los miembros de una banda criminal resuelven utilizar armas para la realización de sus propósitos delictivos, están admitiendo la posibilidad de su uso. Su entrega o decisión de llevarlas consigo, es consecuencia de esa previsión, y si aceptan una tal posibilidad, es apenas obvio que deban responder de los delitos contra la vida y la integridad personal que de su uso se deriven, y que deban hacerlo en calidad de coautores, pues habiéndose representado anticipadamente como probable el resultado, nada hicieron en procura de evitarlo, en nítida manifestación de voluntad hacia su producción.

La eventualidad del uso de las armas en el caso analizado resultaba ser mucho mayor si se da en considerar la entidad de la acción delictiva y el desconocimiento de las personas a enfrentar, así como su número, lo cual no era ajeno a los autores del ilícito. De allí la insistencia de Marín Marín de estar bien armados, con no otro propósito de evitar sorpresas.

Paradójicamente, quienes facilitaron las armas (Nilson Mora Molina y Fermín Trujillo Gordillo), son quienes hoy alegan irresponsabilidad o res-

ponsabilidad atenuada en el homicidio, un delito susceptible de ser previsto dentro del marco de una acción delictiva de la naturaleza de la planeada y llevada a cabo por los procesados.

La advertencia de Nilson Mora Molina a Raúl Marín Marín, en el sentido de que "no fueran a matar a nadie", solo confirma lo que viene siendo afirmado en el sentido de que Mora Molina, como los demás, era consciente de los riesgos que se corrían en la ejecución del injusto típico, y que aceptaba el homicidio como probable, pues no de otra manera podría ser explicada una tal prevención.

El cargo, por consiguiente, será desestimado.

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

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

HOMICIDIO/ DOSIMETRIA PENAL/ CONCURSO

En el caso del homicidio voluntario, donde la pena principal de prisión oscila entre los veinticinco (25) y los cuarenta (40) años de prisión, vale decir, entre 300 y 480 meses, la presencia del estado de ira o del intenso dolor hacen fluctuar la sanción restrictiva de la libertad entre la tercera parte del mínimo y la mitad del máximo, lo que equivale a decir que entre 100 y 240 meses de prisión.

En esas condiciones, es manifiesto el yerro en que incurrió el Juez de primera instancia, y que no enderezó el superior, cuando al aplicar el artículo 60 del Código Penal calculó el mínimo de pena imponible, rebajando una tercera parte de la pena mínima establecida en el artículo 29 de la Ley 40 de 1993, en lugar de tomar como límite inferior la tercera parte de trescientos (300), según lo dejó claramente expuesto el recurrente: lo que llevó a tomar como hito de dosificación punitiva mínimo un lapso de doscientos (200) meses, cuando en realidad era de cien (100).

De cara al artículo 26 del Código Penal, efectivamente se debe primero reducir en la proporción indicada (una tercera parte por concepto de la ira) lo correspondiente al "delito más grave", que en este caso es el homicidio, y a partir de esta resultante de 100 meses hacer de nuevo la referida rebaja por confesión (otra tercera parte), lo que daría 66 meses 20 días. Y como por el concurso con las lesiones personales y el porte ilegal de armas de fuego de defensa personal se le aumentaron 24 meses, con la tercera parte de rebaja por confesión quedan 16 meses de prisión.

Proceso No. 11109

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal

Magistrado Ponente: Dr. *Edgar Lombana Trujillo*

Aprobado Acta No.40

Santa Fe de Bogotá D. C. veintitrés (23) de marzo de mil novecientos noventa y nueve (1999).

VISTOS

Se decide el recurso extraordinario de casación interpuesto por Hugo Delgado Daza contra la sentencia del 5 de abril de 1995 mediante la cual el Tribunal Superior de Pasto confirmó la condena que le impuso el Juzgado Penal del Circuito de La Unión como autor de los delitos de homicidio, lesiones personales y porte ilegal de armas.

HECHOS

En horas de la noche del 25 de abril de 1993 Hugo Delgado Daza llegó a la casa de Oliva Ordóñez, localizada en el corregimiento de Granada, Municipio de Taminango, en donde varias personas se encontraban jugando cartas, entre ellas, Teófilo Galíndez y Luis Rebey Angulo Díaz. El propósito del recién llegado de participar en la diversión fue coartado por los jugadores, por lo que debió conformarse con ser un simple observador, que de alguna manera opinó respecto a un incidente que se suscitó entre Galíndez y Angulo por determinar quién había sido el ganador de una partida.

Tratando de evitar problemas, Galíndez abandonó el lugar; pero Angulo Díaz prosiguió en sus ataques verbales, esta vez, en contra de Hugo Delgado Daza, actitud en la que Erasmo Angulo Díaz encontró a su hermano y se dispuso a retenerlo, en compañía de otro de los presentes, cuando Hugo Delgado Daza disparó su arma contra los consanguíneos, causando la muerte a Luis Rebey y lesiones en un brazo a Erasmo que le produjeron una incapacidad definitiva de 45 días y perturbación funcional permanente del órgano de la aprehensión.

SÍNTESIS PROCESAL

El 6 de mayo de 1993, la Fiscalía 23 Seccional de La Unión ordenó la apertura de la instrucción; diligencias a las cuales, posteriormente, se sumaron las adelantadas por la Fiscalía 24 Seccional.

En esa misma fecha Hugo Delgado Daza se presentó voluntariamente a la Fiscalía, siendo escuchado en indagatoria, diligencia en la cual admitió ser autor de los hechos investigados. El instructor decidió su situación jurídica en auto del 15 de septiembre de 1993, disponiendo en su contra medida de aseguramiento de detención preventiva por los delitos de homicidio, lesiones personales y porte ilegal de armas.

El 12 de abril de 1994, la fiscalía instructora profirió resolución de acusación contra Hugo Delgado Daza como autor de los delitos ya mencionados, la que dejó el juzgamiento a cargo del Juzgado Penal del Circuito de La Unión, que después de decretar pruebas y celebrar la audiencia pública, en pronunciamiento del 24 de enero de 1995 condenó a Hugo Delgado Daza como autor de los hechos punibles por los cuales fue acusado, a la

pena principal de "quince años y un mes", a la accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas por el lapso de cinco años y al pago de la indemnización de los perjuicios ocasionados con su proceder ilícito.

El procesado y su defensor recurrieron en apelación la providencia condenatoria, el sentenciado reclamando que se le hubiera rebajado una sexta parte de la pena y no la tercera, y su apoderado insistiendo en la concurrencia de la legítima defensa en la ejecución de la conducta.

En sentencia del 5 de abril de 1995, el Tribunal Superior de Pasto decidió la alzada, confirmando el proveído del a quo, con la aclaración de que la pena principal impuesta al sentenciado era la de prisión. Inconforme aún el afectado optó por acudir a la vía extraordinaria de impugnación.

LA DEMANDA

1.- En el primer reproche, el recurrente censura la sentencia del Tribunal al amparo de la causal primera de casación, inciso primero, por violación directa del artículo 60 del Código Penal, por interpretación errónea en relación con la mínima pena principal imponible al procesado por el delito de Homicidio, cometido en circunstancias de ira e intenso dolor.

Al desarrollar el cargo, el actor manifiesta que el error del ad quem *se dió al confirmar la sentencia de primera instancia, considerando que ningún reparo merecía la dosimetría de la sanción de quince años y un mes de prisión que le fuera impuesta al procesado Hugo Delgado Daza por cuanto en su regulación se observaron las normas punitivas y atenuantes pertinentes.*

Explica que al aplicar el artículo 60 del Código Penal, el Juzgador de primera instancia "disminuyó" en una tercera parte la sanción mínima establecida para el homicidio, que en el artículo 29 de la Ley 40 de 1993 es de 25 años, es decir, 300 meses, interpretación errónea que llevó a fijar ese mínimo en doscientos (200) meses, o sea, dieciséis (16) años y ocho (8) meses; cuando, por el contrario, el artículo 60 del Código Penal preceptúa que ese mínimo es la TERCERA PARTE de la sanción mínima fijada en el respectivo delito básico, razón por la cual tendría una duración de CIEN MESES, vale decir, ocho (8) años y cuatro (4) meses, que sería la sanción correspondiente al encausado y sobre cuya base se harían la disminución por confesión y el aumento por el concurso delictual.

Este error significó que en vez de fijar el mínimo de la sanción imponible en la tercera parte de la pena, ese mínimo se hubiera determinado en las dos terceras partes de ella, con lo cual, se infringió directamente el artículo 60 del Código Penal, en cuanto fue erróneamente interpretado respecto a la dosificación de la pena a imponer, lo que implicó que al sentenciado se le asignara una pena de prisión cuya duración es mayor a la que legalmente le corresponde.

2.- En un segundo cargo, el actor nuevamente acude a la causal primera de casación, cuerpo primero, para acusar en esta ocasión la violación directa por indebida aplicación del artículo 38 de la Ley 81 de 1993 y por falta de aplicación el artículo 299 del Decreto 2700 de 1991, porque en ellas se consagran distintas rebajas de pena por la confesión, pero según lo dispone el artículo 10 del Código de Procedimiento Penal debió preferirse la última.

Al decir del inconforme, el Tribunal Superior de Pasto violó la ley sustancial al confirmar la decisión de primera instancia afirmando que la dosimetría penal aplicada no merecía reparo alguno, pese a la indebida aplicación del artículo 38 de la Ley 81 de 1993 que concede una rebaja de la SEXTA PARTE de la pena por confesión, cuando, por orden del artículo 10 del estatuto procedimental, se debió aplicar el artículo 299 del Decreto 2700 de 1991 que consagra una rebaja de la TERCERA PARTE por ese mismo concepto.

Prosigue aclarando que el juez de primera instancia aplicó lo dispuesto por el artículo 38 de la Ley 81 que entró en vigencia en noviembre de 1993, reduciendo la sexta parte de la pena por confesión, pero como el procesado había confesado su delito el 6 de mayo de 1993, por principio de favorabilidad debió aplicarse el artículo 299 del Código de Procedimiento Penal que estaba vigente al momento de la confesión, otorgando una rebaja de la tercera parte de la sanción correspondiente al homicidio cometido en estado de ira e intenso dolor.

Según la contabilización que elabora el libelista, la sanción que le correspondía al delito contra la vida, en la circunstancia descrita en el artículo 60 del Código Penal, era de CIEN MESES (100) de prisión, que rebajados en una tercera parte, arrojaban una pena de SESENTA Y SEIS (66) MESES Y VEINTE (20) DIAS , y que aumentada en dos años por razón del concurso, implicaba la condena de Hugo Delgado Daza a NOVENTA (90) MESES Y VEINTE (20) DIAS, equivalentes a siete (7) años, seis (6) meses y veinte (20) días.

Como consecuencia el recurrente solicita a la Corte que case parcialmente la sentencia censurada para reducir la pena principal impuesta al acusado Hugo Delgado Daza.

CONCEPTO DEL PROCURADOR TERCERO DELEGADO EN LO PENAL

Para el Procurador es claro el error judicial denunciado por el actor en el cargo inicial, por cuanto el artículo 60 del Código Penal fue mal interpretado en lo atinente a los cómputos aritméticos que él establece. Así, especifica que los límites punitivos contemplados en el artículo 29 de la Ley 40 de 1993, quedan reducidos por virtud de la diminuente del artículo 60 del Código Penal a una pena de prisión cuyo mínimo es de 100 meses y el

máximo de 240 meses. Y como el juzgador dedujo que debía imponerse la pena mínima, de ella debió partirse para computar los dos años del concurso y luego efectuar la reducción por confesión. Por ello conceptúa que el cargo debe prosperar.

En lo concerniente a la segunda censura, también le concede razón al casacionista, al encontrar que el Tribunal desconoció el principio de favorabilidad y erró en el procedimiento para dosificar la pena. Para ello toma en cuenta que el procesado rindió indagatoria y se declaró autor de los hechos el 6 de mayo de 1993, cuando se encontraba vigente el artículo 299 del Decreto 2700 de 1991, mientras que la Ley 81 entró a regir el 2 de noviembre de ese año.

Como las disposiciones citadas no versan sobre ritualidad, jurisdicción o competencia, que según lo dispone el artículo 40 de la Ley 153 de 1887, son las que implican su aplicación inmediata; sino que se trata de preceptos de índole punitivo, respecto de los cuales rige el principio de favorabilidad. Por tanto, al haber admitido la confesión, el sentenciador debió disminuir la pena de acuerdo con lo establecido por el Decreto 2700 de 1991, esto es, en una tercera parte.

No obstante lo anterior, el Delegado disciente de las operaciones que realiza el censor, pues a su juicio el fallador debió partir de 100 meses de prisión, pena imponible para el homicidio en estado de ira, adicionando 24 meses por concepto del concurso, y descontando luego a ese subtotal 41 meses y 10 días del descuento de la tercera parte por confesión, para un total de 78 meses y veinte días.

Explica ese método de contabilización de la pena, por el hecho de que el juzgador admitió que el procesado había confesado todos los delitos, pues el mecanismo utilizado por el juez de primera instancia y por el demandante "deja sin el beneficio de rebaja de pena al inculpado en relación con los hechos punibles que fueron juzgados en concurso, por lo que no armoniza esta parte de la decisión con su presupuesto: confesión de todos los ilícitos".

Por lo anterior, aun cuando el impugnante no acierta en las cuentas, pero sí en los argumentos, el Delegado se manifiesta partidario de otorgarle prosperidad a los cargos, para que la Corte case parcialmente la sentencia y la sustituya redosificando la sanción impuesta al condenado.

LA SALA CONSIDERA

1. En vista de que el actor denuncia la violación directa de la ley, por errónea interpretación del artículo 60 del Código Penal, con respecto a la determinación de la pena mínima que debía imponerse al sentenciado como autor del delito de homicidio cometido en estado de ira, conviene transcribir las consideraciones que al respecto plasmaron los jueces en las ins-

tancias, como que sus decisiones conforman la unidad jurídica inescindible que constituye el objeto de ataque y estudio en esta sede.

Cuando el Juez Penal del Circuito de La Unión, efectuó la dosificación punitiva la fundó en los siguientes términos:

"Se trata de sancionar un concurso de hechos punibles, a saber el de homicidio, el de lesiones personales y el de porte de arma de fuego. Para ello debemos empezar por estudiar el hecho punible más grave que a no dudarlo en este caso es el de homicidio.

"El Art. 323 del C.P. hoy en día establece para el punible de homicidio pena de prisión entre veinticinco y cuarenta años.

"Por haber sido ejecutado este hecho en estado de ira e intenso dolor, según el Art. 60 del C.P. la pena máxima debe rebajarse en la mitad y la mínima en una tercera parte, resultando por tanto la primera ser de doscientos cuarenta meses y la segunda de doscientos meses.

"Por otra parte observa el Juzgado que se dan las condiciones que señala el Art. 299 del C. de P.P., reformado por el Art. 38 de la Ley 81 de 1993, para conceder al sindicado la rebaja pertinente...".

"..."

"Aplicando por tanto la norma transcrita se tiene que la pena mínima al reducirla en una sexta parte quedaría en ciento sesenta y siete meses y la pena máxima sería de doscientos treinta y nueve meses más veintinueve días.

"Mira también el Juzgado que se juzga un hecho en el cual se presentó un concurso de delitos, como quedó indicado. Esta circunstancia ha de tenerse en cuenta al momento de resolver la pena que finalmente merece el sindicado, después de considerar que por existir tan solo circunstancias de atenuación punitiva, como son las de la buena conducta anterior, y la presentación voluntaria ante la autoridad, merece que se conceda al procesado la pena mínima, es decir ciento sesenta y siete días (sic).

"Por el concurso de delitos, con fundamento en lo reglado en el Art. 26 del C.P., estima este Despacho que al sindicado se le debe incrementar la pena señalada antes en dos años, es decir en veinticuatro meses, lo cual daría finalmente una pena de ciento ochenta y un meses, es decir de quince años y mes."

Sobre el tema que se comenta, y a pesar de que el procesado había apelado la sentencia de primer grado para protestar por la dosimetría penal, el Tribunal Superior de Pasto se limitó a expresar:

"Respecto a la dosimetría de la sanción, el monto total de 15 años un mes de prisión que le fuera impuesta al penado Hugo Delgado Daza, como pena principal, consulta con el criterio que para el efecto otorga el art. 61

del C.P., en su regulación se observaron las normas punitivas y atenuantes pertinentes y por lo mismo, no merece reparo alguno.

"A propósito, en virtud de que el juzgador de instancia en la parte resolutoria de la sentencia revisada, si bien anotó el término de duración de la pena principal, omitió especificar la clase o naturaleza de la misma, al resolver lo del caso en este fallo, se aclarará que se trata de pena de prisión".

"..."

"Como se adujo, la graduación y dosificación de la pena principal de prisión, al igual que las demás sanciones accesorias están correctamente aplicadas y por consiguiente, no merecen reparo alguno, excepto la aclaración sobre la naturaleza de la pena, de que se habló en párrafo precedente".

De otra parte la disposición que se dice infringida ordena que:

"El que cometa el hecho en estado de ira e intenso dolor, causado por comportamiento ajeno grave e injusto, incurrirá en pena no mayor de la mitad del máximo ni menor de la tercera parte del mínimo de la señalada en la respectiva disposición".

Bien leído el texto normativo anterior, se advierte que los porcentajes que allí se mencionan implican una reducción de los topes establecidos en un tipo penal básico para constituir los nuevos límites máximo y mínimo de la sanción imponible, de tal manera que aquél corresponde a la mitad de la pena más alta, y éste, a la tercera parte de la pena más baja que se puede irrogar por una conducta delictiva en particular.

En el caso del homicidio voluntario, donde la pena principal de prisión oscila entre los veinticinco (25) y los cuarenta (40) años de prisión, vale decir, entre 300 y 480 meses, la presencia del estado de ira o del intenso dolor hacen fluctuar la sanción restrictiva de la libertad entre la tercera parte del mínimo y la mitad del máximo, lo que equivale a decir que entre 100 y 240 meses de prisión.

En esas condiciones, es manifiesto el yerro en que incurrió el Juez de primera instancia, y que no enderezó el superior, cuando al aplicar el artículo 60 del Código Penal calculó el mínimo de pena imponible, rebajando una tercera parte de la pena mínima establecida en el artículo 29 de la Ley 40 de 1993, en lugar de tomar como límite inferior la tercera parte de trescientos (300), según lo dejó claramente expuesto el recurrente; lo que llevó a tomar como hito de dosificación punitiva mínimo un lapso de doscientos (200) meses, cuando en realidad era de cien (100).

Así la cosas, la infracción del precepto contenido en el artículo 60 del Código Penal ha sido debidamente comprobado; luego, la prosperidad del cargo impone el rompimiento parcial de la sentencia impugnada para sus-

tituir la dosificación punitiva que ella declara, como que sobre ese cómputo se calculó la pena que en definitiva se impuso al sentenciado, y a ello se procederá una vez contestado el segundo reproche.

2. El casacionista también proclama la violación directa de la ley sustancial, por indebida aplicación del artículo 38 de la Ley 81 de 1993 y falta de aplicación del artículo 299 del Decreto 2700 de 1991 conforme lo imponía el cumplimiento del principio consagrado por el artículo 10 del estatuto procesal penal.

Este cargo tiene el fundamento jurídico y procesal suficiente para ser acogido. Adviértase que por la época de los hechos y para el 6 de mayo de 1993, día en que Hugo Delgado Daza rindió indagatoria y admitió la autoría de los hechos imputados, regía el artículo 299 del Decreto 2700 de 1991 que otorgaba al sindicado confeso una rebaja de pena de la tercera parte. Solo que esa legislación fue modificada el 2 de noviembre de 1993 por la Ley 81, cuyo artículo 38 redujo el mismo beneficio a la sexta parte del quantum punitivo, siendo esta última disposición la que aplicaron los juzgadores de instancia.

Como el artículo 299 original del Decreto 2700 de 1991 era la ley preexistente al juzgamiento de Hugo Delgado Daza y favorable frente a la legislación posterior que mantuvo el beneficio, pero mitigando la pena en una proporción inferior, no cabe duda que debió, por consiguiente ser la aplicada al caso del procesado recurrente, puesto que la nueva disposición, como lo observa el Ministerio Público, por ser de índole sustancial, en cuanto otorga una prerrogativa en materia punitiva, daba paso a la aplicación del principio de favorabilidad.

Luego también en este caso se hace evidente la transgresión de la normatividad sustancial al aplicarse indebidamente una disposición en detrimento de aquella que correspondía al caso concreto. Por tanto, también en ese aspecto prospera la demanda, lo que obliga a la Sala a quebrantar parcialmente el fallo acusado, para sustituirlo con aplicación del precepto que corresponde en materia de rebaja de pena por confesión.

3.- En vista de que al procesado Hugo Delgado Daza se le dedujo responsabilidad por tres hechos punibles y que el representante de la Procuraduría, en oposición a la tesis del recurrente, propone que la rebaja de pena por confesión se deduzca después de hacer el incremento por el concurso delictual, porque el sentenciado tiene derecho a aquel beneficio por todos los ilícitos cometidos, la Sala comparte dicha última consideración de la Delegada, ya que, de cara al artículo 26 del Código Penal, efectivamente se debe primero reducir en la proporción indicada (una tercera parte por concepto de la ira) lo correspondiente al "delito más grave", que en este caso es el homicidio, y a partir de esta resultante de 100 meses hacer de nuevo la referida rebaja por confesión (otra tercera parte), lo que daría 66 meses 20 días. Y como por el concurso con las lesiones personales

y el porte ilegal de armas de fuego de defensa personal se le aumentaron 24 meses, con la tercera parte de rebaja por confesión quedan 16 meses de prisión.

Sumados dichos dos guarismos, se tiene que la total y definitiva cantidad de pena son 82 meses y 20 días de prisión, cantidad a la que así mismo se reducirá la pena accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas.

En este sentido de redosificación punitiva, pues, se casará el fallo impugnado.

SOBRE LA LIBERTAD PROVISIONAL

Dicho procesado se encuentra físicamente privado de la libertad desde el 25 de marzo de 1994 (fl.97), es decir que a la fecha lleva en dicha situación 5 años, y las 3/5 partes previstas en el artículo 1º. De la ley 415 de 1997 para efectos de la libertad provisional consagrada en el artículo 415-2 del Código de Procedimiento Penal son 49 meses 21 días, si se tiene en cuenta que, como se dijo, la pena definitiva a imponer son 82 meses 20 días.

Empero, para efectos del parágrafo del mencionado artículo 1º se ordena oficiar al D.A.S. y al CISAD para que informen a la mayor brevedad si contra el procesado Hugo Delgado Daza se encuentra vigente alguna orden de captura.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, 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:

1. CASAR PARCIALMENTE la sentencia impugnada, en el sentido de condenar al procesado Hugo Delgado Daza a 82 meses 20 días de prisión como autor de los delitos de homicidio, lesiones personales y porte ilegal de armas de fuego de defensa personal, por los cuales fue acusado.

2. Por el mismo término queda el procesado condenado a la pena accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas.

3. En todo lo restante el fallo recurrido no sufre ninguna modificación.

4. Líbrense los oficios referidos en la parte motiva y final de esta providencia.

Notifíquese y, en firme este fallo, devuélvase el proceso al Tribunal de origen.

Cópiese, comuníquese y cúmplase.

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

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

TERMINACION ANTICIPADA DEL PROCESO / SENTENCIA ANTICIPADA

Tratándose de la sentencia anticipada prevista en el artículo 37 del Código de Procedimiento Penal, solo procede su impugnación por el defensor o el procesado cuando la inconformidad se contraiga a aspectos como la dosificación punitiva, la condena de ejecución condicional y la extinción del dominio sobre los bienes (art. 37 B.4), como quiera que esta clase de fallos rogados, como ya lo ha sostenido la jurisprudencia de la Sala están regidos por el principio de irretractabilidad, según el cual una vez que el procesado se allane libre, consciente y voluntariamente a los cargos propuestos por la Fiscalía en la correspondiente diligencia no puede más adelante, so pretexto de la ley, burlarla para desconocer lo que previamente ha aceptado.

Proceso No. 14500

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal

Magistrado Ponente: Dr. *Carlos Augusto Galvez Argote*

Aprobado Acta No. 41

Santa Fe de Bogotá D.C., veinticuatro de marzo de mil novecientos noventa y nueve.

Vistos

Se pronuncia la Sala sobre la admisibilidad de la demanda presentada por el defensor de Celio Alvaro Legarda Mallama para sustentar el recurso extraordinario de casación interpuesto contra el fallo de segunda instancia proferido el 4 de diciembre de 1.997 por el Tribunal Superior de Pasto, mediante el cual se confirmó la sentencia anticipada dictada por el juzgado Primero Penal del Circuito de la misma ciudad, condenado a dicho procesado a la pena principal de 9 años y 4 meses de prisión y a la accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas por 5 años, como autor del delito de homicidio simple en grado de tentativa.

HECHOS

Ajustándose a lo probado, así los resumió el ad quem:

"Al caer la tarde del 3 de agosto de 1.997, en el establecimiento de Lilia Cerón, situado en la vereda 'Cruz de Mayo', en el Municipio de Ancuya, Nariño, se encontraron algunos lugareños departiendo con licor.

Al parecer se presentó alguna insignificante discusión que llevó al procesado Legarda Mallama a salir del establecimiento para irse a armar, como que a poco volvió y recriminando que se hablaba mal de él, se acercó a Olimpo Aurelio Ortega Narváez y desenfundando su arma la accionó en dos oportunidades, ocasionándole lesiones que el forense así describe: "...herida circular de o.8 cm ...en región preauricular izquierda y herida transversal de 1.5 en párpado superior izquierdo...", *que de acuerdo a los registros médicos ocasionaron* "estallido de globo ocular izquierdo" *y* "...fractura tuberosidad maxilar superior izquierda...", *lesiones que dieron ocasión a una* "...incapacidad médico legal provisional de (35) treinta y cinco días...", *y, como secuela,* "...perturbación funcional del órgano de la visión de carácter permanente...".

LA DEMANDA

Al amparo de la causal primera del artículo 220 del C.P.P., cuyo texto transcribe íntegramente, dos cargos formula el defensor del procesado contra la sentencia de segunda instancia, así:

Primer Cargo

Aduce el demandante que los falladores "desconocieron el artículo 299 del Código de Procedimiento Penal, el cual, a pesar de hallarse incluido dentro del estatuto adjetivo tiene características de norma sustancial, en cuanto a la responsabilidad del procesado y toca con su libertad", precisando a continuación que una de las finalidades perseguidas por Legarda Mallama al acogerse al mecanismo de la sentencia anticipada, aparte de la culminación pronta y definitiva del proceso en su contra, era la de obtener la rebaja de pena por confesión, ya que no negó su responsabilidad ni antes ni después de recaudada la prueba con base en la cual se sustentó la acusación.

Precisa igualmente, que si bien el abogado que para entonces ejercía la defensa del incriminado hizo las alegaciones que consideró pertinentes, "...en el fondo, como lo sostienen ambos juzgadores, el criterio y la opinión del procesado es la que se tuvo en cuenta. Contra sensu, a dicha opinión cabe enfrentarla con el precepto del artículo 298 ejusdem, y vemos que de las declaraciones obtenidas o recepcionadas, se desprende que efectivamente hubo un enfrentamiento y que la reacción del procesado, aunque fue desigual, pues el ofendido habló de un enfrentamiento de manos, se tradujo en la utilización de un arma.".

Para el demandante, también se quebrantó el artículo 64 del C.P., pues no se tuvieron en cuenta circunstancias atenuantes como la buena conducta anterior y la ausencia de antecedentes penales, desconociéndose que "se estaba juzgando a un ser humano con todos sus defectos y fallas, que en un momento de excitación, reaccionó violentamente, pero que reconoció su culpabilidad y demostró su arrepentimiento", aduciéndose, por el contrario y de manera abstracta en el fallo de primera instancia que aquel demostró insensibilidad, "lo cual no es cierto, pues dicha circunstancia, tampoco se tuvo en cuenta en la audiencia especial".

Segundo cargo

En esta censura afirma el recurrente que "el fallo de primera instancia y su confirmatorio, incurren en el error de aceptar el fenómeno de la FLAGRANCIA, para no aplicar el artículo 299 del Estatuto Adjetivo Penal", aduciéndola a última hora, pues esa circunstancia no fue objeto de estudio durante la investigación al momento de resolver la situación jurídica, ni mucho menos en la formulación de cargos que hiciera el Fiscal 10ª Seccional, la cual reúne todos los requisitos a que se contrae el artículo 442 del C.P.P.; de ahí que, insiste, no comprende por qué los juzgadores sí incluyeron la flagrancia como argumento para castigar con mayor severidad a su defendido, calificando tal procedimiento de atentatorio contra la dignidad humana e igualdad, así como el principio rector de la lealtad procesal; agregando de inmediato que, "situación bien diferente, es que de conformidad con lo expresado por el procesado o su defensor, este alegue, tal vez convencido de ello, situaciones o hechos que no se ciñen a la realidad de lo ocurrido: pero bien diferente es que, una vez conocida la posición de los funcionarios en la investigación, sobretodo entratándose de la Audiencia Especial, posteriormente, y con criterio juzgador, se desborden las prerrogativas concedidas al juez competente y este aparezca hablando de circunstancias o hechos totalmente ajenos a la investigación. Y no se quiera amparar dicha figura (la de la flagrancia) pretendiendo explicarla con lo acontecido, pues, se reitera, ello viene a ser un atentado al derecho de defensa y lógicamente al debido proceso", pues de conformidad con lo dispuesto en el artículo 29 de la Constitución Política, toda persona tiene derecho a conocer de las imputaciones que se le hacen y a defenderse de ellas, situación que no ocurrió en el caso concreto porque al procesado nunca se le dijo que había actuado en situación de flagrancia, ni en esas condiciones se le imputaron los cargos, como que en la diligencia respectiva, "simplemente se habló de unos hechos ocurridos, él (el procesado), desconociendo dicho fenómeno, pues considera que no incurrió en él, lógicamente porque nunca se le mencionó en providencia alguna, solicitó la Audiencia de Sentencia anticipada".

Solicita en consecuencia, se case el fallo impugnado declarando que el procesado se hace acreedor a la pena de 12 años de prisión, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 22 del C.P., que se le debe reconocer

una rebaja de pena equivalente a una tercera parte por acogerse a la sentencia anticipada, esto es, reducir la condena a 8 años y tres meses de prisión y, además, que se le reconozca la rebaja de pena por confesión.

CONSIDERACIONES

1. Tratándose de la sentencia anticipada prevista en el artículo 37 del Código de Procedimiento Penal, solo procede su impugnación por el defensor o el procesado cuando la inconformidad se contraiga a aspectos como la dosificación punitiva, la condena de ejecución condicional y la extinción del dominio sobre los bienes (art. 37 B.4), como quiera que esta clase de fallos rogados, como ya lo ha sostenido la jurisprudencia de la Sala están regidos por el principio de irrectractabilidad, según el cual una vez que el procesado se allane libre, consciente y voluntariamente a los cargos propuestos por la Fiscalía en la correspondiente diligencia no puede más adelante, so pretexto de la ley, burlarla para desconocer lo que previamente ha aceptado.

2. En el presente caso, bien puede sostenerse, en principio, que como el ataque al fallo anticipado con el que se puso fin a las instancias en este proceso, lo constituye lo pertinente al reconocimiento de la rebaja de pena por confesión, pues a ello se remiten los dos cargos que contiene la demanda, le asiste interés al defensor del procesado para recurrir en casación, ya que con ello no se afecta ni desconoce ninguno de los extremos de la imputación delictual.

3. Si embargo, la falta de precisión y claridad en la pretendida demostración de las censuras imponen el rechazo de la demanda, pues en lo que tiene que ver con la primera, se limita el actor a señalar que los falladores desconocieron los artículos 64 del Código Penal y 299 del Código de Procedimiento Penal, toda vez que se le negó la rebaja de pena por confesión a pesar de que así lo reconocen los juzgadores y lo corroboran los testigos, además de que esa fue una de las finalidades de Legarda Mallama al acogerse al mecanismo de la sentencia anticipada. Aparte de lo anterior, agrega, se adujeron circunstancias que no fueron objeto de la formulación de cargos, sin que a ello le preceda una seria argumentación que ponga de presente en qué consiste el error intelectivo del Juez y mucho menos si se trata de una violación directa o indirecta de la ley sustancial, ya que ninguna proposición jurídica que respete la técnica casacional formula en orden a buscar la ruptura del fallo impugnado, ni mucho menos se sabe de qué manera fue que finalmente se quebrantó la ley, esto es, si por aplicación indebida, falta de aplicación o interpretación errónea si se tratase del primer motivo de quebranto a la ley arriba mencionado.

4. Es que, con la confusa metodología escogida por el libelista para acusar de ilegal el fallo de segunda instancia, no puede colegirse, ni siquiera con una laxa interpretación de la demanda, qué es lo que pretende en

casación y cuál la vía de ataque, como quiera que si en principio se quisiera pensar que se trata de una violación directa del artículo 298 del Código de Procedimiento Penal por falta de aplicación y del 64 del Código Penal por aplicación indebida, ninguna razón ofrece en orden a llegar a una tal conclusión, como que simplemente se trata de inconformidades, que así se hayan propuesto a manera de cargos, no dejan de ser ideas sueltas carentes de una adecuada proposición y desarrollo, en las que además, desconoce la realidad de las sentencias de instancia, que como producto que fueron de la aceptación anticipada de los cargos por cuenta del procesado, se sujetaron al acuerdo en los términos en que se llevó a cabo y en la prueba en que se sustentaron los mismos, procediendo conforme a ello y a la discrecional potestad del Juez, a tasar la pena.

5. Así, igualmente, en lo que denomina segundo cargo, y sin que le preceda formulación de reproche alguno contra el fallo de segundo grado, pues no precisa cuál es el motivo de la violación, ni cuáles las normas quebrantadas, ni tampoco su sentido, procede a afirmar que se incurrió en error al sostener que en este asunto se presenta el fenómeno de la flagrancia para negarle a Legarda Mallama la diminuente punitiva de la confesión, desconociendo que se trata éste de un recurso reglado que por lo mismo está sujeto al cumplimiento de una serie de requisitos lógico jurídicos, que en esta particular demanda brillan por su ausencia, ya que como si se tratase de un alegato de instancia, libremente y sin sujeción a ningún rigorismo técnico el demandante propone lo que a su parecer constituye un yerro en la sentencia valiéndose de antojadas referencias como las relativas al debido proceso, derecho de defensa, dignidad humana, igualdad y lealtad procesal, que aparte de corresponder a temas de alegación por la causal tercera, no son más que frases incoherentes con la equivocada pretensión de abundar en razones.

6. Además, aparte de que la tesis del censor es contradictoria, como que al tiempo que se queja de que la situación de flagrancia como argumento de los fallos para no reconocerle al procesado la mencionada rebaja de pena cuando no hizo parte de los cargos propuestos por la Fiscalía, afirmando que "el juicioso estudio" hecho por el Fiscal Décimo de Pasto en el acta de formulación de cargos cumple con los requisitos del artículo 442 del Código de procedimiento Penal, resaltando lo pertinente a la narración sucinta de los hechos con todas las circunstancias de tiempo, modo y lugar que los especifiquen, más adelante asevera que "simplemente se habló de unos hechos ocurridos", pues a una tal posición subyace el desconocimiento de la aceptación incondicional que hizo el procesado del marco fáctico, probatorio y jurídico a partir de los cuales se elevó la acusación, y que no son otros que los mismos apreciados por los juzgadores para colegir que efectivamente el delito fue cometido en situación de flagrancia y por ende, mal puede sostenerse ahora que se sorprendió en la sentencia con dicha consideración jurídica sobre las circunstancias del delito, pues ya

sé sabía de antemano que aparte de la confesión, existían otras pruebas cuyo contenido incriminatorio fue conocido y aceptado por el sindicado en la audiencia prevista con tal fin.

7. Lo contrario, no solo es desconocer la función del Juez de "dosificar la pena que corresponda" (art. 37 inc. 4), sino el marco fáctico que sirvió de base para elevar la acusación, que sin condicionamiento alguno se aceptó.

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

RESUELVE:

Rechazar *in limine* la demanda presentada a nombre del procesado Celimo Alvaro Legarda Mallama, contra la sentencia proferida el 4 de diciembre de 1.997, proferida por el Tribunal Superior de Pasto y en consecuencia, declarar desierto el recurso de casación.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 197 del C.P.P., contra esta decisión no procede recurso alguno.

Cópiese, comuníquese y devuélvase al Tribunal de origen.

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

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

LIBERTAD PROVISIONAL/ LIBERTAD CONDICIONAL/ HURTO

El legislador, previendo la posibilidad de que en cualquier estado del proceso el sindicado descontara en detención preventiva un tiempo igual a la eventual pena imponible o a la ya deducida en la sentencia condenatoria no ejecutoriada, o que hubiera cumplido con los requisitos para otorgarle la libertad condicional, estableció éstas circunstancias como causales de libertad provisional en el numeral 2ª del artículo 415 del Código de Procedimiento Penal.

La mención que hizo la Sala relativa a que el hurto calificado se encontraba excluido del régimen del artículo 72 A del Código Penal, fue sólo para señalar la razón que impedía considerar la solicitud a la luz de dicha norma y que hacía que debiera resolverse con fundamento en la regulación de la libertad condicional prevista por el artículo 72 del mismo estatuto.

Proceso No. 15160

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal

Magistrado ponente: Dr. Carlos Eduardo Mejía Escobar

Aprobado Acta No. 42

Santa Fe de Bogotá D.C., marzo veinticinco (25) de mil novecientos noventa y nueve (1999).

VISTOS

Se resuelve el recurso de reposición interpuesto por el defensor del procesado Orlando Varón Reinoso, en contra la providencia de la Sala de marzo 2 de 1999 mediante la cual no se accedió a concederle al mencionado la libertad provisional.

ANTECEDENTES

En la determinación recurrida, aunque se concluyó que el procesado Varón Reinoso descontó de la pena impuesta en las instancias más de sus dos terceras partes, se estimó que el denominado factor subjetivo a que se

refiere el artículo 72 del Código Penal no se estructuraba en su favor. En consecuencia, dado el juicio negativo de readaptación social, se decidió no concederle la libertad provisional, advirtiéndose que debía cumplir con la totalidad de la sanción impuesta.

Contra la providencia el abogado defensor interpuso el recurso de reposición. Aparte de sintetizar el argumento central de la Sala que condujo a negarle la libertad al procesado, afirma que otra razón de la decisión, no aducida expresamente pero que "....se deja entrever", es que de conformidad con el artículo 72 A del Código Penal el hurto calificado está excluido de éste régimen de libertad condicional.

Refiere la defensa, de otra parte, que su representado en ningún momento invocó en su solicitud una norma diferente al artículo 72 del Código Penal, por lo que no comprende cómo a lo largo de la decisión recurrida la Corte se refiera a la libertad provisional. Agrega que tampoco el procesado "...hizo alusión a que se le aplicara la ley 415 de 1997, en donde como requisito se exige el cumplimiento de las 3/5 partes de la pena, como para que se haga referencia a que éste no tiene derecho al derecho impetrado por estar uno de los delitos por los cuales se condenó excluido por lo preceptuado en su artículo 72 A".

Critica el defensor, además, que no habiéndose siquiera admitido la demanda de casación, la Sala haya establecido que los juzgadores de primera y segunda instancia tuvieron razón en condenar al procesado a la pena que descuenta, lo cual no comparte pues precisamente el fundamento de la demanda fue "...el informar y así reprobar que los juzgadores no apreciaron el acopio probatorio arrimado al paginario dentro de los parámetros de la sana crítica y la hermenéutica jurídica".

Así las cosas, "...con la decisión de negarle a Varón Reinoso la LIBERTAD CONDICIONAL..." se le está violando la garantía de la presunción de inocencia, pues el momento del hurto, de acuerdo con documentos que allegó al proceso, éste se encontraba como suboficial de servicio en la guarnición militar de Facatativá.

"De insistirse en la decisión adoptada —sigue el recurrente—, cabe preguntarnos entonces cual será el destino del recurso de casación y la respuesta esta al alcance del más neófito de la materia, por lo que aun es más visto jurídicamente que el derecho invocado esta llamado a prosperar, ya que de no ser así se esta perdiendo la finalidad del mismo y desde ya debemos despojarnos de cualquier seguridad jurídica dentro del subjudice.

"Insisto en que no se debe compartir éste criterio de la Sala, habida cuenta de que cuando se decidió acudir a esta Corporación fue precisamente porque se considero que la condición política de inocente de mi prohijado se estaba desconociendo por parte de sus juzgadores , y como quiera que el fallo impugnado no se encuentra jurídicamente ejecutoriado

definitivamente, es que se considera que se debe dar aplicación precisamente al principio de PRESUNCION DE INOCENCIA" (Sic).

Aparte de lo anterior expresa la defensa que con la solicitud de libertad se aportaron unos documentos que establecen la personalidad del su representado quien, además, carece de antecedentes. Esos documentos "...suscritos por las personas que han tenido que estar en completa interrelación con el hoy procesado, ... en últimas nos dan un perfil de lo que es realmente Varón Reinoso, lo cual desecha de plano cualquier análisis apriorístico sobre el mismo. Razones estas que fundamentan aun más la aplicación de la presunción de inocencia a que se ha hecho referencia".

Considera el impugnante, entonces, que su defendido tiene derecho a la libertad condicional.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

Los desaciertos en que incurre el defensor son evidentes. En primer lugar la Sala no incurrió en ninguna equivocación al darle el tratamiento de libertad provisional a la solicitud de libertad elevada por el procesado Orlando Varón Reinoso. La sentencia dictada en su contra se encuentra recurrida en casación, no ha hecho tránsito a cosa juzgada por lo tanto y en tales circunstancias no es dable hablar de la libertad condicional, ya que este subrogado penal presupone la existencia de sentencia condenatoria en firme.

Debe señalar la Corte —para ilustración del defensor— que el legislador, previendo la posibilidad de que en cualquier estado del proceso el sindicado descontara en detención preventiva un tiempo igual a la eventual pena imponible o a la ya deducida en la sentencia condenatoria no ejecutoridada, o que hubiera cumplido con los requisitos para otorgarle la libertad condicional, estableció éstas circunstancias como causales de libertad provisional en el numeral 2º del artículo 415 del Código de Procedimiento Penal.

Así las cosas, independientemente de que el procesado Varón Reinoso haya solicitado la libertad condicional, esa petición debía entenderse como de libertad provisional por la vía del artículo 72 del Código Penal y eso fue precisamente lo que hizo la Sala. En consecuencia, está fuera de lugar la crítica que sobre el particular formuló el impugnante. E igualmente lo está aquella referida a que la Corte suministró como razón para negarle la libertad provisional al procesado, el hecho de que el ilícito de hurto calificado estuviera excluido del régimen de libertad condicional establecido en el artículo 72A del Código Penal. Esta norma fue creación del artículo 1º de la ley 415 de 1997 y es aplicable en los procesos por delitos distintos a los que allí relacionó el legislador, a condición simplemente de que el condenado haya purgado las tres quintas partes de la pena impuesta, de que haya

observado buena conducta intracarcelaria y de que no tenga en su contra órdenes de captura vigentes. Dicho artículo 72 A, al igual que el 72 del Código Penal, es igualmente aplicable en consonancia con el 415-2 del Código de Procedimiento penal y por lo tanto procede la libertad provisional por esa vía en cualquier estado del proceso.

Ahora bien, la mención que hizo la Sala relativa a que el hurto calificado se encontraba excluido del régimen del artículo 72 A del Código Penal, fue sólo para señalar la razón que impedía considerar la solicitud a la luz de dicha norma y que hacía que debiera resolverse con fundamento en la regulación de la libertad condicional prevista por el artículo 72 del mismo estatuto. En ningún momento, entonces, como equivocadamente lo entendió el recurrente sin ninguna base, la Corte apoyó la decisión impugnada en la circunstancia de que el delito de hurto calificado estuviera marginado del régimen de libertad condicional establecido por la denominada ley de alternatividad penal.

Desconoce el recurrente, de otra parte, que la sentencia objeto de impugnación a través del recurso extraordinario de casación viene precedida de la doble presunción de acierto y de legalidad. En esa medida sus términos sólo son discutibles en el fallo de casación, a condición naturalmente de que la demanda sea admitida por la Corte y una vez obtenido el concepto respectivo de la Procuraduría General de la Nación. Resulta extraño, en consecuencia, la pretensión de la defensa de hacer valer los argumentos del libelo en el marco de una petición de libertad provisional de su defendido. Por lo demás, debe advertirse que la garantía de inocencia en la que tanto insiste se encuentra de momento desvirtuada con la sentencia condenatoria, la cual, se repite, se presume ajustada a la ley en todos sus términos, siendo esta la razón para que la pena allí deducida al procesado se constituya en el punto de partida para la solución de una petición como la resuelta en el proveído materia del recurso de reposición.

Resta hacer referencia, por último, al argumento final del defensor, según el cual su representado carece de antecedentes judiciales, disciplinarios o policivos y ha observado buena conducta carcelaria. Dichos elementos, como repetidamente lo ha manifestado la Sala, hacen parte de los que deben ser analizados para la realización del diagnóstico de readaptación social a que se refiere el artículo 72 del Código Penal, pero no son todos los allí relacionados. En el concepto de "antecedentes de todo orden" está comprendida la naturaleza y las modalidades del hecho punible cometido, las cuales sin ninguna duda contribuyen en forma trascendental en el análisis de la personalidad del procesado y obviamente en la formación del juicio positivo o negativo de resocialización.

En el caso examinado fue la gravedad misma de los hechos por los cuales resultó condenado Varón Reinoso y su condición de suboficial del Ejército Nacional para el momento en que los cometió, lo que condujo a la

Sala a concluir como lo hizo en la decisión materia de la impugnación. Los argumentos allí expuestos se ratifican ahora y los mismos, más lo considerado a lo largo de la presente providencia, llevan a negar por improcedente el recurso interpuesto.

Así las cosas, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia,

RESUELVE:

NO REPONER la providencia de marzo 2 de 1999, mediante la cual la Sala no accedió a concederle la libertad provisional al procesado Orlando Varón Reinoso.

Notifíquese y cúmplase.

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

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

DEMANDA DE CASACION / PERITO / FALSO JUICIO DE EXISTENCIA

La técnica de la casación enseña que las sentencias de segundo grado que tienen acceso al recurso, pueden ser atacadas exclusivamente por las causales previstas por la normatividad, cada una de las cuales tiene una forma propia de demostración, lo que excluye en forma tajante la presentación de argumentos ilimitados e incondicionados que sí tienen viabilidad en las instancias.

En lo que tiene que ver con las nulidades, es indispensable concretar la irregularidad y demostrar cómo ella afecta garantías de los sujetos procesales o desconoce las bases fundamentales de la instrucción o el juzgamiento.

En cuanto a la exigencia de que en proceso obre un peritaje para determinar si el procesado actuó en estado de ira, la misma se ofrece del todo improcedente, pues tal estado emocional atenuante (art.60 C.P.) compete determinarlo exclusivamente al juzgador, según lo que al respecto arroje la realidad procesal, a diferencia del tema de la inimputabilidad (art.31 id.), donde el referido peritaje sí constituye guía esencial para que, en últimas, dicho juzgador decida al respecto.

El falso juicio de existencia por omisión adquiere importancia, para los efectos del recurso de casación, cuando el elemento de convicción que ha sido ignorado posee la capacidad de probar circunstancias que eliminan, disminuyen o modifican la decisión de condena. Por tanto, no cualquier omisión en materia de consideración probatoria tiene la cualidad de configurar el error de hecho que se comenta. De ahí que sea una exigencia para quien recurre, abordar la demostración de la incidencia que el yerro produjo en el fallo impugnado.

Proceso No. 10531

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal

Magistrado Ponente: Dr. *Edgar Lombana Trujillo*

Aprobado Acta No. 42

Santa Fe de Bogotá D.C. veinticinco (25) de marzo de mil novecientos noventa y nueve (1999).

VISTOS

Se decide el recurso extraordinario de casación interpuesto por la defensa, contra la sentencia del 24 de noviembre de 1994, por medio de la cual el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cundinamarca confirmó en su integridad la condena impuesta por el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Cáqueza a José Aurelio Solórzano Moreno, como autor de los delitos de homicidio, lesiones personales y porte ilegal de armas de defensa personal.

HECHOS

Con motivo de las ferias y fiestas anuales que se celebraron en octubre de 1993 en el Municipio de Chipaque, el 28 de ese mes, el señor Carlos Julio Rodríguez Castro instaló un toldo en el perímetro urbano, en donde a las nueve y media de la noche se encontraba José Aurelio Solorzano Moreno acompañado de su hermano Jesús Ernesto, de su primo Pedro Solórzano y de Orlando Arturo Gacharná Prieto. A ese lugar llegaron Oswald Garibello Pardo y su hermano Jaime, lo que provocó un encuentro entre los integrantes de los dos grupos, debido a una pretérita enemistad entre las dos familias. José Aurelio dejó al descubierto un revólver que portaba y lo disparó contra Oswald quien recibió dos heridas en el abdomen que, a la postre, le causaron la muerte. Al emprender la huída, el agresor prosiguió disparando para impedir la persecución que le hacían varios ciudadanos, uno de los cuales, Ferney Yesid Villalobos Rojas resultó herido en una pierna, con una incapacidad de 56 días.

Las autoridades de policía lograron la captura del agresor en su propia casa y le decomisaron el revólver utilizado en la consumación de los hechos, el cual carecía de salvoconducto.

SÍNTESIS DE LA ACTUACIÓN

El 30 de octubre de 1993, la fiscalía 273 de Cáqueza ordenó la apertura de la investigación, escuchó en indagatoria a José Aurelio Solorzano Moreno, y en resolución del 4 de noviembre del año citado le resolvió su situación jurídica profiriendo en su contra medida de aseguramiento de detención preventiva, por el delito de homicidio en el cual perdió la vida Oswald Garibello Pardo.

El 12 de noviembre de 1993, el despacho instructor admitió la constitución de parte civil, demandada a nombre de los hijos del occiso.

Con fecha del 18 de febrero de 1994, el instructor calificó la investigación, acusando a José Aurelio Solorzano Moreno de la autoría de los deli-

tos de homicidio en Oswald Garibello Pardo y lesiones personales en Ferney Yesid Villalobos Rojas. El 4 de abril de 1994, la Fiscalía de segunda instancia confirmó la determinación adicionándole el cargo por el porte ilegal de armas de defensa personal.

En desarrollo de la audiencia pública se recaudaron varios testimonios. El 23 de septiembre de 1994, el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Cáqueza, dictó la sentencia a su cargo, declarando la responsabilidad del procesado por los tres hechos punibles que le atribuyó la Fiscalía. En consecuencia, lo condenó a la pena principal de 306 meses de prisión y multa de mil pesos ($1.000), a la interdicción de derechos y funciones públicas por el término de diez (10) años, al resarcimiento, en concreto, de los perjuicios y le denegó el subrogado de la condena de ejecución condicional.

Por vía de apelación interpuesta por la defensa, la sentencia de condena fue confirmada en todos sus aspectos por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cundinamarca. Esta decisión también fue impugnada por la representación judicial del sentenciado, por la vía extraordinaria.

La Demanda

El actor ataca la sentencia de segundo grado formulando contra ella cinco cargos; dos al amparo de la causal tercera de casación y tres por la causal primera.

Primer Cargo

El impugnante denuncia la ocurrencia de la causal tercera de casación, apoyándose en el artículo 304 del Código de Procedimiento Penal, la que denomina "Nulidad por falta de motivación que naturalmente desemboca contra el debido proceso y de contera contra la legítima defensa".

Entonces, acusa la sentencia de segundo grado por la comprobada existencia de irregularidades sustanciales que afectan el debido proceso, al tenor de lo dispuesto por el artículo 304 del Código de Procedimiento Penal, en armonía con las disposiciones 180 y 254 de la misma codificación, al omitir aspectos básicos de la confrontación o análisis integral de la prueba, y porque tampoco se quisieron analizar los alegatos sobre el estado de ira.

Convida a la Sala a reexaminar la denuncia formulada por Ligia Moreno Pardo (folio 5) y anticipa las conclusiones que de allí se podrían sacar. Para el demandante, esa denuncia se aisló de su contexto y de otros testimonios como los de Orlando Arturo Gacharná, Clara Inés Ontibón, o Carlos Julio Rodríguez, para consumar el atropello y proferir la sentencia de condena.

Para concretar el reproche, aduce que la sentencia de primer grado está afectada de nulidad y el Tribunal Superior la confirmó. E insiste en

asegurar que no se efectuó una interrelación entre los dos grupos de testimonios, el de los hermanos de Solórzano con el de los hermanos de Garibello, ni con la denuncia. Agrega que, la sentencia recurrida solo toma algunos párrafos, aislándolos y olvidando otros, para atacar el imperio del derecho; y que no confrontó las deponencias del grupo de los hermanos Solórzano con el resto de material probatorio, porque de haberlo hecho hubiera prosperado la diminuente de responsabilidad.

Cita apartes del proveído impugnado en los cuales el Tribunal consigna su criterio sobre las versiones de Orlando Arturo Gacharná, Clara Inés Ontibón y la del procesado, para enrostrarle al juez plural que más le interesan los pequeños desfaces o aparentes contradicciones que aniquilar la defensa y que olvidó cómo la denuncia excluye todo principio de dolo de propósito, y que el implicado, lejos de haber acechado a la víctima, reaccionó de inmediato.

Advierte que el Tribunal admitió que el procesado observó que su hermano iba a ser agredido, como visualización de algo efectivo y real; por ello extraña que no hubiera reconocido el estado de ira y, en consecuencia pide que se decrete la nulidad de todo el proceso desde el auto que cerró la investigación y que se ordene la libertad del procesado.

Con carácter subsidiario, el recurrente alega que la declaratoria de nulidad por ataque al debido proceso acarrea la declaratoria de nulidad por ataque a la defensa.

Segundo Cargo

Con la advertencia de que también es un cargo subsidiario, el casacionista vuelve a impugnar el fallo de segundo grado, por la causal tercera, aduciendo nulidad por la omisión en la práctica de pruebas que incidían en el contenido de la sentencia o en el grado de responsabilidad.

Pregona que la sentencia fue proferida en un juicio viciado de nulidad absoluta e insubsanable porque el Tribunal Superior "violó las normas del debido proceso al no invalidar el fallo recurrido y por haber proferido otro confirmando lo que con anterioridad no se podía confirmar".

El actor refiere como pruebas omitidas, un contrainterrogatorio a los testigos sobre la conducta o comportamiento de los protagonistas del suceso, y un examen siquiátrico de Medicina Legal, al procesado, para que dictaminara que actuó bajo el factor de la ira; al efecto incluye el interrogatorio que debió formularse al experto en siquiatría. Así mismo, censura que no se hubiera querido realizar una inspección judicial con reconstrucción de los hechos "... a sabiendas de que ello inequívocamente incidía en sus aspectos básicos en la graduación de la conducta o cuantificación de la pena".

Como expresión de lo que constituye el "concepto de la violación" en la nulidad que pregona, el casacionista acude a la doctrina y a la jurispru-

dencia para referirse a instituciones procesales tales como la diferencia entre anular y revocar; el principio de eventualidad o preclusión; la ejecutoria material de las decisiones judiciales; y la oficiosidad de la nulidad.

Dentro de un acápite que intitula la "Demostración del cargo", y de manera por demás irrespetuosa el impugnante, refiriéndose en forma conjunta al juez de circuito y al Tribunal, habla de la "escalonada o deliberada denegación de la práctica de pruebas por parte del juzgador" para deducir la efectiva concurrencia de la nulidad por la inercia o desidia de los jueces en la práctica de pruebas relevantes para la defensa.

En sentir del censor las pruebas omitidas tenían la capacidad inequívoca de modificar sustancialmente la situación del imputado; influencia fundamental que supuestamente demostró hasta la saciedad, por cuanto, de haber sido allegadas, el juicio de responsabilidad no habría podido permanecer incólume y "no se quisieron practicar precisamente para no atemperar el peso de la responsabilidad y por lo tanto para no otorgarle la rebaja de pena". Por tanto, convencido de que la omisión alegada ataca el debido proceso y el derecho de defensa, el actor pide que se quiebre el contenido de la sentencia del 24 de noviembre de 1994, confirmatoria de la del 23 de septiembre de ese año, que no reconoce circunstancia alguna de atenuación punitiva.

En un párrafo denominado "síntesis del cargo", el inconforme aduce que el ad quem incurrió en causal de nulidad al confirmar la sentencia de primera instancia "a sabiendas de que se habían omitido expresamente las pruebas señaladas". Y con la misma irreverencia anterior increpa a los juzgadores asegurando que "no se quisieron practicar dichas pruebas" ... "deliberadamente no se quisieron practicar: es decir: con el deliberado propósito de consumar los efectos del atropello" ... "a mi cliente no se le quiso enviar a Medicina Legal ni para examen de alcoholemia ni para examen de siquiatría..."; "no se

quiso trabajar por cuanto la inspección judicial era por la noche" ... "no se quiso traer al detenido desde Cáqueza para practicar dicha prueba"... "por pereza o por desidia no se practicaron las imploradas pruebas de atenuación punitiva".

Invocando fragmentos donde los juzgadores rechazan la legítima defensa, cita como mendaces los testimonios de Orlando Arturo Gacharná y Clara Inés Ontibón y la contradicción de la versión del procesado, el recurrente reclama que no se hubieran practicado las pruebas que establecían las circunstancias específicas de atenuación punitiva. Es así como afirma que "no se quiso establecer en concreto el grado de visibilidad en el lugar o sitio de la tragedia", cuando hubiera podido comprobarse con el envío del expediente a la División de Balística o de Criminalística del Instituto de Medicina Legal.

Concluye este cargo pidiendo se decrete la nulidad del proceso desde el auto de cierre de la investigación y se conceda la libertad al procesado.

Subsidiariamente a la censura anterior, impetra la nulidad del proceso en los términos expuestos, por la consecuente violación al derecho de defensa, en especial por no haberse practicado el examen de alcoholemia.

Tercer Cargo:

Invocando el cuerpo segundo de la causal primera de casación y adosándole el carácter de subsidiario, el actor, denuncia la violación indirecta de la ley sustancial por la incursión en errores de hecho manifiestos, consistentes en falsos juicios de identidad cometidos en la valoración de los testimonios rendidos por Orlando Arturo Gacharná, Clara Inés Ontibón y Jesús Ernesto Solórzano.

Con respecto a la deponencia de Orlando Arturo Gacharná Prieto, el demandante radica la tergiversación en la circunstancia de que el declarante jamás se refirió a la legítima defensa ni al error de antijuridicidad, que él solo se refirió a los actos de provocación que protagonizaron los hermanos Garibello contra los hermanos Solórzano, contenido que en su criterio el Tribunal no evaluó en su sentido y alcance, porque ni siquiera menciona el estado de ira en que se ubica su mandante, cuando el testigo enfocó su declaración hacia el terreno de la ira por grave e injusta provocación, ocasionada por los insultos de los hermanos Garibello, el antecedente de haber sido agredido por Oswald seis años atrás y el hecho de ver que estaban atacando a su hermano.

Insinúa a la Corte reexaminar la sentencia acusada para que concluya que su texto no se identifica con el verdadero sentido y alcance de la prueba, porque a las pruebas aducidas se les atribuyeron efectos probatorios contrarios a la realidad procesal. Para darle sustento a esa afirmación, aporta su propia valoración sobre cómo ocurrieron los hechos, atribuyendo a los hermanos Solórzano la conducta provocadora.

En la sección que el actor denomina la "demostración del cargo" reprocha la sentencia recurrida por no haber tenido en cuenta el entorno circunstancial como que eran las nueve de la noche en zona de guerrilla, ni el merodeo del enemigo capital, ni la embriaguez (no aclara si del agresor o de la víctima). Según su modo de apreciar la situación, Jesús Ernesto, Gacharná Prieto o Clara Inés Ontibón "dan cuenta de la tergiversación o distorsión inexplicable de la prueba", sin que a esa expresión el censor anexe explicación alguna.

En seguida teoriza sobre las circunstancias objetivas y subjetivas que rodean la gravedad de la ofensa, acreditada en este caso por Jesús Ernesto. Y concluye que los elementos constitutivos del estado de ira estaban plenamente demostrados.

Luego, desde los puntos de vista jurisprudencial y doctrinal, el libelista aborda los temas relacionados con la "conducta ajena, grave e injusta", el "estado permanente o retardado de la ira" y el "nexo o relación de causalidad entre la deplorable conducta provocativa del grupo encabezado por Oswald y la reacción inmediata (no vengativa) del agente".

Después de esa disertación, el impugnante asegura que al reexaminar el expediente, la Corte puede concluir que el procesado presentó reacciones explosivas con pérdida absoluta del control consciente de sus actos, lo que, automáticamente, trajo la presencia de un dolo de ímpeto desechado en la sentencia acusada; y que el miedo actuó como agente generador de la ira. Entonces, afirma que existe nexo o relación de causalidad entre el estado de temor y el estado de ira generado.

En la "síntesis del cargo", el demandante adiciona a los falsos juicios de identidad, la distorsión del testimonio de Carlos Julio Rodríguez Castro quien, según conjetura del impugnante, "excluye el error de antijuridicidad .. dándole cabida al temor generador de la ira". Cita apartes de la versión de este declarante, de los cuales deriva sus propias conclusiones sobre la forma en que sucedieron los hechos.

Así mismo acusa tergiversación de la versión jurada de Jesús Ernesto Solórzano, hermano del procesado, en cuanto que no habla del error de antijuridicidad sino del estado de temor de su hermano. Al igual que en la situación anterior, memora términos de esa declaración y deduce su propia valoración sobre lo acontecido.

En sentido semejante, expone la distorsión de las palabras de Clara Inés Ontibón "a sabiendas de que ellas ameritaban la presencia del temor como factor determinante de la ira ... excluyendo automáticamente el error de antijuridicidad que tanto mortifica o escandaliza la sentencia recurrida".

Nuevamente, transcribe segmentos de la versión en comento para dar por demostrada la tergiversación, en cuanto que el Tribunal solamente habla del error de antijuridicidad, siendo que está demostrado el estado de ira, que no se puede negar gratuitamente. Y se pregunta que si la deponente estaba mintiendo, por qué no se le abrió proceso por falso testimonio.

También pregona un falso juicio de identidad respecto de la injurada del procesado, porque a todas las respuestas, la sentencia de segunda instancia, inexplicablemente le dió un alcance que no tenía, excediendo su tenor literal.

Siguiendo el método observado en precedencia, el casacionista trae a colación algunas frases del indagado y de ella deduce estas conclusiones: 1. Que no obró por venganza sino precipitado o por nervios al verse perseguido. 2. Que en nada se separa de todas las versiones referidas, en el punto que refiere cómo los dos Solórzano llegaron primero al toldo de Car-

los Julio Rodríguez. 3. Que el detenido corrobora la presencia del temor "causa excluyente y factor determinante del estado de ira".

Después de formular un serie de interrogantes, finaliza este cargo manifestando que la sentencia acusada concluyó que José Aurelio no había obrado dentro del esquema del error de antijuridicidad, alejándose de la realidad procesal, cuando no podía llegar a semejantes conclusiones.

Cuarto Cargo:

Con el epíteto de subsidiario, el inconforme censura la sentencia del Tribunal Superior de Cundinamarca, al tenor de la causal primera de casación, cuerpo segundo, por la violación indirecta de la ley sustancial, derivada de la comisión de errores de hecho consistentes en falsos juicios de existencia, en la apreciación de la prueba testimonial, a consecuencia de lo cual dió aplicación a los artículos 323 y 331 del Código Penal, habiendo dejado de aplicar el artículo 60 del mismo estatuto.

Hace recaer la omisión en la apreciación de la denuncia formulada por Ligia Moreno Purdo, pues esta declaración que ignora el ad quem, afirma el estado de ira del procesado y descarta o excluye el error de antijuridicidad y "desvirtúa la posibilidad de que mi cliente fuera la causa excluyente o el factor determinante del infeliz suceso".

Refiere este testimonio en los apartes en que comenta que se dice que José Solórzano disparaba como loco, que estaba disparando a todos lados como loco, para deducir que el sentenciado no podía controlar la esfera de su voluntad y por tanto, no podía contener los efectos nocivos de sus actos.

Dice que al descartar el error de antijuridicidad, esta declarante da expreso nacimiento a la figura de la ira; por ello, considera inexplicable que la sentencia calle sobre el contenido y alcance de esta prueba y pide que la Corte haga justicia por el atropello cometido contra el implicado ante la inaplicación del artículo 60 del estatuto de las penas.

Censura al juez plural por detenerse a discutir que el procesado alegaba la legítima defensa objetiva de un tercero, en tanto que su apoderado pregonaba el error de antijuridicidad, como si aquél tuviera culpa en los errores de la defensa técnica, en lugar de enfocar el debate hacia la prueba de la existencia del estado de ira.

Concluye que el fallo atacado debe quebrarse porque, la sentencia entronizó el dolo premeditado o de propósito y olvidó las circunstancias coyunturales que intempestivamente se presentaron en la vida del inculpado, sin que hubiera propiciado traicioneramente la ocasión; por el contrario, permaneció callado, hasta cuando se produjo el ataque a su hermano. En adelante, con apoyo doctrinal, el libelista dedica buena parte de su argumentación al tema del dolo, sus elementos, la diferenciación entre el dolo de propósito y el dolo de ímpetu, compatible con el estado de ira, para

descartar la presencia del primero de ellos en la conducta del procesado, porque si bien es cierto que sabía que estaba hiriendo a su enemigo, los resortes o esferas de su voluntad se encontraban deteriorados por su estado de embriaguez y los sentimientos que se anidaban en su alma.

Conforme a lo expuesto en su discurso, el impugnante solicita que se hagan estas declaraciones: que la presencia de José Aurelio en el toldo de Rodríguez obedeció a un desprevenido acto de ocasión, con intención inocente, en tanto que el occiso, en deliberado acto, provocó los resultados conocidos; que la voluntad del implicado se encontraba seriamente comprometida en el momento de los disparos, por las ofensas recibidas, lo que impone la aplicación del artículo 60 del Código Penal; que la conducta agresiva de los hermanos Garibello se constituyó en la causa excluyente o en el factor determinante de la ira, generado por el temor del procesado de ver acribillado a su hermano; que dada la estructura de la personalidad del sentenciado, ninguna autoridad podía exigir una conducta diferente a la que asumió.

Como corolario de su fundamentación, el casacionista solicita se case la sentencia del 24 de noviembre de 1994 por haber incurrido en manifiestos errores de hecho, constitutivos de falsos juicios de existencia y de identidad que dieron lugar al desconocimiento de la ira por darle paso al dolo de propósito, el cual fue derrotado por las deponencias analizadas en la demanda. Por tanto, impetra la sustitución parcial del fallo, con la aplicación de la atenuante punitiva. Para ello, solicita tomar en cuenta las providencias del 29 de julio de 1993 y del 10 de septiembre de 1991, proferidas por la Sala de Casación Penal.

Quinto Cargo:

El último reparo que formula el demandante, lo enruta por la causal primera de casación, cuerpo segundo, también dentro del ámbito de la subsidiariedad, por ostensibles errores de derecho, por falsos juicios de legalidad, que conllevaron al Tribunal Superior de Cundinamarca a violar indirectamente la ley sustancial, representada en el artículo 60 del Código Penal.

Ensaya a expresar cuál es el concepto de la violación, aportando criterios relacionados con el error de derecho; no obstante, entremezcla los falsos juicios de legalidad con los falsos juicios de convicción, sin distinguir unos de otros. Solo atina a afirmar que el error de derecho parte de la presencia indiscutible de una prueba en autos y presupone el desacierto en la interpretación de las normas de contenido procesal. Luego, transcribe las disposiciones números 254, 294 y 298 del estatuto procedimental penal.

Para demostrar el cargo, trae a cuento hipótesis de conocimiento sobre la valoración testimonial y toma como supuestos teóricos doctrinales, el

examen sicológico del testigo y de su testimonio, la fuerza probatoria que es un examen lógico jurídico, y la confrontación con todo el material probatorio.

Al concretar la acusación, protesta porque no se analizó ni una sola de las respuestas de Jesús Ernesto Solórzano frente a todo el panorama probatorio; porque no se confrontó con la confesión del acusado, ni con la declaración de Pedro Solórzano Bautista, ni con el testimonio de Elvia Rosa Pardo; no hubo análisis del conjunto; de haberse producido, se habrían obtenido estas conclusiones: que los hermanos Solórzano fueron abordados por el grupo al que pertenecía el occiso; que tanto éste como sus acompañantes merodearon el toldo como signo premonitorio del ataque; que Alvaro Garibello, inequívocamente, amenazó con matar a sus eternos enemigos.

Tampoco fue confrontado el testimonio de Jesús Ernesto con la declaración de Honorio Maciado quien acredita el viejo conflicto entre las familias Solórzano y Garibello, ni con Yesid Villalobos Rojas, que acredita la provocación en cabeza de los Garibello y el estado de ira del procesado, ni con la declaración de Orlando Arturo Gacharná.

Así mismo desaprueba que no se hubiera cotejado el testimonio de la denunciante Ligia Moreno Pardo con el resto de los declarantes.

Prosigue protestando porque la versión juramentada de Orlando Gacharná no fue comparada con los testimonios de Elvia Rosa Pardo, Libia Chávez Daza, Jesús Ernesto Solórzano y Carlos Julio Rodríguez; declaración ésta última que la sentencia recortó en su contenido para quedarse con los aspectos relacionados con el error de antijuridicidad.

Reprueba la falta de comparación del testimonio de Clara Inés Ontibón con las demás versiones, en especial con las de Gacharná, Jesús Ernesto Solórzano y Maciado, que hablan elocuentemente de los viejos problemas que tenían las dos familias.

Por lo demás, el recurrente acusa la sentencia atacada de haber aislado las deponencias de Gacharná y Clara Inés Ontibón de las demás que les precedieron "para buscar efectos de condena sin la reconocida o implorada atenuante de la ira".

