REPUBLICA DE COLOMBIA

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

GACETA JUDICIAL

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

LICENCIA NÚMERO 451 DE 7 DE MARZO DE 1996
REGISTRADO PARA CURSO LIBRE DE PORTE EN EL SERVICIO POSTAL

SALA DE CASACION PENAL

TOMO CCLX PRIMER SEMESTRE 1999 NUMERO 2499

VOLUMEN III

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

REPUBLICA DE COLOMBIA

GACETA JUDICIAL

ORGANO DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

TOMO CCLX - NUMERO 2489

PRIMER SEMESTRE DE 1999

SALA DE CASACIÓN PENAL Y TUTELAS

VOLUMEN III

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 1989

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 Scholss*
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 Mantilla 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 GIRALDO
RELATORA DE TUTELAS:	Doctora BEATRIZ EUGENIA CORTES BECERRA

TOMO CCLX - PRIMER SEMESTRE DE 1999 - Número 2490 - Volumen III

INDEMNIZACION / REPARACION DEL DAÑO

*A pesar de que los perjudicados con el delito no podían desistir expresamente de la acción penal -que en este caso no está sujeta a querella- y que la reparación integral no provino directamente del procesado, dichas eventualidades no se encuentran previstas como condición legal para declarar extinguida la acción penal por la vía del artículo 39 del Código de Procedimiento Penal. Basta simplemente la satisfacción económica a la víctima del hecho punible o a los perjudicados con el mismo, para que proceda la preclusión de la investigación o la cesación del procedimiento según sea la etapa procesal en la que se produzca la reparación integral. Esto en consideración a que el contenido de la institución es estrictamente económico y de allí que cuando quien indemnice no sea el procesado sino cualquier otra persona (obligada o no a hacerlo en virtud de la ley o cualquier clase de título), dicha indemnización no imposibilita la aplicación de la norma que se comenta a excepción de la póliza de seguro en tanto la causa del pago deriva de un negocio jurídico de naturaleza diversa, como se explicó en decisión reciente.**

* Providencia del 16 de diciembre de 1998. M.P. Dr. Carlos Gálvez Argote.

Proceso No. 13900

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal

Magistrado Ponente Dr. *Carlos Eduardo Mejía Escobar*

Aprobado acta No. 76

Santa Fe de Bogotá, D. C., mayo veinticinco (25) de mil novecientos noventa y nueve (1999).

VISTOS

Resuelve la Sala la solicitud de cesación de procedimiento elevada por el defensor del procesado Oscar Ochoa López.

ANTECEDENTES

Hacia las 10:30 p.m. del 17 de agosto de 1992, en la vía que de Cerrito conduce a Cali, frente al Barrio Cincuentenario, colisionaron los vehículos identificados con las placas NGB-280 (bus) y KAB-029 (automóvil), conducidos respectivamente por Oscar Ochoa López y José Oscar Orozco Ocampo. Este falleció como consecuencia del impacto y el primero fue procesado penalmente. Se le vinculó a la actuación a través de indagatoria, se le detuvo preventivamente por el delito de homicidio culposo y el 8 de noviembre de 1994 fue acusado por el mismo cargo. Esta decisión quedó en firme el 27 de noviembre siguiente.

Se tramitó el juicio y el 20 de enero de 1997 el Juzgado 4º Penal del Circuito de Cali dictó sentencia. Por el mismo hecho punible de la acusación condenó al procesado a la pena principal de 2 años de prisión, multa de $1.000.oo, suspensión de un año en el ejercicio de conducción de automotores y a la sanción accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas por el término de 2 años. Igualmente decidió condenarlo al pago de los correspondientes perjuicios materiales y morales a favor de los perjudicados con el delito y se le concedió la condena de ejecución condicional.

Dicha providencia fue apelada por la defensa y confirmada en su integridad por el Tribunal Superior de Cali el 9 de julio de 1997. Esta decisión fue recurrida en casación y el proceso se encuentra para resolver sobre la admisión o inadmisión de la demanda.

Aunque en la fase del juzgamiento había sido vinculada en calidad de tercero civilmente responsable la sociedad Manuelita S.A., dicha decisión fue revocada. En consecuencia, no fue condenada civilmente en la sentencia.

La defensa, con apoyo en el artículo 39 del Código de Procedimiento Penal, le ha solicitado a la Corte ordenar la cesación de procedimiento en

consideración a que se indemnizaron integralmente los perjuicios ocasionados con el delito.

Presentó como demostración de esa circunstancia copia del acta de la conciliación llevada a efecto el 26 de noviembre de 1998 ante el Juzgado 5º Civil del Circuito de Palmira. Según la misma, la sociedad Manuelita S.A. llegó a un arreglo económico con Alba Nubia García, Doris Ríos Romero, Rosalba Ocampo de Orozco, Maricel Dueñas Hernández y José Orlando Orozco Ramírez, quienes estuvieron asistidos por abogado. El acuerdo indemnizatorio fue por la suma de $14.000.000.oo, dicho valor fue recibido por los demandantes y el acto tuvo lugar en el marco de un proceso de responsabilidad civil extracontractual que se inició a instancias de los mismos en contra de Manuelita S.A., por la muerte del señor José Oscar Orozco Ocampo ocurrida "en accidente de tránsito".

Dicha conciliación fue aprobada por el Juez Civil del Circuito a través de providencia del 7 de diciembre de 1998, cuya copia también se agregó a éste expediente. Previamente a la misma los demandantes le documentaron al Juez que desistían de la pretensión en virtud de que Manuelita S.A. canceló en su integridad los perjuicios. Igualmente, por la misma razón, que desistían de la acción civil en el proceso penal adelantado contra Oscar Ochoa López por el delito de homicidio.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

Mediante la sentencia de primera instancia, confirmada integralmente por el Tribunal Superior de Cali, el procesado Oscar Ochoa López fue condenado a pagar $20.112.833.77, por concepto de perjuicios materiales, a favor de Alba Nubia García, Maricel Dueñas y Doris Ríos, quienes se constituyeron en parte civil en representación de sus hijos Cristian Mauricio Orozco García, Oscar Orlando y Martha Liliana Orozco Dueñas, y Veronica Orozco Ríos, respectivamente. Igualmente a cancelar, por concepto de perjuicios morales, 200 gramos oro a favor de cada uno de los menores mencionados y 300 a los progenitores del occiso, José Orlando Orozco y Rosalba Ocampo de Orozco Ramírez.

No cabe duda, entonces, que las personas que se constituyeron en parte civil dentro del proceso penal fueron las mismas que conciliaron la pretensión indemnizatoria con la sociedad Ingenio Manuelita S.A. ante la Jurisdicción Civil, admitiendo que los daños y perjuicios ocasionados con el homicidio culposo fueron objeto de reparación integral.

El artículo 39 del Código de Procedimiento Penal contempla como causal de extinción de la acción penal, la indemnización integral del daño ocasionado con el hecho punible. Procede el mecanismo frente a los delitos de homicidio y lesiones personales culposas, a condición de que no concurra ninguna de las circunstancias de agravación punitiva consagradas en los artículos 330 y 341 del Código Penal; e igualmente en los delitos contra el

patrimonio económico cuya cuantía no exceda de 200 salarios mínimos mensuales, con excepción del hurto calificado y la extorsión.

Las condiciones para dar aplicación a la norma son las siguientes:

1. Que el delito respectivo corresponda a uno de los relacionados.

2. Que se haya reparado integralmente el daño ocasionado de conformidad con el dictamen pericial de perjuicios, a menos de que medie acuerdo sobre su valor.

3. Que dentro de los cinco años anteriores no se haya proferido en otro proceso preclusión de la investigación o cesación de procedimiento en favor del procesado por el mismo motivo.

4. Que la reparación tenga lugar antes del fallo de casación.[1]

En el caso examinado esos requisitos se cumplen. No ha tenido lugar el proferimiento de la sentencia de casación, el delito por el cual resultó condenado el procesado fue el de homicidio culposo sin la concurrencia de ninguna de las circunstancias de agravación punitiva consagradas en el artículo 330 del Código Penal y voluntariamente los perjudicados acordaron y recibieron el valor de la indemnización, disponiendo con ello sobre los valores por los cuales resultó condenado civilmente el sindicado en las instancias. Además, de acuerdo con la información suministrada por la Fiscalía General de la Nación, en sus archivos no se encuentra registrado que el procesado Ochoa López haya sido objeto de una medida similar a la que aquí se solicita.

A pesar de que los perjudicados con el delito no podían desistir expresamente de la acción penal –que en este caso no está sujeta a querella— y que la reparación integral no provino directamente del procesado, dichas eventualidades no se encuentran previstas como condición legal para declarar extinguida la acción penal por la vía del artículo 39 del Código de Procedimiento Penal. Basta simplemente la satisfacción económica a la víctima del hecho punible o a los perjudicados con el mismo, para que proceda la preclusión de la investigación o la cesación del procedimiento según sea la etapa procesal en la que se produzca la reparación integral. Esto en consideración a que el contenido de la institución es estrictamente económico y de allí que cuando quien indemnice no sea el procesado sino cualquier otra persona (obligada o no a hacerlo en virtud de la ley o cualquier clase de título), dicha indemnización no imposibilita la aplicación de la norma que se comenta a excepción de la póliza de seguro en tanto la causa del pago deriva de un negocio jurídico de naturaleza diversa, como se explicó en decisión reciente.[2]

Por lo demás, aunque para cualquiera es evidente que la suma que fue condenado a pagar el procesado en el proceso penal era significativamente mayor que la finalmente acordada y pagada como indemnización en el

marco del proceso civil, dicha circunstancia en forma alguna impide el proferimiento de la cesación de procedimiento por reparación integral de los daños causados con el delito. Simplemente se trataba de un derecho económico respecto del cual tienen plena disponibilidad sus beneficiarios, los cuales –de acuerdo con la demanda civil presentada contra Manuelita S.A. y allegada al cuaderno de la Corte—conocían las sumas de la condena adoptadas en el proceso penal y a sabiendas de las mismas decidieron aceptar el arreglo de $14.000.000.oo ante el Juez Civil.

Así las cosas, procede en el caso examinado la cesación de procedimiento solicitada por la defensa.

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

RESUELVE:

1º. DECLARAR EXTINGUIDAS la acción penal y la civil indemnizatoria por reparación integral de los daños causados con el hecho punible. En consecuencia, se ordena la Cesación del Procedimiento adelantado en contra del señor Oscar Ochoa López.

2º. Comunicar esta decisión a la Fiscalía General de la Nación para los efectos legales pertinentes (art. 39, inc. 2º del C. de P.P.). 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.

RECURSOS/ APELACION-Sustentación

Si bien el artículo 195 del C. de P.P. establece que los recursos ordinarios se interpondrán por escrito, salvo disposición en contrario, el aparte final de una norma posterior, el artículo 196-B -que también menciona al peticionario-, regulador de «la sustentación del recurso de apelación interpuesto contra sentencia», establece que «la manifestación de sustentación oral o escrita debe hacerse al momento de interponer el recurso»: y si en el caso presente, como se ha dicho, al interponer el recurso el funcionario apelante manifestó que lo sustentaría por escrito y así lo hizo, lo único que dentro de la legalidad podía el Juez a quo, era concederlo, abriendo así paso a la competencia del superior jerárquico para asumir el conocimiento del fallo.

No se abrogó el ad quem la competencia que estaba llamado a ejercer, sino que la asumió conforme le correspondía y era su deber.

La claridad de los preceptos que regulan la apelación de la sentencia y su sustentación cuando de un solo apelante que expresa su propósito de sustentar por escrito se trata, no admite duda, y la intelección de ellos no requiere especiales esfuerzos dialécticos, pues basta que se precise «en el momento de interponer el recurso» la manera como se realizará la sustentación, y habiendo procedido así el apelante, fuerza es concluir que los términos de la solicitud descubren un simple pretexto del peticionario para prolongar el trámite procesal cuando afirma que el tema requiere desarrollo jurisprudencial a partir del artículo 195 del C. de P.P., cuando el caso concreto se halla regido por esta y otras disposiciones concordantes, como son los artículos 196 B, parte final del primer inciso y 196-A, que con precisión indican el procedimiento aplicable.

Pero además no sobra advertir que ya la jurisprudencia de esta Sala se ha ocupado de interpretar la normatividad reguladora de la apelación de la sentencia, sentando un criterio menos pegado a la exégesis del que algunos profesionales del derecho han querido atribuir a la manifestación de la forma en que se llevará a cabo la sustentación exigida por el último aparte del primer inciso del artículo 196 B del C. de P.P..

Es así como en proveído del 12 de noviembre de 1998, se dijo:

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

Este mismo criterio fue ratificado con fecha 9 de abril del año que transcurre:

«El artículo 198-B del C. de P. P., incluido en el procedimiento penal con la Ley 81 de 1993 aportó la novedad de la sustentación oral cuando se apele la sentencia, manteniendo la tradicional sustentación escrita, y si bien ordena que al momento de interponerse el recurso se diga por el apelante de qué manera va a sustentarlo, establece como única causa que enerva los traslados previstos en el artículo 196-A en la primera instancia, la manifestación de que la sustentación se hará en forma oral, caso en el cual el recurso se concede inmediatamente y no se realizan los referidos traslados. De tal manera, la misma disposición permite interpretar que si no existe advertencia en tal sentido, los traslados deben llevarse a cabo, como en efecto sucedió; y si la sustentación se presenta en oportunidad, debe concederse el recurso».

Y renglones adelante:

«Si el apelante no expresó cómo sustentaría el recurso, no podía el Juzgado declarar la deserción que reclama el defensor, pues esta opera solo para los casos en que la sustentación no se realiza.»

Forzoso colegir entonces por lo atinente a la competencia del juez que profirió la sentencia de segundo grado, la falta de causa de la solicitud en estudio.

Ahora bien; el peticionario, luego de extensas reflexiones tendientes a poner de resalto la incursión del fallador de segundo grado en errores de apreciación de la prueba de indicios que dice, fue la única que sirvió de fundamento a la sentencia y asegurar que la

estructuración de la misma estuvo signada de «falsos juicios de existencia, de legalidad y de identidad» con transgresión del artículo 246 del C. de P.P., buscando tardíamente -pues solo ya finalizando su discurso incluye el comentario- estructurar la causal especial para interponer la casación del tercer inciso del artículo 218 de ese estatuto, dice considerar insuficiente el desarrollo jurisprudencial en relación con este medio de prueba, y por lo tanto merecedor de un nuevo pronunciamiento de carácter jurisprudencial.

Ha sido constante y reiterado el criterio de la Corte sobre lo taxativo de los motivos señalados en la Ley para conceder el recurso de casación excepcional del inciso tercero del artículo 218 del C. de P.P.

Así se pronunció la Corporación, en ocasión anterior:

«El carácter excepcional del recurso de casación contemplado en el tercer inciso del artículo 218 del C. de P.P. cobija de manera excluyente a las especiales causales por las cuales autoriza a la Corte a concederlo, no pudiendo ésta, según el principio de limitación extender su potestad de eventual juez extraordinario a causales distintas de las autorizadas, sea que se presenten por el recurrente en forma expresa o bajo argumentaciones que igual conducen a esa falta de identidad», (auto 12 de noviembre de 1998, Rad. 14.981, M.P.Dr. Páez Velandia).

Proceso No. 15569

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal

Magistrado Ponente Dr. *Dídimo Páez Velandia*

Aprobado Acta No.076

Santa Fe de Bogotá, D. C., veinticinco (25) de mayo de mil novecientos noventa y nueve (1999).

Se pronuncia la Corte sobre la procedencia del recurso de casación que interpone con fundamento en el tercer inciso del artículo 218 del C. de P.P. la defensa del procesado Gesteó Ever Peláez Lozano, contra la sentencia dictada el 18 de diciembre de 1998 por el Juzgado Primero Penal del Circuito de Ibagué, en la que, por revocación de la de primera instancia se le condena por tentativa de extorsión.

ANTECEDENTES

1. El 7 de noviembre de 1997 fue entregado al ciudadano Marco Arnoldo Rodríguez en su casa de habitación situada en la carrera 11 No. 14-05 de la ciudad de Ibagué un escrito en que se le exigía el pago de tres millones de pesos con la amenaza, si no accedía, de dar muerte a su hijo Sergio

Giovanny, quien con su esposa se hallaba secuestrado presuntamente por un grupo subversivo. El destinatario del escrito puso el caso en conocimiento del D. A. S., institución que organizó un operativo de seguimiento, logrando dar captura al sujeto Pedro César Sánchez Burbano cuando recibía el dinero demandado, quien manifestó que el artífice de la delincuencia era un compinche suyo de nombre Ever o José Heverth Peláez Lozano, al que posteriormente también se le dio captura.

2. El primer capturado se acogió a la figura de la sentencia anticipada, y en cuanto al segundo, por providencia del 7 de abril de 1998 la Fiscalía de segunda instancia confirmó la resolución de acusación que le fuera proferida como coautor del delito de tentativa de extorsión.

3. Culminado el debate de la causa, el Juzgado Cuarto Penal Municipal de Ibagué profirió sentencia absolutoria en favor de Peláez Lozano (fls. 343 y ss cd. ppl.), pero inconforme la Fiscalía, su representante el 31 de julio de 1998 al notificarse, interpuso el recurso de apelación anotando debajo de su firma la siguiente leyenda: «Apelo el fallo notificado y dentro del término legal sustentaré el recurso por escrito» (fl. 362 cd. ppl.).

4. Presentada oportunamente la sustentación (fls.366 á 370) y surtido el trámite de rigor, mediante auto del 31 de agosto (370 v.), el Juzgado concedió el recurso, del que conoció el Juzgado Primero Penal del Circuito, que en discrepancia con el a quo, revocó el fallo y condenó al procesado (fls. 376 y ss.).

5. Esta vez la inconformidad devino de la defensa, que manifestó dentro del término legal, que impugna extraordinariamente la sentencia de segundo grado, con fundamento legal en el tercer inciso del artículo 218 del C. de P.P..

6. En el escrito de solicitud de concesión del recurso condensa sus razones así: a).- La sentencia de segunda instancia fue proferida «en un proceso afectado de una muy grave irregularidad sustancial», porque la advertencia del fiscal apelante, de que sustentaría por escrito, fue consignada en la misma anotación de apelación, cuando esa advertencia debía haberla formulado en un memorial separado, de acuerdo a lo establecido en los artículos 196B y 214 del C. de P.P.; por tanto, el Juzgado Primero Penal del Circuito de Ibagué debió abstenerse de conocer en apelación de la sentencia de primer grado; b).- Se incurrió por el fallador en la, precisa, «irregular elaboración de la prueba de indicios», que es la única deducida contra el procesado y fundamento del fallo, debido a que «no se dijo ... cuál era la prueba» del hecho indicador; tampoco se dijo «cuál era en concreto el hecho desconocido que se pretendía probar»; tampoco se dijo «nada ... respecto de la operación lógica indu-deductiva ... que debió haber sido expuesta»; igualmente, «nada se dijo sobre la regla de experiencia elegida corroborar (sic) el hecho indicador, el hecho indicado y la operación indu-deductiva ...», omisiones éstas de las cuales colige que «muy

seguramente» existan «falsos juicios de existencia, de legalidad y de identidad respecto de la prueba de indicios deducida y elaborada...», con lo que considera, se infringió el artículo 246 del C. de P.P.; y, finalmente, c).- Se hace necesario el desarrollo jurisprudencial del artículo 195 del C. de P.P. que dispone que los recursos ordinarios deben ser interpuestos por escrito, lo que en criterio del peticionario, implica que, cuando se trata de sentencia, el apelante, haya sido o no notificado personalmente, debe presentar un memorial en que indique «no solamente la interposición de cualquiera de estos medios de impugnación ... además ... si sustenta el recurso de apelación por escrito o de manera oral». Además, aunque reconoce que el desarrollo jurisprudencial respecto de la prueba de indicio ha sido notable, considera que «falta aún por precisar cómo debe ser este medio de prueba cuando aparece en el proceso ... con el carácter de prueba única.».

Consideraciones de la Corte

Falta de seriedad, por lo menos, es lo que vierte la solicitud de concesión del recurso extraordinario excepcional de casación que se estudia.

Si, como así lo revela la actuación cumplida por el Juzgado de primera instancia en relación con la notificación de la sentencia y su apelación por el Fiscal, este funcionario suscribió el acto de notificación y de su puño y letra enseguida anotó que apelaba y que sustentaría el recurso por escrito dentro del término legal, como efectivamente lo hizo y en base a lo cual se concedió el recurso, bajo ningún punto de vista en el ámbito jurídico, se entiende que el profesional del derecho que se desempeña como defensor del procesado pretenda generar una polémica tendiente a desgastar inútilmente la administración de justicia al mantenerla en actividad frente a una situación de fácil comprensión palmariamente resuelta de manera correcta y a crear falsas expectativas en su patrocinado.

Si bien el artículo 195 del C. de P.P. establece que los recursos ordinarios se interpondrán por escrito, salvo disposición en contrario, el aparte final de una norma posterior, el artículo 196-B -que también menciona el peticionario-, regulador de «la sustentación del recurso de apelación interpuesto contra sentencia», establece que «la manifestación de sustentación oral o escrita debe hacerse al momento de interponer el recurso»; y si en el caso presente, como se ha dicho, al interponer el recurso el funcionario apelante manifestó que lo sustentaría por escrito y así lo hizo, lo único que dentro de la legalidad podía el Juez a quo, era concederlo, abriendo así paso a la competencia del superior jerárquico para asumir el conocimiento del fallo.

No se abrogó el ad quem *la competencia que estaba llamado a ejercer, sino que la asumió conforme le correspondía y era su deber.*

La claridad de los preceptos que regulan la apelación de la sentencia y su sustentación cuando de un solo apelante que expresa su propósito de sustentar por escrito se trata, no admite duda, y la intelección de ellos no requiere especiales esfuerzos dialécticos, pues basta que se precise «en el momento de interponer el recurso» la manera como se realizará la sustentación, y habiendo procedido así el apelante, fuerza es concluir que los términos de la solicitud descubren un simple pretexto del peticionario para prolongar el trámite procesal cuando afirma que el tema requiere desarrollo jurisprudencial a partir del artículo 195 del C. de P.P., cuando el caso concreto se halla regido por esta y otras disposiciones concordantes, como son los artículos 196 B, parte final del primer inciso y 196-A, que con precisión indican el procedimiento aplicable.

Pero además no sobra advertir que ya la jurisprudencia de esta Sala se ha ocupado de interpretar la normatividad reguladora de la apelación de la sentencia, sentando un criterio menos pegado a la exégesis del que algunos profesionales del derecho han querido atribuir a la manifestación de la forma en que se llevará a cabo la sustentación exigida por el último aparte del primer inciso del artículo 196 B del C. de P.P..

Es así como en proveído del 12 de noviembre de 1998, se dijo:

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

Este mismo criterio fue ratificado con fecha 9 de abril del año que transcurre:

«El artículo 196-B del C. de P. P., incluido en el procedimiento penal con la Ley 81 de 1993 aportó la novedad de la sustentación oral cuando se apela la sentencia, manteniendo la tradicional sustentación escrita, y si bien ordena que al momento de interponerse el recurso se diga por el apelante de qué manera va a sustentarlo, establece *como única causa que enerva los traslados previstos en el artículo 196-A en la primera instancia, la manifestación de que la sustentación se hará en forma oral*, caso en el cual el recurso se concede inmediatamente y no se realizan los referidos traslados. De tal manera, la misma disposición permite interpretar que si no existe advertencia en tal sentido, los traslados deben llevarse a cabo,

como en efecto sucedió; y si la sustentación se presenta en oportunidad, debe concederse el recurso».

Y renglones adelante:

«Si el apelante no expresó cómo sustentaría el recurso, no podía el Juzgado declarar la deserción que reclama el defensor, pues esta opera solo para los casos en que la sustentación no se realiza.»

Forzoso colegir entonces por lo atinente a la competencia del juez que profirió la sentencia de segundo grado, la falta de causa de la solicitud en estudio.

Ahora bien; el peticionario, luego de extensas reflexiones tendientes a poner de resalto la incursión del fallador de segundo grado en errores de apreciación de la prueba de indicios que dice, fue la única que sirvió de fundamento a la sentencia y asegurar que la estructuración de la misma estuvo signada de «falsos juicios de existencia, de legalidad y de identidad» con transgresión del artículo 246 del C. de P.P., buscando tardíamente -pues solo ya finalizando su discurso incluye el comentario- estructurar la causal especial para interponer la casación del tercer inciso del artículo 218 de ese estatuto, dice considerar insuficiente el desarrollo jurisprudencial en relación con este medio de prueba, y por lo tanto merecedor de un nuevo pronunciamiento de carácter jurisprudencial.

Ha sido constante y reiterado el criterio de la Corte sobre lo taxativo de los motivos señalados en la Ley para conceder el recurso de casación excepcional del inciso tercero del artículo 218 del C. de P.P.,

Así se pronunció la Corporación, en ocasión anterior:

«El carácter excepcional del recurso de casación contemplado en el tercer inciso del artículo 218 del C. de P.P. cobija de manera excluyente a las especiales causales por las cuales autoriza a la Corte a concederlo, no pudiendo ésta, según el principio de limitación extender su potestad de eventual juez extraordinario a causales distintas de las autorizadas, sea que se presenten por el recurrente en forma expresa o bajo argumentaciones que igual conducen a esa falta de identidad». (auto 12 de noviembre de 1998, Rad. 14.981, M.P.Dr. Páez Velandia).

Carentes de fundamento los motivos básicos de la petición, no se accederá a la solicitud.

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

RESUELVE:

NO CONCEDER el recurso de casación solicitado contra la sentencia dictada el 18 de diciembre de 1998 por el Juzgado Primero Penal del Circuito de Ibagué, mediante la cual se condenó a José Ever Peláez Lozano

por el delito de tentativa de extorsión. 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 E. Córdoba Poveda, Carlos Augusto Gálvez Argote, Edgar Lombana Trujillo, Carlos Eduardo Mejía Escobar, Dídimo Páez Velandia, Nilson E. Pinilla Pinilla.

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

CASACION DISCRECIONAL

Como de tiempo atrás lo ha precisado la jurisprudencia de la Sala y deviene del natural entendimiento de la norma citada, es preciso que el recurrente exprese dentro del término de ejecutoria de la sentencia (artículo 223 del Código de Procedimiento Penal) los motivos que imponen la concesión del recurso, advirtiendo y demostrando, que se hace necesario el desarrollo de algún tema jurisprudencial o, por el contrario, si lo que se pretende es la garantía de los derechos fundamentales, deberá identificar con claridad y precisión cuál o cuáles fueron los derechos fundamentales violados y cuál la forma de la violación que hace necesaria la revisión extraordinaria de un fallo al que por naturaleza no le correspondería tal forma de control.

Proceso No. 15540

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal

Magistrado Ponente Dr. *Carlos E. Mejía Escobar*

Aprobado Acta No. 76

Santa Fe de Bogotá, D. C., veinticinco (25) de mayo de mil novecientos noventa y nueve (1999).

VISTOS

Resuelve la Sala lo que en derecho corresponda respecto del recurso extraordinario de Casación interpuesto por el defensor del procesado Octavio Isaza, de conformidad con lo establecido en el inciso 3° del artículo 218 del Código de Procedimiento Penal, contra el fallo del 14 de enero de 1999 del Juzgado Segundo Penal del Circuito de Ibagué (Tolima) por medio del cual confirmó el de primera instancia proferido por el Juzgado Primero Penal Municipal, de la misma ciudad, que condenó al sindicado a las penas de 13 meses de prisión y $8.000 de multa, como autor responsable del delito de lesiones personales culposas causadas a la señora Marisol López Guerra.

HECHOS Y ANTECEDENTES

1. En la ciudad de Ibagué (Tolima), el 27 de agosto de 1994 acudió al consultorio kinesiológico del señor Octavio Isaza la señora Marisol López Guerra con el objeto de obtener alivio para una supuesta lesión del coxis, que le fue tratada mediante maniobras digitales intrarectales que le ocasionaron lesiones personales que ameritaron 50 días de incapacidad definitiva y perturbación funcional permanente del órgano de la excreción fecal.

2. Denunciados los hechos como tentativa de homicidio por parte de la madre de la afectada, la Fiscalía 21 Permanente del Tolima ordenó la apertura de investigación previa, luego de lo cual, al estimar que el hecho que se constituía era el de lesiones personales, puso las diligencias a disposición del Juzgado Penal Municipal.

3. Repartido el asunto al Juzgado 4° Penal Municipal se abrió la investigación, se vinculó al señor Octavio Isaza mediante indagatoria, se definió su situación jurídica imponiéndole medida de aseguramiento de detención preventiva.

Adelantada la investigación por la Fiscalía 17 de la Unidad Local a la que le fueron asignadas las diligencias, se clausuró la investigación y se dictó resolución de acusación en contra del procesado como presunto responsable del delito de Lesiones Personales Culposas de que fue víctima la señora Marisol López Guerra.

Celebrada la correspondiente audiencia pública, el Juzgado Primero Penal Municipal de Ibagué (Tolima) profirió el 21 de septiembre de 1998 la sentencia por medio de la cual condenó al procesado Octavio Isaza a la pena de 13 meses de prisión y multa de $8.000 como responsable del delito de lesiones personales culposas, así como al pago de indemnizaciones por suma superior a $50.000.000.oo.

Recurrida la sentencia por el defensor del procesado, el Juzgado 2° Penal del Circuito de Ibagué (Tolima) lo confirmó integralmente mediante la suya del 14 de enero de 1999.

DEL RECURSO DE CASACIÓN

Mediante escrito entregado en la Secretaría del Juzgado 2° Penal del Circuito, el defensor del procesado señaló que "interpongo recurso extraordinario de casación", solicitó copias y remató el escrito impetrando a la Juez la concesión del recurso.

Vencido el término legal para la interposición del recurso, el proceso ingreso al Despacho de la Juez 2° Penal del Circuito, quien ordenó la remisión de las diligencias a esta Corporación.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

1. El recurso extraordinario de casación que procede para atacar la sentencia de segundo grado que dictó el Juzgado 2° Penal del Circuito de Ibagué (Tolima), es aquel consagrado en el inciso tercero del artículo 218 del Código de Procedimiento Penal.

2. En tal orden de ideas, como de tiempo atrás lo ha precisado la jurisprudencia de la Sala y deviene del natural entendimiento de la norma citada, es preciso que el recurrente exprese dentro del término de ejecutoria de la sentencia (artículo 223 del Código de Procedimiento Penal) los motivos que imponen la concesión del recurso, advirtiendo y demostrando, que se hace necesario el desarrollo de algún tema jurisprudencial o, por el contrario, si lo que se pretende es la garantía de los derechos fundamentales, deberá identificar con claridad y precisión cuál o cuáles fueron los derechos fundamentales violados y cuál la forma de la violación que hace necesaria la revisión extraordinaria de un fallo al que por naturaleza no le correspondería tal forma de control.

3. En el recurso extraordinario que interpuso el defensor del procesado Octavio Isaza, el impugnante simplemente manifestó su desacuerdo con la sentencia de segundo grado, pero limitó su actuación a ese punto, sin expresar nunca las razones de la interposición del recurso, por lo que a la Corte le resulta imposible averiguar el tema sobre el cual debe hacer el juicio de necesidad que concluya en la concesión discrecional del recurso para desarrollar algún tópico jurisprudencial o para restablecer las garantías de los derechos fundamentales.

No obrando el recurrente conforme a la legalidad del recurso que pretende, la Corte deberá negar el acceso excepcional del recurso a esta sede de Casación.

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

RESUELVE:

1°. NO CONCEDER el recurso extraordinario de Casación que por la vía excepcional interpuso el defensor del procesado Octavio Isaza.

Devolver el expediente a la oficina de origen.

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, Dídimo Páez Velandia, Nilson E. Pinilla Pinilla.

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

TESTIGO/ INFORME/ SANA CRITICA/ NARCOTRAFICO-
Incautar

Las reglas de la experiencia, la lógica y la ciencia, enseñan de acuerdo con el primero:

«...que la coincidencia de las declaraciones de un mismo testigo son una excelente prueba de veracidad».

«...que el valor moral del testigo es el primero y principal elemento para evaluar la sinceridad de su dicho».

Que «...condición fundamental de un buen testigo es que no esté interesado material o moralmente en el proceso».

Debe advertirse, en primer lugar, que no puede identificarse un «informe de inteligencia» con una versión, como lo hacen el demandante y el Procurador Delegado, para proceder acto seguido a examinar en igualdad de condiciones el contenido de él con el de un testimonio rendido ante el funcionario instructor con el lleno de las formalidades legales. El informe es sólo eso. Se trata de una relación de hechos escuchados por un funcionario en una entrevista extraproceso y luego escritos en un documento, previo un proceso natural de subjetivización de la información recibida que por sí mismo hace que no exista plena correspondencia o identidad entre lo dicho por el informante con lo finalmente redactado por el receptor de los datos aportados por el supuesto colaborador. El margen de errores o inexactitudes en dichas condiciones es significativo, pues en ese tipo de actuaciones no se preserva la fidedignidad ni la espontaneidad de la fuente de prueba, sino que el relato irremediablemente queda expuesto al tamiz de los prejuicios y errores de quien realiza el informe.

Lo precedente no sucede frente a relatos formalmente hechos ante la autoridad, como es el caso de la versión, la indagatoria o el testimonio. Los requisitos legales a que están sometidos esos actos procesales, mediante los cuales se recopila información pertinente para la investigación, tienen como una de sus finalidades el cumplimien-

to riguroso del denominado principio de la naturalidad de la prueba, entendido en su acepción de consignar fielmente las respuestas de la persona que declara, como lo imponen la lógica y el último inciso del artículo 292 del Código de Procedimiento Penal.

La sana crítica es el límite de la soberanía con la cual cuenta el juzgador en su tarea de apreciación probatoria en el sistema procesal colombiano y tal es la razón para que resulte marginal al recurso de casación la valoración que realice con sujeción a las reglas que la gobiernan, que no son otras que el examen reflexivo, razonable y lógico de los medios demostrativos, en la vía de los principios de la ciencia y sin desatender las máximas de la experiencia, es decir las formas como usual y reiteradamente tienen ocurrencia las cosas por efecto de las costumbres sociales.

Plantear un desbordamiento de la sana crítica en casación, entonces, hace imprescindible precisar la regla transgredida, demostrar que se trata de una regla y determinarla en cuanto a si es de ciencia, lógica o experiencia, señalando obviamente cómo de no haberse incurrido en la irregularidad otro habría sido el sentido del fallo, lo cual implica el ejercicio de confrontar los términos de la sentencia.

No puede aceptarse como regla que cuando un testigo atribuye un mismo hecho en oportunidades distintas a autores diferentes, no merece ningún tipo de credibilidad. Ese pensamiento mecánico es no solamente ilógico sino que resultaría funesto para la investigación criminal. Sólo piénsese en que bastaría lograr a través de la amenaza o del dinero un cambio de relato como el señalado, para que no se le atribuya al testigo ningún tipo de credibilidad. No es una regla, entonces, que ante un cambio fundamental en las versiones de un mismo declarante, éste deba ser desechado completamente. La regla ante una circunstancia así es que el testigo resulta sospechoso y que es indispensable por lo tanto escudriñar y analizar con suma rigurosidad las causas de la inconcordancia, en aras de determinar en dónde mintió y en dónde no lo hizo. Nunca el simple hecho de la variación, entonces, es una razón para el descrédito total y definitivo de las distintas afirmaciones del testigo.

Debe señalar la Sala, como ya fue expresado, que si el testigo varía el contenido de una declaración en una intervención posterior, o se retracta de lo dicho, ello en manera alguna traduce que la totalidad de sus afirmaciones deban ser descartadas. No se trata de una regla de la lógica, la ciencia o la experiencia, en consecuencia, que cuando un declarante se retracta, todo lo dicho en sus distintas intervenciones pierda eficacia demostrativa. La retractación –como se dijo– no destruye las afirmaciones precedentes. Por ende, ante un

relato inicial y uno siguiente que lo niega, el papel del juzgador es intentar establecer cuándo el testigo dijo la verdad y en la labor es lógico el examen de los motivos que en cada caso condujeron a sostener ciertas circunstancias, sin perder de vista en ningún momento el conjunto probatorio, lo cual es fundamental para establecer qué manifestaciones del testigo son verosímiles.

La lógica final del recurrente es que si no existió incautación de cocaína de acuerdo con la prueba documental omitida, no era viable deducirle a su representado la agravante del numeral 3º del artículo 38 de la ley 30 de 1986, la cual establece como condición para poder duplicar las penas que «la cantidad incautada» de cocaína sea superior a 5 kilos. Ya la Sala en otra oportunidad se refirió a una interpretación similar y le dio los alcances pertinentes a la noción de cantidad incautada. En esta ocasión se reafirma la posición jurisprudencial, encontrándola como suficiente para responder a la inquietud del impugnante. Dijo la Corte:

«.....la ley no puede interpretarse aislando las expresiones de su contexto, esto es, que para el caso concreto, toda la labor crítica interpretativa recaiga sobre la definición del verbo 'incautar', como si se tratara de una expresión suelta dentro del texto y sistemática legal, ya que lo que interesa en la función hermenéutica es buscar el sentido de la norma y no la de las expresiones independientemente consideradas. Así, lo primero que corresponde determinar es la razón de ser del numeral 3º del artículo 38 de la ley 30 de 1986, esto es, que se trata de una circunstancia agravante de la pena del tipo básico descrito en el artículo 33 y que como tal dispone el aumento de la pena por la cantidad de droga o sustancia constitutiva del objeto material del delito.

«Esto significa que el verbo incautar objeto de la censura, si se tomare aisladamente, no sería aplicable a todos aquellos eventos en que se probare la existencia del corpus delicti, no obstante que haya desaparecido su materia posteriormente, o a aquellas hipótesis típicas de que trata el referido artículo 33 como la de 'financiación', o inclusive en punto de los sujetos determinadores, o en el caso de la venta en el cual la sustancia, una vez hecha la negociación, se encuentra en poder del adquirente, quien pudo haberla consumido, etc.

«Trátase en consecuencia, de que en la sistemática de la ley, el 'incautar' no es nada menos que una típica imprecisión legislativa, que no obvia el encuentro de su real sentido, el cual no es otro que el de especificar un incremento de la pena cuando la droga objeto del delito exceda las cantidades previstas en el artículo 38-3 del estatuto nacional de estupefacientes». (Sentencia de diciembre 10 de 1997, M.P. Dr. Dídimo Páez Velandia).

Proceso No. 12885

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal

Magistrado Ponente Dr. *Carlos Eduardo Mejía Escobar*

Aprobado Acta No. 76

Santa Fe de Bogotá, D. C., mayo veinticinco (25) de mil novecientos noventa y nueve (1999).

VISTOS

Resuelve la Sala el recurso de casación interpuesto por el defensor del procesado Leonidas Vargas Vargas, contra la sentencia del Tribunal Nacional del 7 de octubre de 1996, mediante la cual condenó al mencionado a las penas de 19 años de prisión, multa de tres mil setecientos diesiete millones ciento cuarenta mil trescientos veintidós pesos ($3.717.140.422.00) e interdicción de derechos y funciones públicas por el término de 10 años, al encontrarlo autor responsable de infringir el inciso 1º del artículo 33 de la ley 30 de 1988 (conducta agravada por razón del artículo 38-3 de la misma ley), el artículo 1º del decreto 1895 de 1989 (adoptado como legislación permanente por el 10º del decreto 2266 de 1991) y el artículo 2º del decreto 3664 de 1986. Adicionalmente, entre otras determinaciones adoptadas en el fallo, se dispuso la nulidad de los contratos de constitución de las sociedades Inversiones y Representaciones Varjo & Cía. Ltda. e Inversiones Ganaderas La Granja Ltda. y como consecuencia la disolución y liquidación de las mismas a cargo de la Dirección Nacional de Estupefacientes.