Sin tales errores, al decir del actor, se habría concluido que: la compañera permanente del occiso excluye el error de antijuridicidad y enarbola el estado de ira; y que los nervios o el temor de ver atracado o acribillado a su hermano fueron la causa excluyente y factor determinante de los enceguecidos disparos.

Anunciando que abordará el tema de la incidencia de los errores de derecho en el contenido de la sentencia, el recurrente manifiesta que el nexo de causalidad que existe entre los yerros y la parte resolutiva del fallo

es la confirmación de la condena. Enseguida, vuelve a transcribir los apartes de la sentencia atacada que contienen la valoración que se le da a los testimonios de Orlando Arturo Gacharná y Clara Inés Ontibón y a la versión del implicado, de donde el actor saca sus propias conclusiones, no sin antes atribuir a la sentencia recurrida un "desmedido afán de burlar al detenido denegarle justicia".

Después de repetir críticas ya formuladas a las conclusiones evaluativas del sentenciador de segundo grado, el casacionista pide que en el fallo de fondo la Corte haga estas declaraciones: 1. Que la deponencia de Elvia Rosa Pardo se debía confrontar con la de Ligia Moreno Pardo. 2. Que la deponencia de Ferney Yesid Villalobos se debía haber confrontado con la de Ligia Moreno Pardo. Luego cita doctrina referida a la valoración probatoria de conjunto.

En sentir del demandante, quedó demostrado hasta la saciedad que el "error esencial de derecho" es el efecto inequívoco de los procedimientos utilizados por el Tribunal para no otorgar la atenuante y por ello pide que se rechace el contenido de la sentencia o el procedimiento utilizado, se conceda la atenuante y se case parcialmente la sentencia materia del recurso.

Concepto Del Procurador Segundo Delegado En Lo Penal

Primer Cargo:

Al conceptuar sobre el primer cargo de nulidad de la demanda, el señor representante del Ministerio Público, equivocadamente se refiere a ella como si hubiera sido propuesta por "errónea calificación del sumario", cuando en verdad el actor adujo falta de motivación de la sentencia.

No obstante, como propuesta de causal de casación, le encuentra fallas de orden técnico, como el pretender demostrar la irregularidad y su incidencia en el proceso, insertando consideraciones que le pertenecen a la infracción indirecta de la ley, por error de hecho, generado en un falso juicio de existencia, como cuando el libelista menciona la falta de confrontación de la denuncia con algunos testimonios y otras pruebas, sin haber desarrollado el contenido exacto de la censura, el cual, quedó expuesto en ideas sueltas. Por ello, estima que se trata de una postulación ilógica e improcedente.

Segundo Cargo:

Igualmente, el Delegado encuentra que, el segundo cargo por nulidad, sustentado en la omisión de la práctica de pruebas, también adolece de falencias técnicas, pues la pretensión carece de fundamentos y tampoco demuestra la injerencia del supuesto yerro en relación con el proceso, como era deber del impugnante.

Con apoyo en jurisprudencia de esta Sala, el Procurador reitera que los jueces no están obligados a practicar sino las pruebas que sean necesarias a su buen juicio, consultando, sí, siempre la conducencia y procedencia de las mismas. Por ello, considera que era intrascendente la práctica de un examen siquiátrico a José Aurelio Solórzano, porque el material probatorio allegado al proceso, en modo alguno indica la alteración de sus capacidades intelectivas ni volitivas al momento de la realización del hecho punible. Y en lo que atañe con la visibilidad del lugar de los hechos, observa que el declarante Carlos Julio Rodríguez Castro, en su declaración se ocupó de ello.

Advierte que los elementos de convicción que en criterio del actor se omitieron, no reúnen los requisitos de conducencia y pertinencia que harían imperiosa su aducción al proceso, y tampoco se trata de pruebas esenciales para demostrar la inocencia del procesado, quien admitió ser el autor de la muerte de Oswald.

El conceptuante repara en que la extensa y confusa demanda conduce a equívocos y a provocar efectos de instancia, todo lo cual hace imprósperа la censura.

Tercer Cargo:

Al aludir al tercer cargo, esto es el planteado por falso juicio de identidad cometido con las declaraciones de Orlando Gacharná y Clara Inés Ontibón, el Procurador encuentra que el libelista confunde las modalidades de la violación indirecta por cuanto, a los falsos juicios de identidad y de existencia entremezcla apreciaciones propias del error de derecho por falso juicio de convicción; el gran cúmulo de elucubraciones, termina en una maraña de contradicciones, como sucede cuando se afirma la suposición de un elemento probatorio y su distorsión.

Al decir del representante del Ministerio Público, el censor no demuestra las tergiversaciones y omisiones probatorias, desdiciendo la valoración realizada por el juez de segunda instancia. Y, anota que, al estudiar los fallos de instancia en unidad inescindible, se establece que en realidad no se cambió el sentido de las deponencias, ni se distorsionaron, ni se inventaron otras. Percibe una disparidad en los criterios de valoración, como concreción de un ataque en el ámbito del error de derecho por falso juicio de convicción, que no tiene cabida en materia penal por ausencia de tarifa legal.

El colaborador de la Sala comenta que de acuerdo a los fallos de primera y segunda instancia, no solo los testigos citados por el recurrente, fueron tenidos en cuenta para llegar a la sentencia de condena sin atenuantes y que el estado de ira fue objeto de detallado estudio para descartar su concurrencia por no aparecer la gravedad e injusticia de que habla el artículo 60 del Código Penal.

Por todo lo anterior considera que este segundo cargo tampoco debe prosperar.

Cuarto Cargo:

Al relacionar el reproche formulado en cuarto lugar, el señor Procurador vuelve a incurrir en una inexactitud, por cuanto se refiere a un planteamiento por errores de derecho por falsos juicios de legalidad, cuando en verdad, el recurrente acusó la sentencia del Tribunal de instancia, por falsos juicios de existencia recaídos en la apreciación testimonial.

Dentro del marco que seleccionó, el Delegado anota que el libelista fracasa en la demostración de sus argumentos al confundir las modalidades de infracción indirecta de la ley, al recaer en el falso juicio de convicción, en postura que está avocada al fracaso, resultando imposible su estudio de fondo.

Quinto Cargo:

Al abordar el último cargo, el Ministerio Público regresa a la censura técnica de la demanda, habida cuenta de la mezcla de ideas que conforman la sustentación, que son repetición de los postulados esbozados en los cargos anteriores y que nada aportan a la demostración de la presunta ilegalidad que predica el impugnante.

Estima correcta la ubicación del cargo en la categoría del error de derecho por falso juicio de legalidad, pero resalta el desconocimiento de lo que ello significa, en razón de que no hay un cuestionamiento de la legalidad de las pruebas en los términos descritos por la jurisprudencia, sino una inconformidad del demandante con la credibilidad otorgada por el ad quem *a los medios de convicción.*

Rebate la validez de la protesta por la inexistencia de un análisis probatorio de conjunto, puesto que solo cuenta con el respaldo del criterio particular del libelista, el cual se adentra al campo de la

credibilidad, cuando éste es un motivo ajeno al recurso ya que no es cuestionable como error, salvo que arbitrariamente se le haya dado un valor inexistente, lo que no ocurrió en este caso. Luego, para el Delegado el error de derecho por falso juicio de legalidad denunciado no existe y solo quedó enunciado, sin precisión alguna, por lo que concluye que el cargo está avocado al fracaso.

Bajo los parámetros expresados el colaborador del Ministerio Público considera que se deben desechar las censuras incoadas contra el fallo impugnado, el cual no amerita quebrantamiento.

Consideraciones De La Sala

1. Siguiendo el criterio jurisprudencial y el orden propuesto en la demanda, el estudio de los cargos que se formulan contra la sentencia de

segundo grado proferida en este proceso se iniciará con el tema de las nulidades, habida cuenta que, de prosperar alguno de ellos, se haría indispensable subsanar la irregularidad, en detrimento de las censuras que de otra índole podrían afectar la legalidad del proveído materia del recurso.

3. La técnica de la casación enseña que las sentencias de segundo grado que tienen acceso al recurso, pueden ser atacadas exclusivamente por las causales previstas por la normatividad, cada una de las cuales tiene una forma propia de demostración, lo que excluye en forma tajante la presentación de argumentos ilimitados e incondicionados que sí tienen viabilidad en las instancias.

4. En lo que tiene que ver con las nulidades, es indispensable concretar la irregularidad y demostrar cómo ella afecta garantías de los sujetos procesales o desconoce las bases fundamentales de la instrucción o el juzgamiento.

Primer Cargo:

En este asunto, el libelista formula un primer cargo de nulidad, por falta de motivación, el cual sustenta en la omisión de un análisis integral de la prueba y en una supuesta negativa a considerar la alegación sobre la concurrencia del estado de ira.

La base del reproche lo ubica en la forma en que el juzgador valoró la prueba testimonial, pues le censura no haber efectuado una confrontación entre diversas declaraciones. Ello significa que la fundamentación que el actor le da a la causal no corresponde al cargo propuesto, en la medida en que la ausencia de motivación de la sentencia implica que ésta no contenga una provisión de análisis probatorio y jurídico que constituyan el soporte lógico jurídico de la decisión de condena y no es esa la acusación que el recurrente dirige contra la sentencia de segundo grado proferida en este proceso.

Aquí, la crítica está edificada en una evaluación testimonial de la cosecha propia del impugnante, diversa de la obtenida por el sentenciador, conforme a la cual, de la denuncia y de las versiones citadas por él, debió darse por demostrado el estado de ira en que actuó el procesado; en tanto que el juzgador no admitió la concurrencia de esa circunstancia diminuente de la pena.

De esta manera, al radicar la supuesta irregularidad procesal en un análisis testimonial distinto al contenido en el fallo impugnado, el actor implícitamente está aceptando que sí hay una motivación, pero que no está conforme con ella; y en esas condiciones, es él mismo quien se encarga de derrumbar su hipótesis; ello, descarta la estructuración del cargo, además, porque la demostración es impropia con respecto al postulado

propuesto, en cuanto está sustentado con alegaciones tendientes a probar la violación indirecta de la ley sustancial.

Por otra parte, en cuanto al reproche que enuncia diciendo que no se quiso analizar el argumento sobre el estado de ira, es de advertir que, de ser veraz, habría traducido una violación al derecho de defensa. Sin embargo, tan temeraria afirmación, carece de respaldo procesal, por cuanto, en la audiencia pública, la defensa expuso su pensamiento sobre la forma en que ocurrieron los hechos y partiendo de ese supuesto, solicitó que en favor del implicado se reconociera, la duda, la legítima defensa, la defensa putativa o, en últimas, la figura del artículo 60 del Código Penal, esto es el estado de ira o intenso dolor. El a quo analizó y concluyó las circunstancias fácticas, en oposición a las peticiones de la defensa, descartando todas las probabilidades propuestas por este sujeto procesal, en estos términos :

"Sirva el anterior análisis para considerar igualmente improcedentes las peticiones subsidiarias de la Defensa, la cual sin explicación alguna cita el numeral 4o. del artículo 29 del C. Penal, o en su defecto la defensa putativa contemplada en el artículo 10, numeral 3o. Ibidem y con todo que se le tenga en cuenta dizque el artículo 60 de la misma obra, así como la ira e intenso dolor en concordancia con el artículo 64 de la obra en comento; puesto que no medió por parte de la víctima ninguna circunstancia que le obligara a defenderse y tan cierto es que salió ileso y mucho menos pudo producirle tal estado de ira y mucho menos de intenso dolor, cuando en realidad la discusión se concentraba era con su hermano Jesús Ernesto y de ninguna manera con él".(folio 439).

De otro lado, al sustentar la apelación interpuesta contra la sentencia de primer grado, la defensa alegó, en relación con el delito de homicidio, que se reconociera en favor de José Aurelio Solórzano la existencia de la eximente de culpabilidad descrita en el artículo 40.3 del estatuto penal. Por tanto, acatando estrictamente lo dispuesto por el artículo 217 del Código de Procedimiento Penal, el ad quem no podía resolver sobre temas no propuestos por el impugnante, como el que ahora reclama el casacionista, el del estado de ira.

Así las cosas, no es cierto que los jueces no hubieran querido analizar los alegatos que sobre el estado de ira había presentado la defensa; es que la representación judicial no argumentó sobre ese tema y su simple enunciado, fue respondido por el a quo, en tanto que al ad quem *no se le habilitó para emitir pronunciamiento sobre ese punto.*

Luego, este cargo de nulidad no se demostró y no está llamado a prosperar.

Segundo Cargo:

Para asignar el segundo vicio de nulidad a la sentencia atacada, el demandante acusa al juzgador de no haber ordenado al Instituto de Medi-

cina Legal que practicara al procesado un examen siquiátrico para que dictaminara que actuó en estado de ira, otro de alcoholemia, otro por la división de balística o de criminalística respecto de distancia y posición de los protagonistas en el momento de los hechos; también lamenta que no se hubiera realizado una inspección judicial con reconstrucción de los hechos y que no se hubiera contrainterrogado a los testigos sobre la conducta de los intervinientes en los sucesos. Todo lo anterior, porque en su opinión, esas pruebas tenían la capacidad inequívoca de modificar sustancialmente la situación del implicado.

Con el fin de darle fundamento a esta acusación, el recurrente plasma en su libelo una multitud de argumentos, precedidos de títulos que no corresponden a los temas expuestos, los cuales, en ningún caso dan razón de la forma cómo resultaron vulneradas las garantías procesales; llanamente se mencionan pruebas que no obran en la actuación, lo que es atribuible a que el investigador o el juez de conocimiento no estimaron pertinente allegarlas y a que la defensa no solicitó su decreto y práctica.

Es de relevar que el impugnante dejó la nulidad pregonada en estado de hipótesis, pues llenó renglones y páginas con conceptos jurisprudenciales o doctrinales, en su mayor parte ajenos al punto que puso en discusión; pero olvidó la carga procesal que le competía, cual era entrar a demostrar la importancia y trascendencia de cada una de las pruebas cuya ausencia recalca, y concretar cómo se consolidó la vulneración del debido proceso o de las garantías fundamentales. En su lugar, se dedicó a formular críticas impertinentes, tendenciosas e irrespetuosas a los funcionarios judiciales que intervinieron en el adelantamiento de este proceso, lo que obligará a la Sala a solicitar al Consejo Seccional de la Judicatura que se investigue la conducta del profesional, desde el punto de vista ético.

En cuanto a la exigencia de que en proceso obre un peritaje para determinar si el procesado actuó en estado de ira, la misma se ofrece del todo improcedente, pues tal estado emocional atenuante (art.60 C.P.) compete determinarlo exclusivamente al juzgador, según lo que al respecto arroje la realidad procesal, a diferencia del tema de la inimputabilidad (art.31 id.), donde el referido peritaje sí constituye guía esencial para que, en últimas, dicho juzgador decida al respecto.

Ahora bien, se desconoce totalmente el objetivo y la significación que con respecto a las garantías procesales o al derecho de defensa, podrían haber tenido el examen de alcoholemia, el de balística, el de criminalística que estableciera la distancia entre los protagonistas de los hechos y la visibilidad del lugar, y la inspección judicial con reconstrucción de lo acontecido, pues el casacionista omitió profundizar en la relevancia de esos puntos y en la demostración de cómo la omisión de esas pruebas vulneró el derecho de defensa o el debido proceso. Luego, por no haber sido demostrada la nulidad predicada, el cargo no debe prosperar.

Tercer Cargo:

En el tercer cargo, el actor imputa al sentenciador de segundo grado la violación indirecta de ley sustancial, por errores de hecho, consistentes en falsos juicios de identidad cometidos en la valoración de los testimonios de Orlando Arturo Gacharná, Clara Inés Ontibón y de Jesús Ernesto Solórzano. Una acusación en tal sentido, implicaba demostrar que el sentenciador modificó el contenido real de los testimonios citados, atribuyéndoles una esencia distinta, esto es, haciéndoles producir un efecto probatorio que ellos no tenían la capacidad de arrojar.

Al tratar de demostrar este reproche, el libelista no logra su cometido pues, en lugar de indicar cuál es el segmento testimonial tergiversado en cada uno de los casos, cuál la afirmación irreal expresada por el juzgador y cuál el sentido exacto de las versiones, hace radicar el error, en el hecho de que los jueces no tomaron esas probanzas como base para tener por demostrado el estado de ira en la realización de la conducta investigada.

Se observa que los reproches no son consecuentes con la pretensión que el casacionista formula. Es así como para referirse a la supuesta tergiversación de la declaración de Orlando Arturo Gacharná, manifiesta que este declarante nunca aludió a la legítima defensa ni al error de antijuridicidad, sino a los actos de provocación ejecutados por los Garibello contra los Solórzano, con lo que da a entender que el Tribunal le atribuyó comentarios sobre esos temas, cuando la actitud del juzgador consistió en analizar la versión y valorarla para negar tanto la legítima defensa como la eximente de culpabilidad.

Por si lo anterior no fuera suficientemente antitécnico, introduce argumentos ajenos a la censura propuesta, en la medida en que deja de demostrar la distorsión de los elementos probatorios, para reprochar que no se hubieran considerado otros factores de valoración, como el entorno circunstancial en que ocurrieron los hechos, tales como, la hora de las nueve de la noche, que se trata de un zona de guerrilla, lo que él ha llamado el merodeo del enemigo capital y la embriaguez, no se sabe si del sujeto agente o del occiso.

Respecto a la supuesta adulteración de los testimonios de Carlos Julio Rodríguez, Jesús Ernesto Solórzano y Clara Inés Ontibón, no se halla ningún argumento que demuestre efectivamente el error de hecho que se atribuye al juez plural, pues el demandante siempre concluye reclamando que no se hubiera dado por demostrado el estado de ira, con base en su propio criterio.

De esa manera, se trasladó del campo del error de hecho al del error de derecho por falso juicio de convicción, sin ninguna esperanza de éxito, por cuanto, la ley no ha sometido la prueba testimonial a tarifas específicas, en materia de credibilidad; vale decir que la convicción que cada una

logre en el fuero interno del funcionario de conocimiento, no es susceptible de transgredir disposiciones de ley, con lo cual, se elimina la posibilidad de que un juez incurra en un falso juicio de convicción, cuando otorga o niega capacidad demostrativa a una determinada declaración.

Así las cosas, también este cargo carece de vocación exitosa y por ello habrá de ser rechazado.

Cuarto Cargo:

La crítica formulada en cuarto orden, adolece de defectos similares a los hallados en los cargos anteriores. En esta oportunidad, el actor pregona un falso juicio de existencia, basado en que no fue considerada la denuncia formulada por Ligia Moreno Pardo, compañera del occiso, especialmente el aparte en que manifestó que José Solorzano disparaba como loco, porque de allí nacía la prueba sobre el estado de ira que padecía en ese momento.

El falso juicio de existencia por omisión adquiere importancia, para los efectos del recurso de casación, cuando el elemento de convicción que ha sido ignorado posee la capacidad de probar circunstancias que eliminan, disminuyen o modifican la decisión de condena. Por tanto, no cualquier omisión en materia de consideración probatoria tiene la cualidad de configurar el error de hecho que se comenta. De ahí que sea una exigencia para quien recurre, abordar la demostración de la incidencia que el yerro produjo en el fallo impugnado.

En este caso, es evidente que la sentencia atacada no contiene una valoración de la versión de la denunciante, lo que no es extraño, porque no habiendo sido testigo de los hechos, su deponencia resultaba inocua para fundamentar la decisión final.

Ahora bien, como el actor, en actitud reiterativa, extraña la consideración de esta deponencia porque supuestamente, en ella se halla la prueba de que su protegido actuó en estado de ira, conviene repasar el fragmento testimonial respectivo. Es así como, al ser interrogada sobre enemigos que pudiera tener su compañero, la señora Ligia Moreno contestó:

"No, él nunca se metía con nadie, es que dicen *el tipo que le disparó a mi esposo o sea José Solorzano Moreno disparaba como loco, y le disparó a un sobrino mío que se llama Leonardo Garibello, que él tiene quince años, a Yesid Garibello y a todos los que veía les iba disparando, decía que un muchacho en un pie había salido disparando pero no sé quién sería, pero ese tipo estaba como loco, disparando para todos lados (sic)". (Resalta la Sala).*

El texto anterior revela con toda nitidez que la señora Ligia Moreno no fue testigo presencial de los hechos, que su versión sobre la locura con que disparaba el procesado, es la conclusión que ella sacó de los comentarios que escuchó de otras personas, y por ello, no es exacto que con ese testimonio se pudiera demostrar el estado de ira del homicida.

Como se observa a todo lo largo de la demanda, el libelista fundamenta el reproche en sus conceptos, los cuales abarcan temas diferentes al que ha expuesto como materia del cargo, sin que logre demostrar ni la existencia del error, ni la violación de la ley sustancial, porque toda la argumentación se reduce a la valoración probatoria personal contrapuesta a la de los sentenciadores, cuya improcedencia e impropiedad ya fueron explicadas en este proveído.

Quinto Cargo:

Finalmente, el casacionista, como una exhibición más de su total desconocimiento del recurso extraordinario, plantea un error de derecho por falso juicio de legalidad respecto de los testimonios de Jesús Ernesto Solórzano, Pedro Solórzano Bautista, Elvia Rosa Pardo, Honorio Maciado, Yesid Villalobos, Orlando Gacharná, Ligia Moreno, Libia Chávez Daza, Carlos Julio Rodríguez y Clara Inés Ontibón, pero en relación con la forma en que fueron analizados, alegando que no se efectuó una confrontación entre unos y otros. Nuevamente, centra su inconformidad, en el hecho de que el sentenciador no dedujo el estado de ira que acompañó al procesado en la realización de la conducta delictiva.

Siguiendo la impropia postura que asumió en el decurso de toda la demanda, el censor toma las declaraciones sobre las cuales presuntamente recayó el falso juicio de legalidad y plasma sus deducciones sobre los hechos, con lo cual, incurre en contradicción frente al cargo formulado, porque de haber sido cierto que los testimonios por él citados estaban afectados en su legalidad, es obvio que habrían perdido su capacidad probatoria y no podrían servir de sustento a las conclusiones que el actor le presenta a la Corte con el propósito de que las adopte.

Otro defecto técnico suma el libelista a su escrito, en la medida en que pretende que la Sala intervenga como juez de instancia, al solicitarle que emita declaraciones en el sentido de expresar que la versión de Ligia Moreno Pardo ha debido confrontarse con las de Elvia Rosa Pardo y Ferney Yesid Villalobos, cuando la decisión que se pronuncia en esta sede tiene caracteres específicos muy distintos a los que propone el recurrente.

Por tanto, el actor nunca asumió la demostración de las irregularidades que supuestamente habrían concurrido en el recaudo o aducción de la prueba reseñada, como correspondía al vicio adjudicado a esos elementos de convicción, sino que, reincidió en consignar sus propias consideraciones probatorias para rebatir el proceso analítico y las conclusiones judiciales, todo lo cual da al traste con las pretensiones del impugnante.

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

RESUELVE:

NO CASAR la sentencia impugnada.

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

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

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

EXTRADICION

Los hechos que motivan la demanda de extradición del señor (...) por parte del Gobierno de su país, mencionan su pertenencia a una organización criminal dedicada a la "exportación de ingentes cantidades de sustancias estupefacientes de tipo cocaína, destinada al mercado nacional (de Italia) y más precisamente al de Puglia", señalando que la actividad de (...) era desarrollar una actividad constante y continua de mediación para la exportación del alcaloide, todo lo cual sería en Colombia constitutivo del delito que consagra el artículo 8° de la Ley 365 de 1997; inciso 3°, que subrogó el artículo 44 de la Ley 30 de 1986, por mandato expreso del artículo 26 y que señala:

"Concierto para Delinquir. Cuando varias personas se concierten con el fin de cometer delitos, cada una de ellas será penada, por ese solo hecho, con prisión de tres (3) a seis (6) años.

" (...)

"Cuando el concierto sea para cometer delitos de terrorismo, narcotráfico, secuestro extorsivo, extorsión o para conformar escuadrones de la muerte, grupos de justicia privada o bandas de sicarios la pena será de prisión de diez (10) a quince (15) años y multa de dos mil (2.000) hasta cincuenta mil (50.000)salarios mínimos legales mensuales.

Proceso No. 13786

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal

Magistrado Ponente: Dr. Carlos E. Mejía Escobar

Aprobado Acta No. 42

Santa Fe de Bogotá D.C., veinticinco (25) de marzo de mil novecientos noventa y nueve (1999).

Procede la Corte a emitir concepto en relación con la solicitud de extradición que del ciudadano italiano Antonio Benestante ha hecho ante las autoridades colombianas el Gobierno de la República de Italia a través de su embajada en Santa Fe de Bogotá D.C.

I.- La Solicitud de Extradición

1.- El Gobierno de la República Italiana, solicita la extradición del ciudadano italiano Antonio Benestante, a quien requiere para que en territorio de ese país responda en el juicio oral para el que se le dictó, junto con otras personas italianas y extranjeras, auto de apertura a juicio el 30 de octubre de 1998 por el Juez de Investigaciones Preliminares del Tribunal Civil y Penal de Bari (Italia), por haber participado, promovido, constituido, dirigido, organizado y en todo caso financiado una asociación para el tráfico internacional de sustancias estupefacientes entre Estados de América del Sur (Colombia - Panamá) e Italia, incluidos otros países europeos, por lo que se considera incurso en el delito previsto en los artículos 74, 80, párrafo 2 D.P.R[1]. 309/90, de la legislación de ese país.

2.- Así mismo se le acusa del delito previsto en los artículos 110, 112 n. 1, 81, párrafo segundo C.P., 73, 80 D.P.R. 309/90, por haber, junto con otras personas, y con varias acciones ejecutivas del mismo plan criminoso, aunque cometidas en tiempos y lugares distintos con papeles diferentes, en el ámbito del más amplio contexto asociativo descrito en el punto A, ilícitamente adquirido, recibido, vendido, cedido a cualquier título, exportado e importado, facilitado a otros, entregado y/o enviado ingentes cantidades de sustancia estupefaciente principalmente de tipo cocaína. (folios 21 y 17 del cuaderno principal).

3.- Tras seguimientos telefónicos, personales, e investigaciones adelantadas por la Policía italiana, de otros Estados y especialmente por la Patrulla Móvil - Sección Narcóticos de la Jefatura de Policía de Bari, se pudo establecer la existencia de una banda criminal dedicada al tráfico de narcóticos desde América del Sur hacia Italia y a la recolección de disponibilidad financiera en ese país europeo y en el extranjero.

Dentro de tal estructura criminal en la que participaban personas de diversas nacionalidades, se describe así la participación del requerido en extradición:

"(...) En especial, en Colombia se acreditó la existencia de una organización piramidal, en cuya cumbre dos bien conocidos narcotraficantes, indicados con los nombres de "doctor", alias Giacomo, y Oscar Fernando Guzmán, alias Dinky, establecían con personajes ítalo-americanos, allí residentes, relaciones dirigidas a la exportación de ingentes cantidades de sustancias estupefacientes de tipo cocaina, destinada al mercado nacional y más precisamente al de Puglia.

"Estos últimos individuos - identificados como Benestante Antonio, cotitular de una curtiduría de pieles 'CIP', Ponce Cabrales Ramona (que tenía una relación oficial con Benestante y sentimental con otro miembro italiano de la asociación, Ondeggia Giussepe, del que hablaremos a continuación), Tirasso Pietro senior y Tirasso Pietro Junior, este último titular

de un restaurante llamado "Da Marisa", de una tienda de ropa llamada 'Malibú' y del Club Náutico 'Sail', todos con sede en Cartagena (Colombia), en su calidad de 'puntos de referencia' de los narcotraficantes suramericanos, desarrollaban una actividad constante y continua de mediación, para exportar ingentes cantidades de sustancia estupefaciente de tipo cocaína, dirigida a un grupo criminoso constituido en Puglia. (...)", (folio 19, cuaderno principal)

4.- A la petición se agregaron los textos íntegros de los autos de prisión provisional contra Antonio Benestante y otros, dictados por el Juez de Investigaciones Preliminares del Tribunal Civil y Penal de Bari, el 2 y el 23 de diciembre de 1993; y del auto de apertura de juicio oral dictado en contra del mismo requerido en extradición y de otros, por el Juez de Investigaciones Preliminares del Tribunal Civil y Penal de Bari el 30 de octubre de 1996.

En el texto del auto de apertura de juicio oral se describen los hechos atrás referidos, se anotan las normas italianas infringidas - artículos 74, 80, párrafo 2 D.P.R. 309/90 y los artículos 110, 112 n. 1, 81, párrafo segundo C.P., 73, 80 D.P.R. 309/90 y se indican los datos personales del requerido en extradición, identificándolo como Antonio Benestante, natural de Gorgoglione (Matera), nacido el 24 de julio de 1960 y residente en la carrera 2 No. 7-88, piso No. 17°, edificio Kanoa - Boca Grande de Cartagena (Colombia).

La documentación, a la que igualmente se agregó copia debidamente traducida de las normas penales generales y especiales, fue remitida por vía diplomática y tiene constancias oficiales de traducción y autenticación conforme a la normatividad italiana y colombiana.

II.- Actuación

1.- El Fiscal General de la Nación por resolución del 6 de agosto de 1997 y en respuesta a la Nota Verbal No. 2290 del 30 de julio del mismo año, remitida a su Despacho por el Ministerio de Relaciones Exteriores mediante el oficio No. O.J.E. No. 037300 del 31 de julio de 1997, ordenó la captura con fines de extradición del ciudadano extranjero Antonio Benestante. (folios 104 a 106)

2.- El 19 de agosto de 1997 fue capturado en la ciudad de Cartagena de Indias (Bolívar) el requerido en extradición Antonio Benestante, quien al momento de su aprehensión se identificó con la cédula de extranjería No. 203042 del DAS (folios 150 a 153).

3.- La Embajada de Italia remitió al Ministerio de Relaciones Exteriores la nota verbal No. 2786 del 3 de octubre de 1997, por medio de la cual formaliza, como representante del Gobierno de ese país, la solicitud de extradición del ciudadano italiano Antonio Benestante (folios 110, 111 y 112).

4.- El 6 de octubre de 1997, El Ministerio de Relaciones Exteriores mediante el oficio No. OJ. 052122 envía el expediente de extradición al Ministerio de Justicia y del Derecho, advirtiendo que "de acuerdo con lo establecido en el artículo 552 del Código de Procedimiento Penal, me permito manifestar que por no existir Convenio aplicable al caso es procedente obrar de conformidad con las normas pertinentes del Código de Procedimiento Penal". (folio 111)

5.- En cumplimiento del artículo 555 del Código de Procedimiento Penal, el Ministerio de Justicia y del Derecho remitió a la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia toda la documentación referente al pedido de extradición de Antonio Benestante. (folio 112)

6.- La Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia en desarrollo del artículo 556 del Código de Procedimiento Penal, corrió traslado al requerido y a su defensor y abrió a pruebas la actuación.

Dentro de tal etapa el apoderado del requerido en extradición solicitó la práctica de pruebas que fueron rechazadas por la Corte como consecuencia de su inconducencia, no obstante lo cual se ordenaron algunas de oficio.

Dentro de lo acreditado de oficio por la Corte, se halla el informe de la captura del requerido en extradición, en la que consta que el señor Antonio Benestante, de nacionalidad italiana, nacido el 24 de julio de 1960, residía en Cartagena de Indias en la carrera 2 No. 7-88, edificio Kanoa, sector de Boca Grande; así mismo se dejó constancia de su condición civil de casado con la señora Ramona Ponce Cabrales.

Igualmente de oficio se obtuvo la documentación preparatoria de la cédula de extranjería del ciudadano extranjero Antonio Benestante, en la que consta su nombre, el 24 de julio de 1960 como fecha de su nacimiento en Gorgoglione (Italia), que es hijo de Franchesco y Teresa, de profesión técnico en curtiembre y que ingresó a territorio nacional desde el 8 de octubre de 1980. (folios 149 a 159).

III.- Los Alegatos de Conclusión

1.- Del apoderado:

El abogado designado por el requerido en extradición Antonio Benestante no presentó ningún alegato de conclusión, según él, por haber recibido poder cuando estaba a punto de fenecer el término legal para hacerlo, que había corrido cuando el requerido estaba representado por otro profesional también designado por él.

2.- Del Agente del Ministerio Público:

El señor Procurador Tercero Delegado en lo Penal sugiere a la Sala que emita concepto favorable para la extradición del señor Antonio Benestante conforme a la solicitud del Gobierno Italiano.

El Procurador Delegado encuentra debidamente acreditados los requisitos de validez formal de la documentación presentada, de demostración plena de la identidad del solicitado, de doble incriminación y de equivalencia de la providencia proferida en el extranjero.

Especial atención le dedica al tema de la doble incriminación y echando mano de anterior concepto suyo, se identifica con la Corte en la tesis de considerar tal punto específico desde el punto de vista de la materialidad de la conducta y no de su denominación jurídica, pues solo a partir de los hechos que dan origen a la actuación procesal es que se debe establecer si ellos se encuentran tipificados como hechos punibles en Colombia.

En consecuencia de ello estima que "para cuando tuvo desarrollo la actividad criminal imputada al solicitado estaba en vigencia el artículo 44 de la Ley 30 de 1986 o Estatuto Nacional de Estupefacientes (hoy, subrogado por el artículo 8° de la Ley 365 de 1997), el cual preveía pena de prisión de seis a doce años y multa en cuantía de diez a mil salarios mínimos mensuales, por el solo hecho de obrar en concierto para delinquir con el fin de realizar alguna de las conductas descritas en los artículos antes citados".

Así mismo encuentra aplicable el artículo 33 del Estatuto referido que, antes de la modificación introducida por el artículo 17 de la Ley 365 de 1997, señalaba una pena de 4 a 12 años de prisión y multa de 10 a 100 salarios mínimos para quien, salvo lo dispuesto sobre dosis para uso personal, introduzca al país, así sea en tránsito o saque de él, transporte, lleve consigo, almacene, conserve, elabore, venda, ofrezca, adquiera, financie o suministre a cualquier título droga que produzca dependencia.

Consideraciones De La Corte

1.- El Código de Procedimiento Penal colombiano señala en su artículo 558 que la Corte fundamentará el concepto de extradición en: La validez formal de la documentación presentada: demostración plena de la identidad del solicitado; Principio de la doble incriminación, equivalencia de la providencia proferida en el extranjero y cuando fuere el caso, en el cumplimiento de lo previsto en los tratados públicos.

De acuerdo con el concepto rendido por el Ministerio de Relaciones Exteriores mediante oficio O.J. No. 052122 del 6 de octubre de 1997 en cumplimiento del artículo 552 del Código de Procedimiento Penal, "por no existir convenio aplicable al caso es procedente obrar de conformidad con las normas pertinentes del Código de Procedimiento Penal", por lo que a ello se atendrá la Corte para la emisión del concepto que aquí se rendirá.

2.- *Validez formal de la documentación:*

Según lo dispone el artículo 551 del Código de Procedimiento Penal, la solicitud de extradición debe hacerse por la vía diplomática y en casos

excepcionales por la consular o de gobierno a gobierno, con la siguiente documentación:

2.1.- Copia o transcripción auténtica de la sentencia, de la resolución de acusación o su equivalente.

2.1.1.- El Gobierno de Italia, a través de su embajada en Bogotá y por intermedio del Ministerio de Relaciones Exteriores de la República de Colombia, esto es por la vía diplomática, ha hecho llegar copia con constancias de autenticación y debidamente traducidas, tanto de los autos de prisión provisional contra Antonio Benestante y otros, dictados por el Juez de Investigaciones Preliminares del Tribunal Civil y Penal de Bari, el 2 y el 23 de diciembre de 1993, como del auto de apertura de juicio oral dictado en contra del mismo requerido en extradición y de otros, por el mismo Juez el 30 de octubre de 1996.

2.2.- Indicación exacta de los actos que determinaron la solicitud de extradición y del lugar y la fecha en que fueron ejecutados.

2.2.1.- Tanto los autos de prisión provisional como el auto de apertura de juicio oral, señalan de manera específica los hechos que hacen mención a la estructuración de una organización criminal con el propósito de realizar delitos transnacionales de narcotráfico, para lo cual unos italoamericanos sitos en territorio colombiano y otros italianos y de otras nacionales con sede en ese país europeo y en otros del mismo continente como España, Alemania, Austria y Suiza exportaban grandes cantidades de cocaína.

Las piezas procesales remitidas por el Gobierno de la República Italiana establecen los hechos, según averiguaciones, en Bari y provincia, en Martina Franca y otras zonas italianas y extranjeras, a partir del 17 de marzo de 1993 y, por lo menos, hasta el 13 de diciembre de 1993.

2.3.- Todos los datos que posean y que sirvan para establecer la plena identidad de la persona reclamada.

2.3.1.- La documentación da cuenta del nombre completo del requerido en extradición: Antonio Benestante; del lugar y fecha de su nacimiento: Gorgoglione (Matera), el 24 de julio de 1960; del lugar de su residencia: en la carrera 2 No. 7-88, piso No. 17ª, edificio Kanoa - Boca Grande de Cartagena (Colombia); de su relación "oficial" con la señora Ramona Ponce Cabrales y de su actividad comercial: "cotitular de una curtiduría de pieles".

2.4.- Copia auténtica de las disposiciones penales aplicables para el caso.

2.4.1.- Fueron debidamente agregadas por la Embajada de Italia en Bogotá, tanto en idioma original, como debidamente traducidas y autenticadas las normas penales pertinentes, así se hallan los artículos

81, 110, 112, 157 a 161 del Código Penal y 73, 74 y 80 del Decreto del Presidente de la República No. 309 del 9 de octubre de 1990, que es el texto único de las leyes en materia de disciplina de los estupefacientes y sustancias psicotrópicas, prevención, cura y rehabilitación de los relativos estados de drogadicción.

En conclusión, la validez formal de la documentación se halla plenamente acreditada, pues no solo ha sido presentada por vía diplomática, sino que llena a cabalidad las exigencias del Código de Procedimiento Penal sobre el particular.

3.- Demostración Plena de la Identidad del Solicitado

Ninguna duda cabe que la persona aprehendida en la ciudad de Cartagena de Indias (Bolívar), en territorio de la República de Colombia el 19 de agosto de 1997, es exactamente la misma persona contra la que se dictó por parte del Juez de Investigaciones Preliminares del Tribunal Civil y Penal de Bari (Italia) el auto de apertura de Juicio Oral del 30 de octubre de 1996, pues los datos personales que contiene tal acto procesal respecto del allá convocado a juicio Antonio Benestante (folios 1 a 21) son exactamente los mismos que se constataron al momento de la captura en territorio colombiano del vinculado a esta actuación.

En efecto, en el informe de la captura, el Departamento Administrativo de Seguridad DAS, a través de su Dirección de Extranjería y su División de Investigaciones, señala los datos biográficos (folio 152) del señor Benestante, en los que se aprecia total coincidencia con aquellos anotados en el texto del auto de convocatoria a juicio oral que se adjuntó debidamente traducido en demanda de la extradición de la persona que en Colombia se identifica con la cédula de extranjería No. 203042, ciudadano extranjero nacido en Italia el 24 de julio de 1960, de profesión técnico en curtiembre, casado con la colombiana Ramona Ponce Cabrales y residenciado en la carrera 2 No. 7-88, Edificio Kanoa del sector de Boca Grande.

Concluyese entonces la plena demostración de la identidad de la persona reclamada en la forma y términos del artículo 558 del Código de Procedimiento Penal.

4.- Principio de la doble incriminación

De acuerdo a lo previsto por el artículo 549 del Código de Procedimiento Penal, es necesario que el hecho que motiva la petición de extradición, también esté previsto como delito en Colombia y reprimido con una sanción privativa de la libertad cuyo mínimo no sea inferior a 4 años.

Al efecto, tal como lo menciona el señor Procurador Tercero Delegado en lo Penal, debe tenerse en cuenta únicamente la naturaleza de los hechos que motivan la persecución del requerido en extradición en el país que lo solicita, para que mediante un simple ejercicio de contraste con la

normatividad nacional vigente al momento de la emisión del concepto, se concluya si podrían ser o no objeto de subsunción en alguna norma sustantiva y siéndolo, si la pena allí señalada es privativa de la libertad y con un mínimo de 4 años.

En este orden de ideas, los hechos que motivan la demanda de extradición del señor Benestante por parte del Gobierno de su país, mencionan su pertenencia a una organización criminal dedicada a la "exportación de ingentes cantidades de sustancias estupefacientes de tipo cocaína, destinada al mercado nacional (de Italia) y más precisamente al de Puglia", señalando que la actividad de Benestante era desarrollar una actividad constante y continua de mediación para la exportación del alcaloide, todo lo cual sería en Colombia constitutivo del delito que consagra el artículo 8° de la Ley 365 de 1997, inciso 3°, que subrogó el artículo 44 de la Ley 30 de 1986, por mandato expreso del artículo 26 y que señala:

"Concierto para Delinquir. Cuando varias personas se concierten con el fin de cometer delitos, cada una de ellas será penada, por ese solo hecho, con prisión de tres (3) a seis (6) años.

"(...)

"Cuando el concierto sea para cometer delitos de terrorismo, narcotráfico, secuestro extorsivo, extorsión o para conformar escuadrones de la muerte, grupos de justicia privada o bandas de sicarios la pena será de prisión de diez (10) a quince (15) años y multa de dos mil (2.000) hasta cincuenta mil (50.000)salarios mínimos legales mensuales.

"(...)".

Concluyese entonces que el hecho que motiva el pedido de extradición también está contemplado en Colombia como delito y que tal tipificación tiene una pena mínima superior a 4 años de prisión.

Así mismo son igualmente hechos delictivos en Colombia penados con pena mínima superior a 4 años, el que "con varias acciones del mismo plan criminoso, aunque cometidas en tiempos y lugares distintos, con papeles diferentes, en el ámbito del más amplio contexto asociativo descrito en el punto A), ilícitamente adquirido, recibido, vendido, cedido a cualquier título, exportado e importado, facilitado a otros, entregado y/o enviado ingentes cantidades de sustancia estupefaciente principalmente de tipo cocaína" (folio 17), pues en territorio nacional tales hechos constituyen el tipo penal de tráfico de estupefacientes que define el artículo 33 de la Ley 30 de 1986, en concordancia con el artículo 38 ibídem, pues las piezas procesales aportadas por el Gobierno italiano, aunque señalan el término "ingentes" para referirse a la cantidad de cocaína traficada, no se queda en la indeterminación cuantitativa de tal vocablo, sino que expresa en su texto el decomiso de "más de tres kilos de cocaína" en poder de Mario

Sparaco, otro miembro de la organización criminal y señala que la organización manejó estupefacientes en cuantía "del orden de los centenares de kilos" (folio 52).

5.- *Equivalencia de la providencia proferida en el extranjero*

Ninguna dificultad ofrece la conclusión relativa a la equivalencia de la providencia proferida en el extranjero, en los términos del artículo 549 del Código de Procedimiento Penal, pues el auto de apertura de juicio oral dictado por el Juez de Investigaciones Preliminares del Tribunal Civil y Penal de Bari, es equivalente a la resolución de acusación colombiana, pues aquel y ésta tienen la virtualidad jurídica de culminar la etapa instructiva e iniciar el juzgamiento de los procesados, por lo que no hay necesidad de agregar más a lo ya dicho para declarar acreditado este requisito.

6.- Como se observa que tanto en el auto de apertura de juicio oral como en los autos de prisión provisional, se menciona la posible participación de la señora Ramona Ponce Cabrales en la organización criminal establecida para la exportación de cocaína a Italia y otros países europeos, tal hecho debe ser materia de averiguación por parte de las autoridades nacionales, por lo que se librarán copias de tales piezas procesales - en su idioma original y en la traducción - con destino a la Dirección Regional de Fiscalías de Barranquilla (Atlántico), pues al parecer tales hechos ocurrieron en territorio colombiano desde la ciudad de Cartagena de Indias (Bolívar), donde aun reside la señora Ponce Cabrales. Así mismo se expedirán copias de los folios 149 a 153. Lo anterior en cumplimiento de los artículos 25 y 546 del Código de Procedimiento Penal.

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

RESUELVE:

1. CONCEPTUAR FAVORABLEMENTE a la extradición del ciudadano italiano Antonio Benestante, solicitada por el Gobierno de la República de Italia.

2. Por la Secretaría líbrense las copias a que alude la parte motiva de esta decisión.

3. En firme, devuélvase el expediente al Ministerio de Justicia para lo de su cargo y comuníquese con copia del concepto al Fiscal General de la Nación.

Comuníquese y cúmplase.

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

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

VINCULACION AL PROCESO PENAL/ MINISTERIO PUBLICO

La comparecencia del imputado al proceso penal, al convertirse en uno de los ideales de un Estado de derecho garantista que actúa sub lege -sometido a las leyes- y per leges -mediante leyes generales y abstractas-, supone que cuando aquél deja de aprovechar la oportunidad de ser vinculado mediante el acto procesal conocido como diligencia de indagatoria o injurada, pueda cumplirse la relación Estado-sujeto mediante un mecanismo denominado en nuestro medio como la declaratoria de persona ausente, que deja a salvo la defensa del imputado contumaz a través del nombramiento de un defensor letrado quien deberá realizar la concreción de tan fundamental derecho.

De esta manera, la actividad judicial a nombre del Estado debe consolidar simultáneamente la tarea de juzgamiento y la cabal protección de las garantías constitucionalmente reconocidas a los sujetos, de tal suerte que las diversas contingencias o particularidades que ofrezca el caso no pierdan de vista el patrón fundante del Estado de derecho.

Así pues, tanto la indagatoria como la declaración de persona ausente constituyen los medios de los cuales se vale el Estado jurisdicción para vincular al imputado al proceso penal, según el artículo 385 del C.P.P., actuaciones que lo mismo hacen posible la toma de la primera decisión con consecuencias importantes para este sujeto procesal, como es la definición de su situación jurídica.

La vinculación del sindicado mediante una cualquiera de estas formas según lo previene la ley, se convierte en presupuesto de validez de ulteriores actos procesales los cuales irán surgiendo de conformidad con las pautas establecidas en procura de un debido proceso amalgamado de las formas propias del juicio -artículo 29 de la Constitución-, sin que, a guisa de ejemplo, por aparecer a posteriori la posibilidad de realizar la indagatoria cuando ya ha sido definida la situación jurídica del imputado declarado persona ausente, esto implique el retroceso del trámite o la aplicación de efectos concebidos para una situación ya superada según las previsiones legales.

De allí que una interpretación teleológica de los artículos 386 y 387 del C.P.P. permita concluir que los términos diseñados para recibir la

injurada al capturado suponen su presencia física y no la ficta resultante de la declaratoria de persona ausente del trámite procesal.

Es que las expresiones "tres días siguientes a aquel en que el capturado haya sido puesto a disposición del fiscal" -artículo 386 del C.P.P.- y "Cuando la persona se encuentre privada de la libertad, rendida la indagatoria o vencido el término anterior, el funcionario judicial deberá definir la situación jurídica por resolución interlocutoria, a más tardar, dentro de los cinco días siguientes..." -artículo 387 ejusdem-, no permiten otro entendimiento. Sana y lógica interpretación que además descubre la capacidad de esta diligencia para generar un doble efecto: de un lado, sirve como medio eficaz para vincular al imputado como sujeto procesal, y del otro, se erige como medio de defensa y aún de prueba susceptible de ser arrimado en cualquier etapa del proceso -instrucción o juzgamiento- siempre que su diligenciamiento o adecuada incorporación al acervo probatorio se haga dentro de la oportunidad propicia para practicar pruebas, carácter este que se pondría en duda si su validez estuviera condicionada a ser recibida únicamente en la etapa sumarial no empece la contumacia del imputado.

La intervención potestativa del Ministerio Público en el proceso penal, sin duda, es una de las significativas variantes contenidas en la Constitución de 1991 (artículo 277-7) en relación con este organismo de control, en el sentido de que sus agentes, de acuerdo con la importancia y trascendencia de los actos que al interior de los procesos se ventilen, determinan su intervención en procura del orden jurídico, el patrimonio público y las garantías fundamentales.

Así pues, se trata de una consideración puramente subjetiva la que hace que los agentes del Ministerio Público, previo análisis de la cuestión, determinen cuándo en un proceso es vital entrar en defensa de uno o de varios de los intereses superiores que justifican su intervención.

El ejercicio de esta discrecionalidad reglada depende de la clase de procesos en que debe intervenir y de la actitud que frente a ellos puede guardar el agente del Ministerio Público según las distintas fases del trámite, lo que pone de presente cómo una vez notificado de la apertura de una investigación, dicho funcionario no está fatalmente obligado, por ejemplo, a intervenir en la práctica de las pruebas o a ejecutar sin alternativa un estricto seguimiento a todas las actuaciones judiciales.

Como su nombre lo indica, el proceso está formado por distintas etapas que en una congruente secuencia permite el desenvolvimiento de la acción penal hasta el momento culminante de la sentencia, en cuyo ejercicio los funcionarios judiciales, con la debida observancia de las

garantías debidas a todos los sujetos que en él intervienen, procuran mediante el método reconstructivo el establecimiento de la verdad acerca del hecho histórico que se reputa delictuoso, sin que en cada una de las fases del diligenciamiento deban festinar el grado de conocimiento que el material probatorio les pueda forjar hasta ese momento pues, tratándose de la etapa de la causa, el examen de conjunto del material probatorio y por consiguiente la declaración de certeza o de duda está deferida a la sentencia.

El principio de investigación integral muchas veces impone la actividad probatoria en los distintos períodos dispuestos para ello no obstante haber adquirido ya el funcionario judicial virtual certeza sobre la existencia de los hechos investigados y de la responsabilidad del procesado, por lo que resulta equivocado suponer que si en el juicio el juez ordena pruebas es porque aún no tiene certeza acerca de lo que es materia de juzgamiento.

Proceso No. 11032

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal

Magistrado Ponente: Dr. *Jorge Aníbal Gómez Gallego*

Aprobado Acta No. 42

Santa Fe de Bogotá, D. C, marzo veinticinco de mil novecientos noventa y nueve.

VISTOS:

Decide la Corte el recurso extraordinario de casación interpuesto y sustentado en tiempo por la defensora de los procesados Bladimir Mejía Hernández y Arnulfo Alirio García Morales contra la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Medellín el 18 de noviembre de 1994, mediante la cual condenó al primero a la pena principal de 21 años y un mes de prisión como cómplice del punible de homicidio y autor del concurso homogéneo de porte ilegal de armas, y al segundo a 25 años y dos meses de prisión como autor de homicidio y porte ilegal de armas.

HECHOS Y ACTUACIÓN PROCESAL

El 27 de junio de 1993 fue capturado en Medellín Bladimir Mejía Hernández por agentes del orden, al hallarse en posesión de un revólver marca Llama, calibre 38 largo, con seis cartuchos y sin permiso para portarlo.

Al mismo sujeto, conocido con el remoquete de "caballo", *se le identificó como la persona que la noche del 23 de abril del mismo año, ejecutando disparos al aire, facilitó la huida de su compinche Arnulfo Alirio García, alias*

"cachupe". *luego de que éste ultimara con arma de fuego a Wbeimar Henao Hernández.*

De la investigación por el primer injusto conoció la Fiscalía 64 Delegada de Medellín, despacho que dispuso la detención preventiva de Mejía Hernández y posteriormente lo acusó por el porte ilegal del arma mediante resolución del 12 de abril de 1993. El juicio lo inició el Juzgado 17 Penal del Circuito de la misma ciudad, pero una vez llevó a término la audiencia pública remitió el expediente a su homólogo el Juzgado 20, para la acumulación con el proceso por homicidio y porte ilegal de arma que seguía contra éste y otros acusados.

Esta última investigación se había iniciado en la Unidad Permanente, grupo B de la Fiscalía de Medellín, el 23 de abril de 1993, estableciendo a través de la Unidad Interinstitucional de homicidios la participación en los hechos de Bladimir Mejía, alias "caballo" *y García Morales, alias* "cachupe" *o* "perro sonso", *quienes vieron resuelta su situación jurídica con medida de aseguramiento de detención, el primero de ellos como persona ausente.*

Vencido el ciclo investigativo, la Fiscalía 4 de la Unidad Seccional de vida profirió resolución de acusación el 19 de enero de 1994 por los delitos de homicidio y porte ilegal de armas, providencia que alcanzó ejecutoria el 17 de febrero siguiente, no sin antes producirse la captura de Mejía, quien dentro de dicho lapso aprovechó para nombrar apoderado de confianza.

El juzgado 20 penal del circuito de Medellín avocó el juicio, recibió injurada al capturado, dispuso la acumulación de las causas y sentenció con condena a los procesados, imponiéndoles penas cuyo monto disminuyó el Tribunal de Medellín el 18 de noviembre de 1994 al conocer por apelación el asunto, al tiempo que absolvió al tercer acusado, Marco Aurelio Velásquez Giraldo (a. Victorino).

Posteriormente, el 19 de enero de 1995 y dentro del término de ejecutoria de la segunda instancia, de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 56 de la ley 104 de 1993, la misma corporación resolvió la solicitud de beneficios jurídico penales demandados por el convicto Mejía Hernández, cesando todo procedimiento en su favor por el porte ilegal del revólver marca Llama, calibre 38 largo que había dado lugar a la resolución de acusación del 12 de abril de 1993, reduciendo la pena en la proporción correspondiente a este injusto.

Las Demandas De Casación

1. La demanda presentada en favor de Bladimir Mejía Hernández.

1.1. Cargo principal. Causal de nulidad.

El reparo propuesto como eje central de la censura consiste en que "habiéndose logrado la comparecencia del sindicado al proceso, no se le rodeó

de todas las garantías que tornaran completa la defensa mediante su ejercicio material: se le tuvo en prisión sin ser oído por un período superior a tres meses dejando la indagatoria para un momento muy avanzado del juicio".

Con tal planteamiento la censora relaciona el debido proceso con el derecho a la defensa, matizando la importancia de la injurada para cuya recepción el funcionario cuenta con los términos perentoriamente establecidos en el artículo 386 del C.P.P., de tal suerte que si el imputado es vinculado al proceso mediante la declaratoria de persona ausente ello torna incompleta la defensa y sólo se encontrarán satisfechas sus garantías cuando dentro de los 3 días siguientes a su aprehensión es escuchado en descargos so pena de verse conculcado el derecho a la libertad personal "que suscita la procedencia de HABEAS CORPUS", *acción que en el caso no fue interpuesta en favor del procesado.*

Segura de que la tardanza excesiva en recibir la indagatoria al imputado constituye violación del debido proceso y del principio de lealtad, afirma que aquél se vio resignado a una intervención en la última oportunidad probatoria, sin adecuada preparación de la defensa con su abogado y con el agravante de que no se estableció la dirección de su residencia, dato que le hubiera permitido al funcionario crear diversas hipótesis tendientes a la determinación de la inocencia del sujeto procesal.

Concluye diciendo que si la defensa es condición necesaria para la regularidad de la relación jurídico procesal, no puede existir un sólo momento de afectación o de restricción de aquélla pues con ello se configuraría un vicio de actividad o error in procedendo.

Bajo estas consideraciones reclama la anulación de lo actuado a partir "del momento en que legalmente debió oírse" *al procesado en indagatoria y su puesta en libertad provisional.*

1. 2. Cargos subsidiarios.

1.2.1. Violación indirecta. Falso juicio de legalidad.

Bajo el entendido de que las declaraciones de Alberto Henao, Yulian Andrey y Alexander Henao, lo mismo que las pruebas practicadas en virtud de la orden de trabajo 118, son nulas de pleno derecho, la casacionista pide un fallo sustitutivo absolutorio.

Al efecto sostiene que el testimonio del padre de la víctima "es una prueba obtenida con violación al debido proceso, ya que durante su práctica no estuvo el Ministerio Público" *porque su identidad fue desconocida toda vez que el autógrafo ilegible que de él aparece al comienzo de la investigación, constituye una reserva transgresora de la garantía de su imparcialidad* "al convertirse en un sujeto procesal no susceptible de ser recusado cuando hubiere lugar a hacerlo".

Sobre la actuación desplegada por la Unidad Interinstitucional de Homicidios en cumplimiento de la llamada orden de trabajo 118, dice que tuvo desarrollo a espaldas del Ministerio Público pues la resolución que la ordenaba no le fue notificada, en el informe rendido por la policía judicial no aparece su firma, ni se le dio traslado una vez se incorporó al proceso, lo que constituye clara omisión en contravía de lo dispuesto por el artículo 315 inciso 2 del C.P.P.

Afirma que si a lo anterior se agrega la falta de los nombres de los investigadores en el informe, la falta de claridad sobre su participación en la actividad, la firma de sólo uno de ellos y la no ratificación sobre su contenido, es evidente la mutilación del derecho a la contradicción.

Refiriéndose a las declaraciones de los hermanos de la víctima, reprocha al fiscal y al juez que no hubieran hecho uso del artículo 286 del C.P.P. si era que en realidad los funcionarios deseaban la comparecencia de estos testigos, los cuales fueron básicos en el juicio de condena sin advertir el juzgador que no podía valorarlos, dada su obtención con violación al debido proceso por ausencia de Ministerio Público.

De no haberse valorado los medios de prueba aquí impugnados, apunta la libelista, el fallo no hubiera sido condenatorio puesto que no se habría contado con el único testigo presencial de los hechos, la descripción física del procesado y tampoco con la indagatoria viciada de nulidad que permitió establecer la identidad entre "caballo" y Bladimir .

Por último, antes de pedir formalmente la casación del fallo, advierte que las ampliaciones del testimonio del padre del occiso en las que suministró la descripción física del apodado "caballo" *también fueron irregularmente allegadas porque el testigo siempre apareció en la Fiscalía sin ser llamado por ésta.*

1.2.2. Violación indirecta. Falso juicio de identidad.

En esta ocasión la censora hace recaer el yerro en la valoración que hicieron los juzgadores de instancia de una carta encontrada en la residencia del procesado.

Luego de transcribir el contenido de la misiva y la conclusión a la que llegó el a quo en el sentido de que Bladimir era "caballo", *repara que ello constituye un error en la medida en que* "por desconocimiento del proceso en el que se surtió la indagatoria que se comenta en la carta, no puede presumirse que Bladimir es alias Caballo, al mismo que se le realizó una carrera, con quien Edwin fuera a la casa de su madre, el que labora en electricidad, presenta cólicos y manda saludes a sus familiares".

De esta forma, retomando los cargos anteriormente planteados, "ante la prohibida valoración e ineficacia de las demás pruebas que soportaban la identificación, sumadas a la distorsión del contenido de la carta obrante a

folios 36 y 36 bis, desaparece la certeza sobre la individualización del partícipe en el homicidio..".

2. *La demanda presentada en favor de Arnulfo Altrio García Morales*

2.1. El primero de los cargos es copia al carbón del segundo planteado en favor de Bladimir Mejía, por lo que resulta inoficiosa una nueva referencia al mismo.

2.2. Violación directa de la ley sustancial por inaplicación de los artículos 29 de la Carta, 247 y 445 del C.P.P.

Para la recurrente la conducencia y pertinencia de las declaraciones de los demás testigos presenciales de los hechos, que fueron decretadas de oficio por el juez en la etapa del juicio, dan a conocer "el vacío probatorio respecto a la responsabilidad de los acusados (...) ante lo cual correspondía resolver las dudas existentes en favor de los reos, dictando fallo absolutorio y no, como lo hizo el juez en este caso, preterir las dudas existentes emitiendo una sentencia condenatoria"

Una a una separa las pruebas ordenadas por el juez de conocimiento, dejando a salvo las referidas anteriormente para resaltar que "la prueba obrante en respaldo de la acusación no tenía contundencia suficiente para soportar a la postre un fallo condenatorio, al basarse solo en declaraciones provenientes de los ofendidos".

De este argumento se vale para iterar: "el juez solo pretendía suplir las falencias probatorias de la acusación, las cuales no se encargó de superar el Fiscal como parte acusadora en la etapa del juicio", *entonces si como lo muestra el proceso, aquellas no pudieron ser remediadas por no haberse podido practicar las pruebas, significa que permaneció el vacío respecto de la responsabilidad de los procesados, debiéndoseles absolver por duda.*

Aclara que dirige el ataque por violación directa, con base en la inaplicación del precepto que prevé el "in dubio pro reo", *pues de acuerdo con los desarrollos constitucionales debe aceptarse la inescindibilidad de las actuaciones procesales, en este caso el reconocimiento del estado de perplejidad del juez al decretar las pruebas y su adhesión a la sentencia condenatoria, interpretación que si bien no encuadra en el tradicional criterio del ataque en casación referido al estudo de duda, razones jurídicas -artículo 228 de la Constitución- señalan que en el asunto debatido es dable censurar de la manera como lo hace en procura de la garantía* "aún contra el obtuso formalismo que entiende la existencia de la duda, solo si el juez lo manifiesta en el cuerpo de la sentencia misma, admitiendo por el contrario, que la duda del fallador puede colegirse de sus demás actos procesales".

En fin, la censora solicita que se case el fallo y sea dictado el de remplazo con el reconocimiento del estado de duda en favor del procesado.

DEL MINISTERIO PÚBLICO

El Procurador Tercero Delegado en lo Penal sugiere la no casación del fallo así:

En cuanto se relaciona con la demanda a favor de Bladimir Mejía, y respecto del cargo por nulidad, seguido a un preámbulo en el que destaca los mecanismos de vinculación del sujeto al proceso penal y sus incidencias -indagatoria y declaración de persona ausente-, destaca la imposibilidad del recaudo de pruebas en algunos interregnós del trámite en procura de la aplicación de principios de protección de los actos procesales y de preclusión de las etapas, sin que ello traduzca violación de derecho alguno del procesado.

Desde tal perspectiva señala que en el caso, cuando resultó capturado el imputado ya había sido vinculado al proceso como persona ausente, definida su situación jurídica y garantizada la defensa a través del nombramiento de defensor, mas si se había calificado el sumario, la indagatoria "no cumpliría su función de vinculación al proceso ni de condición necesaria para la resolución de su situación jurídica", *único evento que impele al funcionario a indagar a la persona dentro de los tres días siguientes a aquél en que fue puesto a su disposición.*

Por eso, vinculada la persona al proceso y aprehendida en cualquiera de las etapas en las que no es procedente el recaudo de pruebas -en el asunto a estudio cuando corría la ejecutoria de la resolución de acusación- el funcionario "debe esperar la preclusión de una determinada fase procesal para escuchar al capturado, cuando le sea posible el recaudo de pruebas".

Entiende entonces que en el proceso el fiscal "no tenía competencia para recibir la indagatoria, pues una vez proferida la acusación, había precluído la etapa de recopilación de pruebas", *mientras el juez* "tampoco podía oír al acusado en indagatoria, pues no había adquirido competencia para ello". *quedando simplemente la aplicación del artículo 446 del C.P.P. para alcanzar tal propósito.*

Cuando refiere al hecho que como trascendente quiso presentar la censora, en el sentido de que no se corroboraron las citas del procesado en aras de determinar cuál era la residencia del procesado, indica que ello para nada estaba relacionado con la identificación o individualización del procesado, por lo que deviene inane frente al compromiso de responsabilidad penal.

En lo concerniente al cargo de violación indirecta por falso juicio de legalidad, que es común a ambas demandas, afirma el Delegado que a partir de la potestad que legal y constitucionalmente ha sido otorgada al Ministerio Público, tratándose de su intervención en todas las etapas de la actuación, no puede condicionarse la validez y legalidad de las pruebas a su asistencia en la práctica de éstas.

Con este argumento resalta la improsperidad del cargo, habida cuenta que durante la investigación previa siempre estuvo garantizada la presencia del agente del Ministerio Público, tornándose impropia la exposición de la demandante en aras del desconocimiento de las pruebas practicadas en dicho ciclo.

Sobre la firma ilegible que impuso el agente asignado al caso, asegura que no implica anonimato pues "la identidad de los funcionarios que intervienen en un proceso judicial no depende de la claridad de su escritura", *sino de su real condición de sujeto procesal dentro del trámite.*

Respecto de las pruebas practicadas por la Unidad interinstitucional de homicidios, dice, en ellas no existen incorrecciones que pudieran afectar su legalidad en la medida que cuando la censora aduce la violación del artículo 315 inciso 2 la previsión de la norma no regula una situación de hecho como la acontecida, dado el previo inicio de la investigación por parte del Fiscal, de tal forma que la labor cumplida por la policía judicial fue resultado de una comisión y por ende no era necesaria la comunicación al Ministerio Público "quien conocía de la comisión y la práctica de pruebas (...) ya que le había sido notificada la resolución de apertura de la investigación".

En punto del informe rendido por la unidad interinstitucional, exterioriza el desacierto de la censora, quien basada en una extrema formalidad no alcanza a ir más allá de la denuncia de una irregularidad pero sin "ocuparse de demostrar la ilegalidad de la misma, pero también, la trascendencia de dicho medio probatorio en la decisión cuestionada", *de donde concluye que la falta de firma en el informe de quienes adelantaron la tarea no quebrantó garantías de los sujetos procesales ni impidió la controversia de la prueba, la que luego fue corroborada en su contenido por el investigador a través de otros medios de convicción.*

Tampoco acepta que la no práctica de los testimonios de la víctima durante el juicio haya suscitado transgresión al derecho de contradicción o al de defensa, habida cuenta que ello ocurrió por factores externos no endilgables al funcionario -amenazas a los declarantes- y además la única forma de ejercer los referidos derechos no es mediante el contrainterrogatorio sino que al efecto se cuenta con diversos medios, tal como lo acepta la casacionista.

Con relación a la aducida violación indirecta por falso juicio de identidad, considera el Delegado que en esta oportunidad el reparo "se basa en la interpretación personal que la casacionista hace de los términos, aprovechando a los efectos de su proposición, las deficiencias gramaticales que contiene el escrito" *del cual irradia el supuesto error, lo que deja sin demostración el cargo.*

Acerca de la demanda presentada a favor de Arnulfo Altrio García, y en punto al cargo por violación directa debido a la falta de aplicación del artículo

445 del C.P.P., estima el representante del Ministerio Público que la censora parte de la equivocada suposición de que el juez reconoció la duda sobre la responsabilidad del procesado al decretar pruebas "lo que implica una inexcusable restricción de la función judicial y un desconocimiento del fenómeno de la duda, como condicionante de una decisión favorable para el procesado, el que solamente se plantea al juzgador en el momento de la toma de la decisión definitiva".

Tal reflexión lo lleva a considerar que la etapa del juicio constituye prenda de garantía al derecho de defensa y aún aceptando que existan casos en los cuales al momento de decretarse pruebas en el juicio ello sea manifestación de perplejidad del funcionario sobre aspectos del objeto de la investigación, no es menos cierto que el artículo 445 del C.P.P. "no prevé dicha eventualidad para regular una situación procesal en la cual se pueden recaudar elementos fundamentales para la construcción de un razonamiento o juicio, sino solamente para los momentos de la toma de decisiones con sustento en las pruebas recaudadas".

De allí el desacierto de la libelista al construir con sus argumentos "una unidad inescindible entre las sentencias, la resolución de acusación y el auto de decreto de pruebas", *tesis incompatible con los desarrollos jurisprudenciales y doctrinarios* "en tanto que cada una de las fases del juicio cumple funciones distintas y no se puede atar al juez con su actividad probatoria en la forma como lo pretende...".

Consideraciones De La Corte

1. Demanda a favor de Bladimir Mejía

1.1. Primer Cargo: Causal de nulidad

La comparecencia del imputado al proceso penal, al convertirse en uno de los ideales de un Estado de derecho garantista que acoja sub lege *-sometido a las leyes- y* per leges *-mediante leyes generales y abstractas-, supone que cuando aquél deja de aprovechar la oportunidad de ser vinculado mediante el acto procesal conocido como diligencia de indagatoria o injurada, pueda cumplirse la relación Estado-sujeto mediante un mecanismo denominado en nuestro medio como la declaratoria de persona ausente, que deja a salvo la defensa del imputado contumaz a través del nombramiento de un defensor letrado quien deberá realizar la concreción de tan fundamental derecho.*

De esta manera, la actividad judicial a nombre del Estado debe consolidar simultáneamente la tarea de juzgamiento y la cabal protección de las garantías constitucionalmente reconocidas a los sujetos, de tal suerte que las diversas contingencias o particularidades que ofrezca el caso no pierdan de vista el patrón fundante del Estado de derecho.

Así pues, tanto la indagatoria como la declaración de persona ausente constituyen los medios de los cuales se vale el Estado jurisdicción para vincular al imputado al proceso penal, según el artículo 385 del C.P.P., actuaciones que lo mismo hacen posible la toma de la primera decisión con consecuencias importantes para este sujeto procesal, como es la definición de su situación jurídica.

La vinculación del sindicado mediante una cualquiera de estas formas según lo previene la ley, se convierte en presupuesto de validez de ulteriores actos procesales los cuales irán surgiendo de conformidad con las pautas establecidas en procura de un debido proceso amalgamado de las formas propias del juicio -artículo 29 de la Constitución-, sin que, a guisa de ejemplo, por aparecer a posteriori la posibilidad de realizar la indagatoria cuando ya ha sido definida la situación jurídica del imputado declarado persona ausente, esto implique el retroceso del trámite o la aplicación de efectos concebidos para una situación ya superada según las previsiones legales.

De allí que una interpretación teleológica de los artículos 386 y 387 del C.P.P. permita concluir que los términos diseñados para recibir la injurada al capturado suponen su presencia física y no la ficta resultante de la declaratoria de persona ausente del trámite procesal.