HECHOS Y ACTUACIÓN PROCESAL

El 19 de septiembre de 1990 el Juzgado 21 de Instrucción Criminal Especializado de Neiva se abstuvo de iniciar investigación penal en contra de Leonidas Vargas Vargas por estimar que unos hechos punibles de narcotráfico y testaferrato no habían existido. En el marco de la decisión, sin embargo, dispuso que se investigara el posible enriquecimiento ilícito en el que hubiera podido incurrir el mencionado y remitió el asunto a los llamados en ese entonces Juzgados de Orden Público.

El 28 de diciembre de 1992 la Fiscalía Regional de Santa Fe de Bogotá decidió dar comienzo al proceso penal, resolución en la cual, a la vez, se ordenó la captura del imputado para escucharlo en indagatoria. La misma se logró el 6 de enero de 1993.

Algunos medios de prueba acopiados por la Fiscalía permitieron establecer que Leonidas Vargas Vargas desde años atrás se encontraba dedicado al narcotráfico e igualmente que en una oportunidad, hacia mayo de 1989, había suministrado algunas armas y municiones que finalmente

fueron llevadas hasta la finca El Vergel en el municipio de Pacho (Cundinamarca).

Así las cosas, aparte del delito de enriquecimiento ilícito, el objeto del proceso se extendió a las conductas de tráfico de drogas y suministro de armas. El capturado fue vinculado al proceso mediante indagatoria, detenido preventivamente y finalmente acusado por los cargos relacionados al comienzo de esta decisión. La resolución acusatoria la expidió la Fiscalía el 13 de mayo de 1994 y adquirió ejecutoria el 27 de mayo siguiente (fl. 147 vto. del c.o. #7).

Se tramitó el juicio y el 11 de septiembre de 1995 un Juez Regional de Medellín determinó condenar al procesado Leonidas Vargas Vargas por los cargos de la acusación a 26 años de prisión y multa de 85.332.312.183.oo. Adoptó igualmente otras determinaciones, como declarar no probados los incidentes de descongelación de las cuentas corrientes 140-02140 3 y 140-02200-5 del Banco Mercantil; no condenar al procesado al pago de daños y perjuicios causados con las infracciones; decretar la nulidad de los actos constitutivos de las sociedades Inversiones y Representaciones Varjo Ltda. e Inversiones Ganaderas La Granja Ltda., lo mismo que su disolución y liquidación; declarar extinguido el dominio de todos los bienes adquiridos mediante enriquecimiento ilícito por Leonidas Vargas Vargas y ordenar su decomiso y puesta a disposición de la Dirección Nacional de Estupefacientes, e igualmente lo hizo respecto del patrimonio de las sociedades mencionadas. Se dispuso, a la vez, una vez ejecutoriada la sentencia, el descongelamiento de las cuentas corrientes 140-02008-2, 140-01794-8 y 140-02010-8 del Banco Mercantil. (fl. 165 c.o. #8).

El Tribunal Nacional, mediante la sentencia recurrida en casación por el defensor y por la cual resolvió el recurso de apelación interpuesto por el mismo en contra del fallo de primera instancia, modificó las penas principales impuestas por el Juzgado Regional. Determinó condenar al acusado a 19 años de prisión y a la multa precisada atrás. Modificó igualmente el numeral 9º de la parte resolutiva de la providencia impugnada "...en el sentido de que el decomiso allí ordenado recae única y exclusivamente sobre los bienes y activos cuya titularidad radique en cabeza del procesado Leonidas Vargas Vargas y de las sociedades Inversiones Y Representaciones Varjo & Cía. Ltda. e Inversiones Ganaderas La Granja Ltda., que hubieren sido adquiridos con posterioridad al mes de diciembre de 1985". Dicho decomiso, a la vez, lo dispuso a favor de la Dirección Nacional de Estupefacientes y no de la Fiscalía General de la Nación como lo había ordenado el Juzgado Regional. Los numerales 10, 11 y 12 de la parte resolutiva de la decisión recurrida (extinción del dominio de los bienes producto del enriquecimiento ilícito, decomiso y puesta a disposición de la Dirección de estupefacientes) los revocó en su integridad. En su lugar determinó el Tribunal Nacional "reiterar el cumplimiento de lo dispuesto

en esta sentencia con relación a los bienes decomisados". En lo restante confirmó la sentencia apelada, sólo aclarando que la liquidación de las sociedades cuyos actos de constitución fueron anulados debe ser promovida por la Dirección Nacional de Estupefacientes y no por el Consejo Nacional de Estupefacientes como lo había manifestado el funcionario de primera instancia.

La Demanda

Primer cargo

Lo sustenta el casacionista en la causal 1ª de casación, cuerpo segundo. «La sentencia de segunda instancia proferida por el H. Tribunal Nacional en contra de Leonidas Vargas Vargas –expresó el defensor— es violatoria por vía indirecta del artículo 33 inciso 1º de la ley 30 de 1986, del artículo 38 numeral 3º de la misma ley, del artículo 2º del decreto 3664 de 1986, adoptado como legislación permanente por el artículo 1º del decreto 2266 de 1991, del artículo 26 del Código Penal, y del artículo 247 del Código de Procedimiento Penal por aplicación indebida de la aludida normatividad, originada en errores de hecho respecto de diversos medios probatorios. Por la misma vía indirecta y a partir de los errores que en el desarrollo de este cargo se denunciarán se violó por falta de aplicación el artículo 445 del C. de P.P.».

Hecha la enunciación del ataque procede el demandante a transcribir los apartes de las sentencias de primera y segunda instancia, en los cuales se mencionan los medios de prueba que sirvieron como fundamento para la imputación de los hechos punibles de tráfico de estupefacientes agravado y de tráfico de armas de uso privativo de las fuerzas militares. El juzgado Regional, en relación con el primero de los delitos, relacionó como pruebas de cargo las diferentes intervenciones de Lengen Zambrano Rojas como testigo, quien inicialmente declaró bajo reserva de identidad; los testimonios de Linec Tavera Díaz, de los Coroneles Gilberto Rocha Ayala y Alfonso Caldas Trujillo (prueba trasladada esta última) y adicionalmente de tres declarantes con reserva de identidad. También la copia del acta de incautación de cocaína obrante a folio 220 del c.o. #2 e informaciones de inteligencia del Ejército Nacional, confirmatorias de lo dicho por Zambrano Rojas. Este testigo a la vez le sirvió a la primera instancia para basar la conducta de suministro de armas de uso de privativo de las Fuerzas Armadas por la cual se condenó al procesado.

El Tribunal Nacional, en relación con la imputación del delito de narcotráfico, señaló que básicamente la misma se fundó en los testimonios de Lengen Zambrano y Héctor Francisco Meneses Artunduaga. Este declaró en dos oportunidades. En la primera lo hizo bajo reserva de identidad e informó «con lujo de detalles la multiplicidad de acciones delictivas realizadas por Leonidas Vargas, precisando circunstancias de tiempo, modo

y lugar que por su consistencia permiten otorgarle credibilidad». No creyó el Tribunal al segundo relato del testigo, hecho ya sin reserva de identidad y en el cual se retractó de lo sostenido inicialmente «...aduciendo razones que por su ligereza e incoherencia deben ser desechadas». El tráfico de armas lo sustentó la segunda instancia, al igual que el Juzgado Regional, en la declaración de Lengen Zambrano.

Hecha la precedente introducción pasa el demandante a precisar los errores de hecho en los que a su parecer incurrió el sentenciador. Relaciona los siguientes:

1. En la valoración del testimonio de Lengen Zambrano Rojas se incurrió del falso juicio de identidad, al hacerle producir al medio de convicción efectos probatorios que no se derivan de su contexto.

Expresa el demandante, para demostrar el yerro, que Zambrano Rojas declaró con reserva de identidad el 7 de enero de 1993 (fl. 51 c.o. 1) y volvió a hacerlo en la misma condición, presentándose voluntariamente a la Fiscalía para el efecto, el 13 de enero siguiente (fl. 91 c.o. 1). Ante la Dirección de Inteligencia del Das, de otra parte, rindió una versión el 5 de mayo de 1992. En la intervención ante la Fiscalía mencionó un envío de 750 kilogramos de cocaína a los Estados Unidos en un aerocomander, mercancía que se marcó con los nombres de «reina bis y centavo uno», atribuyéndole el hecho a Leonidas Vargas. Ante el Das (fl. 373 y ss. del c.o. #7) manifestó que hacia 1982, cuando entró a trabajar como conductor de la organización de Gonzalo Rodríguez Gacha, fue trasladado a la finca México, ubicada en San Vicente del Caguán (Caquetá), desde donde se efectuaron varios envíos de cocaína en aviones pequeños hacia otros países. La droga iba en paquetes, con marquillas que decían «reina bis» y «centavo uno», y era propiedad de alias El Mejicano y de Jaime y Fernando Galeano.

El testigo, de otra parte, hizo referencia a la Finca Caballo Blanco ante los dos organismos. Según la sentencia y de acuerdo con lo sostenido ante la Fiscalía por el declarante, relató el hallazgo de una caleta con droga de propiedad del procesado Leonidas Vargas en la finca anotada. En la versión que rindió ante el Das informó que en dicha finca, ubicada en Montería, los narcotraficantes tenían otras pistas desde donde despachaban cocaína al exterior, cuyos propietarios eran «el Mexicano, Kiko Moncada, César Cure, Fernando Galeano y Jaime Galeano».

Sobre asesinatos y hechos de violencia el testigo habló ante la Fiscalía de la participación del procesado en varios homicidios. En la información que le suministró al Das afirmó que Gonzalo Rodríguez, Moncada y los Galeano, decidieron armar personas para proteger sus propiedades y ahorrarse los elevados costos que significaba la guerrilla. Por razón de esa nueva estrategia militar los antes citados ordenaron varias muertes, en-

tre ellas las de Jaime Pardo Leal, otros miembros de la U.P., Pizarro León Gómez y la del Comandante Antinarcóticos Ramírez.

Acerca del tráfico de armas, sigue la defensa, en la versión ante la Fiscalía recogida en el fallo el testigo afirmó que por orden de Leonidas Vargas transportó varios fusiles, una pistola y municiones hasta la finca El Vergel de Pacho (Cundinamarca). Ante el Das relató que a quien ayudó en el traslado de las armas fue a Jaime y Fernando Galeano y que se las recibió en Pacho Jorge Enrique Velásquez (a. El Navegante), para distribuirlas entre los grupos paramilitares de Yacopí, La Dorada y Los Llanos.

El contenido del acta que recogió la información dada por Zambrano Rojas al Das, fue certificado por el Director de Inteligencia del Organismo el 13 de diciembre de 1994 (fl. 372 c.o. #7). Este mismo funcionario, agrega el censor, declaró sobre las condiciones personales y de credibilidad del testigo en los siguientes términos:

«Desde un punto de vista humano me pareció que se trataba de una persona de un bajo nivel y sin condiciones morales, no encontrando en él motivación distinta a la del afán de lucro. Lengen Zambrano Rojas, quien se hacía llamar bigotes en mi concepto es persona de una baja condición moral, en su momento se verificaron sus antecedentes y fue condenado. Este tipo de personas no muestra ninguna señal de respeto por ninguna situación y como lo mencioné antes mostraba inclinación excesiva por el dinero fácil...» (fl. 316 c.o. #7).

Otro testigo que a juicio del casacionista ilustra sobre la credibilidad de Zambrano Rojas es Héctor Fabio Meneses Artunduaga. Este refirió que «El navegante» le habló de él ya que nunca lo conoció y le mostró, además, la declaración que había rendido. Le pidió que la comparara con la suya, diciéndole que no fuera a cometer las mismas equivocaciones que Zambrano y que lo habían llevado a decirle que tenía que declarar de nuevo para corregir los errores «...y que tenía que hacerlo con la identidad propia». (fl. 23 c.o. #7).

Adicionalmente, sigue el recurrente, el interés que tenía el testigo Zambrano Rojas en el resultado del proceso lo dejó claro en el siguiente aparte de su declaración:

«Lo que quiero agregar es que si esta declaración no es suficiente para colocar preso a este señor ya que es anónimo estoy dispuesto a decir todo sin ocultar mi identidad y frente a frente con el señor Leonidas Vargas...» (fl. 58 c.o. #1).

En este punto del demandante extrae como conclusiones:

a. Que en el plenario existen dos versiones del testigo en las cuales atribuye los mismo hechos a distintos autores.

b. Que su personalidad y moralidad no constituyen garantía de credibilidad.

c. Que su sinceridad aparece diezmada por su propio dicho y por el de otros deponentes.

d. Que es visible su interés en el resultado del proceso.

Acto seguido la defensa se refiere a los criterios de valoración de la prueba testimonial contemplados en el artículo 294 del Código de Procedimiento penal. Sustentado en doctrina dice las reglas de la experiencia enseñan que la coincidencia de las declaraciones de un mismo testigo es una excelente prueba de veracidad, que el valor moral del testigo es el principal elemento para evaluar la sinceridad de su dicho y que la condición fundamental de un buen testigo es que no esté interesado en el proceso. Esas reglas de la sana crítica a su juicio fueron transgredidas porque se le concedió credibilidad a un testigo de frágil condición moral y con claro interés en el proceso, que en dos oportunidades denunció ante las autoridades hechos similares atribuyéndoselos a personas diferentes.

Si se hubieran aplicado tales reglas de la sana crítica, concluye el casacionista, entonces se hubiera desestimado el testimonio de Zambrano Rojas. Ahora bien, en cuanto a la trascendencia del error de hecho por falso juicio de identidad planteado, transcribe el defensor varios apartes del fallo recurrido en casación en los cuales se analiza dicho medio de prueba y se le considera idóneo para fundamentar la responsabilidad penal del procesado Leonidas Vargas Vargas frente a los delitos de narcotráfico y tráfico de armas de uso privativo de las fuerzas armadas. En cuanto a éste último cargo, hace énfasis el defensor en que se edificó sólo a partir de dicho testigo, siendo que en una oportunidad le atribuyó el hecho a su representado y en otra lo atribuyó a otras personas.

Dice, entonces, que el sentenciador opta en ocasiones por asignarle valor probatorio como testimonio y a renglón seguido como prueba indiciaria, incurriendo en la inveterada y censurable costumbre de atribuir a un medio de prueba incompleto o inidóneo, que por vicios intrínsecos no puede ser tenido en cuenta en su condición de prueba específica y autónoma, el valor de indicio. El testimonio de Zambrano Rojas en relación con el tráfico de armas carece de toda credibilidad y ahí radica el error del juzgador, sin que esa falencia fundamental del testimonio lo convierta automáticamente en indicio.

«La credibilidad atribuida al testimonio de Lengen Zambrano –concluye el impugnante— fue determinante para la condena impuesta al sentenciado, al punto que el decomiso de bienes ordenado como consecuencia de la conducta por violación al Estatuto Nacional de Estupefacientes, se impone respecto de bienes adquiridos con posterioridad a diciembre de 1985, fecha que aportó el deponente como correspondiente al primer envío de sustancia.

«Si en la valoración de este testimonio angular de la condena el fallador no hubiese declinado la rigurosa ponderación que le correspondía efec-

tuar conforme con las reglas de la lógica, la experiencia y la ciencia, distinto hubiese sido el resultado del fallo».

2. Error de hecho por falso juicio de identidad en la valoración del testimonio de Héctor Fabio Meneses Artunduaga.

El mencionado rindió declararación con reserva de identidad el 10 de febrero de 1993 (fl. 10 y ss. c.o. #2) y en el acto le hizo una serie de sindicaciones de narcotráfico al procesado Leonidas Vargas. Posteriormente le dijo en una carta a la Fiscalía (fl. 11 c.o. #7) que había sido presionado para dar esa declaración y el 20 de enero de 1994 se le recepcionó un nuevo testimonio, esta vez sin reserva de su identidad. En dicho acto señaló que el navegante le pidió declarar contra Vargas Vargas en ciertos términos que el mismo le precisó, que lo hizo en la primera declaración mencionada y que por lo tanto lo allí afirmado no es cierto.

Anota el censor que la sinceridad es una cualidad predicable del sujeto que declara y no de la declaración. Por lo tanto no puede afirmarse que en cierto momento el testigo fue veraz y en otro no, por lo qué el Juez "no puede aceptar un testigo medianamente sincero o medianamente veraz".

Su propuesta es, entonces, que la ampliación de una declaración no es valorable en forma aislada y autónoma, ya que forma parte integrante de la declaración inicial. Son una sola y el Juez no las puede fraccionar para concluir que la mitad es cierta y la otra mitad no. Su conclusión debe ser que el testigo mintió en uno de esos dos momentos y sobre esta base no le puede atribuir credibilidad al testigo. Entonces, si no quiere falsear el sentido de la prueba, debe desecharla como instrumento de convicción.

"Al apreciar el sentenciador el testimonio de Héctor Fabio Meneses –precisa el casacionista—le dio un alcance que no se deriva de su expresión fáctica. Al cotejar la primera declaración y su posterior ampliación, la conclusión ineludible a que se debe llegar es que el testigo no es creíble, porque ha mentido a la justicia en alguna de las dos oportunidades. Sin embargo, el Juez llega a una conclusión totalmente contraevidente y es que el testigo sí es creíble y sobre esa base lo toma en consideración para proferir una sentencia condenatoria por narcotráfico. Una vez que se observa que el testigo es perjuro, debe desecharlo de plano. No puede el sentenciador, sin pervertir la dignidad de la justicia, ponerse en la tarea de auscultar las razones por las cuales el testigo mintió para tomar partido por una de sus versiones".

Al señalar la trascendencia de su equivocación expresa el demandante que el Juez de primera instancia "fraccionó" el testimonio, relacionando como prueba de responsabilidad su primera versión y la retractación como prueba a favor del procesado. Cita apartes de los fallos que sirvieron

para desechar la segunda declaración que prestó Meneses Artunduaga y concluye que la trascendencia del error es evidente.

"A partir del fraccionamiento de este testimonio le atribuye (el sentenciador) credibilidad a su primera versión –incriminante—, concluyendo que mintió en la retractación. Incurre en la inadmisible postura de trasladar la realidad de creíble o no, a la declaración, despojando al testigo de este predicamento que le pertenece. Reiteramos que un testigo es falaz o no, es creíble o no lo es, pero no es posible, sin faltar a las reglas de la lógica, la ciencia y la cultura, pretender calificarlo como parcial o esporádicamente veraz, como en efecto lo hizo el fallador".

3. "Error de hecho en la valoración de prueba documental oficial obrante en el proceso que acreditaba la no incautación, al sentenciado, de laboratorios para el procesamiento de estupefacientes, en concreto de cocaína".

Aquí la defensa hace consistir la equivocación en que el juzgador ignoró por completo el contenido de los oficios 1135 y 175 de diciembre 1994, emanados respectivamente de la Sijin y del Departamento de Policía del Caquetá, mediante los cuales se certificó que a Leonidas Vargas no se le incautaron laboratorios para el procesamiento de cocaína en el mencionado departamento. (fls. 377 y 380 c.o. #7).

La trascendencia del falso juicio de existencia alegado lo hace consistir en el hecho de que si se hubieran tenido en cuenta las informaciones contenidas en dichos documentos, no se hubiera dado aplicación a la agravante consignada en el numeral 3º del artículo 38 de la ley 30 de 1986. Esta disposición autoriza la duplicación de las penas mínimas previstas en las normas que la preceden, cuando la cantidad incautada (resalta la defensa) sea superior ... a cinco (5) kilos de cocaína. La tipicidad de la agravante, entonces, demanda prueba sobre la incautación de la sustancia respectiva y que ésta supere los topes establecidos en la norma. Y si los sentenciadores no hubiesen dejado de lado la prueba documental mencionada, la cual acreditaba plenamente "la no incautación de laboratorios para el procesamiento de estupefacientes" y por ende la no incautación de sustancia alguna a su representado, no habrían podido deducir la agravante de punibilidad (huérfana de respaldo probatorio), por lo que se violó medialamente esta disposición "por aplicación indebida".

A renglón seguido el casacionista reitera que de no haber sido por los errores en los que incurrió el juzgador en la valoración de los testimonios de Lengen Zambrano Rojas y Héctor Fabio Meneses Artunduaga (medios de prueba que produjeron la certeza para condenar por los cargos de narcotráfico y suministro ilegal de armas), la conclusión a que hubiera arribado sería diferente.

"Y aunque formalmente –agrega— se reseñen otra serie de medios probatorios, la evaluación y las deducciones de responsabilidad se extraen

fundamentalmente de esos dos testimonios. Al subsanarse los yerros en que incurrió el sentenciador en relación con esos dos específicos medios de prueba, a cuya demostración se apuntó en este capítulo, lo que surge es una situación de duda razonable que conforme al artículo 445 del Código de Procedimiento Penal debe ser resuelta en favor del procesado.

"Si bien existen otros testimonios incriminantes con reserva de identidad a los que los sentenciadores no confirieron mayor relevancia probatoria, sobre esa sola base no es posible proferir sentencia condenatoria conforme a la prohibición señalada en el inciso 2º del artículo 247 del Código de Procedimiento Penal. Ello robustece el planteamiento de la duda razonable que aquí se efectúa, una vez probados los errores trascedentes denunciados".

La solicitud del censor es, en consecuencia, que se case la sentencia y se profiera fallo absolutorio en favor de su defendido, por las infracciones a que se refiere el artículo 33 de la ley 30 de 1986 y el artículo 2º del decreto 3664 del mismo año.

Segundo cargo.

También lo apoya el recurrente en el inciso 2º del numeral 1º del artículo 220 del Código de Procedimiento Penal. Esta vez planteó que debido a errores de hecho originados en falsos juicios de existencia, se aplicaron indebidamente los artículos 1º del decreto 1895 de 1989 (tipifica el enriquecimiento ilícito de particulares), el 247 del Código de Procedimiento Penal y el 26 del Código Penal. Igualmente, por la misma vía, los artículos 29 y 93 de la Constitución Nacional, 8-2 de la ley aprobatoria de la Convención Americana de Derechos Humanos y el 14-2 de la ley aprobatoria del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

Efectuada la enunciación del cargo el recurrente relaciona los fundamentos probatorios tenidos en cuenta por la primera instancia para condenar al procesado (fls.198 y 199 c.o. #8):

El testimonio de Lengen Zambrano Rojas quien afirmó que desde 1984 Leonidas Vargas ya era miembro de la organización de Gonzalo Rodríguez Gacha y que sus bienes los adquirió con el producto de esa actividad. Las fotocopias de las declaraciones de renta del procesado entre 1985 y 1991. Dos informes del Cuerpo Técnico de Investigación de la Fiscalía en el que se da cuenta de propiedades de Vargas Vargas como Inverganaderas La Granja, Inversiones Varjo y Comercializadora La Campiña Comerandes. Los certificados de existencia y representación de las dos primeras sociedades. Un testimonio rendido bajo reserva de identidad según el cual la fortuna de Leonidas Vargas es derivada del narcotráfico. Un informe financiero de los negocios de Vargas Vargas suscrito por un profesional del C.T.I. y un estudio contable realizado por el contador Pablo Enrique

Bultrago sobre la bienes de la familia Vargas Joven y allegado al proceso por la defensa:

En la sentencia de segunda instancia (fls. 113 y 114 c. del Tribunal) se dijo de acuerdo con la transcripción efectuada por el libelista:

"Que el monto del incremento patrimonial señalado en el análisis contable haya sido considerado por el juzgador de instancia, como producto de la conducta punible de financiación de actividades relativas al narcotráfico ello tiene su fundamento, en que en efecto, al proceso no se aportaron la totalidad de los soportes contables de las operaciones comerciales que en el mismo se relacionan, como tampoco se demostró que las sociedades en cita poseyeran una estructura laboral y administrativa idónea para desarrollar actividades mercantiles que generaran un incremento patrimonial de la entidad del referenciado en el estudio contable.

"Analizados en conjunto los elementos probatorios allegados al plenario conforme a los principios de la sana crítica debe darse credibilidad al estudio contable aportado por la defensa en cuanto confirma el incremento patrimonial del procesado, más no en lo relativo a las supuestas actividades mercantiles con que pretende justificarlo.

"Tampoco el vinculado pudo justificar el incremento patrimonial sobre cuyo origen ilícito da cuenta la prueba testimonial, que señala como causa indubitable del incremento el que ya desde 1985 el sindicado se dedicaba al narcotráfico, actividad que como bien se sabe genera enormes ganancias económicas (fl. 125 c. del Tribunal)".

Seguidamente pasa el recurrente a la demostración del cargo. Primero afirma que no existe ninguna duda en cuanto al claro rechazo legal y jurisprudencial, a interpretaciones que en relación con el tipo penal de enriquecimiento ilícito supongan la inversión de la carga de la prueba, pues lo mismo traduce el desconocimiento de la presunción de inocencia. Al Estado, entonces, le corresponde probar la totalidad de los elementos de dicho tipo penal, la antijuridicidad y la responsabilidad subjetiva de la persona.

No es suficiente para acreditar el enriquecimiento ilícito de particulares, precisa el defensor, que se haya producido un incremento patrimonial, sino que debe demostrarse que el mismo se deriva "de actividades delictivas desarrolladas dentro de la vigencia del tipo penal que se imputa". Y en el caso examinado el yerro del juzgador se produjo "en la valoración probatoria atinente al origen ilícito del incremento patrimonial". El sentenciador "...omitió considerar prueba conclusiva y trascendente relativa a la no vinculación del procesado a actividades ilícitas, concretamente a actividades de narcotráfico".

1. El fallador ignoró –concreta el casacionista—los siguientes medios de convicción:

a) Los oficios 1135 y 175 de diciembre de 1994 (ya citados en el presente resumen), emanados de la Policía y de acuerdo con los cuales a Leonidas Vargas Vargas no le había sido incautado ningún laboratorio de procesamiento de cocaína.

b) Certificaciones expedidas por las Unidades de Fiscalía de Puerto Asís y La Hormiga (Putumayo), según las cuales contra Leonidas Vargas Vargas no se adelanta ninguna investigación penal.

c) Copia auténtica de la providencia del 19 de septiembre de 1990 expedida por el Juzgado 21 de Instrucción Criminal Especializado de Neiva, mediante la cual se abstuvo de iniciar investigación penal en contra de Leonidas Vargas por infracción a la ley 30 de 1986. De dicha decisión resalta el censor el siguiente párrafo:

"Aparte de aquellas vagas informaciones que señalan a Leonidas Vargas como narcotraficante que no pasaron de eso, de ser simples comentarios sin fundamento alguno, no existe evidencia que nos señale al citado Vargas Vargas como agente activo de una de las conductas punibles que se describen en la ley 30 de 1986". Dispuso el funcionario judicial, en consecuencia, regresarle al imputado varios bienes de su propiedad, ocupados con sustento en el decreto 1856 de 1989 (fl. 1 c.o. #1).

d) Copia de la providencia del 8 de octubre de 1990, por la cual el Juzgado 1º de Orden Público de Neiva se abstuvo de iniciarle proceso por enriquecimiento ilícito, dado que los bienes incautados habían sido adquiridos con antelación a la vigencia del decreto 1895/89 (fl. 9 c.o. #1).

e) Copia de la determinación de agosto 6 de 1990, por la cual el Tribunal Superior de Florencia revisó por la vía de la consulta y confirmó el proveído de mayo 7 de 1990 del Juzgado 12 Especializado de la misma ciudad. Resalta el defensor de la misma, la afirmación de que se constató a través de inspección judicial que en "los predios intervenidos" no existía dedicación a actividades relacionadas con el tráfico de estupefacientes, sino ganaderas. Igualmente que los bienes pertenecientes a la sociedad constituída por la familia Vargas Joven fueron adquiridos antes de la vigencia de la norma que reguló el tipo penal de enriquecimiento ilícito.

Las pruebas relacionadas –aduce el censor—tenían vocación para demostrar la ausencia de vínculos del procesado con actividades ilícitas y, no obstante, fueron ostensiblemente ignoradas por los juzgadores de primera y segunda instancia. Estos se limitaron a declarar un incremento patrimonial que estimaron injustificado, tomando para ello "...de manera parcial y fraccionada –en lo relativo al incremento, pero no en lo atinente a su justificación—el estudio contable aportado por la defensa".

"Pero en lo que resulta de mayor gravedad y de evidente trascendencia el yerro del sentenciador –agrega el impugnante—es en que al ignorar prueba que favorecía al sentenciado, en cuanto descartaba su vincula-

ción con actividades ilícitas en vigencia del decreto que aplicaba, se apoyó en afirmaciones sobre actividades anteriores a la vigencia del decreto 1895 de 1989", que independientemente de la credibilidad de los testigos (controvertida en el primer cargo), no eran invocables por referirse a hechos anteriores al 24 de agosto de 1989.

Los Juzgadores, entonces, violaron el principio de legalidad en su expresión fundamental de irretroactividad de la ley en materia penal y lo hicieron como consecuencia de haber ignorado las pruebas a que ya se hizo mención, demostrativas de que el procesado no se encontraba vinculado a actividades ilícitas en vigencia del decreto 1895 de 1989.

A renglón seguido, al referirse a la trascendencia del error de hecho planteado y mostrar la repercusión de éste en la violación del principio de legalidad, transcribe el censor algunos apartes de la sentencia de primera instancia (fls. 200, 203, 209, 211 y 221 del c.o. #8), en los cuales se hace mención a los años 1984, 1985, 1986 y 1987. Y agrega luego, ya en referencia a la sentencia del Tribunal Nacional:

"El sentenciador de segundo grado pretendió morigerar la burda infracción al principio de legalidad en que había incurrido el juez de primera instancia, funcionario que extendió su fallo a incrementos patrimoniales y actividades anteriores a la instauración del punible de enriquecimiento ilícito. Sin embargo, la violación persiste dado que, si bien sólo tuvo en cuenta, para efectos de multa, los incrementos patrimoniales posteriores a 1990, en lo atinente al origen de los bienes se remontó a situaciones anteriores a 1989. De otra parte, llegó a concluir el origen ilícito del incremento patrimonial, sin considerar, en forma alguna, las pruebas relacionadas en este cargo atinentes a la ausencia de vinculación del procesado con actividades ilícitas". Seguidamente transcribe la defensa el siguiente párrafo del fallo objeto del recurso de casación:

"*Como quiera que el procesado al ejercer su defensa no logró explicar convincentemente el origen de tan elevado acrecentamiento patrimonial, puesto que no se demostró que durante dicho período Leonidas Vargas hubiese tenido alguna fuente real de ingresos lícitos, en cambio,* por otro lado se estableció fehacientemente la vinculación del mismo con la actividad del narcotráfico.

"*Huelga advertir que se parte del consolidado económico registrado en 1990, prescindiéndose de los estados financieros correspondientes a los años anteriores* en acatamiento del principio de la legalidad de la pena que impide sancionar los incrementos patrimoniales ilegales obtenidos antes del 24 de agosto de 1989, fecha en que entró a regir el artículo 1° del decreto 1895". (Resaltado del demandante).

Lo precedente es para el libelista sólo apariencia de respeto del principio de legalidad, en consideración a que el Tribunal (fl. 125 del c. de dicha

Corporación), en el fondo, "...al referirse al origen ilícito de los bienes se remonta a actividades de 1985 y cuestiona incluso la creación legítima de las sociedades Inversiones Ganaderas La Granja Ltda. e Inversiones Varjo Ltda., acaecida en noviembre 9 de 1987 y marzo 17 de 1989 calificándolas de sociedades de fachada". (El resaltado es de la demanda).

Para el impugnante, en conclusión, si los juzgadores hubieran valorado las pruebas que a su juicio fueron omitidas, no habrían podido imputarle a su defendido el delito de enriquecimiento ilícito. El principio de legalidad del delito no hubiera resultado vulnerado y en consecuencia la condena por dicho delito no se hubiera producido. Simplemente porque "las pruebas ignoradas concurrían a acreditar la no vinculación del procesado a actividades ilícitas en vigencia del decreto 1895 de 1989".

2. Un segundo error de hecho que concreta en el marco del mismo cargo lo refiere al estudio contable del patrimonio de la familia Vargas Joven realizado por Pablo Enrique Buitrago y aportado al proceso por la defensa. Dicho medio de prueba, dice el censor, fue pilar fundamental de la condena por enriquecimiento ilícito, pero su expresión fáctica fue distorsionada por el juzgador.

El objeto del estudio era demostrar la licitud del incremento patrimonial de la familia del procesado, que lo que éste poseía para 1993 era el resultado de actividades legales como la ganadería, la agricultura y el comercio.

"No obstante ese propósito probatorio integral que razonablemente perseguía el estudio contable -precisa el casacionista—el sentenciador de manera irracional y caprichosa lo fraccionó haciéndole producir efectos probatorios en lo atinente al incremento patrimonial, más no en lo relativo a su justificación". Como prueba de esta afirmación y de la palmaria distorsión del medio de convicción, transcribe el siguiente aparte del fallo recurrido (fl. 114 del c. del Tribunal):

"Debe darse credibilidad al estudio contable aportado por la defensa en cuanto confirma el incremento patrimonial del procesado, *'más no en lo relativo a las supuestas actividades mercantiles con que pretende justificarlo'". (Resalta el libelista).*

Agrega la defensa que la transgresión de las normas sustanciales enunciadas al comienzo del cargo, se produjo como consecuencia de la violación del artículo 10 de la ley 43 de 1993. Esta norma prescribe que la atestación de un contador público (asimilable a funcionario público para efectos penales cuando otorga fe pública) en los actos propios de su profesión hará presumir que el acto respectivo se ajusta a los requisitos legales, lo mismo que a los estatutarios en el caso de las personas jurídicas".

A juicio del demandante el sentenciador "interpretó erróneamente esta prueba instrumental, dándole un alcance que ella no tiene. Exigió el acom-

pañamiento de soportes contables, cuando la norma no impone tal requisito para atribuir idoneidad probatoria a estos actos". Lo que la norma consagra –dice—es una presunción de legalidad y de fidelidad del acto en relación con los soportes, salvo prueba en contrario. En consecuencia, para restarle credibilidad al estudio contable el juzgador debió desvirtuar sus contenidos, en aquello que no le proporcionaba certidumbre. Pero no lo hizo así, optando por la vía fácil de trasladar la carga de la prueba al procesado, de acuerdo con el siguiente aparte del fallo (fls. 113 y 114 c. del Tribunal):

"Ahora, que el monto del incremento patrimonial señalado en el análisis contable haya sido considerado por el juzgador de instancia, como producto de la conducta punible de la financiación de actividades relativas al narcotráfico, ello tiene su fundamento en que, en efecto, *al proceso no se aportaron la totalidad de los soportes contables de las operaciones comerciales que en el mismo se relacionan, como tampoco se demostró que las sociedades en cita poseyeran una estructura laboral y administrativa idónea para desarrollar actividades mercantiles que generaran un incremento patrimonial de la entidad del referenciado en el estudio contable.*

"Obsérvese que ni el mismo sindicado estuvo en capacidad de especificar o detallar las transacciones comerciales que originaron su enriquecimiento, vicio que se extendió al análisis contable *que sobre este aspecto se limitó a la relación de las mismas sin detallar, ni aportar los soportes documentales del caso que permitieran tener por ciertas dichas operaciones*". (El resaltado es del defensor).

Así las cosas, concluye el casacionista, el Tribunal no desvirtuó la presunción legal de veracidad del estudio contable, sino que trasladó la carga de la prueba al procesado. En cuanto a la trascendencia del cargo, insiste en el fraccionamiento indebido del estudio contable y en la circunstancia de que a partir del mismo se construyó la condena por el delito de enriquecimiento ilícito y se tasó la pena de multa.

La solicitud del censor es, entonces, que se case la sentencia condenatoria por el delito anotado y se dicte fallo sustitutivo de absolución en favor de su representado.

Adicionalmente, ante la eventualidad de que el cargo no prospere, le solicita a la Sala evaluar el punto frente a la posibilidad de que se haya violado el debido proceso "...en sus proyecciones de legalidad del delito y de la pena y presunción de inocencia...", con miras a la declaración oficiosa de nulidad en los términos previstos en el artículo 228 del código de Procedimiento Penal.

Tercer cargo (subsidiario).

Lo apoya el demandante en la misma causal de casación propuesta en los cargos anteriores. La equivocación de hecho que le imputa al Tribunal

la plantea por la vía del falso juicio de existencia y aduce como normas infringidas el artículo 2º del decreto 3664 de 1986 (adoptado como legislación permanente), el 8º del decreto 2535 de 1993 y el 247 del Código de Procedimiento Penal.

Para demostrar el error transcribe en primer lugar los apartes de las sentencias de las instancias en los cuales se hace mención al delito de tráfico de armas y municiones de uso privativo de las fuerzas armadas (fl. 212 c.o. #8 y fl. 128 del c. del Tribunal) y acto seguido manifiesta que la única prueba de cargo en la cual fue sustentada la condena de su defendido por dicha conducta, fue el testimonio de Lengen Zambrano Rojas, quien relacionó una serie de armas que a pedido (entre otros) de Leonidas Vargas, transportó hasta la Hacienda El Vergel de Pacho (Cundinamarca).

El tipo penal mencionado incluye en su estructura los elementos "sin permiso de autoridad competente" y "de uso privativo de las fuerzas armadas". Constitucionalmente el Estado tiene el monopolio de las armas, pero puede conceder permiso a los particulares para que las posean y las porten, de acuerdo a como lo regula el artículo 3º del decreto 2535 de 1993. No es por lo tanto la sola incautación del material bélico lo que permite formular el juicio de tipicidad, sino que debe establecerse probatoriamente la concurrencia del elemento normativo "sin permiso de autoridad competente". Y tal ingrediente, concluye el casacionista, no fue posible establecerlo en el evento examinado en razón a que ni siquiera se le incautaron al procesado las armas. "La prueba testimonial que se tuvo como base única para la imputación de este cargo ni siquiera aludió a tal elemento. Ello llevó al sentenciador a suponer la existencia de prueba sobre el elemento normativo en comento al pregonar la plena prueba sobre la tipicidad del hecho".

Sobre el elemento "sin permiso de autoridad competente", independientemente de que se le considere como normativo del tipo o como un momento de la antijuridicidad, debe acreditarse probatoriamente. Sin embargo, sin que eso hubiera sucedido, sin que del testimonio de Zambrano Rojas fuera inferible su concurrencia, el sentenciador consideró estructurado el delito y en consecuencia incurrió "...en un inexcusable error de existencia (por suposición) sobre la prueba referida al elemento normativo..."

El juzgador supuso igualmente la prueba sobre las características del armamento. La trascendencia de la prueba técnica sobre las características de las armas o municiones que constituyen el objeto material del ilícito de porte o tráfico ilegal de armas –expresa el recurrente–, es resaltada por la jurisprudencia de la Corte cuando advierte que para responsabilizar a una persona por tráfico de armas de uso privativo de la fuerza pública, "es indispensable saber si el arma ilegalmente portada reúne estas condiciones especiales". (Sentencia de junio 14/95. M. P. Dr.

Ricardo Calvete Rangel). Y agrega el censor que no existe dentro del proceso dicho dictamen técnico ni era posible realizarlo pues en ningún momento existió decomiso de armamento. El cargo delictivo simplemente se funda en un testigo que de manera manera genérica y abstracta reseñó el material bélico por él transportado, que no le permitió al instructor ordenar un peritazgo sobre el mismo "a fin de crear certeza sobre las concretas especificaciones de las armas y municiones mencionadas".

Para el demandante, en conclusión, no existe prueba sobre las características de las armas y el principio de libertad probatoria no puede reemplazar la prueba técnica demandada en materias tan especializadas. El juzgador supuso por lo tanto que el armamento se adecuaba a las exigencias del artículo 8º del decreto 2335 de 1993. Así pues, su representado fue condenado sin que obrara prueba sobre los elementos normativos del tipo penal mencionado. Sólo con sustento en el testimonio de Lengen Zambrano Rojas, el cual no se constituía en prueba idónea para demostrar dichos elementos.

La inexistencia de prueba, entonces, "...colocó al juzgador en la imposibilidad de efectuar una adecuación concreta de la conducta, señalando el literal específico del artículo 8º del decreto 2535/93 ... en el que se subsumía el material relacionado. En forma genérica mencionó el artículo 8º que plantea diez posibilidades, circunstancia que repugna a los principios de legalidad y tipicidad. Tales axiomas excluyen de manera tajante la indeterminación del supuesto de hecho del tipo delictivo, el cual no puede estructurarse en términos ambiguos, genéricos, abstractos, equívocos o erróneos que permitan la inclusión en él de cualquier clase de comportamiento, con sacrificio de la seguridad jurídica.

"El error de hecho denunciado –prosigue el recurrente– condujo a que la labor integradora del sentenciador, propia de los eventos en que se aplica un precepto en blanco o con remisión a norma extrapenal, fuese abstracta y ambigua. La inexistencia de pruebas sobre las características del armamento presuntamente suministrado por el procesado, lo llevó a suponer que tales objetos respondían a las especificidades de cualquiera de los eventos del artículo 8º del decreto 2535 de 1993; y en consecuencia a adecuar el hecho a las previsiones del artículo 2º del decreto 3664 de 1986".

La solicitud del censor es, en consecuencia, que se case el fallo y a través del sustitutivo respectivo se ordene la absolución del procesado por el delito de suministro de armas y municiones de uso privativo de las fuerzas armadas.

Cuarto cargo (Subsidiario)

Se encuentra soportado en la causal 1ª de casación por violación directa, en el sentido de aplicación indebida, de las siguientes normas:

Artículos 14, 13, 40 y 41 del Código de Procedimiento Penal; 1740 al 1742 del Código Civil; 899-2, 104, 105, y 218-7 del Código de Comercio. Con sustento en estas normas, afirmando la existencia de causa ilícita, los juzgadores decidieron anular las escrituras de constitución de las sociedades Representaciones Varjo & Cía. Ltda. e Inversiones Ganaderas La Granja Ltda., de las cuales era socio el procesado. Paralelamente fue dispuesta su disolución y liquidación.

Expresa el casacionista, en primer lugar, que el restablecimiento del derecho es una de las consecuencias del hecho punible y es la persona declarada responsable del mismo la que debe soportarla. En otras palabras, las consecuencias penales y civiles derivadas de la responsabilidad penal, no pueden extenderse a terceros que no han sido cobijados por la declaración de responsabilidad.

En segundo lugar –agrega—el restablecimiento del derecho no es ilimitado, sino que está determinado por el daño inferido a la víctima del delito y al bien jurídico tutelado. La aplicación del principio rector, a la vez, implica la observancia del principio del debido proceso. En consecuencia, las medidas que se adopten "en función de un pretendido restablecimiento del derecho", no pueden ser desconociendo otros derechos. Entonces cuando en un fallo se producen decisiones "...que afectan a terceros que no han tenido la posibilidad de conocerlas en concreto y controvertirlas", las mismas violan la presunción de inocencia y el derecho de defensa, concluye el censor. Y acto seguido pasa en concreto a precisar la violación directa de la ley sustancial alegada.

"La figura del restablecimiento del derecho –expresa— fue aplicada como medida accesoria a la condena por infracción al artículo 33 de la ley 30 de 1986", como se deriva de un aparte del fallo recurrido obrante a folio 137 del c. de Tribunal, que transcribe y de acuerdo con el cual las sociedades tuvieron como origen legitimar los bienes provenientes de la actividad de narcotráfico desplegada por Leonidas Vargas Vargas, es decir una causa ilícita (art. 104-3 del C. de Co.).

Agrega el casacionista que si la aplicación del artículo 14 del Código de Procedimiento Penal está limitada a los perjuicios ocasionados a la víctima y al objeto jurídico a que se refiere el tipo penal, entonces cuál es la relación existente entre la orden de anular los contratos de constitución de unas sociedades familiares y el restablecimiento de la salud y la salubridad públicas, es decir de los valores protegidos por el Estatuto de Estupefacientes.

El Juez de primera instancia perdió la perspectiva de dichos aspectos al señalar la obligación judicial de restablecer el derecho de las personas a la verdad escrituraria y señalar que de mantenerse la vigencia del acto irregular se colocaría a aquellas "...en peligro de celebrar contratos con sociedades dedicadas al delito". (fl. 221 c.o. #8). Concluye la defensa, en-

tonces, que como si se tratara de un delito de falsedad "...el sentenciador se preocupó por adoptar medidas tendientes al restablecimiento del derecho de las personas a la fe pública, concretamente a la 'verdad escrituraria'. Por esa vía podría el sentenciador adoptar todo tipo de medidas, so pretexto de restablecer derechos en abstracto. Tal medida por ser consecuencia de la responsabilidad penal por determinado ilícito, debe proferirse con respeto por el principio de proporcionalidad, demarcado por el objeto jurídico tutelado".

El artículo 13 del código de Procedimiento Penal, además, resultó también indebidamente aplicado, en consideración a que el mismo en modo alguno autoriza al Juez para afectar garantías y derechos de terceros. Y con el 104 del Código de Comercio sucedió otro tanto, en cuanto en él se señala que habrá causa ilícita "cuando los móviles que induzcan a la celebración del contrato contrarían la ley o el orden público y sean comunes y conocidos por todos los socios", siendo que en el caso examinado sólo uno de ellos fue vinculado al proceso, juzgado y sentenciado. En dichas circunstancias –es la conclusión del casacionista— "no podía el operador judicial aplicar esta norma, que reclama la concurrencia de un elemento subjetivo reprochable en todos los socios, a saber: el conocimiento de los móviles contrarios a la ley y al orden público que indujeron a la formación de la sociedad". Con igual fundamento, expresa que no se aplicó debidamente el artículo 105-3 del Código de Comercio, pues se impuso la sanción de pérdida de los aportes y bienes dados a las sociedades, a personas que no fueron vinculadas al proceso.

De otra parte, el artículo 218 7 del Código de Comercio señala como causal de disolución de una sociedad "la decisión de autoridad competente en los casos expresamente previstos en la ley". Y aunque los artículos 14 y 40 del Código de Procedimiento Penal facultan al Juez Penal para restablecer el derecho quebrantado y decidir cuestiones extrapenales, en manera alguna la autorización se extiende a la afectación de derechos de terceros, ya que "el límite siempre es el carácter personal e individual de la responsabilidad penal".

Por último, en consideración a que las sociedades fueron constituidas a través de actos mercantiles se rigen por la ley comercial y no por la civil. Tal fue la razón de la violación de los artículos 1740, 1741, y 1742 del Código Civil.

La indebida aplicación de las normas anotadas se produjo según el recurrente por la falta de aplicación de los artículos 8º de la convención Americana de Derechos Humanos, 14-1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y 93 y 29 de la Constitución Nacional. Ni los hijos ni la esposa del procesado fueron vinculados a la investigación y no obstante se les hicieron extensivos los efectos civiles de la sentencia.

CONCEPTO DEL PROCURADOR 1º DELEGADO EN LO PENAL

1. Luego de distinguir las dos clases de falsos juicio de identidad existentes de acuerdo con la jurisprudencia de la Sala (por tergiversación del contenido de la prueba y por vulneración de las reglas de la sana crítica), pasa el Agente del Ministerio Público a referirse al error de hecho que hizo recaer el demandante en el testimonio de Lengen Zambrano Rojas y concluye que el censor tiene razón. El mismo hecho de tráfico de drogas lo atribuyó el testigo a diferente autores y sus condiciones morales e interés demostrado en el proceso «no constituyen referente de credibilidad para alcanzar la certeza».

Cita un aparte del fallo impugnado en el cual el Tribunal afirma que no existen evidencias de que el testigo haya sido manejado por Jorge Enrique Velásquez González (a. El Navegante) y ello según el Procurador no se sostiene frente al contenido del testimonio de Héctor Fabio Meneses, quien expresó que dicha manipulación tuvo ocurrencia.

«Vista así las cosas —sigue el concepto— resulta clara la trascendencia que tiene el falso juicio de identidad en que incurrió el sentenciador al hacer producir al testimonio de Zambrano Rojas los alcances probatorios que no se derivan de su contexto y del conjunto probatorio examinado por el demandante, por lo que ha de convenirse que fue determinante para la condena por narcotráfico. Y de contera manifiesta la violación indirecta de la ley 30 de 1986, artículo 33, por aplicación indebida, como quiera que sin el grado de conocimiento de certeza se profirió fallo de condena».

Acto seguido se refiere el Procurador a las dos declaraciones opuestas rendidas por Meneses Artunduaga y no sólo está de acuerdo con el censor en el hecho de que «se parceló indebidamente» dicho testimonio, al tomarse en la sentencia una versión como prueba positiva de responsabilidad y la otra como negativa, sino que concluye que mal puede hallarse certeza a partir de esos dichos contrarios. Con arreglo a la lógica, entonces, «...lo procedente es desechar integralmente el testimonio, en lugar de aceptarlo como fuente de persuasión y fundamento de una sentencia condenatoria por narcotráfico».

Así las cosas, los testimonios de Lengen Zambrano y Héctor Meneses adolecen del mismo problema de credibilidad, por lo que la conclusión a que se llega «...no es otra que la inexistencia de certeza para producir sentencia condenatoria». Las reglas de la sana crítica fueron violentadas por el fallador y como las mismas se constituyen en límites de la valoración probatoria, procede el juicio técnico de ilegalidad. No obstante lo anterior, a juicio del Procurador el fallo se debe mantener ya que los juzgadores, aparte de los testimonios desacreditados, consideraron otros medios de convicción que señalan al procesado Leonidas Vargas Vargas como responsable de infringir la ley 30 de 1986.

Menciona al respecto las declaraciones de Lince Tavera Díaz, del Coronel del Ejército Gustavo Caldas Trujillo y lo informado por el también Coronel del Ejército Gilberto Rocha Ayala. Así mismo, los testimonios de Liliana Salazar (compañera de Leonidas Vargas hasta 1991) y Fernando Hernández García. Lo dicho por tres declarantes con reserva de identidad, un informe de inteligencia del Ejército Nacional, otra información originada en la Dijin de la Policía Nacional y lo expuesto por Rene Jiménez Ortiz.

Se tiene, en conclusión, que el casacionista dejó incompleto el reparo que le hizo a la sentencia. Tomó en forma parcial los dos testimonios cuestionados, dejando incólume la restante prueba incriminatoria que a juicio del Procurador es suficiente para que se mantenga el fallo por infracción a la ley 30 de 1986. El cargo, en consecuencia, no debe prosperar.

2. En relación con el falso juicio de existencia por no haber sido considerados los oficios 1135 y 175 de 1994, emanados de la Sijin y del Departamento de Policía del Caquetá y de acuerdo con los cuales se hizo constar que a Leonidas Vargas Vargas no se le habían incautado laboratorios para el procesamiento de cocaína en ese Departamento, el Procurador admitió que esos documentos, en efecto, no fueron mencionados expresamente por los juzgadores. Pero la existencia de los mismos no releva de responsabilidad al procesado, si se tienen en cuenta las pruebas de cargo señaladas y las que contrarían esos documentos, como el informe del 30 de junio de 1993 expedido por el Jefe de la Sijin del Caquetá (fl. 298 c.o. #3), de acuerdo con el cual las labores de inteligencia que de años atrás venía realizando el organismo habían establecido que Leonidas Vargas Vargas era uno de los principales procesadores de cocaína en la zona, haciendo grandes envíos de la sustancia al exterior.

«Y como esta vertiente de la prueba -concluye el Agente del Ministerio Público- fue apreciada por los falladores como fundamento parcial de la condena y no ha sido objetada por el censor, surte aquí su efecto para mantener la sentencia adversa por narcotráfico».

3. El falso juicio de existencia por omisión propuesto por el impugnante en el cargo 2º de la demanda, es descartado por el Procurador Delegado. Expresa al respecto que el Juez de 1ª instancia apreció de manera parcial esos medios de prueba (los demás los desechó implícitamente), sólo que otorgándoles un alcance opuesto a las aspiraciones de la defensa.

"Tal como lo plasmó el ad quem al comienzo de la parte considerativa de la sentencia atacada, si bien el Tribunal Superior de Neiva confirmó la decisión del Juzgado 21 de Instrucción Criminal especializado de la misma ciudad, en el sentido de compulsar copias ante el Juzgado 1º de Orden Público para que investigara el delito de enriquecimiento ilícito, entre otras determinaciones éste no asumió el conocimiento porque los bienes eran de

su propiedad (de Leonidas Vargas) y habían sido adquiridos antes de la vigencia del decreto 1895 de 1989. Luego no procedía a su juicio la investigación en guarda del principio de legalidad.

"Sin embargo era viable –sigue el concepto– proseguir la investigación por los otros ilícitos surgidos de tales diligencias como la infracción a la ley 30 de 1986, como en efecto ocurrió y así lo adelantó la Fiscalía Regional desembocando en el proceso que nos ocupa". Por lo demás, si bien no era procedente investigar el delito de enriquecimiento ilícito por actos anteriores al 24 de agosto de 1989, era viable hacerlo por actos que surgieran de ahí en adelante, como lo sustuvo el Tribunal Nacional al afirmar que no se le estaba dando aplicación retroactiva al artículo 1º del decreto 1895 de 1989. Para el Agente del Ministerio Público, en conclusión, no tiene razón el censor pues en realidad no se infringió el principio de legalidad de los delitos y de las penas en relación con el enriquecimiento ilícito de particulares. Y como el proceso demostró que el incremento patrimonial fue producto del narcotráfico, no existió inversión de la carga de la prueba. Se comprobó que para 1990 Leonidas Vargas Vargas contaba con un patrimonio líquido de $1.615.171.861.oo y para 1993 con uno de $5.332.312.183.oo. Tal situación imponía que el procesado justificara el incremento (de hecho lo hizo a través de planteamientos carentes de sustento y persuasión) y esto no puede ser tomado como inversión de la carga de la prueba.

En cuanto al error de hecho alegado en el mismo cargo por el casacionista, relacionado con el estudio contable aportado al proceso por la defensa, adujo el Procurador:

"Sobre esto recalcamos que la labor del juzgador no puede limitarse al análisis parcial del acervo probatorio, pues su labor se despliega en conjunto con las limitantes que impone la sana crítica.

"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 al acusado como responsable de infracción a la ley 30 de 1986 y enriquecimiento ilícito de particulares.

"Ahora bien, si en verdad se hubiese violado el principio universal del debido proceso como lo advierte el censor, éste debió ser presentado en cargo separado como causal 3ª, tal como lo manda la técnica de casación, y no dentro de la misma causal como lo solicita el censor.

"En consecuencia, los artículos 1° del decreto 1895 y el numeral 3, art. 38 de la ley 30 de 1986, a título de agravación punitiva se mantienen. Por tanto los cargos, se deben desechar".

Sobre el tercer cargo (subsidiario) expresa el concepto que no es verdad que los juzgadores hayan supuesto la prueba demostrativa del porte

ilegal de armas de uso privativo de las Fuerzas Armadas. Con sustento en el testimonio de Lengen Zambrano Rojas (quien relacionó el armamento) y en desarrollo del principio de libertad probatoria dieron por demostrada la ilicitud. Lo que hace el actor, entonces, es contraponer "...su particular criterio respecto de la valoración que en su momento hiciera el juzgador de este testimonio...", lo cual resulta impropio del recurso de casación y hace que el cargo no prospere.

El Procurador, sin embargo, encuentra que se vulneró el debido proceso y le pide a la Sala que, de oficio, case parcialmente el fallo. El quebranto de la presunción de inocencia –dice– "...sólo procede mediante una decisión de certeza judicial basada en pruebas que permitan atribuir el injusto a quien realiza la conducta, de tal manera que el daño obedece sin duda a su acción u omisión". Y en su opinión el acopio probatorio no posibilita la imputación del porte de armas al procesado. En sus primeras versiones Zambrano Rojas no hizo ninguna mención sobre el particular. "Luego en ampliación de declaración da cuenta de las circunstancias de tiempo, modo y lugar sobre la adquisición y transporte de las armas descritas en precedencia y además aporta el original del contrato de compraventa del vehículo en el cual se llevaron las armas. Pero, sus distintas versiones no pueden servir de soporte para pregonar la certeza que exige la ley ... para condenar por tal ilícito. Pero además, si es un testigo que merece ser descalificado no puede ser fundamento del fallo. No existe otra prueba inequívoca que sirva para mantener la condena por el porte ilegal de armas...". Así las cosas, toda vez que en el peor de los casos "gravita la incertidumbre", se carece de la certeza requerida para desvirtuar la presunción de inocencia y lo procedente será absolver a Leonidas Vargas por tal ilícito, concluyó el Agente del Ministerio Público.

Frente al cargo final que le hace el demandante a la sentencia, propuesto por violación directa de la ley, advierte el Procurador, en primer lugar, que el censor carece de interés jurídico para recurrir en favor de terceros. Y, en segundo, que "de todos modos" no tiene razón ya que el artículo 34 de la Constitución Nacional establece la extinción del dominio sobre los bienes adquiridos mediante enriquecimiento ilícito, en perjuicio del tesoro público o con grave deterioro de la moral social. La norma constitucional ha tenido desarrollo legal en los artículos 340 del Código de Procedimiento Penal, 47 de la ley 30 de 1986 y 4° del decreto 2271 de 1991, y en cumplimiento de tales disposiciones procedieron los falladores. "...no sólo mediante la aplicación acertada del artículo 14 del C. de P. Penal, que consagra el restablecimiento del derecho (en orden básicamente a que los efectos dañinos de los actos ilícitos no persistan en el tiempo), sino aplicando también las normas comerciales y civiles para lograr tales fines, como la nulidad y disolución de las sociedades, en obediencia al principio de integración..., que extiende la jurisdicción del juez penal a las cuestiones civiles y comerciales vinculadas con el ilícito".

El planteamiento del Procurador Delegado es, en consecuencia, que el cargo no debe prosperar.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

Sobre el primer cargo

Se recuerda que el censor lo planteó por la vía de la violación indirecta de la ley sustancial (arts. 33, inciso 1º, 38-3 de la ley 30 de 1986, y 1º del decreto 2266 de 1991) y al interior del mismo precisó los siguientes tres errores de hecho:

a) Falso juicio de identidad por infracción a las reglas de la sana crítica en la valoración del testimonio de Lengen Zambrano Rojas.

b) Falso juicio de identidad por infracción a las reglas de la sana crítica en la valoración del testimonio de Héctor Fabio Meneses Artunduaga.

c) Falso juicio de existencia por omisión de los oficios 1135 y 175 de 1994, expedidos respectivamente por la Sijin y por el Departamento de Policía del Caquetá.

A continuación, en su orden, el examen de cada uno de los yerros propuestos.

a) Lengen Zambrano Rojas, como quedó señalado en los fallos de las instancias, en la demanda y en el concepto de la Procuraduría, declaró ante la Fiscalía bajo reserva de identidad el 7 de enero de 1993 (fl. 52 c.o. #1) y en la misma situación amplió el testimonio el 13 de enero siguiente (fl. 91 c.o. #1). Ante el Das suministró información extraproceso y la misma quedó registrada en un informe de inteligencia del 5 de mayo de 1992, el cual fue remitido en copia auténtica al proceso por el Director General de Inteligencia del organismo (fl. 372 c.o. #7).

La primera vez que el testigo declaró ante la Fiscalía Regional de Santa Fe de Bogotá afirmó que más o menos en 1980 empezó a trabajar para Gonzalo Rodríguez Gacha como conductor. Ascendió en la organización, lo enviaron a realizar un curso de comunicaciones a La Dorada hacia 1981 y allí conoció a Leonidas Vargas Vargas y a Víctor Carranza. Después fue trasladado a Puerto Boyacá y a diferentes fincas, entre las cuales se encontraba la Hacienda México (ubicada en el Yarí Caquetá, cerca a San Vicente del Caguán), propiedad de Rodríguez Gacha y de Leonidas Vargas. En este lugar comenzó a "trabajar con cocaína". Dijo:

"...empezamos (a) hacer despachos hacia los Estados Unidos de Gonzalo Rodríguez del señor Jaime Galeano aproximadamente a últimos del 82 enviamos con un señor que estaba encargado de la finca Méjico apodado 'la yuca' 750 kilos de cocaína en un aerocomander después al tiempo se mandó otro cargamento de la misma cantidad y cuyo propietario era el

señor Leonidas Vargas Vargas alias 'el viejo' yo me enteré que la mercancía era de él primero porque tenía una marca especial que era Reina Bis aclaro o sea toda la mercancía llevaba Reina Bis y porque después que a él lo tuvieron detenido cuando viajaba hacia Pacho volvió al pueblo y nos regaló al muchacho la yuca y a mí de a cien mil pesos porque le habíamos hecho el golazo a los gringos..."

Señaló el testigo, igualmente, que tuvo conocimiento de que Leonidas Vargas Vargas "enviaba más mercancía" desde otros lugares "...como de una finca que se llama Caballo Blanco que está ubicada en Buena Vista Córdoba esa la mandaban en sociedad con Jairo Galeano y Gonzalo eso ocurrió más o menos en el 84 - 85".

Adicionalmente hizo mención de varios homicidios en los cuales participó como determinador el procesado, precisó la ubicación de "las caletas" construidas en las fincas México y Caballo Blanco y en las cuales se ocultaban droga y armas, se refirió a cómo era el procedimiento para el tráfico de cocaína y a "que los socios ... más duros" de Vargas Vargas eran José Galeano, Gonzalo Rodríguez Gacha y Víctor Carranza. Al final de esta primera intervención enfatizó:

"Lo que quiero agregar es que si esta declaración no es suficiente para colocar preso a este señor ya que es anónimo estoy dispuesto a decir todo sin ocultar mi identidad y frente a frente con el señor Leonidas Vargas siempre y cuando me den las garantías para mi familia y para mí...".

Por su propia iniciativa Zambrano Rojas se presentó a la Fiscalía el 13 de enero de 1993. Expresó su deseo de ampliar la declaración inicial, ya que en ésta, debido a que no se encontraba preparado, había variado algunas fechas.

"Quiero poner en claro -dijo—que la fecha en que yo entré a trabajar fue el 16 de mayo del 84 y que el primer despacho que pongo en la declaración no fue en el 80 sino fue el 22 de diciembre del 85. No más".

Agregó que poseía algunos documentos que servían para demostrar ciertos hechos criminales pero que no los podía hacer públicos debido a que en ellos aparecía su nombre y entonces, al quedar revelada su identidad, quedaba expuesta su vida y la de su familia. El Fiscal instructor le expresó al declarante que se le podían otorgar las garantías necesarias y entonces hizo entrega del original de una denuncia que presentó el 18 de noviembre de 1986 ante la Inspección Municipal de Policía de Pacho, a través de la cual, bajo la gravedad del juramento, ponía en conocimiento de las autoridades la pérdida de la placa de motocicleta E - 12802 (fl. 98 c.o. #1). Entregó igualmente el original del contrato de compraventa del vehículo Mercury, taxi, modelo 67, e identificado con las placas SA 1244. Este tiene como fecha 5 de mayo de 1989, figura como comprador Lengen Zambrano Rojas y como vendedores José Norberto Quique Franco y Luz Marina Niño (fl. 99 c.o. #1).

Explicó, en relación con el primer documento, que le ordenaron botar las placas de la motocicleta y denunciar su pérdida. El automotor fue utilizado 20 días después por Jaime Castiblanco (a. Mararay o 307) y por alias Trinchera para atentar contra un Juez en Bogotá. En cuanto al segundo documento expresó que surgió de la siguiente manera:

Leonidas Vargas habló con Gonzalo Rodríguez y le solicitó "en préstamo" a Zambrano Rojas. Recibió de aquel el 1º de mayo de 1989 la suma de US$3.000.oo y el encargo de adquirir con ese dinero un carro de unas características que no fueran a despertar sospechas, en el cual se transportarían unas armas. En el Barrio Alamos compró el automotor a que se refiere el documento aportado y se dirigió a un lugar en las afueras de Bogotá, al norte, conocido por "El Club" en donde se encontró con Leonidas Vargas, Gonzalo Rodríguez y con el guardaespaldas de éste apodado Trampas. Lo que siguió lo narró en los siguientes términos:

"...ahí el señor Leonidas ... me manifestó que tenía que esperar a un capitán de la policía que se llama Noel Barreto, para que lleváramos unas armas hasta Pacho Cundinamarca. Yo le manifesté que en caso de caída a quién llamábamos y me dijo que tranquilo que nosotros íbamos era con la ley y que el hombre en caso de que nos pararan el chapiaba, o sea mostraba la credencial que lo acreditaba como oficial de la Policía. En vista de esto yo me tranquilicé y esperamos. Llegó el señor Noel Barreto iba uniformado, empezamos a bajar a una especie de caleta que había en El Club, sacamos cuatro canecas en las cuales se encontraba un armamento, ese armamento era dos Auges con mira telescópica es un fusil con proveedor de quince tiros, dos R 15 con culatín Retráctil, o sea pequeño, de meter, tres fusiles FAL, tenían una contramarca que decía 'República de Venezuela', de la Armada de Venezuela, una pistola Colt 45, y munición, llevamos como veinte cajas de 5-56 que eso era para el R 15 y para los Auges, y llevamos munición 7-62 para los Fal y para G-3. De ahí ya, empacamos todo en el baúl del carro y nos dirigimos hacia Pacho, iba el capitán Barreto, un cabo del Ejército es de apellido Bautista, no sé dónde trabajaba él, iba yo manejando el taxi. Fuimos hasta Pacho y ahí entregamos en una Hacienda que se llama 'El Vergel', la encomienda o sea las armas. Le entregamos las armas a un señor que le decían Chigutro...". (El resaltado es del texto).

A raíz de una carta abierta publicada en un periódico por Leonidas Vargas Vargas, en la cual hacía alusión a la compra de testigos para imputarle delitos que no había cometido, quien hasta el momento había declarado bajo reserva de identidad (a pesar de ya haberla revelado con el aporte de los documentos a que atrás se hizo alusión) se presentó a la Fiscalía Regional el 9 de febrero de 1993 y rindió declaración, esta vez suministrando todos sus datos personales. Se ratificó en lo declarado ante la Fiscalía los días 7 y 13 de enero anteriores, expresó no haber estado sometido a ningún tipo de presión e igualmente que no había conocido a

"el navegante" durante el tiempo en que trabajó para el narcotráfico y se relacionó con personas dedicadas al sicariato. (fl. 23 c.o. #2). El 30 de noviembre de 1993 volvió a declarar y en esta oportunidad precisó aún más las actividades de tráfico de drogas a las cuales estaba dedicado Leonidas Vargas Vargas, lo mismo que la forma como se transportaban hacia el exterior del país (fl. 97 c. reservado #2).

Según el informe de inteligencia del Das ya mencionado y obrante a folio 373 del cuaderno original #7, Lengen Zambrano Rojas de manera voluntaria y actuando en calidad de informante expresó el 5 de mayo de 1992 que hacia 1982 ingresó como conductor a la organización de Gonzalo Rodríguez Gacha. Una vez se le tomó confianza fue trasladado a la finca México donde existían unas caletas "...de propiedad de los narcotraficantes Rodríguez Gacha, Jaime Galeano y Fernando Galeano...". Allí lo encargaron del manejo "...de unos radios sofisticados de comunicaciones..." y fue en tal forma como se enteró que de esa finca, en aviones pequeños, se hacían envíos de cocaína hacia el exterior. "...la droga iba envuelta en unos paquetes con una marquilla que decía 'Reina Bis' y 'Centavo Uno', de propiedad del mexicano, y de los señores Jaime y Fernando Galeano".

"En otra finca llamada Caballo Blanco –sigue el informe—ubicada en Montería (Córdoba), los narcotraficantes tenían otras pistas, de donde despachaban cocaína para el exterior, cuyos propietarios eran 'el mexicano', Kiko Moncada, César Cure, Fernando Galeano y Jaime Galeano y tenían para la protección de la droga grupos de autodefensa en los que mandaban entre ellos 'el mexicano' y alias Kiko Moncada, pero el jefe de todos estos grupos paramilitares era el señor Fidel Castaño, alias el rambo".

Según el mismo documento el informante señaló los sitios de la Hacienda Caballo Blanco donde estaban ubicadas tres caletas, en las cuales se almacenaba la droga que iba a ser despachada e igualmente armamento de largo alcance. Mencionó también que en el Yarí, Vista Hermosa, Cartagena del Chairá y La Danta, estaban ubicados los principales laboratorios para el procesamiento de cocaína. Eran custodiados por grupos paramilitares y sus dueños (Rodríguez Gacha, Kiko Moncada Y Los Galeano) llegaban a ellos en avioneta "...con quien mandaba la mercancía de por allá, quien era un señor apodado 'el vaticano'...".

"También desea dejar en claro el colaborador –agrega el informe– que ayudó a los señores Galeano, Jaime y Fernando, a llevar armas de Bogotá: estas se sacaron de un Club al norte de Bogotá para una finca de Pacho (Cundinamarca), de propiedad de 'el mexicano'. En esa ocasión, afirma, lo hizo acompañado de un oficial de la Policía, Noel Barreto, quien fue enviado por el General Medina Sánchez. Recuerda que eran unos fusiles con mira telescópica, otras armas de largo alcance y algunas de ellas tenían marca de fabricación venezolana. Allá en Pacho, en una Finca llamada El Vergel, las recibió directamente el señor Jorge Enrique Velásquez

alias 'el navegante', para distribuirlas a los grupos paramilitares, tanto en la región de Yacopí, como en La Dorada y Los Llanos. Aclara que sabe los nombres del oficial de la policía y del general Medina Sánchez, porque es amigo personal de 'el navegante', quien le dio esa información, y quien además era muy buen amigo de 'el mexicano' y de 'los Galeano' ".

El censor comparó lo dicho por el testigo ante la Fiscalía con la información que le suministró al Das y concluyó que frente a cada organismo atribuyó unos mismos hechos a autores diferentes. Relacionó, además, pruebas indicativas de la baja condición moral del testigo y presentó la afirmación final que realizó en su primera intervención ante la Fiscalía (que estaba dispuesto a declarar revelando su identidad si éso era necesario "para colocar preso" a Leonidas Vargas) como hecho demostrativo de su interés en el resultado del proceso.

Que el juzgador en tales circunstancias le haya conferido credibilidad a Lengen Zambrano Rojas es una infracción a los principios de la sana crítica, según el casacionista y el Procurador Delegado. Las reglas de la experiencia, la lógica y la ciencia, enseñan de acuerdo con el primero:

"...que la coincidencia de las declaraciones de un mismo testigo son una excelente prueba de veracidad".

"...que el valor moral del testigo es el primero y principal elemento para evaluar la sinceridad de su dicho".

Que "...condición fundamental de un buen testigo es que no esté interesado material o moralmente en el proceso".

Dichas reglas, al otorgársele credibilidad a Zambrano Rojas, fueron transgredidas y allí se hace radicar el error propuesto. Pero la Sala no comparte la idea.

Debe advertirse, en primer lugar, que no puede identificarse un "informe de inteligencia" con una versión, como lo hacen el demandante y el Procurador Delegado, para proceder acto seguido a examinar en igualdad de condiciones el contenido de él con el de un testimonio rendido ante el funcionario instructor con el lleno de las formalidades legales. El informe es sólo eso. Se trata de una relación de hechos escuchados por un funcionario en una entrevista extraproceso y luego escritos en un documento, previo un proceso natural de subjetivización de la información recibida que por sí mismo hace que no exista plena correspondencia o identidad entre lo dicho por el informante con lo finalmente redactado por el receptor de los datos aportados por el supuesto colaborador. El margen de errores o inexactitudes en dichas condiciones es significativo, pues en ese tipo de actuaciones no se preserva la fidedignidad ni la espontaneidad de la fuente de prueba, sino que el relato irremediablemente queda expuesto al tamiz de los prejuicios y errores de quien realiza el informe.

Lo precedente no sucede frente a relatos formalmente hechos ante la autoridad, como es el caso de la versión, la indagatoria o el testimonio. Los requisitos legales a que están sometidos esos actos procesales, mediante los cuales se recopila información pertinente para la investigación, tienen como una de sus finalidades el cumplimiento riguroso del denominado principio de la naturalidad de la prueba, entendido en su acepción de consignar fielmente las respuestas de la persona que declara, como lo imponen la lógica y el último inciso del artículo 292 del Código de Procedimiento Penal.

El punto de que parten el libelista y el Procurador, entonces, es equivocado. Fallan por principio en asumir que el informe de inteligencia es un relato fiel del informante y, por añadidura, en comparar lo incomparable, es decir los términos que contiene el acta del Das con los espontánea y fidedignamente vertidos en un acto procesal sometido a las formalidades legales del testimonio, en el cual además de haberse preservado la fidelidad de las respuestas se ahondó en detalles como producto de la dinámica propia del interrogatorio.

Aunque no con los mismos fundamentos, el Tribunal Nacional no dejó de referirse críticamente al informe de inteligencia. Adujo que no lo firmó el informante, que salvo una constancia que no forma parte del acta nada hace suponer que las informaciones que allí obran las haya efectivamente suministrado Zambrano Rojas y que en tales condiciones el documento no posee "...las formalidades legales que debe cumplir un acta, y menos una versión jurada, al punto que se pueda concluir, como lo argumenta la defensa, que el testimoniante imputó los mismos hechos a personas diferentes". (fl. 107 c. del Tribunal).

Pero independientemente de lo precedente, de la crítica de principio realizada al informe de que se sirvió el censor para la construcción del error de hecho planteado, no encontró el fallador "ninguna razón de peso" para cuestionar el relato ofrecido por el testigo ante la Fiscalía y en particular la imputación de narcotráfico que le hizo a Leonidas Vargas Vargas. La misma la juzgó "respaldada en circunstancias que la tornan verosímil". El Tribunal se refirió a las ellas y adicionalmente encontró la versión del testigo coherente con lo dicho por el oficial del Ejército Gilberto Rocha Ayala y en el mismo sentido de diversos medios de prueba, afirmativos de la dedicación del procesado al financiamiento del tráfico de drogas, como los testimonios del Coronel Alfonso Caldas Trujillo, De Lince Tavera Díaz, las declaraciones con reserva de identidad visibles a folio 2 del cuaderno reservado #1, a folio 49 del cuaderno original #1, otras dos rendidas el 23 de abril y el 28 de mayo de 1993 y los informes de inteligencia elaborados por organismos de seguridad del Estado, allegados debidamente al proceso y "...en los que se da cuenta pormenorizada de la organización para el tráfico de drogas, dirigida por Leonidas Vargas, alias 'El viejo' ". (fl. 111 c. del Tribunal).

Así las cosas, en consecuencia, inclusive admitiendo la hipótesis de que el contenido del informe de inteligencia del Das corresponda a la información suministrada por Lengen Zambrano Rojas, para la Sala es claro que la credibilidad que le otorgaron las instancias a su relato bajo juramento ante el instructor, no surgió porque sí. Estuvo especialmente apoyada en la verosimilitud de las circunstancias afirmadas por el testigo y sobretodo en el hecho de que otros medios de prueba lo respaldaban. Esta última eventualidad fue la que llevó al Procurador a pedirle a la Sala que mantuviera la sentencia condenatoria por la conducta tipificada en la ley 30 de 1986, no obstante haber concluido que el testimonio cuestionado carecía de eficacia demostrativa.

Si otros medios probatorios permiten el sostenimiento de la condena por dicha infracción a la ley penal, no resulta lógico desechar un testigo que ha declarado en el sentido indicado por las pruebas que se reivindican como fundantes de certeza de la responsabilidad penal del acusado, así en una intervención previa haya sostenido otra cosa, inclusive habiéndole atribuido un mismo hecho a una persona diferente, circunstancia ésta que –dicho sea de paso— no es completamente cierta en el caso examinado como seguidamente pasa a demostrarlo la Sala.

Tanto en el informe de inteligencia del Das como en el relato hecho por el testigo ante la Fiscalía se afirma que ingresó a la organización de Gonzalo Rodríguez Gacha como conductor. Que al ganar confianza fue trasladado a la Hacienda México desde la cual se hacían envíos de cocaína por vía aérea hacia el exterior. Y que lo mismo se hacía desde la Finca Caballo Blanco, ubicada en Buena Vista (Córdoba). La droga era envuelta en paquetes a los cuales se les marcaba con las denominaciones "Reina Bis" y "Centavo Uno". El contenido de la declaración y el informe, en consecuencia, está referido a hechos similares, siendo la diferencia entre los dos la circunstancia de que en el último en ninguna parte aparece mencionado Leonidas Vargas Vargas. Aquí se relacionan como propietarios de la droga Gonzalo Rodríguez Gacha, Jaime Galeano, Fernando Galeano, Kiko Moncada y César Cure. Ante la Fiscalía el declarante no citó a todos éstos e hizo referencia a Víctor Carranza y al procesado Vargas Vargas.

¿Mintió conscientemente Zambrano Rojas en alguna de dichas oportunidades o de manera involuntaria fue simplemente inexacto en sus relatos? Se trataba de un interrogante que debía resolver el juzgador en el proceso de apreciación de tales medios probatorios, aunque no a partir de una simple labor de comparación aislada entre los contenidos de la declaración y el informe, como lo hace el demandante, sino de la consideración global de los medios probatorios, como lo manda el artículo 254 del Código de Procedimiento Penal. Dicho análisis de conjunto fue el que condujo al Tribunal a otorgarle credibilidad a lo sostenido por Lengen Zambrano Rojas ante la Fiscalía, simplemente por la verosimilitud de su relato y, esto lo más importante, por encontrarse la imputación de narcotráfico

que le hizo a Leonidas Vargas Vargas soportada en otros medios de prueba.

Así las cosas, el supuesto error de hecho por falso juicio de identidad materia de examen, no tuvo ocurrencia. A juicio de la Sala el fallador, en desarrollo de su obligación legal de valorar las pruebas, le asignó mérito de certeza al testimonio de Zambrano Rojas, sin que en la tarea haya desbordado los principios de la sana crítica. El testigo no hizo afirmaciones increíbles, no superó los límites de lo razonable, tampoco la lógica o un principio de la ciencia, como para expresar válidamente que el Juez, al creerle, excedió las facultades que le confiere la ley en la apreciación de la prueba testimonial.