Es que las expresiones "tres días siguientes a aquel en que el capturado haya sido puesto a disposición del fiscal" *-artículo 386 del C.P.P.- y* "Cuando la persona se encuentre privada de la libertad, rendida la indagatoria o vencido el término anterior, el funcionario judicial deberá definir la situación jurídica por resolución interlocutoria, a más tardar, dentro de los cinco días siguientes..." *-artículo 387 ejusdem-, no permiten otro entendimiento. Sana y lógica interpretación que además descubre la capacidad de esta diligencia para generar un doble efecto: de un lado, sirve como medio eficaz para vincular al imputado como sujeto procesal, y del otro, se erige como medio de defensa y aún de prueba susceptible de ser arrimado en cualquier etapa del proceso -instrucción o juzgamiento- siempre que su diligenciamiento o adecuada incorporación al acervo probatorio se haga dentro de la oportunidad propicia para practicar pruebas, carácter este que se pondría en duda si su validez estuviera condicionada a ser recibida únicamente en la etapa sumarial no empece la contumacia del imputado.*

En el caso a estudio, de la vinculación ficta del justiciable al proceso no es válido desprender consecuencias diversas a las ya anotadas, y menos puede catalogarse como motivo de nulidad la única actuación posible del funcionario cuando en el momento propicio del juicio se limita a abrir espacio para oír los descargos del inculpado en homenaje a la defensa material de quien voluntariamente había renunciado a ella desdeñando su comparecencia al sumario.

En este orden de ideas, el hecho de que el procesado hubiera sido capturado cuando corrían los términos de ejecutoria de la resolución de acusación no es dato que bajo ningún punto de vista desvirtúe la defensa técnica de que estuvo asistido o deje sin piso la medida de aseguramiento que ya pesaba en su contra como consecuencia de la vinculación al trámite por el mecanismo de la declaratoria de persona ausente y por fuerza del material probatorio recaudado en su contra.

Es que el planteamiento del cargo deviene distorsionado no sólo por el desconocimiento de la estructura procesal penal imperante sino por el silencio que obligada guardó la demandante para sugerir, de acuerdo con su raciocinio, cuál funcionario debió entonces recibir la indagatoria al ya vinculado. Pregunta sin respuesta que simplemente pone de presente el reproche de la libelista como maniobra opositora a un trámite que, respetuoso de la ley, no arrojó los mejores resultados para su poderdante.

Así pues, la solución a la postrer y obligada comparecencia física del acusado al proceso no se encuentra prevista en la ley de manera diferente a como la superaron los funcionarios judiciales, quienes adelantaron el trámite guiados por la custodia de las garantías en favor del procesado, sujeto éste del que no sólo se reporta su rebeldía para comparecer al trámite -véase el informe de captura del 3 de febrero de 1994 al folio 221,- sino que además rápidamente procedió al nombramiento de una defensora de confianza, profesional ésta que sobre el tema ahora propuesto por la casacionista nada manifestó, limitándose a asistir a su poderdante en la injurada que rindió el 11 de mayo siguiente, en señal de aceptación de la legalidad de que estaba ungido el trámite.

Fue así como por este regular modo se auspició la reclamada indagatoria en su carácter de medio de prueba y no de instrumento de una superada vinculación del sujeto al proceso, por lo que era apenas razonable que dicha diligencia se practicara dentro del período probatorio del juicio, oportunidad propicia para albergar ese elemento de convicción con posibilidades de ser considerado por el juez al momento de fallar.

Colofón de que no hay irregularidad en el trámite es la desestimación del cargo.

1.2. Violación indirecta. Error de derecho por falso juicio de legalidad. (Cargo común en las dos demandas).

La violación indirecta de la ley sustancial debido a un falso juicio de legalidad, ha venido sosteniendo la Corte, se presenta en aquellos casos en los que se da cabida y confiere mérito probatorio a un medio de convicción afectado de irritualidad en el proceso formativo del mismo, cuando a una probanza se le asigna un valor distinto al prefijado por la ley (modalidad esta de difícil ocurrencia en nuestro sistema donde por regla general

no hay tarifa legal sino libre apreciación probatoria) ora cuando se le niega el mérito que la legislación le confiere.

El planteamiento de la censora en este acápite surge a partir de la premisa de la inexistencia de Ministerio Público por una idea bifronte: por la reserva de identidad del agente que lo encarnó o bien por la práctica de pruebas sin su presencia. Pero la argumentación deviene contradictoria pues si la inicial discusión se centra en la falta de certeza sobre el dato que permitiera a las claras conocer quién era el representante de la sociedad, dicho reproche resulta incompatible con el cargo complementario que se basa en echar de menos al sujeto procesal cuya forma de intervenir en el proceso rechaza la censora.

Es decir, si la pretensión se funda en la inexistencia de Ministerio Público por cualquier factor, era menester el desarrollo de la censura dentro de un escenario independiente de aquél en el que lo debatido es su ausencia en parte de la actividad que le ha sido encomendada o la manera como testimonia o deja documentada su presencia en la actuación. Lo anterior para cumplir lo ordenado como aspecto formal de las demandas de casación en el inciso final del artículo 225 del C.P.P.

No empece esta glosa, tampoco tiene razón la casacionista en su reproche, por lo siguiente:

La intervención potestativa del Ministerio Público en el proceso penal, sin duda, es una de las significativas variantes contenidas en la Constitución de 1991 (artículo 277 7) en relación con este organismo de control, en el sentido de que sus agentes, de acuerdo con la importancia y trascendencia de los actos que al interior de los procesos se ventilen, determinan su intervención en procura del orden jurídico, el patrimonio público y las garantías fundamentales.

Así pues, se trata de una consideración puramente subjetiva la que hace que los agentes del Ministerio Público, previo análisis de la cuestión, determinen cuándo en un proceso es vital entrar en defensa de uno o de varios de los intereses superiores que justifican su intervención.

El ejercicio de esta discrecionalidad reglada depende de la clase de procesos en que debe intervenir y de la actitud que frente a ellos puede guardar el agente del Ministerio Público según las distintas fases del trámite, lo que pone de presente cómo una vez notificado de la apertura de una investigación, dicho funcionario no está fatalmente obligado, por ejemplo, a intervenir en la práctica de las pruebas o a ejecutar sin alternativa un estricto seguimiento a todas las actuaciones judiciales.

Pero las reflexiones de la demanda se hacen más inconsistentes para la casación del fallo, cuando se advierte que todo lo que alcanza a decir es que no se supo cuál era la persona natural que en delegación del Ministerio Público asumía la función. Glosa esta que a más de infundada resulta

inocua en aras de justificar un reproche en contra de un proceso en el que con el aviso de su iniciación al representante de la sociedad se cumplía con el establecimiento de la relación entre el Estado y uno de los sujetos procesales, en este caso el que habría de ejercer control.

Y no se diga que de pronto por el desconocimiento del nombre de la persona suscriptora de un documento se pudo haber impedido el ejercicio de los medios tendientes al restablecimiento de una situación anormal, como sería el caso de una recusación, porque en casación es insustituible la verificación del presupuesto en el cual se pretende fundar la censura, pues de no ser así el recurso abriría puertas a la conjetura, a las simples hipótesis, desvirtuándose su naturaleza de instrumento revisor de la legalidad de las sentencias.

Pero los desaguisados aumentan cuando se examinan los restantes argumentos de la demanda, toda vez que ni siquiera se atina a adecuar el caso con la norma procesal que lo reguló, supuesto que se echa de menos el aviso de parte de la policía judicial al Ministerio Público cuando la instrucción fue abierta directamente por el Fiscal, circunstancia que hace inaplicable el inciso final del artículo 315 C.P.P., pues esta norma se refiere al caso en que la investigación tiene origen en quienes ejercen funciones de policía judicial.

De lo anterior se sigue, contrario a lo buscado por la libelista, que las pruebas practicadas por la policía judicial por comisión de la fiscalía, según la orden 118 del 6 de agosto de 1993, no contienen irregularidad alguna por la no presencia del Ministerio Público durante su evacuación.

El planteamiento final ofrecido por la demanda, en el sentido de que a fuerza de ser irregular la aportación de los testimonios de los hermanos de la víctima por haber sido recogidos por la policía judicial, limitó la contradicción por no haberse podido ratificar sus contenidos durante el juicio, constituye una reflexión que también deviene inane frente al compromiso casacional, toda vez que las propias palabras de la libelista muestran la factibilidad del ejercicio del contradictorio a través de vías diferentes a las del contrainterrogatorio.

Empero, esta desordenada forma de plantear la censura se muestra ajena al propuesto error de derecho por falso juicio de legalidad, amén de que su contenido robustece las notas de una denuncia con base propia en el motivo tercero de casación, lo que de contera quebranta en materia grave el principio de la autonomía de las causales.

En síntesis, aparte de su informal desarrollo, la censura no pasa de estar fundada en meras hipótesis sin comprobación alguna, tornando inoperante el ataque que en su conjunto más parece una selección de los medios probatorios que sirvieron de apoyo al juzgador para imponer la condena, con el inocultable afán de colocar sobre cada uno de ellos repa-

ros inconsultos en procura de que el fallo quedara huérfano de sustento, pero sin la necesaria comprobación de los vicios de actividad verdaderamente trascendentes para poner en vilo la validez de la actuación impugnada.

Con toda razón el Ministerio Público conceptuó:

"La Delegada respecto de la alegación propuesta, debe agregar que la demanda ha debido, además de señalar la irregularidad de la prueba, ocuparse de demostrar la ilegalidad de la misma, pero también, la trascendencia de dicho medio probatorio en la decisión cuestionada y la forma como debería resolverse la acusación propuesta, de manera que se ha debido analizar todo el acervo probatorio frente a dichas condiciones, para demostrar que sin el informe cuestionado no era procedente una sentencia de condena".

Las señaladas falencias hacen inevitable la desestimación del cargo.

1.3. Violación indirecta. Error de hecho por falso juicio de identidad.

Si ninguno de los anteriores cargos alcanzó a comprometer la legalidad del fallo impugnado, éste tampoco es la excepción pues con él la censora lo que hace es conducir el discurso por la ruta de la interpretación personal de un medio probatorio, que en su opinión no permitía determinar que el procesado fuera la misma persona conocida dentro del argot delincuencial con el cognomento de "caballo".

El falso juicio de identidad, caracterizado por la distorsión que del contenido material de la prueba hace el juzgador o por el desprendimiento lógico de consecuencias que no derivan de su texto ni de su esencia, nada tiene en común con esta censura que disfrazada de error de hecho lo que busca es oponer al autorizado criterio del juez la opinión de la casacionista sobre el mérito que tiene las pruebas por ella seleccionadas.

En efecto, la libelista acude en vano a una serie de raciocinios que no delatan error alguno sino la clara intención de reprochar una deducción del juzgador, cuando éste hubo de conocer el contenido material de una carta en la que aparecían signos escriturarios de clave entre los miembros del grupo de transgresores de la ley penal, del que formaba parte el procesado Bladimir Mejía, olvidando en todo caso que antes de la misiva la autoridad tenía conocimiento de que Mejía era la misma persona con el remoquete de "caballo", como así lo destaca el oficio 5984 del 16 de diciembre de 1993 en el que la Unidad de vida solicitó información "sobre los antecedentes que allí registren Bladimir Mejía Hernandez (sic) A. Caballo..." -folio 182 vto-, *y de otro lado, que de su actividad como electricista también da fe la propia manifestación del justiciable en la indagatoria a la que fue sometido por el delito de porte ilegal de arma de fuego.*

Como si lo anterior fuera poco, fuera de imponer una particular interpretación sobre un medio probatorio, en la demanda no hay ilustración alguna

referida a la posible trascendencia del yerro acusado, tarea que pone de relieve no sólo la falta de comprobación sino también la incidencia del supuesto error en el fallo, todo lo cual conduce al rechazo del cargo.

2. Demanda presentada a favor del procesado Arnulfo Alirio García.

2.1. Violación indirecta. Error de derecho por falso juicio de legalidad.

Su improsperidad ya se examinó al estudiar el mismo cargo contenido en la demanda de Bladimir Mejía Hernández.

2.2. Violación directa de la ley sustancial por falta de aplicación de la norma que prevé el principio del "in dubio pro reo".

Bien particular es el ejercicio practicado por la demandante en desarrollo de la censura, al denunciar coetáneamente la transgresión de los artículos 29 de la Constitución Política y 247 y 445 del Código de Procedimiento Penal, pues cuando menos resulta abiertamente contrario a la lógica que se mencione la falta de aplicación tanto del precepto que justamente habilitó al juzgador para condenar cuando tuvo la certeza necesaria de la responsabilidad penal del procesado -artículo 247 del C.P.P.- como del que dispone la absolución por duda -445 ibídem-.

Este evidente antagonismo surge de la falta de cuidado en la construcción del juicio técnico jurídico requerido en sede de casación, que para el caso imponía a la censora haber aceptado los hechos del debate y la prueba en la forma como fueron apreciados por el sentenciador, condición básica del manejo acertado de la causal primera en la forma de violación directa de la ley sustancial por inaplicación normativa.

Pero el anterior no es el único dislate que atenta contra la técnica y la lógica propia de la casación, suficiente para desestimar el cargo, sino que también sorprende a la Corte la manera como la recurrente construye el supuesto estado de dubitación del juez haciéndolo surgir desde el momento del decreto de pruebas en el juicio para llevarlo concatenado a la sentencia, con el fin de aparentar una inescindibilidad de actos procesales que según ella le dan vigencia a una violación directa de la ley sustancial, producto de la inaplicación de la norma que prevé el "in dubio pro reo".

Como su nombre lo indica, el proceso está formado por distintas etapas que en una congruente secuencia permite el desenvolvimiento de la acción penal hasta el momento culminante de la sentencia, en cuyo ejercicio los funcionarios judiciales, con la debida observancia de las garantías debidas a todos los sujetos que en él intervienen, procuran mediante el método reconstructivo el establecimiento de la verdad acerca del hecho histórico que se reputa delictuoso, sin que en cada una de las fases del diligenciamiento deban festinar el grado de conocimiento que el material probatorio les pueda forjar hasta ese momento pues, tratándose de la etapa de la causa, el examen de conjunto del material probatorio y por

consiguiente la declaración de certeza o de duda está deferida a la sentencia.

El principio de investigación integral muchas veces impone la actividad probatoria en los distintos períodos dispuestos para ello no obstante haber adquirido ya el funcionario judicial virtual certeza sobre la existencia de los hechos investigados y de la responsabilidad del procesado, por lo que resulta equivocado suponer que si en el juicio el juez ordena pruebas es porque aún no tiene certeza acerca de lo que es materia de juzgamiento.

Como atinadamente expone la Delegada, la suposición en este caso de que el sentenciador de primera instancia tenía dudas respecto de la responsabilidad del investigado por haber dispuesto la práctica de unas pruebas que finalmente no se evacuaron, implica una "inexcusable restricción de la función judicial y un desconocimiento del fenómeno de la duda como condicionante de una decisión favorable para el procesado, el que solamente se plantea al juzgador en el momento de la toma de la decisión definitiva".

Pero si en gracia de discusión se aceptara que la frustránea orden de pruebas se dio para esclarecer mejor algunos puntos de lo que era objeto de averiguación, la involuntaria preterición de las mismas no podría necesariamente conducir a una sentencia absolutoria fincada en el artículo 445 del Código de Procedimiento Penal, menos cuando esta preceptiva no está referida al momento de impulsar el proceso o de nutrirlo con elementos de convicción sino al instante de tomar decisiones con sustento en todo el acervo probatorio.

Y la supuesta incidencia negativa del insular fracaso probatorio en la mente del fallador se hace aún más intrascendente e inocua cuando se paramientes en que, de haberse producido alguna inquietud mental en torno a uno de los extremos de la acusación, esto no sólo ocurrió en un estadio procesal diferente al del fallo sino que se tendría que predicar exclusivamente del juez de primera instancia y jamás del ad quem, quien como apenas resulta obvio, contrastando los puntos de impugnación, elabora su propio juicio de reproche fundado en la certeza que le produce, no las dubitaciones del a quo, sino el mérito de las pruebas que obran en el proceso.

El cargo no prospera.

No obstante, como se advierte que desde el momento de la ejecutoria de la resolución de acusación por el injusto de porte ilegal de arma de fuego de defensa personal que se imputó a Arnulfo Alirio García y a Bladimir Mejía Hernández en concurso con el homicidio -ocurrida el 17 de febrero de 1994- a la fecha actual ha transcurrido un tiempo superior al necesario para que se presente el fenómeno de prescripción de la acción penal, según las previsiones del artículo 84 del Código Penal, es necesario hacer tal declaración, disponiendo la consecuente cesación de todo procedimiento

por tal concepto y ajustando la pena para suprimir el incremento correspondiente a este hecho punible.

En este orden de ideas, como la pena calculada por el homicidio en la segunda instancia fue de veinticinco años de prisión para Arnulfo Alirio García Morales y de veinte años y diez meses para Bladimir Mejía Hernández (fls. 459), a ese monto se contraerá la condena que en definitiva deberán purgar los sentenciados.

De acuerdo con lo anterior la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

1.- NO CASAR la sentencia impugnada.

2.- Declarar oficiosamente la prescripción de la acción penal respecto del delito de porte ilegal de arma de fuego imputando tanto a Arnulfo Alirio García Morales como a Bladimir Mejía Hernández; por consiguiente, se ordena cesar todo procedimiento por este hecho.

3.- Como consecuencia de lo anterior, la pena principal que en definitiva deberán purgar los sentenciados será de veinticinco (25) años de prisión Arnulfo Alirio Carcía Morales, y veinte (20) años y diez (10) meses de prisión Bladimir Mejía Hernández.

Cópiese, notifíquese y devuélvase al Tribunal de origen.

Cúmplase.

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

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

SECUESTRO / CONSULTA

Es verdad que con anterioridad a la vigencia del Decreto 2790 de 1990, existió una legislación paralela, con relación a varios punibles como el homicidio, las lesiones personales, el concierto para delinquir, la tortura, la extorsión y el secuestro, entre otros: la ordinaria y la excepcional, siendo aplicable ésta en aquellos eventos en que se actuaba con fines terroristas, o de perturbar el orden público o, en general, desestabilizadores de las instituciones democráticas; y la segunda, cuando no estaban presentes tales propósitos.

En lo concerniente al delito de secuestro, los artículos 22 y 23 del Decreto 180 de 1988 establecían lo siguiente:

"ART: 22. SECUESTRO. El que arrebate, sustraiga, retenga u oculte a una persona, incurrirá en prisión de quince (15) a veinte (20) años y multa de cien (100) a doscientos (200) salarios mínimos mensuales.

"ART: 23. CIRCUNSTANCIAS DE AGRAVACIÓN PUNITIVA. Las penas señaladas en el artículo anterior, se aumentarán en una tercera (1/3) parte si concurriere alguna de las siguientes circunstancias:

a. Si el delito se cometiere en persona de inválido, enfermo, menor de dieciséis (16) años, mayor se sesenta (60) años o mujer embarazada.

b. Si se somete a la víctima a tortura durante el tiempo que permanezca secuestrada.

c. Si la privación de la libertad del secuestrado se prolongare por más de diez (10) días.

d. Si se comete en ascendiente, descendiente, adoptante o adoptivo, hermano o hermana, cónyuge o afín en línea directa en primer grado.

e. Si se comete en persona que sea o hubiere sido empleado oficial y por razón de sus funciones.

f. Cuando se exija por la libertad del secuestrado un provecho o cualquier utilidad.

g. Cuando se presione la obtención de lo exigido con amenazas de muerte o lesión del secuestrado, o con ejecución de acto que implique peligro común, grave perjuicio de la comunidad o de la salud pública.

h. Cuando se cometa para hacer u omitir algo o con fines publicitarios de carácter político.".

Y los artículos 268 y 270 (antes de entrar a regir el Decreto 2790):

"Art. 268. Secuestro extorsivo. *El que arrebate, sustraiga, retenga u oculte a una persona con el propósito de exigir por su libertad un provecho o cualquier utilidad, o para que se haga u omita algo o con fines publicitarios de carácter político, incurrirá en prisión de seis (6) a quince (15) años.*

"Art. 270. Circunstancias de agravación punitiva. *La pena señalada en los artículos anteriores se aumentará hasta en la mitad, si concurriere alguna de las siguientes circunstancias:*

1ª Si el delito se comete en persona de inválido, enfermo, menor de dieciséis años, mayor de sesenta o en mujer embarazada

2ª Si se somete a la víctima a tortura física o moral durante el tiempo que permanezca secuestrada.

3ª Si la privación de libertad del secuestrado se prolongare por más de treinta días.

4ª Si se comete en ascendiente, descendiente, adoptante o adoptivo, hermano o hermano, cónyuge o afín en línea directa en primer grado.

5ª Si se comete en persona que sea o hubiere sido empleado oficial o por razón de sus funciones.

6ª Cuando se presione la obtención de lo exigido con amenazas de muerte o lesión del secuestrado o con ejecutar acto que implique peligro común, grave perjuicio de la comunidad o la salud pública.".

No obstante, ese paralelismo fue superado por el citado Decreto 2790/90, que entró a regir el 16 de enero de 1991, en cuyo artículo 6° se estatuyó:

"ARTÍCULO 6°. *Siempre que el delito de secuestro se dirija contra persona que ocupe alguno de los cargos mencionados en el numeral 1° del artículo 2° del Decreto 474 de 1988 o en funcionario de la Rama Jurisdiccional, Registrador Nacional del Estado Civil, Miembro del Consejo Electoral, Delegado del Consejo Nacional Electoral o el Registrador, Registrador Departamental, o Municipal del Estado Civil, Agente del Ministerio Público, Agente Diplomático o Consular al servicio de*

la Nación o acreditado ante ella, Comandante General o miembro de las Fuerzas Armadas, de la Policía Nacional o de los Cuerpos de Seguridad, Subdirector Nacional de Orden Público, Director Seccional de Orden Público, Miembro de la Asamblea nacional Constitucional, Miembro principal o suplente de las Asambleas Departamentales, funcionario elegido por Corporación de elección popular, Cardenal, Primado, Arzobispo, Nuncio y Obispo; o se ejecute con fines terroristas; u obedezca a los propósitos descritos en el artículo 1° del Decreto 1631 de 1987 o persiga los objetivos enunciados en el artículo 268 del Código Penal, se sancionará con prisión de veinte (20) a veinticinco (25) años y multa de un mil a dos mil salarios mínimos legales mensuales..."(Subrayas extrañas al texto).

Vistas así las cosas, en la resolución de acusación se consideró, erradamente, que la conducta del procesado, en lo atinente al punible de secuestro, se adecuaba a lo establecido en el artículo 22 del Decreto 180 de 1988, que contemplaba como pena principal la de 15 a 20 años de prisión y multa de 100 a 200 salarios mínimos mensuales, con las agravantes contenidas en los literales 'C', 'F', y 'G' del artículo 23, ibidem. Sin embargo, si se tiene en cuenta que el multicitado Decreto 2790 entró a regir el 16 de enero de 1991 y que el secuestro se cometió entre el 12 de diciembre de 1991 y el 11 de febrero de 1992 y que el fin perseguido por los plagiarios era el de obtener provecho económico, se tendrá que concluir que la preceptiva aplicable no era el decreto 180 de 1988 (de lo que se percataron las instancias, pero sin que hubieran corregido el desacierto, por razones de favorabilidad y en garantía del derecho de defensa, según lo argumentaron), ni tampoco los artículos 268 y 270, antes de la vigencia del Decreto 2790 de 1990, sino tales preceptos pero con la modificación introducida por este Decreto, en cuyo artículo 6°, de manera clara se dijo: "siempre que el delito de secuestro .... persiga los objetivos enunciados en el artículo 268 del Código Penal, se sancionará con prisión de 20 a 25 años y multa de un mil a dos mil salarios mínimos legales mensuales".

Por otra parte, si se lee el artículo 268, transcrito, se verá que uno de los objetivos es el "de exigir por su libertad un provecho o cualquier utilidad ...".

En consecuencia, las normas que subsumían la conducta desarrollada por el procesado (...) eran los artículos 268 y 270 del Código Penal, pero con la modificación introducida por el artículo 6° del Decreto 2790 de 1990, sin que le asista razón al recurrente cuando asevera que esta última preceptiva sólo era aplicable cuando la finalidad era terrorista, o cuando la acción se dirigía contra determinados sujetos pasivos calificados, o cuando se afectaba la estabilidad social y el orden

jurídico, pues basta leer el artículo 6°, transcrito, para percatarse que se aplicaba no sólo cuando el secuestro se cometía con esos fines o contra determinadas personas, sino con el simple y exclusivo propósito de obtener un provecho o cualquier utilidad.

No comparte la Sala tal criterio, pues de manera pacífica y constante ha sostenido que la consulta es un grado de la competencia funcional que, al tenor del artículo 217 del C. de P.P. permite al superior decidir sin limitación alguna sobre la providencia o la parte pertinente de ella. Es un mecanismo imperativo de revisión de la legalidad de ciertas decisiones adoptadas por el inferior, distinto de la apelación, establecido por motivos de interés público, que se surte por ministerio y en los casos expresamente previstos en la ley, sin que la extensión de ese control quede a discreción de los sujetos procesales, de modo que la competencia del juez no depende de si una sola o ambas partes apelaron, ya que con apelación o sin ella tiene la facultad de revisar de manera ilimitada y en todos sus aspectos el proveído que se somete a su conocimiento y agravar la situación del procesado, así sea apelante único.*

Si se aceptara que con la apelación única, cuando se trata de providencias consultables, el superior no puede reformar peyorativamente la decisión, se estaría negando el instituto y el control obligatorio que a través de él y en beneficio del Estado de derecho y del interés público se quiso establecer, pues bastaría que el procesado apelara para que no operara, pues en tal caso sólo se podrían revisar los aspectos impugnados.

Proceso No. 12683

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal

Magistrado Ponente Dr. *Jorge E. Córdoba Poveda*

Aprobado acta No. 42

Santa Fe de Bogotá, D.C., veinticinco (25) de marzo de mil novecientos noventa y nueve (1999).

VISTOS

Resuelve la Corte el recurso extraordinario de casación interpuesto contra la sentencia del 11 de marzo de 1996, por medio de la cual el Tribunal Nacional condenó al procesado Mario Matagira Ochoa a la pena prin-

* Véanse, entre otras, casación 10.101 octubre 22/97, M. P. Dr. RICARDO CALVETE RANGEL; casación 10.111 abril/98, M.P. Dr. CARLOS A. GÁLVEZ ARGOTE; casación 13419 octubre/98, M.P. Dr. FERNANDO E. ARBOLEDA RIPOLL; casación 10.168 febrero /99, M. P. Dr CARLOS E. MEJÍA ESCOBAR]

cipal de 20 años y 6 meses de prisión y multa de 130 salarios mínimos legales mensuales, y a las accesorias de rigor, como responsable de los delitos de secuestro y porte ilegal de armas de fuego de defensa personal.

Hechos

El Tribunal Nacional los sintetizó de la siguiente manera:

"A la media noche del día doce de diciembre de 1991, fue secuestrado el joven Diego Andrés Pérez Lozano, quien para la fecha contaba con diez y siete años de edad, cuando salía de la discoteca ROYAL BARÓN, ubicada en la vía que de Bucaramanga conduce al municipio de Girón, en el Departamento de Santander del Sur. El secuestrado fue retenido en diferentes zonas rurales hasta el día 11 de febrero de 1992, cuando fue liberado cerca al poblado de ARATOCA, presentando herida en su hombro, la que fuera producida con arma de fuego, sin que exista constancia de pago alguno por su libertad, presionándose su rescate mediante amenazas de muerte.

"Iniciada la investigación por denuncia de la madre del secuestrado, las averiguaciones condujeron a establecer la identidad de los captores, entre los que se encontraba Mario Matagira Ochoa".

Actuación Procesal

Luego de unas diligencias preliminares, un Juzgado de Orden Público de Cúcuta, mediante auto del 13 de febrero de 1992, declaró la apertura de la investigación.

Capturados Esperanza Sarmiento Calderón y Mario Matagira Ochoa, fueron escuchados en indagatoria y el 11 de marzo siguiente se les resolvió la situación jurídica, con medida de aseguramiento de detención preventiva. Al segundo, por los delitos de secuestro extorsivo, concierto para delinquir y porte ilegal de armas de fuego de defensa personal; y a la primera, por el punible de omisión de informes sobre actividades terroristas.

Posteriormente fueron vinculados a la instrucción, mediante indagatoria, Luis Ignacio Rojas Ochoa y Alberto Enrique Barajas, profiriéndoseles, igualmente, medida de aseguramiento de detención preventiva, como coautores de los delitos de secuestro y porte ilegal de armas de fuego de defensa personal.

Los procesados Luis Ignacio Rojas Ochoa y Alberto Enrique Barajas solicitaron la terminación anticipada del proceso, al tenor de lo dispuesto en el artículo 37 del Código de Procedimiento Penal, por lo que hubo ruptura de la unidad procesal.

Perfeccionada la instrucción, se cerró parcialmente, respecto de Mario Matagira Ochoa, el 18 de marzo de 1994, y el 29 de abril siguiente se cali-

ficó el mérito del sumario con resolución de acusación en su contra, por los delitos de secuestro, previsto en los arts. 22 y 23 del Decreto 180 de 1988, y porte ilegal de armas de fuego de defensa personal.

La etapa del juicio la tramitó un juzgado regional de Cúcuta que, luego de varias contingencias, dictó la sentencia de primera instancia, el 12 de septiembre de 1995, condenando a Matagira Ochoa a la pena principal de 20 años y 6 meses de prisión y multa de 130 salarios mínimos legales mensuales y a las accesorias de rigor, como coautor de los delitos de secuestro, previsto en el Decreto 180/88, y porte ilegal de armas de fuego de defensa personal. Así mismo, se ordenó el decomiso del arma y de la munición del revólver que le fuera incautado.

Apelado el fallo por el procesado, el Tribunal Nacional, al desatar el recurso, lo confirmó en lo fundamental, el 11 de marzo de 1996.

En lo referente a la preceptiva aplicable al secuestro, en las sentencias se dice que lo eran los artículos 268 y 270 del Código Penal, modificado aquel por el 6° del Decreto 2790/90, que empezó a regir en enero de 1991 y que establecía una pena de prisión de 20 a 25 años y multa de mil a dos mil salarios mínimos legales mensuales, habiéndose cometido el hecho juzgado el 12 de diciembre de 1991, sin que tuviera ninguna implicación de orden público, ni se tratara de sujeto pasivo calificado, ni se hubiera efectuado con propósito terrorista ni de perturbar la paz, sino con el fin de obtener un beneficio económico, por lo que no le era aplicable el art. 22 del Decreto 180 de 1.988, ni los agravantes del art. 22 del mismo estatuto, sino las normas anteriormente citadas. Sin embargo, para no hacer más gravosa la situación del procesado y en aras del principio de favorabilidad, pues la pena del Decreto 180/88 es menor, y para garantizar el derecho de defensa, se optó por condenarlo conforme a esta última preceptiva que fue la que se consideró infringida al proferir la resolución de acusación.

La Demanda De Casacion

El defensor del procesado, al amparo del cuerpo primero de la causal primera de casación, acusa al sentenciador de haber transgredido directamente la ley sustancial, por aplicación indebida del artículo 22 del Decreto 180 de 1988, en razón a que la citada preceptiva pertenece a un régimen de excepción, "para casos cometidos bajo inspiración terrorista, o contra determinados sujetos pasivos, calificados, claramente descritos en el Decreto Especial y que afectan la estabilidad social y el orden público y aquí se trata de criminalidad normal o convencional de legislación ordinaria. Consecuencialmente violó, también directamente, pero ya por falta de aplicación a plenitud y en la dosimetría de la pena, con la penalidad fijada entre 6 y 15 años de prisión, el artículo 268 del C. P. vigente totalmente por la época de la ocurrencia de los hechos y que norma el secuestro extorsivo de la legislación ordinaria".

En el acápite que llamó "SUSTENTACIÓN Y DEMOSTRACIÓN DEL CARGO DEL QUEBRANTO DE LA LEY", asevera que el sentenciador de segunda instancia "al desechar la adecuación de la conducta de Matagira Ochoa dentro de las previsiones del artículo 6° del Decreto 2790 de 1990, para adecuarla, como más favorable, al artículo 22 del Decreto 180 de 1988, debió aceptarlo, así la conducta careciera de uno de los elementos exigidos por el artículo 22, citado, cual es la ofensa al orden público y habida cuenta de la punibilidad que va de 15 a 20 años de prisión, y no de 20 a 25 años, como lo dispone el Decreto 2790 de 1990, siendo el móvil económico solamente".

Manifiesta que careciendo la conducta del procesado de cualquier móvil terrorista, el sentenciador no dijo porqué aplicó la citada normatividad y desechó el régimen común.

Luego de citar una jurisprudencia de la Sala, en donde se fija el ámbito de aplicación de la legislación de excepción con respecto a la establecida en el Código Penal, sostiene que el Tribunal "al dosificar la pena, estimó equivocada la adecuación típica que del secuestro extorsivo hizo el a quo en cuanto a la punibilidad dentro del artículo 268 del C. P, que señala un mínimo de 8 años de prisión y un máximo de 15, optó él sí por adecuarla dentro del régimen de excepción del Decreto 180 de 1998, y más precisamente en el artículo 22, a causa del cual elevó la pena a un mínimo de 15 años de prisión y un máximo de 20 años, así como la multa en salarios mínimos mensuales".

Reitera que el juzgador vulneró el artículo 22 del decreto 180 de 1988 y demás normas concordantes, debiéndose aplicar, a su juicio, los artículos 268 y 270 del Código Penal.

Concluye diciendo:

"Estos excesos quebrantaron en forma directa el artículo 61 del Código Penal, norma ésta que al rebasar, desde luego, sus límites dosimétricos fue mal aplicada, con evidente sustitución del exacto sentido, habida cuenta de la falta de aplicación del artículo 268 del C.P., a plenitud, toda vez que al aplicarse indebidamente en relación con la punibilidad para la época de la ocurrencia de los hechos, conllevaría el que esa pena partiría de 6 años de prisión, y no de 15 años de prisión del Decreto 180 de 1988, art. 22., Y al incrementarse de conformidad con el artículo 270, que dejó de aplicarse, por aplicar indebidamente el artículo 23 de Decreto 180 de 1988, indebidamente aplicado, al dosificarse debidamente la pena, jamás ésta podrá sobrepasar los 10 años de prisión, como pena principal para Mario Matagira Ochoa".

Por lo expuesto, solicita a la Corte casar parcialmente el fallo, para que en su lugar se dicte el que deba reemplazarlo, conforme a lo expuesto.

CONCEPTO DEL PROCURADOR PRIMERO DELEGADO EN LO PENAL

Manifiesta el agente del Ministerio Público que el libelista no tiene interés para atacar en casación el fallo, habida cuenta que de aplicarse el artículo 6° del Decreto 2790 de 1990, se le haría más gravosa la situación al procesado, pues mientras el artículo 22 del Decreto 180 de 1988 consagraba pena de prisión de 15 a 20 años, el 6° señalaba de 20 a 25 años.

Reconoce que tal planteamiento ya había sido aclarado por la instancia y para el efecto transcribe una porción de la sentencia recurrida.

Luego de reseñar brevemente la calificación jurídica dada en la resolución de acusación al delito de secuestro y de la actuación procesal, dice que, a su juicio, no ha debido invocarse el principio de favorabilidad sino el de la prohibición de la "reformatio in pejus", que impide casar el fallo atacado por ser el recurrente "apelante único", "pues a esta altura procesal no se hace procedente corregir el error de selección de la norma a aplicar, por imperativo del tal principio (art.31 C. Nal)...".

A renglón seguido dice:

"Como en la calificación se desconoció el principio de legalidad, se debió, en forma oportuna, por el Ministerio Público impugnar esta decisión, quienes ante la vulneración de la ley estaban obligados a buscar respeto al ordenamiento jurídico e inhibir los efectos benéficos de la 'non reformatio in pejus'.

"Por consiguiente y en acato de los mandatos de la Carta (arts. 31 y 85 C. Nal), la Procuraduría procederá a conceptuar sobre la inconveniencia de casar el fallo".

En aras de guardar una garantía fundamental, como lo es el principio de no agravación, cuando el recurrente es apelante único, incluso cuando los ilícitos son de conocimiento de la Justicia Regional en grado jurisdiccional de la consulta, el Procurador Delegado solicita no casar el fallo impugnado.

Afirma que tal postura jurídica es respaldada, mayoritariamente, por la Corte Constitucional, para lo cual transcribe la decisión del 27 de julio de 1995.

No comparte la tesis de la Sala, en torno a la interpretación del artículo 31 de la Carta Política, frente al principio de legalidad y al apelante único en los procesos de conocimiento de la llamada justicia regional.

A renglón seguido, nuevamente transcribe apartes de decisiones de la Corte Constitucional, reiterando que la Constitución "faculta a la ley para introducirle excepciones a la consulta o a la apelación, con esta limitación determinante: "El superior no podrá agravar la pena impuesta cuando el condenado sea apelante único".

Recalca que el citado artículo 31 "impone un límite al poder punitivo del Estado cuando se trata de la apelación, sin tener en cuenta para nada si hay o no consulta, esto es, sin distinguir, sin que le sea permitido entonces al interprete hacerlo".

CONCLUYE

"Enseguida la ley dice: 'la consulta permite al superior decidir sin limitación sobre la providencia' (art. 217 del C. P.Penal) norma declarada exequible por la Corte Constitucional, algo apenas obvio mientas no esté entrelazada la apelación, pues para eso es precisamente la consulta: para que el superior pueda resolver sin limitaciones.

"*Pero también la ley -en la misma norma- dispone, siguiendo el mandato constitucional, que frente a la apelación, tratándose de sentencia condenatoria, el superior 'no podrá* en caso alguno agravar la pena impuesta, *salvo que el fiscal o el agente del Ministerio Público o la parte civil la hubieren recurrido".*

"Esto quiere decir que cuando el procesado apela, contrarresta la facultad del superior de resolver sin limitación y particularmente en peor respecto de sus intereses. Pero si el Estado no quiere que así sea, puede oponerse a esa limitante mediante la apelación coetánea de la Fiscalía o del Ministerio Público, asumiendo así el Estado la responsabilidad de que el procesado sea o no 'apelante único'.

"Mas aún, la ley además le da facultad al acusador privado (parte civil) para que enerve el contrarresto puesto por el procesado, pudiendo apelar también, en cuyo evento el acusado no alcanza tampoco la condición de 'apelante único'.

"Por eso, precisamente, el constituyente fue tajante. Y por tal razón la ley debe interpretarse, a nuestra manera de ver, entendiendo que la apelación no pierde para nada sus efectos cuando éstos no se contrarrestan como dispone la ley, no importa que de por medio haya consulta.

"Lo cual significa que la 'non reformatio in pejus' también rige cuando la consulta y apelación vienen imbricadas".

Por lo expuesto, sugiere a la Corte no casar la sentencia recurrida.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

Ante todo debe advertir la Sala que estudiados los argumentos de la demanda presentada a nombre del procesado Mario Matagira Ochoa, encuentra que el actor si tiene interés para impugnar la sentencia de segunda instancia, a través del recurso extraordinario de casación, lo que implica que se aparta de la opinión del ministerio público.

Al respecto, es menester hacer claridad sobre la hipótesis expuesta por el casacionista, quien si bien propugna por una tesis que no es de recibo, por alejarse de la realidad legislativa, de todos modos no busca agravar la situación procesal de su defendido.

Así, la inconformidad del censor radica en que en este asunto se deben aplicar los artículos 268 y 270 del Código Penal, pero con la punibilidad que éstos establecían con anterioridad a la vigencia del Decreto 2790 de 1990, la cual, para el secuestro con fines económicos (art. 268) oscilaba entre 6 y 15 años de prisión, que debía incrementarse hasta en la mitad cuando concurría alguna de las circunstancias de agravación del artículo 270, por lo que la pena a la que se haría merecedor el sentenciado, dice, considerando el concurso, no sobrepasaría los 10 años de prisión.

Como bien puede observarse, de tener razón el libelista, la situación del procesado se vería sustancialmente mejorada, toda vez que la pena a imponer sería menor, lo que indica que sí tiene interés.

Sin embargo, no le asiste razón, pues la punibilidad que ha debido imponerse es la consagrada en el artículo 6° del Decreto 2790 de 1990.

Es verdad que con anterioridad a la vigencia del Decreto 2790 de 1990, existió una legislación paralela, con relación a varios punibles como el homicidio, las lesiones personales, el concierto para delinquir, la tortura, la extorsión y el secuestro, entre otros: la ordinaria y la excepcional, siendo aplicable ésta en aquellos eventos en que se actuaba con fines terroristas, o de perturbar el orden público o, en general, desestabilizadores de las instituciones democráticas; y la segunda, cuando no estaban presentes tales propósitos.

En lo concerniente al delito de secuestro, los artículos 22 y 23 del Decreto 180 de 1988 establecían lo siguiente:

"ART: 22. SECUESTRO. El que arrebate, sustraiga, retenga u oculte a una persona, incurrirá en prisión de quince (15) a veinte (20) años y multa de cien (100) a doscientos (200) salarios mínimos mensuales.

"ART: 23. CIRCUNSTANCIAS DE AGRAVACIÓN PUNITIVA. Las penas señaladas en el artículo anterior, se aumentarán en una tercera (1/3) parte si concurriere alguna de las siguientes circunstancias:

a. Si el delito se cometiere en persona de inválido, enfermo, menor de dieciséis (16) años, mayor se sesenta (60) años o mujer embarazada.

b. Si se somete a la víctima a tortura durante el tiempo que permanezca secuestrada.

c. Si la privación de la libertad del secuestrado se prolongare por más de diez (10) días.

d. Si se comete en ascendiente, descendiente, adoptante o adoptivo, hermano o hermana, cónyuge o afín en línea directa en primer grado.

e. Si se comete en persona que sea o hubiere sido empleado oficial y por razón de sus funciones.

f. Cuando se exija por la libertad del secuestrado un provecho o cualquier utilidad.

g. Cuando se presione la obtención de lo exigido con amenazas de muerte o lesión del secuestrado, o con ejecución de acto que implique peligro común, grave perjuicio de la comunidad o de la salud pública.

h. Cuando se cometa para hacer u omitir algo o con fines publicitarios de carácter político.".

Y los artículos 268 y 270 (antes de entrar a regir el Decreto 2790):

"Art. 268. Secuestro extorsivo. El que arrebate, sustraiga, retenga u oculte a una persona con el propósito de exigir por su libertad un provecho o cualquier utilidad, o para que se haga u omita algo o con fines publicitarios de carácter político, incurrirá en prisión de seis (6) a quince (15) años.

"Art. 270. Circunstancias de agravación punitiva. La pena señalada en los artículos anteriores se aumentará hasta en la mitad, si concurriere alguna de las siguientes circunstancias:

1ª Si el delito se comete en persona de inválido, enfermo, menor de dieciséis años, mayor de sesenta o en mujer embarazada

2ª Si se somete a la víctima a tortura física o moral durante el tiempo que permanezca secuestrada.

3ª Si la privación de libertad del secuestrado se prolongare por más de treinta días.

4ª Si se comete en ascendiente, descendiente, adoptante o adoptivo, hermano o hermana, cónyuge o a fin en línea directa en primer grado.

5ª Si se comete en persona que sea o hubiere sido empleado oficial o por razón de sus funciones.

6ª Cuando se presione la obtención de lo exigido con amenazas de muerte o lesión del secuestrado o con ejecutar acto que implique peligro común, grave perjuicio de la comunidad o la salud pública.".

No obstante, ese paralelismo fue superado por el citado Decreto 2790/90, que entró a regir el 16 de enero de 1991, en cuyo artículo 6° se estatuyó:

"ARTÍCULO 6°. Siempre que el delito de secuestro se dirija contra persona que ocupe alguno de los cargos mencionados en el numeral 1° del artículo 2° del Decreto 474 de 1988 o en funcionario de la Rama Jurisdiccional, Registrador Nacional del Estado Civil, Miembro del Consejo Electoral, Delegado del Consejo Nacional Electoral o el Registrador, Registrador Departamental, o

Municipal del Estado Civil, Agente del Ministerio Público, Agente Diplomático o Consultar al servicio de la Nación o acreditado ante ella, Comandante General o miembro de las Fuerzas Armadas, de la Policía Nacional o de los Cuerpos de Seguridad, Subdirector Nacional de Orden Público, Director Seccional de Orden Público, Miembro de la Asamblea nacional Constitucional, Miembro principal o suplente de las Asambleas Departamentales, funcionario elegido por Corporación de elección popular, Cardenal, Primado, Arzobispo, Nuncio y Obispo; o se ejecute con fines terroristas; u obedezca a los propósitos descritos en el artículo 1° del Decreto 1631 de 1987 o persiga los objetivos enunciados en el artículo 268 del Código Penal, *se sancionará con prisión de veinte (20) a veinticinco (25) años y multa de un mil a dos mil salarios mínimos legales mensuales..."(Subrayas extrañas al texto).*

Vistas así las cosas, en la resolución de acusación se consideró, erradamente, que la conducta del procesado, en lo atinente al punible de secuestro, se adecuaba a lo establecido en el artículo 22 del Decreto 180 de 1988, que contemplaba como pena principal la de 15 a 20 años de prisión y multa de 100 a 200 salarios mínimos mensuales, con las agravantes contenidas en los literales 'C', 'F', y 'G' del artículo 23, ibidem. Sin embargo, si se tiene en cuenta que el multicitado Decreto 2790 entró a regir el 16 de enero de 1991 y que el secuestro se cometió entre el 12 de diciembre de 1991 y el 11 de febrero de 1992 y que el fin perseguido por los plagiarios era el de obtener provecho económico, se tendrá que concluir que la preceptiva aplicable no era el decreto 180 de 1988 (de lo que se percataron las instancias, pero sin que hubieran corregido el desacierto, por razones de favorabilidad y en garantía del derecho de defensa, según lo argumentaron), ni tampoco los artículos 268 y 270, antes de la vigencia del Decreto 2790 de 1990, sino tales preceptos pero con la modificación introducida por este Decreto, en cuyo artículo 6°, de manera clara se dijo: "siempre que el delito de secuestro .... persiga los objetivos enunciados en el artículo 268 del Código Penal, *se sancionará con prisión de 20 a 25 años y multa de un mil a dos mil salarios mínimos legales mensuales".*

Por otra parte, si se lee el artículo 268, transcrito, se verá que uno de los objetivos es el "de exigir por su libertad un provecho o cualquier utilidad ...".

En consecuencia, las normas que subsumían la conducta desarrollada por el procesado Matagira Ochoa eran los artículos 268 y 270 del Código Penal, pero con la modificación introducida por el artículo 6° del Decreto 2790 de 1990, sin que le asista razón al recurrente cuando asevera que esta última preceptiva sólo era aplicable cuando la finalidad era terrorista, o cuando la acción se dirigía contra determinados sujetos pasivos calificados, o cuando se afectaba la estabilidad social y el orden jurídico, pues basta leer el artículo 6°, transcrito, para percatarse que se aplicaba no sólo cuando el secuestro se cometía con esos fines o contra determinadas

personas, sino con el simple y exclusivo propósito de obtener un provecho o cualquier utilidad.

El cargo no prospera.

CASACIÓN OFICIOSA

El Procurador Delegado, aunque reconoce que en el proceso se transgredió el principio de legalidad, pues la norma seleccionada no era la llamada a regular el caso concreto, solicita no casar el fallo, por cuanto que se desconocería la prohibición de reformar en perjuicio, que opera, dice, no sólo cuando el procesado es apelante único, sino cuando la apelación única y la consulta vienen juntas, en ambos casos, por encima del principio de legalidad.

No comparte la Sala tal criterio, pues de manera pacífica y constante ha sostenido que la consulta es un grado de la competencia funcional que, al tenor del artículo 217 del C. de P.P, permite al superior decidir sin limitación alguna sobre la providencia o la parte pertinente de ella. Es un mecanismo imperativo de revisión de la legalidad de ciertas decisiones adoptadas por el inferior, distinto de la apelación, establecido por motivos de interés público, que se surte por ministerio y en los casos expresamente previstos en la ley, sin que la extensión de ese control quede a discreción de los sujetos procesales, de modo que la competencia del juez no depende de si una sola o ambas partes apelaron, ya que con apelación o sin ella tiene la facultad de revisar de manera ilimitada y en todos sus aspectos el proveído que se somete a su conocimiento y agravar la situación del procesado, así sea apelante único [8].

Si se aceptara que con la apelación única, cuando se trata de providencias consultables, el superior no puede reformar peyorativamente la decisión, se estaría negando el instituto y el control obligatorio que a través de él y en beneficio del Estado de derecho y del interés público se quiso establecer, pues bastaría que el procesado apelara para que no operara, pues en tal caso sólo se podrían revisar los aspectos impugnados.

En cuanto al concepto de que cuando el procesado es apelante único no se puede agravar la pena impuesta, así se desconozca el principio constitucional de la legalidad de la sanción, tampoco lo comparte la Sala, pues desde el 29 de julio de 1992, con ponencia del Magistrado doctor Didimo Páez Velandia, ha venido sosteniendo que el principio constitucional que prohíbe reformar en perjuicio del condenado apelante único, presupone la observancia del también principio constitucional de la legalidad, entendida como ordenadora del Estado de derecho.

Así, si se ajusta la tasación punitiva a la normatividad aplicable, en acatamiento a la legalidad de la pena, no se está vulnerando la prohibición de la 'reformatio in pejus'.

La legalidad de la pena no sólo es garantía para el procesado sino para el propio Estado, pues el ejercicio del poder punitivo que cumple a su nombre una autoridad judicial ha de desarrollarse en las condiciones prescritas en la ley. Así mismo, es garantía para todo el conglomerado social, pues se afectaría el principio de igualdad y la seguridad jurídica si se aplicaran penas convencionales, arbitrarias, por fuera del texto normativo, no ajustadas al mínimo y al máximo previstos para cada hecho punible.

Ha dicho la Sala:

"...de lo que aquí se trata no es de incrementar la pena sobre factores ajenos al texto base normativo, sino precisamente de imponer la que el legislador previó como mínima para el caso juzgado.

"... La imposición de la única pena válida prevista por el legislador para un determinado delito jamás podría entenderse contraria al artículo 31 constitucional, sino precisamente con éste coherente, pues integrado este precepto con los artículos 29 y 230 de la Carta Política, con el primero se entenderá que en un Estado de derecho no es posible aplicar sino la ley penal previa al momento de la comisión del hecho, bajo la condición de ser favorable al procesado, no aquella que invente o modifique el juez a su talante, porque en el último de los preceptos que se evoca existe un presupuesto inmodificable, y es el del sometimiento del funcionario al exclusivo imperio de la ley. (casación 9236. Agosto 6/97. M.P. Dr. Juan Manuel Torres Fresneda).

En otra ocasión expresó:

"El criterio de la Sala es que la prohibición de agravar la sanción parte de la consideración de que la pena impuesta haya respetado el mínimo y el máximo previsto en la ley, y no aquella que por ignorancia o arbitrariedad judicial desconoce esos parámetros, ya que en esa condiciones no podría ser objeto de protección, pues la garantía constitucional no puede ser entendida de manera absoluta, esto es, aun a costa de la propia Constitución. Tampoco puede entenderse que la posibilidad de hacer respetar una garantía fundamental, como lo es el principio de legalidad, quede exclusivamente en manos de los sujetos procesales, obligando al juez que conoce de una apelación a confirmar una sentencia inconstitucional, so pretexto de que no puede agravar la pena al condenado cuando éste es apelante único, como si este principio fuera superior al inicialmente mencionado y como si no existiese el mandato que 'los jueces en sus providencias sólo están sometidos al imperio de la ley'".(casación agosto 31/91. M. P. Dr. Ricardo Calvete Rangel).[6]

En consecuencia, no comparte la Sala el concepto del Procurador Delegado, ya que el principio de la "non reformatio in pejus" no puede aplicarse soslayando el de legalidad, sino armónicamente con él, en forma que si la pena impuesta en primera instancia se ajusta a la prevista en la ley, el superior no la podrá agravar.

Por lo anterior, si bien es cierto que el artículo 31 de la Carta impone un límite al poder punitivo del Estado, cuando el condenado es apelante único, no es absoluto, sino que está ponderado por la institución de la consulta y la legalidad de la sanción.

Por consiguiente, y como quiera que en el presente caso se desconoció el principio de legalidad de la sanción, al aplicar una menor a la vigente en la época en que se cometió el hecho, al tenor de lo dispuesto por los artículos 228 y 229-1 del Código de Procedimiento Penal, procederá la Corte a corregir oficiosamente el anotado desatino.

En efecto, en lo que concierne con el punible de secuestro, realizado con el propósito de obtener un provecho económico, la preceptiva aplicable, como se analizó, no era la del Decreto 180/88, sino los artículos 268 y 270 del Código Penal, con la modificación introducida por el artículo 6° del Decreto 2790/90, que consagró una pena mayor.

Ahora bien, podría pensarse, como lo estimaron las instancias, que si al procesado se le imputó en la resolución de acusación la infracción del Decreto 180 de 1988, al condenarlo conforme a la segunda preceptiva citada, se desconocerían las garantías de la favorabilidad y la defensa, lo que obliga a la Sala a hacer algunas precisiones.

En primer lugar, no se afecta la favorabilidad, la que opera cuando hay conflicto de leyes en el tiempo, que aquí no se presenta, ya que la conducta se cometió bajo la vigencia del Decreto 2790 de 1990.

En segundo lugar, tampoco se vulnera el derecho de defensa del procesado, pues los cargos que le fueron imputados y de los cuales se defendió, son idénticos a los atribuidos al tenor de la nueva preceptiva.

Por otra parte, si la consonancia se refiere a la armonía que debe existir entre los cargos contenidos en la resolución de acusación y los resueltos en la sentencia, pero no a la sanción que corresponda, tendremos que concluir que al adecuar el comportamiento a la normatividad vigente cuando se cometió el hecho, no se vulnera, pues no se están introduciendo hechos no comprendidos en ella, ni agregando agravantes, ni suprimiendo atenuantes, salvo aumentando la pena, en obedecimiento al principio constitucional de legalidad de la sanción, que ordena imponer la que se encuentre establecida en la norma vigente. (art. 29 de la C. P. y 1° del C. P.), ni cambiando la denominación jurídica, manteniéndose incólume el género delictivo (secuestro), siendo preciso observar que la figura básica estaba prevista en el art. 22 del Decreto 180/88 y las agravantes en los literales "C", "F" y "G" del artículo 23 ibidem, y en el Código Penal, en el artículo 268, con la modificación introducida en cuanto a punibilidad por el artículo 6° del Decreto 2790/90, y en los numerales 3° y 6° del 270.

Por lo tanto, la Sala casará, oficiosamente y de manera parcial, la sentencia impugnada para ajustar el quantum punitivo al previsto en la ley.

En la sentencia recurrida, se partió del mínimo de la sanción que establecía el artículo 22 del Decreto 180/88, la que se aumentó en 5 años, por razón de los agravantes contenidos en los literales C, F y G del art. 23 ibidem, y en seis meses por el porte de armas de defensa personal, para un total de 20 años y seis meses de prisión.

La Sala también partirá del mínimo de pena contemplada en el art. 268 del C. P, modificado por el 6° del Decreto 2790/90, esto es, 20 años de prisión. Como quiera que una de las agravantes antes deducidas es parte integrante del tipo de secuestro extorsivo descrito en el artículo 268, citado, solo quedan por considerar dos, las correspondientes a los literales "C" y "G" del Decreto 180 de 1988, que corresponden a los numerales 3° y 6° del art. 270 del C. P, por razón de las cuales la pena se aumentará en 2 años, más 6 meses por el delito de porte de armas de defensa personal, para un total de 22 años y 6 meses.

Respecto a la multa, la que igualmente se constituye en pena principal, se impondrá la de 1.000 salarios mínimos legales mensuales.

En todo lo demás, la sentencia del Tribunal Nacional no se modifica.

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

RESUELVE:

1. DESESTIMAR la demanda de casación presentada a nombre del procesado Mario Matagira Ochoa.

2. CASAR PARCIALMENTE, de oficio, la sentencia impugnada, en el sentido de imponer al condenado Mario Matagira Ochoa, la pena principal de veintidós (22) años y seis (6) meses de prisión y multa de 1.000 salarios mínimos legales mensuales.

3. En todo lo demás el fallo recurrido queda sin modificación.

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

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

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

COMPETENCIA A PREVENCIÓN

Por regla general el juez del lugar donde se realiza el hecho debe conocer del proceso. Pero este principio vinculado al factor territorial sufre excepciones en el caso de la competencia a prevención, ya porque el lugar es incierto, o ha ocurrido en varios sitios, o la conducta se ha ejecutado en el extranjero, o se trata de delitos conexos, pues en esos eventos la competencia se determina conforme reza el artículo 80 del Código de Procedimiento Penal, esto es, que conocerá el juez de donde primero se haya presentado la denuncia o se hubiere proferido resolución de apertura de investigación, siempre que también lo sea por la naturaleza misma del hecho punible. De haberse iniciado simultáneamente en varios sitios investigación penal, la competencia estará determinada en su orden por el lugar donde fuere aprehendido el imputado y de ser varios los capturados, donde primero se llevó a cabo la primera aprehensión.

Como se ha señalado, la incertidumbre en cuanto al lugar de la comisión del hecho punible es una de las hipótesis en que la competencia debe atribuirse a prevención, pero no es cierto que constituya la única eventualidad en la que se puede proceder de esa manera, como lo sostiene el colisionante, pues a ella también se debe acudir aún teniéndose certeza del lugar, cuando la realización de la conducta típica ocurre por ejemplo en el extranjero, o porque los delitos son conexos.

Proceso No. 15457

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal

Magistrado Ponente: Dr. *Ricardo Calvete Rangel*

Aprobado Acta No. 42

Santa Fe de Bogotá, D.C., veinticinco (25) de marzo de mil novecientos noventa y nueve (1999).

VISTOS

Resuelve la Sala el conflicto de competencia negativo surgido entre el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Fe de Bogotá y el Tribunal

Superior del Distrito Judicial de Santa Marta, quienes se han declarado incompetentes para conocer del proceso que se adelanta contra Rafael Dávila Buriticá, Jorge Manuel Martínez Hernández y Efraín Rada Fontalvo.

ANTECEDENTES

1. La noticia criminis que dio origen a la investigación penal a que se contrae las presentes diligencias, por los cobros ilegales de prestaciones sociales y cesantías a Colpuertos y al Fondo que administró la liquidación de esta entidad, se conoció y tramitó previamente así:

1.1. Al Fiscal General de la Nación se envió un anónimo dando cuenta de las anomalías que se estaban presentado en los reclamos y pagos a los ex empleados de Colpuertos, documento que sirvió de base a la Unidad del CTI de Santa Marta para que el 22 de octubre de 1993 abriera investigación preliminar, la que luego se le asignó a la Fiscalía 8ª Seccional de la misma ciudad, que a su vez más tarde remitió a la Fiscalía 13 de la Unidad de Delitos contra la Administración Pública de la localidad por estar adelantando investigación sobre los mismos hechos.

1.2. El 20 de septiembre de 1994 los Jueces Laborales del Circuito de Santa Marta solicitaron verbalmente a la Directora del CTI y al Director Seccional de Fiscalías de Santa Marta que se adelantara investigación para establecer las infracciones en las que se hubiere podido incurrir en los pagos que se estaban solicitando en los procesos ejecutivos adelantados por los ex empleados de Colpuertos, pues se detectó en un caso específico el mismo cobro en diferentes estrados judiciales. Al día siguiente la Unidad del CTI abrió investigación preliminar y luego de practicar algunas pruebas envió la actuación a la Fiscalía Delegada ante la Policía Judicial, despacho que el 10 de octubre de 1994 profirió resolución de apertura de investigación y ordenó pasar el sumario para asignación a la Fiscalía Coordinadora del grupo correspondiente, habiéndole correspondido a la Fiscalía 13 de la Unidad de Delitos contra la Administración Pública de Santa Marta, quien asumió el conocimiento del proceso radicándolo al número 367, juntando a éste la actuación preliminar referida en el numeral anterior.

1.3. El Director Nacional de Fiscalías mediante resolución 211 de octubre 4 de 1995 ordenó la remisión del sumario 367 a la Dirección Seccional de Santa Fe de Bogotá, creándose una subcomisión bajo la coordinación de la Fiscalía 213 adscrita a la Unidad Segunda de Delitos contra la Administración Pública y de Justicia para que asumiera la investigación, la cual calificó el mérito con resolución acusatoria contra los acriminados y dispuso el envío del proceso a los Juzgados de Circuito de Santa Marta.

3. El asunto le correspondió por reparto al Juzgado Quinto Penal del Circuito, y el 2 de octubre de 1998 dictó sentencia condenando por los

delitos de prevaricato por acción y peculado por apropiación agravado a Jorge Manuel Martínez, Efraín Rada Fontalvo y Rafael Dávila Buriticá. Además, a éste último lo halló responsable de falsedad ideológica, y a Dávila Buriticá lo sentenció también por uso de documento público falso y lo absolvió por el delito de fraude procesal.

4. Las diligencias llegaron a la Sala Penal del Tribunal Superior de Santa Marta en apelación de la sentencia de primera instancia, Corporación que se abstuvo de conocer del recurso declarándose incompetente y provocando colisión negativa de competencias, argumentado:

4. 1. Los reconocimientos ilegales de cesantías y prestaciones sociales que dieron origen a la presente actuación penal se realizaron con las resoluciones 1329, 2152 y 1297 las que se confeccionaron e hicieron efectivas en Santa Fe de Bogotá.

La resolución 143203 de 1992 fue elaborada en Santa Marta y con base en ella se adelantó proceso ejecutivo en el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de la misma ciudad.

Con las premisas anteriores se señala que los hechos punibles de peculado por apropiación agravado, prevaricato por acción y falsedad ideológica se consumaron en Santa Fe de Bogotá y como el punible por el adelantamiento del proceso ejecutivo con la resolución 143203 se cometió con posterioridad a aquellos, y además por tener conexidad procesal con tales delitos, el competente para conocer de las varias conductas ilícitas a que se refiere el proceso en el estado en que se encuentra es el Tribunal de aquella Capital.

4. 2. La competencia subsidiaria a prevención "sólo tiene cabida y aplicación cuando no exista certeza acerca del lugar donde se cometió el hecho punible".

4.3. Un Magistrado de la Sala de Decisión salvó el voto, por considerar que la competencia radicaba en el Tribunal de Santa Marta, sin hacer claridad respecto al fundamento jurídico de su criterio.

5. Mediante proveído del 3 de febrero de 1999, la Sala Penal del Tribunal Superior de Santa Fe de Bogotá aceptó el conflicto planteado y ordenó remitir las diligencias a esta Corporación, afirmando:

5.1. El delito de fraude procesal y los de falsedad documental, en sus modalidades de ideológica y de uso, fueron ejecutados y consumados en la ciudad de Santa Marta. Los delitos de peculado y prevaricato se consumaron en Santa Fe de Bogotá. Hechos punibles entre los que se acepta la conexidad.

5.2. El Tribunal de Santa Marta no consideró en su decisión la consumación de los delitos de falsedad ideológica, uso de documento público falso y fraude procesal, los cuales se cometieron en la cabecera de dicho distrito judicial.

5.3. El colisionante acude a jurisprudencia de la Corte que no guarda similitud fáctica con el sub judice, pues en la decisión citada en ninguno de los juzgados que se negaba a conocer se había cometido el hecho punible.

5.4. Como varios punibles se cometieron en Santa Marta y otros en Santa Fe de Bogotá, y "un Juzgado de dicha localidad adelantó la etapa del juicio y profirió el fallo de primera instancia, no podía la Sala de Decisión de la multicitada corporación declararse incompetente" para retrotraer la actuación a etapas ya superadas en perjuicio de la administración de justicia.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

1. Como el conflicto negativo de competencia se presentó entre Tribunales en asunto de la jurisdicción penal ordinaria, corresponde a la Corte dirimirlo de conformidad con el artículo 68 número 5° del Código de Procedimiento Penal.

2. En cuanto al lugar donde se consumaron los atentados contra la Administración Pública, la Fe Pública y la Administración de Justicia, los despachos que suscitaron este incidente coinciden en que el prevaricato por acción y el peculado por apropiación se cometieron en Santa Fe de Bogotá y el fraude procesal en Santa Marta. Se sabe igualmente que la resolución 143203, documento público falso, fue usado en proceso ejecutivo que se adelantó en uno de los Juzgados Laborales de Santa Marta y que la falsedad ideológica que se atribuye a Rada Fontalvo se hace con base en las certificaciones contrarias a la verdad que le expidieron en Santa Marta funcionarios de Colpuertos para obtener de la Dirección General del Fondo de esta entidad en esa ciudad la resolución 1297 de junio 12 de 1997 con la que se autoriza el pago de dineros no debidos a sus poderdantes por dominicales, horas extras y feriados.

3. Por regla general el juez del lugar donde se realiza el hecho debe conocer del proceso. Pero este principio vinculado al factor territorial sufre excepciones en el caso de la competencia a prevención, ya porque el lugar es incierto, o ha ocurrido en varios sitios, o la conducta se ha ejecutado en el extranjero, o se trata de delitos conexos, pues en esos eventos la competencia se determina conforme reza el artículo 80 del Código de Procedimiento Penal, esto es, que conocerá el juez de donde primero se haya presentado la denuncia o se hubiere proferido resolución de apertura de investigación, siempre que también lo sea por la naturaleza misma del hecho punible. De haberse iniciado simultáneamente en varios sitios investigación penal, la competencia estará determinada en su orden por el lugar donde fuere aprehendido el imputado y de ser varios los capturados, donde primero se llevó a cabo la primera aprehensión.

Como se ha señalado, la incertidumbre en cuanto al lugar de la comisión del hecho punible es una de las hipótesis en que la competencia debe

atribuirse a prevención, pero no es cierto que constituya la única eventualidad en la que se puede proceder de esa manera, como lo sostiene el colisionante, pues a ella también se debe acudir aún teniéndose certeza del lugar, cuando la realización de la conducta típica ocurre por ejemplo en el extranjero, o porque los delitos son conexos.

En el presente caso no se abrieron simultáneamente varios sumarios, en consecuencia el asunto debe ser solucionado con base en el lugar donde se presentó la denuncia o se dictó la resolución de apertura de investigación, aspectos a los cuales expresamente alude el artículo 80 del Estatuto Procesal Penal.

La Fiscalía Delegada ante la Policía Judicial de Santa Marta fue la autoridad judicial que ordenó la apertura del sumario mediante providencia del 10 de octubre de 1994, expediente dentro del cual se han ocasionado rupturas de la unidad procesal por cierres parciales, como ocurrió con la actuación adelantada contra Rafael Dávila Buriticá, Jorge Manuel Martínez Hernández Y Efraín Rada Fontalvo.

Para la Sala es suficiente en la solución del problema jurídico planteado considerar que como en la ciudad de Santa Marta se profirió la resolución de apertura de investigación la competencia para el trámite de la causa corresponde a los funcionarios del Distrito Judicial de esa ciudad, razón por la cual las diligencias le serán remitidas para su conocimiento a la Sala Penal del Tribunal Superior de Santa Marta, para lo de su cargo.

4. También ha debido tener en cuenta el Tribunal de Santa Marta, que habiendo dictado la sentencia un juzgado penal del circuito de su Distrito Judicial, le correspondía fallar en segunda instancia por competencia funcional.

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

RESUELVE:

Declarar que la competencia para conocer del presente proceso corresponde a la Sala Penal del Tribunal Superior de Santa Marta.

En consecuencia, remítase el expediente a dicho Tribunal y dése aviso de esta decisión adjuntando copia de la misma a la Sala Penal del Tribunal Superior de Santa Fe de Bogotá.

Comuníquese y cúmplase.

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

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

PROCESO PENAL/ APELACION

El proceso penal, en esencia, es un escenario de controversia. A través de él el Estado ejercita su derecho de investigar, juzgar y penar las conductas prohibidas por el ordenamiento jurídico. Esa actividad, sin embargo, en virtud del principio de legalidad, no puede desarrollarse de manera arbitraria. La ley establece las reglas de su adelantamiento y a ellas debe sujetarse la actividad del Fiscal, del Juez y de las partes. Es la manera de ordenar el debate procesal, el cual, adicionalmente, debe encontrarse permanentemente ceñido a los principios impuestos por la Constitución Nacional, como condición de validez de los actos del proceso. El derecho del sindicado a la defensa durante toda la actuación judicial y como expresiones de éste los de contradicción e impugnación, hacen parte de esas garantías, que de no cumplirse toman el proceso en inconstitucional, debiendo acudirse al mecanismo jurídico de la nulidad como forma de saneamiento de la conculcación.

La Constitución Política, aunque le permitió exceptionar al legislador, consagró en el artículo 31 el principio de la doble instancia frente a las sentencias judiciales, bien por vía de apelación o de consulta. El artículo 29, por su parte, estableció como derecho fundamental procesal del sindicado el de impugnar la sentencia condenatoria, el cual naturalmente opera, salvo las excepciones legales (procesos de única instancia), frente a los fallos que por disposición de la ley deban consultarse. La posibilidad de acceso a la segunda instancia, sin embargo, está condicionada por la ley. El recurso, en primer lugar, debe ser interpuesto oportunamente y, en segundo, ser sustentado por escrito ante la primera instancia o en forma oral ante el superior jerárquico.

La fundamentación de la apelación, por el aspecto indicado, es ya un acto trascendental. No le basta al recurrente afirmar una inconformidad general frente a la providencia que recurre, sino que le es imperativo concretar aquello de lo que disiente presentando los argumentos de hecho y de derecho que lo conducen a cuestionar la determinación impugnada. Sustentar indebidamente, en consecuencia, es como no

hacerlo, y la consecuencia de la omisión es que el recurso se declara desierto.

Es claro, entonces, de acuerdo a lo anterior, que la sustentación de la apelación es una carga del impugnante, que se constituye en un acto condición para acceder a la segunda instancia. Pero cumplido el requisito, dicha fundamentación –en tanto identifica la pretensión del recurrente— adquiere la característica de convertirse en límite de la competencia del superior, en consideración a que sólo se le permite revisar los aspectos impugnados, de acuerdo a como lo dispone el artículo 217 del Código de Procedimiento Penal. La sustentación, en otras palabras, fija el radio de acción del funcionario de segunda instancia y es limitativa de su actividad.