Así las cosas, las transgresiones de las reglas de la sana crítica aducidas por el demandante no tuvieron ocurrencia. De hecho, a criterio de la Sala, las circunstancias que relacionó no pueden admitirse como principios de la experiencia, de la lógica o de la ciencia (como las califica indeterminadamente el defensor), sino como factores necesariamente encadenados en el proceso de valoración de todo testimonio, que contribuyen a desentrañar su grado de credibilidad.

La sana crítica es el límite de la soberanía con la cual cuenta el juzgador en su tarea de apreciación probatoria en el sistema procesal colombiano y tal es la razón para que resulte marginal al recurso de casación la valoración que realice con sujeción a las reglas que la gobiernan, que no son otras que el examen reflexivo, razonable y lógico de los medios demostrativos, en la vía de los principios de la ciencia y sin desatender las máximas de la experiencia, es decir las formas como usual y reiteradamente tienen ocurrencia las cosas por efecto de las costumbres sociales.

Plantear un desbordamiento de la sana crítica en casación, entonces, hace imprescindible precisar la regla transgredida, demostrar que se trata de una regla y determinarla en cuanto a si es de ciencia, lógica o experiencia, señalando obviamente cómo de no haberse incurrido en la irregularidad otro habría sido el sentido del fallo, lo cual implica el ejercicio de confrontar los términos de la sentencia.

En el caso examinado –como se verá—el demandante no determina adecuadamente la clase de regla que reivindica como violada (si de ciencia, lógica o experiencia) y mucho menos la demuestra. Le bastó entonces señalar unas circunstancias que a su parecer le restan eficacia demostrativa al testimonio de Lengen Zambrano, a las cuales les puso el rótulo de reglas y que en realidad, como se dijo, no son exactamente a juicio de la Corte ni principios de la ciencia ni de la experiencia.

En primer lugar e independientemente del error del demandante de darle la entidad de "declaración" al acta del Das, no puede aceptarse como regla que cuando un testigo atribuye un mismo hecho en oportunidades

distintas a autores diferentes, no merece ningún tipo de credibilidad. Ese pensamiento mecánico es no solamente ilógico sino que resultaría funesto para la investigación criminal. Sólo piénsese en que bastaría lograr a través de la amenaza o del dinero un cambio de relato como el señalado, para que no se le atribuya al testigo ningún tipo de credibilidad. No es una regla, entonces, que ante un cambio fundamental en las versiones de un mismo declarante, éste deba ser desechado completamente. La regla ante una circunstancia así es que el testigo resulta sospechoso y que es indispensable por lo tanto escudriñar y analizar con suma rigurosidad las causas de la inconcordancia, en aras de determinar en dónde mintió y en dónde no lo hizo. Nunca el simple hecho de la variación, entonces, es una razón para el descrédito total y definitivo de las distintas afirmaciones del testigo.

Aunque no corresponde exactamente al caso examinado, sirve para fundamentar la conclusión anterior lo dicho por la Corte en otra oportunidad al señalar que "la retractación no es por sí misma una causal que destruya de inmediato lo sostenido por el testigo en sus afirmaciones precedentes. En esta materia, como en todo lo que atañe a la credibilidad del testimonio, hay que emprender un trabajo analítico, de comparación, a fin de establecer en cuál momento dijo el declarante la verdad en sus opuestas versiones. Quien se retracta de su dicho ha de tener un motivo para hacerlo, y este motivo debe ser apreciado por el Juez, para determinar si lo manifestado por el testigo es verosímil, obrando en consonancia con las demás comprobaciones del proceso".[3]

La coincidencia de las declaraciones de un mismo testigo, por otra parte, no es por sí misma "una excelente prueba de veracidad", como lo afirma el libelista. Ellas pueden ser obra de una persona hábil y artificiosa, excelentemente preparada y, en consecuencia, como lo afirma Gorphe en "la crítica del testimonio", dicha coherencia es una garantía insuficiente de veracidad.

En cuanto a las condiciones morales y el interés de testigo en el resultado del proceso, son ciertamente factores a tener en cuenta en la crítica de sus afirmaciones, pero no necesariamente la comprobación de una "frágil condición moral" o del interés, traducen automáticamente como respuesta la pérdida de credibilidad del declarante, por lo que tampoco son aceptables como reglas de la sana crítica las que bajo esos presupuestos adujo el casacionista. Frente a circunstancias así, aquí nuevamente la regla lógica es que existe un principio de sospecha sobre el testigo, más no es derivable de la simple existencia de las mismas una descalificación definitiva del declarante. Arribar a ésta presupone un proceso de análisis y de reflexión necesario, en el cual no se pierda de vista el conjunto probatorio ni el contexto propio de la actividad criminal en relación con la cual el testigo ofreció su relato.

El conocimiento directo de hechos como el del proceso lo tienen en la mayoría de las veces personas vinculadas de una u otra forma a la actividad delictiva respecto de la cual declaran. Por principio, entonces, son poseedores de una moralidad cuestionable y de inciertos intereses, por lo que resultaría absurdo determinar anticipadamente que son indignos de credibilidad, a partir de la aceptación de una regla como la planteada por el censor y respaldada por el Procurador Delegado.

En conclusión, entonces, se reitera, el juzgador no incurrió en ninguna irregularidad al conferirle credibilidad al testigo Lengen Zambrano Rojas.

b) Héctor Fabio Meneses Artunduaga en la declaración que rindió bajo reserva de identidad el 10 de febrero de 1993 (fl. 10 c.o. #2) detalló la relación que tuvo Leonidas Vargas con las Farc a raíz de un secuestro de que fue víctima en 1986; la forma como les contribuyó suministrándoles información sobre personas que podían ser secuestradas y, además, dinero y armas. Se refirió el testigo a que en un principio la guerrilla, a cambio de dinero, le prestaba seguridad a los laboratorios de Gonzalo Rodríguez y de Leonidas Vargas. A cómo éstos conformaron su propio ejército y desplazaron a los guerrilleros. Igualmente a la reacción de éstos en el Putumayo donde lograron tomarse la infraestructura allí dispuesta para el procesamiento de cocaína, dando muerte a un número significativo de trabajadores de la mafia. En dicha acción la guerrilla encontró más de 6.000 kilos de cocaína pura, Leonidas Vargas pidió negociar al respecto y llegaron a un acuerdo. La guerrilla devolvió la droga a cambio de dinero. A la muerte de Rodríguez Gacha todos los laboratorios pasaron a poder de Vargas Vargas, miembro del denominado cartel de Medellín, anotó el declarante.

Meses después Meneses Artunduaga, sin ocultar su identidad, le remitió al Director Regional de Fiscalías de Santa Fe de Bogotá una carta en la cual le expresaba que se retractaba del testimonio anterior (fl. 11 c.o. #7). Que lo hacía en consideración a que la Fiscalía lo había engañado ya que seguía prisionero en La Picota y que el relato que había suministrado no correspondía a la verdad. Que "el navegante" lo había preparado y que aunque es verdad que fue comandante guerrillero, el testimonio que dio fue bajo la promesa de dinero y solución de su problema jurídico. En conclusión, advierte, está arrepentido de haber acusado a Leonidas Vargas Vargas, una persona inocente dedicada a la ganadería.

El 20 de enero de 1994, la Fiscalía le recepcionó otra vez testimonio a Meneses Artunduaga (fl. 17 c.o. #7). Formalizó su retractación e insistió en que su primera versión la suministró preparado por "el navegante" quien le hizo entrega de un documento en el cual estaban contenidas las informaciones que debía suministrar.

Para el casacionista el Tribunal fraccionó indebidamente el testimonio de Meneses, atribuyéndole credibilidad a la primera versión y afirmando

que mintió en la retractación. Y a su parecer un declarante es veraz o no lo es, constituyéndose en un atentado contra las reglas de la lógica, la ciencia y la cultura el calificarlo como parcialmente creíble. Si rindió dos declaraciones y en la segunda se retractó de lo sostenido en la primera, mintió en una de tales oportunidades, por lo que en esas circunstancias no se puede atribuir ninguna credibilidad al testigo, es la conclusión del censor y con la misma estuvo de acuerdo el Procurador Delegado.

Debe señalar la Sala, como ya fue expresado, que si el testigo varía el contenido de una declaración en una intervención posterior, o se retracta de lo dicho, ello en manera alguna traduce que la totalidad de sus afirmaciones deban ser descartadas. No se trata de una regla de la lógica, la ciencia o la experiencia, en consecuencia, que cuando un declarante se retracta, todo lo dicho en sus distintas intervenciones pierda eficacia demostrativa. La retractación –como se dijo– no destruye las afirmaciones precedentes. Por ende, ante un relato inicial y uno siguiente que lo niega, el papel del juzgador es intentar establecer cuándo el testigo dijo la verdad y en la labor es lógico el examen de los motivos que en cada caso condujeron a sostener ciertas circunstancias, sin perder de vista en ningún momento el conjunto probatorio, lo cual es fundamental para establecer qué manifestaciones del testigo son verosímiles.

Así las cosas, si la regla de experiencia reivindicada por el censor en el caso examinado no es tal, la conclusión es que el pretendido yerro de identidad planteado no existe y que lo que lo que en últimas está discutiendo es la apreciación probatoria realizada por el juzgador, inatacable a través del recurso de casación en la medida que no se haya hecho con desbordamiento de la sana crítica, como aconteció en el examen del testimonio de Héctor Meneses Artunduaga.

El Tribunal Nacional analizó las versiones encontradas del testigo. Y razonablemente optó por otorgarle credibilidad a la primera por lo detallada y consistente. Esta la rindió Meneses 8 días después de que fue capturado y de que –según dijo– "el navegante" lo persuadió para que declarara falsamente en contra de Leonidas Vargas, suministrándole un escrito contentivo de lo que debía decir.

"...no es posible –señaló el Juez de segunda instancia sobre el particular– que en tal sólo ocho días, como lo aduce el testimoniante, éste haya memorizado los innumerables hechos que relató en su primera declaración, así como todos y cada uno de los detalles que los antecedieron y sucedieron, y a los que vincula la responsabilidad del procesado, circunstancias que por su perfecta hilvanación al acto de su narrativa, no es dable suponer que hayan llegado al conocimiento del testificante por simple memorización, pues en tal evento entiende la Sala, la versión se hubiera tornado fragmentaria, incoherente o descoordinada e inconclusa en algunos aspectos, no obstante, contrario a lo anterior, su primera versión

ofrece un relato detallado, coherente y secuencial de hechos, que sólo quien en efecto ha tenido un conocimiento directo de los mismos puede estar en capacidad de narrarlos bajo aquellas circunstancias, apreciación que tiene además su fundamento en que el testimoniante expuso en forma verosímil las razones por las que dichos acontecimientos habían llegado a su conocimiento, resaltando que los percibió en su condición de guerrillero adscrito a las FARC, militancia que le brindó la oportunidad de enterarse de algunas de sus condiciones personales que fueron relatadas incluso por éste en su versión de inquirir. Veáse, por ejemplo, que el testimoniante manifiesta haber tenido conocimiento que el sindicado había sido secuestrado por miembros de las FARC, que posteriormente se reunió con algunos de sus integrantes con el fin de acordar compromisos comunes adquiridos por las partes en razón de la actividad del narcotráfico desarrollada en el departamento del Caquetá, reunión que se realizó en la residencia del sindicado, ubicada en el sector de Unicentro de esta ciudad; al respecto, el vinculado, en su acto de descargos informó, que en efecto posee un inmueble ubicado en la calle 127 #30-24 y que ciertamente en alguna ocasión fue víctima de secuestro por parte de dicha organización. (...)

"Ahora –sigue el Tribunal—según lo expresado por Meneses Artunduaga en su segunda declaración, lo que el navegante le manifestó fue que estaba interesado en recoger información y datos contra Leonidas Vargas Vargas, datos que presumía podía suministrar el testimoniante, pues había operado como insurgente en el departamento de Caquetá. Dedúcese de lo anterior, que en el supuesto evento de que 'el navegante' hubiera adelantado alguna gestión para la procura de evidencias que comprometieran la responsabilidad del procesado, acudió precisamente ante quien consideraba estaba en capacidad de conocer dichas evidencias por su condición de militante de las FARC. Cabe entonces preguntarse, si ello fue así, cuál la razón para que 'el navegante' estimara que Meneses Artunduaga conocía hechos que afectaran la responsabilidad del procesado? Contradictoria resulta la versión del deponente, cuando por una parte argumenta que 'el navegante' le manifestó estar interesado en recoger datos en contra del procesado, para posteriormente aducir que fue este personaje quien le suministró toda la información, que luego vertió bajo la gravedad del juramento. Entonces, si la misión del 'el navegante' era recoger información en contra del procesado, resulta un absurdo que simultáneamente hubiera suministrado esa misma información a quien suponía ya la conocía, precisamente por su condición de guerrillero, y a quien le solicitaba testificar a cambio de dinero y beneficios jurídicos, cuyo reconocimiento no estaba en capacidad de garantizar.

"Indicativo de la mendacidad del testimoniante en su segunda versión, se torna igualmente el que haya asegurado que se comprometió a declarar contra el procesado, porque 'el navegante' no sólo le ofreció me-

diar para que se le reconocieran los beneficios jurídicos que se vienen citando, sino, que además le explicó, que el procesado últimamente se había dedicado a hostigar a su familia. De ser cierta la visita, qué razones tenía Meneses Artunduaga para creer en las promesas de 'el navegante'? Qué circunstancias le estaban indicando que el supuesto visitante, a quien no conocía con anterioridad, en efecto estaba en capacidad de intervenir para que la Fiscalía le reconociera beneficios por colaboración? Qué le podía importar que el vinculado hostigara o no a la familia de éste? A razón de qué tanta solidaridad y crédito para quien no se conoce?; y, es que tampoco puede afirmarse que su primera versión la hubiese dado por dinero. Meneses Artunduaga no precisa qué cantidad de dinero le ofreció o le entregó 'el navegante', de modo que se pueda considerar, que dada su carencia de escrúpulos, ello fue la razón que estimuló la declaración que ofreció contra Vargas Vargas. "Sometiendo las anteriores circunstancias a un análisis fundado en la sana crítica, debe concluirse entonces que los hechos relatados en este asunto en su primera versión por Héctor F. Meneses Artunduaga, llegaron a su conocimiento por percepción directa, que no es cierto que le hayan sido comunicados por Jorge Enrique Velásquez González (a. el navegante), pues entre otras razones tampoco resulta lógico el que este personaje le haya confiado a Meneses Artunduaga, la identidad de las personas a quienes les había hecho idéntica solicitud, entre los que señala a Vladimir, un muchacho vinculado a la insurgencia, quien en su versión jurada, identificándose como Vladimir Cordoba Reyes –nombre que contrario a la costumbre es el mismo con el que se le conocía en la organización insurgente— diferente a lo manifestado por Meneses A., indicó que quien le había contactado con aquella finalidad no fue 'el navegante', sino Leugen Zambrano Rojas; este tipo de diligencias por su esencia delictuosas no se confían obviamente a quien no se conoce, pues ello implicaría el correr riesgos innecesarios, situación que no permite tomar como ciertas las razones argumentadas por Meneses Artunduaga como estimulantes de su versión de cargos. Todo indica entonces -finaliza la cita—que la retractación de Meneses Artunduaga en su segunda atestación, obedeció al no reconocimiento de los beneficios que por colaboración eficaz creyó tener derecho, situación que concilió muy hábilmente, con la enemistad que entre 'el navegante' y el procesado existía, aspecto que debió conocer a lo menos por la prensa escrita, que ampliamente divulgó que la captura de Vargas Vargas se había logrado, gracias a las informaciones suministradas por aquél". (fl. 101 c. del Tribunal).

La transcripción revela sin ninguna duda que el juzgador no desbordó su soberanía en la valoración de la prueba que, como se dijo, encuentra como único límite la razón. Contempló las dos versiones del declarante, las sometió a la crítica respectiva y adujo las razones para creer en el primer relato y no en la retractación, sin que en el examen haya admitido circunstancias absurdas como para aceptar el error de hecho propuesto por el demandante. Por lo demás, como lo refirió en su concepto el Procu-

rador Delegado, otros medios probatorios –basilares también del fallo– permitían imputarle al procesado la infracción a la ley 30 de 1986 por la cual fue acusado, siendo ésta una circunstancia adicional que afianzaba otorgarle credibilidad al testigo.

Así las cosas, se reitera, toda vez que el juzgador no desbordó los dictados de la sana crítica en el proceso de valoración de los testimonios de Lengen Zambrano Rojas y Héctor Fabio Meneses Artunduaga, el cargo de violación indirecta de la ley sustancial que a partir de los mismos postuló el casacionista no está llamado a prosperar.

Es del caso señalar, además, que si no solamente sobre dichos medios de convicción fue estructurada la sentencia condenatoria, como se precisó en otra parte de esta providencia, era un deber ineludible del censor, para completar su propuesta, referirse críticamente a las demás pruebas tenidas en cuenta en el fallo para demostrarle a la Corte cómo a partir de las mismas éste no era sostenible, debiéndose como consecuencia dictar la sentencia de sustitución pretendida.

3) Las conclusiones precedentes de la Sala hacen fácilmente desestimable el supuesto falso juicio de existencia por omisión a que se refirió el casacionista en la última parte del primer cargo. Que se hayan allegado al plenario dos oficios procedentes de la Policía (el 1135 y 3l 175 de 1994), afirmativos de que a Leonidas Vargas Vargas no se le habían incautado laboratorios para el procesamiento de cocaína en el departamento del Caquetá, cuando en el proceso se cuenta con un sinnúmero de medios probatorios que lo ligan al tráfico de esa sustancia en cantidades claramente superiores a 5 kilos (incluyendo el informe de la Sijin del 30 de junio de 1993 citado por el Procurador y visible a folio 218 del c.o. #3), es una circunstancia que traduce la intrascendencia absoluta de la omisión alegada.

Que no se le hubieran incautado a Leonidas Vargas Vargas en el pasado laboratorios para el procesamiento de cocaína, de hecho, no es una hipótesis que logre la neutralización del cargo por infracción a la ley 30 de 1986 que se le imputó a partir de pruebas legal y oportunamente allegadas al proceso.

Ahora bien, la lógica final del recurrente es que si no existió incautación de cocaína de acuerdo con la prueba documental omitida, no era viable deducirle a su representado la agravante del numeral 3º del artículo 38 de la ley 30 de 1986, la cual establece como condición para poder duplicar las penas que "la cantidad incautada" de cocaína sea superior a 5 kilos. Ya la Sala en otra oportunidad se refirió a una interpretación similar y le dio los alcances pertinentes a la noción de cantidad incautada. En esta ocasión se reafirma la posición jurisprudencial, encontrándola como suficiente para responder a la inquietud del impugnante. Dijo la Corte:

"...la ley no puede interpretarse aislando las expresiones de su contexto, esto es, que para el caso concreto, toda la labor crítica interpretativa recaiga sobre la definición del verbo 'incautar', como si se tratara de una expresión suelta dentro del texto y sistemática legal, ya que lo que interesa en la función hermenéutica es buscar el sentido de la norma y no la de las expresiones independientemente consideradas. Así, lo primero que corresponde determinar es la razón de ser del numeral 3º del artículo 38 de la ley 30 de 1986, esto es, que se trata de una circunstancia agravante de la pena del tipo básico descrito en el artículo 33 y que como tal dispone el aumento de la pena por la cantidad de droga o sustancia constitutiva del objeto material del delito.

"Esto significa que el verbo incautar objeto de la censura, si se tomare aisladamente, no sería aplicable a todos aquellos eventos en que se probare la existencia del corpus delicti, no obstante que haya desaparecido su materia posteriormente, o a aquellas hipótesis típicas de que trata el referido artículo 33 como la de 'financiación', o inclusive en punto de los sujetos determinadores, o en el caso de la venta en el cual la sustancia, una vez hecha la negociación, se encuentra en poder del adquirente, quien pudo haberla consumido, etc.

"Trátase en consecuencia, de que en la sistemática de la ley, el 'incautar' no es nada menos que una típica imprecisión legislativa, que no obvia el encuentro de su real sentido, el cual no es otro que el de especificar un incremento de la pena cuando la droga objeto del delito exceda las cantidades previstas en el artículo 38-3 del estatuto nacional de estupefacientes". (Sentencia de diciembre 10 de 1997. M.P. Dr. Dídimo Páez Velandia).

El primer cargo, entonces, no está llamado a prosperar.

Segundo cargo

La pretensión del casacionista a través del mismo es demostrar la aplicación indebida del tipo penal de enriquecimiento ilícito (art. 1º del decreto 1895/89), al haber incurrido el juzgador en violación indirecta de la ley sustancial. El ataque contiene la proposición de dos errores de hecho. El primero por falso juicio de existencia, al haberse omitido la consideración en la sentencia de varios documentos que acreditan la no vinculación del procesado con actividades del narcotráfico. Y el segundo por falso juicio de identidad, al distorsionar el fallador la expresión fáctica del estudio contable aportado por la defensa y suscrito por el contador Pablo Enrique Builrago.

Los documentos que a juicio del libelista fueron omitidos son los oficios de la Policía 1135 y 175 de 1994 (certifican que a Leonidas Vargas no le aparecen incautados laboratorios para procesar cocaína), dos constancias de noviembre de 1994 de las Unidades de Fiscalía de Puerto Asís y La Hormiga Putumayo (hacen constar que no aparece radicada investigación

penal alguna en contra del procesado) y copia de las providencias del 19 de septiembre de 1990 (expedida por el Juzgado 21 de Instrucción Criminal Especializado de Neiva), del 8 de octubre de 1990 (expedida por el Juzgado 1º de Orden Público de Neiva) y de agosto 6 de 1990 (emanada del Tribunal Superior de Florencia), en las cuales los mencionados despachos judiciales no encontraron mérito para iniciar investigación penal en contra de Leonidas Vargas Vargas por conductas de narcotráfico o enriquecimiento ilícito de particulares.

Aunque ninguno de tales documentos hizo referencia a la vinculación del acusado con actividades de narcotráfico y a pesar de que en realidad el Tribunal Nacional en el sustento de la imputación de enriquecimiento ilícito de particulares no se refirió expresamente a los mismos, desde el punto de vista lógico lo que hizo fue marginarlos del análisis al contar con un sólido fundamento probatorio, indicativo de que Leonidas Vargas Vargas, en vigencia del decreto 1895 de 1989, incrementó injustificadamente su patrimonio –de 1.615.171.861.oo en 1990 a $5.332.312.183.oo en 1993— a partir de la financiación del tráfico de estupefacientes.

El ejercicio de la defensa fue relacionar los medios probatorios de carácter documental, decir que el juzgador los ignoró y que los mismos tenían vocación demostrativa de la ausencia de vínculos de su representado con actividades de narcotráfico. Y aunque adicionalmente advirtió que en las sentencias de primera y segunda instancia se acudió (para apoyar la imputación de enriquecimiento ilícito) a afirmaciones relativas a la dedicación del acusado a dicho tipo de actividades pero con anterioridad a la vigencia del decreto 1895 de 1989, la verdad es que la defensa, como lo hace ver el Procurador, no logró demostrar la trascendencia de la omisión alegada.

En su intento de hacerlo sencillamente transcribió apartes de la sentencia de primera instancia, en los cuales se aludió al incremento patrimonial del procesado a partir de 1985, señalando que de tal forma se violó el principio de legalidad del delito. Y que el Tribunal persistió en la conculcación de la garantía, al tener en cuenta el incremento patrimonial desde 1990 pero solamente para efectos de la tasación de la multa.

La Sala encuentra que el Tribunal Nacional, así no haya hecho mención de los medios probatorios a los cuales se refiere el yerro de omisión propuesto, presentó fundamentos claros y suficientes para soportar la imputación de enriquecimiento ilícito y en ningún momento transgredió el principio constitucional de legalidad de los delitos. Los siguientes apartes del fallo así lo demuestran:

"El incremento patrimonial se evidencia mediante el análisis de la situación económica reportada por el procesado para el año de 1990, ya en vigencia del tipo penal en estudio, comparada con la que registró en el año de 1993. En efecto, de acuerdo con el estudio contable elaborado a

instancias del procesado, el núcleo familiar de Leonidas Vargas para el año de 1990 presentaba un patrimonio líquido de $1.615.171.861.oo y para el año de 1993 dicho patrimonio líquido ascendió a la suma de $5.332.312.183.oo, de donde resulta que en dicho período el patrimonio económico de la familia Vargas Joven se incrementó desmesuradamente en $3.717.140.322.oo y como quiera que el procesado al ejercer su defensa no logró explicar convincentemente el origen de tan elevado acrecentamiento patrimonial, puesto que no se demostró que durante dicho período Leonidas Vargas hubiera tenido alguna fuente real de ingresos lícitos, y en cambio, por otro lado se estableció fehacientemente la vinculación del mismo con la actividad del narcotráfico, es por lo que para la Sala resulta indiscutible el carácter ilícito del enriquecimiento acreditado en cabeza del procesado y su núcleo familiar.

"Huelga advertir que se parte del consolidado económico registrado en 1990, prescindiéndose de los estados financieros correspondientes a los años anteriores, en acatamiento del principio de legalidad de la pena que impide sancionar los incrementos patrimoniales ilegales obtenidos antes del 24 de agosto de 1989, fecha en que entró a regir el artículo 1º del decreto 1895.

"La defensa ha pretendido –sigue el Tribunal—justificar el vertiginoso enriquecimiento reportado con supuestas operaciones exitosas de las sociedades 'Inversiones Ganaderas La Granja Ltda.' e 'Inversiones Varjo Ltda.' constituidas por el procesado, su esposa Belgica Joven de Vargas y sus hijos (...) Sin embargo, con respecto a 'Inversiones Varjo' debe decirse que según constancia que obra a folio 62 del cuaderno de incidentes, correspondiente a Bella María Vargas Vargas no fue posible verificar su real actividad mercantil, mucho menos su solidez como para admitir la veracidad de las gestiones de las que se pretende derivar el incremento patrimonial declarado por el experto contable, además es inaceptable que una empresa supuestamente tan próspera, de magníficos resultados haya desaparecido del tráfico comercial de forma repentina y sin dejar rastro alguno de su existencia material, pues, no fue posible allegar prueba de que hubiera tenido la necesaria infraestructura que se requería para su funcionamiento, como tampoco que hubiera contado con una nómina de empleados a su servicio. Similar situación puede predicarse de 'Inversiones Ganaderas La Granja Ltda.', sociedad que en 1990 poseía un capital de $259.002.000.oo y en 1991 lo incrementó hasta un equivalente de $877.681.000.oo, sin que se acreditara la real existencia de las operaciones comerciales que generó tan considerable incremento; ello independientemente de que no se haya acreditado de que dicho incremento operó a instancias de aquellas otras actividades comerciales a las que dice dedicarse el procesado, tales como la importación de vehículos y compraventa de inmuebles. La anterior situación permite afirmar que esas sociedades eran de papel y no logran convencer como causa eficiente del exagerado

incremento patrimonial, que tampoco el vinculado pudo justificar y sobre cuyo origen ilícito da cuenta la prueba testimonial, que señala como causa indubitable del incremento el que ya desde 1985 el sindicado se dedicaba al narcotráfico, actividad que como bien se sabe genera enormes ganancias económicas.

"Y si a todo lo anterior se suma el que los socios de las mencionadas personas jurídicas son la esposa de Leonidas Vargas y sus hijos comunes, la mayoría de los cuales eran menores de edad al momento de constituirse aquellas, y además no se demostró que tuviesen recursos económicos propios ni patrimonio independiente de sus padres, como para que se encontraran en real capacidad de hacer los aportes societarios de los cuales son titulares, debe concluirse por inferencia lógica que tales sociedades son de fachada, esto es, que fueron constituídas con la exclusiva finalidad de canalizar a través de ellas el dinero ilícito proveniente de actividades del narcotráfico, pretendiéndose así darle una apariencia de legalidad a un cuantioso patrimonio que tiene origen delictivo, y adicionalmente dificultar la estructuración de los tipos penales infringidos". (fl. 127 c. del Tribunal).

Al censor no le merecieron mayor importancia los anteriores fundamentos. Era su deber, seguidamente a la enunciación del error, enfrentar los términos lógicos del fallo y sin embargo no lo hizo. Básicamente, entonces, afirmó que varios documentos fueron omitidos sin demostrar cómo, de haberse tomado en cuenta, el fallo hubiera sido absolutorio por el cargo de enriquecimiento ilícito. Esta circunstancia, que representa un error técnico del recurso de casación, es suficiente para que el cargo no prospere. La Sala, sin embargo, no quiere pasar por alto señalar que no es cierta la afirmación del casacionista relativa a que el Tribunal sustentó el cargo de enriquecimiento ilícito con violación del principio de legalidad. Cierto que la Corporación se refirió a hechos anteriores a 1989 pero ello en manera alguna significó que hubiera extendido el delito a épocas anteriores a la vigencia del decreto 1895 de 1989. Decir, por ejemplo, que la causa del incremento patrimonial fue el tráfico de drogas y que se demostró testimonialmente la dedicación del procesado a dicha actividad desde 1985, no traduce que el juzgador le haya dado aplicación retroactiva al artículo 1º del decreto antes citado. Simplemente se trató de una información que conjugada con el análisis probatorio realizado, en el cual tuvo particular importancia la explicación nada convincente del procesado sobre el aumento significativo de su patrimonio, le permitió concluir al fallador que el origen de la riqueza de Leonidas Vargas Vargas siempre estuvo vinculado al narcotráfico y en particular entre 1990 y 1993, años a los cuales hizo clara referencia para calcular el monto del enriquecimiento ilícito, como puede constatarse en la transcripción realizada por la Sala.

La referencia a las sociedades Inversiones Ganaderas La Granja Ltda. e Inversiones Varjo Ltda., de otra parte, era imperativa si se tiene en cuen-

ta que se buscó explicar a través de ellas el incremento patrimonial del procesado. Que el análisis del Tribunal lo haya llevado a inferir que fueron sociedades que se constituyeron para canalizar las ganancias de la actividad ilícita ("de fachada"), para nada significa que se le haya imputado al acusado el delito por hechos anteriores a la vigencia del decreto que lo creó. Antes de éste igual el crimen organizado debía buscar la forma de legalizar el dinero obtenido ilícitamente y en tales condiciones las conclusiones del Juzgador acerca de la finalidad para la cual se crearon las compañías familiares señaladas, en manera alguna está fuera de lugar. Eran precisiones necesarias en el contexto del análisis realizado y las mismas en ningún momento pueden traducir la violación del principio de legalidad del delito, como lo pretende hacer ver el casacionista.

El otro error de hecho planteado tiene que ver con la supuesta distorsión de que fue objeto el estudio contable presentado por la defensa y que obra en cuaderno anexo. Dicho medio probatorio según el censor fue aportado al proceso para demostrar que el incremento patrimonial de la familia Vargas Joven se originó en actividades lícitas, pero no obstante ese propósito "...el sentenciador de manera irracional y caprichosa lo fraccionó haciéndole producir efectos probatorios en lo atinente al incremento patrimonial, más no en lo relativo a su justificación". Es decir, y tal es el cuestionamiento del casacionista, el estudio fue acogido sólo en parte, siendo su parecer que ha debido serlo en su totalidad.

Debe señalar la Sala, en primer lugar, que así diga el recurrente que se distorsionó el contenido de la prueba contable, no demostró que ello hubiera tenido ocurrencia. Y no podía ser de otra manera, si se tiene en cuenta que su reclamo radica exclusivamente en el hecho de que no se hayan aceptado como explicación del incremento patrimonial las actividades comerciales lícitas a que hizo referencia el estudio contable. No es, entonces, que el juzgador le haya hecho decir al medio de convicción cosas que no dice o que lo haya valorado con desbordamiento de la sana crítica. Lo que discute el censor, en consecuencia, es un problema de apreciación probatoria, ajeno completamente al recurso extraordinario de casación.

Dos fueron los grandes temas del estudio contable. El primero el inventario del patrimonio de la familia Vargas Joven y su variación año por año; y el segundo el origen de los recursos justificativos de su incremento. Que el juzgador en la determinación del aumento patrimonial se haya apoyado en dicho medio de prueba, pero que no lo haya tomado en cuenta para lo demás, no constituye ninguna equivocación. Sencillamente porque una cosa era el incremento del patrimonio, determinado dentro del proceso a través de otros medios de convicción, y otra muy diferente la fuente del enriquecimiento, que en esencia era el punto central del debate y respecto de la cual los juzgadores concluyeron razonadamente que era

la financiación por parte del procesado de actividades relacionadas con el narcotráfico.

Nada le imponía al juzgador atender la justificación del incremento patrimonial en la forma como lo hizo el contador, especialmente cuando el origen de la información de que se sirvió para ello no ofrecía la más mínima confianza, en consideración a que las pretendidas operaciones comerciales lícitas carecían completamente de soporte documental.

"...que el monto del incremento patrimonial señalado en el análisis contable haya sido considerado por el juzgador de instancia como producto de la conducta punible de la financiación de actividades relativas al narcotráfico –dijo el Tribunal Nacional en la sentencia recurrida—, tiene su fundamento, en que en efecto, al proceso no se aportaron la totalidad de los soportes contables de las operaciones comerciales que en el mismo se relacionan, como tampoco se demostró que las sociedades en cita poseyeran una estructura laboral y administrativa idónea para desarrollar actividades mercantiles que generaran un incremento patrimonial de la entidad del referenciado en el estudio contable.

"Obsérvese, que ni el mismo sindicado estuvo en capacidad de especificar o detallar las transacciones comerciales que originaron su enriquecimiento, vicio que se extendió al análisis contable, que sobre este aspecto se limitó a la relación de las mismas, sin detallar, ni aportar los soportes documentales del caso que permitieran tener por ciertas dichas operaciones.

"Por manera –concluye el Tribunal—que analizados en conjunto los elementos probatorios allegados al plenario conforme a los principios de la sana crítica, debe darse credibilidad al estudio contable aportado por la defensa en cuanto confirma el incremento patrimonial del procesado, más no en lo relativo a las supuestas actividades mercantiles con que pretende justificarlo". (fl. 117 c. del Tribunal).

Reitera la Corte, entonces, que el juzgador no incurrió en ninguna tergiversación del medio de prueba. Simplemente lo apreció, adoptó de él una de sus conclusiones que estaba igualmente determinada a través de otras pruebas y no le otorgó credibilidad en lo restante, pues el conjunto probatorio señalaba como realidad que el origen del incremento patrimonial estaba ligado con la actividad ilícita del narcotráfico a la que venía dedicado el procesado desde muchos años atrás.

No obstante que lo dicho es ya suficiente para que el cargo no prospere, es del caso referirse al argumento que el censor postula a partir del artículo 10 de la ley 43 de 1990. Dicha norma consagra la presunción legal de que los contadores públicos en los actos de su profesión que suscriben actúan conforme a la ley, de buena fe y que basan sus análisis o informes en datos fidedignos. En consecuencia, dice la defensa, al seña-

lar el juzgador que el contador en este caso debió haber anexado los soportes documentales de los datos que incluyó en el estudio, lo que hizo fue agregar "...un requisito más para que opere la fe pública que por ministerio de la ley el contador público otorga", desconociendo de tal manera "...la institución de dador de fe pública" de que se encuentran investidos los contadores públicos en los actos propios de su oficio.

El planteamiento, como primera medida, no tiene nada que ver con el error de hecho por falso juicio de identidad expresado. Lo que el mismo traduce es una discusión a nivel de tarifa legal. Esto es, que la ley le otorga un valor previo a los informes contables, los presume ciertos, y que en tales condiciones debió haberse otorgado total credibilidad al estudio contabilidad aportado por la defensa. Con ello lo que el censor hizo fue afirmar un yerro de identidad y aducir como demostración la que es propia de un error de derecho por falso juicio de convicción, lo cual constituye un desacierto más que confirma la improsperidad del cargo.

No está de más, sin embargo, indicar que no tiene razón el impugnante al pretender que el medio probatorio objeto de examen goza de la presunción a que se refiere el artículo 10 de la ley citada. En primer lugar, con excepción de lo previsto en el inciso 2º del artículo 247 del Código de Procedimiento Penal y de las eventualidades que pueden derivarse de aplicar el artículo 41 de la misma obra, en el proceso criminal no opera la tarifa legal. Por lo tanto cualquier medio de prueba, en desarrollo del sistema de persuación racional, se analiza conforme a las reglas de la sana crítica.

En segundo lugar, aunque –se reitera— nunca para efectos del proceso penal, la presunción legal anotada sólo opera en relación con los actos propios de los contadores frente a contabilidades regularmente llevadas. Nunca cuando se les encarga la realización de un estudio, ex post, para ser presentado como prueba de parte en el trámite de un proceso.

En suma, se desestimará el cargo objeto de consideración, no sin dejar de llamar la atención acerca de la petición de "nulidad oficiosa" elevada por el casacionista. Es verdad que de conformidad con el artículo 228 del Código de Procedimiento Penal la Corte en el marco del recurso de casación se encuentra autorizada para declarar nulidades que no hayan sido alegadas por el recurrente. Dicha previsión, sin embargo, no exonera al sujeto procesal del deber de plantear las irregularidades procesales que a su juicio generen nulidad de la actuación, como condición para que la Sala asuma el examen correspondiente. Pretender, sin más, que la Corte oficiosamente examine la posibilidad "...de la violación de la garantía fundamental del debido proceso en sus proyecciones de legalidad del delito y de la pena y presunción de inocencia, en lo atinente al punible de enriquecimiento ilícito...", es un despropósito. Y sobre la base de que la Sala no encuentra ninguna razón para pensar que dentro del proceso se incu-

rrió en una irregularidad sustancial, obviamente que no hará ningún análisis en la búsqueda de alguna.

Tercer cargo. (Subsidiario).

También fue apoyado en la causal 1ª de casación, cuerpo segundo, haciéndolo consistir el recurrente en que el juzgador violó el artículo 2º del decreto 3664 de 1986 (fabricación y tráfico de armas y municiones de uso privativo de las fuerzas militares), al suponer las pruebas demostrativas de los elementos del tipo penal "sin permiso de autoridad competente" y "de uso privativo de las fuerzas militares".

Para el defensor la única prueba en la cual se fundamentó la imputación señalada fue el testimonio de Lengen Zambrano Rojas, éste no hizo referencia a la falta de permiso de autoridad competente y dicho elemento no se demostró con otras evidencias, por lo que el sentenciador "...supuso la existencia de prueba sobre el elemento normativo en comento...". De otra parte, no se incautó el material bélico y no tuvo lugar ningún dictamen técnico que determinara las características de las armas y le permitiera al juzgador tener las relacionadas por el testigo como de uso privativo de las fuerzas armadas, por lo que también supuso la prueba de este elemento del tipo penal.

Si se tiene en cuenta que el libelista afirma que del testimonio de Zambrano Rojas, de la escueta descripción que hizo de las armas y las municiones, no era inferible que las mismas se encontraran comprendidas en el artículo 8º del decreto 2535 de 1993 y tampoco la ausencia de permiso permiso de autoridad competente para poseerlas, en realidad no está planteando un problema de suposición de prueba sino de inferencia, consistente en que del medio de prueba que sustentó el cargo no eran derivables racionalmente los elementos del tipo a que se hizo mención. El ataque, en consecuencia, ha debido intentarlo el casacionista por la vía del falso juicio de identidad. Es que en realidad el Tribunal Nacional derivó el cargo del dicho del testigo Zambrano Rojas y de ciertas reglas de la experiencia, lo cual significa que no es verdad que haya supuesto la prueba de los elementos normativos. Así las cosas, se repite, con lo que el defensor se encuentra en desacuerdo es con el proceso inferencial hecho por el fallador, por lo que resulta claro que el cargo examinado fue irregularmente planteado.