Si los fundamentos de la impugnación establecen el objeto de pronunciamiento del funcionario de segundo grado y ellos están referidos a discutir los términos y conclusiones de la decisión de primera instancia, es clara la relación de necesidad existente entre la providencia impugnada, la sustentación de la apelación y la decisión del Juez de segunda instancia. Providencia impugnada y recurso, entonces, forman una tensión, que es la que debe resolver el superior. Se trata de una de las manifestaciones más decantadas del principio de contradicción o controversia que rige el proceso penal y que explica el deber legal que tiene el Juez de integrar a la estructura del fallo el resumen de los alegatos presentados por las partes y el de analizarlos, de acuerdo a como se encuentra previsto en los numerales 3º y 4º del artículo 180 del Código de Procedimiento Penal.

Si el derecho de contradicción hace parte del derecho de defensa y los dos son elementos que estructuran la garantía del debido proceso constitucional, no oír a las partes constituye una irregularidad insubsanable, un acto de despotismo jurisdiccional que socava la esencia controversial del proceso penal y que por lo mismo no se puede tolerar.

Si el sujeto procesal tiene la carga de sustentar, se logra el equilibrio con la imposición al Estado de escucharlo, analizar lo que dice y ofrecerle una respuesta motivada. La técnica de la casación, por otro lado, no se explica sino en concordancia con estas exigencias. Una sentencia inmotivada dificulta hasta hacer imposible, la crítica clara y la impugnación precisa de sus premisas o sus conclusiones. Los falladores deben comprometerse con el contenido del proceso para que sus análisis puedan luego ser debatidos en el recurso extraordinario dado que este demanda atacar sus fundamentos y demostrar la inconsistencia de los juicios de valor allí formulados.

La sentencia implica un juicio sobre los hechos y sobre el derecho. Pero la fijación de los hechos implica una tarea que está más allá de

su consideración histórica dada la circunstancia de que a ellos se llega a través de los medios de prueba y que sobre éstos han de hacerse juicios de apreciación o valoración jurídicos (guiados por normas de experiencia, ciencia o lógica, o reglas que les asignan o niegan un determinado valor) o juicios de legalidad o validez. La fundamentación apunta precisamente a que el documento en que se recoge el acto de jurisdicción, o sea la sentencia, comprenda ambas clases de juicios de modo que de la manera más explícita posible sea asertiva, afirmativa y que no hipotetice. De ahí que cuando la sentencia no es expresa o terminante, o se manifiesta de manera ambigua o contradictoria, o se estructura de manera simplemente enunciativa con referencia a los actos de prueba y prescindiendo del thema probandi, se constituye en acto procesal defectuoso, vicio de actividad éste imposible de subsanar en la dinámica de las instancias, como tampoco susceptible de remedio en casación a través de su reemplazo, dado que con ello el superior terminaría trastocando la estructura del proceso por instancias o grados.

Proceso No. 11279

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal

Magistrado ponente: Dr. *Carlos Eduardo Mejía Escobar*

Aprobado Acta No. 42

Santa Fe de Bogotá D.C., veinticinco (25) de marzo de mil novecientos noventa y nueve (1999).

VISTOS

Resuelve la Sala el recurso de casación interpuesto por el defensor del procesado Carlos Alberto Victoria Trujillo, contra la sentencia del Tribunal Superior de Santa Fe de Bogotá de agosto 22 de 1995, mediante la cual condenó al mencionado a 28 meses de prisión, multa de $8.000.00 y al pago en concreto de los daños y perjuicios ocasionados con los delitos, al hallarlo responsable de los cargos de falsedad en documento privado, estafa y tentativa de estafa.

HECHOS Y ACTUACIÓN PROCESAL

Según afirmó María Ligia Achury Merchán (fl. 57), propietaria del Almacén Mas Cueros Jr., ubicado en la carrera 23 #63E-20 de Santa Fe de Bogotá, un pariente suyo le recomendó a un señor de nombre Absalón para que le vendiera artículos de cuero. Este fue al establecimiento comercial, cotizó productos y después, telefónicamente, le informó mandaría a una persona llamada Alfredo. Efectivamente alguien con ese nombre se presentó en el almacén, acompañado de un señor alto, de apariencia ex-

tranjera, quien sería el que le compraría. Este le manifestó que era un persona muy ocupada y le dijo que en el futuro las compras que hiciera serían a través de Alfredo. Que con éste enviaría su tarjeta de crédito, él mismo le llevaría el comprobante para firmarlo y posteriormente, cuando el Banco Industrial Colombiano –al cual estaba afiliada la tarjeta– girara la suma respectiva, también Alfredo recogería la mercancía.

Así sucedió en tres oportunidades según la declarante, en relación con compras por $598.000.00, $486.000.00 y $672.000.00. Pasó, sin embargo, antes de que Alfredo fuera a retirar la mercancía correspondiente a una cuarta compra por valor de $820.000.00, que un empleado de la firma Incocrédito le informó sobre el uso irregular de la tarjeta de crédito y se pusieron de acuerdo para capturarlo. Este acudió el 1º de noviembre de 1991 al establecimiento en donde el sargento viceprimero de la Policía Nacional Alex Polo Bolaños, quien prestaba sus servicios en Incocrédito autorizado por la Mebog, procedió a retenerlo. Alfredo resultó ser en realidad Carlos Alberto Victoria Trujillo y lo que inmediatamente se le atribuyó fue la utilización de una tarjeta "gemela" (la verdadera estaba en poder de su titular) para la adquisición de la mercancía por $820.000.00.

En el momento de la aprehensión, según el informe rendido por el sargento (fl. 4), Ligia Achury señaló que la misma persona había efectuado otras transacciones similares en días anteriores. En la requisa a que sometió el funcionario al capturado, de acuerdo a como consta en el mismo informe, se le encontraron los siguientes comprobantes de venta, correspondientes a las compras realizadas y los cuales fueron allegados a la investigación:

1. El #3129284 del 17 de septiembre de 1991, diligenciado por la suma de $598.000.00. El pago figura realizado con la tarjeta de crédito 5413251770346681 a nombre de Max Froenlich.

2. El #9728056 del 3 de octubre de 1991, diligenciado por la suma de $672.000.00. El pago figura realizado con la tarjeta de crédito 5416300019240820 a nombre de Harry R Durgin Jr.

3. El #9728063 del 7 de octubre de 1991, diligenciado por la suma de $486.000.00. El pago figura realizado con la tarjeta de crédito 5413069502880359 a nombre de Skjeine Magne Eilif.

4. Y el #3129280 del 28 de octubre de 1991, diligenciado por la suma de $820.000.00. El pago figura realizado con la tarjeta de crédito señalada en el punto anterior.

En el respaldo de cada uno de dichos comprobantes aparece un sello de RECIBIDO del Banco Industrial Colombiano.

Se dio comienzo a la investigación, fue vinculado mediante indagatoria Carlos Alberto Victoria Trujillo y el instructor, al resolverle su situación

jurídica, se abstuvo de proferirle medida de aseguramiento (fl. 28). En primera instancia, mediante providencia del 20 de septiembre de 1993, el sumario fue calificado con preclusión de la instrucción (fl. 181). Dicha decisión fue revocada el 7 de marzo de 1994 por la Unidad de Fiscalía Delegada ante el Tribunal Superior de Bogotá, a instancias del recurso de apelación interpuesto por la representante del Ministerio Público. Se determinó formular acusación al sindicado por cuatro delitos de falsedad en documento privado, los cuales se hicieron consistir en el hecho de que fue él quien suscribió los comprobantes de venta, en concordancia con lo que señaló la testigo María Ligia Achury, e igualmente los usó en cuanto fueron cobrados por el almacén Mas Cueros, siendo plenamente consciente en cada oportunidad de que hacía uso de una tarjeta de crédito ajena, alterando la verdad al "...falsear la firma de sus verdaderos titulares...". Igualmente se le realizaron los cargos de estafa y tentativa de estafa. El primero, en concurso, respecto del beneficio económico logrado con las transacciones por $598.600.00 y $672.000.00. El segundo relacionado con la compra de $820.000.00, que no alcanzó a ser pagada por el Banco Industrial Colombiano. En cuanto a la defraudación por la suma de $486.000.00, estimó el Fiscal de segunda instancia que se trataba de una conducta contravencional y dispuso la ruptura de la unidad procesal, ordenando la respectiva expedición de copias con destino a las autoridades de policía. (fl. 37 del c. de 2ª instancia de la Fiscalía).

En firme la acusación, causó ejecutoria el 19 de abril de 1994, se inició y dio trámite a la etapa del juzgamiento. Estuvo a cargo del Juzgado 67 Penal del Circuito de Santa Fe de Bogotá el cual dictó sentencia el 8 de noviembre de 1994 (fl. 229). Condenó al procesado a 34 meses de prisión, multa de $8.000.00, interdicción de derechos y funciones públicas por igual lapso al de la pena privativa de la libertad y a pagar a favor del Banco Industrial Colombiano la suma de $4.602.292.00 por concepto de daños y perjuicios. Por último, le subrogó la pena por la condena de ejecución condicional.

El defensor apeló el fallo y sustentó oralmente el recurso ante la Sala Penal del Tribunal Superior de Santa Fe de Bogotá. Y esta Corporación, mediante providencia del 22 de agosto de 1995 –la que es materia de casación–, aparte de fijar la pena de prisión en 28 meses, confirmó en lo demás la decisión impugnada.

La Demanda

Al amparo de la causal 3ª de casación el demandante le formuló tres cargos a la sentencia. Son los siguientes:

Primer cargo

"La sentencia –afirma— fue dictada en un juicio viciado de nulidad por violación del derecho a la defensa del procesado Carlos Alberto Victoria

Trujillo al desconocer, por completo, el Juez de segunda instancia, las alegaciones de la defensa en la sustentación del recurso de apelación y dictar sentencia de segunda instancia sin analizar las argumentaciones del recurrente y desechando hasta la misma sentencia impugnada". Dicha irregularidad, agrega, significó la violación de los artículos 1º, 7º, 139,180, 304 y 451 del C. de P.P.

Dice el defensor que el recurso de apelación, el cual se fundamenta en el principio de la doble instancia, significa la posibilidad otorgada por la ley de controvertir un pronunciamento judicial para que el superior jerárquico de quien la dictó analice sus consideraciones, sopese los argumentos del recurrente y determine si la decisión debe confirmarse, revocarse o modificarse. El juez de segunda instancia, entonces, debe referirse a la inconformidades del impugnante, quien las señala cuando cumple con el requisito de sustentación del recurso.

Según el demandante, en el caso examinado el Tribunal Superior no se refirió al alegato que la defensa presentó en la audiencia de sustentación oral del recurso de apelación en contra de la sentencia de primera instancia. Se limitó simplemente a afirmar, de manera genérica y ambigua, que "...contra todo lo que sostiene el distinguido defensor, la Sala encuentra cumplidos a plenitud los requisitos para dictar sentencia condenatoria...", sin rebatir sus argumentos, cuestionamientos y críticas en contra del fallo que para tal momento era la sentencia de la primera instancia y no la resolución acusatoria. En la sustentación de la alzada la defensa, refiere el censor, se refirió a los siguientes puntos:

"Los comprobantes encontrados al procesado tienen la anotación de proveedor y sello de consignación y la consignación sólo era posible por los propietarios del almacén.

"El Juez acepta que no podía tenerlos Carlos Victoria por lo que es censurable el comportamiento de Polo Bolaños y Ligia Achury.

"El Fiscal de segunda instancia y el Juez violan el principio de presunción de inocencia pues dedican su análisis a demostrar por cualquier medio que el procesado es culpable.

"En la resolución de acusación se da credibilidad a Polo Bolaños y Ligia Achury pero en la sentencia se desechan esos testimonios y se condena por otra vía de análisis.

"El Juzgado realiza elucubraciones de novela para explicar la posesión de los comprobantes de proveedor en cabeza de Victoria.

"La sentencia se basa en indicios de presencia y mala justificación pero humanamente, dada la contextura física y personalidad del sindicado, si es aceptable que este estuviera coqueteando.

"Las versiones de Ligia Achury son contradictorias pues en una "Alfredo" llevaba los comprobantes para ser firmados por el comprador extranjero y en la otra afirma que este los firmaba en su presencia.

"Al analizar los testimonios de cargo se hace una valoración fragmentada, pues se censura la intención de incriminar con los comprobantes pero se les cree el resto, según conveniencia del fallador.

"El Juez de conocimiento acepta la duda pero condena, lo que es antitécnico.

"Se solicita absolver por el sinnúmero de dudas probatorias".

El Tribunal nada dijo acerca de las argumentaciones de la defensa. No hizo referencia alguna al hecho de que la primera instancia aceptara la existencia de dudas notorias y no obstante haya decidido condenar. Tampoco aludió a las críticas realizadas a los testimonios De Alex De Jesús Polo ("de quien se dijo cometió un hecho punible al afirmar que los ... comprobantes con la anotación proveedor y sello de consignación al respaldo estaban en poder del procesado") y de Ligia Achury quien afirmó que los comprobantes eran firmados por "Alfredo" delante de ella.

La sustentación del recurso, en conclusión, no fue tenida en cuenta. El Tribunal se comportó como si ella no hubiera existido, "como si los Magistrados no hubieran estado presentes en la audiencia", como si no se hubiera allegado al expediente la grabación de la intervención. La expresión "contra todo lo que sostiene el distinguido defensor...", no cumple con el requisito de análisis del alegato exigido por la ley en el numeral 4º del artículo 180 del Código de Procedimiento Penal.

"...así como a la defensa –finaliza el censor– en la instancia del juicio y la impugnación se le exige exponer los motivos de inconformidad con las decisiones judiciales, pues no le es dado afirmar únicamente que no está de acuerdo, o simplemente decir apelo, es también obligación del juzgador analizar los alegatos para desecharlos. La práctica extendida en los despachos judiciales de afirmar sin explicación alguna su desacuerdo con la defensa y adentrarse en un análisis egoísta de la prueba, donde el fallador es el único con derecho a opinar, debe ser erradicada de los estrados judiciales. El defensor no puede seguir siendo un convidado de piedra al que se escucha y se respeta pero no se tiene en cuenta. El trabajo del defensor debe tener una mínima respuesta que le permita vislumbrar a este mismo y al acusado cuál fue el motivo para que sus alegaciones no hayan tenido incidencia dentro del debate propio del juicio".

Segundo cargo

Lo enunció el casacionista diciendo que la sentencia fue dictada en un juicio viciado de nulidad "...por haberse fundamentado la providencia de segunda instancia en los supuestos argumentativos de la resolución acusatoria prescindiendo de la existencia de la sentencia de primera ins-

tancia, por lo que se violaron sustancialmente las formas propias del juicio, al tenor del art. 304 numeral 2, el artículo 1º del C. de P.P. sobre el debido proceso y el artículo 34 de la ley 81 de 1993 que modificó el 217 del C.P.P. y el 445 de la misma obra".

Expresa el demandante, luego de señalar la estructura de la sentencia impugnada, que el Tribunal no analizó el fallo del juzgado de conocimiento, sino que dictó uno diferente tomando como base la resolución de acusación, por lo que no es verdad que se le haya impartido confirmación a la sentencia de primer grado. Los cuestionamientos planteados contra ésta por la defensa en la apelación era lo que debía resolver el Tribunal y no dictar un nuevo fallo con base en argumentaciones "diametralmente opuestas a las del Juez de primera instancia". Haberlo hecho violó a su parecer el debido proceso ya que profirió una sentencia, no susceptible de recurso ordinario alguno, "sobre fundamentos no tenidos en cuenta con anterioridad".

"Si la sentencia de primera instancia diera plena credibilidad a los testimonios –agrega el censor— como lo hace el Tribunal, otros serían los fundamentos de la apelación, pero la alegación se hizo con base en las dudas señaladas en primera instancia y no con base en la resolución acusatoria que toma como base el Tribunal para dictar su sentencia. Es de tal claridad esta infracción que dentro de la decisión del Tribunal no se hace referencia alguna a las motivaciones de la sentencia recurrida sino que se fundamenta exclusivamente en la resolución acusatoria, es decir que retrotrayó el proceso a una nueva sentencia de primera instancia eliminando el análisis de los cuestionamientos de la impugnación y la misma sentencia en sí. En mi concepto la única preocupación del honorable Tribunal fue la de dictar una sentencia en consonancia con los cargos del pliego acusatorio para no tener que adentrarse en la aceptación de las dudas notorias aceptadas en el fallo de primera instancia, lo que habría conllevado una decisión absolutoria por fuerza del artículo 445 del C.P.P.".

Concluye la defensa, entonces, que se dictaron dos sentencias condenatorias de primera instancia. El fallo del Tribunal fue claro en afirmar que no existe ninguna duda sobre la responsabilidad penal del procesado y el del Juez reconoció varias, como se puede constatar en los folios 236, 237, 242 y 243, cuyos apartes pertinentes transcribió. No puede hablarse en tales circunstancias, concluye el casacionista, "...de confirmación de la sentencia de primera instancia pues el Tribunal rechaza las dudas planteadas, no existe una ampliación de las afirmaciones del Juzgador de conocimiento ni una similitud en los análisis o una somera referencia a lo analizado en primera instancia, por lo que la providencia del Tribunal no es confirmatoria.

"Así queda demostrado que la sentencia impugnada violó el debido proceso por no haber decidido el recurso interpuesto sino haber entrado a

dictar una nueva sentencia con prescindencia total de la decisión de primera instancia y de la apelación interpuesta".

Tercer cargo de nulidad (Subsidiario)

Sostiene el censor en esta oportunidad, que se le violó el derecho de defensa a su representado, al omitirse el cotejo grafológico entre las muestras manuscriturales que se le tomaron con el original del comprobante 9728056, visible a folio 70 del expediente.

Dicho dictamen, a su parecer, revestía suma importancia "...ya que la base para dictar sentencia condenatoria fue la aceptación del testimonio de la señora Ligia Achury y esta dijo que el procesado tramitó y firmó los comprobantes de tarjeta de crédito con los cuales se cometió la estafa (en esa misma declaración la testigo afirma que ... le encontraron los comprobantes de tarjeta de crédito); por otra parte a folio 140 del cuaderno original la testigo ... afirmó que 'el señor Trujillo llevaba la tarjeta, no iban firmados pero cuando el o sea el señor Trujillo los firmaba en presencia mía'; la aseveración del Tribunal de que la manifestación de mi defendido sobre su inocencia estaba infirmada por la declaración de Celiano Matiz Laverde en el sentido de que –de acuerdo a lo manifestado por Ligia Achury– el sindicado llevaba elaborados previamente los comprobantes de compra y suplantaba al verdadero usuario o tarjeta habiente y firmaba por él...; así mismo es fundamento de la sentencia la plena credibilidad que se le da al testimonio del agente Alex De Jesús Polo en el sentido de que detuvo a un individuo 'ya que la señora propietaria del establecimiento manifestó que este sujeto le había hecho otras transacciones fraudulentas en meses anteriores...' (en esta misma declaración el agente informa que le encontró los comprobantes al sindicado)".

Así las cosas, concluye la defensa, de haberse practicado el dictamen grafológico se hubiera concluido que su representado no firmó los comprobantes de venta, con lo cual se desvirtuaría la declaración de Ligia Achury, que fue la base de los testimonios de Celiano Matiz y Alex Polo.

Cargo único. Causal 1ª de casación

En los siguientes términos lo enunció el casacionista:

"La sentencia viola indirectamente la ley sustancial por error manifiesto de hecho, por falso juicio de existencia al ignorarse los comprobantes de consignación números 9728056, 9728063 y 3129284 de color azul que corresponden al proveedor y tienen en su anverso sellos de consignación y anexados al proceso como prueba incriminatoria (folio 26) e ignorarse la afirmación de los testigos Ligia Achury (folio 58 línea 16) y Alex Polo (folio 77) que estos los poseía el procesado, así como lo dicho por el procesado en su indagatoria en el sentido de que los documentos le fueron introducidos en su calculadora por el agente".

Cita las normas que a su parecer resultaron violadas, concluyendo que en suma, todo reunido, significó la inaplicación del principio del in dubio pro reo.

"Aunque la Corte ha dicho –dice el recurrente en la sustentación del ataque— que la sentencia de primera instancia conforma con la de segunda una unidad jurídica POR LOS ASPECTOS EN QUE AMBAS COINCIDEN DE MANERA EXPLICITA O TACITA ... en el caso presente no hay tal coincidencia ya que la decisión de segunda instancia no hace referencia alguna a las dudas probatorias señaladas en la de primera y en manera contraria no critica los testimonios de Ligia Achury y Alex Polo sino que les otorga plena credibilidad a los medios probatorios referidos, eliminó la duda que se planteó en la sentencia de primera instancia. Es más, el Tribunal no tuvo en cuenta duda alguna pues si ello hubiere sido así la sentencia tendría que ser absolutoria como se argumentó en la sustentación de la apelación.

"Ahora bien, el efecto pernicioso de la omisión consistió en darle plena credibilidad a los testimonios de Ligia Achury y Alex Polo omitiendo confrontarlos con las pruebas que afirmaban la mendacidad de estos es decir la prueba documental que muestra que los comprobantes fueron consignados por el proveedor, es decir el Almacen Mas Cueros J.R. y la verídica posición del indagado de que le fueron introducidos en su calculadora lo que conlleva, por lo menos, la existencia de la duda probatoria sobre la participación de Victoria Trujillo en la comisión del hecho y su consecuente absolución. No podía otorgársele plena credibilidad a estos dos testimonios cuando ellos también incluyen la especie falaz de que el procesado portaba los comprobantes que corresponden al proveedor", concluyó el demandante.

CONCEPTO DEL PROCURADOR 3º DELEGADO EN LO PENAL:

Estimó el Agente del Ministerio Público que los tres cargos de nulidad realizados a la sentencia deben prosperar. Resultaron violados los derechos de defensa y de debido proceso y por lo tanto se debe casar el fallo. Pide como consecuencia, de prosperar cualquiera de los dos primeros cargos, anular el proceso a partir de la sentencia de segunda instancia. Y de prosperar el tercero, que la medida se adopte a partir del auto que abrió el juicio a pruebas. A continuación la síntesis de sus argumentos.

Cargo primero de nulidad

Señala el Procurador que el deber de sustentación del recurso de apelación apareja la obligación del ad quem *de estudiar y valorar los argumentos del recurrente, aunque no sean atendibles, para proferir su decisión. No puede decidir sin prestarles atención, ya que el recurrente en desarrollo del derecho de postulación, limita los temas de examen en la segunda instancia (art. 217 del C. de P.P.).*

En el presente caso el Tribunal dejó de lado los alegatos del recurrente. No los respondió y mucho menos los desvirtuó. Sólo se refirió a ellos cuando afirmó, de manera genérica, que no le asistía razón al recurrente.

Una de las principales manifestaciones del derecho de defensa, sigue el concepto, es la potestad de impugnar las decisiones que sean contrarias al procesado, sea ante el propio funcionario que hizo el pronunciamiento o ante su superior, presentando los argumentos respectivos para que sean valorados.

El derecho de impugnación, entonces, va más allá de la simple presentación de los recursos. "...implica, en efecto, el estudio de los planteamientos que se hacen para sustentarlos y la necesidad de que su falta de prosperidad se fundamente con argumentos atinentes a los expuestos por el sujeto procesal que se consideró agraviado con la decisión cuestionada, pues de otra forma, el vencimiento de la posición de la defensa se haría sin su previa audiencia, como lo exigen tanto los instrumentos internacionales sobre garantías procesales, como las reglas del debido proceso, de naturaleza constitucional. Por ello, el no estudiar los motivos de inconformidad expuestos por el recurrente, se debe considerar como una violación del derecho a la defensa".

Es lo que sucedió en el caso examinado, a criterio del Procurador. El Tribunal no se refirió a los puntos de desacuerdo del recurrente (los cuales relaciona). No los tomó en consideración y ello genera un motivo de nulidad que afecta el fallo de segunda instancia.

Segundo cargo de nulidad

En opinión del Agente del Ministerio Público está íntimamente ligado al anterior y debe igualmente prosperar. Señala, en primer lugar, que la segunda instancia, de conformidad los artículos 217 del Código de Procedimiento penal y el 350 del Código de Procedimiento Civil, tiene limitada su tarea al resolver el recurso de apelación a los puntos o materias impugnadas y que fueron objeto de la decisión de primera instancia, que es a la que debe referirse el superior funcional, para discutir los aspectos con los cuales se muestra en desacuerdo el recurrente.

El Tribunal, en el caso examinado, no se refirió al fallo del Juzgado Penal del Circuito. Su estudio se basó en la resolución acusatoria "...profiriendo, de esta forma, una nueva decisión, diferente a la sentencia de primera instancia, con consideraciones diversas y tomando como base de la responsabilidad del procesado, testimonios y pruebas desvirtuadas por el Juez de primera instancia, cuyos argumentos, si pretendía modificar la decisión, ha debido rebatir razonadamente".

El Tribunal transcribió la parte resolutiva del fallo apelado y al momento de decidir hizo referencia a los hechos y al pliego de cargos de la Fiscalía, añadiendo que compartía los argumentos de éste último. Segui-

damente asumió el estudio sobre la responsabilidad del procesado, la cual sustentó en los testimonios de Ligia Achury y Alex Polo, sin ninguna referencia a los indicios sobre los cuales el Juzgado construyó el compromiso penal del procesado.

La libre apreciación de las pruebas que rige en el sistema probatorio nacional, no significa que en la segunda instancia, cuando quiera valorarse una prueba desestimada en la primera se "...pueda actuar con plena liberalidad en su estudio, pues siendo aquella desestimación un motivo fundante de la sentencia reclamada, obliga su reexamen para acotar las deficiencias en la argumentación del Juez de primer grado, de manera que pueda sustentarse la nueva decisión en pruebas debidamente tasadas, estudiadas y asumidas como base suficiente para fundamentar una decisión contraria a la impugnada".

El Tribunal, contrariando su deber, simplemente presentó las consideraciones hechas por la Fiscalía, profirió su fallo de acuerdo con ellas y no tomó en cuenta la sentencia objeto del recurso, "...que era el objeto referente e indispensable de la apelación".

El juzgado, en varios apartes de la sentencia, afirmó la existencia de algunas dudas en cuanto a la supuesta tenencia por parte del procesado de los comprobantes de venta y por dicha razón le restó credibilidad a los testigos Alex Polo y Ligia Achury. El Tribunal les dio pleno crédito y sustentó con ellos la responsabilidad, sin analizar los razonamientos de la primera instancia sobre la credibilidad de los mismos.

El Agente del Ministerio Público sintetiza a continuación los fundamentos a partir de los cuales el Juzgado del Conocimiento y el Tribunal derivaron la responsabilidad del procesado, reiterando una vez más que la segunda instancia eludió el contenido de la decisión revisada, haciéndose evidente la existencia de dos fallos condenatorios diferentes, con presupuestos probatorios y argumentaciones distintos. "El de segunda instancia se emitió sin referencia directa al de primera, sin desvirtuarlo o, por lo menos, discutir sus consideraciones" y es aquí donde radica el quebranto de los derechos de defensa y de contradicción, que llevan a que se declare la nulidad de la sentencia de segunda instancia.

Cargo tercero de nulidad (subsidiario)

Según el Procurador este ataque, sustentado en la violación del derecho de defensa y del principio de investigación integral por no haberse practicado un dictamen grafológico, también está llamado a prosperar.

Ligia Achury, dueña del almacén y con cuyo dicho se dio por demostrada la responsabilidad del procesado en el delito de falsedad, señaló que el imputado firmaba los comprobantes de venta en su presencia e igualmente, incurriendo así en una contradicción que era necesario solucionar con

el dictamen pericial, que se los llevaba al dueño de la tarjeta de crédito para que los firmara.

En la fase de la instrucción fue ordenada la prueba y en la del juicio se dispuso oficiar, para el mismo efecto, al Banco Industrial Colombiano para que remitiera los originales de los comprobantes de venta y aunque no fueron allegados, dentro del expediente aparecía un original con el cual era posible realizar el cotejo grafológico, sin que así haya sucedido.

Quedó demostrada la responsabilidad del procesado en el delito de falsedad, en consecuencia, con declaraciones contradictorias a las cuales el fallador de primera instancia les restó credibilidad y en dicha medida la omisión probatoria fue trascendental, resultando por lo tanto transgredido el principio de investigación integral.

"El delito de falsedad –concluye el Procurador—puede demostrarse con prueba testimonial y con base en esta puede proferirse la resolución de acusación; pero esto no obsta para que la prueba que ofrezca certeza, seguridad sobre la autoría de este delito, en razón a las flaquezas que puedan exhibir otras probanzas, deba practicarse en forma posterior, en la fase del juicio, la cual cuenta con una etapa probatoria que tiene trascendencia para el desarrollo de la causa y el establecimiento de la responsabilidad penal del acusado.

"Esto no se hizo, razón por la cual procede la declaratoria de nulidad del proceso, desde el auto que abrió el juicio a pruebas, con el objeto de que se subsane la irregularidad, se ordene y practique el dictamen grafológico sobre las muestras manuscriturales tomadas al sindicado y el original del comprobante de pago aportado al proceso".

Causal primera. Cargo Unico

Lo invocado por el censor fue un supuesto error de hecho por falso juicio de existencia, que hizo consistir en que el juzgador ignoró los comprobantes de venta de color azul y la afirmación de los testigos Polo y Achury, según la cual tales documentos los tenía en su poder el procesado.

A criterio del Agente del Ministerio Público dichos medios de prueba fueron valorados por el Tribunal y en tal medida no se configura la violación invocada. Equivocó el libelista, entonces, el sentido de la transgresión, ya que podría tratarse de una apreciación errónea de la prueba, que conduciría a alegar un falso juicio de identidad, pero no un falso juicio de existencia.

El cargo, en consecuencia, no debe prosperar.

La Procuraduría, en conclusión, le pide a la Sala casar la sentencia de segunda instancia y declarar su nulidad. Subsidiariamente solicita la declaración de nulidad a partir del auto que abrió el juicio a pruebas.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

Dada la íntima relación existente entre los dos primeros cargos de nulidad realizados por el casacionista a la sentencia, la Corte los asumirá de manera conjunta. Ambos están referidos a la transgresión de las mismas garantías procesales e igualmente están orientados a que se declare la nulidad del fallo de segunda instancia.

En el ataque inicial sostiene el defensor, en esencia, que el Tribunal no tomó en consideración los argumentos a través de los cuales cumplió con su deber de fundamentación del recurso de apelación. No le merecieron ningún tipo de análisis, no los respondió, actuó como si no existieran.

Dicha sustentación, naturalmente, plasmó las inconformidades del recurrente con los términos del fallo de primera instancia, luego resulta manifiesto, si se tiene en cuenta que el segundo cargo realizado por el censor se refiere a que el Tribunal no examinó la sentencia impugnada y dictó una completamente desconectada de ésta, que ambos ataques de nulidad están íntimamente relacionados, como igualmente lo señaló el Procurador, y que nada impide que se examinen como uno solo, a lo que efectivamente procederá la Sala.

El proceso penal, en esencia, es un escenario de controversia. A través de él el Estado ejercita su derecho de investigar, juzgar y penar las conductas prohibidas por el ordenamiento jurídico. Esa actividad, sin embargo, en virtud del principio de legalidad, no puede desarrollarse de manera arbitraria. La ley establece las reglas de su adelantamiento y a ellas debe sujetarse la actividad del Fiscal, del Juez y de las partes. Es la manera de ordenar el debate procesal, el cual, adicionalmente, debe encontrarse permanentemente ceñido a los principios impuestos por la Constitución Nacional, como condición de validez de los actos del proceso. El derecho del sindicado a la defensa durante toda la actuación judicial y como expresiones de éste los de contradicción e impugnación, hacen parte de esas garantías, que de no cumplirse tornan el proceso en inconstitucional, debiendo acudirse al mecanismo jurídico de la nulidad como forma de saneamiento de la conculcación.

La Constitución Política, aunque le permitió excepcionar al legislador, consagró en el artículo 31 el principio de la doble instancia frente a las sentencias judiciales, bien por vía de apelación o de consulta. El artículo 29, por su parte, estableció como derecho fundamental procesal del sindicado el de impugnar la sentencia condenatoria, el cual naturalmente opera, salvo las excepciones legales (procesos de única instancia), frente a los fallos que por disposición de la ley deban consultarse. La posibilidad de acceso a la segunda instancia, sin embargo, está condicionada por la ley. El recurso, en primer lugar, debe ser interpuesto oportunamente y, en segundo, ser sustentado por escrito ante la primera instancia o en forma oral ante el superior jerárquico.

La fundamentación de la apelación, por el aspecto indicado, es ya un acto trascendental. No le basta al recurrente afirmar una inconformidad general frente a la providencia que recurre, sino que le es imperativo concretar aquello de lo que disiente presentando los argumentos de hecho y de derecho que lo conducen a cuestionar la determinación impugnada. Sustentar indebidamente, en consecuencia, es como no hacerlo, y la consecuencia de la omisión es que el recurso se declara desierto.

Es claro, entonces, de acuerdo a lo anterior, que la sustentación de la apelación es una carga del impugnante, que se constituye en un acto condición para acceder a la segunda instancia. Pero cumplido el requisito, dicha fundamentación –en tanto identifica la pretensión del recurrente– adquiere la característica de convertirse en límite de la competencia del superior, en consideración a que sólo se le permite revisar los aspectos impugnados, de acuerdo a como lo dispone el artículo 217 del Código de Procedimiento Penal. La sustentación, en otras palabras, fija el radio de acción del funcionario de segunda instancia y es limitativa de su actividad.

Si los fundamentos de la impugnación establecen el objeto de pronunciamiento del funcionario de segundo grado y ellos están referidos a discutir los términos y conclusiones de la decisión de primera instancia, es clara la relación de necesidad existente entre la providencia impugnada, la sustentación de la apelación y la decisión del Juez de segunda instancia. Providencia impugnada y recurso, entonces, forman una tensión, que es la que debe resolver el superior. Se trata de una de las manifestaciones más decantadas del principio de contradicción o controversia que rige el proceso penal y que explica el deber legal que tiene el Juez de integrar a la estructura del fallo el resumen de los alegatos presentados por las partes y el de analizarlos, de acuerdo a como se encuentra previsto en los numerales 3º y 4º del artículo 180 del Código de Procedimiento Penal.

Si el derecho de contradicción hace parte del derecho de defensa y los dos son elementos que estructuran la garantía del debido proceso constitucional, no oír a las partes constituye una irregularidad insubsanable, un acto de despotismo jurisdiccional que socava la esencia controversial del proceso penal y que por lo mismo no se puede tolerar.

Si el sujeto procesal tiene la carga de sustentar, se logra el equilibrio con la imposición al Estado de escucharlo, analizar lo que dice y ofrecerle una respuesta motivada. La técnica de la casación, por otro lado, no se explica sino en concordancia con estas exigencias. Una sentencia inmotivada dificulta hasta hacer imposible, la crítica clara y la impugnación precisa de sus premisas o sus conclusiones. Los falladores deben comprometerse con el contenido del proceso para que sus análisis puedan luego ser debatidos en el recurso extraordinario dado que este demanda atacar sus

fundamentos y demostrar la inconsistencia de los juicios de valor allí formulados.

En el caso examinado la queja del casacionista es que el Tribunal Superior en la sentencia de segunda instancia ignoró totalmente los fundamentos de la apelación y al tiempo no hizo ninguna referencia al fallo del Juzgado Penal del Circuito, cuyos términos fueron la base de la impugnación. Por metodología, para dirimir los puntos planteados se sintetizarán los argumentos de la sentencia de primera instancia e igualmente los de la sustentación de la alzada.

FUNDAMENTOS DE LA SENTENCIA DEL JUZGADO 67 PENAL DEL CIRCUITO

La materialidad de los delitos la encontró demostrada plenamente el juzgador con el informe policivo, el cual da cuenta de que el imputado, capturado en situación de flagrancia, pretendía hacerse a una mercancía en el Almacén Mas Cueros JR., utilizando para ello una tarjeta de crédito perteneciente a otra persona. Igualmente, con los comprobantes de venta obrantes en el expediente y que se dice fueron hallados en poder de Alberto Victoria Trujillo.

Con respecto a dichos documentos, de color azul y los cuales cuentan en el reverso con un sello del Banco Industrial Colombiano, que por lo mismo la defensa alegó que no podían estar en poder de su representado sino en el del establecimiento comercial, lo primero que hace el Juzgado es admitir que resulta inexplicable la situación. Luego, a manera de hipótesis, señala que ha podido suceder que Victoria Trujillo le haya hecho el favor al almacén de consignar los comprobantes y que no les haya regresado los documentos, lo cual de inmediato desecha. Acto seguido el Juez acepta que existe una duda en cuanto a que el sindicado haya en realidad tenido consigo los documentos, hasta el punto de admitir como posibilidad la afirmación del imputado consistente en que dichos comprobantes "...le fueron colocados arbitrariamente entre sus papeles personales, para afincar con mayor éxito su vinculación en los hechos denunciados".

Otro punto, que en su momento lo planteó la defensa, fue la crítica que le realizó a la conducta de la propietaria del almacén María Ligia Achury Merchán, quien de haber sido acuciosa en el diligenciamiento de los comprobantes se hubiera dado cuenta de que se utilizaron tarjetas de crédito a nombre de diferentes personas, aunque pertenecientes todas al sistema BIC. El Juzgado argumentó que dada la forma como se suscitaron las defraudaciones, era factible que la señora Achury Merchán hubiera sido confundida, a lo cual pudo contribuir su afán por lograr las ventas y la dificultad de retención de los nombres extranjeros que figuraban en las tarjetas de crédito. Significó, sin embargo, que a pesar de las dudas que dichas circunstancias pudieran generar en cuanto a la conducta de los propietarios de Mas Cueros, las mismas no traducían la total ajenidad del sindica-

do en los hechos "...que pueda, en un momento dado, eximirlo de responsabilidad como pretende hacerlo ver la defensa, pues del contexto mismo de la prueba allegada al proceso se vislumbra una serie de indicios que se toman comprometedores de su participación...". Dichos indicios fueron para el Juez de primera instancia los de presencia y mala justificación, los cuales a su parecer comprometen gravemente al acusado. Estaba en el lugar de los hechos y la explicación que suministró al respecto, esto es que ingresó al almacén con el único propósito de coquetearle a las mujeres que lo atendían y que entonces le imputaron gratuitamente los actos delictivos, no es creíble por insólita y contraria a las reglas de la experiencia. En consecuencia, estaba allí era para recoger la última mercancía irregularmente adquirida, tal y como lo había hecho en anteriores oportunidades, expresa el fallador.

Los comprobante supuestamente encontrados al capturado nuevamente entran en escena. El Juez admite como "bastante notoria" la duda sobre ese pretendido hallazgo, pero insiste en que ello no muestra la ajenidad del imputado en los hechos. Luego, enfatizando que debían estar en poder del proveedor, dice que es dable creerle al sindicado en cuanto a que le fueron puestos en su billetera "para afincar la incriminación" y que en dicha medida resulta censurable la actuación de quien lo capturó como de las personas que afirmaron que tenía en su poder los documentos, avalando el despacho judicial por lo tanto la decisión de la Fiscalía de expedir copias para investigar la conducta de la señora Achury Merchán.

"Sin embargo –concluyó el Juzgado– esto de ninguna manera entorpece los indicios tanto de mala justificación como de presencia que lo comprometen gravemente dentro del insuceso como se ha venido analizando por cuanto no es creíble para el despacho, ni ha sido satisfactoriamente justificada la razón o el motivo por el cual alude el acusado, entró al establecimiento, como tampoco puede apoyar este juzgador el que haya sido involucrado por un simple azar. Existió sí, un motivo, el cual fue recoger los elementos tantas veces aludidos, dando resonancia a la acusación vertida en su contra, y es que no era para más, confiado como andaba en que las anteriores defraudaciones habían sido culminadas con gran éxito, para ésta última no existía temor alguno y de ahí a que se haya aprestado a recoger la mercancía el día en que fuera capturado".

El recurso de apelación

El primer aspecto al cual se refirió el defensor en esa oportunidad fue el relacionado con el supuesto hallazgo en poder del capturado de los comprobantes de venta, que deberían estar en poder del proveedor ya que la función de consignar esos documentos en el Banco es del establecimiento comercial y no del dueño de la tarjeta de crédito. Polo Bolaños, el policía que capturó a su representado, y Ligia Achury, la dueña del almacén,

afirmaron que ese hallazgo tuvo ocurrencia, y a eso se limitan las pruebas incriminatorias.

El Juzgado –sigue la defensa—admitió que los documentos no podía tenerlos Victoria Trujillo y censura la conducta del agente de policía y de la comerciante "...porque estaban ... reforzando la prueba..." para incriminarle los hechos al capturado. Se trató, a juicio del apoderado, no de un comportamiento reprobable de los mencionados sino del cometimiento de un delito en contra de su representado. Incurrieron en falso testimonio.

Acto seguido, luego de expresar que el aparato judicial se equivocó en cuanto partió de la base de que el procesado era culpable, señaló que resultaba curioso que el fallo haya desechado los testimonios de Polo Bolaños y de Ligia Achury y que la resolución de acusación se haya fundamentado en el otorgamiento de plena credibilidad a los mismos. El Juzgado, en consecuencia, condenó al procesado "...por otro camino que no estaba dentro del proceso... con base en un análisis completamente diferente al que ya se había hecho". Aunque admite que el Juez tiene la potestad de realizar esos análisis, refiere que la seguridad jurídica demanda que exista concordancia "entre una medida de aseguramiento, una resolución acusatoria y una sentencia", que en el caso examinado no tuvo ocurrencia pues, como se dijo, la Fiscalía le otorgó credibilidad a unos testimonios y el Juez los desechó, basando la condena en los indicios de presencia y de mala justificación, que según el abogado eran uno solo. Simplemente porque la presencia de la persona y la explicación de dicha presencia constituyen un solo hecho indicador.

El relato que presentó el procesado lo presenta como posible. Es decir, que se encontraba en el almacén coqueteándoles a las mujeres que lo atendían y ha podido suceder que la propietaria, en problemas debido a que "...ha estado pasando documento falsos para estafar al sistema de crédito...", decidiera atribuirle la culpa a un extraño. Como refuerzo de esta argumentación refirió que la testigo expresó que el extranjero que se presentó en el almacén con "Alfredo" le indicó que éste se encargaría de llevarle los comprobantes para suscribirlos, pero refirió igualmente que Alfredo firmó los documentos en su presencia.

Como otro aspecto "curioso" de la sentencia calificó el hecho de que el Juez haya dividido los testimonios de Ligia Achury y de Polo Bolaños. Por una parte censurándoles que hayan introducido dentro de las pertenencias del capturado los documentos y por la otra otorgándoles credibilidad en lo restante. Concluye, entonces, luego de cuestionar esa forma de análisis del testimonio, que el juzgador tomó lo que le convenía para proferir la condena, la cual dictó a pesar de admitir la existencia de duda en cuanto a la tenencia de los comprobantes por parte del enjuiciado.

En conclusión, por el sinnúmero de dudas probatorias existentes, a las cuales agregó la que surge del hecho de no haberse determinado

probatoriamente si en realidad (como lo afirmó el Juez) las tarjetas de crédito utilizadas eran duplicados de las originales, pidió la absolución de su representado. Trece glosas hizo el defensor al fallo de primera instancia y la Sala los condensa para mayor ilustración luego de confrontarlas con el resumen escrito que obra en la foliatura y con el documento casete que se aportó a la misma, certificado como grabación original de la audiencia de sustentación oral:

1. Que la Fiscalía construyó la imputa imputación a partir del hallazgo de 3 comprobantes elaborados y consignados, en poder de Victoria.

2. Que ese argumento no tiene consistencia alguna porque tal función sólo corresponde a los propietarios del almacén.

3. Que por ese motivo a Victoria se le vincula al proceso.

4. Que el Juez de primera instancia acepta que su defendido no los portaba y por tanto, la conducta de quienes pusieron en su poder tales comprobantes no es de censurar por su afán de reforzar la imputación, sino que se trata de un delito cometido en su contra.

5. Que todo ello indica que el aparato judicial se equivocó y construyó la sentencia sobre una presunción de culpabilidad.

6. Que en tanto la acusación otorga plena credibilidad al policial Polo y a la administradora Achury, el Juez los desecha y, en cambio, lo condena por otro camino, bajo otro sistema de análisis.

7. Que la seguridad jurídica exige concordancia entre la medida de aseguramiento, la resolución acusatoria y la sentencia.

8. Que la sentencia de primera instancia elucubra; y que si hubiese partido de una presunción de inocencia, no habría hecho tales elucubraciones.

9. Que la acusación, en cambio, sí tiene lógica porque se decide por otorgar credibilidad a los testigos. La sentencia no la tiene porque desecha esos testimonios, especula y busca un camino para convencerse de la culpabilidad.

10. La explicación de Victoria sobre su presencia en el lugar, es normal. El defensor se refiere a las características físicas de la Administradora, la empleada del almacén y Victoria, para señalar que entonces su "coquetería" era normal.

11. Como la propietaria del almacén estaba estafando el sistema de crédito pasando documentos falsos, era necesarios para ella buscar un chivo expiatorio.

12. *Tras insistir en que las versiones de la señora Achury son contradictorias en cuanto describen el* modus operandi *del negocio que hizo con Victo-*

ria y sus compinches, y que por tanto una de ambas es falsa, critica al a quo por dividir los testimonios para dar credibilidad a lo que incrimina de ellas y reprochar, en cambio, lo de los comprobantes. Sostiene además que el Juez primero duda y a pesar de ello absuelve, y que lo que enumeró como indicios de tenencia y mala justificación son en realidad uno solo porque ambos se hacen consistir en que Victoria se encontraba en el almacén cuando fue capturado.

13. Finalmente con referencia a un carné falso que se encontró en poder de Victoria, como prestador de servicios de inteligencia militar, le quita todo peso a su presunta falsedad porque fue expedido en épocas aciagas y propone que no se compulsen copias para indagar sobre su falsedad dado que el hecho estaría prescrito.

Está claro para la Sala, una vez sintetizados los fundamentos de la sentencia de primera instancia, que el Juez, en primer lugar, consideró que Carlos Alberto Victoria Trujillo fue capturado en situación de flagrancia, cuando se disponía a recibir una mercancía adquirida irregularmente por la suma de $820.000.00. Igualmente que admitió la afirmación del procesado relativa a que le fueron puestos entre sus papeles los comprobantes de venta. Pero aún a partir de dicha aceptación y a pesar de poner en entredicho la conducta de los propietarios del establecimiento de comercio, le creyó a María Ligia Achury Merchán en cuanto al procedimiento que se utilizó en las diferentes compras que se realizaron con las tarjetas de crédito, incluyendo su afirmación relativa al nombre de "Alfredo" con el que se presentó desde un comienzo la persona capturada. En el análisis del Juez, además, se descartó por increíble el relato del sindicado, concluyendo, en suma, que los hechos sucedieron en la forma expuesta por la testigo.

La sustentación de la apelación contra el fallo, que como se advirtió en su momento determina el objeto del pronunciamiento de la segunda instancia, básicamente cuestiona que se les haya otorgado parcialmente credibilidad a la señora Achury Merchán y al Policía Polo Bolaños, a pesar de haberles censurado el hecho de haber falseado la verdad en cuanto al supuesto hallazgo de los comprobantes de venta en poder de Victoria Trujillo. Analiza igualmente el relato suministrado por el procesado y plantea como posible que las cosas hubieran tenido ocurrencia de la manera como las relató.

Puestos frente a frente los términos del fallo y de la sustentación, se tiene que la discusión planteada por la defensa fue eminentemente de valoración probatoria y estuvo relacionada con la responsabilidad penal del procesado. En consecuencia, ese fue el límite que se le impuso a la segunda instancia. El Juez, como le correspondía, analizó los medios de prueba y decidió condenar. No es cierto, como lo afirmó el apelante en la sustentación oral ante el Tribunal, que haya desechado los testimonios de

Ligia Achury y Polo Bolaños, a los cuales la Fiscalía en la acusación les confirió plena credibilidad. Simplemente no les creyó que el capturado llevara consigo los comprobantes de venta porque los mismos debían estar en poder del establecimiento comercial. Pero en lo restante los acogió como se desprende de una lectura detenida de la sentencia. Y, además, se repite, en dicho contexto, luego del análisis respectivo, refutó las explicaciones del sindicado y lo único que le creyó fue su afirmación de que no tenía consigo los comprobantes de venta allegados al expediente.

Así las cosas, eso es indiscutible, lo que en esencia hizo el apelante fue cuestionar que se haya creído en parte a los testigos mencionados e intentar sacar victoriosas las explicaciones que su defendido ofreció en la indagatoria. En esa dirección hizo su propia lectura de los medios de prueba, criticó el análisis que de los mismos hizo el Juez y obviamente su conclusión de certeza respecto de la responsabilidad penal del procesado, constituyéndose éste tema en el objeto de la impugnación y por lo tanto en el límite del pronunciamiento de la segunda instancia.

El Tribunal, si se observa la sentencia objeto del recurso de casación, tal como lo plantea el Procurador Delegado, se marginó de la discusión propuesta. Cierto que no tenía que responder punto por punto a las inquietudes del apelante, o para afirmarlo mejor, que no estaba condicionado necesariamente por su manera de abordar la crítica. Pero debía escuchar sus argumentos y no actuar como si la sentencia de primera instancia no existiera. La controversia planteada por la defensa fue eminentemente sobre valoración de los medios demostrativos obrantes en el expediente, sobre su alcance, y aunque a ello hizo referencia el Tribunal, lo llevó a cabo con tanto desdén y autoritarismo que dejando de lado las propuestas de la defensa transcribió parcialmente el dicho de un testigo en su mayor parte de oídas, parte de las versiones juradas de Ligia Achury y del cabo Polo y el siguiente fragmento contentivo, en 11 líneas, del juicio propio. Y agregó lo que en su momento expresó la Procuraduría al impugnar la preclusión con que se calificó el sumario por parte de la Fiscalía de primera instancia.

"No hay duda, entonces –es textualmente lo que dijo el Tribunal– de que quien se hizo pasar por Alfredo es el mismo Carlos Alberto Victoria Trujillo, quien fuera capturado en flagrancia. De modo que, asignándole plena credibilidad a las declaraciones, el Tribunal no encuentra dudas de ninguna índole para pregonar la responsabilidad penal de Victoria frente a los cargos que le formuló la Fiscalía. Por consiguiente, se dan por plenamente comprobados los cargos que motivaron sus enjuiciamiento. Las excusaciones del justiciable se rechazan porque, se reitera, está ampliamente desvirtuado. El haberse presentado ante el almacén utilizando nombre diferente, para ocultar su verdadera identidad, descubre el dolo con que procedía. Puestas en razón aparecen estas argumentaciones de la

Procuraduría: Incuestionablemente podemos llegar a la íntima convicción de que el acusado Carlos Alberto Victoria Trujillo conocía las conductas en que incurría, de que su participación en el agotamiento de las mismas fue a título de dolo el cual se desprende fácilmente del informe rendido por los agentes del orden donde se pone de conocimiento la forma como se produjo su aprehensión y porque; tal como lo acotan los empleados del almacén, no se entiende la razón para que el sujeto en cuestión hubiera tratado de evadir su responsabilidad procediendo al cambio de nombre pero curiosamente era quien se encargaba de recoger la mercancía una vez que el Banco avalaba la transacción comercial, es decir, concurría en la plena seguridad de que su actividad sería exitosa, así lo hacen saber los testigos María Ligia Achury y José Raimundo Chaparro Cruz quienes relatan cómo el sujeto se presentaba como empleado de una persona extranjera titular de la tarjeta Credibanco y sin embargo, al rendir sus descargos incrimina a los agentes aseverando las razones por las que estos colocaron entre sus pertenencias los recibos y demás documentos de que habla el informe, precisamente es ahí, consideramos, donde radican los artificios y engaños determinantes de la estafa pues el sujeto acusado concurre hasta el almacén a recoger el volante de Credibanco, sale, lo lleva hasta su patrón para que este lo firme, llena los datos y luego si vuelve a dejarlo para concretar la venta y recoger los elementos adquiridos, llamando nuestra atención el que nunca pudo presentarse error entre los empleados por cuanto estos fueron claros y contestes en aseverar que en una fecha concurre el acusado a llenar datos y al día siguiente retira el producto, luego no pudo haberse presentado confusión al señalarlo como uno de los responsables del hecho' ".

La sentencia implica un juicio sobre los hechos y sobre el derecho. Pero la fijación de los hechos implica una tarea que está más allá de su consideración histórica dada la circunstancia de que a ellos se llega a través de los medios de prueba y que sobre éstos han de hacerse juicios de apreciación o valoración jurídicos (guiados por normas de experiencia, ciencia o lógica, o reglas que les asignan o niegan un determinado valor) o juicios de legalidad o validez. La fundamentación apunta precisamente a que el documento en que se recoge el acto de jurisdicción, o sea la sentencia, comprenda ambas clases de juicios de modo que de la manera más explícita posible sea asertiva, afirmativa y que no hipotetice. De ahí que cuando la sentencia no es expresa o terminante, o se manifiesta de manera ambigua o contradictoria, o se estructura de manera simplemente enunciativa con referencia a los actos de prueba y prescindiendo del thema probandi, *se constituye en acto procesal defectuoso, vicio de actividad éste imposible de subsanar en la dinámica de las instancias, como tampoco susceptible de remedio en casación a través de su reemplazo, dado que con ello el superior terminaría trastocando la estructura del proceso por instancias o grados.*

Entonces cuando el Tribunal pasa por alto los términos de la alegación y su marco de referencia (que es la sentencia de segunda instancia, o la

acusación, o el trámite mismo del proceso, según el caso) y limita su actuación a transcribir parcialmente algunos testimonios y concluir de allí que no hay duda de que Victoria fue capturado en flagrancia y que no encuentra dudas de ninguna índole para pregonar su responsabilidad, no puede aceptarse que con ello esté justificando su decisión, que esté desarrollando un juicio crítico sobre tales pruebas. Al contrario, está cerrando todo camino al enjuiciamiento de sus razones y por ello está haciendo incontrovertible no solamente la decisión sino sus fundamentos.

En sí mismo, el problema que se suscita acá no es qué tanta credibilidad se podía otorgar a Ligia Achury, a Alex Polo y al denunciante Celiano Matiz, sino por qué se omitió la consideración de los elementos que otorgaban dicha credibilidad, en qué medida y sobre cuáles apartes de sus percepciones o de las afirmaciones que en tales dichos comprometían la responsabilidad de Victoria. Frágil la coartada de éste, es cierto, pero necesario era manifestarlo no solamente así sino mostrar cómo ella, al entrar en juego con lo que de comprometedor para él tenían los demás medios probatorios, no podía salir airosa por lo insólita o extravagante.

La construcción de la responsabilidad sobre dos indicios, acremente criticada por la defensa, no fue resuelta en el fallo. Las premisas sobre las que actúa la defensa para señalar que el fallo se edifica sobre una presunción de culpabilidad, no merecen ninguna observación. La tesis de la congruencia entre la medida de aseguramiento, acusación y sentencia, no se repara ni se cuestiona como mal concebida. Las glosas a los testimonios de la administradora del almacén y del cabo Polo (y a partir de ellas a la calificación de flagrancia) no son objeto de análisis ni para bien, ni para mal. Las razones por las que se considera verosímil la explicación del procesado, no se desestiman con algún apoyo de experiencia o indiciario. Tampoco se contradice el motivo en el cual la defensa afinca sus sospechabilidad de la versión de la señora Achury (estaba estafando el sistema de crédito pasando documentos falsos y necesitaba un "chivo expiatorio"), ni la poca fiabilidad que otorga a la calidad falsaria de un carné hallado al implicado.

De íntima convicción por oposición a sana crítica, es el procedimiento revelado en la sentencia y eso le vuelve ciertamente cuestionable, plenamente defectuoso. Y obviamente, en tanto desconoce la garantía del contradictorio, lo vicia de nulidad.

Los cargos de omisión de prueba y violación indirecta suponen –para poder ser considerados— la validez formal de la sentencia. Ni uno, ni otro, podrían verse en su cabal dimensión prescindiendo del raciocinio que es propio de ella. Es la razón para que prosperando los dos primeros ataques se dejen de analizar los demás. Ambos, en efecto, exigen la asunción de su estudio de cara al principio de trascendencia y, para el caso, que el debate de instancia se hubiese agotado de modo formalmente idóneo.

Así las cosas, la Sala casará el fallo recurrido, declarando la nulidad de la sentencia de segunda instancia, la cual debe ser dictada nuevamente y de manera debida por el Tribunal Superior de Santa Fe de Bogotá.

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:

CASAR la sentencia recurrida del 22 de agosto de 1995, mediante la cual el Tribunal Superior de Santa Fe de Bogotá condenó al procesado Carlos Alberto Victoria Trujillo. En consecuencia, se declara la nulidad de la misma y se dispone devolver el proceso al despacho de origen para que rehaga la actuación

Notifíquese y cúmplase.

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

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

INDICE ALFABETICO

Pág.

ABOGADO 22,171, 270,559
ABUSO DE CONFIANZA 409
ACCION DE REVISION 547
ACCION DE REVISION-Constancia de ejecutoria 559
ALTERNATIVIDAD PENAL 564
ALTERNATIVIDAD PENAL-Inaplicación 536
APELACION 1031
APELACION-Sustentación oral 839
AUXILIOS PARLAMENTARIOS 687
CAMBIO DE RADICACION 76
CAPTACION MASIVA Y HABITUAL DE DINERO 813
CASACION 14,17,432,507,570,643
CASACION-Interés para recurrir-Apelación 354
CASACION-No recurrente 516
CASACION-Trámite 354
CESACION DE PROCEDIMIENTO 60,301
CIERRE DE INVESTIGACION 920
COAUTOR 920
COAUTORIA 231,347
COLISION DE COMPETENCIA 490
COMPETENCIA A PREVENCION 862,1026
COMPETENCIA 111,920
COMPLEJIDAD 246
CONCIERTO PARA DELINQUIR 650
CONCURSO 942

Pág.

CONEXIDAD 111,246,920
CONFESION 574
CONSULTA 217,1010
CULPA 474,755
DEBIDO PROCESO 99,742,745
DEFENSA TECNICA 171,270,460,516
DEFENSOR 806
DELITO CONTINUADO 848
DELITOS CONEXOS 643,905
DEMANDA DE CASACION
46,119,138,231,291,294,343,401,630,667,678,827,905,963
DEMANDA DE CASACION-Causal primera 770
DERECHO DE DEFENSA 22
DOSIMETRIA PENAL 942
ERROR DE DERECHO 126,217,316,667
ERROR DE HECHO 126,316,667,885
ERROR EN LA CALIFICACION JURIDICA 720,813
ERROR EN LA DENOMINACION JURIDICA DE LA INFRACCION 46
EXEQUATUR 436
EXTORSION 246
EXTRADICION 983
EXTRADICION-Proceso en Colombia 541
EXTRADICION-Tratados 650
FALSEDAD EN DOCUMENTO PRIVADO-Uso 86
FALSEDAD EN DOCUMENTO 862,885
FALSO JUICIO DE EXISTENCIA 217,260,963
FALSO JUICIO DE IDENTIDAD 260,667
FISCAL 138,198
FISCALIA GENERAL DE LA NACION-Representación judicial 328
HABEAS CORPUS 590
HOMICIDIO AGRAVADO 536
HOMICIDIO 942
HOMICIDIO-Ley 40 de 1993 392,496
HURTO 281,729,958
HURTO-Propiedad industrial 736

Pág.
IMPEDIMENTO 149
INDAGATORIA 827
INDEMNIZACION 729
INDEMNIZACION DE PERJUICIOS 328,770
INIMPUTABILIDAD 144
IRREGULARIDAD 622
JUEZ REGIONAL 386
JUSTICIA PENAL MILITAR 298
JUSTIFICACION DEL HECHO 144
LEGITIMA DEFENSA 454
LIBERTAD CONDICIONAL 536,958
LIBERTAD CONDICIONAL-Aspecto subjetivo, narcotráfico 80
LIBERTAD PROVISIONAL 298,636,958
LIBERTAD PROVISIONAL-Requisitos factor subjetivo 72
LIBERTAD 432
MANDATO JUDICIAL-Revocatoria 555
MINISTERIO PUBLICO 32,320,507,992
NON BIS IN IDEM 848
NULIDAD 198,294,372,490,622,630,720
NULIDAD-Interés para recurrir 574
PECULADO 195,687
PENA 195,474
PENA-Reducción 308
PERITO 474,963
PERJUICIOS 474
PERJUICIOS-Interés para recurrir 17
PERMISO ADMINISTRATIVO 10,673
PERSONALIDAD DEL PROCESADO 381
PODERDANTE-Muerte del mandante 429
PORTE ILEGAL DE ARMAS DE DEFENSA PERSONAL-Munición, carga natural 386
PORTE ILEGAL DE ARMAS 496
PORTE ILEGAL DE ARMAS-Transporte de munición 424
PRECLUSION DE LA INVESTIGACION 198
PRESCRIPCION 570

Pág.

PRESUNCION DE INOCENCIA 432
PROCEDIMIENTO ABREVIADO 308
PROCESO PENAL 1031
PRUEBA PERICIAL 827
REAPERTURA DE LA INVESTIGACION 60
REBELION 246
RECURSO 839
RECURSOS 7,17,445
REDENCION DE PENA 14
REPARACION DEL DAÑO 281
REPOSICION 7
RESOLUCION DE ACUSACION 198,885
SANA CRITICA 164,217
SECUESTRO EXTORSIVO 636
SECUESTRO 246,392,496,1010
SENTENCIA ANTICIPADA 308,547,952
SENTENCIA ANTICIPADA-Interés para recurrir 156,445
SENTENCIA 885
SUSPENSION DEL CARGO 590
TENTATIVA DE HOMICIDIO 529
TERCERO CIVILMENTE RESPONSABLE 868
TERMINACION ANTICIPADA DEL PROCESO 156,308,445,547,952
TIPICIDAD 630
UNIDAD DE DEFENSA 806
UNIDAD PROCESAL 99
UNIDAD PROCESAL-Ruptura 392
VINCULACION AL PROCESO PENAL 992
VIOLACION INDIRECTA DE LA LEY 119

INDICE CRONOLÓGICO

RECURSOS/ REPOSICION. Es de la naturaleza de los recursos, corregir los yerros cometidos en las providencias judiciales, ubicándolas para un nuevo examen de cara a las razones jurídicas expuestas por el recurrente por las cuales el proveído es errado y así proceder a su corrección.

El Estudio de la viabilidad del recurso de reposición consulta además de su procedencia, interés y oportunidad, la sustentación, esto es, la exposición de las razones por las cuales la providencia debe ser revocada, reformada, aclarada o adicionada. Magistrado Ponente Dr. EDGAR LOMBANA TRUJILLO. Unica Instancia. Fecha: 19/01/1999. Decisión: Declara desierto el recurso de reposición interpuesto por la. parte civil. Procedencia: Corte Suprema de Justicia. Procesado: CAICEDO HUERTO, TOMAS. Proceso: 12291. Publicada: Si.

Véase también en Internet: www.ramajudicial.gov.co 7

PERMISO ADMINISTRATIVO. El permiso administrativo de 72 horas a que se refiere el artículo 147 de la ley 65 de 1993 sólo era procedente para condenados hasta el 15 de junio de 1997. A partir del 16 del citado mes y año, en virtud del artículo 5° del decreto 1542, dicho beneficio se hizo extensivo a los condenados en única, primera y segunda instancia, o cuyo recurso de casación se encuentre pendiente, previo el cumplimiento de los requisitos allí señalados. De conformidad con lo dispuesto por el numeral 1° del artículo 75 del Código de Procedimiento Penal, en concordancia con el artículo 15 de las normas transitorias de la mencionada obra, en el sub judice no era competencia del Juez de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad, ni del que dictó la sentencia de primera instancia, autorizar redención de pena por trabajo y estudio para efectos del artículo 147 de la ley 65 de 1993, porque éste sólo podía otorgarse cuando la sentencia hubiere cobrado ejecutoria material. Magistrado Ponente Dr. RICARDO CALVETE RANGEL. Casación -Libertad-. Fecha: 19/01/1999. Decisión: De-

Pág.

clara nulidad de providencia de mayo 30/97 emitida por el Juzgado, deniega libertad. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial. Ciudad: Neiva. Procesado: ORDOÑEZ MENESES, MILLER. Delitos: Tentativa de homicidio. Proceso: 10032. Publicada: Sí.

Véase también en Internet: www.ramajudicial.gov.co 10

REDENCION DE PENA/ CASACION. De conformidad con lo preceptuado por el artículo 510 del Código de Procedimiento Penal, «Corresponde al juez de ejecución de penas y medidas de seguridad, de oficio o a solicitud de alguno de los sujetos procesales, proferir mediante providencia motivada la resolución que haga cesar o rebaje una pena o medida de seguridad» (destaca la Corte).

Así pues, la resolución judicial a que alude el artículo 75 del Código Penal en que apoya su solicitud el procesado, solo puede ser dictada por el juez competente, es decir, el de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad como lo entiende el libelista, desde luego que una vez el asunto le sea enviado para la ejecución del fallo definitivo, que presupone su debida ejecutoria.

Según el artículo 230 de la Carta Política los jueces en sus providencias solo están sometidos al imperio de la ley, siendo la equidad solo un criterio auxiliar de la actividad judicial.

Reiteradamente ha sostenido esta Corporación que durante el trámite del recurso extraordinario de casación, no puede atender incidentes distintos a la libertad provisional, pena cumplida o redención de pena para los mismos efectos y los previstos en el artículo 147 de la Ley 65 de 1993. Magistrado Ponente Dr. DIDIMO PAEZ VELANDIA. Casación -Libertad-. Fecha: 20/01/1999. Decisión: Se abstiene de conocer respecto de la solicitud del procesado. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial. Ciudad: Bucaramanga. Procesado: BAEZ SAAVEDRA, WILLIAM. Proceso: 9663. Publicada: Sí.

Véase también en Internet: www.ramajudicial.gov.co 14

RECURSOS/ CASACION/ PERJUICIOS-Interés para recurrir. Para la procedencia de los recursos, tanto de los ordinarios como del extraordinario de casación, son menester dos requisitos: el primero, que se trate de un sujeto procesal al que la ley faculta para impugnar; el segundo, que exista interés en el recurrente, que se concreta en el perjuicio o agravio que la providencia atacada le causa.

Sin embargo, cuando se trata de la cuantía no basta para la existencia del interés que el fallo sea perjudicial al impugnante,

Pág.

sino que es necesario que el agravio tenga un determinado valor. En tratándose del recurso de casación, tales presupuestos deben examinarse desde el momento mismo en que el Tribunal determine si lo concede o no y en caso de que no concurran, no concederlo. Pero como esos requisitos, especialmente el interés, pueden no aparecer claros en ese momento procesal, y sólo evidenciarse en la demanda, el recurso será otorgado, pero la Corte, al establecer su no concurrencia, rechazará in limine el libelo.

Desde luego, que si al momento de decidir sobre la concesión del recurso aparece ostensible la falta de interés y, no obstante, el Tribunal lo concede, el remedio será la nulidad.

Conforme al artículo 221 del C. de P. P, cuando el recurso de casación tenga por objeto únicamente lo referente a la indemnización de perjuicios decretados en la sentencia condenatoria, deberá tener como fundamento las causales y la cuantía para recurrir que regulan la casación civil. Esa cuantía determina el interés para impugnar, para efectos de la procedencia del recurso, y se halla previamente fijada en la ley, por lo cual deberá confrontarse, en cada caso concreto, con la pretensión económica del recurrente, que cuando se trata de la parte civil será la diferencia entre lo pedido y lo reconocido en el fallo. Magistrado Ponente Dr. JORGE E. CORDOBA POVEDA. Auto Casación. Fecha: 20/01/1999. Decisión: Decreta la nulidad a partir inclusive del auto del Tribunal de. octubre 07/94. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial. Ciudad: Cundinamarca. Procesado: RAMIREZ GIRALDO, EDUARDO ANTONIO. Delitos: Homicidio culposo. Proceso: 10158. Publicada: Si.

Véase también en Internet: www.ramajudicial.gov.co 17

DERECHO DE DEFENSA/ ABOGADO. La situación del sentenciado (...), expuesta por el actor, en la cual se basa la pretensión que se pone a consideración de la Sala y que encontró aval en el Ministerio Público, indiscutiblemente tiene fundamento.

Así lo revelan los actos y las omisiones de que da cuenta el actor y que constan en este expediente, en cuanto se confrontan con el contenido de la garantía atinente al derecho de defensa que consagra el artículo 29 de la Carta Política, puesto que este precepto establece con carácter imperativo el ejercicio de la defensa técnica, esto es, la que puede desplegar efectivamente un conocedor de las normas, de los ritos, de los beneficios, de la hermenéutica jurídica, en otras palabras, un experto en la ciencia del Derecho, cuya intervención efectiviza principios como los de lealtad, igualdad y justicia que hacen parte de la normatividad que rige un

Pág.

Estado social y democrático de derecho. Garantía que, obviamente debe trascender la apariencia que dan las formas y plasmarse en una actividad que signifique debate equilibrado entre los intereses del procesado y la actividad punitiva estatal en sus dos aspectos, el de la investigación y el del juzgamiento. Indudablemente, esa lucha no está en capacidad de librarla quien no ha integrado a su bagaje intelectual ese conocimiento profesional.

Desde la óptica procesal, los actos irregulares, por regla general, son susceptibles de ser convalidados bajo ciertos condicionamientos, sin embargo, no es lo que ocurre con el derecho de defensa que constituye la excepción, en cuanto el legislador no admite que una transgresión de esa índole transcurra impunemente. Lo anterior significa que la única manera de subsanar la irregularidad sustancial denunciada y comprobada es retrotraer el proceso y reconstruirlo con la guía y cumplimiento de los principios constitucionales, desde el momento en que éstos resultaron quebrantados. Magistrado Ponente Dr. EDGAR LOMBANA TRUJILLO. Sentencia Casación. Fecha: 20/01/1999. Decisión: Casa la sentencia, declara nulidad de todo lo actuado,. concede libertad incondicional. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial. Ciudad: Medellín. Procesado: POSADA ALZATE, MAURICIO ALEXANDER. Delitos: Porte ilegal de armas, Tentativa de homicidio preterintencional. Proceso: 11242. Publicada: Si. Aclaración de voto Dr. NILSON PINILLA PINILLA -.

Véase también en Internet: www.ramajudicial.gov.co 22

MINISTERIO PUBLICO. En estas condiciones y siendo que el eventual legislador penal creado por la normatividad transitoria de la entonces recién expedida Constitución, al regular lo relativo con esta función del Ministerio Público optó por reproducir el numeral séptimo del artículo 277 de la Carta en el artículo 131 del Código de Procedimiento Penal, dejó en cabeza del Procurador General de la Nación como supremo director del Ministerio Público el deber de determinar, bajo los parámetros de objetividad ya anotados, los procesos en que debería intervenir, al igual que la dinámica que le imprimiría a cada uno de ellos, fijándole un mínimo y básico catálogo de actuaciones en las que imperativamente debe hacerlo, clarificando, como sucede en los casos en que se adelanten investigaciones previas por los hechos punibles de competencia de los jueces regionales, respecto de las cuales se dispone al tenor del artículo 134 ibidem., declarado exequible por la Corte Constitucional en sentencia del 22 de abril de 1.993, que «la participación del agente del ministerio público» es obliga-

Pág.

toria. Magistrado Ponente Dr. CARLOS A. GALVEZ ARGOTE. Sentencia Casación. Fecha: 20/01/1999. Decisión: Desestima la demanda, Casa parcial y de oficio, decreta. nulidad respecto del juzgamiento de la contravención.. modifica pena. Procedencia: Tribunal. Ciudad: Nacional. Procesado: MONTOYA VELEZ, JOHNY ALBEIRO. Delitos: Lesiones personales, Homicidio. Proceso: 11756. Publicada: Si.

Véase también en Internet: www.ramajudicial.gov.co 32

ERROR EN LA DENOMINACION JURIDICA DE LA INFRACCION/ DEMANDA DE CASACION. El error en la denominación jurídica se demanda en casación por la causal tercera, independientemente de que el nomen juris que se aduce afecte o no la competencia del funcionario que está conociendo, pues una de las garantías que comprende el concepto de debido proceso es que los cargos por los cuales se llama a juicio estén bien formulados, de manera que no es acertado solicitar simultáneamente la nulidad por falta de competencia, pues ese tópico depende de que triunfe la tesis del error en la denominación jurídica.

El error en comento se origina en la resolución de acusación, de ahí que el censor se equivoca al pedir que se decrete la nulidad desde el auto que definió la situación jurídica del procesado, en donde la denominación jurídica es puramente provisional y puede ser cambiada al momento de la calificación que es cuando ya se cuenta con todos los elementos de juicio necesarios. Magistrado Ponente Dr. RICARDO CALVETE RANGEL. Sentencia Casación. Fecha: 20/01/1999. Decisión: No Casa. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial. Ciudad: Santa Fe de Bogotá. Recurrente: CARRILLO, DARIO. Delitos: Tentativa de homicidio. Proceso: 10807. Publicada: Si.

Véase también en Internet: www.ramajudicial.gov.co 46

REAPERTURA DE LA INVESTIGACION/ CESACION DE PROCEDIMIENTO. El artículo 25 del Decreto 1861 de 1989, que modificó el artículo 473 del Código de Procedimiento Penal de 1987 (Decreto 050), disponía que en ausencia de prueba para cesar procedimiento o para formular resolución de acusación, el juez debía *ordenar la reapertura de la investigación* por un término que no podía exceder de un (1) año, con el señalamiento de las pruebas a practicarse durante dicho lapso. Igualmente preceptuaba que, vencido dicho término, nuevamente se cerraba la investigación, se corría traslado a las partes y *«acto seguido decretará cesación de procedimiento si no hubiere mérito para formular resolución de acusación».*

Pág.

En reiteradas oportunidades La Sala ha dicho que la previsión del artículo 25 del Decreto 1861 de 1989, que corresponde al inciso segundo del original artículo 273 del Código de 1987 (Decreto 050), consagró una causal de cesación de procedimiento o «*una causal sui generis de 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 parezca de manera inconcusa*» (auto de junio 28 de 1988, M.P. Gustavo Gómez Velásquez); por lo que resultaría incuestionable la operancia del principio de favorabilidad en el supuesto de que ahora se descubriera el cumplimiento de la preceptiva allí dispuesta, esto es, que oportunamente no se hubieran recaudado otras pruebas durante el término de reapertura y se mantenga valorativamente la situación de duda planteada en la primigenia calificación, pues indudablemente el procesado habría adquirido el derecho a una cesación de procedimiento. Magistrado Ponente Dr. JORGE ANIBAL GOMEZ GALLEGO. Sentencia Casación. Fecha: 20/01/1999. Decisión: No Casa. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial. Ciudad: Santa Fe de Bogotá. Procesado: CAITA SOTO, FABIO WILLIAM. Delitos: Peculado por apropiación, Falsedad en documento público. Proceso: 10664. Publicada: Si.

Véase también en Internet: www.ramajudicial.gov.co 60

LIBERTAD PROVISIONAL-Requisitos factor subjetivo. La fijación y el cumplimiento de la pena consecuencia de la transgresión de bienes jurídicos tutelados, no queda supeditada a las deficiencias del sistema carcelario patrio, 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 que tienen que ver 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 de diagnóstico y pronóstico, que hacen parte de la valoración integral que debe hacerse, estudio comprensivo del modo de conducirse en sociedad y de actuar del procesado, que en uno de sus aspec-

Pág.

tos 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: 26/01/1999. Decisión: No repone auto que negó libertad. Procesado: ARTEAGA BEDOYA, RUBEN DARIO. Proceso: 13996. Publicada: Si.

Véase también en Internet: www.ramajudicial.gov.co 72

CAMBIO DE RADICACION. En este caso se plantea un cambio de radicación de un proceso contravencional de un Distrito Judicial a otro, incidente que esta corporación está llamada a resolver, por lo siguiente:

Las normas que determinan el trámite de los procesos por las contravenciones especiales a que se refieren las leyes 23 de 1991 y 228 de 1995, no regulan en forma expresa el cambio de radicación de esa clase de asuntos, ni señalan el funcionario competente para resolver las respectivas peticiones.

El artículo 38 de la citada ley 228 establece que «En lo no previsto en la presente Ley se aplicarán las disposiciones del Código de Procedimiento Penal y las normas sobre desistimiento, prescripción y nulidades contenidas en la Ley 23 de 1991, siempre que no se opongan al carácter oral del procedimiento establecido en ella.»

De conformidad con la remisión a que alude el precepto que se acaba de transcribir, las disposiciones del decreto 2700 de 1991 que regulan el cambio de radicación son aplicables a los procesos que adelanten los Jueces Penales o Promiscuo Municipales por las contravenciones especiales a que se refieren las leyes 23 de 1991 y 228 de 1995. Magistrado Ponente Dr. NILSON PINILLA PINILLA. Cambio de Radicación. Fecha: 27/01/1999. Decisión: No accede al cambio de radicación. Procedencia: Juzgado Promiscuo Municipal. Ciudad: Maripí (Boyacá). Procesado: GUZMAN BECERRA, ORLANDO. Delitos: Abuso de confianza, Estafa. Proceso: 15116. Publicada: Si.

Véase también en Internet: www.ramajudicial.gov.co 76

LIBERTAD CONDICIONAL-Aspecto subjetivo, narcotráfico. En el Libro Primero, Título IV, Capítulo Cuarto del Código Penal están regulados los aspectos sustanciales de la *libertad condicional*, como tema incluido dentro de otro más amplio que es el de la *punibilidad*, concretamente caracterizado por formar parte y a la vez constituirse en alternativa de la *ejecución de la pena privativa de la libertad*. En efecto, el artículo 72 sujeta la procedencia del

Pág.

subrogado a un factor objetivo que atañe a la duración de la pena impuesta y el cumplimiento de una parte de ella, pero también la vincula con el denominado aspecto subjetivo que se traduce en las expresiones legales «*siempre que su personalidad, su buena conducta en el establecimiento carcelario y sus antecedentes de todo orden, permitan suponer fundadamente su readaptación social*».

Pues bien, un primer paso para el entendimiento de la expresión «*antecedentes de todo orden*», si se quiere preservar la coherencia del ordenamiento jurídico en la práctica, sería la interpretación a la luz de la mencionada ubicación sistemática y del orden lógico en la regulación jurídica del proceso penal, sin perjuicio del necesario reforzamiento con los elementos teleológicos que atañen a la ejecución penitenciaria. Así, las sanciones privativas de la libertad sólo pueden derivar de una sentencia condenatoria emitida en el curso de un proceso; el fallo debe fundarse en la certeza sobre un delito y la responsabilidad del acusado; y el proceso sólo puede incoarse ante la sospecha concreta de un hecho punible cometido por una persona claramente individualizada.. Magistrado Ponente Dr. JORGE ANIBAL GOMEZ GALLEGO. Casación -Libertad-Reposición. Fecha: 27/01/1999. Decisión: No repone auto que negó libertad. Procedencia: Tribunal. Ciudad: Nacional. Procesado: GARAVITO HERNANDEZ, RODRIGO. Delitos: Falsedad en documento privado, Enriquecimiento ilícito de. particular. Proceso: 14536. Publicada: SI.

Véase también en Internet: www.ramajudicial.gov.co 80

FALSEDAD EN DOCUMENTO PRIVADO-Uso. Se debe reiterar que la alocución «uso» que el artículo 221 del Código Penal impone como segundo acto que estructura la falsedad de documento privado, no alude a cualquier empleo que se pueda dar al escrito alterado, sino estrictamente a la utilización que le es propia. La letra de cambio es un título valor y como tal, constituye la prueba de existencia de una obligación; por tanto, está destinado a ser intercambiado por el valor que representa a su presentación ante el legítimo tenedor, sea que se trate de su girador o de un tercero que lo haya adquirido en cualquier negociación.

Eso significa que cuando, como en este caso, se presenta el título para su cobro judicial se le está justamente dando el uso inherente a su naturaleza (uso jurídico) y que describe típicamente el artículo 221 citado, de donde no queda duda que la falsificación de la letra de cambio y su utilización para promover un proceso de ejecución, involucra dos acciones jurídicamente relevantes para el derecho penal. Magistrado Ponente Dr. EDGAR LOMBANA

Pág.

TRUJILLO. Sentencia Casación. Fecha: 28/01/1999. Decisión: No Casa. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial. Ciudad: Santa Fe de Bogotá. Procesado: JIMENEZ GOMEZ, GUSTAVO. Delitos: Falsedad en documento privado, Fraude procesal. Proceso: 11192. Publicada: SI.

Véase también en Internet: www.ramajudicial.gov.co 86

UNIDAD PROCESAL/ DEBIDO PROCESO. La ley de procedimiento establece unos patrones rectores de los ritos que lo conforman, con el fin agilizar y simplificar la labor de dispensar justicia y facilitar a los sujetos procesales de la acción penal su participación en el desarrollo de la actuación, y la garantía de sus derechos. No obstante algunos defectos de actuación no tienen trascendencia suficiente para anularla, y otros en ocasiones pueden ser convalidados, siempre que cumplan su objetivo, y que no desconozcan el derecho de defensa o las bases fundamentales de la instrucción y el juzgamiento.

Uno de los cánones que regula el procedimiento penal es el principio de la unidad procesal, según el cual, sólo se adelantará un proceso para investigar y juzgar cada hecho punible, independientemente de la cantidad de autores o partícipes, como también cuando se trate de hechos punibles conexos. Sin embargo, la desobediencia de esta regla no tiene alcance de nulidad, porque la propia ley así lo admite, salvo que se afecten garantías constitucionales (art. 88 C.P.P.), luego ese mandamiento no hace parte irreductible de la estructura del sumario o del juicio, y por tanto, su incumplimiento no da lugar a la transgresión del debido proceso. Magistrado Ponente Dr. EDGAR LOMBANA TRUJILLO. Sentencia Casación. Fecha: 29/01/1999. Decisión: No Casa. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial. Ciudad: Ibagué. Procesado: YATE, REINALDO. Procesado: TOVAR YATE, ALFONSO MARIA. Procesado: YATE, JORGE AURELIO. Delitos: Lesiones personales, Tentativa de homicidio, Homicidio. Proceso: 11532. Publicada: SI. Aclaración de voto Dr. CARLOS EDUARDO MEJIA ESCOBAR -.

Véase también en Internet: www.ramajudicial.gov.co 99

CONEXIDAD/ COMPETENCIA. Los funcionarios que trabaron la colisión de competencia concuerdan en estar frente a delitos conexos entre sí, uno consistente en el suministro del revólver por parte del determinador al autor material del homicidio agravado. Aquel comportamiento aparece descrito en el artículo 1° del Decreto 3664 de 1986, adoptado como legislación permanente por el 1° del Decreto 2266 de 1991, cuyo juzgamiento está atribuido a los

Pág.

Juzgados Regionales, según lo estatuido en el ordinal 4° del artículo 71 del Código de Procedimiento Penal.

Como dicho delito está vinculado de medio a fin con el homicidio, se presenta una conexidad teleológica y había que dar aplicación al inciso segundo del artículo 89 del Código de Procedimiento Penal, recayendo la competencia para conocer del proceso por el concurso de hechos punibles en un Juzgado Regional. Magistrado Ponente Dr. NILSON PINILLA PINILLA. Auto Colisión de Competencias. Fecha: 29/01/1999. Decisión: Dirime el conflicto negativo, declara competencia al J. P.C. de. Anserma. Procedencia: Juzgado Regional. Ciudad: Medellín. Procesado: RODRIGUEZ GUERRA, RUBEN DARIO. Procesado: CANO GIL, JAIME ARTURO. Delitos: Homicidio. Proceso: 14539. Publicada: Sí. Salvamento de Voto Dr. EDGAR LOMBANA TRUJILLO.

Véase también en Internet: www.ramajudicial.gov.co 111

DEMANDA DE CASACION/ VIOLACION INDIRECTA DE LA LEY. Es conveniente, en procura de la claridad y precisión requeridas, que los demandantes en casación citen por su nomenclatura legal la causal que aduzcan y, dentro de esta causal, señalen también la clase de violación que planteen: si directa o indirecta. En este caso el actor ha debido, por tanto, citar el artículo 220, numeral 1º del Código de Procedimiento Penal, y dentro de ese artículo, citar el apartado segundo, que es el que contempla la violación indirecta (a través de la prueba); y si encontró que el fallador cometió «errores de hecho y de derecho», ha debido por lo menos decir en qué consistía cada uno de ellos, y qué pruebas afectaban. Magistrado Ponente Dr. DIDIMO PAEZ VELANDIA. Sentencia Casación. Fecha: 29/01/1999. Decisión: Desestima la demanda en consecuencia No Casa. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial. Ciudad: Medellín. Procesado: ECHAVARRIA MAZO, HECTOR DE JESUS. Delitos: Porte ilegal de armas, Homicidio. Proceso: 10575. Publicada: Sí.

Véase también en Internet: www.ramajudicial.gov.co 119

ERROR DE HECHO/ ERROR DE DERECHO. La doctrina jurisprudencial admite que el *error de hecho y el error de derecho* tienen origen común en la apreciación probatoria, pero los distingue para establecer que el primero viola el «ser» mientras que el segundo atañe al «deber ser»; en otras palabras, uno tiene que ver con la existencia empírica de la prueba, pero el otro se refiere a las prescripciones jurídicas sobre la misma.

Así entonces, las pruebas practicadas con violación del debido proceso indicado en la ley, son inexistentes o nulas de pleno de-

Pág.

recho por imperativo normativo, pero ontológicamente existen en el proceso. La inexistencia a la cual se refiere el inciso final del artículo 29 de la Constitución es jurídica y no empírica. En el caso de las pruebas que no cumplen las condiciones preestablecidas en la ley, no basta una comprobación empírica para determinar la disfuncionalidad sino que es necesario un juicio de valor jurídico a la luz de la confrontación de lo producido con el texto legal. Esta es la razón por la cual, en este último evento, el error sería de derecho y no meramente de hecho. Magistrado Ponente Dr. JORGE ANIBAL GOMEZ GALLEGO. Sentencia Casación. Fecha: 29/01/1999. Decisión: No Casa. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial. Ciudad: Santa Fe de Bogotá. Procesado: ORTIZ CARVAJAL, PEDRO MARTIN. Delitos: Porte de armas de defensa personal. Homicidio. Proceso: 11058. Publicada: Si.

Véase también en Internet: www.ramajudicial.gov.co 126

DEMANDA DE CASACION / FISCAL. Y, no es que se trate, claro está, de desestimular, contradictoriamente, tan trascendente función, que se insiste, deben cumplir todos los sujetos procesales, pero en especial, el ente acusador y el órgano de control, sino de recabar sobre la exigencia intelectual intrínseca que implica el desempeño de esta clase de deberes, como que lejos de lo formal se impone cuando menos el manejo básico no única y exclusivamente de la técnica casacional sino, y como es apenas obvio, de los conocimientos sustanciales correspondientes a los institutos jurídico penales que exijan los fenómenos cuestionados, pues de lo contrario, y como sucede en este caso, cuando, por lo objetivamente demostrado en el libelo, el Fiscal demandante ni siquiera acudió a la revisión del texto legal para acercarse a la comprensión de los requisitos exigidos para la sustentación de esta clase de impugnación, que son los que marcan su principal diferencia con los escritos de instancia y que hacen que la demanda sustentatoria no sea de libre elaboración, ni siquiera se distingue entre una excluyente de antijuridicidad y el reconocimiento de su exceso, que inusitadamente se termina confundiendo con el estado de ira, no puede en ninguna forma reconocerse que en forma seria se está buscando las correcciones de los presuntos vicios en que hayan podido incurrir los falladores de instancia. Magistrado Ponente Dr. CARLOS A. GALVEZ ARGOTE. Auto Casación. Fecha: 02/02/1999. Decisión: Rechaza in límine la demanda presentada por el Fiscal Quinto. Delegado ante la Unidad de Reacción Inmediata. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial. Ciudad: Barranquilla. Procesado: BULA

Pág.

HERRERA, DANIEL. Delitos: Homicidio. Proceso: 13642. Publicada: Si.

Véase también en Internet: www.ramajudicial.gov.co 138

JUSTIFICACION DEL HECHO/ INIMPUTABILIDAD. La justificación del hecho y la inimputabilidad del procesado constituyen fenómenos totalmente disuntos. Mientras en aquélla el comportamiento no es punible por ausencia de antijuridicidad, en ésta la responsabilidad se mantiene, presuponiendo tipicidad y antijuridicidad de la conducta. De allí que no sea posible su proposición dentro de un mismo cargo, pues conducen a soluciones procesales distintas. Magistrado Ponente Dr. FERNANDO ARBOLEDA RIPOLL. Auto Casación. Fecha: 02/02/1999. Decisión: Rechaza la demanda de casación. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial. Ciudad: Bucaramanga. Procesado: GALVIS, MAXIMINO. Delitos: Lesiones personales, Porte de armas de defensa personal,. Homicidio. Proceso: 12703. Publicada: Si.

Véase también en Internet: www.ramajudicial.gov.co 141

IMPEDIMENTO. La institución del impedimento es otro de los mecanismos que buscan salvaguardar la independencia, la neutralidad y la imparcialidad, para que los funcionarios procedan en los asuntos sometidos a su consideración teniendo capacidad objetiva y subjetiva en concreto para actuar ecuánimemente, evitando cuestionamientos al interior de la misma administración o frente a la comunidad, que debe percibir sin recelo las actuaciones de sus servidores.

La Carta establece la estructura y las funciones básicas de la administración de justicia, pero no le es pertinente entrar en reglamentaciones detalladas ni ocuparse de particularidades judiciales, cuya regulación atañe al legislador, particularmente a través de la ley estatutaria y de las codificaciones. Así, dentro de la normatividad nacional no tienen cabida impedimentos supralegales o de carácter constitucional y debe acudirse al código respectivo en cuanto de esa institución se trate, lo cual no obsta para que, por supuesto, se tenga en cuenta la Constitución como fuente y sustento de toda interpretación legal. Magistrado Ponente Dr. NILSON PINILLA PINILLA. Auto Impedimento. Fecha: 02/02/1999. Decisión: Declara infundado el impedimento manifestado por un. Magistrado de Tribunal. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial. Ciudad: Cali. Procesado: MARTINEZ RIZO, MARIA EUGENIA. Delitos: Tentativa de homicidio. Proceso: 14979. Publicada: Si.

Véase también en Internet: www.ramajudicial.gov.co 149

Pág.

TERMINACION ANTICIPADA DEL PROCESO/ SENTENCIA ANTICIPADA-Interés para recurrir. En la sentencia anticipada el procesado acepta su responsabilidad respecto de los cargos que se le formulan, es decir, consiente el perjuicio que le causa la resolución desfavorable, en lo atinente a la declaración de responsabilidad, siendo tal admisión irretractable. Por lo mismo, renuncia al interés para impugnar la sentencia con fundamento en la negación de esa responsabilidad, no teniéndolo, por lo tanto, sino en aquellos eventos que impliquen su reconocimiento, los que están expresamente previstos en el ordinal 4° del artículo 37B del C. de P.P, subrogado por el 5° de la ley 81 de 1993, vigente para la época en que se presentó la demanda, a saber, el subrogado de la condena de ejecución condicional, la condena para el pago de los perjuicios y la extinción del dominio sobre bienes, a los que se debe agregar la vulneración de derechos fundamentales del procesado, al tenor del inciso 4° del art. 37, ejusdem.

Fuera de estos casos, cualquier otra inconformidad de la parte defensora, resulta absolutamente impertinente, por carencia de interés. Por lo demás, la irretractabilidad se infiere no sólo de los preceptos citados, sino de la propia estructura lógica y jurídica de esta figura jurídica, pues si se admitiera se estaría entronizando su negación y total inoperancia.

Así mismo, aunque la ley habla de apelación, hay que entender, según doctrina de la Sala, que queda incluida la impugnación extraordinaria, «pues es claro que si el recurso de casación recae sobre el fallo de segunda instancia y éste, por obra de la limitante no podía pronunciarse en relación con aspectos distintos a los antes señalados, resulta también patente, por sustracción de materia, que la Corte no podía ocuparse de lo que legalmente estaba vedado al Tribunal».* Magistrado Ponente Dr. JORGE E. CORDOBA POVEDA. Sentencia Casación. Fecha: 02/02/1999. Decisión: No Casa. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial. Ciudad: Ibagué. Procesado: PARIS CHIAPPE, DANIEL. Delitos: Estafa, Captación masiva y habitual de dinero del púb. Proceso: 10306. Publicada: Si.

Véase también en Internet: www.ramajudicial.gov.co 156

SANA CRITICA. Es al juez a quien corresponde determinar el valor de los medios de convicción, de conformidad con las reglas de la lógica, la ciencia y la experiencia y si su conclusión, que viene acompañada de la doble presunción de acierto y legalidad, no

*.- *(Casación, abril 16 de 1998, M.P. Drs. Jorge Aníbal Gómez Gallego y Carlos E. Mejía Escobar).*

Pág.

coincide con lo planteado por el defensor, no puede derivarse de allí suficiente razón para endilgarle haber incurrido en error demandable en casación. Magistrado Ponente Dr. NILSON PINILLA PINILLA. Auto Casación. Fecha: 02/02/1999. Decisión: Rechaza in limine la demanda y declara desierto el recurso. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial. Ciudad: Santa Fe de Bogotá. Procesado: CONDE, JORGE HEBERT. Delitos: Tentativa de homicidio. Proceso: 12783. Publicada: Si.

Véase también en Internet: www.ramajudicial.gov.co 164

DEFENSA TECNICA/ ABOGADO. Cierto es que uno de los primeros actos propios de la defensa material es la designación de un defensor de confianza, a lo que no puede oponerse ni mucho menos impedirlo el Estado, pues siendo éste uno de los derechos más trascendentes e importantes no solo dentro del concepto del debido proceso legal, sino de la legitimación del ejercicio del poder punitivo, es claro, que de acuerdo con nuestra legislación vigente, el nombramiento del apoderado es ante todo decisión del imputado.

Tal derecho-garantía que es de carácter público y subjetivo, es además irrenunciable de parte de su titular, tanto que se convierte en una obligación para el Estado la provisión de la defensa en caso de que el procesado no quiera o no pueda costear los gastos que demanda la asistencia de un abogado de confianza, razón por la cual, es la defensoría pública la primera en ser la llamada a cumplir la labor de la asistencia legal gratuita, o en su defecto, la defensa de oficio, que como cumplimiento del deber constitucional de la solidaridad y colaboración con las autoridades de la República, deben aceptar los abogados litigantes. Magistrado Ponente Dr. CARLOS A. GALVEZ ARGOTE. Sentencia Casación. Fecha: 02/02/1999. Decisión: No Casa. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial. Ciudad: Villavicencio. Procesado: BERMUDEZ AGUDELO, JOSE FERNEY. Delitos: Porte de armas de defensa personal, Homicidio agravado. Proceso: 11396. Publicada: Si. Aclaración de voto Dr. CARLOS EDUARDO MEJIA ESCOBAR -.

Véase también en Internet: www.ramajudicial.gov.co 171

PECULADO/ PENA. Razón le asiste al defensor cuando afirma que no se tuvo en cuenta el principio de favorabilidad, pues si bien la ley 190 de 1.995 aumentó la pena mínima del peculado por apropiación a seis (6) años, simultáneamente ordenó una considerable disminución , [de la mitad a las tres cuartas partes), cuando la cuantía no supere un valor de cincuenta (50) salarios mínimos

Pág.

legales mensuales vigentes, lo cual hace que para esos eventos la pena mínima aplicable pueda ser dieciocho (18) meses de prisión, circunstancia que a su vez determina que la medida de aseguramiento procedente sea la caución juratoria o prendaria. Magistrado Ponente Dr. RICARDO CALVETE RANGEL. Unica Instancia. Fecha: 04/02/1999. Decisión: Cambia la medida de aseguramiento de detención domiciliaria por la de caución juratoria. Procedencia: Corte Suprema de Justicia. Procesado: BOCANEGRA PRIETO, RUDY. Delitos: Peculado por apropiación. Proceso: 14841. Publicada: Sí.

Véase también en Internet: www.ramajudicial.gov.co 195

PRECLUSION DE LA INVESTIGACION/ FISCAL/ RESOLUCION DE ACUSACION/ NULIDAD. Para concretar la función de investigar los delitos y acusar eventualmente a los presuntos responsables, ante los juzgados y tribunales, el mismo texto constitucional prevé como facultad propia de la Fiscalía la de «***calificar y declarar precluidas las investigaciones***», salvo en el caso de los congresistas, miembros de la fuerza pública por hechos relacionados con el servicio e indígenas (arts. 250-2, 186, 235-3, 221 y 246).

A la segunda parte de la expresión constitucional, «*declarar precluidas las investigaciones*», no puede dársele el mismo sentido legal de una de las formas de calificación, al lado de la resolución acusatoria (arts. 439 y 443 C. P. P.), o la significación también legal de uno de los modos de terminación anticipada del proceso (art. 36 *idem*), porque si la frase está precedida por la acción ínsita en el verbo «**calificar**» y conectada lógicamente con ella, sería un absurdo que el constituyente hubiese repetido en el mencionado giro lo que precisamente acababa de decir con el vocablo comprensivo de la calificación (acusación y preclusión). Si la nulidad es la sanción que establece la ley para el acto jurídico que en su realización haya violado u omitido las formas preordenadas por ella misma, en principio, no podrán decretarse nulidades por razones de mérito (*in iudicando*), sino de regularidad del procedimiento (*in procediendo*). Se trata de irregularidades en los elementos esenciales de composición de los actos del proceso, que por tener tal entidad desvirtúan en el hecho procesal su aptitud para cumplir el fin a que estaban destinados. En este orden de ideas, en lo que atañe a la nulidad de la resolución acusatoria por falta al debido proceso, sólo la justifican los vicios que impedirían proveer de fondo y dictar sentencia. Así entonces, si el fiscal exhibe la motivación básica, fundada en una apreciación racional de las pruebas que obran en el proceso y en una argumentación jurídica propia de su facultad de interpreta-

Pág.

ción, no puede ser motivo de nulidad, por el prurito de que el juez razona más elevadamente o de manera diferente, el hecho de que el calificador por antonomasia en ese momento haya descartado una circunstancia de agravación, o reconocido la atenuante por ira o intenso dolor, o admitido la complicidad como título de participación -en lugar de la autoría que piensa el juez-, o determinado la culpa o la preterintención, en vez del dolo, como componentes del aspecto subjetivo del tipo.

Estas discrepancias entre los funcionarios judiciales, en verdad, no obstaculizan la decisión de fondo, a menos que, como se dijo antes, la alternativa calificatoria propuesta por el juez comporte un cambio de competencia y haya lugar entonces a la respectiva colisión negativa, pues, en otras circunstancias, sería un desbordamiento de su poder que acudiera a una especiosa nulidad por falta al debido proceso, con el fin de imponer arbitrariamente la calificación que él concibe. Cosa distinta ocurre si en la pieza acusatoria falta la motivación sobre el hecho constitutivo del gravamen o la degradación, o la misma es ambigua o contradictoria, o el funcionario imagina soportes empíricos o racionales que no existen o que lógicamente no pueden inferirse dentro del proceso (absurdo), pues en tal caso la sentencia no puede dictarse porque carecería del apoyo acusatorio necesario para su congruencia.

La Corte ha sostenido reiteradamente que solamente el error en la denominación jurídica de la infracción constituye causal de nulidad, como vulneración del debido proceso, porque en tal evento el fiscal se aparta drásticamente de las reglas de lógica y comprensión jurídica que rigen el proceso de adecuación típica del comportamiento, dado que trasciende el capítulo o el título correspondiente, pues en tal evento la calificación jurídica ignorada por el fiscal y vista por el juez, se soporta sobre los mismos hechos que el instructor declaró probados, con lo cual el juzgador que decreta la invalidez no invade la órbita de las funciones propias del acusador. Magistrado Ponente Dr. JORGE ANIBAL GOMEZ GALLEGO. Sentencia Casación. Fecha: 04/02/1999. Decisión: Casa, decreta nulidad del auto del 04 de agosto/93 dictado, por el Juzgado. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial. Ciudad: Cartagena. Procesado: MARRUGO CERVANTES, ALFREDO LUIS. Delitos: Porte de armas de defensa personal, Homicidio. Proceso: 10918. Publicada: Sí.

Véase también en Internet: www.ramajudicial.gov.co 198

SANA CRITICA/ ERROR DE DERECHO/ FALSO JUICIO DE EXISTENCIA/ CONSULTA. Desde el punto de vista de la técnica casacional,

Pág.

si el libelista pretende censurar una prueba por considerar que se obtuvo con desconocimiento de los requisitos formales, su alegación es pertinente hacerla de manera separada y con estribo en el error de derecho por falso juicio de legalidad, a efectos de que la prueba no sea tenida en cuenta.

El error de hecho por falso juicio de existencia, resulta viable invocarlo cuando quiera que la prueba que se señala como omitida no solamente no fue tenida en cuenta por el fallador en su análisis, sino que por lo que ella demostraba, resultaba tan trascendente en el resultado del fallo, que otra hubiera sido la decisión tomada en la sentencia objeto de ataque.

En los casos en que el fallo de primera instancia tenga el grado jurisdiccional de consulta, ha dicho la Sala, el principio constitucional de la reformatio in pejus no tiene operancia, aún cuando se trate de apelante único. También ha señalado esta Corporación, que dicho grado jurisdiccional ha sido consagrado por el legislador a efectos de que se sometan a revisión algunas decisiones judiciales. Se trata de una figura procesal que, a diferencia de los recursos, opera por expresa voluntad del legislador y no a discreción de los sujetos procesales. A través de este mecanismo el superior tiene la facultad de revisar de manera ilimitada y en todos sus aspectos el asunto respectivo. Magistrado Ponente Dr. CARLOS EDUARDO MEJIA ESCOBAR. Sentencia Casación. Fecha: 04/02/1999. Decisión: No Casa. Procedencia: Tribunal Superior. Ciudad: Militar. Recurrente: CASTIBLANCO FETECUA, WILLIAM. Delitos: Peculado por apropiación. Proceso: 10168. Publicada: SI.

Véase también en Internet: www.ramajudicial.gov.co 217

DEMANDA DE CASACION/ COAUTORIA. 1.- Repetidamente la doctrina de esta Corte ha sostenido que cuando se denuncia la transgresión directa de la ley sustancial, es de cargo del actor precisar el sentido de la violación, e indicar, en cada caso, si esto ocurrió porque el juzgador dejó de aplicar determinado precepto sustancial, lo aplicó indebidamente, o no obstante haber acertado en su selección, lo interpretó erróneamente haciéndole producir efectos que la norma no establece, sin que resulte lógicamente posible aducir más de una modalidad de error respecto del mismo precepto.

2.- Mayor soporte tiene lo que viene de ser expuesto, si se considera la cita jurisprudencial que hace el Tribunal de una providencia fecha febrero 28 de 1985 con ponencia del Magistrado LUIS ENRIQUE ALDANA ROZO, reiterada en la sentencia proferi

Pág.

da el diez de marzo de mil novecientos noventa y tres con ponencia del doctor RICARDO CALVETE RANGEL, en la cual sobre el tema de la coautoría se precisó:

«En verdad que doctrina y jurisprudencia han aceptado que en los casos en que varias personas proceden en una empresa criminal, con consciente y voluntaria división de trabajo para la producción del resultado típico, todos los partícipes tienen la calidad de autores, así su conducta vista en forma aislada no permita una directa subsunción en el tipo, porque todos están unidos en el criminal designio y actúan con conocimiento y voluntad para la producción del resultado comúnmente querido o, por lo menos, aceptado como probable. En efecto, si varias personas deciden apoderarse de dinero de un banco pero cada una de ellas realiza un trabajo diverso: Una vigila, otra intimida a los vigilantes, otra se apodera del dinero y otra conduce el vehículo en que huyen, todas serán autores del delito de hurto. Así mismo, si a esa empresa criminal van armados porque presumen que se les puede oponer resistencia o porque quieren intimidar con el uso de las armas y como consecuencia de ello se producen lesiones u homicidios, todos serán coautores del hurto y de la totalidad de los atentados contra la vida y la integridad personal, aun cuando no todos hayan llevado o utilizado las armas, pues participaron en el común designio, del cual podían surgir estos resultados que, desde luego, se aceptaron como probables desde el momento mismo en que actuaron en una empresa de la cual se podían derivar». Magistrado Ponente Dr. FERNANDO ARBOLEDA RIPOLL. Sentencia Casación. Fecha: 04/02/1999. Decisión: No Casa y expide copias. Procedencia: Tribunal. Ciudad: Nacional. Procesado: CUARTAS BEDOYA, ANGELA PATRICIA. Delitos: Hurto calificado y agravado, Porte de armas de uso privativo, de las F.M., Homicidio agravado, Cohecho, Concierto para delinquir. Proceso: 11609. Publicada: Si.

Véase también en Internet: www.ramajudicial.gov.co 231

COMPLEJIDAD/ CONEXIDAD/ SECUESTRO/ EXTORSION/ REBELION. Los conceptos de complejidad y conexidad son claramente diferenciables. Mientras el primero de ellos presupone la estructuración de un solo ilícito, el segundo entraña la configuración de un concurso de hechos punibles, es decir pluralidad de conductas delictivas, estrechamente relacionadas entre sí por vínculos de diversa índole, como ideológicos, consecuenciales u ocasionales.

Por tanto, si lo pretendido era demostrar que los delitos de secuestro y extorsión quedaban comprendidos en la rebelión, por ser elementos típicos estructurantes de ella, ha debido alegar

Pág.

interpretación errónea del artículo 125 del Código Penal (modificado por el Decreto 2266 de 1991, artículo 8º, sub. 1º), y aplicación indebida de los artículos 6º y 7º del Decreto 2790 de 1990 (acogido como legislación permanente por el Decreto 2266 de 1991, art. 11), mas no exclusión evidente del artículo 127 del Código Penal, toda vez que la aplicación de esta preceptiva supone la configuración de delitos distintos de la rebelión y la sedición, jurídicamente autónomos.

Un ataque por falta de aplicación del citado artículo 127, solo resultaba posible de ser planteado de manera subsidiaria, no a partir de la consideración de que los delitos de secuestro y extorsión quedaban comprendidos por la rebelión (principio de absorción de los delitos comunes por el político), sino que siendo hechos punibles jurídicamente autónomos, debían ser objeto de exclusión de pena, por haber sido cometidos en combate, y no constituir actos de ferocidad, barbarie o terrorismo. Magistrado Ponente Dr. FERNANDO ARBOLEDA RIPOLL. Sentencia Casación. Fecha: 04/02/1999. Decisión: Casa, modifica numeral 1 de la parte resolutiva, impone pena. Procedencia: Tribunal. Ciudad: Nacional. Procesado: POSADA ESPINOSA, ALONSO DE JESUS. Procesado: VELASQUEZ ZAPATA, MARTIN ALONSO. Delitos: Extorsión, Rebelión, Secuestro extorsivo. Proceso: 11837. Publicada: Si.

Véase también en Internet: www.ramajudicial.gov.co 246

FALSO JUICIO DE IDENTIDAD/ FALSO JUICIO DE EXISTENCIA. Una cosa es tergiversar el contenido objetivo de una prueba para conferirle un significado y alcance distinto al que de manera obvia le corresponde -es lo que se conoce como falso juicio de identidad-; y otra, omitir la consideración de una conducta de la cual da cuenta determinada prueba (falso juicio de existencia-; y, otra muy distinta, efectuar un estudio analítico de la prueba y concluir de manera diversa a como lo hace el censor, caso éste en el cual el asunto se radica en una divergencia de criterio, ajena al error aducible en casación, pues se reduce a la inconformidad con el crédito otorgado a la prueba por el fallador en ejercicio de la crítica racional a que está obligado. Magistrado Ponente Dr. DIDIMO PAEZ VELANDIA. Sentencia Casación. Fecha: 04/02/1999. Decisión: No Casa. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial. Ciudad: Santa Fe de Bogotá. Procesado: LOPEZ NIÑO, TITO ANTONIO. Delitos: Homicidio. Proceso: 9770. Publicada: Si.

Véase también en Internet: www.ramajudicial.gov.co 260

Pág.

DEFENSA TECNICA/ ABOGADO. La omisión de la Fiscalía, al no proveer de oportuna y efectiva defensa al sindicado luego de su vinculación al proceso, estando obligado a ello, conlleva a evidente perjuicio contra ese derecho inalienable a la asistencia de un letrado durante la investigación, porque ante lo manifestado por (...) al finalizar su injurada, en el sentido de que «yo lo que quiero es arreglar con la Fiscalía y negociar mi pena y pagar...», ello sugería la expresión de su voluntad de acogerse al trámite consagrado en el artículo 37 o en el 37 A del Código de Procedimiento Penal. Magistrado Ponente Dr. RICARDO CALVETE RANGEL. Sentencia Casación. Fecha: 04/02/1999. Decisión: Casa, decreta nulidad a partir del cierre de investigación. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial. Ciudad: Santa Rosa de Viterbo. Procesado: GUALDRON MANRIQUE, FAGARDO DARIO. Delitos: Lesiones personales, Homicidio. Proceso: 11005. Publicada: Si.
Véase también en Internet: www.ramajudicial.gov.co 270

HURTO/ REPARACION DEL DAÑO. La suspensión de la actuación penal, como consecuencia del trámite de la audiencia especial, no impide que se haga la solicitud de rebaja, pues como lo expresa el Procurador Delegado,.

«Esta suspensión de la actuación procesal que dispone la ley es entendible, habida cuenta del carácter especial que comportan este tipo de procedimientos. Y propende fundamentalmente porque no se siga tramitando el proceso de acuerdo con los parámetros ordinarios, a fin de no alterar las condiciones jurídicas y probatorias que sirven de fundamento a la audiencia especial. Es decir, que aquellos actos que no modifican las referidas condiciones y que por ende no pueden alterar el núcleo esencial de la acusación, no están comprendidos dentro de dicha limitación».

Por otra parte, aunque la aceptación de la aminorante de punibilidad, por parte del juez, afecte la dosificación punitiva acordada entre procesado y fiscal, tal variación está ajustada al debido proceso y a los principios de lealtad e igualdad, pues si el propio legislador previó la oportunidad para impetrarla, esto es, hasta antes de dictarse sentencia de primera instancia, siendo, por ende, viable en el período que transcurre entre el acuerdo y el fallo, no pudo haber sorprendimiento de ninguna clase. Además, si el juez, cumplidos los requisitos que la norma exige, debe conceder el descuento, gozando de discrecionalidad sólo para fijar el quantum del mismo, no se puede afirmar que esa variación de la pena convenida sea ilegal o desconocedora del acuerdo.

Pág.

Para tener derecho a la diminuente, el responsable del punible contra el patrimonio debe pagar el valor total del perjuicio, y si éste es cubierto en todo o en parte por un tercero, que no cancela a nombre del procesado, tal reembolso no se puede considerar como indemnización a favor de éste, que estará obligado a devolverle a ese tercero lo pagado, para que se pueda considerar que ha indemnizado.

En el mismo sentido, si el objeto material no es recuperado y un tercero, como la compañía de seguros, paga su valor, ese pago no se puede imputar a favor del procesado, para efectos del artículo 374, a menos que devuelva lo pagado a ese tercero. Magistrado Ponente Dr. JORGE E. CORDOBA POVEDA. Sentencia Casación. Fecha: 05/02/1999. Decisión: Desestima la demanda, casa parcial y de oficio para imponer, como pena principal la suspensión en el ejercicio de la actividad de conducir vehículos automotores. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial. Ciudad: Cali. Procesado: VARGAS RIVERA, PEDRO ENRIQUE. Delitos: Hurto calificado y agravado, Homicidio culposo. Proceso: 9833. Publicada: Si.

Véase también en Internet: www.ramajudicial.gov.co 281

DEMANDA DE CASACION. En la demanda de casación el señalamiento de la causal que se aduzca con indicación clara y precisa de sus fundamentos, es carga de imprescindible cumplimiento de parte de los censores, so pena del temprano rechazo del libelo por la imposibilidad que tiene la Corte de conocer a ciencia cierta cuál o cuáles son los errores *in procedendo o in iudicando* que supuestamente afectan la legalidad del fallo atacado, deficiencia que implica la inexistencia del juicio técnico habilitador del estudio de fondo del asunto, constituyéndose el libelo que de tal falla adolece en un escrito ajeno a los fines del extraordinario recurso que como bien se sabe tiene supeditados los temas al límite impuesto por el impugnante en una demanda en forma, sin que el Tribunal de casación pueda llenar los vacíos dejados por éste. Magistrado Ponente Dr. JORGE ANIBAL GOMEZ GALLEGO. Auto Casación. Fecha: 09/02/1999. Decisión: Rechaza in límine la demanda y declara desierto el recurso. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial. Ciudad: Cali. Procesado: GONZALEZ, JOSE LUIS. Delitos: Acceso carnal violento. Proceso: 13750. Publicada: Si.

Véase también en Internet: www.ramajudicial.gov.co 291

DEMANDA DE CASACION/ NULIDAD. La circunstancia de que la sentencia de segundo grado sea objetada en casación a través de

Pág.

la causal 3a. del artículo 220 del C. de P.P., como acontece en este caso, no exime al demandante del deber de fundamentar las censuras con claridad y precisión, es decir, de indicar la irregularidad eventualmente generadora de nulidad, señalando las garantías que se consideren vulneradas y demostrando la incidencia de ellas en la legalidad del proceso y la situación jurídica del afectado.

Tal es la exigencia prevista en el numeral 3o. del artículo 225 del mencionado estatuto, precepto éste que establece los supuestos de forma que debe reunir esa clase de demanda y de los cuales depende la proseguibilidad del recurso extraordinario. Magistrado Ponente Dr. DIDIMO PAEZ VELANDIA. Auto Casación. Fecha: 09/02/1999. Decisión: Rechaza in limine la demanda y declara desierto el recurso. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial. Ciudad: Cali. Procesado: MOSCOSO RIVERA, RUBEN DARIO. Delitos: Tentativa de homicidio. Hurto calificado y agravado. Porte de. armas de defensa personal. Proceso: 12984. Publicada: Si.

Véase también en Internet: www.ramajudicial.gov.co 294

LIBERTAD PROVISIONAL/ JUSTICIA PENAL MILITAR. Al respecto, la Sala estima conveniente precisar que al peticionario se le adelantó proceso penal por el delito de homicidio simple, resultando condenado en primera instancia por el Comandante del Departamento de Policía del Tolima, en decisión del 11 de abril de 1.995 y, en segunda, por el Tribunal Superior Militar, en sentencia del 4 de julio de 1.995, a la pena de 10 años de prisión.

Así las cosas, debe reiterar esta Sala que frente a los procesos adelantados de conformidad con el Código Penal Militar no rige el beneficio impetrado, por cuanto la mencionada Ley solamente modificó al artículo 72 del Código Penal, dejando incólume el artículo 66 del Código Penal Militar.

Es decir, en tratándose de un tal procedimiento, no procede la libertad provisional con fundamento en el cumplimiento de las tres quintas partes de la condena, razón por la cual se debe negar la solicitud.

Sobre este aspecto, en decisión del 16 de enero de 1.998, se dijo:.

«Por su parte el artículo 1o. de la Ley 415 de 1997 modificó, es cierto, el régimen de la libertad condicional en términos favorables para el condenado, salvo las excepciones que allí mismo se contemplan, pero de manera exclusiva para los casos en los que se aplica el Código Penal y no el Código Penal Militar, pues el artículo 1o. de esa preceptiva es claro al reformar el Código Penal

Pág.

introduciendo en él un nuevo artículo 72A, en el que se plasman las modificaciones invocadas. Sin embargo, como en el Código Penal Militar su artículo 66 regula la libertad condicional, y sobre él no ha recaído modificación ni adición alguna, es claro que se trata de dos regímenes penales distintos, y que la ley 415 no extendió su alcance más allá de las situaciones contempladas en el Código Penal, Decreto 100 de 1980.». Magistrado Ponente Dr. JORGE E. CORDOBA POVEDA. Casación -Libertad-. Fecha: 09/02/1999. Decisión: Niega libertad provisional. Procedencia: Tribunal Superior. Ciudad: Militar. Recurrente: VILLAMIL HERNANDEZ, RICARDO. Delitos: Homicidio. Proceso: 11334. Publicada: Si.

Véase también en Internet: www.ramajudicial.gov.co 298

CESACION DE PROCEDIMIENTO. La decisión de cesar procedimiento o de precluír, que válidamente puede adoptar la Fiscalía, en cualquier momento de la investigación, tienen semejanza a la sentencia porque hacen tránsito a cosa juzgada, así en su forma y en el momento procesal en que se asumen, sean distintos.

La razón de ser de esta aparente disonancia está al alcance del hombre de mediana inteligencia; no se justifica agotar las etapas regulares del proceso para ponerlo en trance de sentencia, si desde los inicios se está de cara a una causal que impide la prosecución de la acción penal. Y si dicha determinación se toma en la fase de la investigación, y ella traduce una de las maneras de terminar el proceso en forma anticipada , elemental es deducir que el proceso no puede arribar a la etapa superior del juicio. Lo que ha sido afirmado por la Sala en punto a la cesación de procedimiento en la etapa de juzgamiento, y que sirve para aclarar la confusión que yace en el entendimiento de la defensa, es lo que se transcribe a continuación:.

«Doctrina y Jurisprudencia coinciden en señalar dos clases de causales de cesación de procedimiento: las objetivas, cuya demostración se evidencia con el solo aporte de la prueba, como ocurre con la muerte del procesado, despenalización de la conducta, prescripción de la acción, etc. Cualquiera de estas hipótesis que se presenten en cualquier momento de la investigación o del juicio, por no ameritar esfuerzo interpretativo alguno, imponen el deber de cesar el procedimiento extraordinariamente (art.36 C.P.P.) en le juicio, o precluir investigación en el sumario; y las subjetivas, que presuponen siempre análisis de la prueba existente, como tipicidad, antijuricidad o culpabilidad, las que solamente generan preclusión de la investigación siempre que no se haya cerrado ésta y nunca cesación de procedimiento en la causa, porque siendo aquél el obje-

to específico de la calificación (art.443 id.), no resulta lógico pretermitir ésta que es la vía ordinaria insoslayable una vez clausurada la investigación; menos aún lo es cuando proferida la resolución acusatoria, donde como lo ordena la ley precisamente deben examinarse esos elementos constitutivos del delito, se sustituyan por esta vía extraordinaria los recursos o, lo que sería peor aún, que agotados éstos se pudiese cuestionar el análisis probatorio de decisiones ejecutoriadas y constituídas por lo mismo en la ley del proceso, so pretexto de una interpretación meramente literal del precepto. Se afectarían los principios de lealtad e igualdad, rectores del procedimiento con carácter prevalente (art.22 C.P.P.) e incluso el derecho fundamental del debido proceso, pues el rito ordinario no es una mera forma de actuación, sino un trámite esencial, una garantía de rango constitucional.

«Pero algo más, en este orden de ideas, el artículo 454 del C. de P.P. que es norma posterior dentro de una misma codificación y por tanto prevalente en lógica, dispone diferir para el momento de dictar sentencia, las decisiones que se deban tomar respecto de 'las peticiones hechas por las partes en el curso del juicio', excepto las relacionadas con la libertad o detención del acusado, la practica de pruebas o las que afecten sustancialmente el trámite (nulidad).» (Auto de abril 28 de 1.993, M.P. Dr. Didimo Páez Velandia). Como su propia etimología revela, el proceso penal se desenvuelve en una serie de momentos o periodos, en los cuales se reparte el ejercicio de la actividad del funcionario judicial y de las partes, de tal modo que algunos actos deben corresponder a determinado periodo, fuera del cual no pueden ser ejercitados, todo ello dirigido a que dicha actividad se desenvuelva sin solución de continuidad y evitar que se distraiga con perjuicio de la resolución de lo que constituye la relación jurídico -procesal. Esto, en atención de los principios de preclusión y de concentración que gobiernan el proceso penal de obligado acatamiento.

Es de fácil entendimiento que si en la etapa precedente a la del juicio se han debatido suficientemente los aspectos relativos a la tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad - que aquí fue examinado in extenso por el Fiscal General de la Nación - resultaría aberrante y contrario al sentido común que los mismos temas sean tocados de nuevo en este momento de la preparación de la audiencia pública, con notorio rompimiento de la continencia del juicio, quedando así la resolución del proceso a voluntad de los sujetos procesales. De ahí para que siguiendo el esquema procesal que con lógica ha señalado el legislador deba entenderse que el trámite normal del juicio solo puede truncarse por sobrevenir,

Pág.

o, para emplear la expresión del precepto, cuando se verifique una causal que, por su naturaleza, lo impida, como sería la muerte del procesado, la prescripción, etc., pues las de carácter valorativo- atipicidad, causales de justificación, de inculpabilidad - sólo pueden ser objeto de especial tratamiento al momento de pronunciarse el fallo. Magistrado Ponente Dr. DIDIMO PAEZ VELANDIA. Única Instancia. Fecha: 10/02/1999. Decisión: Se abstiene de emitir pronunciamiento, ordena recepción de, testimonios. Procedencia: Corte Suprema de Justicia. Procesado: LASSO GOMEZ, SEGUNDO SALVADOR. Proceso: 15212. Publicada: SI.

Véase también en Internet: www.ramajudicial.gov.co 301

PROCEDIMIENTO ABREVIADO/ TERMINACION ANTICIPADA DEL PROCESO/ SENTENCIA ANTICIPADA/ PENA-Reducción. A propósito de obtener una significativa reducción punitiva en relación con la que habría de corresponderle en el fallo de seguirse el trámite ordinario, el procedimiento abreviado, establecido bajo la forma de sentencia anticipada, posibilita al reo ejercer la facultad de disponer de parte del rito y renunciar a la controversia fáctica y jurídica por los hechos punibles que le han sido imputados en la providencia que definió su situación jurídica o calificó el mérito del sumario, según la etapa en que la solicitud sea presentada, para allanarse, expresa y libremente a los cargos que la Fiscalía le formule, aceptando de esta manera su responsabilidad penal por el hecho atribuido.

Por involucrar este procedimiento la voluntad del procesado de admitir sin condicionamiento alguno la imputación delictiva y su responsabilidad penal, la ley no estableció la posibilidad de interponer recursos contra el acta que contiene la acusación, ni un período probatorio posterior que pudiera dar lugar a confirmar o desvirtuar sus soportes, y señaló que el paso siguiente en el rito legal consistiera solamente en el proferimiento de la correspondiente sentencia de mérito por el juez competente, contra la cual puede ser ejercido el derecho de impugnación por el Fiscal, el Ministerio Público, el procesado o su defensor, «aunque por estos dos últimos sólo respecto de la dosificación de la pena, el subrogado de la condena de ejecución condicional, y la extinción de dominio sobre bienes» (C. P. P. art. 37 B, num. 4o.).

En tratándose de las sentencias proferidas dentro del trámite abreviado, la jurisprudencia ha precisado que los aspectos respecto de los cuales puede ser interpuesto el recurso de apelación, condicionan igualmente la interposición del recurso extraordinario de casación, «el cual no puede ser utilizado para desco-

Pág.

nocer el hecho cierto de la responsabilidad penal voluntariamente aceptada que el procesado tenía posibilidad de haber rechazado y, sin embargo, no lo hizo» (Auto Julio 2/97 M. P. Dr. ARBOLEDA RIPOLL).

Al precisar el alcance del artículo 37 B num. 4 del C. de P.P., señaló además, que implícitamente esta norma no «tolera la discusión de otros temas, porque ello comportaría una retractación inoportuna, sin perjuicio obviamente del control de legalidad que siempre concierne al fiscal y al juez. Para guardar la coherencia en la aplicación del derecho en el curso de todo el proceso, la Corte ha sostenido y reitera que tal restricción en los asuntos de debate también impera en el ejercicio del recurso de casación, pues alimentar la controversia de otras materias en esta sede sería propiciar la frustración de la legítima prohibición de retractación de la aceptación voluntaria de responsabilidad, a través de otro medio legal (la burla de la ley por la misma ley) y el desconocimiento de la naturaleza especial de estas formas premiaturas de terminación del proceso» (Auto Mayo 6/97, M. P. Dr. GOMEZ GALLEGO). Magistrado Ponente Dr. FERNANDO ARBOLEDA RIPOLL. Auto Casación. Fecha: 10/02/1999. Decisión: Rechaza la demanda de casación. Procedencia: Tribunal. Ciudad: Nacional. Procesado: PINEDA SIERRA, JESUS ALFREDO. Delitos: Porte de armas de defensa personal. Secuestro extorsivo,. Concierto para secuestrar. Proceso: 13250. Publicada: Sí.

Véase también en Internet: www.ramajudicial.gov.co 308

ERROR DE HECHO/ ERROR DE DERECHO. La vulneración mediata de la norma sustancial acontece por error de derecho o de hecho. Este puede consistir en falso juicio de existencia (suponer o ignorar una prueba) o en falso juicio de identidad (distorsionar el contenido fáctico de la prueba). Aquél está conformado por falso juicio de legalidad (violación de los preceptos que regulan la aducción de la prueba) o por falso juicio de convicción (no otorgarle a la prueba el valor establecido por la ley). Tanto el error de hecho como el de derecho llevan a la aplicación indebida o a la falta de aplicación de la ley sustancial. Magistrado Ponente Dr. NILSON PINILLA PINILLA. Auto Casación. Fecha: 10/02/1999. Decisión: Rechaza in límine la demanda. Procedencia: Tribunal. Ciudad: Nacional. Procesado: DELAIN MENDOZA, GILBERTO. Delitos: Homicidio con fines terroristas. Proceso: 13650. Publicada: Sí.

Véase también en Internet: www.ramajudicial.gov.co 316

MINISTERIO PUBLICO. De acuerdo con el Código de Procedimiento Penal, Título III, Capítulo II, el Ministerio Público es un sujeto

Pág.

procesal que puede intervenir en todas las etapas de la actuación, y para el cumplimiento de sus funciones está facultado para solicitar copias del expediente, a su costa.

En esas condiciones no es función que corresponda a la Corte remitirle copias que no ha solicitado, ni tampoco exigirle que se pronuncie sobre memoriales de los demás sujetos procesales, pues salvo en el recurso de casación en que es obligatorio que conceptúe sobre la demanda, en los demás trámites su intervención es de su exclusiva responsabilidad, y sabrá como ejercerla.

Los servidores públicos están obligados a poner inmediatamente en conocimiento de la autoridad competente los delitos de que tengan noticia, independientemente de que ellos hayan ocurrido dentro o fuera de algún proceso, de modo que no resulta atinado ni respetuoso calificar el cumplimiento del deber como forma de intimidación, procedimiento en el que por lo demás la Corte jamás incurre.

La preocupación por defender una causa encomendada no puede llevar al abogado al campo de la actuación descomedida, ni a buscar desicalmente que se vea en el cumplimiento del deber del Juez algo oscuro e irregular, para tratar de combatir con ese método lo que resulta difícil en el campo jurídico. Magistrado Ponente Dr. RICARDO CALVETE RANGEL. Unica instancia. Fecha: 11/02/1999. Decisión: No repone. Procedencia: Corte Suprema de Justicia. Procesado: GOMEZ HERMIDA, JOSE ANTONIO. Delitos: Peculado por apropiación, Falsedad en documento privado. Proceso: 13702. Publicada: Si.

Véase también en Internet: www.ramajudicial.gov.co 320

FISCALIA GENERAL DE LA NACION-Representación judicial/ INDEMNIZACION DE PERJUICIOS. Es cierto que el inciso 3° del artículo 249 de la Constitución Política le concede «autonomía administrativa y presupuestal» a la Fiscalía General de la Nación, pero antes el texto se cuida de señalar que dicha entidad «forma parte de la rama judicial». Esta última previsión tiene su sentido porque, no obstante la separación funcional nítida entre fiscales y jueces, la Carta mantuvo la unidad de la rama judicial, razón por la cual tanto de la Fiscalía como de los juzgados, tribunales y altas corporaciones se predica su pertenencia a esa rama del poder público (Título VIII).

Frente a este marcado espíritu constitucional de unidad, resulta insuficiente la interpretación exegética que el recurrente propone en relación con el numeral 8° del artículo 99 de la Ley 270 de 1996, en el sentido de que la representación judicial adjudicada

a la Dirección Ejecutiva de Administración Judicial es una mera función administrativa, que, como tal, sólo concierne a las entidades gobernadas por el Consejo Superior de la Judicatura y no a la Fiscalía que en esa materia ostenta autonomía.

Para preservar la integridad y el carácter sistemático del ordenamiento jurídico, como se lo propone la *ratio legis* del artículo 4° de la Constitución, conviene acudir a una visión de conjunto y también teleológica tanto de la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia como de la norma en cuestión, hermenéutica que se traduce en lo siguiente:.

Respecto de la administración de la rama judicial, la ley estatutaria prevé las funciones de la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, que no siempre se refieren exclusivamente a los órganos tradicionales de administración de justicia (juzgados y corporaciones), sino que en más de una ocasión involucran también el funcionamiento de la Fiscalía General de la Nación.

Así, de acuerdo con el numeral 1° del artículo 85, el proyecto de presupuesto de la rama judicial lo elabora y lo presenta al Gobierno la Sala Administrativa del Consejo Superior de la judicatura, aunque antecedentemente debe incorporar el que proponga la Fiscalía General de la Nación.

De otra parte, el numeral 28 del mismo precepto señala que dicha Sala llevará el control del rendimiento y gestión institucional de la Corte Constitucional, de la Corte Suprema de Justicia, del Consejo de Estado e igualmente de la Fiscalía General de la Nación.

De igual manera, conforme con el artículo 87, la Sala Administrativa elabora el plan sectorial de desarrollo para la rama judicial, que deberá ser presentado al Gobierno, pero siempre consultará las necesidades y propuestas que tengan las entidades antes mencionadas (incluida la Fiscalía).

Por último, el artículo 88 reitera que la Fiscalía presenta su proyecto de presupuesto a la Sala Administrativa para su incorporación al proyecto de presupuesto general de la rama, y será dicho órgano el que lo haga valer ante el Gobierno Nacional para su inclusión en el presupuesto general de la nación.

Es decir, como los procesos judiciales pueden afectar positiva o negativamente el presupuesto de la rama judicial, se ha preferido razonablemente unificar la realización del respectivo proyecto en la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, así se respeten las proposiciones que sobre la materia haga la

Pág.

Fiscalía General de la Nación, gracias a la autonomía que constitucionalmente se le reconoce.

Esa unificación del presupuesto de la rama judicial, con matices respetuosos del funcionamiento autónomo de la Fiscalía General de la Nación, exigía coherentemente centralizar la representación de la Nación-Rama Judicial en los procesos judiciales que pudieran afectarlo. Esa es la razón para que se haya situado dicha función en la Dirección Ejecutiva de la Administración Judicial, «órgano técnico y administrativo que tiene a su cargo la ejecución de las actividades administrativas de la rama judicial, con sujeción a las políticas y decisiones de la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura» (art. 98).

El hecho de que por obra de un proceso judicial resulte un ingreso o un gasto que pueda incidir en el presupuesto de la rama judicial, concretamente el de la Fiscalía, no desdibuja la intervención representativa del Director Ejecutivo de la Administración Judicial, pues es asaz claro que en materia presupuestaria siempre debe establecerse una coordinación entre la Sala Administrativa del Consejo y el Fiscal General, aunque la vocería obligatoriamente corresponda a la primera.

Nótese, además, que las funciones del Director Ejecutivo se discriminan por legislador estatutario en consonancia con el ámbito de las mismas, pues, en relación con la gestión de los procesos judiciales, se dice que dicho funcionario representa a la **Nación-Rama Judicial**, por sus obvias consecuencias en el presupuesto que la Sala Administrativa (no el fiscal) debe ventilar ante el Gobierno Nacional (numeral 8); y, con perspectiva diferente, en lo que atañe a los actos o contratos que deban otorgarse o celebrarse para bien del funcionamiento de la rama judicial tradicional, sólo actúa en nombre de la **Nación-Consejo Superior de la Judicatura** (numeral 3), porque en la Fiscalía tal actividad, por ser eminentemente administrativa, corresponde al Fiscal General (Decreto 2699/91, art. 22, num. 16).

Es que si se atiende cabalmente el contenido del título cuarto de la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia, dicha función de representación en los procesos judiciales no es estrictamente administrativa sino de gestión, en el sentido más concreto de que la acción se realiza para la tramitación de un asunto, y no meramente en función del cuidado que concierne sobre el mismo.

De modo que, acorde con el encabezamiento del artículo 22 del Decreto 2699, el Fiscal sí tiene la representación general de la entidad ante las autoridades del poder público, pero la gestión

específica para los procesos judiciales se ha reservado al Director Ejecutivo de Administración Judicial, por mandato expreso de la respectiva ley estatutaria.

Ahora bien, esta tesis permanece invariable aún frente a la nueva redacción del artículo 149 del Código Contencioso Administrativo, modificado por el artículo 49 de la Ley 446 de 1998, pues, además de que sería imposible hacer la variación de una ley estatutaria por medio de una de carácter ordinario, el precepto se refiere concretamente a la representación de las personas de derecho público en los procesos contencioso administrativos; amén de que, cuando la misma norma menciona al fiscal general y otros funcionarios cabezas de entidades públicas como sus representantes, lo hace para el caso de los actos que ellos expidan o los hechos que produzcan en el ejercicio de ese natural liderazgo.

De otra parte, el inciso 3° de la referida disposición reitera la regla de la representación de la Nación-Rama Judicial en cabeza del Director Ejecutivo de Administración Judicial.

Así las cosas, el Fiscal General carece de la legitimación procesal para actuar como parte civil en este proceso, pues la misma se radica en el Director Ejecutivo de Administración Judicial, representante de la Rama Judicial en los procesos judiciales, representación que, al igual que el órgano representado, funciona por desconcentración (Const. Pol., art. 228 y Ley 270/96, arts. 99 8 y 103-7).

En este sentido, la Sala reitera la opción por el dictado del artículo 99 de la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia, tesis que ya había sido expuesta en el auto del 29 de mayo de 1996, de acuerdo con ponencia realizada por el magistrado *Dídimo Páez Velandia*. En relación con la segunda cuestión propuesta por el apelante, es decir, la existencia de perjuicios extrapatrimoniales, es cierto que las personas jurídicas pueden padecerlos, verbigracia, cuando se afecta su buen nombre y reputación, mas tales consecuencias sólo son estimables como detrimento resarcible cuando amenazan concretamente su existencia o merman significativamente su capacidad de acción en el concierto de su desenvolvimiento o las ponen en franca inferioridad frente a otras de su género y especie, si es que se mueven en el ámbito de una competencia comercial o de la prestación de servicios apreciables por la demanda de usuarios.

Ni pensar en la modalidad del perjuicio moral subjetivo (*pretium doloris*), porque por su naturaleza las personas jurídicas no pueden experimentar el dolor físico o moral, salvo que la acción dañina se refleje en alguno de los socios o miembros o en la persona

Pág.

del representante legal, caso en el cual la propuesta de reparación deberá hacerse individualmente por quien haya sufrido el daño.

En relación con las personas jurídicas de derecho público que nacen y se desenvuelven por mandato y privilegio constitucional o legal, sin necesidad de un reconocimiento gubernativo de personería jurídica (caso de la Fiscalía General de la Nación), el desprestigio que sus servidores le ocasionan con algunas conductas desviadas hace parte de la naturaleza, gravedad y modalidades propios de cada delito (daño público), pero en manera alguna se proyecta en un menoscabo particular que ponga en peligro su existencia o la disminuya apreciablemente en su operatividad, porque, aun con la presencia de funcionarios corruptos, la actividad estatal no puede detenerse ni arredrarse.

Como ese deterioro de la imagen de la institución pública, que se produce por la acción delictiva del servidor público, no puede deslindarse de la esencia misma del hecho punible, ni es extraño a los fines preventivo generales y especiales que está llamada a cumplir la eventual pena, tampoco será posible individualizar un perjuicio que justifique el ejercicio simultáneo de una acción con fines compensatorios como es la civil.

En efecto, de acuerdo con el sistema penal colombiano, la sola pena está determinada para recomponer el ordenamiento jurídico violado, y es esa la manera principal como el Estado autoconstata su imperio y le confirma a los ciudadanos la vigencia de las instituciones y el derecho, además de ser un modo singular de recuperar la imagen comprometida no solo por el comportamiento del servidor que comete un delito especial o común, sino también por la conducta de cualquier particular que por la misma vía se burla de la ley.

Gracias a la regulación del artículo 104 del Código Penal, en relación con los artículos 43, 48 y 56 del Código de Procedimiento Penal, que reseñan y hacen énfasis en la naturaleza privada de la acción resarcitoria (así la llegare a ejercer un ente de derecho público), el perjuicio susceptible de reclamación por la vía unitaria del proceso penal no sólo debe ser real sino que debe connotarse como algo distinto a los fines que atiende la acción penal (art. 24 C. P. P.). Es decir, aquellas pretensiones que apuntan a una reposición de la imagen deteriorada de la institución agraviada, como se pregona en el caso, quedan satisfechas con el desarrollo del objeto principal del proceso penal, como consecuencia de la ordenación o reordenación de la convivencia o de los fines colectivos y/o estatales que se buscan con la pena, sin que sea proce-

Pág.

dente acudir a una excesiva y extraña compensación monetaria o simbólica que no puede justificarse en otra realidad dañina que pueda permanecer después de la sanción principal. Cosa distinta es que ese efecto nocivo consustancial al delito se extienda a otras personas o aún en el mismo titular del bien jurídico, después de presupuestada la pena, como ocurre patéticamente, por ejemplo, con el ciudadano que es víctima de una exacción por la vía de un injusto de concusión (atentado contra la administración pública).

Es suficiente la argumentación dispuesta para declarar que ha sido rechazada razonablemente la demanda de constitución de parte civil por el a quo, tanto en virtud de la falta de personería para actuar en el proceso (*legitimatio ad processum*), como por carencia de legitimación en la causa (ausencia de presentación verosímil del perjuicio). He ahí el fundamento de la confirmación que se entregará a la providencia impugnada. Magistrado Ponente Dr. JORGE ANIBAL GOMEZ GALLEGO. Auto Segunda Instancia. Fecha: 11/02/1999. Decisión: Confirma auto, con las aclaraciones dispuestas en la. motivación. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial. Ciudad: Manizales. Procesado: CASTAÑO YEPES, IVAN. Proceso: 14529. Publicada: Si. Aclaración de voto Dr. CARLOS EDUARDO MEJIA ESCOBAR -.

Véase también en Internet: www.ramajudicial.gov.co 328

DEMANDA DE CASACION. Reiterativamente ha dicho esta Sala que la demanda de casación es un juicio en derecho a que se somete la sentencia con la cual culmina en sus dos instancias el proceso penal, y que por ende, orientada como está a desconocer total o parcialmente ese pronunciamiento, amparado por la doble presunción de acierto y de legalidad, debe reunir las exigencias técnicas previstas en la ley procesal para hacer viable en sede extraordinaria el cuestionamiento. De no ser así, esa demanda habrá de rechazarse y el recurso declararse desierto, como en efecto así habrá de suceder en este evento, en que se han pasado por alto las previsiones formales relacionadas con la fundamentación de la censura. En efecto:.

El numeral 1o. del artículo 220 del C. de P.P. establece como causal de casación, en su segundo aparte, que si la aducida violación de la ley sustancial deviene «de error en la apreciación de determinada prueba, es necesario que así lo alegue el recurrente.».