Pero no obstante la equivocación técnica, el demandante no tiene razón. En virtud del principio de libertad probatoria que rige en el proceso penal, cualquier hecho se puede demostrar a través de cualquiera de los medios probatorios autorizados. Y el Tribunal Nacional, con sustento en él, encontró satisfechos todos los elementos del tipo penal aludido a partir del testimonio de Lengen Zambrano Rojas y de algunos indicios, como se colige del siguiente aparte del fallo:

"...si sabemos que el sindicado se hallaba vinculado a la organización que para el procesamiento de narcóticos dirigía Gonzalo Rodríguez Gacha, que en una de las haciendas desde las que se efectuaban los embarques de propiedad de esta organización, concretamente 'caballo blanco' fueron halladas varias caletas contentivas de material bélico; si a esta organización, ni a ninguna otra que se dedique a la misma actividad, le es ajena su relación con armas y material bélico, máxime si se desarrollan en zonas de gran influencia subversiva como sucedió en este evento; si en ejercicio de la actividad ilícita tuvo el procesado graves enfrentamientos con las FARC, al punto que le fue necesario reclutar personal para su empresa criminal; si por reglas de experiencia sabemos que este tipo de custodia para su eficacia requiere el uso de armas altamente letales, si no existe como se motivó precedentemente, fundamentos serios para demeritar la capacidad probatoria que se desprende del testimonio de Lengen Zambrano que afirmó la realización del comportamiento, todo ello nos lleva a la conclusión de que, en efecto, simultánea con la actividad de la producción y financiación de cocaína a la que se dedicaba el sindicado, éste desplegó la conducta de suministrar armas a la organización, sin permiso de la autoridad competente, las que fueron transportadas a la población de Pacho el 12 de mayo de 1989, tal como lo afirmó Lengen Zambrano Rojas, y que por sus características son de uso privativo de las Fuerzas Militares, conforme al artículo 9º del decreto 2003 de 1982, entonces vigente, y al que rige actualmente, artículo 8º del decreto 2535 de 1993.

"El que no se hubieren incautado las prementadas armas no impide que esté debidamente acreditada la materialidad de la infracción, teniendo en cuenta el principio de la libertad probatoria, pues el deponente Lengen Zambrano señaló en forma clara las especificaciones del material bélico entregado por Vargas Vargas. En consecuencia, existe certeza del hecho punible consagrado en el artículo 2º del decreto 3664 de 1986, al igual que la autoría de Leonidas Vargas Vargas, tal como lo dispuso el Juez Regional".

Es evidente, entonces, que no es cierto que el juzgador haya encontrado demostrados los elementos del tipo penal sin prueba demostrativa de los mismos. Y así el cargo haya sido equivocadamente formulado por el defensor, debe precisar la Sala que no es necesaria la incautación de las armas ni un dictamen pericial que recaiga sobre las mismas para que sea viable establecer si sus características corresponden o no a las previstas para las de uso privativo de la fuerza pública. La libertad probatoria invocada por el Tribunal faculta al Juez para probar este elemento a través de cualquier medio probatorio y el mismo se dio por demostrado en el presente caso con el testimonio de Lengen Zambrano Rojas, lo cual no comporta ningún tipo de irregularidad.

El cargo, entonces, no está llamado a prosperar. Y tampoco la petición del Procurador Delegado consistente en que de oficio la Sala case parcial-

mente la sentencia y absuelva al procesado Leonidas Vargas Vargas por el delito de tráfico de armas en la modalidad de suministro. Esta solicitud está sostenida en la no credibilidad del testigo Zambrano Rojas, a la que el Agente del Ministerio Público ya había hecho alusión cuando se refirió al primer cargo de la demanda. Pero como la Sala sobre el mismo punto encontró que el juzgador al otorgarle crédito al declarante no vulneró las reglas de la sana crítica y que en consecuencia el mérito de certeza derivado de la prueba era incuestionable en sede de casación, resulta claro bajo los mismos fundamentos que la petición del Procurador es improcedente.

En realidad los hechos narrados por Zambrano Rojas y relacionados con el suministro de armamento no son inverosímiles, principalmente cuando su utilización es consustancial en actividades relacionadas con el narcotráfico y a las cuales se encontraba didicado el procesado. La descripción que de las armas hizo el testigo, además, permitía la deducción que hicieron los juzgadores de que correspondían a las previstas por la ley como de uso privativo de las fuerzas militares. Y adicionalmente el contexto en el que tuvo ocurrencia el hecho, referido por el declarante, en manera alguna podía llevar a pensar que se trataba de armamento amparado con permiso de la autoridad competente, como pareció sugerirlo el demandante al recordar la presencia de miembros de la fuerza pública en el traslado del armamento de Santa Fe de Bogotá a Pacho. La participación de éstos era completamente irregular de acuerdo al relato de Zambrano Rojas y quedó claro por lo tanto que se trataba de un suministro ilícito de armas.

Cargo cuarto (subsidiario).

Dos cuestiones plantea el casacionista. En primer lugar, que se violó directamente el artículo 14 del Código Penal, al ordenarse –como medida derivada de la condena por financiación de actividades de narcotráfico–, la anulación de los actos de constitución de las sociedades Representaciones Varjo & Cía. Ltda., e Inversiones Ganaderas La Granja Ltda. Para el censor el límite del fallador al adoptar medidas de restablecimiento del derecho es el perjuicio ocasionado a la víctima y el bien jurídico tutelado por el respectivo tipo penal, por lo que cuestiona la decisión anotada bajo el argumento de que no existe ninguna relación entre los contratos de sociedad anulados y el restablecimiento de los derechos a la salud y la salubridad públicas, afectados con la infracción al estatuto de estupefacientes.

Como segunda cuestión indica el recurrente, al fundamentar la aplicación indebida del artículo 104 del Código de Comercio, que si sólo uno de los socios de las personas jurídicas fue vinculado al proceso y sentenciado, no podía el juzgador acudir a esa norma que reclama que todos los socios conozcan los móviles contrarios a la ley que indujeron a la formación de la sociedad. A partir de aquí considera que a los demás socios no

se les podían afectar sus derechos sociales y que al hacerlo se les conculcó la garantía del debido proceso.

La Sala debe advertir, en primer lugar, que el cargo entraña una contradicción. Se discute por una parte la legalidad de la decisión de anular los actos de constitución de las sociedades y en seguida parte el libelista de considerar regular la orden, pero equivocada en cuanto a haberla hecho extensiva a terceros que no fueron cobijados con la declaratoria de responsabilidad penal, es decir a los familiares del procesado que aparecen como socios de las personas jurídicas anotadas. Sobre estos aspectos el defensor carece de interés para recurrir y por dicha razón no se hará ninguna referencia a ellos, no sin dejar de advertir que nada les impide a los terceros presentarse a la liquidación de las sociedades en defensa de sus intereses y de acuerdo con las reglas que rigen un procedimiento de esa naturaleza.

Por último, a pesar de la incorrección técnica en la formulación del cargo que se dejó observada, quiere referirse la Sala brevemente a la primera cuestión planteada por el impugnante para expresar que no es verdad que los juzgadores se hayan equivocado al ordenar, como consecuencia de la condena por narcotráfico, la cancelación de los actos constitutivos de las sociedades, al igual que la liquidación de las mismas.

El Tribunal Nacional, como sustento de la medida de "comiso o decomiso" como la denominó, expresó que la primera operación de tráfico de estupefacientes financiada por Leonidas Vargas Vargas tuvo lugar en diciembre de 1985, de acuerdo con el testimonio rendido por Lengen Zambrano Rojas.

" A partir de entonces –dice el fallo recurrido—siguieron haciéndose envíos sucesivos que se prolongaron en el tiempo derivándose de ellos cuantiosas ganancias con las cuales se incrementó desmesuradamente el patrimonio del procesado, disimulado a través de sociedades de fachada constituídas ex-profeso, utilizando para ello (a) los miembros de su núcleo familiar. En consecuencia, deberá ordenarse el decomiso en favor del Estado de todos los bienes adquiridos por el acusado directamente o a través de las sociedades que constituyó para esos efectos, Inversiones Ganaderas La Granja Ltda. e Inversiones Varjo Ltda., con posterioridad al mes de diciembre de 1985, según lo relacionado tanto en las declaraciones de renta aportadas al proceso como en el estudio contable realizado por el contador Pablo Enrique Buitrago y presentado por la defensa. Esto en el entendido de que tienen origen ilícito, concretamente que provienen de la actividad del narcotráfico, toda vez que, como se explicó en su momento, ni el procesado ni sus familiares en cuya cabeza radica la titularidad de los bienes, lograron desvirtuar los elementos de prueba que así lo señalan.

"Conforme a la garantía consagrada en el artículo 340 del Código de Procedimiento Penal –finaliza la cita—, esta medida comisoria se profiere sin perjuicio de los derechos que en relación con los bienes afectados llegaren a acreditar terceros de buena fe". (fl. 131 c. del Tribunal).

El análisis precedente y la conclusión se ajustan a la Constitución y a la ley. La primera autoriza en el artículo 34 la extinción del dominio sobre bienes adquiridos mediante enriquecimiento ilícito. La segunda, entre varias normas a través del artículo 47 de la ley 30 de 1986, no solamente permite el decomiso de los bienes utilizados para la realización de los delitos a que dicho estatuto se refiere, sino igualmente de los dineros y efectos provenientes de tales actividades, que en el caso concreto fue lo que decidieron las instancias.

Así las cosas, la violación de la ley sustancial alegada por el censor no tuvo ocurrencia. Con sustento en la conclusión de que el origen del patrimonio de las sociedades anotadas provenía del delito de financiación de tráfico de drogas ilegales, sencillamente se dio cumplimiento a la norma mencionada del Estatuto de Estupefacientes, e igualmente a las demás relacionadas por la Procuraduría en su concepto. La medida, entonces, en ningún momento estuvo orientada a reparar los daños sufridos por los consumidores de la cocaína, como equivocadamente lo afirma el recurrente, sino que se derivó de un imperativo constitucional y legal según el cual los bienes adquiridos al amparo de actividades delictivas no gozan de la protección o tutela del Estado, sino que se pierden a su favor a través de figuras como el comiso y la extinción del dominio.

El cargo, entonces, como los demás propuestos por el demandante, tampoco está llamado a prosperar, por lo que no se casará la sentencia.

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

RESUELVE:

NO CASAR la sentencia objeto del recurso de casación.

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.

COLISION DE COMPETENCIA-Funcionarios instructores/ LESIONES PERSONALES CONTRA FUNCIONARIO PUBLICO

Es claro que si durante la instrucción se presenta un conflicto de competencias entre funcionarios instructores, dirimido en su momento por la autoridad encargada de ello, su decisión y fundamentos no pueden ser posteriormente cuestionados y desconocidos, menos aún cuando no se ha presentado dentro del proceso circunstancia de ninguna índole que eventualmente pudiese permitir un análisis y conclusiones diferentes a las ya clara y razonablemente descritas.

Con relación a la calificación que se le dio a la conducta, es decir, de lesiones personales contra funcionario público, está prevista en norma especial que mantiene su vigencia (decreto legislativo 099, artículo 1°), pues fue elevado a legislación permanente por el artículo 12 del decreto extraordinario 2266 del mismo año. Basta con observar que con la expedición de la Ley 40 de 1993, el legislador quiso simplemente realizar un ajuste a las sanciones previstas en los tipos penales correspondientes, es decir, para el aumento de penas, preceptuando en su artículo 29 con relación al artículo 323 del Código Penal (Decreto 100 de 1980) «El que matare a otro incurrirá en prisión de veinticinco (25) a cuarenta (40) años»; y respecto del artículo 324 ibídem, en su artículo 30 dispone que «La pena será de cuarenta (40) a sesenta (60) años de prisión, si el hecho descrito en el artículo anterior se cometiere: ...», creando una nueva circunstancia de agravación en el numeral 8° (los demás no sufrieron modificación de ninguna índole), es decir, «Con fines terroristas, en desarrollo de actividades terroristas o en persona que sea o hubiese sido servidor público, periodista, candidato a cargo de elección popular, dirigente comunitario, sindical, político o religioso; miembro de la fuerza pública; profesor universitario, agente diplomático o consular al servicio de la Nación o acreditado ante ella, por causa o por motivo de sus cargos o dignidades o por razón del ejercicio de sus funciones, o en cualquier habitante del territorio nacional por sus creencias u opiniones políticas; o en sus parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil», textos que por

su claridad no autoriza al intérprete para que intente ni su extensión ni su limitación bajo el pretexto de hallarles su sentido.

Es cierto que el artículo 339 del mismo estatuto para los efectos de la agravación de las lesiones personales, remite a las circunstancias específicas del artículo 324, pero las circunscribe a que «Cuando con los hechos descritos en los artículos anteriores concurra alguna de las circunstancias señaladas en el artículo 324, las respectivas penas se aumentarán de una tercera parte a la mitad», es decir, las lesiones personales contempladas en los artículos 332 a 338 del Código Penal, pero de ninguna manera la preceptiva puede afectar tipos especiales o que con la introducción de una circunstancia agravante, de hecho deba entenderse que las disposiciones especiales han quedado tácitamente derogadas. Menos aún, que por tratarse de unas lesiones sin consecuencias y menores a los treinta (30) días de incapacidad como ocurre en el presente caso, con desconocimiento de la normatividad especial, se concluya que la circunstancia agravante del numeral 8° del artículo 324 del Código Penal, solamente puede comportar un aumento de la sanción como lo dispone el artículo 339 ibídem, con relación a la pena prevista para ellas, las que de conformidad con la Ley 23 de 1991 pasaron a ser contravención especial (artículo 1°, numeral 9°), modificado por el artículo 16 de la Ley 228 de 1995. Tal interpretación resulta francamente un despropósito jurídico.

En conclusión, tratándose de lesiones personales de las previstas en el Decreto Legislativo 099, artículo 1° de 1991 (elevado a legislación permanente por el artículo 12 del decreto extraordinario 2266 del mismo año), no cabe duda que la competencia para conocer de este asunto radica en los Jueces Regionales conforme a lo previsto en el artículo 71, numeral 4° del Código de Procedimiento Penal (artículo 9° de la Ley 81 de 1993).

Proceso No. 15236

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal.

Magistrado Ponente Dr. *Didimo Páez Velandia*

Aprobado Acta No. 076

Santa Fe de Bogotá, D. C., veinticinco (25) de mayo de mil novecientos noventa y nueve (1999).

De plano decide la Corte el conflicto negativo de competencia suscitado entre los Juzgados Penal del Circuito de Riosucio (Caldas) y uno Regional de Medellín, para conocer del proceso seguido contra Aníbal Rubio Sepúlveda y otros por los delitos de lesiones personales a funcionario

público, secuestro simple, hurto calificado y agravado y porte ilegal de armas de defensa personal.

ANTECEDENTES INMEDIATOS

De las diligencias remitidas a esta Corporación para dirimir el conflicto, se tiene que los hechos fueron sintetizados por la Unidad de Fiscalías Delegadas ante esta Corporación de la siguiente manera: "En la localidad de Riosucio (Caldas), en la noche del 11 de septiembre de 1995, un grupo de sujetos armados penetró en un supermercado denominado 'El Bodegón', situado en el mismo edificio cuyo nivel alto era ocupado por el hotel 'El Mirador'. Alguien se percató del hecho y anónimamente lo comunicó a la policía y hacia allá se desplazaron los uniformados Roberto Sánchez Navarro y José Dávila Alzate, quienes al tratar de ingresar al establecimiento fueron atacados con armas de fuego y el segundo resultó herido".

"Al verse descubiertos los delincuentes, tomaron a varios huéspedes del citado hotel como rehenes, entre quienes estaba el juez primero penal municipal de dicha localidad, doctor Duván Salazar Arias, quien tomado del cabello y apuntado con un arma fue obligado a salir con uno de los actores, aunque pudo escabullirse. Posteriormente los atacantes huyeron en un vehículo llevando con ellos como rehenes a los señores Carlos Alberto Morales y Luis Tamayo Osorio, a quienes más tarde dejaron libres en la vía a Irrá".

"La policía Nacional se hizo cargo del asunto y dio captura a los sujetos Armando Sánchez Roby, Jairo Fernando Guzmán y Edilson de Jesús Pérez, los cuales fueron puestos a disposición de la Fiscalía..." (fl. 4 y 5).

Con base en el informe del Departamento de Policía Caldas - Estación de Riosucio - y otras diligencias, el Fiscal 33 Delegado ante el Juzgado Penal del Circuito de la misma localidad el 12 de septiembre de 1995 (fl. 19), abrió la correspondiente investigación penal contra Jairo Fernando Guzmán Gómez, Edilson de Jesús Pérez Aguirre y Armando Sánchez Roby a quienes oyó en indagatoria los días 13 y 14 de los citados mes y año (fl. 28 a 31 vto.; 37 a 41 vto. Y 71 a 74 vto.). Por resolución del 18 de septiembre de 1995, el Fiscal instructor estimó que la competencia para seguir conociendo del asunto radicaba en los Fiscales Regionales de Medellín, ordenando el envío del expediente a los citados funcionarios (fl. 94).

El Fiscal Regional distinguido con el Código 210 dictó el 29 siguiente en contra de los dos primeros sindicados, medida de aseguramiento de detención preventiva sin beneficio de excarcelación, como coautores de los delitos de "Lesiones personales a funcionario, secuestro simple, hurto calificado y agravado y porte ilegal de armas y munición de defensa personal" y al último como cómplice en los punibles de "Lesiones personales a funcionario, porte ilegal de armas de fuego de defensa personal y hurto calificado y agravado (fl. 117 a 151).

El 23 de diciembre de 1995 fue capturado en Santa Fe de Bogotá Aníbal Rubio Sepúlveda (FL. 267), siendo trasladado a Medellín y puesto a disposición del Fiscal Regional instructor, quien le recibió indagatoria el 28 siguiente (fl. 274), decretándosele el 3 de enero de 1996 medida de aseguramiento de detención preventiva por "Lesiones personales a funcionario, hurto calificado y agravado y porte de armas y municiones de defensa personal" (fl. 277 a 287)

Por auto del 28 de marzo de 1996 (fl. 353) se declaró parcialmente cerrada la investigación, no obstante lo cual, por Resolución del 17 de mayo siguiente fue revocado, modificándose la calificación provisional contenida en las resoluciones que definieron la situación jurídica de los indagados, en el sentido de imponerles la medida no por el delito de Lesiones Personales contra funcionario público, sino por lesiones personales que describe el artículo 322 del Código Penal, agravado por la circunstancia prevista en el artículo 62 ibídem, ordenando el envío del proceso a la Fiscalía 33 Delegada ante el Juzgado Penal del Circuito de Riosucio, provocándole colisión negativa de competencia en el evento de no ser acogidos sus planteamientos (fl.399 a 408).

Por Resolución del 20 de junio del citado año, el Fiscal 33 Delegado ya mencionado, aceptó el conflicto provocado y dispuso que el asunto fuera remitido a la Unidad de Fiscalías Delegadas ante esta Colegiatura, siendo dirimido en favor de éste último funcionario (fl. 4 a 8), razón por la cual el expediente regresó al Fiscal Regional de Medellín por competencia.

Por resolución del 24 de julio de 1996, fue declarada cerrada la investigación (fl. 456), empero, el defensor de Aníbal Rubio Sepúlveda la recurrió en reposición para que ella no cobijara a su representado, siendo aceptada por el instructor en pronunciamiento del 20 de agosto siguiente (frl. 480 a 483). Por resolución del 11 de septiembre del mismo año, se otorgó a los sindicados inicialmente capturados la libertad provisional (fl. 511 a 514).

Superado un incidente de nulidad propuesto por el Agente del Ministerio Público (fl. 524 a 528), la investigación se clausuró también con relación a Aníbal Rubio Sepúlveda el 28 de octubre de 1996 (fl.585), calificándose su mérito con resolución de acusación contra todos los sindicados como coautores en los delitos de "Lesiones personales a funcionario, hurto calificado y agravado y porte ilegal de armas de defensa personal" y adicionalmente respecto de Jairo Fernando Guzmán Gómez y Edilson de Jesús Pérez Aguirre, por secuestro simple, precluyendo la instrucción en favor de todos por el homicidio en la persona de Alfonso Vásquez. Revocó la libertad provisional concedida a tres (3) de los procesados (fls. 612 a 646), decisión que fuera confirmada por el Fiscal Delegado ante el Tribunal Nacional el 16 de julio de 1997 en cuanto al procesado Rubio Sepúlveda y la preclusión decretada en favor de todos los sindicados (fl. 32 a 41).

Asumido el conocimiento del asunto por un Juez Regional de Medellín el 12 de agosto de 1997 (fl. 725), dentro del término del traslado de apertura a juicio, el defensor de Armando Sánchez Roby también recurrente, demandó la nulidad del pronunciamiento de segunda instancia por ausencia de motivación respecto del recurso de apelación contra la calificación, la que interpusiera en nombre de su representado y le fuera concedida. Siendo negada la nulidad pedida por Resolución del 8 de septiembre del mismo año, el Juez ordenó el envío de las copias a los Delegados ante el Tribunal Nacional para que se surtiera la alzada con relación al citado procesado y continuar el trámite del juicio con relación a los demás acusados, rompiéndose de esa forma la unidad procesal en cuanto al imputado Sánchez Roby (fl. 761 a 764).

Agotado el término probatorio y practicadas las diligencias ordenadas por el Juez, por Resolución del 24 de abril de 1998 se citó para sentencia (fl. 888),. El Ministerio Público demando del Juez se decretara la nulidad de lo actuado a partir del cierre del ciclo investigativo, pues según su criterio, la Jurisdicción Regional no es la competente para conocer del asunto, por cuanto el artículo 2° del Decreto 2326 de 1991, reformatorio del artículo 12 del Decreto 2266 del mismo año, por ser contrario a disposiciones superiores, debe inaplicarse conforme lo ordena el artículo 4° de la Carta Política (fl. 922 a 929).

La Colisión

El Juez Regional de Medellín, se declaró incompetente mediante providencia del 11 de septiembre de 1998, no por las razones aducidas por el Agente del Ministerio Público, sino porque "...el Congreso de Colombia en Enero 19 de 1993, expidió la Ley 40/93 y en su artículo 30, modificó el artículo 324 del Código Penal que a su vez creó una nueva causal de agravación punitiva para el homicidio (numeral 8°), fundamentando la agravación punitiva especialmente por los fines o actividades terroristas o por las personas contra las cuales se comete el homicidio; personalidades entre las cuales se encuentran los miembros de la Fuerza Pública, dándose en consecuencia una derogación tácita del art. 12 del decreto 2266/91 que era la norma en la cual estaba tipificada la conducta, por cuanto el legislador de turno no previó que al crear esta nueva causal de agravación punitiva estaba derogando la norma que penalizaba las lesiones personales contra empleado público, debido a la remisión normativa que hace el artículo 339 del Código Sustantivo para efectos de la agravación punitiva del delito de lesiones personales; de ahí, que sea aplicable la causal 8ª. del art, 324 C. P. a este delito".

"...La incompetencia del despacho -agrega-, es bajo unos supuestos jurídicos diferentes, que radican esencialmente en el sentido de que el lesionamiento ocasionado al agente de la Policía Nacional José Rodrigo

Dávila Alzate el día 12 de septiembre/95, según el dictamen pericial rendido por el médico legista, le reportó una incapacidad de ocho (8) días; de ahí, que dicho comportamiento humano esté al margen de la ley, pero no como delito, sino como una contravención por no haber superado los treinta (30) días de incapacidad; conducta que fue tipificada recientemente por el legislador como una contravención especial por medio de la ley 228/95, modificando a su vez la ley 23/91".

"Por eso, como se trata de una contravención especial por mandato expreso de la ley 228/95, art. 16; debe ser investigada y juzgada en primera instancia por los Jueces Penales Municipales, además de que dentro de la normatividad de dicha Ley, no encontramos que el legislador haya variado la competencia para conocer de dichas contravenciones cuando el lesionado sea un agente de la Policía Nacional, es decir, que así sea un sujeto pasivo calificado, las lesiones personales deben ser de conocimiento de los Jueces Penales Municipales, ya que únicamente es aplicable el art. 62 del C. P. como agravante específico de la pena, pero no para variar o asignar la competencia de las contravenciones".

"Ahora, de conformidad con el art. 32 ibídem se debe romper la unidad procesal cuando se presenta una conexidad entre las contravenciones y el delito, por eso las lesiones personales contra el Agente Dávila Alzate deben ser sancionadas en forma independiente de los otros delitos. De otro lado, observa el despacho que ese comportamiento contravencional ya se encuentra prescrito, porque han transcurrido más de dos años de haber ocurrido los hechos" (fl. 964 a 967).

Así las cosas, con relación a los demás delitos por los cuales se les dictó resolución de acusación a los imputados, por ser de competencia de los jueces ordinarios, ordenó el envío del proceso al Juez Penal del Circuito de Riosucio (Caldas), provocándose conflicto negativo de competencias en el evento de no ser aceptados sus planteamientos.

Por su parte este último funcionario, en proveído de fecha 12 de noviembre de 1998, para rechazar la competencia para conocer de este proceso, enfáticamente manifiesta que se resiste "....a aceptar las benigna y casi impune calificación con la cual se sella el evento que lleva a discutir aquí la competencia. Solo una queja de inconformidad cabe ahora como protesta por lo que en sede de Fiscalía se agotó una acusación por mero atentado contra la integridad personal, cuando la relación fáctica y probatoria bajo una óptica apenas racional, enseña un conato grave contra la vida del guardia público, como lo ilustró en su momento la Fiscalía Delegada ante la H. Corte Suprema de Justicia".

"Admitimos, entonces, la colisión propuesta, porque consideramos que la Ley 40/93 no derogó íntegramente, ni tácita ni expresamente el art. 12 del Decreto Extraordinario 2266/91 que le dio vida permanente al D. L. 099/91, art. 1°. Tampoco estimamos que la L. 228/95, legislación espe-

cial para sancionar conductas leves, subsuma las lesiones personales contra funcionario público (sujeto pasivo calificado) y por ello enmarcadas dentro de la norma de orden público citada y que por lo tanto, no es tarea de este despacho adelantar la causa".

"La Ley 40/93 se ocupó básicamente de Aumentar las penas en los delitos de Homicidio y Secuestro, *normatividad declarada acorde con la Carta Política en sentencia C-565 de diciembre 7/93, M. P. Dr. Hernando Herrera V., permitiendo ello concluir que esta* ley antisecuestro *apenas derogó parcialmente el art. 1° del D. L. 099/91, concretamente abrogó lo relacionado con el Homicidio, dejando incólume y en pleno vigor los restantes delitos enumerados allí, esto es, constreñimiento ilegal, tortura y lesiones personales que se cometan en alguna de las personas relacionadas en el numeral 1° del art. 6° del D. L. 2790/90, por causa o por motivo de esos cargos o dignidades o por razón del ejercicio de sus funciones; que radica y mantiene la competencia en la justicia regional (art. 71 num. 4° C. P. P.), lo que nos motiva, insistimos, a rehusar, al menos por ahora, asumir oficiosamente el conocimiento de esta causa, hasta que la Honorable Corte Suprema de Justicia dirima el conflicto que el Juzgado de Medellín nos propone y que nosotros aceptamos, al concebir que este delito, dada su gravedad queda recogido aún en esta disposición especialísima, como al parecer fue el motivo que inspiró su emisión y no en la norma remisoria del artículo 339 del C. P., ya que al penetrar en su análisis puede llegar a negarse su efectividad y eficacia como la consecuencia inmune que dedujo el Juzgado Regional" (fl. 984 y 985).*

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

Sea lo primero destacar que la Unidad Nacional de Fiscalías Delegadas ante esta Corporación, en resolución del 17 de junio de 1996 se ocupó del conflicto suscitado entre un Fiscal Regional de Medellín y el Fiscal Delegado ante el Juzgado Penal del Circuito de Riosucio (Caldas), asignándole el conocimiento al primero, refiriéndose a la vigencia del artículo 1° del Decreto 099 de 1991 y sobre la adecuación típica de los comportamientos realizados por los imputados.

Con relación a lo primero, advierte que "la citada normatividad tiene plena vigencia en cuanto hace referencia a los punibles de constreñimiento ilegal, tortura y lesiones personales, pues en relación con el punible de homicidio se produjo derogación parcial a través de la ley 40 de 1993, posterior a aquella".

"No asiste razón a la Fiscalía Regional en su criterio de no considerar vigente ese decreto 099 de 1991, bajo la consideración de ser violatorio del principio de tipicidad, pues, la disposición allí contenida constituye un verdadero tipo en blanco que, como bien se sabe, es aquél 'cuya conducta no está integralmente descrita en cuanto el legislador se remite al mismo o a

otro ordenamiento jurídico para actualizarla o precisarla', *tal como lo concibe Alfonso Reyes Echandía. En este caso la remisión de dicha norma es a los tipos penales de constreñimiento ilegal, tortura y lesiones personales, perfectamente definidos en el Código Penal*".

En cuanto a la tipicidad de las acciones realizadas por los delincuentes, la Delegada puntualizó que "La adecuación de algunas de tales acciones en los tipos penales de hurto calificado y agravado, secuestro simple y porte ilegal de armas de fuego clasificadas como de defensa personal, no entraña ninguna dificultad, por lo obvio de la situación, pero lo propio no puede decirse de la utilización de estas armas para evitar la intervención de la Policía y la lesión causada en el tórax a uno de sus agentes en el curso de la acción delictuosa, la que se produjo cuando el policial José Dávila Alzate abrió la puerta de entrada del establecimiento mencionado".

"En casos como éste y similares suele ser dificultoso establecer directamente la intención del agente al realizar el acto lesivo, atendidas las circunstancias de no haber hecho éste manifestación alguna sobre ello y ser el resultado de la agresión una lesión de escasa gravedad. Sin embargo, por vía indirecta (indiciaria) es perfectamente posible inferir ese propósito de hechos como el medio empleado para el ataque, las circunstancias como se produce, la parte del cuerpo lesionada, etc."

"Aplicando estos lineamientos al caso examinado, tenemos que el medio empleado fue un arma de fuego de gran poder, cuya idoneidad para causar la muerte era obvia. De otra parte, es notorio que no fue dirigida al aire ni a las piernas de la víctima sino directamente a su cuerpo (el tórax) y ello se produjo en circunstancias apremiantes de los delincuentes en que solo eliminando a quienes obstaculizaban su acción criminal, podían llevarla a cabo o escapar de la acción de las autoridades".

"Entonces -concluye-, la agresión contra el agente Dávila Alzate aparece indiciariamente como una verdadera tentativa de homicidio y no una mera lesión personal, conforme lo sostiene la Fiscalía Regional".

"Siendo ello así, el indicado comportamiento encuentra adecuación en el tipo penal de Homicidio agravado por las circunstancias del artículo 324, numeral 8° del Código Penal, en grado de tentativa, cuyo conocimiento, así como el de los delitos conexos, corresponde a los jueces regionales, por mandato del artículo 71, numeral 5° del Código de Procedimiento Penal" (fl. 7 y 8).

Es claro que si durante la instrucción se presenta un conflicto de competencias entre funcionarios instructores, dirimido en su momento por la autoridad encargada de ello, su decisión y fundamentos no pueden ser posteriormente cuestionados y desconocidos, menos aún cuando no se ha presentado dentro del proceso circunstancia de ninguna índole que

eventualmente pudiese permitir un análisis y conclusiones diferentes a las ya clara y razonablemente descritas.

En cuanto al conflicto aquí presentado resultan por decir lo menos, absurdos los planteamientos del Juez Regional para deshacerse del conocimiento de este asunto, pues no admite duda alguna que a lo largo de la investigación y lo corrido del juicio, nadie ha cuestionado la cualificación del sujeto pasivo del delito, así como tampoco del indiscutible ejercicio de sus funciones para el momento de los hechos, pues su presencia en el lugar del asalto no era accidental, sino correspondiente a la prestación del servicio de vigilancia.

Así las cosas, bajo un entendimiento desproporcionado e inconsecuente, se atreve a sostener que al expedirse la Ley 40 de 1993, se presentó una derogación tácita del artículo 12 del Decreto 2266 de 1991 que era la norma en la cual estaba tipificada la conducta que penalizaba las lesiones personales contra empleado público, "debido a la remisión normativa que hace el artículo 339 del Código Sustantivo para efectos de la agravación punitiva del delito de lesiones personales; de ahí, que sea aplicable la causal 8° del art. 324 C. P. a este delito" (fl. 966).

Debe precisarse, como lo hizo el Fiscal Delegado ante esta Corporación, que la lesión sufrida por uno de los agentes de policía que acudieron al sitio de los acontecimientos, si bien es cierto que de conformidad con lo dictaminado por el forense únicamente le representó una incapacidad de ocho (8) días sin consecuencias, también lo es que el sitio donde recibió el impacto (tórax), apunta no a simple intención de causar una lesión, sino de atentar gravemente contra su vida, con la finalidad de liberarse los delincuentes de la oportuna intervención de la autoridad que concurrió al lugar para evitar el atentado contra el patrimonio económico e integridad personal de las víctimas y rehenes, quienes finalmente obtuvieron su liberación.

Esta conducta de tentativa de homicidio, que ha debido ser la imputada en el pliego de cargos, fue desatendida por los funcionarios de primera y segunda instancia que calificaron el mérito de la instrucción, no obstante la advertencia de la Delegada ante la Corte.

Ahora bien: con relación a la calificación que se le dio a la conducta, es decir, de lesiones personales contra funcionario público, está prevista en norma especial que mantiene su vigencia (decreto legislativo 099, artículo 1°), pues fue elevado a legislación permanente por el artículo 12 del decreto extraordinario 2266 del mismo año. Basta con observar que con la expedición de la Ley 40 de 1993, el legislador quiso simplemente realizar un ajuste a las sanciones previstas en los tipos penales correspondientes, es decir, para el aumento de penas, preceptuando en su artículo 29 con relación al artículo 323 del Código Penal (Decreto 100 de 1980) "El que matare a otro incurrirá en prisión de veinticinco (25) a cuarenta (40) años";

y respecto del artículo 324 ibídem, en su artículo 30 dispone que "La pena será de cuarenta (40) a sesenta (60) años de prisión, si el hecho descrito en el artículo anterior se cometiere: ...", creando una nueva circunstancia de agravación en el numeral 8° (los demás no sufrieron modificación de ninguna índole), es decir, "Con fines terroristas, en desarrollo de actividades terroristas o en persona que sea o hubiese sido servidor público, periodista, candidato a cargo de elección popular, dirigente comunitario, sindical, político o religioso; miembro de la fuerza pública; profesor universitario, agente diplomático o consular al servicio de la Nación o acreditado ante ella, por causa o por motivo de sus cargos o dignidades o por razón del ejercicio de sus funciones, o en cualquier habitante del territorio nacional por sus creencias u opiniones políticas; o en sus parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil", textos que por su claridad no autoriza al intérprete para que intente ni su extensión ni su limitación bajo el pretexto de hallarles su sentido.

Es cierto que el artículo 339 del mismo estatuto para los efectos de la agravación de las lesiones personales, remite a las circunstancias específicas del artículo 324, pero las circunscribe a que "Cuando con los hechos descritos en los artículos anteriores concurra alguna de las circunstancias señaladas en el artículo 324, las respectivas penas se aumentarán de una tercera parte a la mitad", es decir, las lesiones personales contempladas en los artículos 332 a 338 del Código Penal, pero de ninguna manera la preceptiva puede afectar tipos especiales o que con la introducción de una circunstancia agravante, de hecho deba entenderse que las disposiciones especiales han quedado tácitamente derogadas. Menos aún, que por tratarse de unas lesiones sin consecuencias y menores a los treinta (30) días de incapacidad como ocurre en el presente caso, con desconocimiento de la normatividad especial, se concluya que la circunstancia agravante del numeral 8° del artículo 324 del Código Penal, solamente puede comportar un aumento de la sanción como lo dispone el artículo 339 ibídem, con relación a la pena prevista para ellas, las que de conformidad con la Ley 23 de 1991 pasaron a ser contravención especial (artículo 1°, numeral 9°), modificado por el artículo 16 de la Ley 228 de 1995. Tal interpretación resulta francamente un despropósito jurídico.

En conclusión, tratándose de lesiones personales de las previstas en el Decreto Legislativo 099, artículo 1° de 1991 (elevado a legislación permanente por el artículo 12 del decreto extraordinario 2266 del mismo año), no cabe duda que la competencia para conocer de este asunto radica en los Jueces Regionales conforme a lo previsto en el artículo 71, numeral 4° del Código de Procedimiento Penal (artículo 9° de la Ley 81 de 1993).

Así las cosas, corresponde al Juez Regional de Medellín continuar con el trámite del proceso.

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

RESUELVE:

1° DIRIMIR el conflicto de competencia aquí planteado, en el sentido de atribuir el conocimiento de estas diligencias seguidas contra Aníbal Rubio Sepúlveda y otros al Juzgado Regional de Medellín a quien se le remitirá el proceso.

2° Comuníquese esta decisión al Juez Penal del Circuito de Riosucio (Caldas) 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, Dídimo Páez Velandia. Nilson E. Pinilla Pinilla.*

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

CASACION DISCRECIONAL-Requisitos

De acuerdo con el artículo 224 del Código de Procedimiento Penal, el despacho que haya proferido la sentencia, dentro de los tres (3) días siguientes al vencimiento del término para recurrir, decidirá si concede o deniega la casación común. Esta última opción la tiene el funcionario cuando el fallo, objetivamente, no sea susceptible de la impugnación extraordinaria, conforme con el artículo 218, inciso 1° idem, decisión que debe adoptar por medio de auto de sustanciación especial o notificable, en relación con la cual procede el recurso de hecho (arts. 186 y 207 *ibídem*).

Nótese que la eventual decisión de denegar el recurso de casación común no es exclusiva de los tribunales, sino que también corresponde a los juzgados de segunda instancia, cuando aquella impugnación se proponga por fuera de los requisitos objetivos y concurrentes señalados en el mencionado artículo 218, inciso 1°. Con razón la norma del artículo 224, de manera abierta y no restringida, dice que la resolución sobre la procedencia de la casación debe tomarla «quien haya proferido la sentencia» y, para abundar en la mayor racionalidad de esa facultad radicada también en los juzgados de circuito, el ordenamiento procesal penal consagra la posibilidad de interponer el recurso de hecho en contra de dicha decisión.

Sólo en el caso de la modalidad discrecional, los juzgados de circuito o los tribunales carecen de esa potestad inicial de evaluar la procedencia o improcedencia del recurso de casación, pues allí la competencia radica exclusivamente en la Corte, siempre y cuando el escrito instruie, por lo menos, los motivos que legalmente condicionan el impulso de la institución. No es que tales despachos deban evaluar, de una vez, la sustentación orientada a los fines de la casación discrecional, sino que sólo pueden desprenderse de su facultad cuando algo sugiera que la pretensión es la de dicha figura excepcional, mas no porque el impugnante se equivoque radicalmente al optar por un recurso extraordinario notoriamente improcedente.

Así pues, aunque el recurrente es el procesado, sujeto procesal en relación con el cual se acostumbra alguna amplitud en el entendi-

miento de sus peticiones, para el caso de la casación discrecional, por lo menos, el interesado debe hacer alguna mención, así sea por medio del lenguaje de lo meramente fáctico, que sugiera el propósito de que se le proteja un derecho fundamental violado en las instancias o la necesidad de ambientar jurisprudencialmente un tema aún no tratado o deficientemente considerado en los antecedentes de la Corte.