Existe error en la apreciación de la prueba en materia casacional en dos eventos: por la omisión, por la invención o también por la

Pág.

distorsión lógica o temática de la prueba, motivos que se han catalogado como errores de hecho; existe también el error de derecho, consistente en la apreciación de pruebas con otorgamiento de un mayor o un menor valor al concedido por la ley, -evento de muy excepcional ocurrencia-, o en la consideración de aquellas irregularmente obtenidas, o practicadas, o incorporadas al proceso, todo lo cual pone de bulto que se trata de situaciones objetivas de desfase ante el material probatorio, traducidas en un equivocado criterio generador de una decisión así mismo equivocada, con la característica de ser susceptible de enmienda en sede casacional, en cuanto su corrección no interfiera la obligación del juez de las instancias de examinar la prueba a la luz de la crítica racional. Magistrado Ponente Dr. DIDIMO PAEZ VELANDIA. Auto Casación. Fecha: 11/02/1999. Decisión: Rechaza in límine la demanda. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial. Ciudad: Neiva. Procesado: BAHAMON QUINTERO, LEYDER. Delitos: Homicidio. Proceso: 13166. Publicada: SI.

Véase también en Internet: www.ramajudicial.gov.co 343

COAUTORIA. Tal como lo ha dicho la Sala, «en tratándose de la participación criminal se parte del supuesto que la actividad de las diversas personas que intervienen en el hecho no lo ejecutan integralmente pero sí contribuyen a ese fin. Frente a la coautoría cada participante realiza, en unión con otros, la conducta típica, previa celebración de un acuerdo en virtud del cual se busca una contribución objetiva en la que cada uno tiene el dominio del hecho de tal manera que la tarea asumida individualmente, se torna indispensable para la total realización del plan.

«Frente a este panorama no resulta indispensable que cada interviniente realice totalmente el hecho, como tampoco se puede responsabilizar a cada partícipe por la fracción del hecho realizada (...) porque la figura en estudio no tendría ninguna razón de ser» *. Magistrado Ponente Dr. CARLOS EDUARDO MEJIA ESCOBAR. Auto Colisión de Competencias. Fecha: 11/02/1999. Decisión: Dirime colisión, declarando el conocimiento al Juzgado 1 P. del C. de Medellín. Procedencia: Juzgado 3° Penal del Circuito. Ciudad: Rionegro. Procesado: BALLESTEROS GONZALEZ, JOSE GUSTAVO. Procesado: BALLESTEROS, ANTONIO JOSE. Procesado: CUERVO ARROYAVE, OLIVERIO DE JESUS. Procesado: CASTRILLON, CARLOS ENRIQUE. Delitos: Receptación. Proceso: 15073. Publicada: SI.

Véase también en Internet: www.ramajudicial.gov.co 347

.- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Sentencia de casación No. 9890, 6 de mayo de 1998. Magistrado Ponente: Carlos E. Mejía Escobar.

Pág.

CASACION-Trámite/ CASACION-Interés para recurrir-Apelación. En el trámite casacional pueden diferenciarse tres actos de naturaleza judicial: De concesión del recurso (art. 224 C.P.P.), de admisibilidad formal de la demanda (art. 226 C.P.P.), y de decisión de la impugnación (arts. 228 y 229 C. P. P.). El primero, debe cumplirse ante el Tribunal Superior que profirió la sentencia recurrida, y los últimos en esta corporación.

La facultad oficiosa consagrada en el artículo 228 del estatuto procesal es exclusiva del acto de decisión del recurso, y constituye una clara excepción al principio de limitación que lo preside, en la medida que permite a la Corte pronunciarse motu proprio sobre motivos no alegados expresamente por el demandante, cuando advierta un factor de nulidad que afecte la legalidad del proceso, o violación manifiesta de las garantías fundamentales.

Los otros dos actos, el de concesión del recurso y calificación formal de la demanda, no participan del principio de oficiosidad, ni permiten su aplicación. De suerte que la Corte no puede, so pretexto de que lo alegado en la demanda es una nulidad, declarar en trámite la impugnación con prescindencia de las condiciones de procedibilidad o sustentación que deben presidirla.

Una tal extensión de este principio, además de no tener fundamento legal, conduciría al desconocimiento del carácter eminentemente rogado y dispositivo del recurso, propio de la razón de ser medio de impugnación extraordinario y no una tercera instancia, y de claras normas de derecho procesal que imponen la declaración de su improcedencia o deserción cuando los presupuestos de procedibilidad o de sustentación no se cumplen (arts. 224 y 226), sea cual fuere el contenido o naturaleza de la inconformidad expresada por el recurrente.

En síntesis, la Corte no puede sustraerse de la obligación de examinar la concurrencia de los referidos presupuestos; ni avalar el trámite casacional cuando éstos no se cumplen, con el propósito de corregir supuestos vicios de legalidad formal o sustancial de la sentencia de segunda instancia, como pareciera entenderlo el Procurador Delegado, pues esto implicaría aceptar que el recurso de casación es de plena justicia, o una tercera instancia, de pronto con mayor amplitud que las dos ordinarias, y que, por el mero acto de su invocación, el órgano jurisdicente adquiere la facultad-deber de revisar la legalidad del proceso, lo cual contraría abiertamente su naturaleza jurídica como recurso extraordinario.

Del interés para recurrir. Demostración.

1. Principios elementales de procedimiento por todos conocidos enseñan que para hacer uso del derecho de impugnación se re-

Fág.

quiere tener interés para ejercerlo, y que esta vocación viene determinada por el carácter lesivo de la decisión cuya remoción se persigue, en cuanto haya irrogado un perjuicio concreto a la parte impugnante.

En ocasiones, el interés suele estar supeditado al cumplimiento de exigencias adicionales, como por ejemplo la cuantía de la pretensión (art.221 C.P.P), o circunscrito a unos precisos aspectos de la decisión (art.37B.4 ejusdem, modificado por el 5º de la ley 81 de 1993 y 12 de la ley 365 de 1997), pero siempre sobre el supuesto de existir un agravio.

Se entiende, entonces, que no existe interés para recurrir cuando la decisión no le reporta agravio alguno a la parte impugnante, o cuando existiendo, no se cumplen los requerimientos adicionales del procedimiento; y, se deja de tener, cuando el sujeto agraviado con la decisión la consiente con el silencio. Estos son principios de procedimiento ampliamente reconocidos e implícitamente contenidos y operantes en nuestro régimen procesal vigente.

Por razones de técnica legislativa, derivadas de la dificultad e inconveniencia de poder regular con efectos excluyentes los casos en los cuales faltaría interés para recurrir por ausencia de perjuicio, el ordenamiento jurídico no contiene una regulación expresa al respecto, como sí lo hace cuando introduce restricciones al ejercicio del derecho de impugnación, sino que defiere al funcionario judicial la facultad de determinarlo en cada caso concreto, de acuerdo con los criterios expresados.

Entender, entonces, que el carácter lesivo de una decisión judicial no constituye presupuesto necesario para acceder al derecho de impugnación, o que el silencio de la parte afectada no la priva de la posibilidad de intentar en cualquier tiempo su remoción, contraría la razón de ser del instituto de la impugnación, y por ende de los recursos, concebidos con el exclusivo propósito de ofrecerle a las partes la oportunidad de demandar la revisión de las resoluciones judiciales que sean lesivas a sus intereses, dentro de los perentorios términos que la propia ley establece.

2. La determinación del interés para recurrir no siempre es tarea fácil. Si bien es cierto hay casos en los cuales la naturaleza de la decisión permite al funcionario advertirlo prima facie, en otros será necesario consultar el contenido de la impugnación para darle viabilidad al recurso, pues solo de las alegaciones presentadas por el censor podrá inferirse su existencia.

Es lo que ocurre, por ejemplo, cuando habiendo sido el procesado absuelto, su defensor decide impugnar la decisión, o cuando la sentencia condenatoria es recurrida por la parte civil, pues, en el

primer evento, el impugnante deberá demostrar que la revisión que persigue no busca hacer más gravosa la situación de su patrocinado y, en el segundo, que la cuantía de su pretensión numeraria se ajusta a los requerimientos legales.

Cierto es que en el ordenamiento procesal vigente no existe disposición alguna que expresamente establezca esta carga al impugnante, pero no por ello puede afirmarse que no le pertenezca, o que su exigencia advenga contraria a lo establecido en el artículo 84 de la Constitución Nacional. Una comprensión sistemática de la normatividad procesal relativa a las impugnaciones, y un adecuado entendimiento de los principios de procedimiento en que se inspira este derecho, permiten llegar sin mayor esfuerzo a tal conclusión.

Para un intérprete desprevenido, es claro que el interés es un elemento inherente al instituto de las impugnaciones, y como tal, quien pretende ejercerlo debe demostrar su existencia, cuando menos en el acto de la sustentación del recurso.

3. Tampoco es literalmente cierto que siempre que se cuestiona la legalidad formal de la decisión por errores in procedendo, existe de hecho interés para recurrir, sea cual fuere el contenido de la pretensión. Para que el ataque por vicios de procedimiento pueda ser considerado legítimo, se requiere que la actuación irregularmente surtida haya ocasionado un perjuicio real, o represente un daño potencial a quien lo alega, pues no es el carácter público del procedimiento, sino la condición de sujeto procesal afectado, lo que legitima la impugnación. Así, por ejemplo, quien no haya sido comprometido en su derecho de defensa, carece de interés para demandar la nulidad del proceso argumentando la vulneración de esta garantía en otro sindicado.

Apelación del fallo de primer grado e interés para recurrir en casación.

1. Con fundamento en los postulados que vienen de ser precisados, y en el examen y aplicación de los principios de preclusión de los actos procesales y de limitación funcional del juez de segunda instancia, entre otros, la Corte ha venido sosteniendo que para acceder al recurso extraordinario de casación es indispensable que la parte que lo intenta haya apelado en oportunidad la sentencia de primer grado o, en su defecto, que el superior haya examinado su situación jurídica en virtud del grado jurisdiccional de consulta, o la haya desmejorado con ocasión del recurso de apelación interpuesto por otro sujeto procesal, porque de lo contrario carecería de interés para recurrir.

Pág.

El principio de preclusión de los actos procesales, inspirado a su vez en los postulados de seguridad de las actuaciones y resoluciones judiciales, ha sido dicho, impone a las partes la obligación de ejercitar sus derechos (entre ellos la impugnación), en las oportunidades que la ley establece para hacerlo, so pena de que la facultad procesal correspondiente precluya.

El de limitación, consagrado en el artículo 217 del estatuto procesal (modificado por el 34 de la ley 81 de 1993), circunscribe el ámbito de competencia del ad quem a los aspectos que constituyen el objeto de la impugnación, haciendo que el fallo de segundo grado tenga su propio ámbito de validez personal, formal y material.

En este orden de ideas, si cualquiera de los sujetos procesales se abstiene de interponer o sustentar en tiempo el recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia, estando en condiciones de hacerlo, ha de entenderse que se muestra conforme con la decisión proferida, y que en virtud de este derecho de conformidad, el superior no puede, motu proprio, entrar a examinar su situación jurídica.

Retomando los planteamientos expuestos, se concluye que el sujeto procesal que no haya impugnado el fallo de primer grado, solo tendría interés para recurrir en casación la sentencia de segunda instancia, en los siguientes casos:.

a) Cuando por virtud del recurso interpuesto por otros sujetos procesales, o los efectos vinculantes de la decisión de segundo grado, el pronunciamiento afecte su situación jurídica en forma desfavorable;.

b) Cuando el fallo de primera instancia esté sujeto al grado jurisdiccional de consulta, cualquiera que sea el contenido de la decisión de segunda instancia; y,.

c) Cuando la casación verse sobre nulidades. Magistrado Ponente Dr. FERNANDO ARBOLEDA RIPOLL. Auto Casación. Fecha: 11/02/1999. Decisión: Revoca decisión mediante la cual se decretó la nulidad del. trámite casacional. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial. Ciudad: Santa Fe de Bogotá. Procesado: PARDO RUEDA, ALBERTO. Proceso: 9998. Publicada: Sí. Salvamento de Voto Dr. CARLOS EDUARDO MEJIA ESCOBAR -.

Véase también en Internet: www.ramajudicial.gov.co 354

NULIDAD. Se debe aclarar que la enumeración de las nulidades que hizo el legislador hasta que entró en vigencia el Decreto 050 de 1987, obedecía a un sistema antitécnico y casuístico, superado a partir de esta última codificación. En dicho sistema se consagra-

Pág.

ban como nulidades «haberse incurrido en el auto de proceder en error relativo ... a la época o lugar en que se cometió (la infracción) o al nombre o apellido ... del ofendido».

Tales nulidades se relacionaban con la claridad y precisión del pliego de cargos, en el sentido de que el acusado debía saber exactamente cuál era el hecho que se le imputaba, precisado en cuanto a la época, el lugar y la identidad del ofendido, para evitar confusiones que pudieran dificultar la defensa. Pero desde entonces se consideraba que si no había duda sobre cuál era el hecho imputado tales errores eran intrascendentes, criterio que conserva plena validez. Lo importante no es la identidad del ofendido, sino que el procesado sepa claramente cuál es el hecho del que se le acusa, para que pueda ejercer adecuadamente su defensa. Magistrado Ponente Dr. JORGE E. CORDOBA POVEDA. Sentencia Casación. Fecha: 11/02/1999. Decisión: No Casa. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial. Ciudad: Santa Fe de Bogotá. Recurrente: MEDINA DUARTE, LUIS EDUARDO. Recurrente: ROJAS NAJAR, JUAN DAVID. Recurrente: CARO ROJAS, OSCAR ALIRIO. Recurrente: HERNANDEZ LOAIZA, JHON ANDRES. Delitos: Concierto para delinquir, Tentativa de hurto calificado y. agravado. Proceso: 10940. Publicada: SI.

Véase también en Internet: www.ramajudicial.gov.co 372

PERSONALIDAD DEL PROCESADO. Frente al análisis de la personalidad esta Corporación ha dicho:. «Algunos quieren hacer del concepto de la 'personalidad', para efectos de la dosificación de la pena (C.P. art.61) o de la concesión del subrogado (art.68 ibidem) (o del subrogado de la libertad condicional, artículo 72 ibidem, agrega la Sala) algo abstruso, inserto en los meandros de una ciencia inasible o sólo manejable por los especialistas en sicología, siquiatría, caracterología, etc., o de profanos que atiendan mansamente los dictados emitidos por esta clase de científicos. La ley no están escrupulosa ni tan utopista. Le bastan interpretaciones más a la mano, de más 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 a 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 de un juicio de reproche y de condena. Y daría lugar a inacabables debates, con posiciones irreconciliables, en donde cada cual según su interés que le mueva, encontraría, parapetado en una tesis, la personalidad del procesado incompatible con este subrogado o, por el contrario, abierta-

Pág.

mente subsumible en los factores que gobiernan su concesión. Y luego de acabar tan compleja dilucidación, todavía quedaría pendiente la controversia sobre la naturaleza y posibilidades de nuestro sistema penitenciario como elemento válido u obstaculizante de la resocialización del sentenciado. (M.P. Dr. Gustavo Gómez Velásquez. Abril24/92). De modo que y con base en lo visto, el análisis de la personalidad no obedece al simple capricho de la Sala, sino a la voluntad del mismo legislador. Magistrado Ponente Dr. JORGE ANIBAL GOMEZ GALLEGO. Casación -Libertad-Reposición. Fecha: 16/02/1999. Decisión: No repone providencias por medio de las cuales se negó. libertad. Procedencia: Tribunal. Ciudad: Nacional. Procesado: BARAJAS PARDO, ELKIN YESID. Delitos: Violación a la Ley 30/86. Proceso: 15120. Publicada: Si.

Véase también en Internet: www.ramajudicial.gov.co 381

JUEZ REGIONAL / PORTE ILEGAL DE ARMAS DE DEFENSA PERSONAL Munición, carga natural. Los artículos 71-4 y 69-1 del Código de Procedimiento Penal confieren competencia a los Jueces Regionales en primera instancia y al Tribunal Nacional en segunda, para conocer de los delitos a que se refiere el Decreto 2266 de 1991, con excepción, entre otros, del simple porte de armas de fuego de defensa personal, cuyo conocimiento corresponde a los Jueces Penales del Circuito, de acuerdo con lo previsto en el literal c) del ordinal 1° del artículo 72 de la misma codificación.

A pesar de que el desacuerdo entre los despachos judiciales que suscitaron la colisión se hace manifiesto sobre la trascendencia de la cantidad de munición portada y no frente a la clase del arma, para solucionar el conflicto cabe comentar ambos puntos. En lo referente a la pistola, se colige de lo dispuesto por los artículos 8° y 11 del Decreto 2535 de 1993:.

1° Si su calibre es superior a 9.652 mm. (.38 pulgadas), es de uso privativo de la Fuerza Pública (literal b del art. 8°).

2° Si el calibre no es superior a 9.652 mm., o es semiautomática o funciona por repetición, o la longitud máxima del cañón no excede 15.24 cm. (6 pulgadas), o el proveedor no pasa de 9 cartuchos, es de defensa personal; ser del calibre referido sin reunir las anteriores características, la hace figurar como de uso privativo de la Fuerza Pública (literal a del art. 11 y literal a del art. 8°).

3° La pistola encontrada al procesado por la Policía es marca Uzi, calibre 9 mm., fabricada en Israel. No fue objeto de un dictamen que permitiera saber si tenía o no selector de disparo, con base en lo cual determinar si es automática y, consecuentemente, de uso privativo de la Fuerza Pública sin importar su calibre (literal

d del art. 6°), o semiautomática y, por ende, de defensa personal. Ante tal omisión debe ser considerada como de esta última clase, opción que redunda en favor del acusado, aclarando que tampoco se determinó la longitud de su cañón, deduciéndose igualmente en beneficio del acusado y por el diseño de las de su serie que es inferior a 15.24 cm.

Es entendible que alguien posea más de una carga con dos proveedores, si a ello da lugar la clase de arma, por diversas razones como la eventual obstrucción o no funcionamiento de uno de ellos, que llevaría a la utilización del sustituto, y que se tenga munición en cantidad que, dado caso, permita la periódica práctica controlada de polígono, recomendada a quienes están autorizados a llevar consigo armas de fuego, para desarrollar y mantener la habilidad en su uso y así disminuir los graves riesgos de error que tal eventualidad acarrea.

Ha de recordarse, de otra parte, que de conformidad con el parágrafo del artículo 48 del Decreto 2535 de 1993, corresponde al Comando General de las Fuerzas Militares determinar la clase y cantidad de munición y la frecuencia con que puede venderse, por cada tipo de arma y de permiso, Comando que faculta la venta de 500 cartuchos al adquirir el arma y 200 semestralmente, a quien con permiso posea «subametralladoras» de defensa personal, según la disposición N° 43 del 27 de agosto de 1988. Magistrado Ponente Dr. NILSON PINILLA PINILLA. Auto Colisión de Competencias. Fecha: 16/02/1999. Decisión: Dirime conflicto negativo, declara competencia al J.18.P.C. Medellín. Procedencia: Tribunal. Ciudad: Nacional. Procesado: MARULANDA, RIGOBERTO. Delitos: Porte ilegal de armas. Proceso: 14386. Publicada: Si.

Véase también en Internet: www.ramajudicial.gov.co 386

UNIDAD PROCESAL-Ruptura/ HOMICIDIO-Ley 40 de 1993/ SECUESTRO. Si bien la legislación ha establecido la unidad procesal, principio en virtud del cual, por cada hecho punible se debe adelantar una sola actuación sea cual fuere el número de autores o partícipes, la propia normatividad admite la proliferación de actuaciones cuando excluye la posibilidad de que con ellos se produzcan nulidades, dejando sí a salvo la afectación de garantías constitucionales. Lo que no podía ser de otra manera, puesto que en los casos de pluralidad de agentes del delito, la definición de la situación procesal de un sindicado no podría convertirse en inconveniente dilación del procedimiento que se adelanta contra los demás, pues ello no solamente prolongaría la condición sub judice de algunos de los implicados, sino que aún eventualmente podría constituirse en un factor que lleve a la impunidad.

Pág.

Cuando la Ley 40 de 1993 cita cada uno de los artículos 323 y 324 del Código Penal, para sentenciar que «quedará así», utiliza una locución que implica la desaparición del contenido que conforme al Decreto 100 de 1980 traían, y su sustitución por el texto que ella introduce. En este sentido se ha pronunciado la Corte en decisiones del 21 de noviembre de 1995, el 25 de julio de 1996 y el 5 de noviembre de 1996 (M.P. Dr. Carlos Galvez, Dr. Juan Manuel Torres y Dr. Carlos Galvez, respectivamente).

En las anteriores condiciones no hay lugar para afirmar que las disposiciones del Decreto 100 de 1980, relacionadas con el homicidio y el secuestro, mantenga su vigencia, en forma paralela a delitos de igual naturaleza sancionados por la llamada Ley Antisecuestro; y que para su aplicación se requiera de una interdependencia fáctica con el delito de secuestro, puesto que se trata de tipos delictuales autónomos, para cada uno de los cuales fue incrementada la sanción. Magistrado Ponente Dr. EDGAR LOMBANA TRUJILLO. Sentencia Casación. Fecha: 17/02/1999. Decisión: No Casa. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial. Ciudad: Cartagena. Procesado: LOPEZ CHIQUILLO, FREDDY. Procesado: LOPEZ CHIQUILLO, EDGAR. Procesado: FLOREZ ZURIQUE, EDARIS. Procesado: MARQUEZ GUERRERO, ALFREDO. Delitos: Hurto calificado, Homicidio agravado. Proceso: 11129. Publicada: SI.

Véase también en Internet: www.ramajudicial.gov.co 392

DEMANDA DE CASACION. La demanda de casación no es un escrito de libre elaboración, pues el recurso extraordinario es un enjuiciamiento técnico que se efectúa sobre la sentencia impugnada y no una instancia más, debiendo sujetarse a unas formalidades legalmente determinadas al efecto.

En relación con los requisitos formales, enseña 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.

Frente al **primer cargo**, que la causal que se estima procedente sea la tercera, en nada reduce esos 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. Carlos Augusto Gálvez Argote y octubre 24 del mismo año, radicación 9755, M.P. Carlos Eduardo Mejía Escobar,

Pág.

que la formulación de cargos con base en esta causal no es libre ni caprichosa, pues acá también existe la obligación de fundamentar y demostrar, así mismo de manera precisa y clara, cómo los errores in procedendo trascendieron seria e irremediablemente contra las garantías fundamentales o en el desconocimiento grave de la estructura básica del procedimiento, indicando desde qué momento se debe invalidar el proceso.

En el recurso extraordinario de casación rige el principio de autonomía de las causales, en virtud del cual cada una tiene su propia y particular estructura, porque se apoyan en diferentes motivos, están sometidas a precisas formalidades en su demostración y tienen sus propias consecuencias, de manera que es errado mezclar en una misma censura cargos propios de distintas causales, con los cuales se pretenda debatir una misma situación fáctica. De otra parte, en virtud del principio de limitación (art. 228 C. de P. P.), no le está permitido a la Corte tener en cuenta causales de casación distintas a la expresamente alegada por el recurrente.

La causal primera de casación establece dos modalidades de quebrantamiento de la norma de derecho sustancial: una, a causa de su violación directa, caso en el cual el casacionista, evitando cualquier debate probatorio, endereza el razonamiento jurídico a demostrar la aplicación indebida del precepto a los hechos ya definidos por el juzgador, o su falta de aplicación, o su interpretación errónea, procurando que la Corte, probada la causal, dicte el fallo de reemplazo; la otra también deviene de la vulneración de la ley sustancial, pero a través de una incorrecta apreciación de la prueba, por lo cual es conocida como violación indirecta, modalidad en la que se debe demostrar la equivocación en que incurrió el fallador, bien se trate de un error de hecho acerca del alcance objetivo de la prueba, como cuando se ignora estando incorporada en el proceso o se supone sin que obre allí (falso juicio de existencia), o cuando se distorsiona su sentido (falso juicio de identidad); o que se ubique en el campo del error de derecho, que emana de un falso juicio de legalidad, proveniente de un vicio invalidante en el acopio de la prueba que, sin embargo, es tomada en cuenta, o porque a pesar de no estar afectada de ninguna irregularidad grave e insubsanable se le repudie. El falso juicio de convicción por regla general deviene improcedente, al no operar en la legislación procesal nacional la tarifa legal de prueba. Magistrado Ponente Dr. NILSON PINILLA PINILLA. Auto Casación. Fecha: 17/02/1999. Decisión: Rechaza in límine la demanda. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial.

Pág.

Ciudad: Cartagena. Procesado: GORDON GORDON, ASKELON DELANO. Delitos: Homicidio agravado. Proceso: 13080. Publicada: Si.

Véase también en Internet: www.ramajudicial.gov.co 401

ABUSO DE CONFIANZA. Como ya tuvo oportunidad la Sala de precisarlo, cuando el Código Penal al describir en el artículo 358 el delito de abuso de confianza se refiere al «título no traslativo de dominio» exigido como «título no traslaticio de dominio» en la legislación anterior de 1.936, eliminando el casuismo que caracterizaba frente a este delito a las leyes penales anteriores, no ha creado una categoría distinta, independiente a la regulación que sobre tal instituto privatista trae el Código Civil, sino que ya existiendo en esa normatividad, a ella ha acudido, pues no obstante que el Código Civil no define los títulos «no traslativos de dominio», es incuestionable que al regularlos en forma positiva como «los que por su naturaleza sirven para transferirlo como la venta, la permuta, la donación entre vivos», agregando además, « las sentencias de adjudicación en los juicios divisorios y los actos legales de partición», como secuela lógica cabe entender que son «títulos no traslativos de dominio» los que por su naturaleza no lo transfieren, es decir, los llamados títulos de mera tenencia, siendo a ellos a los que se refiere el Código Penal al describir el delito de abuso de confianza. «Basta leer la definición de esta norma, dijo la Corte en la decisión aludida, que corresponde al fallo de 19 de julio de 1.988, de la cual fue ponente el Magistrado, doctor Lisandro Martínez Zuñiga, para llegar a tal conclusión: Se llama mera tenencia, la que se ejerce sobre una cosa no como dueño, sino en lugar o en nombre del dueño. El acreedor prendario, el secuestre, el usufructuario, el usuario, el que tiene derecho de habitación, son meros tenedores de la cosa empeñada, usufructuada o cuyo uso o habitación les pertenece, etc., enunciados como meros tenedores en el artículo 775 del Código Civil, no son propietarios de la cosa ni poseedores, porque no son dueños ni la atienen con ese ánimo», es decir, a ellos no se les ha transferido el dominio de la cosa.

Así, siendo que el artículo 358 del Código Penal al tipificar el delito de abuso de confianza parte de una definición igual a la de la mera tenencia del derecho civil, no se ve la razón por la cual el intérprete de la ley punitiva no se atenga a ella, que por demás en su comprensión y distinción reciben una decantada elaboración en esa rama del derecho, sin que en forma alguna se contrapongan a las normas penales, pues si bien es cierto que en punto del estudio de aquellos y específicamente en los que atacan el

patrimonio económico en los que concurren variados conceptos y definiciones pertenecientes al derecho privado, se ha interrogado la doctrina sobre si debe atenerse a ellos o si el derecho penal debe darles una significación autónoma, dividiéndose los criterios desde quienes al sostener el carácter absolutamente sancionatorio del derecho penal estiman se debe conservar la estructura y significación del derecho civil cuando se regulen institutos de su propia naturaleza, hasta los que afirmando su plena autonomía, entienden que cuando algunos institutos encuentran su definición en el derecho privado o se deduzcan de él, debe volverlos a plasmar, transformándolos de tal manera que adquieran una significación propia y autónoma para los efectos penales, es para la Sala lo prudente entender, como lo ha prohijado en otras oportunidades, que la cuestión es eminentemente interpretativa, imponiéndose en estos casos partir de las nociones ya acogidas por el derecho privado cuando no se opongan a los principios y finalidades del derecho penal, al igual que sucedería con el derecho comercial «en el cual por su estrecha vinculación con el civil no se observa razón jurídica valedera para que estos institutos no operen bajo iguales limitaciones», siendo claro, eso sí, que «si la aplicación prevista da origen a contradicciones con los principios y filinalística del derecho penal, impera realizar las modificaciones que se estimen necesarias para eludir tal tropiezo; y en caso de que en las normas exista un vacío al respecto se procederá a suprimirlo, pero cuando no surja contradicción se aceptará la definición del derecho privado», adaptando así «el concepto civil al fin y al carácter de la norma penal, sin que ello signifique invadir campos ajenos, sino que se aplican en el ámbito en el cual les corresponde actuar, y donde por razones especiales deben adquirir una particular significación o deben tomar un valor originario».

En estas condiciones, la similitud de la expresión utilizada por la ley para denominar el delito descrito en el artículo 358 y la de la circunstancia agravante del numeral segundo del artículo 351 referida al hurto, esto es, la de «abuso de confianza», tienen en cada una de estas previsiones normativas connotaciones propias en su contenido y alcances diferentes en sus efectos, como que en el primer caso su nomen juris se debe a que con la conducta abusiva del tenedor precario al no devolver al tradente la cosa, a quien la víctima se la ha entregado por un título no traslaticio de dominio, defrauda su confianza, de ahí que en otras legislaciones como la francesa se le denomine a esta conducta, «administración fraudulenta», mientras que en el evento del hurto lo que se reprocha para agravar la pena es el haberse aprove-

Pág.

chado de la confianza dada por el propietario, poseedor o tenedor de la cosa para que le sea más fácil al delincuente su ilegal apoderamiento. Por esto, al describir el legislador el delito de abuso de confianza exige que la cosa objeto de la posterior apropiación se haya «confiado o entregado» con anterioridad, sin que se exija necesariamente la existencia de un vínculo de confianza entre el derecho-habiente y el recibidor, entendido éste como la coexistencia de una comunicabilidad de caracteres que los haga compatibles en la dinámica de algunas circunstancias sociales, sino que la confianza nace del título mediante el cual se entrega la cosa, que al no transferir el dominio genera derechos que cree su propietario tener, contrario a lo que sucede con el agravante del hurto que, como se dijo, sí exige esta clase de relaciones interpersonales porque es en razón de ellas que el hurtador logra el apoderamiento indebido de la cosa, o por lo menos le posibilita su consumación.

Se requiere, entonces, en el delito de abuso de confianza que la cosa se haya «confiado o entregado» mediante el referido título precario de mera tenencia, lo cual tampoco significa que imprescindiblemente deba haberse entregado la cosa física e inmediatamente al tenedor precario, pues las dos expresiones utilizadas en la descripción típica del artículo 358 del Código Penal no son sinónimas, como para que pueda argüirse que si no hay entrega material e inmediata de la cosa no se tipifica este delito, pues por el contrario, al haberse incluido en el supuesto de hecho las dos posibilidades de traspaso de la mera tenencia de la cosa, como sucede entre nosotros a partir de la citada reforma penal de 1.936 y se repite en el Código Penal vigente, ello se debe precisamente al querer incluir también esta segunda posibilidad de entrega que no corresponde strictu sensu al traspaso físico e inmediato de la cosa, sino a aquellos casos en que no obstante no concurrir esa entrega física, su propietario o quien tenga el derecho para hacerlo la pone bajo la tutela del mero tenedor, aún cuando en ese momento no le haya hecho la transferencia física de ella ni provenga directamente del derecho habiente, como sucede con el liquidador de una sociedad, o con la recuperación de un crédito para que otra persona le administre el dinero que de su cobro se obtenga, pues si bien en estos casos no hay una entrega física directa e inmediata del bien, es incuestionable que se lo ha dejado en custodia, desde luego, en las dos oportunidades, con el ánimo de desprendimiento del manejo y de la custodia de la cosa. Magistrado Ponente Dr. CARLOS A. GALVEZ ARGOTE. Sentencia Casación. Fecha: 17/02/1999. Decisión: Desestima la censura, casa oficiosa y parcial en el sentido de, condenar a la

Pág.

pena principal de 30 meses de prisión. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial. Ciudad: Santa Fe de Bogotá. Recurrente: MARTINEZ MEDINA, CLARA INES. Delitos: Hurto agravado, Falsedad en documento privado. Proceso: 11093. Publicada: Sí.

Véase también en Internet: www.ramajudicial.gov.co 409

PORTE ILEGAL DE ARMAS-Transporte de munición. El conocimiento del punible de transporte de munición también radica en los jueces regionales, ya que, como anteriormente se advirtió, al tenor de lo dispuesto en el artículo 9° de la Ley 81 de 1993, que modificó el 71 del Código de Procedimiento Penal, estos funcionarios judiciales conocen de los «Delitos contra la existencia y seguridad de Estado y de los delitos a los que se refiere el Decreto 2266 de 1991, con la excepción del simple porte de armas de fuego de defensa personal, de la interceptación de correspondencia oficial y delitos contra el sufragio». Magistrado Ponente Dr. JORGE E. CORDOBA POVEDA. Auto Colisión de Competencias. Fecha: 18/02/1999. Decisión: Declara que la competencia para conocer al Juzgado. Regional de Barranquilla. Procedencia: Juzgado Penal del Circuito. Ciudad: Chiriguaná (Cesar). Procesado: MEJIA SOLANO, ARMANDO LUIS. Delitos: Porte de armas de defensa personal. Proceso: 15379. Publicada: Sí.

Véase también en Internet: www.ramajudicial.gov.co 424

PODERDANTE-Muerte del mandante. Ha de tenerse en cuenta que aunque el fallecimiento del poderdante es causal de terminación del contrato de mandato civil, como lo establece el numeral 5° del artículo 2189 del Código de esa materia, el defensor del procesado se comprometió con él en mandato judicial, instituto jurídico en el que rige la previsión del artículo 69 del Código de Procedimiento Civil, que en su inciso 5° señala: « La muerte del mandante, o la extinción de las personas jurídicas no ponen fin al mandato judicial, si ya se ha presentado la demanda, pero el poder podrá ser revocado por los herederos o sucesores.». Magistrado Ponente Dr. EDGAR LOMBANA TRUJILLO. Auto Casación. Fecha: 18/02/1999. Decisión: Declara extinguida la acción penal por muerte. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial. Ciudad: Medellín. Procesado: CUARTAS MUÑOZ, JESUS MARIA. Delitos: Peculado por apropiación, Falsedad en documento privado. Proceso: 15277. Publicada: Sí.

Véase también en Internet: www.ramajudicial.gov.co 429

CASACION/ LIBERTAD/ PRESUNCION DE INOCENCIA. Ocurre que ningún derecho, aunque sea de naturaleza fundamental, ostenta el carácter de absoluto. De ser así, serían imposibles la coexis-

Pág.

tencia y convergencia de derechos, que inclusive a veces pueden llegar a ser contradictorios o antagónicos en las mismas circunstancias. Así, por ejemplo, si fuese absoluto que los derechos de los niños prevalecen sobre los de los demás, sería imposible guiarlos, educarlos, vigilarlos e inclusive corregirlos.

De modo que, la presunción de inocencia tampoco es un derecho absoluto, y mal podría serlo en el Estado Social, Democrático y de Derecho, en el que todos los miembros debemos ceder parte de nuestras atribuciones, con el fin único de contribuir al mantenimiento de condiciones mínimas para hacer factible la vida en sociedad, en relativa paz y armonía.

Entonces, ese derecho latente en el decurso del proceso penal, denominado presunción de inocencia, no es que se desconozca o se vulnere cuando una providencia judicial lo va desvaneciendo. Lo que ocurre es que ante la contundencia de las pruebas, dependiendo la fase en que se encuentren las diligencias, esa presunción va cediendo paso a otras manifestaciones válidas del Estado de Derecho, como son las decisiones contenidas en los autos y sentencias de los jueces de la República. Tan es así, que la presunción de inocencia finalmente desaparece, cuando una sentencia en firme declara que una persona es penalmente responsable de un hecho punible que se le endilga.

Cabe recordar que la constancia de buena conducta a cargo de las directivas del centro de reclusión en manera alguna sustituye la labor valorativa del juez, pues aquella consiste únicamente en un parámetro indispensable para hacer viables los beneficios administrativos otorgados a los reclusos por la Ley 65 de 1993, en tanto que ésta emana del análisis crítico de la personalidad del procesado y de las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que fue cometido el reato, con el fin de verificar el cumplimiento de los fines de la pena y especialmente el que pretende la rehabilitación social. Magistrado Ponente Dr. EDGAR LOMBANA TRUJILLO. Casación -Libertad-Reposición. Fecha: 23/02/1999. Decisión: No repone auto del 19 de enero/99. Procesado: ROJAS VARELA, NESTOR RAUL. Delitos: Violación a la Ley 30/86. Proceso: 14062. Publicada: Si.

Véase también en Internet: www.ramajudicial.gov.co 432

EXEQUATUR. Según lo establece el artículo 533 del Código de Procedimiento Penal, «Las sentencias penales proferidas por autoridades de otros países contra extranjeros o nacionales colombianos podrán ejecutarse en Colombia a petición formal de las respectivas autoridades extranjeras, formulada por la vía diplo-

Pág.

mática». Mientras no exista esa solicitud formal, no habrá lugar al pronunciamiento de la Corte.

Sin embargo, debe puntualizarse al Ministerio de Relaciones Exteriores, que para que dichos fallos puedan ejecutarse en nuestro país, la solicitud debe cumplir los requisitos previstos en el artículo 534 ibidem, entre otros, «.....3. Que se encuentre en firme de conformidad con la ley del país de origen y se presente según lo previsto en los convenios y tratados internacionales». «.....5. Que a falta de tratados públicos, el Estado requirente ofrezca reciprocidad en casos análogos». (Negrillas y subrayas fuera de texto). No puede perderse de vista que para poder decidir la Corte si las aludidas sentencias extranjeras pueden o no ser ejecutadas en Colombia, es requisito que se cuente con el texto íntegro de ellas, dado que solo así podrá verificarse que

«No se imponga penas distintas ni superiores a las previstas en el Capítulo I, del Título IV del Código Penal» (numeral 1° del artículo 534 del C. de P. P.), es decir, si además de la pena de prisión a que se hizo referencia, los fallos contienes otras sanciones, así sean de carácter accesorio, pues de no corresponder a las consagradas en nuestro estatuto punitivo, expresamente referidas a las conductas juzgadas en particular, el compromiso del Estado Colombiano estaría limitado en esos precisos aspectos, con mayor razón si a la Corte se le impone la obligación de confrontar los fallos con las disposiciones Constitucionales y legales de nuestro país para determinar la posibilidad de su ejecución (numeral 2° ibídem). Magistrado Ponente Dr. DIDIMO PAEZ VELANDIA. Exequatur. Fecha: 23/02/1999. Decisión: Se abstiene de decidir sobre la viabilidad de la ejecución en. Colombia de las sentencias condenatorias proferidas por las. autoridades judiciales de la República Popular China. Procesado: BOTERO RUIZ, EDGAR. Procesado: ROJAS, PEDRO NEL. Delitos: Violación a la Ley 30/86. Proceso: 15326. Publicada: Si.

Véase también en Internet: www.ramajudicial.gov.co 436

RECURSOS/ TERMINACION ANTICIPADA DEL PROCESO/ SENTENCIA ANTICIPADA-Interés para recurrir. Como lo ha reiterado la Sala y la doctrina, para que procedan los recursos tanto ordinarios como el extraordinario, es menester que se cumplan dos requisitos, a saber:.

1. Que se trate de un sujeto procesal al que la ley faculta para impugnar.

2. Que exista interés en el recurrente, el cual se concreta en el perjuicio o agravio que la providencia atacada le causa.

Pág.

Por lo anterior, resulta fácil concluir que en los recurrentes no asiste interés para acudir al extraordinario recurso de casación, tal como lo señala el Procurador Delegado en lo Penal.

En efecto, en cuanto atañe al procesado (...), se avisora que la hipótesis escogida para sustentar la demanda de casación no se encuentra dentro de las previsiones legales del numeral 4° del artículo 37 B del Código de Procedimiento Penal, subrogado por el 5° de la Ley 81 de 1993, vigente en el momento en que se dictó la sentencia.

La citada normatividad establece que para el defensor y el procesado sólo opera el interés para atacar la sentencia anticipada respecto de la dosificación de la pena, el subrogado de la condena de ejecución condicional, la condena para el pago de perjuicios y la extinción del dominio sobre bienes.

Con providencia de quien hoy funge como ponente, ha sostenido la Sala:.

«La sentencia anticipada del artículo 37 del Código de Procedimiento Penal y la sentencia anticipada previa audiencia especial del 37A, ibidem, son parte de los mecanismos político-criminales tendientes a que principios como los de celeridad, economía procesal y eficacia tengan cabal operancia, a cambio de hacer menos gravosa la pena.

«Pero esta facultad del Estado en favor del acusado no es gratuita, sino que exige de parte de éste una contraprestación consistente en que debe reconocer su responsabilidad penal con relación a los cargos que se le imputan en el acta de presentación de los mismos y renunciar a parte del trámite procesal optando por uno abreviado, previsto en la ley, y una sentencia inmediata, que sólo podrá impugnar en los casos taxativamente señalados en ella. Por los mismo, se extingue para él cualquier posibilidad de retractación o negación de su responsabilidad, libremente aceptada.

«De ahí que el legislador plasme, consecuentemente con la teleología de la terminación anticipada del proceso, como regla general, la imposibilidad de recurrir la sentencia, salvo en algunos eventos.

«En efecto, el numeral 4° del artículo 37B, intitulado «Interés para recurrir», señala:.

«4°) **Interés para recurrir**. La sentencia es apelable por el fiscal, el ministerio público, por el procesado y por su defensor, aunque por estos dos últimos sólo respecto de la dosificación de la pena, el subrogado de la condena de ejecución condicional, la

Pág.

condena para el pago de perjuicios y la extinción de dominio sobre bienes».

«O sea que la consagración normativa que se hace en precedencia, es producto de una lógica interrelación de los principios 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 en 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». (Auto del 8 de marzo de 1996).

En el caso concreto, el actor carece de interés para recurrir, a la luz del numeral 4° del mencionado artículo 37B, toda vez que su inconformidad con la sentencia de segunda instancia radica en la tipificación aceptada, con respecto al punible de secuestro extorsivo. Magistrado Ponente Dr. JORGE E. CORDOBA POVEDA. Auto Casación. Fecha: 23/02/1999. Decisión: Decreta nulidad parcial y rechaza in límine la demanda. Procedencia: Tribunal. Ciudad: Nacional. Procesado: CORREA JAIMES, GLORIA STELLA. Procesado: PINEDA BARBOSA, JAIRO. Delitos: Violación al Decreto 3664/86. Violación al Dto.180/88. Proceso: 11582. Publicada: Sí.

Véase también en Internet: www.ramajudicial.gov.co 445

LEGITIMA DEFENSA. Resulta incuestionable que, frente a un mismo hecho, no pueden coexistir las posibilidades de que el acusado no haya realizado la acción que se imputa y que sí la haya ejecutado, pero obrando en legítima defensa. Para que se pueda configurar esta causal de justificación, es ineludible partir de la base de la perpetración de la acción u omisión típica, sólo que no es antijurídica. En otro sentido, de ninguna manera puede predicarse legítima defensa de quien no ha incurrido en la conducta reprochable. Magistrado Ponente Dr. NILSON PINILLA PINILLA. Auto Casación. Fecha: 23/02/1999. Decisión: Rechaza in límine la demanda. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial. Ciudad: Santa Fe de Bogotá. Procesado: LEON GUZMAN, LUIS RAFAEL. Delitos: Homicidio. Proceso: 13032. Publicada: Sí.

Pág.

Véase también en Internet: www.ramajudicial.gov.co 454

DEFENSA TECNICA. Especialmente cuando en materia de falta de defensa técnica, derivada de la inactividad del abogado de oficio o contractual, lo que finalmente se cuestiona es el silencio como posibilidad viable de defensa. El solo hecho de guardarlo, en forma repetida lo ha sostenido la Sala, no significa necesariamente la violación de la garantía fundamental. Tal es la razón para que cuando se alega el vicio, se exige que el casacionista tenga que probarle a la Corte en la demanda la relación existente entre la falta de actividad del defensor y el sentido adverso del fallo objeto de la impugnación. Y paralelamente qué es lo que no hizo el apoderado, hubiera podido hacer, para de tal manera demostrar que una distinta asesoría habría logrado la declaración de inocencia del inculpado o una condenación más benigna. *

La profesión de abogado -como lo precisó la Sala en el fallo de casación del 22 de abril de 1992**- se caracteriza dentro de un Estado de Derecho por su ejercicio independiente y libre, implicando ante todo el principio de libertad que el profesional ejerza su oficio con responsabilidad y rectitud, pero dentro de una órbita amplia y propicia para que su creatividad no tenga otros límites distintos a los marcos éticos y legales de su deontología, gozando de toda la amplitud que requiera en la formulación y ejecución de las estrategias que le lleven en procura de los nobles y altos fines que le han sido encomendados dentro de la función social de auxiliar a la justicia, y de amparar los derechos que le confían sus conciudadanos.

«No obstante que por ministerio de la ley y en materia criminal ese ejercicio implica intervenciones de carácter forzoso como la asistencia del procesado en su injurada y demás intervenciones procesales, y la presencia y formulación de alegaciones en audiencia, la mayoría de ellas resulta apenas facultativa y condicionada a la necesidad de garantizar 'una adecuada defensa', como es el caso de la aducción y proposición de pruebas y diligencias, el examen de la actuación, la comunicación verbal y escrita con el imputado y su consejo, la intervención en la práctica de pruebas, la interposición de recursos, la formulación de solicitudes orientadas a la libertad del implicado, el reclamo de restitución de objetos retenidos, la proposición de nulidades y en general de incidentes en que tenga interés, sin que siquiera en esta enunciación se agoten en su integridad las perspectivas que le asisten.

»Exigirle por ello a la defensa, que en cada proceso realice la totalidad de las gestiones que tiene apenas como perspectiva, o que

Pág.

responda frente a resultados adversos, cuestionándolos desde una óptica subjetiva e hipotética, sería poco menos que llegar a la anulación del principio de libertad que se enuncia, para trocarlo por la alternativa de un rígido encuadramiento formalista de muy difícil recibo frente a la variabilidad de los casos a juzgar y más dudosa efectividad, y aún por la peligrosa y absurda perspectiva de permitir que aquellos abogados que asumen la representación del procesado en la etapa final de la actuación, se conviertan en jueces de las actividades infructuosas de sus colegas, como ahora se pretende.

(...).

«Lo anterior indica, entonces, –finaliza la cita— que en sede de casación no pueda conformarse el actor con la sola alegación abstracta de que la defensa inexistió, o que se hizo meramente formal o aparente para el procesado, sino que ha de ser su obligación la de determinar cuál fue la actuación procesal que se encontró lesiva, especificando la norma que se viola y determinando con precisión la manera como tal violación incidió desfavorablemente en las decisiones tomadas en contra del procesado' (auto de enero 31/90. M.P. Dr. Jaime Giraldo Angel)».

Más recientemente***, en sentido similar y con Ponencia de quien aquí ejerce idéntica tarea, señaló la Corporación:.

«El concepto del derecho de defensa no se puede construir en la abstracta anticipación del resultado absolutorio del juicio, sino que se desenvuelve en función de las posibilidades reales de contradicción de los cargos y ello depende, en buena parte, de la información que sobre el asunto pueda suministrar el procesado (sea reo presente o ausente), o de un estratégico silencio que impida la deducción de situaciones agravatorias de su posición jurídica, o de atenerse a que sea el Estado el que cumpla plena y cabalmente con la carga de probar el hecho y la responsabilidad. En fin, son demasiadas las alternativas compatibles con la garantía de una defensa idónea, sin que siempre, detrás de la apariencia de inactividad, deba predicarse la carencia de contradictorio».

Es que por lo general es planteable, mucho más a la vista de resultados aparentemente desfavorables que se pudo hacer más de lo que se hizo. O en todo caso, hacerlo mejor, con mayor oportunidad y superiores argumentos. No obstante, sin demostrar en

*. *En dicho sentido se ha pronunciado la Sala, entre otras, en las providencias de julio 4 y agosto 31 de 1994. M.P. Dr. Jorge Carreño Luengas.* **. *M.P. Dr. Juan Manuel Torres Fresneda.* ***. *Providencia de marzo 26 de 1996.*

Pág.

concreto que la falta de actividad fue producto de la negligencia y desinterés del abogado, y no táctica defensiva, la resultante es una simple confrontación de estrategias. Un ejercicio del casacionista sustentado en un juicio a posteriori de la labor de su antecesor y en el planteamiento de lo que a su manera hubiera sido una mejor manera de defensa, lo cual resulta inaceptable como fundamento demostrativo de la violación del derecho de defensa.

Enfatiza la Sala, entonces, que la conculcación de dicha garantía fundamental, apoyada en la falta de asistencia técnica, mal puede derivarse de la pura y simple inactividad del defensor, en cuanto tal pudo haber sido la maniobra defensiva que encontró aconsejable, así otro profesional postreramente la juzgue equivocada. Magistrado Ponente Dr. CARLOS EDUARDO MEJIA ESCOBAR. Sentencia Casación. Fecha: 25/02/1999. Decisión: No Casa. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial. Ciudad: Antioquia. Procesado: ALVAREZ, JOSE GABRIEL. Delitos: Privación ilegal de la libertad, Homicidio. Proceso: 11014. Publicada: Si.

Véase también en Internet: www.ramajudicial.gov.co 160

CULPA/ PENA/ PERJUICIOS/ PERITO. a. El hecho de que se trate de un delito cometido en modalidad culposa no necesariamente puede conducir a la conclusión de que la pena tiene que ser ínfima como en efecto lo fue, pues bien podía imponer y el caso lo ameritaba, una pena drástica por lo menos en relación con la gravedad del hecho, pues no se olvide que la actividad de conducir automotores se ha catalogado como de riesgo y por esa razón se le exige con mayor rigor al agente guardar todas las medidas de precaución posibles para evitar que a causa de ello se produzcan daños a terceros, máxime en casos como éstos en los que el conductor de un vehículo de servicio público asume la responsabilidad sobre la vida y la integridad de todas las personas que utilizan este medio de transporte.

b. Así lo ha sostenido la doctrina y la jurisprudencia, que la facultad discrecional a que se refiere dicho precepto para que el Juez condene en gramos oro por los perjuicios materiales, procede a condición de que se encuentre demostrado en el proceso la existencia del perjuicio causado por la comisión del delito y no exista prueba o resulte imposible determinar su cuantía, en lo que tiene razón el Ministerio Público.

Contrario sensu, cuando en el proceso existe base suficiente para determinar el monto de los perjuicios, dependiendo de la comple-

jidad del caso, podrá facultativa que no obligatoriamente el Juez, acudir a la ayuda de un perito para ello. De ahí, que de conformidad con la norma en comento, «Si el daño material derivado del hecho punible no pudiere evaluarse pecuniariamente, debido a que no existe dentro del proceso base suficiente para fijarlo mediante perito, el Juez podrá señalar prudencialmente, como indemnización, una suma equivalente, en moneda nacional, hasta de cuatro mil gramos oro» (resalta la Corte), lo que es apenas obvio, ya que si no existe base suficiente, ningún sentido tendría la designación de un perito a sabiendas de que éste se va a ver imposibilitado para tasarlos en concreto, precisamente por no contar con elementos de juicio suficientes, si se tiene en cuenta que este tipo de prueba es en esencia explicativa, estando por ende el perito, obligado a indicar los exámenes, experimentos e investigaciones efectuados, así como los fundamentos técnicos o científicos de sus conclusiones (art. 267 del C.P.P.).

c. Si bien constituye objeto del proceso penal la determinación de los daños y perjuicios ocasionados con el hecho punible procurando además la determinación de su cuantía, como sería lo ideal, no siempre resulta posible cumplir a cabalidad tal cometido, bien por la complejidad del asunto o por su temprana culminación como sucedió en este caso, donde el procesado se acogió a la sentencia anticipada, y no obstante ser evidente el perjuicio que se causó con las múltiples muertes y lesiones a las víctimas del accidente, las pruebas recaudadas durante su tramitación, no fueron suficientes ni aptas para que al momento de fallar, pudiera el Juez determinar en concreto el monto de los perjuicios.

Siendo ello así, el Juez debió acudir a las facultades discrecionales que le confiere el artículo 107 del C.P., pudiendo tener en cuenta para fijar la cuantía de los perjuicios materiales ocasionados con el delito solamente aspectos como la edad probable, salario mínimo promedio y posible capacidad económica, pues como lo ha sostenido la jurisprudencia de esta Sala «las circunstancias que el Juez debe atender para ejercer la atribución del art. 107 y que aparecen en su inciso segundo, deben consultarse en lo pertinente, según la naturaleza del delito y la clase de daño producido. Debe destacarse sobre las mismas, que no es necesario su total ocurrencia y que la mención no tiene carácter taxativo sino meramente indicativo o de enunciación» (Sentencia de septiembre 20 de 1982, M.P. Dr. Gustavo Gómez Velásquez). Magistrado Ponente Dr. CARLOS A. GALVEZ ARGOTE. Sentencia Casación. Fecha: 25/02/1999. Decisión: Desestima la demanda, casa oficiosa y parcial, impone multa y suspensión de conducir

Pág.

vehículos. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial. Ciudad: Barranquilla. Procesado: GOMEZ GALLEGO, GUILLERMO. Delitos: Lesiones personales culposas, Homicidio culposo. Proceso: 10386. Publicada: Si.

Véase también en Internet: www.ramajudicial.gov.co 474

COLISION DE COMPETENCIA/ NULIDAD. Corresponde a la Corte desatar el planteado conflicto de competencia, de acuerdo a lo previsto en el artículo 68 5 del C. de P.P. por ser pertenecer uno de los Juzgados involucrados en él a la justicia regional.

Necesario resulta recordar que esta Sala, en guarda del principio de prevalencia del derecho sustancial sobre la forma y por economía procesal, cambió, mediante auto del 18 de noviembre de 1998, con ponencia del Magistrado Dr. Lombana Trujillo (Rad. 14968), el criterio que venía asumiendo al desatar los conflictos de competencia en casos como el que se examina, y terminó decantando como única posición sobre el particular 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 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». De esta suerte, se abandonó la rigidez del pensamiento frente a la intangibilidad de la resolución de acusación que imponía la adjudicación de la competencia al Juez competente por razón de la calificación contenida en el acto acusatorio dejándole como única opción la de anular la actuación surtida por el funcionario carente de competencia, y se abrió paso a una solución más expedita dentro de la legalidad del rito procesal sin desconocer el principio del Juez natural. (Cambio de Jurisprudencia). Magistrado Ponente Dr. DIDIMO PAEZ VELANDIA. Auto Colisión de Competencias: Fecha: 25/02/1999. Decisión: Declara competente al Juzgado Regional de Medellín. Procedencia: Juzgado 3° Penal del Circuito. Ciudad: Bello. Procesado: PEÑARANDA HERRERA, EDUARDO ALONSO. Delitos: Tentativa de homicidio. Porte de armas de defensa personal. Proceso: 15420. Publicada: Si.

Véase también en Internet: www.ramajudicial.gov.co 490

HOMICIDIO-Ley 40 de 1993/ SECUESTRO/ PORTE ILEGAL DE ARMAS. 1. La Corte Constitucional, en sentencia No.565 de 7 de diciembre de 1993, al estudiar la exequibilidad de los artículos

Pág.

1ª, 28, 29, 30 y 31 de la ley 40 de ese año, analizó, entre otros aspectos, el relativo a la unidad de materia del proyecto de ley, declarando, a partir de este análisis, la constitucionalidad de los citados preceptos.

Siendo ello así, no cabría aplicar excepción de inconstitucionalidad por este específico motivo, toda vez que el órgano encargado de este control ya se pronunció con autoridad de cosa juzgada sobre el punto (artículos 243 de la Carta Política y 48 de la ley 270 de 1996), como se desprende de los siguientes apartes de la sentencia de exequibilidad:. «

Aclaración preliminar. Debe la Corte comenzar por dejar claramente establecido que entre los tipos penales a que se refieren las normas demandadas, cuyo aumento de penas le corresponde examinar en este estrado, hay la debida unidad de materia. Ella es evidente en su conexidad axiológica, dada por la identidad de los bienes jurídicos que el legislador busca proteger al incriminar el homicidio y el secuestro, la cual en este caso se refleja en el incremento del quántum de los límites mínimo y máximo de las penas en ambos casos de 25 a 40 años de prisión, y en su agravación por razón de análogas circunstancias, en cuya virtud se enlazan recíprocamente.

En cuanto a lo primero, y según se analizará en detalle más adelante, los delitos de secuestro y homicidio, por igual, lesionan de manera grave los bienes supremos de la vida, la libertad, la dignidad, la familia y la paz, entre otros derechos fundamentales que consagra la constitución.

«En cuanto a lo segundo, es sabido que por lo general, con el objeto de obtener la unidad, provecho o finalidad perseguidos, los autores o partícipes en el delito de secuestro presionan la entrega o verificación de lo exigido, con la amenaza de muerte o lesión de la víctima. Del mismo modo, lamentablemente, las más de las veces a ella le sobrevienen la muerte o lesiones personales por causa o con ocasión del secuestro. De ahí que las circunstancias mencionadas se hayan erigido en causales de agravación punitiva, las primeras del delito de secuestro (artículo 3º, numerales 7º y 11 de la ley 40 de 1993) y las segundas del delito de homicidio (artículo 30, numeral 2º, ibidem)» (negrillas fuera de texto).

2. No es cierto que la ley 40 de 1993 se refiera exclusivamente al tema del secuestro, o que el legislador haya pretendido limitar la aplicación de sus artículos 29 y 30 a los casos en los cuales el homicidio guarde algún nexo con el citado delito contra la libertad individual.

Pág.

La mencionada ley, en su enunciado, además de noticiar la adopción del estatuto nacional contra el secuestro, anuncia la expedición de otras disposiciones, dejando de esta manera en claro que el tema del secuestro constituía materia dominante, pero no única.

3. El capítulo relativo al «aumento de penas», en donde se establecen los incrementos punitivos para los delitos de homicidio y extorsión, surgió de la necesidad de adoptar una política criminal coherente, que armonizara las nuevas penas previstas para el secuestro con el esquema punitivo básico del Código Penal, y con las establecidas para hechos punibles que, como la extorsión o el homicidio, comprometen bienes jurídicos de igual o mayor valor. Esto explica las modificaciones paralelamente introducidas a los artículos 28 y 44 del Código Penal.

Cierto es que el proyecto inicial ingresó al Congreso sin estas reformas, pero en el curso de los debates se planteó la necesidad de incluirlas para darle coherencia, como se desprende del contenido de la ponencia en la Cámara, donde se dijo: «En el curso de la fecunda discusión que esta iniciativa ha tenido en el Senado se planteó, no sin razón, que no podría tratarse punitivamente la conducta del secuestro con mayor severidad que la del homicidio. Ello condujo a que se adoptaran decisiones legislativas, agravando también las penas para el homicidio que mantuvieran principios universales de la 'dosimetría penal'» (Gaceta del Congreso de nov.18/92).

4. El texto de los artículos 29, 30 y 32 es de tal claridad que cualquier pretensión encaminada a limitar o ampliar su sentido resulta un despropósito. La expresión «quedará así», utilizada sistemáticamente por el legislador para anunciar las nuevas disposiciones, no permite abrigar dudas sobre la subrogación de los artículos 323, 324 y 355 del Código Penal, ni la autonomía de los nuevos preceptos.

5. Un estudio sistemático-teleológico del citado estatuto devela igualmente la inconsistencia de la tesis que propugna por una aplicación limitada de los artículos 29, 30 y 32, pues el numeral 11 del artículo 3º ejusdem, recoge como circunstancia de agravación punitiva para el secuestro extorsivo, la hipótesis del concurso con los delitos de homicidio y lesiones, no siendo por tanto de recibo la afirmación de que la pena prevista en los citados artículos solo puede ser aplicada en casos de conexidad. Absurdo sería, ha dicho la Sala, «considerar que, en un mismo estatuto legal, el legislador fije dos penas bien diversas para unos mismos hechos, ésta que acaba de señalarse de un máximo de 60 años, y

Pág.

la otra de un tope de 40 del artículo 29, lo que por fuerza de la razón conduce, fatalmente, a la certidumbre de que la pena en este último artículo erigida, para nada demanda la correlación con el secuestro, sino que es definitivamente independiente de tal circunstancia» (Casación de 21 de noviembre de 1995, Magistrado Ponente Dr. Galvez Argote).

6. El artículo 89 del citado Decreto 2535 de 1993, no tiene los alcances derogatorios que el censor pretende otorgarle, puesto que la propia norma hace la salvedad en el sentido que su aplicación no excluye la responsabilidad penal. También ha sido dicho que la ley de facultades a cuyo amparo fue expedido el referido Decreto, no autorizaba al ejecutivo para introducir modificaciones a la regulación penal vigente, no pudiendo ser entendido por consiguiente que lo hubiera hecho.

Sobre este particular, dijo específicamente la Corte en providencia de 14 de septiembre de 1994, con ponencia del Magistrado doctor Ricardo Calvete Rangel:.

«Lo que se reglamento en el artículo 89 del Decreto 2535 es una serie de conductas que denomina 'contravención' y que dan lugar al decomiso de armas, municiones, explosivos y sus accesorios, pero en aquellos casos en que el comportamiento está previsto como punible por la legislación penal, expresamente señala que es 'sin perjuicio de las sanciones penales a que hubiere lugar'.

«Esta previsión la observa en los literales a), e), f), g), y m), del mencionado artículo 89, de manera que es claro que en ningún momento quiso el ejecutivo reformar la regulación penal existente en esta materia, y legalmente no podría haberlo hecho, pues el Decreto fue expedido en ejercicio de las facultades extraordinarias conferidas en el artículo 1º de la ley 61 de 1993, y ninguno de esos literales tiene ese alcance». Magistrado Ponente Dr. FERNANDO ARBOLEDA RIPOLL. Sentencia Casación. Fecha: 25/02/1999. Decisión: No Casa. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial. Ciudad: Cundinamarca. Recurrente: MARTIN NOVOA, JOSE ADELMO. Recurrente: MARTIN, PEDRO ARTURO. Delitos: Porte de armas de defensa personal, Homicidio agravado. Proceso: 10400. Publicada: SI.

Véase también en Internet: www.ramajudicial.gov.co 496

MINISTERIO PUBLICO / CASACION. Es bien sabido que la tarea del Ministerio Público dentro del trámite de la casación, no se encuentra limitada a emitir concepto sobre las pretensiones que se formulen en la demanda, sino que, al tenor de los dispuesto en el

Pág.

artículo 228 del C. de P.P., podrá sugerir a la Corte la invalidación del fallo cuando advierta la existencia de violaciones ostensibles de las garantías judiciales de los sujetos procesales o desconocimiento del debido proceso, pudiendo, por lo tanto, plantear posiciones jurídicas en ese sentido, pero sin que le sea permitido complementar o enmendar el libelo objeto del concepto, ni formular sus propios cargos, pues se estaría atribuyendo la calidad de impugnante de la que carece y desnaturalizando la razón de ser del traslado. Magistrado Ponente Dr. JORGE E. CORDOBA POVEDA. Sentencia Casación. Fecha: 25/02/1999. Decisión: No Casa. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial. Ciudad: Neiva. Recurrente: ALDANA GRANADOS, ABSALON. Delitos: Homicidio culposo, Aborto. Proceso: 11253. Publicada: Si.

Véase también en Internet: www.ramajudicial.gov.co 507

DEFENSA TECNICA/ CASACION-No recurrente. 1. Para la Corte ha sido y sigue siendo claro que la defensa técnica, como derecho que el procesado tiene de ser asistido permanentemente por un abogado que lo asesore y represente en el proceso, y que en términos de equilibrio e idoneidad pueda enfrentar al órgano represivo, debe ser ejercitado de manera real, continua y unitaria, de suerte que logre material y efectiva realización en el proceso, siendo el funcionario judicial el llamado a garantizar su ejercicio.

Plurales son los pronunciamientos de la Sala en este sentido, donde además ha sido dicho que la protección de este derecho constituye presupuesto esencial de validez en la relación adversarial que a través del proceso penal se constituye, y que su vulneración se erige en motivo de invalidación de lo actuado.

También ha sostenido que una tal situación puede llegar a presentarse cuando el abogado designado para atender la defensa omite cumplir con los deberes que el cargo le impone, pero que no es la ausencia objetiva de actos positivos de gestión, sino el real abandono del compromiso adquirido, lo que vicia de nulidad la actuación por este motivo, siendo obligación del demandante en casación acreditar su existencia.

Lo anterior, por cuanto no es posible dejar de tomar en cuenta que el defensor, en el cumplimiento de su labor, puede ejercer de manera amplia el derecho de contradicción mediante una activa controversia conceptual o probatoria, u optar por un silencio expectante dentro de los límites de la racionalidad, como estrategia defensiva, susceptible de ser determinada a través de actos procesales que permitan inequívocamente establecerla, sin que por tal motivo pueda afirmarse inexistencia de tutela profesional.

Pág.

Ya ha sido dicho que la ausencia de actos positivos de gestión en el ejercicio de la defensa técnica, no necesariamente implica menosprecio de la función encomendada, puesto que el silencio, dentro de los límites de la racionalidad, es también una forma de estrategia defensiva, no menos efectiva que una entusiasta postura controversial. Lo realmente importante es que el proceso ofrezca elementos de juicio que permitan objetivamente establecer que su inactividad estuvo determinada por una maniobra defensiva, no por abandono de sus obligaciones procesales.

2. La Sala no puede, sin desbordar los marcos propios de su limitada competencia funcional, arrogarse la facultad de estudiar la actuación procesal de quienes no interpusieron el recurso, o habiéndolo interpuesto, les fue declarado desierto o improcedente por cualquier motivo, pues su condición de no recurrente excluye, en principio, la posibilidad de introducir cualquier modificación de su situación jurídica en sede extraordinaria.

Una tal variación, ha sido dicho por la Corte, solo es viable cuando adviene como consecuencia necesaria de la decisión que se tome en la sentencia en relación con el procesado recurrente, bien sea de oficio o por virtud de la demanda, en cuyo caso, por disposición legal, la competencia de la Corte se amplía para hacer extensivos los efectos del fallo a los no impugnantes (Cfr. Casación de sept.4/96, Magistrado Ponente Dr. Arboleda Ripoll).. Magistrado Ponente Dr. FERNANDO ARBOLEDA RIPOLL. Sentencia Casación. Fecha: 25/02/1999. Decisión: No Casa. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial. Ciudad: Santa Fe de Bogotá. Procesado: ESPINOSA SOLANO, CESAR AUGUSTO. Procesado: ASTUDILLO GARCIA, HELMER. Procesado: PARDO RUEDA, ALBERTO. Delitos: Falsedad material de particular en doc. púb., Estafa. Proceso: 9998. Publicada: Si.

Véase también en Internet: www.ramajudicial.gov.co 516

TENTATIVA DE HOMICIDIO. La tentativa de homicidio puede presentarse aún sin que se lesione a la víctima, pues basta que con la intención de matar se ponga en peligro el interés jurídico protegido para que la figura se tipifique, ya que el fundamento de la punición de la tentativa no es el resultado que se produzca sino el peligro en que se ponga la vida del sujeto pasivo de la acción homicida. Magistrado Ponente Dr. RICARDO CALVETE RANGEL. Sentencia Casación. Fecha: 25/02/1999. Decisión: No Casa. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial. Ciudad: Santa Fe de Bogotá. Procesado: ACOSTA CORTES, MILTON ALEXANDER. Delitos: Tentativa de homicidio. Proceso: 10647. Publicada: Si.

Pág.

Véase también en Internet: www.ramajudicial.gov.co 529

HOMICIDIO AGRAVADO/ ALTERNATIVIDAD PENAL-Inaplicación/ LIBERTAD CONDICIONAL. La Sala en proveído de fecha 20 de enero de 1998, con ponencia de quien en este asunto cumple igual cometido, precisó que «Pudiera pensarse que 'las causales 2, 4, 5 y 8 del artículo 30 de la Ley 40 de 1993' que trae la Ley 415/97 como excepción se refieren tanto al homicidio agravado como a las lesiones personales agravadas, mas no es así por las siguientes breves razones:».

«a) La 'o' que utiliza el nuevo artículo 72 A del C. P. es disyuntiva y no copulativa, por cuanto el sentido de la expresión no es establecer una opción o alternativa, sino la de señalar un listado de hechos punibles según el bien jurídico tutelado, en este caso, el de la vida e integridad personal; «.

«b) La evolución del proyecto presentado permite arribar a similar conclusión. En efecto: la iniciativa contemplaba el subrogado con las 2/3 partes de la pena para todos los delitos sin excepción alguna: ya en el Congreso el ponente elevó a las 3/5 partes el requisito objetivo, conservando la ausencia de excepción, lo que despertó gran resistencia por el beneficio que ello reportaba para los procesados por narcotráfico y enriquecimiento ilícito, delitos que, en consecuencia, aparecen como excepcionados en el pliego de modificaciones introducido al proyecto; como el debate continuara en la necesidad de excepcionar otro tipo de delincuencia, se propuso entonces los tipos penales contenidos en leyes especiales en un artículo, el 5º, del proyecto bajo el epígrafe de 'ámbito de aplicación': 'los delitos mencionados en la Ley 30 de 1986, Decreto Ley 2266 de 1991, Ley 40 de 1993, Ley 190 de 1995, Ley 360 de 1997 y Ley 365 de 1997 cometidos antes o después de su expedición.', lo cual radicalizó el debate, para terminar en un preacuerdo sobre la base del siguiente contenido: 'art. 72 A. Con excepción de los delitos de: enriquecimiento ilícito; homicidio o lesiones personales agravadas por virtud de las causales 2, 4, 5 y 8 del artículo 30 de la Ley 40 de 1993': un sector importante del Congreso no prohijó el proyecto porque consideró que 'el homicidio simplemente voluntario' y otras modalidades menores del mismo, debieran ser susceptibles del beneficio propuesto. Fue cuando se incluyó como excepción 'el homicidio agravado', conservándose la propuesta de incluir las lesiones personales agravadas únicamente por las causales mencionadas en la Ley 40, artículo 30, a las cuales remite el art. 339 del C.P.».

«c) Indudablemente que un mejor manejo gramatical en la técnica legislativa aconsejaba usar la conjunción 'y' en vez de la 'o',

Pág.

pero el no haberlo hecho en nada impide la correcta interpretación de la norma, la que, por lo demás, si hubiere estado en mente del legislador incluir dichas causales para el homicidio, hubiese dicho, por ejemplo: 'homicidio o lesiones personales agravados por...', con lo cual indiscutiblemente quedaba involucrado el homicidio solo en las causales mencionadas y no como quedó finalmente, respecto de todas sus causales».

Es claro entonces que frente al punible de homicidio agravado, cometido antes o después de la vigencia de la Ley 417 de 1997, para los efectos del subrogado penal de la libertad condicional, debe siempre mirarse bajo el imperio del artículo 72 del Código Penal. Magistrado Ponente Dr. DIDIMO PAEZ VELANDIA. Casación -Libertad-. Fecha: 02/03/1999. Decisión: Niega libertad provisional. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial. Ciudad: Cali. Recurrente: GIRALDO CANDAMIL, JOSE HERNANDO. Recurrente: PEÑA, CARLOS HUMBERTO. Delitos: Homicidio agravado. Proceso: 9795. Publicada: Si.

Véase también en Internet: www.ramajudicial.gov.co 536

EXTRADICION-Proceso en Colombia. El artículo 538 del Código de Procedimiento Penal establece que la Corporación debe fundar su concepto en la validez formal de la documentación presentada; en la demostración plena de la identidad del solicitado; en el principio de la doble incriminación; en la equivalencia de la providencia proferida en el extranjero; y, cuando fuere el caso, en el cumplimiento de lo previsto en los tratados públicos.

El proceso 34.123 que adelanta la Fiscalía de Colombia se originó en la documentación enviada por la República Checa para el trámite de extradición, de manera que en resolución que dispuso la captura de (...) se anotó: «Teniendo en cuenta que de la documentación allegada por el Ministerio de Relaciones Exteriores se desprende la posible existencia de hechos punibles perpetrados en territorio colombiano, este Despacho remitirá copia de la documentación con destino a la Dirección Regional de Fiscalías de esta ciudad, para los fines de su competencia.»..

En estas condiciones no se da la hipótesis prevista en el artículo 565 del Código de Procedimiento Penal, porque al momento de solicitarse la extradición el ciudadano pedido no estaba siendo investigado en Colombia, y como ya lo ha señalado la Corte en otras oportunidades, la disposición no puede ser entendida en el sentido de que si después de oficializada la solicitud del Estado requirente se inicia instrucción en nuestro país, no hay lugar a la extradición, pues eso la convertiría en una manera de burlar

Pág.

las pretensiones de los Estados solicitantes. Magistrado Ponente Dr. RICARDO CALVETE RANGEL. Extradición. Fecha: 02/03/1999. Decisión: Conceptúa favorablemente. Procedencia: República. Ciudad: Checa. REQUERIDO: NOVOTNY URBAN, VACLAV. Proceso: 14765. Publicada: SI.

Véase también en Internet: www.ramajudicial.gov.co 541

TERMINACION ANTICIPADA DEL PROCESO/ SENTENCIA ANTICIPADA/ ACCION DE REVISION. 1.- Se trata en este caso de un proceso que terminó de modo prematuro por la ritualidad de la sentencia anticipada, lo que presupone la aceptación de la procesada de su responsabilidad penal frente a los cargos a ella imputados en el pliego enjuiciatorio conforme a las pruebas recaudadas durante la actuación, lo cual implica la imposibilidad de cuestionar posteriormente los aspectos que sirvieron de fundamento al fallo.

No obstante, ha de reiterar la Sala que «esta limitación no se extiende a la revisión, que como se sabe no es un recurso sino una acción, a través de la cual se puede intentar remover la condición de cosa juzgada a que ha hecho tránsito una decisión que se considera injusta, y es evidente que a las particulares circunstancias previstas en la ley como causales taxativas no escapan los fallos por el simple hecho de ser fruto de un acuerdo o del allanamiento del sindicado» (auto revisión dic. 18/96. M.P. Dr. RICARDO CALVETE RANGEL).

2.- Por tener la acción de revisión el carácter de instrumento extraordinario, con el cual se persigue remover los efectos de la cosa juzgada judicial, como ha sido insistentemente sostenido, la demanda a través de la cual se ejerce debe cumplir estrictamente los presupuestos de admisibilidad establecidos por el artículo 234 del Código de Procedimiento Penal, carga que de no cumplirse determina su rechazo.

En este sentido, el actor ha de seleccionar cuidadosamente la causal que pretenda aducir como apoyo de la pretensión, al igual que las pruebas en que se funde, y presentar una exposición racional en orden a demostrar el motivo escogido, de modo tal que los fundamentos de hecho y de derecho en que la solicitud se apoya queden exteriorizados nítidamente.

También ha sido destacado que si la pretensión se apoya en la tercera de las causales previstas por el artículo 232 del Código de Procedimiento Penal, esto es, por aparecer después de la sentencia condenatoria hechos o pruebas nuevas no conocidas durante la actuación, de los cuales se establezca la inocencia o

Pág.

inimputabilidad del procesado, es indispensable demostrar no solamente su posterior aparecimiento, sino, lo más importante, cómo de haber sido oportunamente conocido por los falladores habría conducido a una decisión distinta y opuesta a la que hizo tránsito a cosa juzgada y cuya revisión persigue.

De no satisfacerse esto, ha de ser entendido que la pretensión apunta a continuar el debate de hechos, pruebas y argumentos ya considerados y definidos procesalmente, con desconocimiento de la razón de ser y finalidad de la acción de revisión.

Y que cuando la pretensión es apoyada en la quinta de las causales de revisión, resulta necesario aportar la copia de la sentencia ejecutoriada en la cual se declare la falsedad del medio probatorio en que se fundamentó el fallo objeto de la acción. Magistrado Ponente Dr. FERNANDO ARBOLEDA RIPOLL. Acción de Revisión. Fecha: 02/03/1999. Decisión: Reconoce defensor y rechaza la demanda de revisión. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial. Ciudad: Cundinamarca. Procesado: RODRIGUEZ RODRIGUEZ, MARIA HELENA. Delitos: Estafa. Proceso: 15250. Publicada: SI.

Véase también en Internet: www.ramajudicial.gov.co 547

MANDATO JUDICIAL-Revocatoria. Aunque es verdad que el fallecimiento del poderdante es causal de terminación del contrato de mandato civil, tal y como se encuentra previsto en el numeral 5º del artículo 2189 del Código de la materia, frente al mandato judicial rige la previsión del artículo 69 del Código de Procedimiento Civil que señala:.

«Terminación del poder. Con la presentación en la secretaría del despacho donde curse el asunto, del escrito que revoque el poder o designe nuevo apoderado o sustituto, termina aquél o la sustitución, salvo cuando el poder fuere para recursos o gestiones determinados dentro del proceso.

«El apoderado principal o el sustituto a quien se le haya revocado el poder, sea que esté en curso el proceso o se adelante alguna actuación posterior a su terminación, podrá pedir el juez, dentro de los treinta días siguientes a la notificación del auto que admite dicha revocación, el cual no tendrá recursos, que se regulen los honorarios mediante incidente que se tramitará con independencia del proceso o de la actuación posterior. El monto de la regulación no podrá exceder del valor de los honorarios pactados.

«Igual derecho tiene el heredero o el cónyugue sobreviviente de quien fallezca ejerciendo mandato judicial.

Pág.

«La renuncia no pone término al poder ni a la sustitución, sino cinco días después de notificarse por estado el auto que la admita y se haga saber al poderdante o sustituidor por telegrama dirigido a la dirección denunciada para recibir notificaciones personales, cuando para este lugar exista el servicio, y en su defecto como lo disponen los numerales 1 y 2 del artículo 320.

«La muerte del mandante, o la extinción de las personas jurídicas no pone fin al mandato judicial, si ya se ha presentado la demanda, pero el poder podrá ser revocado por los herederos o sucesores.

«Tampoco termina el poder por la cesación de las funciones de quien lo confirió como representante de una persona natural o jurídica mientras no sea revocado por quien corresponda.». Magistrado Ponente Dr. CARLOS EDUARDO MEJIA ESCOBAR. Auto Casación. Fecha: 02/03/1999. Decisión: Declara extinguida la acción penal por muerte. Procedencia: Tribunal. Ciudad: Nacional. Procesado: MEDINA SERNA, SANTIAGO. Delitos: Enriquecimiento ilícito de particular. Proceso: 12786. Publicada: Si.

Véase también en Internet: www.ramajudicial.gov.co 555

ACCION DE REVISION-Constancia de ejecutoria/ ABOGADO. 1. Si bien es el propio condenado quien a nombre propio intenta la presente acción de revisión, es necesario precisar en primer lugar, que así literalmente no aparezca en la regulación del artículo 233 del C.P.P. como uno de los titulares para interponerla, siendo la persona directamente perjudicada con el fallo respecto del cual pretende su remoción y ostentando la calidad de abogado titulado, debe entenderse frente a una recta interpretación de esta norma fundada en el pleno ejercicio del derecho a la defensa, que se encuentra legitimado para impetrarla.

2. Ahora bien, siendo que la acción de revisión, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 232 del ibídem, solo procede contra sentencias ejecutoriadas en los casos expresamente allí previstos, las copias de los fallos proferidos en las instancias dentro del proceso cuya remoción se pretende y la constancia sobre su ejecutoria se constituyen en un anexo obligado para todas las demandas de esta clase, como así lo impone el inciso final del artículo 234 id... Magistrado Ponente Dr. CARLOS A. GALVEZ ARGOTE. Acción de Revisión. Fecha: 02/03/1999. Decisión: Inadmite la demanda. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial. Ciudad: Pereira. Procesado: DURANGO GOMEZ, OVIDIO. Delitos: Prevaricato por acción. Proceso: 13928. Publicada: Si.

Pág.

Véase también en Internet: www.ramajudicial.gov.co 559

ALTERNATIVIDAD PENAL. 1. La denominada ley de alternatividad penal, concebida con la finalidad de contribuir a la descongestión de los centros carcelarios del país ante la crisis penitenciaria bajo la cual se expidió, no derogó disposición alguna del Código Penal, ya que lo que por su intermedio se hizo fue introducir nuevos artículos tanto al Decreto 100 de 1.980 como a la ley 65 de 1.993, sin que pueda de allí deducirse que hubo derogaciones tácitas.

2. Una tal conclusión, como la que presenta el petente no puede siquiera inferirse del texto mismo de dicha normatividad, pues de manera clara el artículo 1º de la ley 415 de 1.997, preceptúa que:.

«El Código Penal tendrá un nuevo artículo 72 A del siguiente tenor:.

Artículo 72 A. Con excepción de los delitos de enriquecimiento ilícito; homicidio agravado o lesiones personales agravadas por virtud de las causales 2, 4, 5 y 8 del artículo 30 de la Ley 40 de 1993; secuestro, extorsión; hurto calificado; los delitos dolosos previstos en la Ley 30 de 1986; los delitos previstos en el Decreto 2266 de 1991, excepto los de porte ilegal de armas de defensa personal, intercepción de correspondencia oficial, utilización ilegal de uniformes o insignias y amenazas personales o familiares; los delitos previstos en la Ley 190 de 1995, excepto cohecho por dar u ofrecer, prevaricato y utilización indebida de información privilegiada; los delitos previstos en la Ley 330 de 1997 y en la Ley 365 de 1997; y los delitos conexos con todos los anteriores, los cuales continuarán bajo el régimen del artículo 72 del Código Penal, para los demás delitos la libertad condicional se concederá de la siguiente manera:.

El juez concederá la libertad condicional al condenado a pena privativa de la libertad mayor a tres (3) años, cuando haya cumplido las tres quintas partes (3/5) de la condena, siempre que haya observado buena conducta en el establecimiento carcelario.

Parágrafo. Salvo que exista orden de captura vigente en su contra, no podrá negarse el beneficio de la libertad condicional atendiendo a los antecedentes penales o circunstancias tenidas en cuenta en la sentencia para dosificar la pena o negar la condena de ejecución condicional» (resalta la Corte).

Pág.

Lo que sucede entonces, es que con la expedición de la ley 415 de 1.997, de acuerdo con la naturaleza del delito dos son las disposiciones que regulan la libertad condicional, una la del artículo 72 del C.P. aplicable a los delitos de enriquecimiento ilícito; homicidio agravado o lesiones personales agravadas por virtud de las causales 2, 4, 5 y 8 del artículo 30 de la Ley 40 de 1993; secuestro, extorsión; hurto calificado; los delitos dolosos previstos en la Ley 30 de 1986; los contenidos en el Decreto 2266 de 1991 excepto los de porte ilegal de armas de defensa personal, interceptación de correspondencia oficial, utilización ilegal de uniformes o insignias y amenazas personales o familiares; la Ley 190 de 1995, salvo el cohecho por dar u ofrecer, prevaricato y utilización indebida de información privilegiada; los delitos previstos en la Ley 360 de 1997 y en la Ley 365 de 1997; y los conexos con todos los anteriores. Es decir, que en estos casos se hace necesario cumplir con las dos terceras partes de la pena impuesta, «siempre que su personalidad, su buena conducta en el establecimiento carcelario y sus antecedentes de todo orden, permitan suponer fundadamente su readaptación social» (ibidem).

La otra norma aplicable para efectos de libertad condicional es precisamente la prevista en el artículo 1º de la ley de alternatividad penal, que procede para los demás delitos que no aparecen allí excluidos, como la estafa, el abuso de confianza, los delitos contra la fe pública etc., o que expresamente fueron exceptuados de ser regidos por el artículo 72 del C.P., como sucede con el porte ilegal de armas para la defensa personal, interceptación de correspondencia oficial, utilización ilegal de uniformes o insignias y amenazas personales o familiares, cohecho por dar u ofrecer, prevaricato y utilización indebida de información privilegiada, frente a los cuales los criterios para conceder la libertad provisional se reducen a haber descontado las tres quintas partes de la pena impuesta en la sentencia, observar buena conducta en el establecimiento carcelario y que no exista en su contra orden de captura vigente. Magistrado Ponente Dr. CARLOS A. GALVEZ ARGOTE. Casación -Libertad-. Fecha: 03/03/1999. Decisión: Niega libertad provisional. Procesado: GOMEZ QUINTERO, HUMBERTO. Delitos: Violación a la Ley 30/86. Proceso: 11805. Publicada: Sí.

Véase también en Internet: www.ramajudicial.gov.co 564

PRESCRIPCION/ CASACION. Si bien es cierto que el término mínimo de prescripción son cinco años, también lo es que eso opera para cuando la pena máxima correspondiente sea inferior a ese tiempo, o cuando se trata de penas no privativas de la libertad, pues

Pág.

la regla general fijada por el artículo 80 del Código penal, es que la acción prescribe «en un tiempo igual al máximo de la pena fijada en la ley si fuere privativa de la libertad», teniendo en cuenta las circunstancias de atenuación y agravación concurrentes.

Quien invoca la causal 6ª debe demostrar con la providencia respectiva cual fue el criterio jurídico de la Corte que sirvió de base a la condena, y el pronunciamiento en el cual lo varió favorablemente. Magistrado Ponente Dr. RICARDO CALVETE RANGEL. Acción de Revisión. Fecha: 03/03/1999. Decisión: Reconoce apoderado y rechaza la demanda. Procedencia: Tribunal. Ciudad: Nacional. Procesado: BETANCUR BERMUDEZ, OSCAR. Delitos: Violación a la Ley 30/86. Proceso: 15078. Publicada: SI.

Véase también en Internet: www.ramajudicial.gov.co 570

NULIDAD-Interés para recurrir/ CONFESION. Nuestra Ley de Procedimiento Penal no exige que al imputado se lo interrogue en términos técnicos de la dogmática jurídica ni siquiera por el nomen juris de la conducta que se le atribuya y respecto de la cual el Estado espera una explicación para el esclarecimiento de los hechos en desarrollo de la garantía del pleno ejercicio de la defensa, sino que como lo dispone en el artículo 360, una vez cumplidos los requisitos exigidos por el artículo 369, «el funcionario judicial interrogará al imputado en relación con los hechos que originaron su vinculación», esto es, sobre lo sucedido, sobre lo fáctico, valga decir, lo que él hizo, para que precisamente con base en ello pueda establecerse la relevancia jurídica de lo acontecido; de ahí precisamente el por qué, como lo ha sostenido desde antiguo la Corte, esta clase de interrogatorios no pueden estar sometidos al empleo de expresiones o frases sacramentales cuya omisión implique fatalmente una irregularidad, pues el proceso de valoración de la conducta en punto de determinar su trascedencia como injusto penal no va dirigida al destinatario de la ley punitiva, entendido como quien está bajo el imperio de su cumplimiento, sino del funcionario que el Estado ha delegado para su aplicación, debiéndose tener como sustento precisamente los hechos, siendo ya de su función el sentido y alcance que les dé a los mismos frente a los supuestos legales, orientando a partir de allí la proyección jurídica que de ellos emane.

Se torna imperativo desechar de entrada los reproches formulados en punto de la ira, habida cuenta de que el casacionista carece de interés para recurrir sobre este tópico, ya que en tratándose de un proceso terminado mediante el proferimiento de sentencia anticipada, una tal censura se sale del marco fijado por el artículo 37B, numeral 4º, del Código de Procedimiento Pe-

Pág.

nal que posibilita la impugnación de esta clase de fallos únicamente en lo relacionado con la dosificación de la pena, el subrogado de la ejecución condicional y la extinción del dominio sobre bienes, pues lo contrario equivaldría no sólo a tener que admitirse una inusitada retractación sobre lo aceptado por el procesado, sino a desconocer su propia manifestación de voluntad en aquél acto procesal supuesto de la posterior sentencia, como insistentemente lo viene afirmando la Sala al interpretar dicha disposición procesal. En estas condiciones, y en cuanto se refiere a la falta de aplicación del artículo 299 del Código de Procedimiento Penal, que en criterio del demandante no aplicó el Tribunal al exigir que la confesión debía ser fundamento de la sentencia para que procediera esta rebaja punitiva, es igualmente claro que no le asiste la razón, pues si bien es cierto que el anterior Código de Procedimiento, Decreto 050 de 1.987 hacía esta exigencia en la literalidad del artículo 301 y que el actual Decreto 2700 de 1.991 al regular esta diminuente de la pena en el referido artículo 299 no hace la misma, »Para la Sala sigue siendo indispensable que la confesión sea fundamento de la condena, así el nuevo texto legal (art. 299) no lo mencione expresamente, porque sólo de esta manera es entendible y justa la rebaja de pena que en él se consagra. Interpretarlo de otra forma, sería otorgar un beneficio gratuito, sólo porque se confesó cuando ello no era necesario, pues obraban otras pruebas, distintas de la confesión, que permitían afirmar, sin dudas, la responsabilidad del procesado». Además, no puede desconocerse, que es »Por esta misma razón, inutilidad de la confesión, que el legislador pone como exigencia para el otorgamiento para la rebaja de pena que no se trate de 'casos de flagrancia', porque precisamente en estos eventos, ante el conocimiento que del hecho y de su autor tienen las personas que lo han presenciado, la confesión es de casi ninguna utilidad para la investigación, porque de antemano el instructor ya conoce lo que a través de éste se le ha comunicado», como lo afirmó la Sala en casación del 29 de septiembre de 1.993, con ponencia del Magistrado, doctor Guillermo Duque Ruiz y lo continúa reiterando. Magistrado Ponente Dr. CARLOS A. GALVEZ ARGOTE. Sentencia Casación. Fecha: 03/03/1999. Decisión: No Casa. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial. Ciudad: Villavicencio. Procesado: GUTIERREZ, LUIS ORLANDO. Delitos: Acceso carnal violento. Homicidio. Proceso: 14092. Publicada: Si.

Véase también en Internet: www.ramajudicial.gov.co 574

SUSPENSION DEL CARGO/ HABEAS CORPUS. Es claro que cuando un funcionario judicial revoca la medida que ha dado lugar a la

solicitud de suspensión de un funcionario público, con la finalidad de hacer efectiva una medida de aseguramiento de detención preventiva o domiciliaria, está en la obligación de comunicarla al nominador para que éste, en ejercicio de sus funciones, tome las medidas conducentes para que cesen los efectos, esto es, ordenar su reintegro si a ello hay lugar. En manera alguna puede el funcionario judicial, salvo los casos expresamente previstos en la ley, ordenar al nominador el reintegro de un funcionario o empleado publico a su cargo, como sí lo pueden determinar los jueces y magistrados de las jurisdicciones laboral y contencioso administrativa, como resultado de la prosperidad de las acciones correspondiente ante el despido injusto, lo cual también ocurre frente a los patronos del sector privado.

El doctor (...), estaba en la obligación de constatar, en el término que le otorgaba la Constitución y la Ley, el momento de la captura de los retenidos, si ella obedeció o no por orden de autoridad competente, por motivos previamente establecidos en la ley y con las formalidades legales como lo exige el artículo 28 de la Carta Política, pero en manera alguna, a sabiendas de estar afectados por medidas de aseguramiento de detención preventiva sin beneficio de excarcelación, entrar a cuestionar dichas decisiones y las pruebas sobre las cuales fueron sustentadas, como si se tratara del superior jerárquico que conoce esos precisos aspectos, pero en virtud del recurso de apelación.

Igualmente la Corte confirmará las providencias mediante las cuales el Tribunal Superior de Cali negó al (...) la libertad provisional, no sin antes precisar que respecto al criterio expuesto en el pronunciamiento del 27 de noviembre de 1998, que esta Sala no comparte y que dio lugar a la aclaración de voto de una de los integrantes de la Sala de Decisión correspondiente, ya existe pronunciamiento de esta Colegiatura en sentido diverso, incluso citado en la referida aclaración de voto, reiterado en posteriores decisiones.

En esa jurisprudencia del 7 de noviembre de 1997, con ponencia del Magistrado doctor Jorge Córdoba Poveda, por mayoría se precisó:

«La detención preventiva representa la más contundente y grave de las intromisiones de la autoridad estatal en la esfera de la libertad de la persona, no obstante lo cual todos los ordenamientos jurídicos de los países civilizados la autorizan, por la necesidad de defenderse eficazmente del delito y, consecuencialmente, de evitar su impunidad, señalándose entre sus finalidades la de garantizar el éxito de la investigación y asegurar la presencia del procesado a la

Pág.

actuación y, particularmente, a la ejecución de la sentencia, en el evento de que llegare a ser condenado».

«Pero para que esa detención cautelar o preventiva pueda cumplir sus finalidades debe materializarse o efectivizarse a través de la detención física o encarcelamiento, lo que ha llevado a la doctrina a distinguir entre la detención jurídica y la detención física o captura».

«La detención física es una medida de policía que consiste en la aprehensión material, es decir, en la privación de la libertad de locomoción de la persona, al ser recluida en un centro carcelario. Como es obvio en un Estado de Derecho, debe sujetarse a los requisitos que señala la ley (arts. 370, 371, 375, 378, etc, del C. de P.P.)».

«La detención preventiva, en cambio, es una medida de carácter jurisdiccional que comporta la privación de la libertad jurídica, que únicamente se puede disponer al interior de un proceso penal, por la autoridad judicial competente, mediante una providencia interlocutoria que debe cumplir determinados requisitos sustanciales y formales y que sólo procede en determinados casos (arts. 388, 389 y 397 ibídem)».

«Como los objetivos de la detención jurídica no se podrían cumplir si no se materializa, esto es, si la persona no es encarcelada, lo normal es que quien tenga resolución de detención preventiva vigente esté privado de la libertad física. Pero por razones de política criminal, la ley ha previsto excepciones, esto es, eventos en que aunque el procesado continúe jurídicamente detenido queda excarcelado o físicamente en libertad. Tales casos se denominan de libertad provisional o de libertad cautelada o de excarcelación y están contemplados en el artículo 415 del Código de Procedimiento Penal».

«De todas maneras, para que proceda la libertad es preciso que se cumplan los presupuestos de la causal invocada, por ejemplo que la persona sea acreedora al subrogado de la condena de ejecución condicional ó que haya cumplido en detención preventiva el tiempo que mereciera como pena privativa de la libertad, etc». «En el caso de los numerales 4º y 5º del citado precepto y del parágrafo transitorio, la libertad se logra cuando han transcurrido ciertos términos desde la aprehensión física , sin que se hayan llevando a cabo determinadas actuaciones».

«En un Estado social y democrático de derecho la privación de la libertad física no puede ser indefinida, sino que está sometida a unos límites temporales, dentro de los cuales se deben cumplir actuaciones tendientes al pronto adelantamiento del proceso penal, so pena de que la persona, como consecuencia de esa morosidad, justificada o no del aparato jurisdiccional, recobre su libertad. En

los tres casos mencionados ese es el motivo. Una interpretación sistemática de la norma citada, nos lleva a esa conclusión. No es lógico pensar que en el evento del numeral 4º o del parágrafo transitorio sea necesaria la detención física durante cierto lapso para que proceda la excarcelación y que no lo sea en la hipótesis del numeral 5º. No hay motivo razonable que pueda explicar tal diferencia. Es más, una consideración de carácter histórico, refuerza el argumento. En efecto, como lo sostiene el recurrente, en el decreto 2700 de 1991 sí se hacía referencia a que la persona estuviera efectivamente privada de la libertad, expresión que no reprodujo el artículo 55 de la ley 81 de 1993. Pero rastreando los antecedentes de esta ley y la exposición de motivos en el Congreso de la República, ninguna acotación se hace sobre la causa de la supresión».

«Por otra parte, la razón por la cual se le señaló al aparato de justicia un plazo máximo para calificar el mérito del sumario, cuando hay procesado preso, se debió a la necesidad de imponerle un límite para evitar que las personas permanecieran indefinidamente en tal estado y en investigación, sin que se les formulara pliego de cargos, lo que resultaba ateniatorio no sólo del derecho a la libertad sino de la presunción de inocencia. Pero, infortunadamente, la experiencia demostró que fijado ese plazo , el Estado se limitaba a formalizar el pliego de cargos, pero que no era diligente en el adelantamiento de la etapa de juzgamiento, prolongándose también indefinidamente la privación de la libertad y anulándose la finalidad buscada con el plazo señalado para calificar el mérito del sumario, por lo cual hubo necesidad de señalar un nuevo término para que, en el evento anterior, el juez verificara la audiencia, so pena de dejar en libertad al acusado si no lo cumplía».

«Como se ve claramente, la finalidad de los dos numerales fue la misma, esto es, evitar que a los procesados se les prolongara indefinidamente la privación de su libertad física sin que el Estado cumpliera con el deber de administrar una justicia pronta y eficaz, por lo cual la interpretación que pretende hacer el recurrente, con base en la pura exégesis o literalidad del precepto es inaceptable. La no referencia en el numeral analizado a la expresión «privación efectiva de la libertad» se debe atribuir a que no se consideró necesario incluirla, ya que teniendo en cuenta la integridad del precepto, su fundamento y su finalidad, claramente se entiende que sería inane tal inclusión, pues si hubiera querido suprimirla con la intención de que produjera efectos jurídicos, así lo hubiera expresado, pues en un Estado social y democrático de derecho, que por esencia debe ser transparente, el legislador no puede cambiar la norma sin dar la razón, como no la dió en este caso». Magistrado Ponente Dr.

Pág.

DIDIMO PAEZ VELANDIA. Auto Segunda Instancia. Fecha: 09/03/1999. Decisión: Confirma providencias impugnadas mediante las cuales se. negó nulidad y práctica de pruebas. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial. Ciudad: Cali. Procesado: ROJAS RODRIGUEZ, JULIO CESAR. Delitos: Prevaricato por acción. Proceso: 15157. Publicada: Si.

Véase también en Internet: www.ramajudicial.gov.co 590

NULIDAD / IRREGULARIDAD. La nulidad no es derivable del acto irregular en sí mismo considerado, sino de sus consecuencias. Así fue previsto por el legislador en el artículo 308-1 del Código de Procedimiento Penal y así se llega a un nuevo factor que limita las posibilidades de anulación. El acto puede ser irregular, pero si ha cumplido con la finalidad para la cual estaba destinado no habrá lugar a su invalidez y ello resulta obvio. Si los efectos esperados se verifican, ello tiene la virtud de subsanar el vicio procesal y entonces comportaría un contrasentido acudir al remedio de la nulidad para lograr una finalidad ya existente y concreta en el proceso. Traduciría el culto exclusivo a las formas sin ninguna consideración de las esencias.

Finalmente, otros factores de limitación a la declaración de nulidad en el proceso penal, lo constituyen los principios de protección y de convalidación de actos irregulares, declarados respectivamente en los numerales 3º y 4º del artículo 308 del Código de Procedimiento Penal. Según el primero, salvo cuando se trate de la falta de defensa técnica, no está autorizado para invocar una nulidad el sujeto procesal que con su conducta haya coadyuvado a la ejecución del acto irregular. Y de acuerdo con el segundo, a condición de que se observen las garantías constitucionales, la irregularidad puede convalidarse por el consentimiento expreso o tácito de la parte perjudicada.

Es supremamente claro, en consecuencia, que la nulidad es un mecanismo extremo en el proceso penal colombiano, al cual sólo puede acudir el funcionario judicial cuando se carezca de otro medio procesal para subsanar la irregularidad sustancial (art. 308-5 C. de P.P.).

Así las cosas, si cualquier defecto sustancial del proceso no trae como consecuencia la declaratoria de nulidad, ello significa que cuando se alega una irregularidad de esa naturaleza y principalmente a través del recurso de casación, con apoyo obviamente en la causal 3ª del artículo 220 del Código de Procedimiento Penal, los requisitos de la formulación del cargo sean especialmente rigurosos. Es insuficiente señalar el acto irregular, afirmar que es

Pág.

sustancial y, sin más, derivar que se afectó el debido proceso.

Una propuesta así realizada resulta incompleta, ya que si potencialmente las irregularidades procesales son subsanables, salvo cuando involucran el derecho de defensa, el censor debe demostrarle a la Corte que el acto procesal cuestionado no cumplió la finalidad para la cual estaba destinado, cómo y qué garantías en concreto resultaron quebrantadas y cuáles las razones. Igualmente que no medió ninguna conducta del propio sujeto procesal que haya contribuido a la ocurrencia de la anomalía y que ésta no resultó convalidada por él mismo, a partir del comportamiento posterior asumido en el proceso. En cualquier caso se le impone también demostrar la influencia de la irregularidad en el fallo. Magistrado Ponente Dr. CARLOS EDUARDO MEJIA ESCOBAR. Auto Casación. Fecha: 09/03/1999. Decisión: Inadmite la demanda de casación. Procedencia: Tribunal. Ciudad: Nacional. Procesado: PALMA FLOREZ, FILEMON JOSE. Delitos: Secuestro extorsivo. Proceso: 13709. Publicada: SI.

Véase también en Internet: www.ramajudicial.gov.co 622

DEMANDA DE CASACION / TIPICIDAD / NULIDAD. Si lo pretendido por el defensor es cuestionar la calificación del hecho en lo que tiene que ver con el herimiento a (...), para ubicarlo en el delito de lesiones personales y no en el de homicidio por el cual se dictó la sentencia condenatoria, pues en su confusión la parte de la conducta en que este último se causó estaría escindida y justificada, ha debido presentar el cargo apoyado en la causal tercera de casación para demandar la nulidad de lo actuado, pues en las condiciones planteadas la decisión no podría ser absolutoria, sino de condena por un tipo penal distinto del señalado en la resolución de acusación.

Una de las razones por las cuales la errada calificación del hecho debe atacarse dentro del ámbito de la causal tercera de casación, está directamente relacionada con la consecuencia legalmente prevista para cada causal, pues si el recurrente escoge la primera y el reproche prospera, la Corte estaría obligada a dictar fallo de sustitución, lo cual implicaría condenar por un delito distinto del imputado en la resolución acusatoria, propiciándose de esta manera un error judicial, denunciable dentro de los marcos de la causal segunda, por falta de consonancia entre la sentencia y los cargos formulados en la acusación. Magistrado Ponente Dr. NILSON PINILLA PINILLA. Auto Casación. Fecha: 09/03/1999. Decisión: Rechaza in límine la demanda. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial. Ciudad: Santa Fe de Bo-

Pág.

gotá. Procesado: MOLINA ALFONSO, JOSE GREGORIO. Delitos: Homicidio. Proceso: 13107. Publicada: SI.

Véase también en Internet: www.ramajudicial.gov.co 650

LIBERTAD PROVISIONAL/ SECUESTRO EXTORSIVO. La actividad que entraña el secuestro extorsivo de personas denota en sus agentes enorme insensibilidad, reflejada en la carencia de toda consideración y respeto por sus deberes familiares y sociales, factores indicativos de la necesidad del cumplimiento íntegro de la pena como garantía de rehabilitación.

El secuestro es uno de los más reprochables hechos punibles, puesto que en su desarrollo se involucran valores trascendentales no solo de la víctima primaria, sino, de toda su familia. La integridad física y psíquica de quienes padecen este flagelo se viene a menos, se deteriora la salud y en el ambiente de zozobra que genera la expectativa de vida o muerte al arbitrio de los plagiarios se generan daños de tal naturaleza que muchas veces son ya irreparables e irreversibles. Es que en el desarrollo de los acontecimientos, sus cómplices, no dudaron en avanzar hasta el homicidio, como lo hicieron, con el propósito de lograr finalmente alzarse con una suma de dinero producto de la extorsión. Magistrado Ponente Dr. EDGAR LOMBANA TRUJILLO. Casación -Libertad-. Fecha: 09/03/1999. Decisión: Niega libertad provisional. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial. Ciudad: Sincelejo. Procesado: RODRIGUEZ PRIETO, ANTONIO RICARDO. Procesado: ORTEGA PERALTA, WILSON SANTIAGO. Delitos: Lesiones personales, Homicidio agravado, Secuestro extorsivo. Proceso: 14756. Publicada: SI.

Véase también en Internet: www.ramajudicial.gov.co 636

CASACION/ DELITOS CONEXOS. El recurrente le da un desatinado entendimiento al inciso segundo del artículo 218 del C. de P. Penal, ya que no basta que los delitos sean conexos para que proceda la casación por la vía común, sino que es menester que en uno de ellos el máximo de la pena privativa de la libertad imponible sea o exceda de 6 años, entre otros requisitos.

Al respecto ha sostenido la Sala:.

«Varias son las hipótesis que pueden presentarse al estudiar la procedencia del recurso de casación, cuando en la sentencia se ha juzgado un concurso delictual.

»a). Que todos lo delitos objeto del fallo estén sancionados con pena privativa de la libertad que sea o exceda de seis (6) años, caso en el cual ningún problema se presenta, ya que de confor

Pág.

midad con el artículo 35 de la ley 81 de 1993, el recurso es procedente para todos estos ilícitos individualmente considerados, sin que para este efecto importe que hubieren sido objeto de juzgamiento conjunto. «

b). Que no todos los delitos materia del fallo estén sancionados con pena privativa de la libertad que sobrepase los seis (6) años de duración. «Dos casos pueden distinguirse dentro de esta segunda hipótesis:.

«1). Que en la demanda se hagan cargos no solamente en relación con los delitos que por su máximo punitivo no son susceptibles del recurso, sino también respecto de aquellos por los que sí procede éste, evento en el cual coinciden el concepto de la Delegada y la opinión de esta Sala, en el sentido de que el recurso en este caso sería procedente para todos los delitos, porque como lo dice el precitado artículo 35, en este supuesto el recurso «se extiende a los delitos conexos, aunque la pena prevista para éstos sea inferior a la señalada en el inciso anterior».

«2). Que la demanda contenga cargos pero exclusivamente en relación con alguno o algunos de los delitos que por la duración máxima de la pena no son susceptibles del recurso. «.... « Para la Sala.... en la hipótesis que se comenta, el recurso sí resulta procedente, no obstante que el actor no formule ataque alguno en relación con el delito o delitos concurrentes que por su penalidad sean susceptibles de este extraordinario medio de impugnación. «Para demostrar lo justo y acertada que es esta posición de la Corte, es preciso acudir al artículo 218 del C. de P.P., subrogado por el ya citado artículo 35 de la ley 81 de 1993, que en su inciso segundo dispone:

«El recurso se extiende a los delitos conexos, aunque la pena prevista para éstos sea inferior a la señalada en el inciso anterior».

«En realidad en esta norma no se está disponiendo, como parece entenderlo la Delegada, que la demanda de casación puede extenderse a los delitos conexos aunque tengan pena menor que la exigida para la procedencia del recurso. Lo que en ella se prescribe es la extensión del recurso en relación con estos delitos, que es cosa muy distinta.

«En otras palabras: la norma en comento al extender el recurso, no lo condiciona, en parte alguna, a que en la demanda se formulen cargos respecto del delito o delitos que tenga señalada pena privativa de la libertad no menor de seis años, lo cual es coherente, porque como se dijo, no es un caso de extensión de la demanda sino de extensión del recurso.

Pág.

«Hacer la exigencia que pretende la Delegada implicaría no sólo recortar sin razón los alcances benéficos de esta facultad, sino también obligar a los recurrentes a que pretexten unos cargos en relación con uno cualquiera de los delitos susceptibles del recurso, para así habilitar el ataque por los delitos 'menores' « (Casación N° 8477, septiembre 5 de 1994. M. P. Dr. Guillermo Duque Ruiz). Más recientemente expresó:. «En efecto, consultando la naturaleza y la extensión de la sanción correspondiente a la infracción, preceptúa el artículo 218 del Código de Procedimiento Penal que en principio habrá lugar a la casación «por los delitos que tengan señalada pena privativa de la libertad cuyo máximo sea o exceda de seis (6) años».

«Si este requisito no se cumple, aún podría intentarse el recurso extraordinario por extensión, siempre y cuando se trate de un delito conexo con otro u otros que sí reúnan la exigencia, o en su defecto, y limitando su viabilidad a alguna de las taxativas razones que se consignan en el inciso tercero de la norma, sometiendo el examen de las razones del impugnante a la discrecionalidad de la Sala de Casación Penal de la Corte.

«..... «Así, por caso, en pronunciamiento de marzo 10 de 1994, con ponencia del Magistrado doctor Dídimo Páez Velandia, tuvo ocasión la Sala de sostener que la conexidad, para los fines del recurso extraordinario de casación, debía entenderse. '.. siempre que se haya impugnado el fallo por el delito cuyo máximo punitivo lo admite, o por lo menos, cuando se haya condenado por él al recurrente así su cuestionamiento sólo se relacione con los conexos (por ser este aspecto solamente conocido en el escrito de demanda)'.

«Afirmación que sustentó sobre estas dos explícitas razones:.

«.. a).- En materia penal la responsabilidad es siempre individual y por consiguiente la conexidad delictiva para efectos de viabilidad del recurso extraordinario cuenta independientemente para cada procesado, y b).- Porque de no ser así, se estaría desconociendo el interés legítimo para recurrir, en la medida en que no podría impugnar un procesado condenado por el delito conexo cuyo máximo punitivo no admite la casación a nombre del coprocesado condenado por el delito cuya pena sí la admite». (Casación N°11.081, febrero 24 de 1998. M. P. Dr. Juan Manuel Torres Fresneda). Magistrado Ponente Dr. JORGE E. CORDOBA POVEDA. Recurso de Hecho. Fecha: 10/03/1999. Decisión: No concede el recurso de casación. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial. Ciudad: Cali. Procesado: ANGULO GARCIA,

Pág.

JESUS. Delitos: Falsedad marcaria, Ejer. ilícito de act. Monopolistica de arb. R. Proceso: 15424. Publicada: Si.

Véase también en Internet: www.ramajudicial.gov.co 643

EXTRADICION-Tratados/ CONCIERTO PARA DELINQUIR. Si se tiene en cuenta que la extradición es un instrumento de cooperación internacional mediante el que los Estados combaten la impunidad derivada de la mera fuga de su territorio de los infractores de sus leyes, tal dispositivo de asistencia y solidaridad internacional parte del supuesto de la soberanía tanto del Estado requirente como del requerido, una de cuyas manifestaciones más clásicas es la administración de justicia, a través de la cual los Estados a través de sus Jueces y Magistrados ejercen la soberanía al interior de su territorio imponiendo las sanciones a que haya lugar o, en todo caso, resolviendo los conflictos conforme a su juridicidad.

Es en ese orden de ideas que las decisiones jurídicas de un Estado que sean necesarias para demandar de otro Estado la extradición de una persona, son materialmente intocables y solo pueden ser objeto de revisión formal, es decir con prescindencia de su esencialidad, que conforme al principio de la buena fe, que es principio de las relaciones internacionales, se presume legal y acertada.

La tipificación de la asociación de malhechores que define el Código Penal Francés es cualitativamente diferente del concierto para delinquir nacional que aparece tipificado en el artículo 186 del Código Penal, con la modificación que le introdujo el artículo 8° de la Ley 365 de 1997, pues en el país requirente es igualmente punible que la asociación sea para preparar indistintamente uno o varios delitos, mientras que en Colombia es necesario que la asociación tenga el objeto de cometer plurales delitos. Así mismo, dicha disposición subrogó expresamente el artículo 44 de la Ley 30 de 1986, referida al concierto para llevar a cabo delitos de narcotráfico (Ley 365 de 1997, artículo 26).

La existencia de una diversa redacción típica de una determinada conducta obedece a las naturales divergencias políticas y sociales que separan la Nación y el Estado Francés de la Nación y el Estado Colombiano, diferencias que se expresan en la formulación que cada Estado independiente y soberano hace de su propia política criminal para combatir formas de delincuencia igualmente propias de la idiosincrasia de sus gentes o de la situación geopolítica que enfrente.

Pág.

Pero la natural diferencia que ha de encontrarse en la descripción típica de los delitos entre países también diferentes, no conduce indefectiblemente a la emisión de un concepto negativo de extradición del reo refugiado en territorio patrio, como lo reclama el apoderado, ni siquiera en tratándose del trámite de una extradición de aquellas que se rigen exclusivamente por el Código de Procedimiento Penal, pues en tal evento el artículo 549 de tal Estatuto ordena tener en cuenta si el acontecimiento fáctico que motiva la reclamación del Estado extranjero, naturalísticamente hablando, tiene también en Colombia relevancia jurídica en el campo penal y teniéndola, si su represión mínima es por lo menos de 4 años de privación de la libertad.

En contrario, si se trata de un asunto - como el que aquí se resuelve - de los que se rigen por los Tratados bilaterales o multilaterales de los que son Partes los Estados requirente y requerido, habrá de tenerse en cuenta exclusivamente el contenido de las cláusulas de las Convenciones en las que se haya acordado el punto concreto.

Obrar en concierto para delinquir significa asociarse con el propósito común de cometer una serie de conductas delictivas, lo cual en el ámbito de la legislación sobre estupefacientes significa que las conductas desplegadas por el agente deben estar relacionadas con el narcotráfico, ya sea que se trate de adquisición, transporte, venta, cultivo, conservación, etcétera o de las demás acciones descritas en la ley penal y eso es lo que aparece demostrado de los hechos atribuidos a (...), por lo que en Colombia habrían de encuadrarse dentro del artículo 8° de la Ley 365 de 1997, inciso 3°, que subrogó el artículo 44 de la Ley 30 de 1986 y que señala:,

«Concierto para Delinquir. Cuando varias personas se concierten con el fin de cometer delitos, cada una de ellas será penada, por ese solo hecho, con prisión de tres (3) a seis (6) años.

«(...).

«Cuando el concierto sea para cometer delitos de terrorismo, narcotráfico, secuestro extorsivo, extorsión o para conformar escuadrones de la muerte, grupos de justicia privada o bandas de sicarios la pena será de prisión de diez (10) a quince (15) años y multa de dos mil (2.000) hasta cincuenta mil (50.000)salarios mínimos legales mensuales.

Como en Colombia están penalizadas en la Ley 30 de 1986 todas las conductas relacionadas con narcotráfico e igualmente lo está el Concierto para cometer Delitos de Narcotráfico, y como tales

Pág.

tipos penales hacen exacta referencia a las conductas descritas en el párrafo 1 del artículo 3 de la Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas, específicamente en los literales «a» «i», que hacen referencia a conductas consistentes en «(...) enviar, enviar en tránsito, el transporte, la importación o la exportación»; y en el «c - iv» que se refiere a conductas consistentes en «la participación en la comisión de alguno de los delitos tipificados de conformidad con lo dispuesto en el presente artículo, la asociación y la confabulación para cometerlos (...)», tales delitos hacen parte integrante de aquellos por los cuales puede acordarse recíprocamente la extradición de reos entre Francia y la República de Colombia. Magistrado Ponente Dr. CARLOS EDUARDO MEJIA ESCOBAR.

Extradición. Fecha: 10/03/1999. Decisión: Conceptúa favorablemente. Procedencia: República. Ciudad: Francia. Procesado: JESCHEK, RICHARD. Proceso: 14324. Publicada: SI.

Véase también en Internet: www.ramajudicial.gov.co 650

ERROR DE HECHO/ FALSO JUICIO DE IDENTIDAD/ DEMANDA DE CASACION. Es importante precisar que el postulado de la investigación integral atañe a una dirección procesal que muestra la imparcialidad del funcionario judicial en el contacto con las fuentes de información, siempre que estas puedan caracterizarse de entrada como inculpatorias o exculpatorias, bien por su evidente relación con los hechos ora por el origen mismo de la petición.

Esta actitud difiere notoriamente del caso en que la prueba testimonial sí llega al proceso, pero, por la precariedad del interrogatorio, el medio de convicción queda incompleto y fácilmente se advierte que el funcionario judicial, a la hora de decidir, lo ajusta con agregados de su propia cosecha, porque en tal evento sería necesario objetar la decisión que lo estimó por un evidente error de hecho como falso juicio de identidad, que da lugar a la violación indirecta de la ley sustancial (causal 1ª), y no por la vía de la nulidad (causal 3ª).

La progresividad característica del proceso penal, en armonía con el fin restaurador de la vigencia de la ley en casación, indica que la demanda debe atacar directamente la apreciación probatoria hecha por el tribunal, precisamente por ser errónea, y no aplicarse de manera inmediata y exclusiva a la presentación de una perspectiva valorativa alternativa sobre dichas pruebas. Ello por cuanto, además, el objeto del recurso extraordinario es el fallo de segunda instancia y sus valoraciones, no todo el proceso, pues por esa pendiente puede desconocerse injustificadamente

Pág.

lo que ya se debatió con solvencia y se definió con el sello de la jurisdiccionalidad en las instancias.

Por lo demás, dicha dirección característica del proceso penal no se satisface con el mero enunciado abierto de que, la errónea apreciación del fallador, «no comulga ni con los más elementales principios de la crítica del testimonio». Todo esto exige una demostración en la demanda, si se quiere poner la discusión en el nivel de un error de hecho por falso juicio de identidad, pues a las reglas de la sana crítica no les basta mostrar contradicciones internas o externas de las pruebas, sino que se trata de una metodología que requiere una evaluación del conjunto probatorio y una percepción del grado de las contrariedades para inducir racionalmente los resultados del examen. Magistrado Ponente Dr. JORGE ANIBAL GOMEZ GALLEGO. Auto Casación. Fecha: 10/03/1999. Decisión: Rechaza in limine la demanda y declara desierto el recurso. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial. Ciudad: Santa Fe de Bogotá. Procesado: CORTES VARGAS. JOSE GERARDO. Delitos: Porte de armas de defensa personal, Homicidio agravado. Proceso: 14079. Publicada: SI.

Véase también en Internet: www.ramajudicial.gov.co 667

PERMISO ADMINISTRATIVO. 1°. El artículo 5° del Decreto 1542 de 1997, reglamentario del artículo 147 de la Ley 65 de 1993, por la cual se adoptó el Código Penitenciario y Carcelario, señala que los directores de los establecimientos carcelarios y penitenciarios podrán conceder permiso hasta por setenta y dos (72) horas a los condenados en única, primera y segunda instancia, o cuyo recurso de casación se encuentre pendiente, con el lleno de los requisitos ahí señalados. Uno de ellos hace referencia a que el interno haya alcanzado la fase de mediana seguridad, que según el inciso 3° de la norma en cita, se entiende cuando el procesado ha superado la tercera (1/3) parte de la pena impuesta y observado buena conducta, de acuerdo con el concepto emitido por el Consejo de Disciplina.

2. De los preceptos anteriores surge como primera conclusión que el beneficio administrativo es otorgado por los directores de los establecimientos carcelarios y penitenciarios y favorece a los condenados definitivamente y a aquellos que están pendientes de la sentencia de casación, correspondiendo a la Sala pronunciarse provisionalmente sobre las rebajas de pena por trabajo y estudio invocadas por los condenados cuyo recurso de casación se encuentre en trámite, como medio para acreditar ante aquellas autoridades el cumplimiento del presupuesto objetivo previsto en el inciso 3° del artículo 5° del Decreto 1542 de 1997.

Pág.

En este orden de ideas, si el procesado no ha descontado aún la tercera parte de la condena, incluyendo todos los factores que contribuyen al respecto, no es factible que la Sala reconozca períodos de redención, puesto que, se insiste, la decisión con carácter provisional está destinada a que los directores de los centros de reclusión tengan noticia cierta sobre la llegada del procesado a la fase de mediana seguridad, contando para ello las penas redimidas, cuyo reconocimiento y determinación pertenecen exclusivamente a la órbita del juez.

En segundo término, se infiere que el permiso hasta de setenta y dos horas, para salir del establecimiento sin vigilancia, puede ser concedido a todos los condenados en quienes converjan los requisitos señalados, sin importar la naturaleza y modalidades del reato, con la única excepción de los que hubieren sido sentenciados por delitos de competencia de los jueces regionales, porque así lo estipula literalmente el artículo 147. Magistrado Ponente Dr. EDGAR LOMBANA TRUJILLO. Auto Casación. Fecha: 10/03/1999. Decisión: Se abstiene de reconocer por ahora redención de pena. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial. Ciudad: Santa Fe de Bogotá. Procesado: FUENTES, FABIO ALFONSO. Delitos: Homicidio. Proceso: 9773. Publicada: Si.

Véase también en Internet: www.ramajudicial.gov.co 673

DEMANDA DE CASACION. Aunque se invoque nulidad, la demanda no es de libre elaboración, pues tratándose del recurso extraordinario y no de otra alegación de instancia, debe ceñirse a los requisitos instituidos por el artículo 225 del Código de Procedimiento Penal.

Así, entre otras condiciones, corresponde al impugnante citar las normas que considere infringidas, especificar la clase y origen de la nulidad y desde dónde ésta afecta la actuación; ha de indicar así mismo los fundamentos de la impetración de manera completa y con lógica, claridad y precisión, en armonía con la naturaleza del vicio aducido, y demostrar la existencia de la irregularidad sustancial y su determinante trascendencia en la afectación grave e insubsanable de las garantías inalienables de los sujetos procesales o contra las bases fundamentales de la instrucción y el juzgamiento. Magistrado Ponente Dr. NILSON PINILLA PINILLA. Auto Casación. Fecha: 10/03/1999. Decisión: Rechaza in límine la demanda. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial. Ciudad: Tunja. Procesado: SANCHEZ, JORGE HERNAN. Delitos: Porte de armas de defensa personal. Proceso: 13242. Publicada: Si.

Pág.

Véase también en Internet: www.ramajudicial.gov.co 678

AUXILIOS PARLAMENTARIOS/ PECULADO. La Corte no desconoce que los gestores de los llamados auxilios parlamentarios, sin arraigo jurídico en la actualidad por la entrada en vigencia de la Carta Política de 1991, puedan realizar el tipo que define el delito de peculado, de establecerse que su conducta se acomoda a alguna de las descripciones comportamentales que trae el Libro Segundo, Título Tercero, Capítulo Primero del Código Penal.

Conveniente resulta, pues, en ese sentido recordar lo dicho sobre el punto (auto de 14 de junio de 1996, M.P. Dr. Ricardo Calvete Rangel):

«Los llamados auxilios parlamentarios se originaron en lo dispuesto en el artículo 76 numeral 20 de la Constitución anterior, y fueron reglamentados a través de diferentes leyes, dentro de las cuales cabe destacar la 25 de 1977, 30 de 1978, 14 de 1987, 55 de 1988, 61 de 1989 y 46 de 1990.

En la Ley 30 de 1978, además de crearse la partida de gasto público que para tales objetivos se incorporaría al presupuesto de 1979, se dispuso que se encargaría a los Congresistas de identificar dentro de la circunscripción electoral por la que fueron elegidos, las entidades y los proyectos merecedores de ayuda financiera de la Nación, conforme a los objetivos señalados en la misma ley, y que el reparto de las apropiaciones respectivas se harían con las Comisiones Cuartas Constitucionales Permanentes según los pliegos que se entregasen por ellas hasta determinada fecha. Dichas partidas serían incorporadas en el Decreto de liquidación del Presupuesto Nacional, desarrollando la apropiación global respectiva de la ley anual de presupuesto.

Para el período fiscal de 1989, la Ley 55 de 1988 retiró el sistema de distribución de las partidas, las condiciones previstas en leyes anteriores y agregó otras. Igual sucedió con la Ley 61 de 1989 que decretó el gasto público a incluir, por éstos conceptos, en la ley de presupuesto para la vigencia fiscal de 1990.

De lo reseñado se infiere que dentro del complejo proceso de decreto, definición y ordenación de éste rubro del gasto público, los Congresistas individualmente considerados tenían dentro de sus funciones intervenir para indicar los beneficiarios de la ayuda financiera de la Nación. Dicho en otros términos, frente a un determinado rubro los Senadores y Representantes decían a quienes se les debía adjudicar partidas, forma concreta de participar en la ordenación del gasto.

Pág.

Esta función otorgada a los miembros del Congreso, es una indiscutible forma de actuar en la administración de bienes del Estado, que independientemente de los demás pasos que fuera necesario dar para completar la operación hasta el pago del auxilio, ello no desdibuja la trascendencia de la intervención del gestor. La doctrina y la jurisprudencia han explicado con claridad que la función de administrar a que se refiere el artículo que tipifica el peculado por apropiación, no significa que dicha actividad deba estar toda concentrada en el mismo sujeto, sino que él forma parte del complejo engranaje que en muchos casos está fraccionada la administración de los bienes públicos. Con razón dicen los tratadistas, que si el concepto dentro de la complejidad del mundo actual y la organización y el funcionamiento de la hacienda pública, la finalidad buscada con la prohibición no se lograría.

Administrar es gobernar, controlar, custodiar, manejar, recaudar, distribuir, pagar, percibir, negociar, disponer, etc., es decir, todo un conjunto de actividades que dan al término un sentido amplio, que es como el legislador lo quiso emplear.

Así las cosas, si el poder dispositivo otorgado a los Congresistas, al tener entre sus funciones la de seleccionar a los beneficiarios de los auxilios, se emplea para lograr que todo o una parte de esos dineros entren a su patrimonio, surge con claridad la figura de la apropiación de dineros públicos, independientemente de la maniobra que se hubiere empleado para ese fin.». Magistrado Ponente Dr. FERNANDO ARBOLEDA RIPOLL. Unica Instancia. Fecha: 11/03/1999. Decisión: Precluye instrucción. Procedencia: Corte Suprema de Justicia. Procesado: AGUDELO SOLIS, ALBERTO ANTONIO. Delitos: Peculado. Proceso: 8816. Publicada: Sí.

Véase también en Internet: www.ramajudicial.gov.co 687

NULIDAD/ ERROR EN LA CALIFICACION JURIDICA.Se aduce con fundamento en la causal tercera del artículo 220 del C. de P. P, por haberse proferido sentencia en un proceso viciado de nulidad, por falta de competencia del funcionario judicial, en razón a que el reato que se tipifica no es el de tentativa de homicidio, sino el de lesiones personales, cuyo conocimiento corresponde al Juez Penal Municipal.

Como se observa, el cargo se enuncia, directamente, por nulidad por falta de competencia, aunque es claro que ésta deviene como consecuencia del error en el proceso de adecuación típica del comportamiento, pero de todos modos se desarrolla por éste último, lo que permite a la Sala pronunciarse sobre el mismo.

Pág.

Cuando el fallador incurre en tal clase de desatino, esto es, cuando califica el hecho con el nombre que corresponde a otro género delictivo, se está en presencia de un vicio in iudicando que, por excepción, se debe proponer por la causal tercera, pues si se corrigiera con fundamento en la primera , dictando el fallo de sustitución, se generaría un nuevo desacierto, al no quedar la sentencia en consonancia con los cargos formulados en la resolución de acusación. Así mismo, aunque la falla se aduce por la causal de nulidad debe desarrollarse conforme a la técnica que gobierna la primera, debiéndose precisar la forma de violación de la ley sustancial, si directa o indirecta, y en este último evento, la clase de error cometido, si de hecho o de derecho, y el falso juicio que lo determinó, si de existencia, identidad, legalidad o convicción y, además, su incidencia en las conclusiones del fallo.

En otros términos, quien alega esta clase de yerro debe demostrar que el fiscal dió a los hechos probados, y que el impugnante acepta, un nombre jurídico que no les corresponde; o que como consecuencia de desatinos en la apreciación probatoria terminó denominando el hecho incorrectamente.*. Magistrado Ponente Dr. JORGE E. CORDOBA POVEDA. Sentencia Casación. Fecha: 11/03/1999. Decisión: No Casa. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial. Ciudad: Medellín. Procesado: LOPERA BETANCUR, CARLOS IGNACIO. Delitos: Tentativa de homicidio, Porte de armas de defensa personal. Proceso: 10371. Publicada: SI.

Véase también en Internet: www.ramajudicial.gov.co 720

INDEMNIZACION/ HURTO. En cuanto a la pretensión consistente en que el artículo 372 del C.Penal era inaplicable por no superar la cuantía de lo hurtado la suma de $100.000, ajustados en términos de valor constante, se precisa que la sentencia se ciñó a lo que preveía la ley, y que aún no se había pronunciado la Corte Constitucional sobre tal aspecto, lo que sólo tuvo lugar el 22 de febrero de 1996 (Sentencia C-070), cuando declaró la constitucionalidad condicionada del mencionado precepto, dándole un entendimiento semejante al que propone el actor. Magistrado Ponente Dr. JORGE E. CORDOBA POVEDA. Sentencia Casación. Fecha: 11/03/1999. Decisión: No Casa. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial. Ciudad: Santa Fe de Bogotá.

*.- *(véanse, entre otros, auto mayo 27/97, M.P. Dr. Jorge E. Córdoba Poveda; casación 10.036 noviembre/97, M.P. Dr. Carlos Augusto Gálvez Argote; casación 10.056 diciembre/98, M.P. Dr. Fernando Arboleda Ripoll; casación 10.807, enero/99 M.P. Dr. Ricardo Calvete Rangel).*

Pág.

Procesado: BONILLA BUENO, GUSTAVO. Recurrente: GARZON QUEVEDO, CARLOS LINO. Recurrente: SANTAMARIA BAREÑO, MANUEL DE JESUS. Recurrente: CUADROS ALVAREZ, ALBERTO. Delitos: Hurto calificado y agravado, Concierto para delinquir. Proceso: 10395. Publicada: Sí.

Véase también en Internet: www.ramajudicial.gov.co 729

HURTO-Propiedad industrial. Consistiendo el punible de hurto en el apoderamiento de cosa mueble ajena, con el propósito de obtener provecho para sí o para otro, la concepción de su objeto material implica que no toda cosa en su definición amplia de aquello con entidad corporal o incorporal, real o abstracta, dentro de la que obviamente caben las producciones del intelecto, puede ser materia del verbo rector apoderar, pues el cabal entendimiento del referido tipo penal permite afirmar que los objetos incorpóreos en general o que las producciones intelectuales o invenciones del hombre no corresponden, en la normatividad penal, a cosas muebles salvo que se traduzcan en un libro, una escultura o una patente y que, en sentido contrario sólo aquellos con entidad material, corporal, mueble, tangibles o no, pueden ser objeto del punible en mención.

No significa lo anterior que el ordenamiento jurídico no brinde a las ideas, los pensamientos, los derechos la protección que en el área penal demanda su desconocimiento o su ilícito aprovechamiento, sólo que no siendo susceptibles de apoderamiento por razón de su inmaterialidad o incorporeidad su amparo deviene a través de especiales normas referidas a la propiedad intelectual e industrial.

Así, quien toma el argumento de un escritor y lo presenta como original o propio, quien copia un invento o se aprovecha de él sin autorización para hacerlo aunque no comete el delito de hurto sí vulnera los derechos del autor o del inventor y a su tutela el legislador ha acudido, como ya se dijo, a través no del tipo penal en cuestión sino de normas especiales.

Situación diferente se plantea cuando esa idea, ese pensamiento se traduce en una cosa material, corporal, un libro, un cuadro, un producto pues el apoderamiento de éstos sí configura efectivamente un hurto, lo que equivale a decir que los bienes corporales que acreditan la objetividad, la materialidad de la producción intelectual o los documentos que prueban su existencia, verbi gratia una patente, sí son susceptibles de apoderamiento, entendiéndose lógicamente que el hurto del documento aunque conlleva la sustracción del derecho en él acreditado no corresponde

Pág.

jurídicamente éste a la cosa hurtada sino el documento, el papel en cuanto tal.

En esas condiciones es evidente que una fórmula química como producción intelectual de invención o descubrimiento no corresponde al concepto de cosa corporal o material que tipifique un apoderamiento, así connote un elevado valor económico, de modo que su protección frente a eventuales o ciertos usos o aprovechamientos ilícitos no se derive concretamente en descripciones de hechos atentatorios contra el patrimonio económico sino en normas de propiedad industrial. Magistrado Ponente Dr. CARLOS A. GALVEZ ARGOTE. Auto Colisión de Competencias. Fecha: 12/03/1999. Decisión: Declara competente al Juzgado Penal del Circuito-reparto de Ibagué. Procedencia: Juzgado Penal Municipal. Ciudad: Santa Fe de Bogotá. Procesado: CASTILLA SANTOFIMIO. CARLOS.

Delitos: Hurto. Proceso: 15378. Publicada: Si.

Véase también en Internet: www.ramajudicial.gov.co 736

DEBIDO PROCESO. En atención al principio de que todo funcionario judicial, en sus providencias, está sometido al imperio de la constitución y la ley, nuestra legislación procesal penal tiene claramente definidos los términos como se encuentra estructurada la actuación judicial en cada una de sus etapas, de tal manera que en su desarrollo se atienda de manera rigurosa a los lineamientos plasmados por la ley, los cuales no pueden ser desconocidos por quienes administran justicia, ni por los sujetos procesales. Magistrado Ponente Dr. CARLOS EDUARDO MEJIA ESCOBAR. Auto Casación -Reposición. Fecha: 16/03/1999. Decisión: No accede a la solicitud elevada. Procesado: ROJAS RIERA, WILLIAM ALFREDO. Proceso: 10245. Publicada: Si.

Véase también en Internet: www.ramajudicial.gov.co 742

DEBIDO PROCESO. El artículo 18 del Código de Procedimiento Penal, establece el principio de lealtad de los intervinientes en la actuación judicial, el cual comporta el deber de ceñirse estrictamente a la realidad que el proceso ofrece, de aducir y presentar todos los argumentos probatorios y jurídicos en aras de la defensa de los intereses encomendados por la parte que se representa, y ejercer los instrumentos de dialéctica que el ordenamiento procesal otorga, todo dentro de un marco de oportunidad sin que sea admisible su uso por instalamentos. Magistrado Ponente Dr. FERNANDO ARBOLEDA RIPOLL. Unica Instancia. Fecha: 17/03/1999.Decisión: Rechaza solicitud de nulidad, rechaza solicitud probatoria, accede a las...

Pág.

Procedencia: Corte Suprema de Justicia. Procesado: CHAVARRIAGA WILKIN, JAIRO. Delitos: Enriquecimiento ilícito. Proceso: 11507. Publicada: Si.
Véase también en Internet: www.ramajudicial.gov.co 745

CULPA. En principio, no le falta razón al Tribunal en sus observaciones sobre lo útil que resulta obtener una prueba, dato o indicio de la violación de las reglas de tránsito, bien por el conductor ora por parte del peatón.

Mas la expresión no puede ser tan categórica ni apriorística, porque siempre se ha dicho que la sola indicación de una conducta imprudente (violación de reglamentos, por ejemplo) no constituye per se responsabilidad para el conductor o culpa exclusiva de la víctima, pues, en uno y otro caso, es indispensable demostrar, de conformidad con el artículo 21 del Código Penal, que realmente esa actitud culposa fue la determinante del resultado dañoso (desvalor de acto y desvalor de resultado).

Ello por cuanto si se sanciona al conductor, sin establecer ese vínculo determinante entre la acción disvaliosa y el evento dañino, se incurriría en responsabilidad objetiva, determinación entonces contraria al principio tutelar de la culpabilidad dispuesto en el artículo 5° del mismo estatuto; y si se tratara de la víctima, la aislada consideración de su imprudencia le significaría una suerte de abandono noxal, pues por ese solo hecho perdería frente al Estado cualquier protección de bienes jurídicos tan fundamentales como la vida y la integridad física, cuando también debe acreditarse si, a pesar de su ligereza, el conductor aún contaba con posibilidades concretas de evitar el fatal resultado, pues, si este juicio de valor llegare a ser positivo, se tiene que la imprudencia de la víctima no sería la causa eficiente del resultado.

Lo contrario, sería suministrar una patente de corso a temerarios conductores que, a su talante y soberbia, podrían decretar la pena de muerte para los descuidados transeúntes, que así se entregarían por el Estado en holocausto, como no es inusual en la conducta de intemperantes operadores del tráfico que, enterados oportunamente del error o el atrevimiento del peatón o de otro conductor, en lugar de hacer algo valioso para evitar el percance, incrementan el riesgo con la aceleración de su propio automotor o cuando ni siquiera por precaución merman el ritmo de la marcha.

La Sala hace énfasis en que el hecho de que se haya determinado una violación de reglamentos por parte de la víctima, y que de pronto pueda afirmarse que el conductor tenía a su favor la re-

Pág.

glamentación de tránsito», no se sigue inexorablemente que el último podía actuar libremente y, por ende, cualquier resultado que afectara al infractor estaría justificado.

En el desarrollo de las actividades peligrosas, cuando se concretan en delitos culposos, el ciudadano que participa de ellas tiene *normativamente* un mayor grado de exigencia, porque no sólo *debe* abstenerse de matar, sino que además debe tener cuidado para no matar.

No basta afirmar que no existe «prueba clara, firme y terminante», o que se carece de «suficiente elementos de juicio» sobre la actitud culposa del procesado, dado que tales expresiones corresponden a una conclusión que debe surgir de las premisas integradas por el análisis crítico de todas las pruebas, indicando progresivamente el mérito de cada de una de ellas (art. 254 C. P. P.), pues, de lo contrario, las solas frases se convierten en componentes autoritarios del lenguaje y se cae por el juzgador en una petición de principio, ya que faltaría la argumentación y demostración de lo que de esa manera tan tajante se da por demostrado. Magistrado Ponente Dr. JORGE ANIBAL GOMEZ GALLEGO. Sentencia Casación. Fecha: 17/03/1999. Decisión: No Casa. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial. Ciudad: Cali. Procesado: HOLGUIN FAJARDO, FRANCISCO JULIAN. Delitos: Homicidio culposo. Proceso: 11023. Publicada: Si.

Véase también en Internet: www.ramajudicial.gov.co 755

DEMANDA DE CASACION-Causal primera/ INDEMNIZACION DE PERJUICIOS. De entrada se advierte que en la demanda de casación presentada por el apoderado del tercero civilmente responsable, se incurre en el desacierto técnico que destaca la Delegada, consistente en que a pesar de orientarse la totalidad de la pretensión invalidatoria a controvertir lo relacionado con la indemnización de perjuicios morales y materiales ocasionados con el delito materia de investigación y juzgamiento penal, cuyo pago en favor de los perjudicados se decreta en la sentencia motivo de impugnación, se pasa por alto la obligación de tomar en cuenta las causales y la cuantía para recurrir, establecidas por las normas que regulan la casación civil, según lo dispone de modo expreso el artículo 221 del Código de Procedimiento Penal y ha sido persistentemente indicado por la Corte.

En esa dirección, ha sostenido que «por disposición expresa del artículo 221 del Código de Procedimiento Penal, la Sala mantiene la tesis de que si los motivos de agravio son referidos únicamente a los aspectos civiles considerados en la sentencia, lógicamente

debe acudirse a las causales de casación previstas en el artículo 368 del Código de Procedimiento Civil, pues se trata de no introducir en el proceso penal matices que sus propias finalidades no exigen, máxime que el estatuto de la materia ya los tiene suficientemente reglados».

No obstante esto, es de precisar que también se advirtió en el mismo pronunciamiento «una línea de identidad regulativa de la casación en ambos estatutos procesales, de tal manera que en los dos se contempla la violación directa e indirecta de la ley sustancial, tanto por error de hecho como de derecho, la nulidad y aún la congruencia.

Claro que este último evento exige puntos de comparación diferentes, atendida obviamente la distinta naturaleza de los dos procedimientos, pues mientras en el penal dicha consonancia se dice entre la sentencia y la resolución acusatoria, en el civil se exige entre la sentencia y las pretensiones de la demanda o las excepciones de la contestación».

«Es esta la razón por la cual la Sala ha dicho que, a pesar del error que se comete al invocar las causales de casación dispuestas en el régimen procesal penal, siendo que se reclama o debate una pretensión estrictamente civil '.. no debe extremarse un sentido de rigor formal en la demanda, en cuanto a que si no se acude forzosamente a las causales de casación contempladas en el ordenamiento procesal civil, por este solo motivo la misma deba desestimarse, pues en virtud del principio de prevalencia del derecho sustancial sobre el formal (art. 9 del C. P.P.), si se aduce la primera causal del art. 220 del Código de Procedimiento Penal en lugar de la pertinente del art. 368 del Código de Procedimiento Civil, al ser básicamente iguales, no puede considerarse suficiente 'esta falencia para desestimar prematuramente la censura', en la medida en que la aludida causal en las dos codificaciones se refiere a que sea la sentencia violatoria de una norma de derecho sustancial y en ambos ordenamientos procede tanto por violación directa como indirecta de la ley (cas.