El orden lógico frente a una petición escueta de «casación», o por medio de términos similares, sería que el juzgador de segunda instancia se pronunciara sobre la procedencia o improcedencia del recurso extraordinario, conforme con el artículo 224 del C. de P. P., siempre que no haya manifestaciones adicionales que indiquen la búsqueda de la casación discrecional, así sea en el lenguaje profano de los procesados, aunque un eventual exceso o una equivocada apreciación en esta última materia bien podría removerse por la vía del recurso de hecho.

El contexto de justificación es diferente para aquellos casos en que el procesado equivocadamente escribe «apelo», al momento de la notificación de una sentencia de segunda instancia proferida por un Tribunal, en relación con delitos cuya sanción máxima es igual o superior a seis (6) años, pues en estas eventualidades corriente y directamente, por disposición de la ley, procede el recurso de casación y, como esa sería la única vía de impugnación que le queda al agraviado, lo sensato es entender de ese modo aquella antitécnica expresión. En los eventos de fallos de segunda instancia dictados por los juzgados de circuito, o de los que profieren los tribunales por delitos cuya pena máxima no alcanza el requerimiento legal, por el contrario, lo corriente es que no proceda el recurso de casación y no podría declararse que indefectiblemente lo que se quiere es la casación discrecional, salvo expresiones que así lo sugieran.

Con las aclaraciones vistas, los jueces o tribunales de segunda instancia no deben remitir a la Corte solicitudes tan abiertas, pues primero han de intentar sobre ellas el examen preliminar previsto en el artículo 224 del C. de P. P., salvo que adviertan referencias que justifiquen la intervención extraordinaria y excepcional de esta Corporación.

Proceso No. 15675

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal

Magistrado Ponente Dr. *Jorge Aníbal Gómez Gallego*

Aprobado Acta N° 76

Santa Fe de Bogotá, D. C., veinticinco de mayo de mil novecientos noventa y nueve.

VISTOS

En relación con la sentencia fechada el 17 de febrero de 1999, dictada en segunda instancia por el Juzgado Cuarenta y Cuatro Penal del Circuito de Santa Fe de Bogotá, por el delito de hurto calificado-agravado, el procesado José Miguel Fernando Alvaro Rodríguez Vargas manifestó por escrito que interponía "el recurso de casación ya que es viable y procedente mi petición" (fs. 27).

El Juzgado, por medio de auto del 16 de marzo pasado, decidió enviar la actuación a la Corte para resolver "sobre la eventual aceptación de la casación discrecional".

LA SALA CONSIDERA

Como el recurrente invocó genéricamente al vocablo "casación", el Juzgado de Circuito entendió que se refería a la "casación discrecional", tal vez porque es evidente que la casación común no procede en relación con las sentencias de segunda instancia proferidas por despachos de esa categoría.

Ya se sabe que la casación excepcional legalmente procede sólo por dos razones: necesidad de desarrollar o aclarar la jurisprudencia o por garantía de los derechos fundamentales (C. P. P., art. 218, inciso 3°). Sin embargo, como no existe la más leve sugerencia a los motivos legales de la casación excepcional, la comprensión del juzgado no deja de ser arriesgada y sustitutiva del carácter rogado de los recursos.

En efecto, de acuerdo con el artículo 224 del Código de Procedimiento Penal, el despacho que haya proferido la sentencia, dentro de los tres (3) días siguientes al vencimiento del término para recurrir, decidirá si concede o deniega la casación común. Esta última opción la tiene el funcionario cuando el fallo, objetivamente, no sea susceptible de la impugnación extraordinaria, conforme con el artículo 218, inciso 1° idem, decisión que debe adoptar por medio de auto de sustanciación especial o notificable, en relación con la cual procede el recurso de hecho (arts. 186 y 207 ibidem).

Nótese que la eventual decisión de denegar el recurso de casación común no es exclusiva de los tribunales, sino que también corresponde a los juzgados de segunda instancia, cuando aquella impugnación se proponga por fuera de los requisitos objetivos y concurrentes señalados en el mencionado artículo 218, inciso 1°. Con razón la norma del artículo 224, de manera abierta y no restringida, dice que la resolución sobre la procedencia de la casación debe tomarla "quien haya proferido la sentencia" y, para abundar en la mayor racionalidad de esa facultad radicada también

en los juzgados de circuito, el ordenamiento procesal penal consagra la posibilidad de interponer el recurso de hecho en contra de dicha decisión.

Sólo en el caso de la modalidad discrecional, los juzgados de circuito o los tribunales carecen de esa potestad inicial de evaluar la procedencia o improcedencia del recurso de casación, pues allí la competencia radica exclusivamente en la Corte, siempre y cuando el escrito insinúe, por lo menos, los motivos que legalmente condicionan el impulso de la institución. No es que tales despachos deban evaluar, de una vez, la sustentación orientada a los fines de la casación discrecional, sino que sólo pueden desprenderse de su facultad cuando algo sugiera que la pretensión es la de dicha figura excepcional, mas no porque el impugnante se equivoque radicalmente al optar por un recurso extraordinario notoriamente improcedente.

Así pues, aunque el recurrente es el procesado, sujeto procesal en relación con el cual se acostumbra alguna amplitud en el entendimiento de sus peticiones, para el caso de la casación discrecional, por lo menos, el interesado debe hacer alguna mención, así sea por medio del lenguaje de lo meramente fáctico, que sugiera el propósito de que se le proteja un derecho fundamental violado en las instancias o la necesidad de ambientar jurisprudencialmente un tema aún no tratado o deficientemente considerado en los antecedentes de la Corte.

El orden lógico frente a una petición escueta de "casación", o por medio de términos similares, sería que el juzgador de segunda instancia se pronunciara sobre la procedencia o improcedencia del recurso extraordinario, conforme con el artículo 224 del C. de P. P., siempre que no haya manifestaciones adicionales que indiquen la búsqueda de la casación discrecional, así sea en el lenguaje profano de los procesados, aunque un eventual exceso o una equivocada apreciación en esta última materia bien podría removerse por la vía del recurso de hecho.

El contexto de justificación es diferente para aquellos casos en que el procesado equivocadamente escribe "apelo", al momento de la notificación de una sentencia de segunda instancia proferida por un Tribunal, en relación con delitos cuya sanción máxima es igual o superior a seis (6) años, pues en estas eventualidades corriente y directamente, por disposición de la ley, procede el recurso de casación y, como esa sería la única vía de impugnación que le queda al agraviado, lo sensato es entender de ese modo aquella antitécnica expresión. En los eventos de fallos de segunda instancia dictados por los juzgados de circuito, o de los que profieren los tribunales por delitos cuya pena máxima no alcanza el requerimiento legal, por el contrario, lo corriente es que no proceda el recurso de casación y no podría declararse que indefectiblemente lo que se quiere es la casación discrecional, salvo expresiones que así lo sugieran.

Con las aclaraciones vistas, los jueces o tribunales de segunda instancia no deben remitir a la Corte solicitudes tan abiertas, pues primero han de intentar sobre ellas el examen preliminar previsto en el artículo 224 del C. de P. P., salvo que adviertan referencias que justifiquen la intervención extraordinaria y excepcional de esta Corporación.

Dado que en este caso el juzgado no ha hecho la evaluación referida en el acápite anterior, legalmente signada dentro de su competencia, pues apenas hizo la remisión del expediente por auto de sustanciación, se devolverá la actuación para que proceda en la forma indicada.

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

RESUELVE:

Abstenerse de pronunciamiento sobre el recurso de casación discrecional instituado por el Juzgado Cuarenta y Cuatro Penal del Circuito de esta ciudad.

Devolver la actuación al juzgado de origen para lo de su cargo.

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.

CASACION DISCRECIONAL-Requisitos

La Sala de Casación Penal, en reiterados pronunciamientos, ha sostenido que al momento de recurrir la sentencia de segundo grado por vía de la casación excepcional, es requisito fundamental, entre otros, la exposición de los motivos de inconformidad, toda vez que es la única manera de saber si procede o no la concesión de la misma, teniendo en cuenta que la ley la estableció bajo dos únicas hipótesis: el desarrollo de la jurisprudencia y la protección de las garantías fundamentales, que a juicio del actor hayan sido transgredidas por el sentenciador.

Proceso No. 15751

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal

Magistrado Ponente Dr. *Jorge E. Córdoba Poveda*

Aprobado acta N° 76

Santa Fe de Bogotá, D.C., veinticinco (25) de mayo de mil novecientos noventa y nueve (1999).

VISTOS

Se pronuncia la Corte sobre la concesión del recurso de casación discrecional que solicita el defensor del procesado Alejandro Alberto Preciado Arbeláez, en contra de la sentencia condenatoria proferida por la Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior de Santa Fe de Bogotá, mediante la cual lo condenó por el delito de fraude procesal.

ANTECEDENTES

1. El Juzgado 13 Penal del Circuito de Santa Fe de Bogotá, mediante sentencia del 9 noviembre de 1998, condenó al citado procesado a la pena principal de 13 meses de prisión y a las accesorias de rigor, como autor del delito de fraude procesal.

Apelado el fallo por el defensor y el apoderado de la parte civil, el Tribunal Superior de la misma ciudad, al desatar el recurso, lo confirmó,

mediante sentencia del 4 de marzo del presente año, la que luego de ser notificada personalmente a unos sujetos procesales, lo fue por edicto los días 10, 11 y 12 de marzo, cobrando ejecutoria formal el 12 de abril siguiente, a las seis de la tarde, según constancia secretarial visible al folio 65 del cuaderno del Tribunal.

2. Contra la anterior decisión el defensor del sentenciado, mediante escrito presentado el 26 de marzo del presente año, interpuso el "recurso extraordinario de casación excepcional, discrecional o facultativa", sin exponer las razones sustentatorias de su inconformidad.

Posteriormente, el citado profesional del derecho presentó dos escritos, el 13 y 23 de abril siguientes, con los cuales pretendió sustentar la impugnación interpuesta.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

Conforme a la anterior síntesis procesal, se deduce con claridad que el defensor del procesado interpuso, dentro del término legal, el recurso extraordinario de casación discrecional, pero que no lo sustentó oportunamente.

Planteadas así las cosas, el recurrente, dentro del término legal, no presentó los argumentos sustentatorios del recurso interpuesto, dejando precluir el lapso que la ley estatuyó para estos efectos, desconociendo que los actos procesales de las partes deben efectuarse en los términos y oportunidades señaladas por la ley, siendo perentorios y de obligatorio cumplimiento, con lo que no solo se garantiza el ordenado desarrollo de la actuación, sino la lealtad procesal y la seguridad jurídica.

Por consiguiente, al haber sido presentada extemporáneamente la sustentación del recurso interpuesto, la Corte no lo concederá.

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

RESUELVE:

NO CONCEDER el recurso de casación discrecional solicitado por el defensor del procesado Alejandro Alberto Preciado Arbeláez.

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, Dídimo Páez Velandia, Nilson E. Pinilla Pinilla.

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

LIBERTAD POR PENA CUMPLIDA

Si bien es cierto que la Corte se encuentra legalmente facultada para conceder la libertad provisional en tanto se de la hipótesis prevista en la norma antes referida, esto es cuando el procesado hubiere sufrido en detención preventiva un tiempo igual al que mereciere como pena privativa de la libertad, no menos lo es que tal potestad no se extiende a declarar un supuesto de hecho que aún no se encuentra caracterizado por la firmeza que deviene de la ejecutoria de las providencias judiciales, como tampoco puede conducir a declarar los efectos previstos en el artículo 71 del Código Penal pues es patente que el periodo de prueba, como ya se afirmó dentro de este mismo proceso en auto de octubre 22 de 1.998, sólo puede computarse a partir de aquel momento en que se verifique dicha ejecutoria.

Dada sin embargo la confusión que evidencia el solicitante frente a estos fenómenos procesales conviene precisar que uno es el extintivo previsto en el artículo 71 del Código Penal derivado del acatamiento, durante un periodo de prueba, a una serie de obligaciones contraidas correlativamente a la concesión del subrogado de la condena de ejecución condicional y otro totalmente diferente el purgar la pena que se hubiere impuesto en la sentencia, pues mientras aquel tiene por fundamento precisamente la suspensión de la ejecución del fallo éste implica el efectivo descuento de la sanción, resultando por tanto contradictorio afirmar y con base en ello solicitar declaración de cumplimiento de un castigo aduciendo vencimiento de un período de prueba.

En ese orden además, la consideración de pena cumplida según las previsiones del citado artículo 415 del Código de Procedimiento Penal, supone que el procesado ha permanecido en detención un tiempo igual al que se hubiere fijado como privación de libertad en las instancias

Proceso No. 14637

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal

Magistrado Ponente Dr. *Carlos Augusto Gálvez Argote*

Aprobado: Acta No. 76

Santa Fe de Bogotá, D. C., veinticinco (25) de mayo de mil novecientos noventa y nueve (1999).

VISTOS

Decide la Sala en relación con la solicitud formulada por el defensor del procesado Arturo Varón Giraldo acerca de que se declare cumplida la pena privativa de libertad que a éste le fuera impuesta.

ANTECEDENTES Y CONSIDERACIONES:

1. Adelantada la respectiva investigación en contra del señor Arturo Varón Giraldo fue acusado por el delito de estafa mediante resolución de junio 11 de 1996 siéndole además sustituida la medida de aseguramiento de caución que en principio se le impuso por la de detención preventiva, la cual si bien se hizo efectiva en junio 11 de 1997 fue luego suspendida el día 17 del mismo mes y año con base en el numeral 1º del artículo 407 del Código de Procedimiento Penal a cuya consecuencia recuperó su libertad.

2. Surtida la fase de juzgamiento el acusado fue condenado, mediante sentencia de septiembre 30 de 1997, entre otras, a la pena de prisión de 16 meses y beneficiado con el subrogado previsto en el artículo 68 del Código Penal, todo lo cual fue objeto de confirmación en fallo de segunda instancia proferido por el Tribunal Superior de Santa Fe de Bogotá en febrero 9 de 1998 ahora materia del recurso extraordinario de casación.

3. No obstante aparecer claro en el proceso y serlo incluso para el defensor, que el acusado Varón Giraldo ha permanecido privado de su libertad por virtud de este proceso tan sólo durante el período comprendido entre el 11 y el 18 de junio de 1997, pretende aquel, de manera contradictoria y con evidente, confusión y desconocimiento de los diferentes institutos procesales y de las normas que los gobiernan, que la Sala declare cumplida la pena de prisión sobre la base de que en su parecer ha transcurrido el período de prueba señalado correlativamente al subrogado penal reconocido en la sentencia.

4. Pero, no tratándose en esta ocasión de una petición de libertad provisional sustentada en el numeral 2º del artículo 415 del ordenamiento procesal penal y no concerniendo a la Sala decidir sobre incidentes o cuestiones ajenas al trámite de la extraordinaria impugnación, sino de solicitud de que se declare cumplida una pena que fuera impuesta en fallo aún no ejecutoriado y cuya definición dependerá obviamente del pronunciamiento que se haga en su oportunidad por virtud del recurso de casación, resulta evidente que carece la Corte de competencia para pro-

veer sobre la misma toda vez que los temas objeto de la solicitud son materia del fallo impugnado y que por ende ninguna determinación procede que la de abstenerse de emitir decisión sobre aquella.

5. En efecto, si bien es cierto que la Corte se encuentra legalmente facultada para conceder la libertad provisional en tanto se de la hipótesis prevista en la norma antes referida, esto es cuando el procesado hubiere sufrido en detención preventiva un tiempo igual al que mereciere como pena privativa de la libertad, no menos lo es que tal potestad no se extiende a declarar un supuesto de hecho que aún no se encuentra caracterizado por la firmeza que deviene de la ejecutoria de las providencias judiciales, como tampoco puede conducir a declarar los efectos previstos en el artículo 71 del Código Penal pues es patente que el período de prueba, como ya se afirmó dentro de este mismo proceso en auto de octubre 22 de 1998, sólo puede computarse a partir de aquel momento en que se verifique dicha ejecutoria.

6. Dada sin embargo la confusión que evidencia el solicitante frente a estos fenómenos procesales conviene precisar que uno es el extintivo previsto en el artículo 71 del Código Penal derivado del acatamiento, durante un período de prueba, a una serie de obligaciones contraídas correlativamente a la concesión del subrogado de la condena de ejecución condicional y otro totalmente diferente el purgar la pena que se hubiere impuesto en la sentencia, pues mientras aquel tiene por fundamento precisamente la suspensión de la ejecución del fallo éste implica el efectivo descuento de la sanción, resultando por tanto contradictorio afirmar y con base en ello solicitar declaración de cumplimiento de un castigo aduciendo vencimiento de un período de prueba.

En ese orden además, la consideración de pena cumplida según las previsiones del citado artículo 415 del Código de Procedimiento Penal, supone que el procesado ha permanecido en detención un tiempo igual al que se hubiere fijado como privación de libertad en las instancias, y en este asunto es claro que Varón Giraldo, habiéndosele suspendido la medida de aseguramiento, no sólo goza de libertad sino que ha descontado únicamente 8 días en relación con los 16 meses de prisión que le fueran dosificados en el fallo impugnado extraordinariamente.

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

RESUELVE:

ABSTENERSE de emitir pronunciamiento en relación con la solicitud que sobre declaración de pena cumplida formula el defensor del procesado Arturo Varón Giraldo.

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, Dídimo Páez Velandia, Nilson E. Pinilla Pinilla.

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

COMPETENCIA A PREVENCION

En atención a la complejidad del marco espacial en que se habría desarrollado la conducta investigada, deviene aplicable la previsión del artículo 80 del Código de Procedimiento Penal, que establece la «competencia a prevención» para aquellos eventos en que «el hecho punible se haya realizado en varios sitios», fijándola en «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 « (Resaltó la Sala).

En punto a este tipo de divergencias conviene recordar la teleología que inspira la preceptiva legal de la «competencia a prevención», cual es precisamente evitar que los funcionarios judiciales se distraigan en discusiones incidentales de este tipo, surgidas de la indeterminación del lugar de consumación del hecho punible, pues con tal proceder desvían el objeto central de su actuación, cual es, según el artículo 228 de la Constitución Política, la efectividad del derecho sustancial.

Proceso No. 15319

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal

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

Aprobado acta No. 76

Santa Fe de Bogotá D.C., veinticinco (25) de mayo de mil novecientos novena y nueve (1.999).

1. Asunto

Desatar la colisión negativa de competencias surgida entre los Juzgados Octavo Penal Municipal de Medellín y Tercero Penal Municipal de Tunja, en el proceso que por el punible de estafa se adelanta contra Manuel Villegas, Ricardo Sanabria Buenahora y Carlos Vélez.

2. Antecedentes

Por un aviso clasificado publicado el 15 de abril de 1997 en el diario el Tiempo, ofreciendo dinero a interés, el señor Enrique Martínez Herrera, interesado en un préstamo por cuatrocientos millones de pesos ($400'000.000,oo) se comunicó con sus sindicados Manuel Villegas, Ricardo Sanabria Buenahora y Carlos Vélez, quienes le solicitaron que viajara de Ramiriquí -donde residía-, a la ciudad de Medellín, para acordar los parámetros generales de la negociación. Dos días después uno de los sindicados se comunicó telefónicamente con el denunciante, solicitándole que consignara la suma de doscientos mil pesos para viajar de Medellín a Ramiriquí a inspeccionar la finca propiedad de éste, y con la que se garantizaría el pago del préstamo. El ofendido efectuó la consignación del dinero en la ciudad de Tunja, en la cuenta nacional de la Corporación de Ahorro y Vivienda Conavi N° 1082258513. Tres días después el sindicado Ricardo Sanabria solicitó telefónicamente a Enrique Martínez Herrera, que le consignara en la misma cuenta la suma de un millón doscientos mil pesos ($1'200.000,oo), para viajar al Caribe a traer el dinero. El denunciante, siguiendo las instrucciones indicadas, consignó el dinero solicitado en la misma cuenta, en la ciudad de Tunja. Ante un nuevo requerimiento de dinero por parte de los presuntos prestamistas, Martínez los denunció por el punible de estafa.

Formulada la respectiva denuncia en el Municipio de Ramiriquí, el Juzgado Segundo Promiscuo Municipal de esa localidad remitió las diligencias al Juzgado Penal Municipal Reparto de Medellín, habiendo correspondido al Octavo de esa categoría, que ordenó la apertura de investigación, practicó audiencia preliminar donde calificó la conducta y fijó fecha para audiencia de juzgamiento.

Ese despacho se declaró incompetente para seguir conociendo de los hechos denunciados, ordenó remitir las diligencias al Reparto de los Juzgados Penales Municipales de Tunja, y propuso colisión negativa de competencias, al considerar que "la consignación de los dineros se hizo en Conavi de Tunja, o sea que en ese momento se configuró la estafa, allí se dio el desprendimiento de un dinero, el perjuicio patrimonial y el provecho ilícito" (f. 128).

Por su parte, el Juzgado Tercero Penal Municipal de Tunja -a donde correspondieron las diligencias por reparto-, aceptó la colisión propuesta y remitió las diligencias a esta Corporación, argumentando que "el ilícito se perfeccionó en la ciudad de Medellín, y la consignación realizada en la ciudad de Tunja, fue tan solo una circunstancia de tiempo y modo mas no un elemento determinante en el resultado final de la conducta del tipo penal de la Estafa" (f. 131).

3. Consideraciones de la Corte

La Corte es competente para dirimir la presente colisión de competencias surgida entre Jueces Penales de diferentes Distritos Judiciales, de conformidad con el numeral 5° del artículo 68 del Código de Procedimiento Penal.

Los despachos colisionantes no discuten el encuadramiento típico de la conducta en el punible de estafa. La controversia surgida dice relación con el ámbito espacial de comisión del ilícito, como factor objetivo generador de competencia.

Dado el carácter plurisubsistente de la conducta configurativa del delito de estafa -ejecutada por los sindicados en varios actos y diferentes marcos espaciales, pues de conformidad con los hechos descritos la víctima habría sido engañada en Medellín y Ramiriquí, y el dinero consignado en la ciudad de Tunja en la cuenta nacional de ahorros distinguida con el número 1082258513 de la Corporación de Ahorro y Vivienda Conavi de la ciudad de Medellín-, el hecho punible ha de considerarse realizado en varios sitios, y no exclusivamente en el lugar donde se consignó el dinero, o en la sede de la cuenta de ahorros y lugar de residencia de los sindicados, como erróneamente pretenden los funcionarios colisionantes.

En atención a la complejidad del marco espacial en que se habría desarrollado la conducta investigada, deviene aplicable la previsión del artículo 80 del Código de Procedimiento Penal, que establece la «competencia a prevención» *para aquellos eventos en que* "el hecho punible se haya realizado en varios sitios", *fijándola en* «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» *(Resaltó la Sala).*

Al examinar el expediente se observa a folio 14 del cuaderno original, que fue el Juzgado Octavo Penal Municipal de la ciudad de Medellín el que decretó la *apertura de investigación*, vinculó mediante declaratoria de persona ausente a Ricardo Sanabria Buenahora (f. 55 ib.), y practicó audiencia preliminar donde calificó la conducta, llegando inclusive a fijar fecha para audiencia de juzgamiento (f. 120 ib.).

Al amparo de estas premisas resulta apresurada la actitud de la Jueza Octava Penal Municipal de Medellín, quien luego de avocar conocimiento y adelantar la actuación hasta el estadio procesal antes descrito, se declara incompetente para investigar una conducta que, por haber sido realizada en varios actos, su marco territorial de comisión, como ha quedado expuesto, no puede quedar circunscrito a un solo lugar específicamente delimitado.

En punto a este tipo de divergencias conviene recordar la teleología que inspira la preceptiva legal de la «competencia a prevención», *cual es preci-*

samente evitar que los funcionarios judiciales se distraigan en discusiones incidentales de este tipo, surgidas de la indeterminación del lugar de consumación del hecho punible, pues con tal proceder desvían el objeto central de su actuación, cual es, según el artículo 228 de la Constitución Política, la efectividad del derecho sustancial.

Así las cosas, al haberse realizado el hecho punible en varios sitios, y teniendo presente que la instrucción fue iniciada en la ciudad de Medellín, al Juzgado de ese lugar no le queda otra alternativa que seguir conociendo de la presente actuación.

Se dirime entonces el presente conflicto atribuyendo la competencia para conocer del proceso al Juzgado Octavo Penal Municipal de Medellín, a donde se remitirá el expediente, enviando copia de esta decisión al Juzgado Tercero Penal Municipal de Tunja, para su información.

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

RESUELVE:

ADSCRIBIR la COMPETENCIA para conocer de este asunto al Juzgado Octavo Penal Municipal de Medellín, a donde se remitirá el expediente, enviando copia de esta decisión al Juzgado Tercero Penal Municipal de Tunja, para su información.

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, Dídimo Páez Velandia, Nilson E. Pinilla Pinilla.

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

INCONGRUENCIA DE LA SENTENCIA/ DELITOS CONTRA EL PATRIMONIO ECONOMICO/ TERMINACION ANTICIPADA DEL PROCESO

Teniendo en cuenta que la consonancia hace relación a que la sentencia no puede sancionar por hechos diferentes a los endilgados en la acusación, ni por una denominación jurídica distinta, ni por agravantes modificadoras de la punibilidad no imputadas expresamente, ni por agravantes no modificadoras de la punibilidad que requieran valoración y que no fueron advertidas en el llamamiento a juicio, ni desconociendo circunstancias de atenuación reconocidas, no hay duda de que en este caso el fallo recurrido es incongruente, pues dado el punible imputado, la cantidad apropiada se identifica con el objeto material de los peculados, de ahí que tenía que ser fijada desde la formulación de los cargos, sin que en el juicio pueda ser cambiada como equivocadamente lo sugiere el Fiscal de segunda instancia.

Expresado de otra manera, en los delitos en los que la conducta punible es la apropiación de dinero, en el pliego de cargos se debe precisar su monto, pues al no hacerlo se deja sin concretar el objeto material, que como se sabe es elemento del tipo y pieza fundamental de la imputación, cuya individualización no puede dejarse para la etapa del juicio, de modo que las pruebas que en ese sentido se soliciten son inconducentes.

Con mayor razón tratándose de un concurso homogéneo con conductas sucesivas, pues si lo que se cree es que además de las imputadas hubo otras apropiaciones que no quedaron comprendidas en el proceso, lo indicado es compulsar copias para que se investiguen por separado, pero no agregar su valor a lo endilgado en el llamamiento a juicio.

Ahora bien, es oportuno hacer la siguiente diferenciación: si lo apropiado es una cosa mueble distinta al dinero, lo importante es que en la acusación se individualice y se le aprecie económicamente para efectos de deducir las circunstancias agravantes que con base en ese factor se imputan, de suerte que no haya ninguna duda sobre lo

que constituye el objeto material del ilícito, pero su valor definitivo puede ser debatido durante el juicio, y será el juez quien finalmente diga a cuánto asciende.

En los casos en que el proceso esté en la fase del sumario es indispensable la presencia del sindicado a la audiencia de formulación de cargos, la cual se hace atendiendo a su solicitud, y como aún no hay resolución de acusación, esa es la oportunidad que él tiene para conocer la imputación que le hace el fiscal, y para decidir si la acepta o no, de manera que si no concurre no hay audiencia. Además, el funcionario podría decretar la ampliación de indagatoria, lo cual, como es obvio, exige la presencia del implicado.

Proceso No. 11162

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal

Magistrado Ponente Dr. *Ricardo Calvete Rangel*

Aprobado Acta No. 77

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

VISTOS

El Juzgado Primero Penal del Circuito de Bucaramanga, mediante sentencia anticipada, condenó a María Helena Cornejo de Becerra y Yaqueline Pineda Triana, a la pena principal de treinta y seis (36) meses de prisión, multa de cien mil pesos ($100.000), y a la accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas por un término de cinco (5) años, como coautoras de los delitos de peculado por apropiación, y falsedad en documento público y privado. El Tribunal Superior de la misma ciudad confirmó parcialmente la decisión, subiendo el tiempo de la pena principal -"corrección aritmética"- a cuarenta y siete (47) meses y cinco (5) días de prisión, revocando el subrogado de la condena de

ejecución condicional, así como la condena en perjuicios, para en su lugar negar el subrogado concedido por el a quo y declarar que se deja a las partes en libertad de acudir ante la jurisdicción civil para que hagan efectivos sus derechos económicos.

Los defensores de las acriminadas interpusieron y sustentaron el recurso de casación que se procede a resolver.

I. HECHOS

El juez de primera instancia los relató en la sentencia así:

"María Helena Cornejo de Becerra sirve el cargo de Tesorera del Instituto para el Desarrollo Municipal de Santander, desde el 21 de abril de

1978 hasta el 25 de febrero de 1992 y Yaqueline Pineda Triana el de auxiliar de crédito de la misma entidad desde el 7 de marzo de 1989, hasta el 27 de enero de 1992.

Durante su gestión de manera mancomunada se dieron a la tarea de elaborar cuentas ficticias utilizando fraudulentamente para ello sellos oficiales, falsificando la firma del Delegado del Plan Nacional de Rehabilitación, de supuestos proveedores al endosar títulos valores también espurios y mediante tal actividad se apropiaron de dineros pertenecientes a la entidad gubernamental del orden departamental que, según, el fallo de la fiscalía delegada ante el Honorable Tribunal Superior ascendió a la suma de ocho millones seiscientos mil pesos ($8.600.000), fl. 10 cuaderno No. 4), misma que es reconocida por la acusada Cornejo de Becerra."

II. Actuación Procesal

El entonces Juzgado Quinto de Instrucción Criminal de Bucaramanga abrió la investigación, ordenando la vinculación mediante diligencia de indagatoria de María Helena Cornejo de Becerra y Jaqueline Pineda Triana, pero posteriormente, ante la renuencia de las sindicadas a comparecer, las declaró personas ausentes, nombrándoles defensores de oficio.

La situación jurídica fue resuelta con detención preventiva por los delitos de peculado por apropiación en concurso homogéneo, y falsedad material de particular en documento público y documento privado. No se les concedió libertad provisional.

Los defensores manifestaron su deseo de acogerse al trámite especial previsto en el original artículo 37 del Decreto 2700 de 1991. Como respuesta la Fiscalía 1ª de Patrimonio Fiscal, que asumió la instrucción del asunto por cambio legislativo, ordenó oír en indagatoria a las sindicadas, para lo cual fijó fechas y horas, añadiendo que: "Logrado lo anterior, iníciese con ellas, conversaciones previas, tendientes a la terminación anticipada del proceso, invocada por sus respectivos defensores en escritos precedentes...".

A folio 285 del mismo cuaderno, obra el informe final rendido por los profesionales de la Contraloría con destino al Secretario General de la Contraloría Departamental de Santander, sobre las presuntas irregularidades cometidas al seno del Idesan por las funcionarias investigadas.

El 20 de octubre de 1993 se recibió en la Secretaría Común de la Unidad Seccional Fiscalía Especializada, el informe realizado por la Contraloría Departamental de Santander sobre el estudio contable en el Idesan, en relación con las irregularidades a cargo de quien se desempeñaba como Tesorera del Instituto para los años 1989 a 1992, y sobre las diversas modalidades de ejecución de las mismas.

El 21 de octubre siguiente la Fiscalía declaró clausurada la investigación y procedió a surtir el trámite correspondiente, calificando el mérito probatorio del sumario en providencia de abril 12 de 1994, con resolución de acusación contra las procesadas, como autoras de los delitos de peculado por apropiación (en concurso homogéneo), falsedad material de particular en documento publico y falsedad en documento privado, también en concurso.

Apelado el auto calificatorio por parte del Ministerio Público y los defensores de las procesadas, la Unidad de Fiscalía Delegada ante el Tribunal resolvió en providencia de junio 17 de 1994, con las siguientes modificaciones:

"Esta Fiscalía confirmará la resolución de acusación que dictó la Fiscalía Primera Especializada el 12 de abril de 1994, respecto de los delitos de peculado por apropiación, falsedad material de particular en documento público y falsedad en documento privado, con las modificaciones señaladas en esta providencia, esto es, que la procesada Yaqueline Pineda Triana es determinadora de los hechos punibles de peculado por apropiación, y que la cuantía total de estos delitos no está determinada pero asciende por lo menos a ocho millones seiscientos mil pesos".

El Juzgado Primero Penal del Circuito de Bucaramanga adelantó la etapa del juicio, despacho ante el cual las procesadas en contumacia solicitaron el trámite especial previsto en el artículo 3° de la Ley 81 de 1993, que modificó el artículo 37 del C. de P.P., con la manifestación expresa de aceptación total de los cargos precisados en la resolución de acusación.

El Juzgado Penal del Circuito no consideró viable la solicitud, fundamentalmente por la condición de ausentes de las sindicadas, denegando su trámite. Contra esta decisión interpusieron recurso de apelación los defensores, el cual fue resuelto por el Tribunal Superior revocando en todas sus partes la providencia apelada, para en su lugar ordenar que se diera curso al trámite de sentencia anticipada impetrado.

El Juzgado de conocimiento dictó sentencia condenatoria contra María Helena Cornejo de Becerra y Yaqueline Pineda Triana en los términos antes reseñados, la que fue confirmada por el Tribunal parcialmente con las modificaciones ya referidas.

III. Las Demandas

1. Demanda a nombre de María Helena Cornejo de Becerra

A.- Con invocación de la "Causal Primera", ataca el fallo impugnado por considerar que "viola de manera directa el inciso segundo del artículo 139 del C. P., al ignorarse, por indebida apreciación probatoria, que mi mandante reintegró la totalidad de la suma defraudada antes de que se profiriera sentencia de segunda instancia".

Al reducirse la pena a imponer en solo una cuarta parte por reintegro parcial, se cargó a cuenta de la implicada "una mayor responsabilidad a partir de una equivocada valoración probatoria". La determinación de la cuantía de la defraudación solo fue posible a partir de la confesión que de la misma hizo la señora Cornejo de Becerra, pues el informe definitivo rendido por la Contraloría Departamental sobre el manejo de cuentas en el Idesan, por "inconsistente" fue desestimado en el momento de la calificación del mérito sumarial, y no puede ser convertido en "consistente", confiable y suficiente al momento de resolver un recurso contra la sentencia, por mera decisión subjetiva del fallador de segundo grado, para agravar la situación de la condenada.

Las pruebas presentadas por la parte civil al sustentar la alzada fueron notoriamente extemporáneas, como lo reconoció el Tribunal, razón por la cual no se puede edificar en ellas la modificación de la dosificación punitiva. De lo anterior colige lo siguiente:

"El fallo reclamado, entonces, al aplicar la preceptiva del inciso tercero del artículo 139 del C.P., sobre la base de otorgar mérito probatorio a los documentos aportados extemporáneamente por la Parte Civil o a un informe cuya valoración había sido precisada con claridad por el señor Fiscal Delegado ante el H. Tribunal (con lo cual fijó los límites de la acusación), violó directamente la ley sustancial pues el precepto aplicable no podía ser otro que el contenido en el inciso segundo del mismo artículo 139 del código citado..."

Solicita a la Corte, aceptar como "debidamente probada la causal primera de casación a que alude el numeral 1° del artículo 220 del C. de P.P.. En subsidio, ruego considerar la existencia de la causal segunda, que propongo a continuación.

B. "Causal Segunda: Falta de Consonancia entre la Sentencia y los Cargos Formulados en la Resolución de Acusación:"

Parte de la base de que con la adopción del sistema acusatorio no varió la necesidad de la congruencia entre la resolución acusatoria y la sentencia, lo que en últimas viene a justificar su inclusión como causal de casación.

La providencia del Fiscal Delegado ante el Tribunal Superior de Bucaramanga, "mediante la cual se confirmó la resolución de acusación, precisó de manera inequívoca el quantum de la defraudación, extremo este que apunta a determinar uno de los importantes elementos de la dosimetría de la pena. Y tal precisión -la suma de Ocho Millones Seiscientos Mil Pesos-, se mantuvo inalterada durante la etapa del juicio pues, como bien lo sostiene el propio Tribunal, las pruebas con las que la Parte Civil pretendía impugnar tal cuantía fueron 'abiertamente extemporáneas, violatorias del artículo 246 del C. de P.P.', norma que perentoriamente

exige que toda providencia debe fundarse en la prueba legal, regular y oportunamente allegada a la actuación" (subraya fuera de texto).

Frente a la defraudación por la que debía responder en juicio su mandante, fijada en la resolución de junio 17 de 1994, proferida por la Fiscalía Delegada ante el Tribunal, sin que mediara prueba alguna con capacidad modificatoria, el Tribunal decidió no sólo condenar por una cantidad mayor e indeterminada, pero en todo caso superior a la fijada en la resolución acusatoria, sino que agregó, que el reintegro era parcial, con lo que por supuesto, las consecuencias jurídicas se hicieron más gravosas para su representada, al determinar que el beneficio de reducción sólo sería en la proporción señalada en el inciso tercero del artículo 139 del C.P.

La falta de congruencia "aparece entonces de resalto: mientras en la Resolución Acusatoria el cargo se contrae a la apropiación de Ocho Millones Seiscientos mil Pesos, en la sentencia se condena por una suma indeterminada pero superior, en todo caso a aquella por la que se acusó..."

Finalmente solicita a la Corte aceptar como debidamente probadas las causales invocadas en la demanda, con base en ello casar la sentencia recurrida, dictando la que deba reemplazarla.

2. Demanda a nombre de Yuqueline Pineda Triana

A. "Causal Primera: Cuando la Sentencia sea violatoria de una norma de carácter sustancial". En términos muy similares a los consignados en la demanda anterior, el libelista ataca la sentencia por considerar que es violatoria del inciso segundo del artículo 139 del Código Penal.

Sobre esta base sustancial, y del hecho de haber aceptado los cargos en todo su contexto, la Fiscalía Delegada ante el Tribunal al pronunciarse sobre la resolución de acusación puntualizó la adecuación típica por la que deberían responder las procesadas: "con base en la apreciación de los hechos y la determinación de la cuantía; se edificó la petición de sentencia anticipada, teniendo en cuenta para ello los beneficios que en su orden podrían ser llamados a ser objeto de aplicación en el caso...". Dichos beneficios tocaban con el descuento por sentencia anticipada y por el "reintegro total de la suma apropiada", pues "se procedió a efectuar la incorporación de esos dineros en su totalidad conforme a la acusación".

No se entiende como ahora el Tribunal "determina la aplicación del inciso segundo (sic) del mencionado artículo 139 del C.P., para hacer más gravosa la pena de las procesadas, pues en esta oportunidad, únicamente se les está reconociendo un beneficio equivalente a la disminución de una cuarta parte de la pena. Esta apreciación va en contravía no solamente de esta norma sustancial, sino que también ataca y de manera fulminante los principios constitucionales contemplados en los artículos 29 y 31", cuyos textos transcribe, para anotar que:

"...la apreciación que se hace de la prueba presentada extemporáneamente, prueba espurea y sin controvertir, no puede sobre esa base edificarse como lo hiciera el H. Tribunal, una sentencia condenatoria y más aún el los términos de agravación que lo hiciera, 'ésta apreciación considerada en términos como error de derecho que se evidencia cuando el juzgador le niega a una prueba el valor que la ley le asigna, o le reconoce el valor de prueba a una que carece de relevancia jurídica, o acepta como prueba la que penetró al proceso sin el lleno de las exigencias legales; así las cosas la relevancia jurídica del material probatorio allegado y valorado en forma oportuna no es dable discutirlo en esta instancia, pues si la estructuración del fallo de segunda instancia estuviera acorde con ellas no encajaría la pretensión de la demanda; pero observando con la óptica jurídica el yerro en que incurrió la Sala Penal del H. Tribunal, al acceder y tomar como valoración probatoria la prueba presentada, para cambiar la consonancia y armonía entre la resolución de acusación -material probatorio- normas sustanciales aplicadas -sentencia; resulta flagrante, pues con esta apreciación se pierde la conexión procesal que existe y debe existir en todo pronunciamiento judicial".