5 de octubre de 1994 y auto del 5 de septiembre de 1996)» (M. P. Dr. Carlos Galvez Argote, septiembre 25/97), según reiteración de la tesis hecha en Sentencia de 14 de octubre de 1998, M. P. Dr. GOMEZ GALLEGO. Si bien la Corte ha reconocido que cuando el recurso extraordinario tiene por finalidad controvertir exclusivamente la condena indemnizatoria, resulta intrascendente el desacierto técnico de aducir la causal primera de casación regulada por el artículo 220 del Código de Procedimiento Penal, debiendo acudirse a las previsiones de idéntico modo hace el artículo 368-

Pág.

1 del Código de Procedimiento Civil, bajo el entendido de que en ambas legislaciones este motivo corresponde a un mismo fundamento teórico, también es completamente cierto que esta interpretación jurisprudencial no autoriza la posibilidad en sede casacional de entremezclar la indistinta proposición de causales contempladas en cada uno de estos ordenamientos procesales, pues de hacerse ello la censura se convierte en una mixtura inconciliable de imposible solución, lo cual, por supuesto, conduce a la desestimación del cargo en estas condiciones postulado.

Por esto, la Sala expresamente ha sostenido que «en modo alguno puede aceptarse que no obstante formularse el reparo por un determinado motivo legal, en la exposición demostrativa se desvíe la censura hacia otra causal, pues en estos casos no solamente se está frente a un yerro técnico en cuanto a la precisión literal de la causal invocada, sino que, como sucede en este caso, la falencia judicial alegada -error in iudicando- que corresponde a la causal primera, termina demostrándose por una distinta, ya que el hecho de haber proferido el Tribunal un fallo disonante o incongruente con las pretensiones de la Parte Civil, constituye un error in procedendo, lo que de suyo implica una causal de naturaleza y contenido estrictamente civil, pues mediante ella se pretende corregir un eventual exceso de la sentencia frente a las aspiraciones patrimoniales que se discuten dentro de la relación jurídico procesal» (sentencia casación.sep. 25/97, M. P. Dr. GALVEZ ARGOTE). Magistrado Ponente Dr. FERNANDO ARBOLEDA RIPOLL. Sentencia Casación. Fecha: 17/03/1999. Decisión: No Casa. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial. Ciudad: Ibagué. Procesado: SOLANO GONZALEZ, JOSE HUMBERTO. Delitos: Homicidio culposo. Proceso: 12102. Publicada: Sí.

Véase también en Internet: www.ramajudicial.gov.co 770

UNIDAD DE DEFENSA/ DEFENSOR. En virtud del principio de unidad de defensa que rige el procedimiento penal, cada sindicado solo puede tener un defensor por proceso, sea cual fuere el número de hechos punibles investigados, su naturaleza, o la complejidad del asunto.

La sistemática de las normas que regulan el estatuto de la defensa técnica, y la disposición contenida en el artículo 144 del estatuto procesal penal, modificado por el 23 de la ley 81 de 1993, que prohíbe a los apoderados principales y suplentes actuar de manera simultánea, así lo indican.

Sentada esta premisa, no cuesta trabajo entender que en tratándose de procesos acumulados, el principio de unidad de re-

Pág.

presentación profesional mantiene su vigencia, pues en estos casos, por mandato expreso del artículo 95 del Código de Procedimiento, las actuaciones en desarrollo de la acumulación corresponden a un solo proceso, para todos los efectos.

Esto significa que a partir de la ejecutoria de la decisión que ordena la acumulación de las causas, el procesado solo puede disponer de un defensor, debiendo ser él, en principio, quien lo designe.

Pero como esto no siempre ocurre, o resulta posible, surge para el juzgador la obligación de determinarlo, tomando en cuenta para el efecto pautas de solución racional, como el de supremacía según se trate de abogados de confianza, defensores públicos o de oficio, y cuando este criterio no pueda ser tenido en cuenta por hallarse los distintos abogados en igualdad de condiciones frente a la naturaleza jurídica de su designación, el aplicado deberá velar por la garantía del ejercicio pleno de la defensa.

El carácter prevalente del defensor de confianza sobre el defensor público o de oficio, surge de la condición supletoria de los últimos, en cuanto su designación solo es posible cuando no ha sido nombrado uno de índole contractual.

En las anotadas condiciones, si el procesado viene siendo representado por un abogado de confianza y uno de oficio, debe preferirse el primero, pero si ambos son de confianza, público, o de oficio, debe ser seleccionado, en los dos primeros casos, el que el procesado disponga, y en el último, aquel que a juicio del juez garantice mejor el cumplimiento de la gestión de defensa, criterio que también deberá aplicarse cuando en los dos primeros supuestos el interesado no haga la designación. Magistrado Ponente Dr. FERNANDO ARBOLEDA RIPOLL. Sentencia Casación. Fecha: 17/03/1999. Decisión: No Casa. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial. Ciudad: Ibagué. Procesado: RAMIREZ PEÑA, WILSON. Delitos: Porte de armas de defensa personal, Homicidio agravado. Proceso: 12133. Publicada: Si.

Véase también en Internet: www.ramajudicial.gov.co 806

CAPTACION MASIVA Y HABITUAL DE DINERO / ERROR EN LA CALIFICACION JURIDICA. El Código de Comercio vigente para cuando aún se producían las conductas punibles de los procesados que fueron denunciadas y para cuya investigación penal la Fiscalía dictó resolución de apertura de investigación el 7 de julio de 1993, en su Capítulo VIII Régimen Penal de la Quiebra -la cual definía en su artículo 1937 como el sobreseimiento del comerciante en el pago de dos o más de sus obligaciones comerciales-,

tipificaba unos específicos comportamientos punibles cometidos por el quebrado antes o después de la declaración de quiebra (artículos 1992-2001), respecto de los cuales y sus conexos la competencia recaía en el Juez civil que conocía de la quiebra (artículo 2003).

Significa lo anterior, que, conductas diferentes de las descritas en el Código del Comercio entonces vigente, cometidas por el comerciante declarado en quiebra y tipificadas en el régimen penal ordinario, no conexas con las previstas en aquella normatividad, no estaban sujetas al régimen penal de la quiebra, sino al de la preceptiva de los Códigos Penal y de Procedimiento Penal, bajo el cual se emitió la sentencia cuestionada.

Los delitos de captación masiva y habitual de dinero sin autorización legal tipificado en el Decreto 2920 de 1982 y de estafa, no se hallan relacionados en la lista de hechos punibles que requieren de querella como requisito de procedibilidad de la acción penal en el artículo 33 del C. de P.P.

Por el contrario, respecto de ellos, prima el principio de oficiosidad de la acción penal, siendo imperativo para el órgano judicial, enterado, no solo por la denuncia formulada por algunos de los perjudicados, sino por la misma Superintendencia Bancaria (fls. 2 y 49 cd. ppl. 1), establecer lo sucedido y sancionar a los responsables, de no, se propiciaría la impunidad de hechos que lesionan en gran parte a la comunidad.

La errada calificación jurídica del delito presupone el rechazo a la adecuación de la conducta en un tipo penal y el coetáneo reconocimiento de que esa conducta constituye delito que no se imputó al procesado por el ente acusador y que se halla contemplado y sancionado en capítulo distinto del libro Segundo del Código Penal.

Es pues, un clásico error de procedimiento, que demostrado, comporta la invalidación de la calificación a la luz de la causal 3a. de casación, con efectos desde inclusive la resolución calificatoria.

Mas cuando el tipo penal rechazado aparece atribuido en el acto acusatorio al procesado por el fenómeno del concurso de hechos punibles a la par con el tipo penal que se acepta, y esa calificación se cuestiona por considerar que una de las conductas subsume a la otra, el error judicial de la sentencia no es de procedimiento, sino de aplicación o inteleccion de la norma sustancial que se afirma contempla la conducta y, puede presentarse, directamente, por la indebida aplicación, o falta de aplicación, o errada interpretación de la norma sustancial; o bien, en

Pág.

forma indirecta, por una errada apreciación de la prueba en cualquiera de sus posibles formas aducibles en casación.

En estos eventos trátase de la violación de normas sustanciales, y el yerro debe alegarse a través de la causal 1a. del artículo 220 del C. de P.P., porque en él subyace, como se ha dicho, el reconocimiento de la legalidad de la acusación, aunque emerge la oposición al criterio de valoración jurídica aplicado para el encuadramiento de la conducta en el tipo legal que se rechaza y vertido así a la sentencia, que de demostrarse, deja incólume la resolución acusatoria y con ella el trámite subsiguiente a excepción del fallo. Magistrado Ponente Dr. DIDIMO PAEZ VELANDIA. Sentencia Casación. Fecha: 17/03/1999. Decisión: Desestima la demanda, casa de oficio parcial, impone multa. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial. Ciudad: Ibagué. Recurrente: OBREGON HORMANZA, JOSE GUILLERMO. Delitos: Estafa, Captación masiva y habitual de dinero del púb. Proceso: 10313. Publicada: Si.

Véase también en Internet: www.ramajudicial.gov.co 813

DEMANDA DE CASACION/ PRUEBA PERICIAL/ INDAGATORIA. Forzoso es para la Sala en este caso enfatizar nuevamente, que todas y cada una de las causales contempladas en la ley para impugnar por vía extraordinaria una sentencia, además de obedecer al principio de taxatividad, de conformidad con el cual el ataque al fallo está rigurosamente circunscrito a esos determinados motivos, exigen al demandante el deber de exponer con absoluta claridad y precisión no solo a cuál de ellos acude dentro del marco jurídico que es propio a cada uno, sino además desarrollar argumentativamente el análisis orientado a demostrar la violación de la ley sustancial o de procedimiento que consecuentemente presuponen.

De tales exigencias participa, como no podría ser de otra manera, la causal de nulidad, sin que pueda confundirse la disposición excepciva al principio de limitación consagrada en el artículo 228 del C. de P.P., en cuanto la Corte «deberá declararla de oficio», o cuando la sentencia atenta contra garantías fundamentales, con una pretendida flexibilidad del recurso al extremo de que basten ambiguos planteamientos matizados por un enunciado inicial de incidir negativamente en la legalidad de la actuación procesal, o que en casos semejantes pueda colmarse a través de la oficiosidad el imperativo para el demandante de evidenciar la presencia de actos procesales desconocedores de las normas que los regulan.

Pág.

En lo relacionado con el hecho de que se habría omitido el traslado de los dictámenes periciales vistos a los folios 212 y 415, en los cuales fueran identificadas las sustancias incautadas en el operativo policial como ácido sulfúrico y amoniaco, es decir, que evidentemente se trataba de precursores a partir de los cuales se sintetiza, fabrica, procesa u obtiene drogas y cuya ilegal tenencia ha sido objeto de la imputación a LADINO GUTIERREZ conforme con el artículo 43 de la Ley 30 de 1.986, es un reproche que contiene en su propio enunciado la respuesta negativa a considerar ese hecho, aún siendo verdad, como irregularidad lesiva del derecho de defensa, pues se advierte por el demandante que para la jurisprudencia de esta Sala el mismo «no acarrea nulidad alguna», lo que procede en la hipótesis de este proceso reiterar, toda vez que el no surtirse el traslado de un dictamen a las partes, a lo sumo podría aceptarse como una irregularidad en todo caso intrascendente y por ende sin ninguna posibilidad de afectar los derechos del procesado o las reglas del procedimiento, salvo que se lograse demostrar que no se contó con oportunidad alguna para conocerlo y por ende para controvertirlo, pues contándose con la posibilidad de objetarlo de conformidad con lo dispuesto por el artículo 270 del C. de P.P. «hasta antes de que finalice la audiencia pública», guardar silencio en torno al contenido del mismo, es mostrar entera confomidad con el resultado que la comprobación científica ha arrojado, todo lo cual hace nugatorio el reparo sobre el particular expuesto.

No puede perderse de vista que siendo la indagatoria la primera oportunidad que tiene el imputado de acudir personalmente ante a un funcionario judicial a exponer las explicaciones que estime pertinentes frente a los hechos que se e atribuyen, siendo por ello imprescindible que lo asista un profesional del derecho, el ejercicio y la materialización de dicho derecho se cumplen dentro de la diligencia misma, en la medida en que si bien no puede intervenir directamente porque se trata de un acto en el que es el imputado su protagonista, la defensa cumple con una labor de garante respecto de la forma como se lleva a cabo, lo que, por supuesto incluye la naturaleza de las preguntas que se formulen a efectos de mantener incólume el principio constitucional de no autoincriminación. Magistrado Ponente Dr. CARLOS A. GALVEZ ARGOTE. Sentencia Casación. Fecha: 17/03/1999. Decisión: No Casa. Procedencia: Tribunal. Ciudad: Nacional. Procesado: LADINO GUTIERREZ, EFRAIN. Delitos: Violación a la Ley 30/86. Proceso: 12682. Publicada: Si.

Véase también en Internet: www.ramajudicial.gov.co 827

Pág.

APELACION-Sustentación oral/ RECURSO. Los artículos 196 A y 196B del Código de Procedimiento Penal disponen:.

«ART. 196A- **Adicionado** L. 81/93, art.26. **Sustentación en primera instancia del recurso de apelación contra providencias interlocutorias.**

Cuando se haya interpuesto como único el recurso de apelación, vencido el término para recurrir, el secretario, previa constancia dejará el expediente a disposición de quienes apelaron, por el término de cinco (5) días, para la sustentación respectiva.

Precluído el término anterior, correrá traslado común a los no recurrentes por el término de seis (6) días».

«ART. 196B- **Adicionado** L. 81/93, art. 27. **Sustentación del recurso de apelación interpuesto contra sentencia.**

El recurso de apelación interpuesto contra la sentencia puede sustentarse por escrito u oralmente. La manifestación de sustentación oral u escrita debe hacerse en el momento de interponer el recurso.

Si todos los recurrentes manifiestan su propósito de sustentarlo por escrito se surtirá el trámite previsto en el artículo 196A. Si cualquiera de los sujetos procesales manifiesta su propósito de sustentar de manera oral el recurso, este se concederá inmediatamente y no se aplicará el trámite previsto en el artículo anterior,...».

El hecho de que alguno de los recurrentes exprese que hará la sustentación oral genera una variación en el trámite, también da lugar a que los demás impugnantes puedan efectuar la sustentación por escrito hasta antes de la audiencia, o que opten por hacerlo oralmente durante ella. Magistrado Ponente Dr. RICARDO CALVETE RANGEL. Sentencia Casación. Fecha: 17/03/1999. Decisión: No Casa. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial. Ciudad: Neiva. Procesado: CHICA VALDERRAMA, LEONARDO. Delitos: Lesiones personales, Tentativa de homicidio, Porte de armas de. defensa personal, Homicidio. Proceso: 11119. Publicada: Si.

Véase también en Internet: www.ramajudicial.gov.co 839

NON BIS IN IDEM/ DELITO CONTINUADO. El artículo 29 de la Constitución Política, al igual que el 26 de la anterior Carta, consagra la garantía fundamental del NE BIS IN IDEM, desarrollada también como norma rectora en el artículo 9° del Código Penal y en el 15 del Código de Procedimiento Penal, principio según el cual el ciudadano no puede ser juzgado doblemente por el mismo o los mismos hechos.

Pág.

Se trata de una garantía de seguridad individual, propia de un Estado de Derecho, también reconocida internacionalmente por expresión del *Pacto Internacional de derechos civiles y políticos*, en su artículo 14, N° 7, y la *Convención Americana de derechos humanos*, artículo 8 N° 4, aceptados en el Derecho Interno de Colombia por medio de las leyes 74 de 1968 y 16 de 1972, y ahora adoptados inclusive como reglas de jerarquía constitucional (art. 93).

Lo señalado en las disposiciones citadas es la prohibición de la persecución penal múltiple por los mismos hechos, sin importar el pretexto de una denominación jurídica distinta, porque así lo definen claramente los artículos 9° del Código Penal y 15 del Código de Procedimiento Penal. Esto significa dos cosas a la vez: primero, que no es posible revivir una acción penal ya agotada y, en segundo lugar, que respecto de un mismo hecho no es viable la persecución penal simultánea por autoridades judiciales distintas, ni siquiera por razones de competencia, porque para evitar la coetaneidad en el ejercicio de la acción penal se han trazado claras reglas sobre competencia a prevención y colisión de competencias (C. P. P., arts.

80 y 97).

Se pregunta: ¿Cuándo se da la doble persecución penal?. La doctrina propone tres identidades como fórmula abstracta para la solución de los casos concretos. Se habla entonces de la identidad de la persona juzgada; identidad del objeto del proceso y de identidad de la causa de la persecución penal.

Es importante destacar que tanto en la Constitución como en los Códigos, el principio del *ne bis in idem* está matizado por la prohibición de juzgar dos veces a una persona «*por el mismo hecho*», y no se refieren los textos, como en otras legislaciones, al «mismo delito». Pues bien, ello indica que la imputación concreta debe basarse en el comportamiento históricamente determinado, cualquiera sea su significación jurídica o el *nomen iuris* empleado por el funcionario judicial para calificar el hecho.

Ahora bien, como es indudable que en Colombia la carga de la investigación y de la prueba le corresponde al Estado-jurisdicción, y éste debe agotarla en ciclos preclusivos, también es cierto que la imputación se hace sobre una conducta concreta e históricamente ocurrida, hipotéticamente afirmada como existente, hasta el punto de que es pura y única responsabilidad de la jurisdicción consumir todo el conocimiento posible en busca de la verdad, sin perjuicio de la vigencia de las garantías fundamentales (Const. Pol., arts. 29 y 250; C. P. P., arts. 24, 249 y 448). De modo que no es posible intentar otras investigaciones posterio-

res o simultáneas, con el ánimo de agregar elementos o circunstancias a la conducta central ya investigada, siempre que se establezca que es igual el comportamiento básico que fue objeto de conocimiento y decisión.

En el caso del delito continuado de la legislación penal anterior (art. 32) o de la figura jurisprudencial y doctrinaria del delito unitario actual, los actos parciales que constituyen la unidad son material y jurídicamente escindibles y punibles individualmente, salvo claro está los eventos de acción única, de modo que el efecto de firmeza sólo puede comprender aquellos respecto de los cuales se promovió la persecución penal y, por ende, fueron objeto del proceso. Magistrado Ponente Dr. JORGE ANIBAL GOMEZ GALLEGO. Sentencia Casación. Fecha: 17/03/1999. Decisión: No Casa. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial. Ciudad: Neiva. Procesado: LOZANO, MARIA MERCY. Procesado: GOMEZ NARVAEZ, CARLOS. Procesado: ESCANDON OSPINA, ARTURO. Delitos: Peculado por apropiación, Falsedad en documento público, Homicidio.Proceso: 12187. Publicada: Si.

Véase también en Internet: www.ramajudicial.gov.co 848

FALSEDAD EN DOCUMENTO/ COMPETENCIA A PREVENCION. Siendo evidente por tanto que el número plural y conexo de hechos punibles fue cometido en diversos lugares deviene aplicable el factor a prevención previsto en el artículo 80 del Código de Procedimiento Penal en la medida en que éste dispone que del correspondiente proceso «conocerá el funcionario judicial competente por la naturaleza del hecho, del territorio en el cual se haya formulado primero la denuncia, o donde primero se hubiere proferido resolución de apertura de instrucción», disposición que lógicamente parte de suponer que la pugna de competencia habrá de decidirse entre los jueces de los varios lugares en que hubieren tenido ocurrencia los hechos y no además entre los de una circunscripción a la que por situaciones administrativas o de eficiencia se trasladó la investigación pero donde definitivamente ninguno de los punibles tuvo ejecución. Magistrado Ponente Dr. CARLOS A. GALVEZ ARGOTE. Auto Colisión de Competencias. Fecha: 17/03/1999. Decisión: Declara competente al Juzgado 5° P.C. de Neiva. Procedencia: Juzgado 50 Penal del Circuito. Ciudad: Santa Fe de Bogotá. Procesado: GOMEZ RAMIREZ, JUAN BAUTISTA. Delitos: Falsedad en documento público, Falsedad en documento privado, Receptación.Proceso: 15507. Publicada: Si.

Véase también en Internet: www.ramajudicial.gov.co 862

TERCERO CIVILMENTE RESPONSABLE. Si bien para el momento procesal en que el ahora demandante asumió la representación de

Pág.

los terceros civilmente responsables, esto es durante el traslado de que trata el artículo 446 del Código de Procedimiento Penal, los intereses de estos frente a los del procesado no podían calificarse de contrapuestos, como que el fin perseguido por éste y aquéllos era el mismo, no pueda predicarse igual conclusión para cuando ya se ha proferido el fallo, así sea el de primera instancia puesto que a partir de este momento y para el caso de sentencia condenatoria, necesariamente los intereses entre estos sujetos procesales son contrapuestos cuando, como sucede en el presente caso, los terceros pretenden ser exonerados de la condena civil, pues de prosperar su finalidad, imprescindiblemente el procesado resulta afectado. De ahí que cuando esto sucede, la comunidad de defensa no puede persistir, ya que su actuación tendrá que necesariamente estar dirigida a beneficiar a uno de los dos sujetos procesales, en perjuicio del otro, como consecuencia de la ineludible oposición de intereses.

Cuando ya se había señalado el 11 de octubre como fecha para la celebración de la audiencia pública, mediante auto del 19 de septiembre, el 30 de septiembre los esposos Corredor otorgaron poder para su defensa, al mismo abogado que venía representando los intereses del procesado, personería que se le reconoció el 3 de octubre, quedando sin oportunidad procesal para ejercer el derecho a la defensa como consecuencia del previo desconocimiento al debido proceso, pues conforme lo afirmó esta Corporación en fallo del 12 de junio de 1.997, con ponencia del Magistrado, doctor Nilson Pinilla Pinilla, la oportunidad para solicitar esta clase de vinculaciones «fenece cuando el expediente queda efectivamente 'a disposición común de los sujetos procesales por el término de treinta días hábiles, para preparar la audiencia pública, solicitar las nulidades que se hayan originado en la etapa de instrucción que no se hayan resuelto y las pruebas que sean conducentes'.... por ser esta la última oportunidad procesal, ... para impetrar los elementos de comprobación que requiera».

De ahí que, yerre el Tribunal y a su turno el a quo, pues éste lo que hizo fue avalar las argumentaciones expuestas por aquél para rechazar los postulados que en tal sentido venía proponiendo el apoderado común del procesado y de los terceros civilmente responsables desde la audiencia pública, al afirmar que carecía de razón porque a estos se les había notificado el auto por medio del cual se los vinculó y aún les quedaba la audiencia para pedir pruebas, pues además de que como también lo expuso la Sala en la ya citada casación del 22 de junio de 1.994, ésta se perfecciona no solo con la notificación del auto que admite la parte civil sino con el traslado de la demanda correspondiente para que así

Pág.

sea posible conocer las pretensiones por las cuales es vinculado el tercero y pueda ejercitar debidamente su defensa, de lo cual en este caso no obra constancia al respecto, «la audiencia pública es un evento connatural para el acopio de pruebas, pero estas, salvo lo dispuesto en el art. 448 ibidem, no son otras que las solicitadas dentro del mencionado término del art. 446», como igualmente se concluyó en la decisión del 12 de junio de 1.997.

Se desconoció así el debido proceso, al vincular a esta clase de terceros en una etapa procesal en la que ya no era dable hacerlo, «por cuanto al estar reconocido por la ley el tercero civil como un sujeto procesal más es evidente que las etapas, los términos y en general los ritos que establece el Código para el trámite del proceso penal, también le son aplicables al tercero en virtud del principio de igualdad y por tanto, siendo que la última etapa probatoria es la que se establece en el artículo 446 del Código de Procedimiento Penal, se impone entender que la ley no ha establecido ninguna etapa especial para este sujeto procesal, sino que debe acogerse el trámite general, esto es, que su vinculación solo es posible hasta el momento en que se ponga a disposición el expediente para los fines de la norma últimamente citada, pues es la única forma para que quienes estén reconocidos como tales puedan actuar en igualdad de condiciones y sean respetados a plenitud los derechos de contradicción probatoria y defensa», conforme se explicitó en fallo del 25 de septiembre de 1.997 con ponencia de quien ahora funge como ponente en este asunto.

«De esta manera, el tercero civilmente responsable puede ser involucrado válidamente al proceso penal durante la instrucción, o aun iniciándose el juicio siempre que mantenga la oportunidad plena de solicitar, allegar y contradecir pruebas y de preparar debidamente su defensa, para que así se equilibre en «los mismos derechos y facultades de cualquier sujeto procesal», teniendo en cuenta que para resultar condenado en perjuicios, si a ello hubiera mérito, se exige que se le «haya notificado debidamente» y «se le haya permitido controvertir las pruebas en su contra» (art. 155 ib.), como se concluyó en el referido fallo del 12 de junio de 1.997. Magistrado Ponente Dr. CARLOS A. GALVEZ ARGOTE. Sentencia Casación. Decisión: Desestima la demanda, casa oficiosa y parcial en el sentido de decretar la nulidad a partir de la decisión que dispuso la vinculación de los terceros civilmente responsables. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial. Ciudad: Santa Rosa de Viterbo. Procesado: GOMEZ AVILA, SILVANO. Delitos: Lesiones personales culposas, Homicidio culposo. Proceso: 10728. Publicada: Si.

Véase también en Internet: www.ramajudicial.gov.co 868

Pág.

ERROR DE HECHO/ FALSEDAD EN DOCUMENTO/ SENTENCIA/ RESOLUCION DE ACUSACION. No basta en sede de casación decir que el juez se equivocó y probar el error simplemente ofreciendo una lectura personal y diferente de los medios de prueba. Es necesario, cuando se alega error de hecho como en el caso examinado, demostrar en qué consistió, cuál prueba existente dejó de ser considerada, cuál inexistente sirvió de fundamento a la sentencia, cómo tuvo lugar la tergiversación del contenido material del medio probatorio, de qué manera se quebrantó la sana crítica, y en todos los eventos cuál fue la trascendencia del error frente a la orientación de la sentencia.

La sentencia es el acto procesal naturalmente llamado a dar fin al proceso, a resolverlo de manera definitiva. Pero en ella el juzgador viene atado, circunscrito, por la resolución acusatoria. El alcance de esa limitación es lo que en el fondo constituye el principio de congruencia.

La ley Colombiana, como en general lo conciben los sistemas de derecho positivo fundamentados en similares principios procesales, reconoce que el proceso penal define gradualmente su objeto y que a tal identificación concurren dos criterios o elementos: el histórico y el normativo. También, que ninguno de los dos es suficiente, con exclusión del otro, para delimitar dicho objeto o sea, en otras palabras, la conducta materia de juzgamiento. Sin embargo, a través de las regulaciones que sobre la estructura del procedimiento y su mecánica se han sucedido en el tiempo, se ha acudido a instituciones procesales distintas para fijar con mayor o menor amplitud las facultades del Juez frente a la acusación, o las posibilidades de llevar a cabo variaciones que repercutan en la denominación jurídica del delito por el cual se procede.

Actualmente el artículo 180 del Código de Procedimiento Penal, recoge la doble dimensión identificadora del hecho cuando exige que el fallo contenga un resumen de los hechos investigados, un resumen de la acusación, y la calificación jurídica de los hechos y de la situación del procesado. Dicha disposición ha de entenderse con arreglo al marco jurídico - fáctico que a su vez el legislador ha previsto para construir la acusación. Por eso la norma, aislada del contenido del artículo 442 ib., reportaría significados muy amplios y probablemente ambiguos.

Esta última regla, a su vez, exige como requisito formal de la resolución de acusación una narración de los hechos, con todas las circunstancias de modo, tiempo y lugar que los especifiquen, es decir, que permitan individualizarlos; y además demanda la calificación jurídica de esos hechos, advirtiendo que la misma es

provisional y que contendrá el señalamiento del capítulo dentro del título correspondiente del Código Penal.

Tal manera de regular las exigencias de la acusación y de la sentencia, no tiene por objeto sino significar que en el marco de aquella es que se va a mover la actuación del fallador y cuáles sus límites de decisión.

Así entonces, ha entendido la jurisprudencia de ésta Corporación, los hechos, histórica o fácticamente, deben ser ESENCIALMENTE los mismos; y la calificación jurídica, aún no siendo idéntica –resolución por el mismo tipo penal imputado por el Fiscal– sí debe estar recogida en el mismo Capítulo del Código Penal.

Así entonces, lo secundario del episodio que envuelve el delito, mal puede resultar siendo significativo para su identificación, o para la correspondencia que debe existir entre acusación y fallo. La legislación Colombiana, no da a las circunstancias aludidas el alcance que pretenden los casacionistas puesto que le permite al Juez calificar de otra manera el documento (el público como privado) o suprimir la cualificación del sujeto activo (de servidor público a particular) sin entender alterada la imputación.

La Sala reitera que uno de los contenidos de la resolución de acusación, así lo establece el numeral 3º del artículo 442 del Código de Procedimiento Penal, es la calificación jurídica provisional de la conducta, con mención del capítulo y el título del Código Penal donde se encuentra prevista. Y es dicho carácter el que le permite al juzgador variar la imputación, a condición de que lo haga dentro del mismo capítulo del Código Penal y no resulte agravada la situación del procesado.

Aunque ha sido ampliamente discutido por la jurisprudencia y la doctrina qué delito le es imputable al particular que falsifica por creación integral un documento de naturaleza pública, si el descrito en el artículo 221 o en el artículo 220 del Código Penal, la Sala ha optado por la última solución, con sustento en los siguientes argumentos:.

« ..La falsedad como tal, en cualquiera de sus modalidades, es genéricamente aquella conducta mediante la cual el agente pretende hacer aparecer como verdadero aquello que en realidad no lo es.

»En tratándose de falsedad material, particularmente, esta consiste en la creación total de un documento falso, o en la imitación de uno que ya existe, o simplemente en la alteración del contenido de un documento auténtico. Esa formación total o parcial, puede recaer tanto en documento público como en privado.

Pág.

«Sobre este aspecto, se ha dicho que la falsedad total o propia, es aquella en la cual el sujeto activo crea en su integridad el documento, tanto el contenido como su procedencia, también llamada por algunos GENUINIDAD (TENOR), de modo que lo suscribe quien en realidad no lo elaboró o se le hace aparecer como si proviniese de allí.

»La segunda forma de falsedad material es la llamada parcial o impropia, que consiste en la creación de alteraciones en un texto ya confeccionado, de tal manera que se le agregan o suprimen algunos aspectos de su contenido.

»En el caso concreto de la conducta que describe el artículo 220 del Código Penal, que sanciona al particular que falsifique materialmente documento público, resulta plenamente viable que en el caso de confección total del mismo quien así actúa se haga acreedor a la sanción prevista en la mencionada norma.

»La Sala no comparte la tesis de que un particular, por no tener función certificadora o documentadora, no incurra en esta conducta cuando crea totalmente un documento público y sí cuando lo altera parcialmente.

Si de lo que se trata es de proteger la fe pública y por ende la confianza de los asociados, resulta menos que lógica una conclusión de esa naturaleza, porque, precisamente el agente se está aprovechando del crédito que su calidad «pública» genera en la comunidad para introducir al tráfico jurídico un documento con tal apariencia y de esa manera obtener su propósito a sabiendas de que sólo es posible mediante la utilización de un documento con esas características.

»De modo que si se regresa al concepto genérico de falsedad –hacer aparecer como real algo que no lo es—no queda descartada la hipótesis de la que se viene hablando, porque precisamente se está haciendo aparecer como público, un documento que en realidad no lo es. »De ahí que también resulte absurdo que el reproche sea menor para quien crea totalmente un documento público falso que para quien lo altera parcialmente* ». Magistrado Ponente Dr. CARLOS EDUARDO MEJIA ESCOBAR. Sentencia Casación. Fecha: 17/03/1999. Decisión: No Casa. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial. Ciudad: Tunja. Procesado: IBAÑEZ MEDINA, GERMAN ENRIQUE. Delitos: Falsedad en documento privado. Proceso: 10862. Publicada: Si.

Véase también en Internet: www.ramajudicial.gov.co 865

DELITOS CONEXOS/ DEMANDA DE CASACION. Como aspecto previo a la consideración de las demandas debe la Sala precisar que

al contrario de lo que insinúa el Ministerio Público, al acusado (...) sí le asistía interés para demandar en casación respecto de los delitos de encubrimiento y porte ilegal de arma de fuego de defensa personal como lo hiciera su representante, dado que al margen de la pena máxima que individualmente reportan cada una de estas infracciones, lo que debe mirarse es la unidad del fallo que afecta a este acusado al interior de este proceso, dentro del cual y al tiempo con aquellas infracciones de menor sanción, le cubre un cargo por el delito de hurto calificado y agravado, en cuyo caso la pena máxima excede los límites impuestos por el artículo 218 del Código de Procedimiento Penal.

Sobre este aspecto había tenido ya ocasión la Sala de sentar criterio, tal cual se lee inicialmente en fallo de marzo 10 de 1994 con ponencia del Magistrado doctor Dídimo Páez Velandia, y más expresamente sobre el tema presente en fallo de septiembre 5 de 1994 bajo ponencia del Magistrado Guillermo Duque Ruiz, donde tras precisar los distintos eventos que pueden presentarse, se advirtió que bien puede admitirse que el recurso apunte exclusivamente hacia un delito penado con sanción menor, sin demandar necesariamente el delito más grave que le esté conexo, pues del artículo 218 del Código de Procedimiento Penal, sustituido por el 35 de la Ley 81 de 1993 se desprende que:

«En realidad en esta norma no se está disponiendo, como parece entenderlo la Delegada, que la demanda de casación pueda extenderse a los delitos conexos aunque tengan pena menor que la exigida para la procedencia del recurso. Lo que en ella se prescribe es la extensión del recurso en relación con estos delitos, que es cosa muy distinta. En otras palabras: la norma en comento al extender el recurso, no lo condiciona en parte alguna, a que en la demanda se formulen cargos respecto del delito o delitos que tengan señalada pena privativa de la libertad no menor de seis años, lo cual es coherente, porque como se dijo, no es un caso de extensión de la demanda sino de extensión del recurso.

Hacer la exigencia que pretende la Delegada implicaría no solo recortar sin razón los alcances benéficos de esta facultad, sino también obligar a los recurrentes a que pretexten unos cargos en relación con uno cualquiera de los delitos susceptibles del recurso, para así habilitar el ataque por los delitos «menores».».

Y más recientemente, con ponencia del doctor Juan Manuel Torres Fresneda, se insistió en que aún en casos de acumulación, como el presente se destaca, la posibilidad de ataque extraordinario es parejamente de recibo, habida cuenta que el concepto de conexidad que maneja el artículo 218 del Código de Procedi-

Pág.

miento Penal no es el restrictivo de la conexidad sustancial que describe el artículo 87 ibídem, sino uno más amplio y comprensivo de los fenómenos de la acumulación de causas (artículo 91).

«...habida cuenta que ésta se da no solamente para recuperar la operancia del principio de unidad cuando cursen «dos o más procesos penales por delitos conexos que o se hubiesen investigado conjuntamente», sino también bajo el criterio de la unidad de procesado «Cuando contra una misma persona se estuvieren siguiendo dos o más procesos...»».

pues «visto el alcance que al recurso extraordinario se le otorga a partir de la expedición del Decreto 2700 de 1991», en el concepto de extensión a los delitos conexos.

«...cuentan principios como el de la unidad de la sentencia (artículo 88 del C. de P.P.), el de su no ejecutoria parcial o fragmentaria (arts.196, 197 y 223), y el de la extensión de los efectos del fallo de casación a los no recurrentes (artículo 243)...». Magistrado Ponente Dr. EDGAR LOMBANA TRUJILLO. Sentencia Casación. Fecha: 19/03/1999. Decisión: Desestima la demanda, declara prescripción por unos delitos, reduce pena. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial. Ciudad: Santa Fe de Bogotá. Procesado: PEÑA BERRIO, ALBEIRO NICOLAS. Procesado: GIRALDO SALGADO. JESUS ALFREDO. Delitos: Hurto calificado y agravado, Porte ilegal de armas, Homicidio. Encubrimiento. Proceso: 9774. Publicada: Si.

Véase también en Internet: www.ramajudicial.gov.co 905

COMPETENCIA/ CONEXIDAD/ CIERRE DE INVESTIGACION/ COAUTOR. 1.- El artículo 89 del Código del Código de Procedimiento Penal, modificado por el 13 de la ley 81 de 1993, al precisar la competencia por razón de la conexidad y el factor subjetivo, establece que cuando se trate de conexidad entre hechos punibles de competencia del juez regional y cualquier otro funcionario judicial, corresponderá el juzgamiento al juez regional, regulación que además coincide con el texto original de la norma.

Como puede verse, el mandato de la disposición normativa es perentorio, no siendo dable, por consiguiente, pretender desconocer su contenido introduciendo exigencias distintas de las que ella establece, como serían el orden de comisión de los delitos, o la mayor o menor entidad de los mismos.

Para que la competencia quede radicada en la justicia regional, basta que uno de los delitos cometidos sea de su conocimiento, y entre ellos exista conexidad, es decir que estén sustancialmente relacionados por vínculos de carácter ideológico, consecuencial u ocasional, o de cualquier otra índole.

Pág.

2.- Las consideraciones en torno a la aplicación en el presente caso del artículo 39 del Decreto 99 de 1991, que establecía la inimpugnabilidad del auto que ordenaba el cierre de la investigación, son desde luego equivocadas, y en esto le asiste razón al demandante.

Cierto es que este artículo fue incorporado a la legislación permanente por el artículo 4° del Decreto 2271 de 1991, pero no es menos verdad que para el 6 de septiembre de 1993, fecha en que se produjo el cierre, ya se encontraba vigente el nuevo Código de Procedimiento Penal, que admite el recurso de reposición en contra de esta clase de pronunciamientos (arts.199 y 438, modificado por el 56 de la ley 81 de 1993).

3.- La Corte, en doctrina que los juzgadores transcriben, y que los demandantes no discuten, ha sido clara en sostener que cuando varias personas conciertan libre y voluntariamente la realización de un resultado típico, con distribución de funciones, todos tienen la calidad de coautores, así su conducta vista en forma aislada no permita una directa subsunción en el tipo, porque todos están unidos en el criminal designio, en una empresa criminal, y actúan con conocimiento y voluntad para la producción del resultado comúnmente querido, o por lo menos aceptado como probable. Magistrado Ponente Dr. FERNANDO ARBOLEDA RIPOLL. Sentencia Casación. Fecha: 23/03/1999. Decisión: No Casa. Procedencia: Tribunal. Ciudad: Nacional. Procesado: MARIN MARIN, RAUL. Procesado: TRUJILLO GORDILLO, FERMIN. Procesado: MORA MOLINA, NILSON. Procesado: RAMOS RODRIGUEZ, JAIME ORLANDO. Delitos: Hurto calificado y agravado, Porte de armas de uso privativo, de las F.M., Homicidio agravado, Homicidio, Concierto para delinquir. Proceso: 14617. Publicada: Sí.

Véase también en Internet: www.ramajudicial.gov.co 920

HOMICIDIO/ DOSIMETRIA PENAL/ CONCURSO. En el caso del homicidio voluntario, donde la pena principal de prisión oscila entre los veinticinco (25) y los cuarenta (40) años de prisión, vale decir, entre 300 y 480 meses; la presencia del estado de ira o del intenso dolor hacen fluctuar la sanción restrictiva de la libertad entre la tercera parte del mínimo y la mitad del máximo, lo que equivale a decir que entre 100 y 240 meses de prisión.

En esas condiciones, es manifiesto el yerro en que incurrió el Juez de primera instancia, y que no enderezó el superior, cuando al aplicar el artículo 60 del Código Penal calculó el mínimo de pena imponible, rebajando una tercera parte de la pena mínima establecida en el artículo 29 de la Ley 40 de 1993, en lugar de

Pág.

tomar como límite inferior la tercera parte de trescientos (300), según lo dejó claramente expuesto el recurrente: lo que llevó a tomar como hito de dosificación punitiva mínimo un lapso de doscientos (200) meses, cuando en realidad era de cien (100).

De cara al artículo 26 del Código Penal, efectivamente se debe primero reducir en la proporción indicada (una tercera parte por concepto de la ira) lo correspondiente al «delito más grave», que en este caso es el homicidio, y a partir de esta resultante de 100 meses hacer de nuevo la referida rebaja por confesión (otra tercera parte), lo que daría 66 meses 20 días. Y como por el concurso con las lesiones personales y el porte ilegal de armas de fuego de defensa personal se le aumentaron 24 meses, con la tercera parte de rebaja por confesión quedan 16 meses de prisión. Magistrado Ponente Dr. EDGAR LOMBANA TRUJILLO. Sentencia Casación. Fecha: 23/03/1999. Decisión: Casa parcial en el sentido de condenar. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial. Ciudad: Pasto. Procesado: DELGADO DAZA, HUGO. Delitos: Lesiones personales, Porte ilegal de armas, Homicidio. Proceso: 11109. Publicada: Si.

Véase también en Internet: www.ramajudicial.gov.co 942

TERMINACION ANTICIPADA DEL PROCESO/ SENTENCIA ANTICIPADA. Tratándose de la sentencia anticipada prevista en el artículo 37 del Código de Procedimiento Penal, solo procede su impugnación por el defensor o el procesado cuando la inconformidad se contraiga a aspectos como la dosificación punitiva, la condena de ejecución condicional y la extinción del dominio sobre los bienes (art. 37 B.4), como quiera que esta clase de fallos rogados, como ya lo ha sostenido la jurisprudencia de la Sala están regidos por el principio de irrectractabilidad, según el cual una vez que el procesado se allane libre, consciente y voluntariamente a los cargos propuestos por la Fiscalía en la correspondiente diligencia no puede más adelante, so pretexto de la ley, burlarla para desconocer lo que previamente ha aceptado. Magistrado Ponente Dr. CARLOS A. GALVEZ ARGOTE. Auto Casación. Fecha: 24/03/1999. Decisión: Rechaza in limine la demanda. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial. Ciudad: Pasto. Procesado: LEGARDA MALLAMA, CELIO ALVARO. Delitos: Tentativa de homicidio. Proceso: 14500. Publicada: Si.

Véase también en Internet: www.ramajudicial.gov.co 952

LIBERTAD PROVISIONAL/ LIBERTAD CONDICIONAL/ HURTO. El legislador, previendo la posibilidad de que en cualquier estado del proceso el sindicado descontara en detención preventiva un tiem-

Pág.

po igual a la eventual pena imponible o a la ya deducida en la sentencia condenatoria no ejecutoriadas, o que hubiera cumplido con los requisitos para otorgarle la libertad condicional, estableció éstas circunstancias como causales de libertad provisional en el numeral 2º del artículo 415 del Código de Procedimiento Penal.

La mención que hizo la Sala relativa a que el hurto calificado se encontraba excluido del régimen del artículo 72 A del Código Penal, fue sólo para señalar la razón que impedía considerar la solicitud a la luz de dicha norma y que hacía que debiera resolverse con fundamento en la regulación de la libertad condicional prevista por el artículo 72 del mismo estatuto.

Magistrado Ponente Dr. CARLOS EDUARDO MEJIA ESCOBAR. Casación -Libertad- Reposición. Fecha: 25/03/1999. Decisión: No repone providencia mediante la cual la Sala no accedió a concederle la libertad. Procesado: VARON REINOSO, ORLANDO. Proceso: 15160. Publicada: Si.

Véase también en Internet: www.ramajudicial.gov.co 958

DEMANDA DE CASACION/ PERITO/ FALSO JUICIO DE EXISTENCIA. La técnica de la casación enseña que las sentencias de segundo grado que tienen acceso al recurso, pueden ser atacadas exclusivamente por las causales previstas por la normatividad, cada una de las cuales tiene una forma propia de demostración, lo que excluye en forma tajante la presentación de argumentos ilimitados e incondicionados que sí tienen viabilidad en las instancias.

En lo que tiene que ver con las nulidades, es indispensable concretar la irregularidad y demostrar cómo ella afecta garantías de los sujetos procesales o desconoce las bases fundamentales de la instrucción o el juzgamiento.

En cuanto a la exigencia de que en proceso obre un peritaje para determinar si el procesado actuó en estado de ira, la misma se ofrece del todo improcedente, pues tal estado emocional atenuante (art.60 C.P.) compete determinarlo exclusivamente al juzgador, según lo que al respecto arroje la realidad procesal, a diferencia del tema de la inimputabilidad (art.31 id.), donde el referido peritaje sí constituye guía esencial para que, en últimas, dicho juzgador decida al respecto.

El falso juicio de existencia por omisión adquiere importancia, para los efectos del recurso de casación, cuando el elemento de convicción que ha sido ignorado posee la capacidad de probar

Pág.

circunstancias que eliminan, disminuyen o modifican la decisión de condena.

Por tanto, no cualquier omisión en materia de consideración probatoria tiene la cualidad de configurar el error de hecho que se comenta. De ahí que sea una exigencia para quien recurre, abordar la demostración de la incidencia que el yerro produjo en el fallo impugnado. Magistrado Ponente Dr. EDGAR LOMBANA TRUJILLO. Sentencia Casación. Fecha: 25/03/1999. Decisión: No Casa. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial. Ciudad: Cundinamarca. Procesado: SOLORZANO MORENO, LUIS AURELIO. Delitos: Lesiones personales, Porte de armas de defensa personal. Homicidio. Proceso: 10531. Publicada: Si.

Véase también en Internet: www.ramajudicial.gov.co 963

EXTRADICION. Los hechos que motivan la demanda de extradición del señor (...) por parte del Gobierno de su país, mencionan su pertenencia a una organización criminal dedicada a la «exportación de ingentes cantidades de sustancias estupefacientes de tipo cocaína, destinada al mercado nacional (de Italia) y más precisamente al de Puglia», señalando que la actividad de (...) era desarrollar una actividad constante y continua de mediación para la exportación del alcaloide, todo lo cual sería en Colombia constitutivo del delito que consagra el artículo 8° de la Ley 365 de 1997, inciso 3°, que subrogó el artículo 44 de la Ley 30 de 1986, por mandato expreso del artículo 26 y que señala:.

«Concierto para Delinquir. Cuando varias personas se concierten con el fin de cometer delitos, cada una de ellas será penada, por ese solo hecho, con prisión de tres (3) a seis (6) años.

«(...).

«Cuando el concierto sea para cometer delitos de terrorismo, narcotráfico, secuestro extorsivo, extorsión o para conformar escuadrones de la muerte, grupos de justicia privada o bandas de sicarios la pena será de prisión de diez (10) a quince (15) años y multa de dos mil (2.000) hasta cincuenta mil (50.000)salarios mínimos legales mensuales. Magistrado Ponente Dr. CARLOS EDUARDO MEJIA ESCOBAR. Extradición. Fecha: 25/03/1999. Decisión: Conceptúa favorablemente. Procedencia: Gobierno. Ciudad: Italia. Procesado: BENESTANTE, ANTONIO. Procesado: ANTONIO, BENESTANTE. Proceso: 13786. Publicada: Si.

Véase también en Internet: www.ramajudicial.gov.co 983

Pág.

VINCULACION AL PROCESO PENAL / MINISTERIO PUBLICO. La comparecencia del imputado al proceso penal, al convertirse en uno de los ideales de un Estado de derecho garantista que actúa *sub lege* -sometido a las leyes- y per leges -mediante leyes generales y abstractas-, supone que cuando aquél deja de aprovechar la oportunidad de ser vinculado mediante el acto procesal conocido como diligencia de indagatoria o injurada, pueda cumplirse la relación Estado-sujeto mediante un mecanismo denominado en nuestro medio como la declaratoria de persona ausente, que deja a salvo la defensa del imputado contumaz a través del nombramiento de un defensor letrado quien deberá realizar la concreción de tan fundamental derecho.

De esta manera, la actividad judicial a nombre del Estado debe consolidar simultáneamente la tarea de juzgamiento y la cabal protección de las garantías constitucionalmente reconocidas a los sujetos, de tal suerte que las diversas contingencias o particularidades que ofrezca el caso no pierdan de vista el patrón fundante del Estado de derecho.

Así pues, tanto la indagatoria como la declaración de persona ausente constituyen los medios de los cuales se vale el Estado jurisdicción para vincular al imputado al proceso penal, según el artículo 385 del C.P.P., actuaciones que lo mismo hacen posible la toma de la primera decisión con consecuencias importantes para este sujeto procesal, como es la definición de su situación jurídica.

La vinculación del sindicado mediante una cualquiera de estas formas según lo previene la ley, se convierte en presupuesto de validez de ulteriores actos procesales los cuales irán surgiendo de conformidad con las pautas establecidas en procura de un debido proceso amalgamado de las formas propias del juicio -artículo 29 de la Constitución-, sin que, a guisa de ejemplo, por aparecer a posteriori la posibilidad de realizar la indagatoria cuando ya ha sido definida la situación jurídica del imputado declarado persona ausente, esto implique el retroceso del trámite o la aplicación de efectos concebidos para una situación ya superada según las previsiones legales.

De allí que una interpretación teleológica de los artículos 386 y 387 del C.P.P. permita concluir que los términos diseñados para recibir la injurada al capturado suponen su presencia física y no la ficta resultante de la declaratoria de persona ausente del trámite procesal.

Es que las expresiones *«tres días siguientes a aquel en que el capturado haya sido puesto a disposición del fiscal»* -artículo 386 del

Pág.

C.P.P.- y «Cuando la *persona se encuentre privada de la libertad, rendida la indagatoria o vencido el término anterior, el funcionario judicial deberá definir la situación jurídica por resolución interlocutoria, a más tardar, dentro de los cinco días siguientes...*» - artículo 387 ejusdem , no permiten otro entendimiento. Sana y lógica interpretación que además descubre la capacidad de esta diligencia para generar un doble efecto: de un lado, sirve como medio eficaz para vincular al imputado como sujeto procesal, y del otro, se erige como medio de defensa y aún de prueba susceptible de ser arrimado en cualquier etapa del proceso -instrucción o juzgamiento- siempre que su diligenciamiento o adecuada incorporación al acervo probatorio se haga dentro de la oportunidad propicia para practicar pruebas, carácter este que se pondría en duda si su validez estuviera condicionada a ser recibida únicamente en la etapa sumarial no empece la contumacia del imputado.

La intervención potestativa del Ministerio Público en el proceso penal, sin duda, es una de las significativas variantes contenidas en la Constitución de 1991 (artículo 277-7) en relación con este organismo de control, en el sentido de que sus agentes, de acuerdo con la importancia y trascendencia de los actos que al interior de los procesos se ventilen, determinan su intervención en procura del orden jurídico, el patrimonio público y las garantías fundamentales. Así pues, se trata de una consideración puramente subjetiva la que hace que los agentes del Ministerio Público, previo análisis de la cuestión, determinen cuándo en un proceso es vital entrar en defensa de uno o de varios de los intereses superiores que justifican su intervención.

El ejercicio de esta discrecionalidad reglada depende de la clase de procesos en que debe intervenir y de la actitud que frente a ellos puede guardar el agente del Ministerio Público según las distintas fases del trámite, lo que pone de presente cómo una vez notificado de la apertura de una investigación, dicho funcionario no está fatalmente obligado, por ejemplo, a intervenir en la práctica de las pruebas o a ejecutar sin alternativa un estricto seguimiento a todas las actuaciones judiciales.

Como su nombre lo indica, el proceso está formado por distintas etapas que en una congruente secuencia permite el desenvolvimiento de la acción penal hasta el momento culminante de la sentencia, en cuyo ejercicio los funcionarios judiciales, con la debida observancia de las garantías debidas a todos los sujetos que en él intervienen, procuran mediante el método reconstructivo el establecimiento de la verdad acerca del hecho histórico que se

Pág.

reputa delictuoso, sin que en cada una de las fases del diligenciamiento deban festinar el grado de conocimiento que el material probatorio les pueda forjar hasta ese momento pues, tratándose de la etapa de la causa, el examen de conjunto del material probatorio y por consiguiente la declaración de certeza o de duda está deferida a la sentencia.

El principio de investigación integral muchas veces impone la actividad probatoria en los distintos períodos dispuestos para ello no obstante haber adquirido ya el funcionario judicial virtual certeza sobre la existencia de los hechos investigados y de la responsabilidad del procesado, por lo que resulta equivocado suponer que si en el juicio el juez ordena pruebas es porque aún no tiene certeza acerca de lo que es materia de juzgamiento.

Magistrado Ponente Dr. JORGE ANIBAL GOMEZ GALLEGO. Sentencia Casación. Fecha: 25/03/1999. Decisión: No Casa, declara de oficio la prescripción por un delito, fija pena. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial. Ciudad: Medellín. Procesado: MEJIA HERNANDEZ, BLADIMIR. Procesado: GARCIA MORALES, ARNULFO ALIRIO. Delitos: Porte ilegal de armas, Homicidio. Proceso: 11032. Publicada: Si.

Véase también en Internet: www.ramajudicial.gov.co 992

SECUESTRO/ CONSULTA. Es verdad que con anterioridad a la vigencia del Decreto 2790 de 1990, existió una legislación paralela, con relación a varios punibles como el homicidio, las lesiones personales, el concierto para delinquir, la tortura, la extorsión y el secuestro, entre otros: la ordinaria y la excepcional, siendo aplicable ésta en aquellos eventos en que se actuaba con fines terroristas, o de perturbar el orden público o, en general, desestabilizadores de las instituciones democráticas; y la segunda, cuando no estaban presentes tales propósitos.

En lo concerniente al delito de secuestro, los artículos 22 y 23 del Decreto 180 de 1988 establecían lo siguiente:.

«**ART: 22. SECUESTRO.** El que arrebate, sustraiga, retenga u oculte a una persona, incurrirá en prisión de quince (15) a veinte (20) años y multa de cien (100) a doscientos (200) salarios mínimos mensuales.

«**ART: 23. CIRCUNSTANCIAS DE AGRAVACIÓN PUNITIVA.** Las penas señaladas en el artículo anterior, se aumentarán en una tercera (1/3) parte si concurriere alguna de las siguientes circunstancias:

a. Si el delito se cometiere en persona de inválido, enfermo, menor de dieciséis (16) años, mayor se sesenta (60) años o mujer embarazada.

Pág.

b. Si se somete a la víctima a tortura durante el tiempo que permanezca secuestrada.

c. Si la privación de la libertad del secuestrado se prolongare por más de diez (10) días.

d. Si se comete en ascendiente, descendiente, adoptante o adoptivo, hermano o hermana, cónyuge o afín en línea directa en primer grado.

e. Si se comete en persona que sea o hubiere sido empleado oficial y por razón de sus funciones.

f. Cuando se exija por la libertad del secuestrado un provecho o cualquier utilidad.

g. Cuando se presione la obtención de lo exigido con amenazas de muerte o lesión del secuestrado, o con ejecución de acto que implique peligro común, grave perjuicio de la comunidad o de la salud pública.

h. Cuando se cometa para hacer u omitir algo o con fines publicitarios de carácter político.».

Y los artículos 268 y 270 (antes de entrar a regir el Decreto 2790):.

«**Art. 268. Secuestro extorsivo**. El que arrebate, sustraiga, retenga u oculte a una persona con el propósito de exigir por su libertad un provecho o cualquier utilidad, o para que se haga u omita algo o con fines publicitarios de carácter político, incurrirá en prisión de seis (6) a quince (15) años.

«**Art. 270. Circunstancias de agravación punitiva**. La pena señalada en los artículos anteriores se aumentará hasta en la mitad, si concurriere alguna de las siguientes circunstancias:

1ª Si el delito se comete en persona de inválido, enfermo, menor de dieciséis años, mayor de sesenta o en mujer embarazada.

2ª Si se somete a la víctima a tortura física o moral durante el tiempo que permanezca secuestrada.

3ª Si la privación de libertad del secuestrado se prolongare por más de treinta días.

4ª Si se comete en ascendiente, descendiente, adoptante o adoptivo, hermano o hermana, cónyuge o afín en línea directa en primer grado.

5ª Si se comete en persona que sea o hubiere sido empleado oficial o por razón de sus funciones.

6ª Cuando se presione la obtención de lo exigido con amenazas de muerte o lesión del secuestrado o con ejecutar acto que impli-

que peligro común, grave perjuicio de la comunidad o la salud pública.».

No obstante, ese paralelismo fue superado por el citado Decreto 2790/90, que entró a regir el 16 de enero de 1991, en cuyo artículo 6° se estatuyó:

«ARTÍCULO 6°. Siempre que el delito de secuestro se dirija contra persona que ocupe alguno de los cargos mencionados en el numeral 1° del artículo 2° del Decreto 474 de 1988 o en funcionario de la Rama Jurisdiccional, Registrador Nacional del Estado Civil, Miembro del Consejo Electoral, Delegado del Consejo Nacional Electoral o el Registrador, Registrador Departamental, o Municipal del Estado Civil, Agente del Ministerio Público, Agente Diplomático o Consular al servicio de la Nación o acreditado ante ella, Comandante General o miembro de las Fuerzas Armadas, de la Policía Nacional o de los Cuerpos de Seguridad, Subdirector Nacional de Orden Público, Director Seccional de Orden Público, Miembro de la Asamblea nacional Constitucional, Miembro principal o suplente de las Asambleas Departamentales, funcionario elegido por Corporación de elección popular, Cardenal, Primado, Arzobispo, Nuncio y Obispo; o se ejecute con fines terroristas; u obedezca a los propósitos descritos en el artículo 1° del Decreto 1631 de 1987 o persiga los objetivos enunciados en el artículo 268 del Código Penal, se sancionará con prisión de veinte (20) a veinticinco (25) años y multa de un mil a dos mil salarios mínimos legales mensuales...»(Subrayas extrañas al texto).

Vistas así las cosas, en la resolución de acusación se consideró, erradamente, que la conducta del procesado, en lo atinente al punible de secuestro, se adecuaba a lo establecido en el artículo 22 del Decreto 180 de 1988, que contemplaba como pena principal la de 15 a 20 años de prisión y multa de 100 a 200 salarios mínimos mensuales, con las agravantes contenidas en los literales 'C', 'F', y 'G' del artículo 23, ibidem. Sin embargo, si se tiene en cuenta que el multicitado Decreto 2790 entró a regir el 16 de enero de 1991 y que el secuestro se cometió entre el 12 de diciembre de 1991 y el 11 de febrero de 1992 y que el fin perseguido por los plagiarios era el de obtener provecho económico, se tendrá que concluir que la preceptiva aplicable no era el decreto 180 de 1988 (de lo que se percataron las instancias, pero sin que hubieran corregido el desacierto, por razones de favorabilidad y en garantía del derecho de defensa, según lo argumentaron), ni tampoco los artículos 268 y 270, antes de la vigencia del Decreto 2790 de 1990, sino tales preceptos pero con la modificación introducida por este Decreto, en cuyo artículo 6°, de manera clara se dijo: «siempre que el delito de secuestro .... persiga los objetivos enunciados en el artículo 268 del Código Penal, se sanciona-

Pág.

rá con prisión de 20 a 25 años y multa de un mil a dos mil salarios mínimos legales mensuales».

Por otra parte, si se lee el artículo 268, transcrito, se verá que uno de los objetivos es el «de exigir por su libertad un provecho o cualquier utilidad ...».

En consecuencia, las normas que subsumían la conducta desarrollada por el procesado (...) eran los artículos 268 y 270 del Código Penal, pero con la modificación introducida por el artículo 6° del Decreto 2790 de 1990, sin que le asista razón al recurrente cuando asevera que esta última preceptiva sólo era aplicable cuando la finalidad era terrorista, o cuando la acción se dirigía contra determinados sujetos pasivos calificados, o cuando se afectaba la estabilidad social y el orden jurídico, pues basta leer el artículo 6°, transcrito, para percatarse que se aplicaba no sólo cuando el secuestro se cometía con esos fines o contra determinadas personas, sino con el simple y exclusivo propósito de obtener un provecho o cualquier utilidad.

No comparte la Sala tal criterio, pues de manera pacífica y constante ha sostenido que la consulta es un grado de la competencia funcional que, al tenor del artículo 217 del C.

de P.P, permite al superior decidir sin limitación alguna sobre la providencia o la parte pertinente de ella. Es un mecanismo imperativo de revisión de la legalidad de ciertas decisiones adoptadas por el inferior, distinto de la apelación, establecido por motivos de interés público, que se surte por ministerio y en los casos expresamente previstos en la ley, sin que la extensión de ese control quede a discreción de los sujetos procesales, de modo que la competencia del juez no depende de si una sola o ambas partes apelaron, ya que con apelación o sin ella tiene la facultad de revisar de manera ilimitada y en todos sus aspectos el proveído que se somete a su conocimiento y agravar la situación del procesado, así sea apelante único*.

Si se aceptara que con la apelación única, cuando se trata de providencias consultables, el superior no puede reformar peyorativamente la decisión, se estaría negando el instituto y el control obligatorio que a través de él y en beneficio del Estado de derecho y del interés público se quiso establecer, pues bastaría que el procesado apelara para que no operara, pues en tal caso sólo se po-

*.- Véanse, entre otras, casación, 10.101 octubre 22/97, M. P. Dr. RICARDO CALVETE RANGEL; casación 10.111 abril/98, M.P. Dr. *CARLOS A. GÁLVEZ ARGOTE*; casación 13419 octubre/98, M.P. Dr. *FERNANDO E. ARBOLEDA RIPOLL*; casación 10.168 febrero/99, M. P. Dr. *CARLOS E. MEJÍA ESCOBAR*.

Pág.

drían revisar los aspectos impugnados. Magistrado Ponente Dr. JORGE E. CORDOBA POVEDA. Sentenetа Casación. Fecha: 25/03/1999. Decisión: Desestima la demanda. casa parcial y de oficio, fija pena. Procedencia: Tribunal. Ciudad: Nacional. Procesado: MATAGIRA OCHOA, MARIO. Delitos: Porte de armas de defensa personal, Secuestro. Proceso: 12683. Publicada: Si.

Véase también en Internet: www.ramajudicial.gov.co 1010

COMPETENCIA A PREVENCION. Por regla general el juez del lugar donde se realiza el hecho debe conocer del proceso. Pero este principio vinculado al factor territorial sufre excepciones en el caso de la competencia a prevención, ya porque el lugar es incierto, o ha ocurrido en varios sitios, o la conducta se ha ejecutado en el extranjero, o se trata de delitos conexos, pues en esos eventos la competencia se determina conforme reza el artículo 80 del Código de Procedimiento Penal, esto es, que conocerá el juez de donde primero se haya presentado la denuncia o se hubiere proferido resolución de apertura de investigación, siempre que también lo sea por la naturaleza misma del hecho punible. De haberse iniciado simultáneamente en varios sitios investigación penal, la competencia estará determinada en su orden por el lugar donde fuere aprehendido el imputado y de ser varios los capturados, donde primero se llevó a cabo la primera aprehensión.

Como se ha señalado, la incertidumbre en cuanto al lugar de la comisión del hecho punible es una de las hipótesis en que la competencia debe atribuirse a prevención, pero no es cierto que constituya la única eventualidad en la que se puede proceder de esa manera, como lo sostiene el colisionante, pues a ella también se debe acudir aún teniéndose certeza del lugar, cuando la realización de la conducta típica ocurre por ejemplo en el extranjero, o porque los delitos son conexos. Magistrado Ponente Dr. RICARDO CALVETE RANGEL. Auto Colisión de Competencias. Fecha: 25/03/1999. Decisión: Declara competencia al Tribunal S. de Santa Marta. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial. Ciudad: Santa Fe de Bogotá. Procesado: DAVILA BURITICA, RAFAEL. Procesado: MARTINEZ HERNANDEZ, JORGE MANUEL. Procesado: RADA FONTALVO, EFRAIN. Proceso: 15457. Publicada: Si.

Véase también en Internet: www.ramajudicial.gov.co 1026

PROCESO PENAL/ APELACION. El proceso penal, en esencia, es un escenario de controversia. A través de él el Estado ejercita su derecho de: investigar, juzgar y penar las conductas prohibidas por el ordenamiento jurídico. Esa actividad, sin embargo, en vir-

Pág.

tud del principio de legalidad, no puede desarrollarse de manera arbitraria. La ley establece las reglas de su adelantamiento y a ellas debe sujetarse la actividad del Fiscal, del Juez y de las partes. Es la manera de ordenar el debate procesal, el cual, adicionalmente, debe encontrarse permanentemente ceñido a los principios impuestos por la Constitución Nacional, como condición de validez de los actos del proceso. El derecho del sindicado a la defensa durante toda la actuación judicial y como expresiones de éste los de contradicción e impugnación, hacen parte de esas garantías, que de no cumplirse tornan el proceso en inconstitucional, debiendo acudirse al mecanismo jurídico de la nulidad como forma de saneamiento de la conculcación.

La Constitución Política, aunque le permitió excepcionar al legislador, consagró en el artículo 31 el principio de la doble instancia frente a las sentencias judiciales, bien por vía de apelación o de consulta. El artículo 29, por su parte, estableció como derecho fundamental procesal del sindicado el de impugnar la sentencia condenatoria, el cual naturalmente opera, salvo las excepciones legales (procesos de única instancia), frente a los fallos que por disposición de la ley deban consultarse. La posibilidad de acceso a la segunda instancia, sin embargo, está condicionada por la ley. El recurso, en primer lugar, debe ser interpuesto oportunamente y, en segundo, ser sustentado por escrito ante la primera instancia o en forma oral ante el superior jerárquico.

La fundamentación de la apelación, por el aspecto indicado, es ya un acto trascendental. No le basta al recurrente afirmar una inconformidad general frente a la providencia que recurre, sino que le es imperativo concretar aquello de lo que disiente presentando los argumentos de hecho y de derecho que lo conducen a cuestionar la determinación impugnada. Sustentar indebidamente, en consecuencia, es como no hacerlo, y la consecuencia de la omisión es que el recurso se declara desierto.

Es claro, entonces, de acuerdo a lo anterior, que la sustentación de la apelación es una carga del impugnante, que se constituye en un acto condición para acceder a la segunda instancia. Pero cumplido el requisito, dicha fundamentación –en tanto identifica la pretensión del recurrente— adquiere la característica de convertirse en límite de la competencia del superior, en consideración a que sólo se le permite revisar los aspectos impugnados, de acuerdo a como lo dispone el artículo 217 del Código de Procedimiento Penal. La sustentación, en otras palabras, fija el radio de acción del funcionario de segunda instancia y es limitativa de su actividad.

Pág.

Si los fundamentos de la impugnación establecen el objeto de pronunciamiento del funcionario de segundo grado y ellos están referidos a discutir los términos y conclusiones de la decisión de primera instancia, es clara la relación de necesidad existente entre la providencia impugnada, la sustentación de la apelación y la decisión del Juez de segunda instancia. Providencia impugnada y recurso, entonces, forman una tensión, que es la que debe resolver el superior. Se trata de una de las manifestaciones más decantadas del principio de contradicción o controversia que rige el proceso penal y que explica el deber legal que tiene el Juez de integrar a la estructura del fallo el resumen de los alegatos presentados por las partes y el de analizarlos, de acuerdo a como se encuentra previsto en los numerales 3º y 4º del artículo 180 del Código de Procedimiento Penal. Si el derecho de contradicción hace parte del derecho de defensa y los dos son elementos que estructuran la garantía del debido proceso constitucional, no oír a las partes constituye una irregularidad insubsanable, un acto de despotismo jurisdiccional que socava la esencia controversial del proceso penal y que por lo mismo no se puede tolerar.

Si el sujeto procesal tiene la carga de sustentar, se logra el equilibrio con la imposición al Estado de escucharlo, analizar lo que dice y ofrecerle una respuesta motivada. La técnica de la casación, por otro lado, no se explica sino en concordancia con estas exigencias. Una sentencia inmotivada dificulta hasta hacer imposible, la crítica clara y la impugnación precisa de sus premisas o sus conclusiones. Los falladores deben comprometerse con el contenido del proceso para que sus análisis puedan luego ser debatidos en el recurso extraordinario dado que este demanda atacar sus fundamentos y demostrar la inconsistencia de los juicios de valor allí formulados.

La sentencia implica un juicio sobre los hechos y sobre el derecho. Pero la fijación de los hechos implica una tarea que está más allá de su consideración histórica dada la circunstancia de que a ellos se llega a través de los medios de prueba y que sobre éstos han de hacerse juicios de apreciación o valoración jurídicos (guiados por normas de experiencia, ciencia o lógica, o reglas que les asignan o niegan un determinado valor) o juicios de legalidad o validez. La fundamentación apunta precisamente a que el documento en que se recoge el acto de jurisdicción, o sea la sentencia, comprenda ambas clases de juicios de modo que de la manera más explícita posible sea asertiva, afirmativa y que no hipotetice. De ahí que cuando la sentencia no es expresa o termi-

Pág.

nante, o se manifiesta de manera ambigua o contradictoria, o se estructura de manera simplemente enunciativa con referencia a los actos de prueba y prescindiendo del thema probandi, se constituye en acto procesal defectuoso, vicio de actividad éste imposible de subsanar en la dinámica de las instancias, como tampoco susceptible de remedio en casación a través de su reemplazo, dado que con ello el superior terminaría trastocando la estructura del proceso por instancias o grados. Magistrado Ponente Dr. CARLOS EDUARDO MEJIA ESCOBAR. Sentencia Casación. Fecha: 25/03/1999. Decisión: Casa, decreta nulidad. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial. Ciudad: Santa Fe de Bogotá. Procesado: VICTORIA TRUJILLO, CARLOS ALBERTO. Delitos: Estafa. Falsedad en documento privado, Tentativa de estafa. Proceso: 11279. Publicada: Si.

Véase también en Internet: www.ramajudicial.gov.co 1031



En la Imprenta Nacional de Colombia
se diseñó e imprimió la
«Gaceta Judicial Sala Penal. 2o. Semestre 1999 Volumen II»
En noviembre de 2000.

Ivstitia et Litterae