Concluye que el ad quem pretendió encausar la aplicación del artículo 139 en su inciso final, dando mérito a documentos aportados ilegítimamente y desconoció en ese orden el acervo probatorio legítimo del proceso, "lo que configura la violación directa de la Ley", pues lo concerniente fue el estudio hecho por el a quo aplicando el segundo inciso del mencionado artículo 139 del C.P..

B. "Causal segunda: Cuando la sentencia no esté en consonancia con los cargos formulados en la resolución de acusación".

Como la Fiscalía Delegada ante el Tribunal fijo los cargos en peculado por apropiación, falsedad material de particular en documento público y falsedad en documento privado y en el mismo proveído se determinó la cuantía en $ 8.600.000,oo, la que permaneció inalterada tras casi 12 meses en que se vino a producir la sentencia, incluso por la parte civil de la que resalta su "pasividad y desatención", sucedió que: " No obstante la correlación del pliego de cargos y la sentencia de primera instancia existente, el H. Tribunal al atender la Alzada de la Parte Civil, rompe de bulto la identidad que obligatoriamente debe existir entre estas dos partes del proceso, es decir, la consonancia de los cargos con la sentencia desaparece con el pronunciamiento de la corporación, ... por que deja de un lado la precisión que se evidenció a lo largo de la actuación en relación con el monto y aceptación sin el menor reparo que ella, la cuantía, es muy superior a la impuesta, y decide que el reintegro efectuado fue solamente parcial".

Darle validez a esa decisión repercute en el hecho de aceptar la desidia y el yerro en que pudo incurrir el instructor, que son culpas endilgables exclusivamente al aparato de justicia y que no deben ser soportadas por

las personas. Enfatiza que, si bien es cierto que no pone en tela de juicio la comisión del ilícito en el Idesan, también lo es que se allegó al proceso los presupuestos proyectados para la entidad en mención concernientes a los años 1989, 1990, 1991 y 1992 que ascienden a la suma de cuatrocientos cincuenta millones de pesos, y si efectuamos una deducción razonable de acuerdo al valor que el despacho tuvo en cuenta para la imputación teniendo como base los tres años que laboró su representada en la institución, no corresponde a la suma que se le endilga, porque el desfalco se convertiría en notorio, por ello considera que esto no encaja dentro de una realidad posible; "y es acá donde nace la teoría y argumento que siempre hemos sostenido y el que ha sido sordo en atenderlo, es el que hace referencia a que la defraudación no alcanzó los límites de los ocho millones de pesos y que toda esa serie de inconsistencias salidas con ocasión de la confrontación fiscal efectuada no obedece sino al mal manejo auditado que instituciones como la Contraloría Departamental dan a los entes sometidos a régimen".

Afirma que la Corporación incurrió así en ostensible contradicción entre los cargos formulados y la sentencia proferida, por lo que solicita a la Corte que case la sentencia recurrida, habida cuenta que se encuentra demostrada la causal segunda del artículo 220 del C. de P.P.

IV. Alegato del no Recurrente

El representante de la parte civil presenta un escrito en el que expone fundamentalmente lo siguiente:

No existe duda en el proceso en relación con la responsabilidad de las procesadas; "la divergencia surge en lo referente al monto de los perjuicios que se ocasionaron a la administración pública, los cuales fueron superiores al valor confesado por las condenadas".

Existen pruebas dentro del sumario, que demuestran que la cuantía "hurtada" al Instituto fue superior a la confesada, tales como los fallos proferidos por el Juez Fiscal de la Contraloría Departamental que condena a pagar una suma mayor a la confesada, existiendo una diferencia abismal entre los dos valores. Tales pruebas fueron aportadas en la sustentación del recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia.

En las demandas no se esboza una teoría verdaderamente jurídica, sino que atiende más a la vehemencia que a la razón, además de que los defensores no aportaron ninguna prueba que respaldara lo dicho por las procesadas, quienes en momento alguno se acercaron a los estrados judiciales a fin de demostrar su inocencia. Agrega que:

"...Se confesó una conducta, que constituye un hecho punible, pero no se confesó el daño causado como consecuencia del mismo; la figura de

la sentencia anticipada se presenta cuando la parte actora confiesa y acepta la comisión de los delitos por los que se investiga, pero no puede valorarse en esa instancia la cuantía de los perjuicios ocasionados y el ad-quem reconoce en su sentencia que en ningún momento la providencia impugnada consulta con la realidad procesal ya que se advierte que la cuantía objeto de apropiación superó lo entregado como reintegro basándose en los informes realizados por la Comisión de la Comisión (sic) Departamental".

El casacionista estima que el fallador realizó una indebida apreciación probatoria ya que no sólo demanda la violación directa de una ley, sino que se dedica a impugnar la prueba, lo que es errado según jurisprudencia de la Corte. Yerran los demandantes al alegar una violación directa de la ley sustancial y sustentarla como violación indirecta, ya sea por error de hecho o de derecho, además que existe imposibilidad de alegar simultáneamente estas dos vías de ataque.

Solicita: "...no casar la sentencia ya que existe contradicción de los impugnantes al sustentar el recurso".

V. Concepto del Ministerio Público

El Procurador Segundo Delegado en lo Penal sugiere a la Corte desestimar los cargos planteados en las dos demandas, y en consecuencia no casar la sentencia impugnada, para lo cual expone los siguientes argumentos:

La similitud de las demandas en sus aspectos esenciales permite acometer simultáneamente su crítica, pues los reparos del mismo tenor devienen de su proposición. En las dos demandas examinadas los recurrentes plantean los mismos cargos y por ello procede la Delegada a pronunciarse sobre la viabilidad de los mismos.

1. Primer Cargo.

Razón le asiste al representante de la parte civil -no recurrente-, cuando reprocha de este primer cargo común en las demandas, su evidente carencia de técnica, por cuanto su propuesta en el ámbito de la causal primera, inciso primero, del artículo 220 del C. de P.P., elimina la posibilidad de controvertir la prueba, como que su invocación determina la aceptación de tal, y de los hechos sustentados en su apreciación, en la forma como fueron concebidos por el sentenciador.

Fácil resulta extraer de los escritos que pese a adoptar la senda de la violación directa de la ley sustancial, su sustento radica en el cuestionamiento probatorio infundido por el juzgador. Destacar que el error compartido por los impugnantes en este específico aspecto, cierra el paso a la posibilidad de éxito del cargo, lo que se consolida aún más con la

concreción de otra serie de desaciertos en los libelos, que pasa a pormenorizar.

En la primera demanda, tampoco se pueda aceptar como una formulación suficiente para edificar una violación indirecta de la ley sustancial, cuando no se determina el tipo de error que adjudica sobre la apreciación probatoria, bien de hecho o de derecho en sus diferentes modalidades. Tampoco fija el recurrente el alcance de su impugnación, pues no se trata de que se acepte como probada la causal invocada, sino de exponer a la Corte inequívocamente su pretensión; lo contrario, la indeterminación, conduce a la Corporación a asumir el rol corrector de las imprecisiones del libelista, actitud vedada en esta sede extraordinaria.

El segundo recurrente, recae en desaciertos adicionales que frustran por completo la aptitud de triunfo de su pretensión. El argumento central es el mismo y el yerro por consiguiente también lo es, pero a ello se suman otras glosas igualmente desafortunadas de la vía de ataque casacional, esto es, la confusión de todas las causales de casación en el primer cargo, que convierte su censura en una amalgama inteligible de conceptos, en la que pasa, tras haber fijado el punto de partida en el reproche con base en la causal primera por violación directa de la ley, a la transgresión de los principios rectores contenidos en los artículos 29 y 31 de la Carta, sin profundizar sobre tales, que configuran diferentes modalidades de error en casación in procedendo cuyo trato obedece a la causal tercera, desacatando así los dictados que regentan el recurso; y sin la demostración del aludido en particular.

Además, el actor en mención mezcla su propuesta con la que sugiere en el segundo cargo, refiriéndose a la incongruencia, que en su particular visión observa entre la resolución de acusación y la sentencia, acentuando con ello la mixtura incomprensible del cargo, que solo denota el desconocimiento de las elementales reglas que regulan el recurso.

Por último, se adentra el casacionista en la crítica probatoria, reprochando al ad quem apreciación de prueba extemporánea, a la postre modificadora de la situación procesal de su representada. Podría pensarse que en el fondo su tacha adviene los límites de la violación indirecta de la ley sustancial, reproche que no puede tomarse más que como un comentario infundado sobre tal, cuando ni siquiera individualiza la prueba que supone condujo al yerro judicial, y tampoco evidencia con propiedad el tipo de error y su trascendencia en el fallo en acople a la normatividad sustancial puntual, para poder esquematizar una respuesta en el terreno de la causal primera cuerpo segundo.

Se puede constatar que el censor califica como error de derecho el supuesto desacierto del Tribunal, al aceptar como válida una prueba extemporánea, pero se dedica a enunciar las posibilidades de concreción de este tipo de error, sin que se advierta un reproche en concreto sobre cualquiera de ellos, dejando su postulación a medio camino.

Las múltiples falencias de uno y otro recurrente, refrendan la improsperidad del cargo, en gracia a la imposibilidad de su refacción por la operancia del principio de limitación en la sede.

2. *Segundo Cargo.*

El cuestionamiento merecen tres reparos:

a) Se refiere exclusivamente al instituto de la congruencia, con énfasis en aquellos aspectos que ligan inexorablemente al fallador con relación al pliego de cargos. Sin embargo, la correspondencia entre las fundamentales decisiones procesales radica sobre el hecho punible y las circunstancias que lo califican, que es lo que en estricto sentido marca la concepción del "cargo", más no en lo especial sobre el asunto "relativo a los perjuicios", cuyo dicho factor, primordialmente no es connatural a la imputación del punible respecto de su conducta, "sino que representa una mera consecuencia civil de su comisión".

Conciernen estrictamente a los parámetros de la congruencia, los aspectos relativos a la calificación jurídica provisional establecida en la resolución de acusación.

El marco referencial, en punto a las diversas calificaciones de la modalidad de incongruencia de la sentencia frente a la resolución de acusación, llevan sin hesitación alguna, a que tal aspecto se refiere exclusivamente al concepto del cargo, entendido como imputación punible de la conducta, y que no involucra por ende, un compromiso respecto del factor "determinación de perjuicios", de tal suerte que su fijación por el calificador no tiene sino un carácter informativo y no puede ser impediente, de la potestad conferida al sentenciador para apartarse en la sentencia de su delimitación, desechando incluso totalmente lo dispuesto en ese sentido por el funcionario acusador.

b) En el segundo aspecto, es claro que la facultad de fijar los "perjuicios" corresponde al juez y no al calificador, pues para tal efecto cuenta con una amplia potestad que le confieren las normas penales, en especial los artículos 106 y 107 del C.P. Por consiguiente, no está sujeto a una atadura procesal previa, ni siquiera a la que provenga del dictamen de los peritos que tan solo actúan como colaboradores en la determinación de los mismos, acorde con lo señalado en el artículo 273 del C. de P.P., en consideración además, a que el momento definitivo de su justiprecio es en la sentencia y nunca antes, como erradamente lo quieren hacer ver los casacionistas.

No es viable aceptar que no sea el juez el determinador de los "perjuicios" y que a cambio lo sea el fiscal calificador -en el caso específico acusador- pues tal interpretación generaría concebir el papel del juez nugatorio en la fijación de los mismos; más aún, también lo sería en ese sentido el diligenciamiento de la causa, al extremo de que si se aceptasen nuevos

elementos de convicción sobre su estimación, no podrían ser tenidos en cuenta, por la camisa de fuerza que vendría a entrañar la resolución de acusación en ese aspecto. Resulta además contradictorio el planteamiento de los recurrentes al estructurar sobre tal base la incongruencia, pero aceptando veladamente que nueva prueba en la causa vendría a derrumbar la estimación de "perjuicios", pues indiferentemente a la verificación de un nuevo elemento probatorio sobre el hecho en la etapa del juicio, o su inexistencia -como ocurre en el caso sub-examen-, no implica esto indefectiblemente que el juzgador deba sujetarse a una tasación elaborada por el fiscal calificador.

Señala las únicas cortapisas que legalmente se imponen al juez en la labor de justiprecio de los "perjuicios", a las que se refiere la Corte en el aparte del pronunciamiento que transcribe. Lo anterior permite considerar, que por manera alguna es aceptable el postulado de incongruencia referente al estimativo de "perjuicios" en la resolución acusatoria.

c) Tampoco tiene asidero real la crítica esgrimida por los impugnantes, en cuanto al supuesto parangón que se toma de la resolución de acusación de la Fiscalía Delegada ante el Tribunal, en lo atinente al monto de los "perjuicios" causados; esta base, ciertamente no es en los términos esbozados por los contradictores de la sentencia, teniendo en cuenta lo que en realidad adujo el calificador. Transcribe el aparte pertinente para destacar, que lo que debe entenderse de su contexto es que jamás quiso el Fiscal Delegado determinar los perjuicios en esa suma exacta de $ 8.600.000.oo, en tanto que su expresión es bien clara, solo pudiéndose inferir de su contexto que no exclusivamente se hayan contraído a la susodicha suma, "sino que por lo menos, ascendían a tal cantidad"; lo que denota la posibilidad de un perjuicio económico mayor a esa cantidad.

En estos términos se debe subrayar, que si la supuesta aseveración de la Fiscalía motivó la inconformidad para predicar la incongruencia, como lo alude específicamente el Dr. Ordoñez, en su mero contexto real y fáctico, se trata simplemente de una interpretación desafortunada del contenido de la resolución acusatoria, sobre cuya base no puede plantearse el cargo, aunándose esto a los comentarios precedentes.

Estas son las razones en conjunto, para desestimar el cargo presentado por los casacionistas.

3. Aclaración Final

Podría pensarse eventualmente que la decisión adoptada por el Tribunal, sobre la sentencia anticipada de primer grado, resulta lesiva del artículo 217del C. de P.P., modificado por el artículo 34 de la Ley 81 de 1993, que impide al ad quem abordar temas que superen el aspecto impugnado, en la medida que, con soporte en la modificación atribuida por el Tribu-

nal, en principio sobre los perjuicios -dejándoles indeterminados- se procedió a la redosificación de la pena impuesta a las procesadas, revocándoseles subsiguientemente el subrogado de la condena de ejecución condicional, tópicos estos últimos sobre los cuales no concernía la impugnación.

Pero no, la Delegada estima que dicha limitación opera exclusivamente cuando los factores abordados por el funcionario de segunda instancia son inconexos frente al punto cuestionado, ya que en tal caso el superior incurriría en un atropello de la norma, al corregir factores sobre los cuales no tenía facultad de pronunciarse, cosa que no sucede en el caso en estudio.

El recurrente de la sentencia de primer grado estaba investido de facultad en procura de impugnar la sentencia anticipada, en orden a lo dispuesto en el inciso 2º del numeral 4º, ya que asiste interés a la parte civil para oponerse a la tasación de perjuicios de la sentencia anticipada, por lo que existe legitimidad del recurso.

El Tribunal adquirió competencia legal para conocer sobre el punto, aspecto sobre el cual no existe polémica; empero, el conferir razón a argumentación del recurrente, sobre la poquedad del monto de los perjuicios, necesariamente conducía a efectuar ajuste a la pena, que fue lo que en efecto sucedió, explicable en el hecho de que determinándose que el monto de los perjuicios no era simplemente los $ 8.600.000,oo, sino un monto mayor, pero indeterminado en el proceso, repercutía en la concesión de la atenuante específica del artículo 139, que hace alusión al reintegro total de perjuicios, para considerarse, en esos términos, solamente como reintegro parcial, al tenor de lo establecido en el mismo artículo en su inciso tercero, con las consecuencias punitivas que ello engendraba; es decir ya no conceder una rebaja de hasta la mitad de la pena, sino hasta en una cuarta parte, que fue lo que en efecto hizo el Tribunal.

Esa redosificación conllevó además la revocatoria del subrogado de la condena de ejecución condicional, inicialmente librado en favor de las procesadas. En criterio de la Delegada, el tomar la primera decisión respecto al monto de los perjuicios, inevitablemente comportaba del Tribunal asumir las otras decisiones conexas en el caso estudiado, en su esencia a la primera, sin que pudiese la Corporación sustraerse de hacerlo de esa manera en acatamiento absoluto del principio de "Legalidad de la Pena", que le obligaba en ese sentido.

No fue correcta la senda nominalmente adoptada por el Tribunal, al calificar la labor de redosificación de la pena que efectuó como una "corrección de error aritmético de la sentencia", que es de naturaleza exclusivamente formal y no sustancial; muy a pesar de ello, el asunto no resulta incidente en la decisión adoptada.

VI. Consideraciones de la Corte

Por la forma como están presentados los reproches en las dos demandas de casación materia de estudio, se posibilita una respuesta conjunta para ellos, pues los impugnantes coinciden en todos los aspectos esenciales.

1. Primer Cargo

a) En los dos libelos examinados se invoca la causal primera de casación, para atacar la sentencia del Tribunal por considerar que viola de manera "directa" el inciso segundo del artículo 139 del Código Penal, lo cual apoyan en lo siguiente:

Primera demanda: "...al ignorarse, por indebida apreciación probatoria, que mi mandante reintegró la totalidad de la suma defraudada antes de que se profiriera sentencia de segunda instancia".

Segunda demanda: al "...encausar la aplicación del artículo 139 del C.P. en su inciso final, dando mérito contundente a los documentos aportados ilegalmente al proceso y desconoció en ese orden el acervo probatorio legítimo del proceso, en el que se basó el Señor Fiscal Delegado Ante el Tribunal, para concretar la cuantía de la apropiación, lo que configura la violación directa de la Ley", porque dentro del término de la norma en cita, "se procedió a efectuar la incorporación de esos dineros en su totalidad y conforme a la acusación".

Es evidente que les asiste razón al Ministerio Público y al representante de la parte civil, en lo atinente a que los casacionistas incurren en la contradicción de invocar la violación directa de la ley sustancial, aduciendo como sustento fallas en la apreciación probatoria, argumento propio de la vía indirecta.

Sobre el punto la Delegada trae a colación un pronunciamiento de la Sala, que con ponencia de quien ahora cumple ese mismo cometido, reitera algunas precisiones relacionadas con la causal en cuestión, que es pertinente recordar, y que son del siguiente tenor:

"La claridad y precisión de los fundamentos del reproche dependen de la vía seleccionada: si se trata de violación directa, se deben aceptar los hechos y las pruebas tal como fueron apreciados por el sentenciador, y orientar la argumentación a demostrar que existe en la decisión atacada un error consistente en la falta de aplicación, la aplicación indebida o la interpretación errónea de una norma sustancial.

"Si se acoge la violación indirecta, el impugnante debe demostrar que como consecuencia de no haber apreciado una prueba, o de haber tenido en cuenta una que no existe materialmente en el proceso, o de haber tergiversado el contenido fáctico del medio probatorio o de otorgarle mérito a una prueba ilegal, o de darle un valor mayor o menor del que la Ley le

otorga (las tres primeras hipótesis constituyen error de hecho y las dos siguientes error de derecho), la sentencia es violatoria de una norma sustancial por falta de aplicación o aplicación indebida..." (julio 19 de 1995).

b) De otra parte, con la formulación del segundo cargo por incongruencia entre la sentencia y la resolución de acusación, los censores ponen de presente que al hacer el Tribunal ese tipo de valoraciones probatorias cambia los hechos aceptados por las acusadas, con evidente afectación del debido proceso, lo cual es indicativo de que el ataque no era viable por la causal primera.

También cabe anotar que la alegación sobre la apreciación probatoria no cumple las exigencias de precisión y fundamentación, tal como lo destaca el Procurador Delegado, lo cual es una falla que se suma a las anteriores, suficientes para desestimar el cargo.

2. Segundo Cargo

a) Tanto el Ministerio Público como el representante de la parte civil incurren en el error de malinterpretar el cargo, pues no es cierto que la incongruencia planteada por los impugnantes se refiera al valor de los perjuicios, sino al valor de lo apropiado, que es el monto cuya oportuna restitución puede dar lugar a la rebaja de pena de que trata el artículo 139 del Código Penal.

Debido a ese error el Ministerio Público destina buena parte de su concepto a demostrar que corresponde al juez definir en la sentencia el valor de los perjuicios causados, lo cual es cierto, pero no corresponde al tema propuesto por los demandantes, quienes no se están quejando de la condena en perjuicios porque el Tribunal la revocó y dispuso que su pago podía buscarse por la vía civil. Lo que los defensores aducen es que para la aceptación de los cargos se tuvo en cuenta la cuantía indicada por la fiscalía, la cual fue restituida con miras a obtener la rebaja de pena, factor que no podía cambiar el Tribunal en la sentencia.

b) Los cargos formulados en la resolución de acusación fueron por concurso homogéneo de peculados por apropiación, concurso de falsedades en documento público, y concurso de falsedades en documento privado, todo a su vez en concurso heterogéneo, los cuales fueron aceptados por las encausadas, dando lugar a la sentencia condenatoria que profirió el Juzgado Primero Penal del Circuito, con una pena excesivamente benigna, pero ajustada a los cargos imputados.

El Tribunal confirmó la sentencia, pero no estuvo de acuerdo en que el valor reintegrado correspondiera a lo apropiado, pues a su juicio las pruebas indicaban una cuantía mayor, la cual no señala, y aduciendo un supuesto error aritmético en la tasación de la pena, que obviamente no existió porque la operación fue correcta, ya que el Juez estimó que el reintegro fue total, resolvió decir que la rebaja de pena aplicable no era la del inciso

segundo del artículo 139 del estatuto penal, sino la del inciso tercero, esto es, en lugar de hasta la mitad, hasta la cuarta parte.

c) Teniendo en cuenta que la consonancia hace relación a que la sentencia no puede sancionar por hechos diferentes a los endilgados en la acusación, ni por una denominación jurídica distinta, ni por agravantes modificadoras de la punibilidad no imputadas expresamente, ni por agravantes no modificadoras de la punibilidad que requieran valoración y que no fueron advertidas en el llamamiento a juicio, ni desconociendo circunstancias de atenuación reconocidas, no hay duda de que en este caso el fallo recurrido es incongruente, pues dado el punible imputado, la cantidad apropiada se identifica con el objeto material de los peculados, de ahí que tenía que ser fijada desde la formulación de los cargos, sin que en el juicio pueda ser cambiada como equivocadamente lo sugiere el Fiscal de segunda instancia.

Expresado de otra manera, en los delitos en los que la conducta punible es la apropiación de dinero, en el pliego de cargos se debe precisar su monto, pues al no hacerlo se deja sin concretar el objeto material, que como se sabe es elemento del tipo y pieza fundamental de la imputación, cuya individualización no puede dejarse para la etapa del juicio, de modo que las pruebas que en ese sentido se soliciten son inconducentes.

Con mayor razón tratándose de un concurso homogéneo con conductas sucesivas, pues si lo que se cree es que además de las imputadas hubo otras apropiaciones que no quedaron comprendidas en el proceso, lo indicado es compulsar copias para que se investiguen por separado, pero no agregar su valor a lo endilgado en el llamamiento a juicio.

Ahora bien, es oportuno hacer la siguiente diferenciación: si lo apropiado es una cosa mueble distinta al dinero, lo importante es que en la acusación se individualice y se le aprecie económicamente para efectos de deducir las circunstancias agravantes que con base en ese factor se imputan, de suerte que no haya ninguna duda sobre lo que constituye el objeto material del ilícito, pero su valor definitivo puede ser debatido durante el juicio, y será el juez quien finalmente diga a cuánto asciende.

En el asunto en estudio el Tribunal se equivocó al creer que el valor de lo apropiado podía quedar indeterminado, y que ese vacío se podía llenar simplemente diciendo que la suma es mayor a la señalada por el Fiscal, así como también al mandar a la parte civil a cobrar los perjuicios a la jurisdicción civil, pues habiéndose constituido dentro del proceso penal, su suerte estaba ligada al resultado de esta actuación.

Como el apoderado de la parte civil no recurrió en casación, mostrándose conforme con lo decidido por el ad quem, la Corte no puede entrar oficiosamente a ocuparse de ese tema.

d) En conclusión, las procesadas solicitaron la sentencia anticipada estando en firme la resolución de acusación que fijó el monto de lo apropiado en ocho millones seiscientos mil pesos ($8.600.000), y ese valor fue el que restituyeron para hacerse acreedoras a la rebaja de pena, de ahí que el Juez tuviera por devuelta la suma total. En esas condiciones, el Tribunal no podía hacer la redosificación punitiva cambiando lo imputado por la Fiscalía con apoyo en argumentos probatorios, y mucho menos denominando esa decisión "corrección de error aritmético", pues así cambió las pautas que fueron tenidas en cuenta por las enjuiciadas para aceptar los cargos, y dejó sin identificar el objeto material de los peculados, lo que afecta la imputación fáctica.

Como la consonancia de la sentencia con la resolución de acusación debe ser fáctica y jurídica, hay que reconocer que les asiste razón a los demandantes al invocar la causal segunda de casación, por lo tanto la Sala casará parcialmente el fallo impugnado para descontar el incremento punitivo impuesto por el Tribunal, y dejará vigente la pena señalada en la primera instancia, lo mismo que el otorgamiento de la condena de ejecución condicional, que pese a considerar que no ha debido concederse, nada puede hacer al respecto..

3. Ultima Observación

Hizo bien el Tribunal al resolver que aunque las acusadas no estaban detenidas era viable la aceptación de los cargos y la petición de la sentencia anticipada, pero es conveniente advertir que ello era así porque se trataba de la etapa del juicio, en donde ya existía la resolución de acusación en firme, de modo que bastaba hacer conocer al juez la voluntad de allanarse a ella.

En los casos en que el proceso esté en la fase del sumario es indispensable la presencia del sindicado a la audiencia de formulación de cargos, la cual se hace atendiendo a su solicitud, y como aún no hay resolución de acusación, esa es la oportunidad que él tiene para conocer la imputación que le hace el fiscal, y para decidir si la acepta o no, de manera que si no concurre no hay audiencia. Además, el funcionario podría decretar la ampliación de indagatoria, lo cual, como es obvio, exige la presencia del implicado.

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 PARCIALMENTE la sentencia recurrida, y en su lugar dejar vigente la pena impuesta en la sentencia de primera instancia, esto es, treinta y seis (36) meses de prisión, multa de cien mil pesos ($100.000), e

interdicción de derechos y funciones públicas por cinco (5) años, lo mismo que el otorgamiento de la condena de ejecución condicional.

2. En todo lo demás se mantiene la sentencia impugnada.

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

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, (aclaró voto).

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

ACLARACION DE VOTO

A continuación expongo las razones de mi aclaración de voto, que se circunscribe a un solo aspecto de la motivación de esta providencia.

Además de la conducta descrita y de los sujetos activo y pasivo, en la conformación de un tipo penal confluye el objeto, connotación jurídica y material que en su manifestación real se identifica como la cosa sobre la cual se dirige el actor, quebrantando el bien jurídico protegido.

Así, *el objeto material ciertamente constituye un elemento del tipo, no así su cuantía*, como algún intérprete podría erradamente deducir de ciertos apartes de la sentencia que motivan mi aclaración, particularmente en cuanto se asevera en el primer párrafo del literal c) de la respuesta al segundo cargo (página 25), que "la cantidad apropiada se identifica con el objeto material de los peculados, de ahí que tenía que ser fijada desde la formulación de los cargos, sin que en el juicio pueda ser cambiada como equivocadamente lo sugiere el fiscal de segunda instancia".

Para superar equívocos considero necesario precisar que, así el monto del ilícito sea una circunstancia modificadora de la punibilidad en delitos como el peculado, al igual que en los que atentan contra el patrimonio económico, no es válido colegir que no se estructure el ilícito correspondiente al no estar cuantificado el monto del objeto material, como sucede simplemente porque aún no se ha efectuado el avalúo, o al no existir bases concretas que permitan realizar la tasación, como insuperablemente ocurre en las varias situaciones que comenté durante el debate en Sala, algunas de las cuales recalco más adelante en este escrito.

Al exigir el numeral 1 del artículo 442 del Código de Procedimiento Penal, entre los requisitos formales de la resolución de acusación, "la narración sucinta de los hechos investigados, con todas las circunstancias de modo, tiempo y lugar que los especifiquen", lo indicado es que así se haga en cuanto a las que sean conocidas y permitan la adecuada especificación de lo sucedido, resultando excesivo aspirar a que la indicación incluya todos los detalles, cuando habrá algunos de menos pertinencia y otros importantes pero imposibles de determinar, carencia sin vigor jurídico para ocasionar que se inhiba la acusación y se caiga en la impunidad.

Tomando un ejemplo de la vida real, ante la muerte violenta de una persona cuyo cadáver fue arrojado a un río, nada impediría proferir resolución de acusación cuando se individualice debidamente, por pruebas testimoniales, de balística e indiciarias, a quien a mano armada tiempo atrás sacó a la víctima de su casa y poseía el arma con la cual fueron efectuados los disparos mortales, así nunca se sepa el lugar y la fecha precisa de perpetración del homicidio, incriminación que aún ha llegado a efectuarse sin que el cuerpo aparezca, derivándose de otros medios la cabal convicción de que el homicidio se perpetró.

En los delitos contra el patrimonio económico y contra la administración pública cuya cuantía tenga incidencia en la punibilidad, en la acusación debe indicarse el valor que se encuentre claramente determinado. Pero, en caso contrario, nada impide que al acusar se enuncie la cuantía probable, en la medida en que sea factible efectuar una aproximación pero no precisar el monto exacto, eventualmente refiriendo un tope máximo o alguna otra manera de delimitarla para los efectos de la especificación de la pena que resultaría aplicable, caso en el cual le estará vedado al sentenciados pasar a una valoración superior a la indicada en la acusación,l en la medida en que ello sorprenda a la defensa y agrave inopinadamente su situación.

Más aún, considero que así no sea lo ideal, tampoco es inválido que en casos excepcionales se difiera la determinación para el juicio, o se subsane en éste la inadvertencia en que se hubiere incurrido en la instrucción, dejando a salvo los derechos de postulación, contradicción e impugnación de la defensa, que podrá procurar que el establecimiento de la cuantía no le venga a resultar más gravoso.

Lo apoderado o apropiado en estos delitos debe tener valor económico, directamente, como cuando lo sustraído es dinero, o susceptible de ser estimado pecuniariamente, cuantía que puede quedarse sólo en aproximación sin que por ello se desnaturalice la ilicitud. Así, en algunas tentativas se puede ignorar el valor de lo que iba a ser sustraído, suma que así mismo será imposible delimitar en el caso de una institución financiera que haya sido saqueada por asaltantes externos y un funcionario se apropie en seguida de indeterminados caudales que no se hayan llevado aquéllos. O la apropiación del contenido de cajillas de seguridad donde múltiples clientes (de banco, hotel, etc.) han dejado bienes no especificados, cuya posesión muchas veces no querrán dejar conocer.

También es imposible precisar el monto de la sustracción continuada de especies monetarias clasificadas electrónicamente para destrucción (como el asunto remitido a esta Sala por el Tribunal Superior de Medellín, radicación número 9297), o el lamentablemente frecuente pillaje en carretera contra pluralidad de sujetos pasivos movilizados en uno o varios vehículos, mucho menos cuando el hurto calificado concurre con homicidio agravado.

En esos casos la competencia corresponde a los jueces penales del circuito, y por ende, la instrucción a los fiscales seccionales ante ellos delegados, aun en ausencia de norma expresa como la instituida en el artículo 71-1 del Decreto 050 de 1987 ("... o cuando tratándose de delitos contra el patrimonio económico, no sea posible determinar su cuantía"), pues la indeterminación del monto conlleva que el "juzgamiento no esté atribuido a otra autoridad" (artículo 10-1 c.L. 81/93), factor que fue precisamente tomado en cuenta para no mantener la innecesaria disposición anterior.

La cuantía no es entonces un elemento estructural del tipo, sino una mera circunstancia que no incide en la configuración del hecho punible, el cual subsiste independientemente de que se genere agravación o atenuación, sin perjuicio, como ya expresé, que para mayores garantías convenga delimitar unos parámetros en la acusación, de manera precisa si ello es posible, o dentro de las aludidas probabilidades de aproximación, sin que el fallador deba sobresaltar a la defensa excediendo inmotivadamente la cuantificación de un topo punitivo.

Con el respeto de siempre,

Nilson E. Pinilla Pinilla, Magistrado.

Fecha *ut supra*.

TESTIMONIO-Reserva de Identidad /SANA CRITICA-Excepción / ACTOS DE FEROCIDAD Y BARBARIE

Como excepción a la sana crítica, el estatuto procesal en el inciso segundo del artículo 247 establece que en los procesos adelantados por los jueces regionales no se podrá dictar sentencia condenatoria con fundamento único en uno o varios testimonios de personas con reserva de identidad.

Esta corporación en providencia de fecha 25 de septiembre de 1996, expresó que «Son actos de ferocidad y barbarie los que reprueba el derecho internacional humanitario o derecho de gentes, precisamente por evidenciar la crueldad innecesaria en los procedimientos y en los medios utilizados, o por comportar hostilidad, padecimientos, atemorización y exposición a daños también innecesarios a los niños, mujeres, personas débiles o impotentes, y en general a la población civil que se afectó con semejante explosión en un populoso barrio...» (Rad. 12.051, M. P. Dr. Jorge Aníbal Gómez Gallego). En el caso concreto, el medio utilizado, artefacto explosivo, llevó implícito el resultado de causar temor en los habitantes de San Vicente de Chucurí. Los tornillos y otros elementos de hierro contenidos en la bomba para aumentar su poder destructivo, expelidos con el estallido, estuvieron destinados a agravar las heridas y aumentar los padecimientos de las víctimas afectadas con la explosión, lo cual torna bárbaro el acto.

Circunstancias que impiden la aplicación de la eximente de pena que consagraba el artículo 127 del Código Penal a los delitos señalados por el impugnante, incluido el delito contra la fe pública que simplemente menciona y no explica cómo pudo haber sido cometido durante el desarrollo de los hechos que denominó combate.

No cabe duda que los Protocolos I y II, adicionales a los Convenios de Ginebra, ratificados por el Estado, son de obligatorio cumplimiento en los conflictos armados internacionales e internos. A pesar de que tienden a la protección de las eventuales víctimas, el recurrente de manera confusa aduce su inaplicación por el juzgador, no para favo-

recerlas sino pretendiendo que los homicidios y las lesiones inferidas a las personas civiles sean considerados como culposos.

La Corte en la citada providencia de 25 de septiembre de 1996, sobre la aplicación de derecho internacional humanitario indicó:

«Es que del reconocimiento de la guerra o de los conflictos armados como una realidad y, por ende, del altruista propósito de sujetar a los combatientes a unas reglas que limiten sus métodos y medios de acción, con el fin de proteger a la persona humana, no se sigue alegremente que el derecho internacional humanitario legitima la guerra o la existencia de los conflictos armados o de grupos insurrectos o la recurrencia a formas inhumanas de ataque o a potentes instrumentos de desolación por parte de las asociaciones armadas irregulares, porque, a mas de reducir los estragos de las confrontaciones bélicas, dicho ordenamiento, fruto de los pactos internaciones y de la conciencia de la humanidad, apunta estratégicamente a lo que Kant definió elocuentemente como el modo de «hacer la guerra según principios tales que sea siempre posible salir de ese estado natural y entrar en un estado jurídico» («Principios metafísicos del derecho», pág. 190). Sólo con el compromiso de los enfrentados en el conflicto, tanto los irregulares como la fuerza pública, de humanizar la terrible confrontación bélica, de evitar las crueldades innecesarias en las operaciones militares de uno u otro bando, para que no siga acreciendo el rencor y el deseo de venganza, se conserva la esperanza de la paz en la república y de la reconciliación entre los opositores armados.»

Como acertadamente anota el Procurador Delegado en lo Penal, los invocados artículos 43-2, 51 y 57 del Protocolo I se refieren a los conflictos armados internacionales; la lucha por derrumbar el sistema y tratar de tomarse violentamente el poder estatal e implantar un nuevo orden por parte del E. L. N., no tienen ese carácter.

Proceso No. 12661

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal.

Magistrado Ponente Dr. *Nilson E. Pinilla Pinilla*

Aprobado Acta N° 77

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

ASUNTO

Se procede a resolver el recurso de casación interpuesto por el defensor del procesado Alonso Atuesta López, contra la sentencia del Tribunal

Nacional que confirmó la condena proferida en su contra por un Juzgado Regional de Cúcuta, por terrorismo, rebelión, homicidios, lesiones personales y uso de documentos públicos falsos, revocando otros aspectos.

Hechos

La tarde del 12 de febrero de 1992, en zona urbana del municipio de San Vicente de Chucurí (Santander), cerca a la central de abastos, estalló una bomba cuando transitaba una patrulla del Ejército Nacional y resultaron muertos el soldado Miguel Angel Rodríguez y los colegiales René Armando Díaz Luna y Edison Albeiro García Nova y heridos el capitán Gilberto Ibarra Mendoza, el conductor de volqueta Pascual Díaz, Luis Hernando Mateus, Wilman Isnardo Uribe y Beatriz Vega Galvis.

Se acusó a Alonso Atuesta López de pertenecer al Ejército de Liberación Nacional (E. L. N.) y ser uno de los que realizó aquel comportamiento, abandonando ese mismo día la localidad, donde residía, para ser capturado meses después en Barrancabermeja, teniendo una cédula, dos licencias de conducción de automotores y una libreta militar falsas.

Antecedentes Procesales

Un Juzgado de Instrucción de Orden Público de Cúcuta abrió investigación, oyó en indagatoria a Alonso Atuesta López y el 20 de abril de 1993 ordenó su detención preventiva por homicidio y lesiones con fines terroristas, rebelión, terrorismo, daño en bien ajeno y uso de documento público falso. Cerrada la investigación, el 19 de mayo de 1994 una Fiscalía Regional le dictó resolución de acusación por tales delitos (fs. 109 y Ss., cd. 2), enjuiciamiento que la Unidad de Fiscalía Delegada ante el Tribunal Nacional se abstuvo de conocer al estimar, de acuerdo con providencia de fecha septiembre 8 de 1994 (fs. 36 y Ss. cd. respectivo), que no había sido sustentada en la oportunidad legal la apelación interpuesta por el procesado.

Correspondió a un Juez Regional de Cúcuta adelantar el juicio y el 13 de octubre de 1995 condenó al sindicado, por los mencionados hechos punibles, a 30 años de prisión, 10 años de interdicción de derechos y funciones públicas, multa de diez millones de pesos y a la indemnización de los perjuicios causados (fs. 277 y Ss. cd. 2).

Apelada la sentencia por la defensa, el 18 de marzo de 1996 el Tribunal Nacional revocó la condena en cuanto al daño en bien ajeno y las lesiones personales ocasionadas a Pascual Díaz, Beatriz Vega Galvis, Luis Hernando Mateus Salgar y Saúl Albeiro Díaz Luna; en su lugar, dispuso la nulidad parcial a partir de la calificación sumarial en lo referente a las heridas padecidas por Díaz Luna y desde la apertura de la investigación con relación a los demás hechos punibles que se acaba de mencionar, al considerarlos contravenciones. Confirmó el resto de la providencia consultada. Decisión que es objeto del recurso extraordinario de casación.

La Demanda

Al amparo de la causal primera de casación es formulada la censura al fallo impugnado, así:

Primer Cargo: Violación indirecta de la ley sustancial, por error de hecho consistente en falso juicio de convicción al "admitir y dar valor probatorio a declaraciones de 'oídas' de varias personas (Testimonios de los militares y demás personas) y darles un valor probatorio que no le corresponde a su contenido fáctico".

El recurrente indica que el Teniente Coronel Celis Alberto Tamayo Puerto, El Oficial Ibarra Mendoza, el suboficial del Ejército Nacional Antonio Yara, el conductor de la volqueta del municipio Pascual Díaz Rodríguez y Alvaro García León expresaron que Alonso Atuesta López era uno de los autores del atentado, según telefonemas, versiones de testigos atemorizados y manifestación de la muchedumbre.

Señala que tales declarantes no presenciaron lo sucedido y por ser indirectos no pueden tener la fuerza necesaria para probar la responsabilidad ni llevan a la certeza. Como no podían ser apreciados por los falladores, se violó el artículo 247 del Código de Procedimiento Penal y debió absolverse al sindicado, según el artículo 445 ibídem.

Por ello solicita casar parcialmente la condena por terrorismo, homicidios y lesiones personales.

Segundo Cargo: Violación indirecta de norma sustancial por error de derecho, debido a un falso juicio de convicción al admitir y dar a una declaración con reserva de identidad un valor probatorio que no le corresponde.

Sostiene el demandante que esa prueba fue el fundamento principal de los ilícitos supuestamente realizados por su poderdante. "Este irregular comportamiento del Despacho vulnera de manera directa los más elementales principios procesales de favorabilidad, estimándose una prueba que no tenía el alcance que el fallador le dio. La duda abierta que arroja este testimonio, por ser tan alejado de la realidad procesal no fue considerada por el fallador y antes por el contrario la usa como elemento de convicción absoluta." Así fueron vulnerados los artículos 247 y 445 del Código de Procedimiento Penal.

Por lo anterior solicita casar parcialmente la sentencia condenatoria por terrorismo, homicidios y lesiones personales.

"Cargo en Calidad de Subsidiario": Violación indirecta de la ley por error de hecho consistente en falso juicio de identidad, al juez desfigurar los testimonios recibidos, pues las pruebas no demuestran que el hecho investigado hubiere sido efectuado por el sindicado y dárseles un alcance que no tienen.

Cuarto Cargo: Primero por violación directa de la ley sustancial, por falta de aplicación del artículo 127 del Código Penal.

Demanda el censor la exclusión de pena para los hechos punibles conexos sustancialmente con la rebelión, la cual además es un delito complejo que comporta conductas conexas y el uso de las armas, "de tal modo, que el desarrollo de la conducta de rebelión se da en situaciones diferentes al solo enfrentamiento armado, pero que exigen que se tenga como fin el derrocamiento del Gobierno o la supresión, o modificación del régimen constitucional o legal vigente".

Dice que los rebeldes no están sujetos a pena por los hechos cometidos en combate, el cual comprende hostigamientos militares como el investigado. En ninguna de las instancias se hizo referencia a la conexidad de la falsedad con la rebelión, efectuada con unidad designio, al igual que el terrorismo, el homicidio, las lesiones personales y el homicidio con fines terroristas.

El impugnante expresa que la falta de aplicación del artículo 127 llevó a la aplicación indebida del artículo 187 del Código Penal que tipifica el terrorismo y pide la casación parcial del fallo.

Quinto Cargo: Segundo por violación directa de la ley sustancial, por aplicación indebida del artículo 187 del Código Penal, al ser interpretado erróneamente por el fallador.

Señala el recurrente que los artefactos explosivos son armas y cualquier perturbación de la tranquilidad no es terrorismo, se requiere un terror llevado al extremo, una situación que raye con la "locura colectiva". Estima claro el error del juzgador al asimilar cualquier acto propio de la confrontación armada con el terror, término que, al igual que pánico o zozobra, no son aplicables a las acciones de una guerra declarada entre quienes luchan por el poder.

Por lo anterior, solicita casar parcialmente la sentencia impugnada y absolver por terrorismo, homicidio y lesiones con fines terroristas.

Sexto Cargo: Tercero por violación directa, por falta de aplicación de instrumentos internacionales.

Sostiene que los artículo 93, 94 y 214-2 de la Constitución Política han incorporado automáticamente el derecho internacional humanitario, cuya aplicación opera per se, sin ratificación previa y sin expedición de norma reglamentaria.

Continúa el demandante con algunas referencias a lo que denomina lucha de los grupos insurgentes en Colombia y expresa que el E. L. N. realiza una "guerra de guerrillas, cuyo accionar se basa en atacar y replegarse, en sorprender al enemigo y asestarle una derrota parcial y retirarse, en buscar minar su moral de combate sorprendiéndolo sin que pueda eficazmente repeler el ataque y desplazándose rápidamente antes de que

lleguen lo refuerzos y le causen bajas, si las guerrillas no utilizaran esa modalidad de combate no existirían, porque en los primeros choques resultarían completamente aniquiladas por ejércitos regulares mucho más numerosos y fuertes". Agrega que ese conflicto es de baja intensidad y se le aplica el artículo 3° común a las cuatro Convenciones de Ginebra.

Dice que, además de esa norma, se dejaron de aplicar los artículos 43-2, 50, 51 y 57 del Protocolo I y 13 del Protocolo II, adicionales a los Convenios de Ginebra y relativos a la protección de las víctimas en los conflictos armados internacionales.

Afirma que es lícito dentro de las hostilidades atacar al enemigo, al igual que el uso de armas permitidas, como el artefacto explosivo, y ello configuró una acción de guerra dentro de un conflicto armado.

El grupo insurgente violó el citado artículo 57, según el censor, al no tomar los cuidados necesarios para la protección de la población civil, como lo demuestra la muerte de los niños que transitaban por el lugar, entonces el hecho se enmarca dentro de los homicidios culposos contemplados en el Código Penal.

Es así como solicita casar parcialmente la sentencia y, en su lugar, absolver por terrorismo, homicidio y lesiones con fines terroristas.

Septimo Cargo: Cuarto por violación directa de norma sustancial, por falta de aplicación del principio in dubio pro reo.

Expresa el recurrente que la sentencia se fundó en testimonios de oídas, como la declaración del Teniente Coronel Celis Alberto Tamayo Puerto, quien hace alusión a varios telefonemas, de los cuales no aparece prueba en el expediente. El testigo con reserva de identidad también acusa a Alonso Atuesta López de ser autor de los hechos del 12 de febrero de 1992 y lo mismo ocurre con el diario Vanguardia Liberal, según una llamada anónima recibida por el Mayor Mantilla Sanmiguel. Es una reacción natural irse del lugar, una vez se ha enterado por medios públicos que lo responsabilizan de algo que no ha cometido. La población sabía que pertenecía al E. L. N. y ello ha sido el único delito realizado.

Considera que al ser condenado su poderdante por tales ilícitos, se violaron los artículos 247, 248, 249, 294 y 445 del Código de Procedimiento Penal y solicita casar parcialmente la sentencia y, en su lugar, absolver al sindicado por terrorismo, homicidio y lesiones con fines terroristas, al haberse incurrido en falso juicio de legalidad.

CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

El Procurador Tercero Delegado en lo Penal señala que ninguno de los cargos debe ser acogido y en sustento expresa las razones siguientes:

Cargo Primero: Sostiene que la demanda presenta falencias técnicas, como haber señalado al inicio que el juzgador incurrió en un error de derecho, por falso juicio de convicción y al final que se demostró un falso juicio de legalidad.

Mientras no se logre establecer un divorcio entre el grado de convicción otorgado por el sentenciador, con el previsto en una disposición legal, no surge el falso juicio de convicción y en Colombia el juez cuenta con amplia facultad para estudiar y valorar las pruebas, luego la censura por esta vía es improcedente.

Anota el representante del Ministerio Público que el recurrente debió demostrar que las normas procesales no permitían fundar una condena con testimonios de oídas y a partir de ahí solicitar la aplicación de esos preceptos, lo cual no es posible porque el artículo 254 del Código de Procedimiento Penal consagró la libre valoración de la prueba, con la limitante de la sana crítica.

El fallador analizó en conjunto los testimonios indirectos, que le merecieron alto grado de credibilidad, por cuanto el temor generalizado no permitió a los testigos presenciales rendir versión. Llegó a aquella convicción con las inconsistencias de la injurada, la fuga y la aceptación de vínculos con los subversivos, que también permitieron establecer la responsabilidad del sindicado.

Cargo Segundo: Indica el Procurador Delegado en lo Penal que en el evento de que el testimonio con reserva de identidad hubiere sido el único medio probatorio en que se fundamentó la sentencia, en tanto el artículo 247 del Código de Procedimiento Penal prohibe condenar sólo con base en una o varias declaraciones de esa índole, sería procedente la censura, pero ello no tuvo ocurrencia en este caso, por aparecer además los testigos de oídas y los indicios tenidos en cuenta por el fallador.

Cargo Subsidiario: Con relación a este reproche dice que el demandante se quedó en el mero esbozo al señalar la presencia de falso juicio de identidad, pero sin indicar la prueba tergiversada ni en que consistió la mutación. La subsidiaridad no releva al demandante de cumplir con la totalidad de las exigencias legales.

Cuarto Cargo: La aplicación del artículo 127 del Código Penal, precisa el representante del Ministerio Público, acontece para los delitos cometidos en combate, pero los hechos del 12 de febrero de 1992, en San Vicente de Chucurí, en donde se hizo estallar una carga de dinamita a un lado de la vía, no pueden identificarse como tales; no hubo confrontación armada y los sucesos constituyeron actividades terroristas, homicidio y le-

siones con fines terroristas, homicidio, lesiones personales y daño en bien ajeno, los cuales son delitos autónomos.

Quinto Cargo: Dice que el procesado no buscaba eliminar al Capitán Gilberto Ibarra Mendoza, sino mostrar la capacidad de agresión del E. L. N., restarle influencia a las Fuerzas Armadas y amedrentar a la población civil, sin importar vulnerar los derechos fundamentales de la ciudadanía y esa actitud encuadra dentro de los delitos contra la seguridad pública, pues el terrorismo amenaza este bien jurídico, con alteración del orden público, mediante actos que ponen en peligro la vida, la integridad personal, la libertad y otros derechos.

Cargo Sexto: Sostiene el representante del Ministerio Público que las reglas del derecho internacional humanitario son obligatorias, sin necesidad de reglamentarlas y buscan la protección de las víctimas de conflictos armados internacionales (Protocolo I) y de carácter interno (Protocolo II).

Equivocadamente el impugnante habla de la falta de aplicación del artículo 43 del Protocolo I sobre el prisionero de guerra en conflicto internacional, cuando se trata de un conflicto interno y la aprehensión de un combatiente no habilita a la autoridad judicial para darle el carácter de prisionero de guerra y el derecho internacional humanitario no excluye a los alzados en armas de ser sujetos de las sanciones penales impuestas por el Estado respectivo. Además, la calidad de combatiente la tiene el subversivo, pero no quien dirige un ataque contra la población civil, a quienes está dirigida la protección del derecho internacional humanitario.

Séptimo Cargo: El Procurador Delegado en lo Penal critica al censor por inmiscuirse con las pruebas en la violación directa alegada y no demostrar que el sentenciador hubiera indicado que debía reconocerse el estado de duda y, sin embargo, no se pronunció así en la parte resolutiva.

El impugnante hace una valoración personal y subjetiva de los elementos de convicción y llega a la conclusión que ha debido reconocerse el beneficio de la duda, con la pretensión de que sus apreciaciones reemplacen a las del fallador, lo cual es improcedente porque la diferencia de criterios no es causal de casación.

Consideraciones de la Corte

Cargo Primero: Como anota el Procurador Tercero Delegado en lo Penal, el reproche adolece de vicios de técnica que llevan a su improsperidad, como denominarlo error de derecho por falso juicio de convicción, para finalizar tildándolo de falso juicio de legalidad, desviándose en su desarrollo en la credibilidad que el juzgador otorgó a los testimonios de oídas y dejando a la Sala la inferencia que se refiere a la falta de aplicación del artículo 445 del Código de Procedimiento Penal, entre las diversas nor-

mas que menciona, sin indicar cuáles fueron las pruebas que permiten pregonar la duda que al parecer pretende sea reconocida, pero sin la debida especificidad.

De otra parte, el recurrente no señala cuál es el presunto valor que la ley da a los testimonios de oídas a los que el fallador otorgó credibilidad o, según su planteamiento, la prohibición legal de que la condena se base en dicha clase de versiones. Aspecto imposible de efectuar, porque el Código de Procedimiento Penal no hace una consagración de esa índole y no adopta un sistema probatorio tarifado, sino que, por el contrario, establece la sana crítica en la apreciación de las pruebas, o sea, seguir las reglas de la ciencia, la lógica y la experiencia, de conformidad con lo instituido por el artículo 248.

El impugnante muestra su inconformidad con dichos testimonios simplemente por ser de oídas. Aunque lo ideal es contar con pruebas inmediatas, no pueden aquéllos rechazarse y deben ser analizados, de conformidad con su naturaleza, al ser lo relatado un acercamiento mediato con lo acontecido.

Tampoco acierta el casacionista al inmiscuirse con la credibilidad que a esos testimonios confirió el Tribunal, tratando de hacer prevalecer sus particulares criterios, porque la casación está referida a los yerros en que pueda incurrir el juzgador al proferir la sentencia, mas no a la disparidad de pareceres sobre aspectos sujetos a la libre apreciación del fallador, la cual no es susceptible de objetar como error en la estimación probatoria y por ello no es un motivo para acudir al recurso extraordinario, independientemente de que se hubiere ventilado en las instancias.

La censura debe ser rechazada.

Segundo Cargo: Al igual que en el anterior reproche, el demandante no indica el sentido de la violación de la norma sustancial y de la invocación del artículo 415 del Código de Procedimiento Penal unida al desarrollo de la censura, se infiere que endilga la falta de aplicación del principio in dubio pro reo y sostiene que la sentencia condenatoria se basó sólo en un testimonio con reserva de identidad.

Como excepción a la sana crítica, el estatuto procesal en el inciso segundo del artículo 247 establece que en los procesos adelantados por los jueces regionales no se podrá dictar sentencia condenatoria con fundamento único en uno o varios testimonios de personas con reserva de identidad.

Aunque el censor acierta al señalar el desconocimiento de ese precepto como error de derecho por falso juicio de convicción, no tiene razón en lo referente a su existencia porque el fallador no se basó exclusivamente en ese testimonio, sino que además tuvo en cuenta otras pruebas, como las versiones de oídas que atacó en el cargo precedente, en donde uno de

los declarantes expresa que un testigo presencial vio al sindicado durante los hechos, en el camino o trocha que cruza un potrero donde había un cable conectado a la bomba que fue activada. También se fundó el Tribunal, en el indicio de fuga, al abandonar Alonso Atuesta López el municipio de San Vicente de Chucurí, donde residía, poco tiempo después de la explosión.

Nítidamente se aprecia que el funcionario judicial no incurrió en el yerro imputado en la demanda y, en consecuencia, tampoco está llamado a prosperar.

Cargo Subsidiario: El impugnante expresa que los mencionados testimonios fueron desfigurados por el juez. Imputa un error de hecho por falso juicio de identidad, pero no especifica cuál fue la norma aparentemente vulnerada ni el sentido de la violación, al no señalar si lo fue por no aplicarla o hacerlo indebidamente, pues lo único que menciona es la vía indirecta.

Tampoco indica qué fue en concreto lo que el sentenciador tergiversó o cuales circunstancias o aspectos de los relatos fueron mutados para hacerles decir algo distinto a su contenido.

Como anota el Agente del Ministerio Público, el carácter subsidiario de un cargo no releva al demandante de presentarlo, desarrollarlo y demostrar su incidencia en la sentencia, la cual hubiera sido diferente de no mediar el yerro del juzgador.

Requisitos eludidos por el actor y ante las insubsanables deficiencias citadas, debe ser desechado el reproche.

Cuarto Cargo: El artículo 127 del Código de Procedimiento Penal, cuya aplicación solicita el recurrente, fue declarado inexequible por la Corte Constitucional el 23 de septiembre de 1997, al ser contrario a la Carta Política; sin embargo, como los hechos delictivos ocurrieron cuando estaba vigente, debe examinarse el reproche para determinar su posible violación y hacerle producir efectos ultractivos, si a ello hubiere lugar, por favorabilidad.

El censor mezcla los conceptos de delito complejo y conexidad, a pesar de sus claras diferencias. El primero implica la estructuración de un solo hecho punible y la segunda, entraña la concurrencia de varios ilícitos estrechamente relacionados, por vínculos ideológicos, consecuenciales u ocasionales.

Si consideraba que el homicidio, las lesiones y la falsedad son elementos de la descripción típica de la rebelión y, por lo tanto, comprendidos en ella, le correspondía efectuar el ataque por interpretación errónea del artículo 125 del Código Penal, modificado por el artículo 8°-1 del Decreto

2266 de 1991 y aplicación indebida de los artículos 323, 324-8, 187, 331, 332 y 222 del mismo Código.

Mientras que si lo sostenido consiste en la mencionada conexidad que lleva a la exclusión de pena, no reconocida por el Tribunal, entonces el reproche debe orientarse hacia la falta de aplicación del artículo 127 ibidem, ante la existencia de una pluralidad de delitos, algunos de ellos caracterizados por estar exentos de pena.

Tales contradicciones no impiden precisar que los homicidios, las lesiones y la falsedad no fueron cometidos en combate, el cual es considerado como un enfrentamiento armado de carácter militar, regular o irregular, colectivo, determinado en tiempo y espacio, con el propósito de someter al contrario y con el fin último de imponer un nuevo régimen constitucional o derrocar al Gobierno Nacional por parte de los rebeldes.

Confrontación que implica una lucha de contrarios, una reacción ante el ataque que depende no solo de la capacidad de respuesta, sino que exige además la posibilidad de que se pueda repeler. Situación que no acontece en el caso concreto porque el artefacto fue activado por una sola persona desde una distancia prudencial y al efectuarse la explosión se extinguió el ataque, sin que la patrulla del Batallón Del'huyar pudiera rechazar una agresión que no subsistía. No se trabó el combate, hubo una acción de la insurgencia contra un escuadrón del Ejército Nacional y personas civiles, sin que la operación haya constituido una refriega.

Además, esta corporación en providencia de fecha 25 de septiembre de 1996, expresó que "Son actos de ferocidad y barbarie los que reprueba el derecho internacional humanitario o derecho de gentes, precisamente por evidenciar la crueldad innecesaria en los procedimientos y en los medios utilizados, o por comportar hostilidad, padecimientos, atemorización y exposición a daños también innecesarios a los niños, mujeres, personas débiles o impotentes, y en general a la población civil que se afectó con semejante explosión en un populoso barrio..." (Rad. 12.051, M. P. Dr. Jorge Aníbal Gómez Gallego). En el caso concreto, el medio utilizado, artefacto explosivo, llevó implícito el resultado de causar temor en los habitantes de San Vicente de Chucurí. Los tornillos y otros elementos de hierro contenidos en la bomba para aumentar su poder destructivo, expelidos con el estallido, estuvieron destinados a agravar las heridas y aumentar los padecimientos de las víctimas afectadas con la explosión, lo cual torna bárbaro el acto.

Circunstancias que impiden la aplicación de la eximente de pena que consagraba el artículo 127 del Código Penal a los delitos señalados por el impugnante, incluido el delito contra la fe pública que simplemente menciona y no explica cómo pudo haber sido cometido durante el desarrollo de los hechos que denominó combate.

La censura merece ser desechada.

Cargo Quinto: Aunque genéricamente puede afirmarse que una bomba es un arma, por sus características la legislación les da un tratamiento especial acorde con su naturaleza, incluso el artículo 223 de la Constitución incluye a los explosivos como elementos que no son de libre comercio y el Decreto 2535 de 1993 regula su fabricación y tráfico.

El artefacto citado es un medio capaz de generar estragos, su poder destructivo no es cuestionado por el recurrente, sino que pretende que se acoja su tesis de que no generó un estado que raye con la "locura colectiva".

La acción realizada en zona urbana, con violencia contra las personas y las cosas, con un resultado de muerte colectiva e indiscriminada, permite concluir qué estaba destinada a sembrar en la comunidad algo más que zozobra, buscaba provocar el terror. El aniquilamiento de menores cuando transitaban rumbo a sus hogares, después de clases, rebasa el malestar de la población, su aflicción y la pérdida del sosiego, para dar paso al dominio por medio del terror, a un miedo intenso por el peligro o riego que corren su integridad, su vida y sus pertenencias.

Reflejo de ese temor que cundió en San Vicente de Chucurí, originado en la explosión de la bomba de marras, es la no concurrencia de los testigos presenciales a rendir versión en los estrados judiciales y que varios de ellos optaran por hacer llegar su conocimiento a través de otros.

La alevosa actividad desarrollada, sin inhibición frente al paso de los colegiales y civiles cerca a la patrulla del Ejército Nacional, en área habitada, no perseguía únicamente infringir bajas a las Fuerzas Armadas de la República o una demostración de la capacidad bélica del E. L. N., sino dominar por el miedo a la población, como efectivamente se logró.

Luego en ningún error de interpretación sobre este elemento del tipo se incurrió en la sentencia y el reproche debe ser rechazado.

Cargo Sexto: No cabe duda que los Protocolos I y II, adicionales a los Convenios de Ginebra, ratificados por el Estado, son de obligatorio cumplimiento en los conflictos armados internacionales e internos. A pesar de que tienden a la protección de las eventuales víctimas, el recurrente de manera confusa aduce su inaplicación por el juzgador, no para favorecerlas sino pretendiendo que los homicidios y las lesiones inferidas a las personas civiles sean considerados como culposos.

La Corte en la citada providencia de 25 de septiembre de 1996, sobre la aplicación de derecho internacional humanitario indicó:

"Es que del reconocimiento de la guerra o de los conflictos armados como una realidad y, por ende, del altruista propósito de sujetar a los combatientes a unas reglas que limiten sus métodos y medios de acción,

con el fin de proteger a la persona humana, no se sigue alegremente que el derecho internacional humanitario legitima la guerra o la existencia de los conflictos armados o de grupos insurrectos o la recurrencia a formas inhumanas de ataque o a potentes instrumentos de desolación por parte de las asociaciones armadas irregulares, porque, a mas de reducir los estragos de las confrontaciones bélicas, dicho ordenamiento, fruto de los pactos internaciones y de la conciencia de la humanidad, apunta estratégicamente a lo que Kant definió elocuentemente como el modo de "hacer la guerra según principios tales que sea siempre posible salir de ese estado natural y entrar en un estado jurídico" ("Principios metafísicos del derecho", pág. 190). Sólo con el compromiso de los enfrentados en el conflicto, tanto los irregulares como la fuerza pública, de humanizar la terrible confrontación bélica, de evitar las crueldades innecesarias en las operaciones militares de uno u otro bando, para que no siga acreciendo el rencor y el deseo de venganza, se conserva la esperanza de la paz en la república y de la reconciliación entre los opositores armados."

Como acertadamente anota el Procurador Delegado en lo Penal, los invocados artículos 43-2, 51 y 57 del Protocolo I se refieren a los conflictos armados internacionales; la lucha por derrumbar el sistema y tratar de tomarse violentamente el poder estatal e implantar un nuevo orden por parte del E. L. N., no tienen ese carácter.

Sin embargo, se aprecia que la excesiva remisión normativa, realizada por el recurrente, no era indispensable porque interesa saber quienes son personas civiles y población civil, cuyas definiciones aparecen en el artículo 50 del Protocolo I y no en el Protocolo II, de ahí que sobrara referirse a quienes son combatientes y bastaba señalar dicho precepto en armonía con el artículo 13 de la segunda adición al Convenio de Ginebra, por ser sobre el cual gravita su planteamiento y formar parte del Derecho Internacional Humanitario, que protege a las víctimas en conflictos internos.

El demandante no pudo ensayar al menos una hipótesis para hacer ver que el mencionado artículo 13, que busca proteger a la población civil de los peligros en operaciones militares, como no ser objeto de ataques ni de actos o amenazas que tengan por finalidad aterrorizarlas, pueda favorecer al insurgente que ataca a quienes son ajenos al conflicto.

El artículo 3° del Convenio Relativo a la Protección debida a las Personas Civiles en Tiempos de Guerra, también invocado por el censor, consagra que la aplicación de las disposiciones contenidas en tal precepto no surte efectos sobre el estatuto jurídico de las partes en conflicto y al respecto la Corte Constitucional al declarar exequible la ley aprobatoria del Protocolo II dijo:

"... las normas humanitarias no surten efectos sobre el estatuto jurídicos de las partes.

... los alzados en armas no gozan del estatuto de prisioneros de guerra y están por consiguiente, sujetos a las sanciones penales impuestas por el Estado respectivo ..." (Sentencia C-225 de 1995).

Se aprecia que dicho articulado no le da al terrorismo la calidad de un simple acto de guerra ni legitima ataques a la población civil, al contrario de lo alegado por el recurrente, sino que busca proteger a las personas ajenas al conflicto.

Tampoco era necesario acudir al Derecho Internacional Humanitario para alegar que los homicidios y las lesiones ocasionadas a los transeúntes fueron culposas, porque el Protocolo II no modifica el Código Penal colombiano que consagra como delito esos comportamientos y el demandante debió invocar como inaplicados los artículos 329 y 340.

Además, no especifica en qué consistió la omisión o descuido del sindicado al activar la bomba, que lleve a considerar como culposas la muerte y lesiones de los colegiales, a la vez que como doloso el aniquilamiento y heridas causadas a los militares. Se limita a enunciarlo, sin analizar que la hora en que acostumbraba la patrulla del Ejército Nacional transitar a pie solía coincidir con la terminación de clases y el paso de estudiantes de regreso a sus hogares, ni que la explosión para que alcanzara el objetivo perseguido debía realizarse oportunamente ante la proximidad de los soldados, sin que interesara que paralelamente transitaran automotores y peatones, entre ellos los colegiales, como realmente ocurrió con tan graves consecuencias.

La censura no está llamada a prosperar.

Cargo Séptimo: El recurrente presenta el reproche como violación directa de la ley sustancial; sin embargo le da desarrollo como si hubiere escogido la vía indirecta, pues en lugar de aceptar los hechos y las pruebas tal como las apreció el fallad or, se inmiscuye con ellas. El primer evento implica que el Tribunal reconoció duda en la autoría y, sin embargo, condenó al procesado. En el segundo caso, el juzgador no realizó dicho reconocimiento, pero incurrió en yerros en la apreciación de las pruebas, que no le permitieron observar que había duda sobre la responsabilidad del acusado.

De ahí la importancia de dirigir el ataque por una u otra vía, según la falencia cometida por el sentenciador. Lo anterior no significa que puede tratarse de un equívoco en aquella denominación y que el ataque se haya efectuado por el mecanismo indirecto.

Sin embargo, debía ser señalado cuáles fueron los errores de hecho (falsos juicios de existencia o de identidad) o de derecho (falsos juicios de convicción o de legalidad) cometidos en el fallo. El recurrente analiza, de conformidad con su particular criterio, algunos de los testimonios de oídas y el indicio de fuga, sin decir qué fue lo tergiversado en las atestacio-

nes para cambiar su contenido ni indicar si la falencia aconteció en la prueba del hecho indicador o la inferencia realizada por el juzgador.

Enumera cinco declaraciones, hace mención especial a la versión del Teniente Coronel Celis Alberto Tamayo Puerto y al respecto expresa que "Durante toda la investigación no apareció prueba alguna que sustentara lo dicho por el oficial y dentro de los testimonios de 'oídas' en ningún momento se hace alusión a los supuestos Telefonemas, que se recibieron en la 'Sede Operativa'."

En esto consiste la crítica, en donde deja por fuera las restantes atestaciones, las que únicamente cuestiona por ser de oídas, lo cual ya analizó la Corte al examinar otro de los cargos formulados. Se aprecia que no hace relación a algún yerro en la apreciación del testimonio del Teniente Coronel, sino que echa de menos que los otros deponentes no mencionaran las llamadas telefónicas, como si fuera indispensable que tuvieran que saber de ellas y esa falta de conocimiento sobre tal punto insustancial tuviera la virtud de contrarrestar lo afirmado sobre los acontecimientos y su autoría.

El censor omite referirse al testimonio de oídas indicativo de que el sindicado fue visto en el camino existente en el potrero contiguo al lugar donde estaba la bomba y fue hallado un cable que sirvió para accionarla. No endilga yerro alguno al fallador en la valoración de esta versión.

El indicio citado lo ataca porque la huida del sindicado se explica en que cualquiera que se entera por medios públicos de que lo responsabilizan de un atentado, asumiría esa conducta. El recurrente no tiene en cuenta que la noticia apareció el día siguiente al de los sucesos. A la hora de los hechos el sujeto activo no estuvo en su residencia, al contrario de lo sostenido en la indagatoria, y abandonó la localidad la misma tarde de la explosión, como lo declaró su progenitora.

Nuevamente el recurrente pretende imponer su peculiar forma de analizar las pruebas frente a la apreciación realizada por el Tribunal, especialmente en lo relacionado con los testimonios llamados indirectos, lo cual no es viable cuando se acude al recurso extraordinario, que no fue estatuido para acoger opiniones subjetivas sino para corregir los yerros que puede cometer el juzgador al proferir el fallo.

Este cargo tampoco 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 condenatoria objeto de impugnación.

Cópiese, comuníquese y devuélvase al Tribunal de origen. 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, Dídimo Páez Velandia, Nilson E. Pinilla Pinilla.

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

CAUSALIDAD/ HOMICIDIO

La problemática generada por la aplicación del principio de causalidad contemplado en el artículo 21 del Código Penal, sufrió modificación en Colombia con la supresión de la previsión específica del llamado homicidio concausal en el Código Penal de 1980 (Decreto 100), circunscribiéndose la controversia a dos hipótesis: existencia real de la causa determinante del hecho punible, atribuible a la acción u omisión del agente, o de la concausa que por sí sola sea suficiente o idónea para producir el resultado dañino, evento en el cual desaparecería o tendría una materialización diferente el hecho punible como tal, en concreto.

Proceso No. 12869

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal

Magistrado Ponente Dr. *Nilson E. Pinilla Pinilla*

Aprobado Acta N° 77

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

ASUNTO

Decide la Corte sobre la admisibilidad del recurso de casación excepcional, interpuesto oportunamente por el defensor del procesado Jesús Egidio Solís Banguero, Contra la sentencia de segunda instancia proferida por el Juzgado Sexto Penal del Circuito de Palmira (Valle del Cauca), que lo condenó por un delito culposo de lesiones personales.

ANTECEDENTES

El 9 de diciembre de 1989, en la clínica Maranatha de Palmira, Valle del Cauca, el niño Juan Sebastián Victoria Castro fue sometido a una intervención quirúrgica de circuncisión por parte del médico Jesús Egidio Solis Banguero, quien utilizó un bisturí eléctrico, resultando el menor con graves quemaduras en el pene, que a la postre le significaron la pérdida anatómica del órgano de la reproducción, deformidad física y perturbación funcional del órgano de la micción.

Denunciado el hecho por el padre del niño lesionado y desarrollada la correspondiente instrucción, dentro de la cual se profirió contra el médico Jesús Egidio Solis Banguero medida de aseguramiento de detención preventiva con excarcelación, el 8 de junio de 1994 el Juzgado Sexto Penal del Circuito de Palmira confirmó la resolución de acusación (fs. 732 y ss.), proferida en primera instancia el 12 de noviembre de 1993 por el Juzgado

Sexto Penal Municipal de la misma ciudad (fs. 678 y ss.), contra el doctor Solís Banguero, por el delito culposo de lesiones personales, dando por demostrado el nexo causal existente entre la técnica utilizada por el médico cirujano (uso conjunto de la pinza o campana de Gomco y el electrobisturí), con el resultado lesivo en la integridad física del niño.

La resolución acusatoria de segunda instancia fue notificada personalmente, el 9 de junio de 1994, a la representante del Ministerio Público y al apoderado de la parte civil, y por estado el 16 de los mismos (f. 754).

Adelantado el juicio y celebrada audiencia pública, el 28 de junio de 1996 el Juzgado 1° Penal Municipal de Palmira puso fin a la instancia, absolviendo al acusado por no encontrar "certeza probatoria" para condenar (fs. 1121 y ss.); fallo apelado por el apoderado de la parte civil y revocado el 16 de diciembre del mismo año por el Juzgado Sexto Penal del Circuito de Palmira (fs. 2003 y ss.), mediante el que es objeto del recurso excepcional de casación, condenando al doctor Jesús Egidio Solís Banguero a la pena principal de trece meses de prisión, multa por valor de $ 2.669 y suspensión en el ejercicio de la profesión médica durante seis meses; igualmente le impuso interdicción de derechos y funciones públicas por el mismo lapso de la pena de prisión y la obligación de indemnizar los perjuicios materiales causados con el delito, por valor de $ 349.002.966,70, y los morales por el equivalente en moneda nacional de mil gramos oro. De otra parte, concedió el subrogado de la condena de ejecución condicional.

La Impugnación

Dentro del término de ejecutoria de la sentencia de segunda instancia, el defensor del procesado Solís Banguero interpuso y sustentó la impugnación, solicitando la intervención excepcional de la Corte con la finalidad de desarrollar la jurisprudencia respecto de dos aspectos de la relación de causalidad prevista en el artículo 21 del Código Penal, a saber: causalidad genérica y su demostración dentro del proceso penal, y la naturaleza jurídica y relevancia de las denominadas «concausas» en la determinación del aspecto objetivo del delito.

En cuanto al primer tema afirma:

«No obstante el amplio despliegue que se ha dado tanto doctrinal como jurisprudencialmente a la forma en que debe ser demostrada la causalidad concreta dentro de cada proceso, existe un segundo tema de singular importancia para el derecho penal que -por contraposición- ha merecido mucha menor atención: se trata de la forma en que debe ser establecida la vigencia de la denominada causalidad genérica, expresión ésta con la que se hace referencia a la ley causal y no a la conexión particular que pueda existir entre una causa y un resultado. Expresado en palabras sencillas,

mientras en el juicio sobre causalidad genérica se busca determinar la existencia y vigencia de una ley causal (por ejemplo, la prolongada ausencia de oxígeno produce la muerte de los seres humanos), el estudio sobre la causalidad concreta trata de establecer si entre la actuación de una persona y el resultado penalmente relevante existe una relación de causalidad (por ejemplo, Pedro apretó de manera fuerte y prolongada el cuello de Juan privándolo de oxígeno, lo cual determinó la muerte de éste último por asfixia)».

Refiriéndose luego a los antecedentes de los procesos Contergan (o de la talidomina) y del aceite de Colza, adelantados en la República Federal Alemana y España respectivamente, y a la solución dada por la jurisprudencia de dichos países en el sentido de otorgarle autonomía a los juzgadores para dar por demostradas las leyes de la causalidad científica, mostrándose extrañado de que en Colombia no se hubiese presentado una definición jurisprudencial en tal sentido, expresa:

«...dentro del proceso de la referencia este aspecto adquiere singular importancia debido a que buena parte del debate probatorio giró en rededor de si un electrobisturí como el empleado por el cirujano Jesús Egidio Solís Banguero es apto para causar en el paciente quemaduras de tercer grado como las que pudieron haber determinado la necrotización de los tejidos del pene del menor. A lo largo de la investigación la parte civil aportó literatura científica donde se advierte de los peligros que en materia de quemaduras puede envolver el empleo del electrobisturí, adujo en su favor algún testimonio sobre la existencia de una quemadura de tercer grado en el pene del menor operado e invocó un dictamen pericial del cual podría colegirse que el electrobisturí habría podido generar graves quemaduras (de tercer grado) al paciente.

La defensa, por su parte, adjuntó al expediente abundante literatura especializada sobre la imposibilidad de que un electrobisturí como el empleado por el médico Solís Banguero pueda generar quemaduras de tercer grado, adujo en su favor varios testimonios que niegan la existencia de tal clase de quemaduras en el pene del menor una vez terminada la intervención quirúrgica a la que fue sometido el menor, e invocó en favor de su tesis la ampliación del dictamen pericial (en esta oportunidad suscrito por tres médicos legistas más el Coordinador de Peritos de Medicina Legal) conforme a la cual el electrobisturí en cuestión no podía generar - en ningún caso - quemaduras de tercer grado.

Ante este disímil material probatorio, el juzgador de primera instancia consideró que no había plena demostración sobre el origen de la necrotización de los tejidos del pene del menor y absolvió al procesado, en tanto que el ad-quem resolvió de manera positiva la controversia científica sobre la aptitud que poseen los electrobisturís para generar quemadu-

ras de tercer grado y con fundamento en ello profirió sentencia condenatoria en contra de mi poderdante.

Las anteriores consideraciones me llevan al convencimiento de que la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia puede aprovechar el análisis de este proceso para fijar jurisprudencialmente si la causalidad genérica debe ser establecida por el funcionario judicial con independencia del criterio de la comunidad científica, o si corresponde a la respectiva ciencia la determinación de cuándo y bajo qué condiciones rige una ley causal. Del criterio que sobre el particular se adopte depende la permanencia o revocatoria de la sentencia condenatoria proferida en contra de mi representado, pues frente a la aparente indecisión científica que existe en torno a la posibilidad de que un electrobisturí cause quemaduras de tercer grado a los pacientes que con él son intervenidos quirúrgicamente el fallador de segunda instancia se pronunció afirmativamente y sobre ello basó el fallo condenatorio.»

Y respecto al segundo tema, después de reseñar la jurisprudencia de la Corte sobre el fenómeno de las denominadas «concausas» durante la vigencia del Código Penal de 1936, que especificaba el homicidio concausal y aludir a posteriores pronunciamientos sobre el particular, concluye manifestando:

«...la Corte ha avanzado de manera notable al no enfocar el problema desde la estrecha perspectiva de las denominadas 'concausas', precisando en cambio que la relación de causalidad no es presupuesto suficiente de responsabilidad penal y advirtiendo que la simple violación al deber de cuidado tampoco es requisito suficiente para la deducción de responsabilidad penal. Pero lo que hasta el momento no ha hecho la Sala Penal de nuestra Corte Suprema de Justicia es establecer desde el punto de vista jurisprudencial cuál es el requisito que adicionalmente a la relación de causalidad y la violación del deber de cuidado debe estar demostrado dentro del proceso penal para poder admitir cuando menos la configuración objetiva del delito...»(negrillas del texto).

Luego agrega:

«La importancia de este concreto aspecto de la relación de causalidad dentro del proceso de la referencia se deriva de que estando demostrada la producción de una quemadura en el pene del menor durante el transcurso de la operación a la que fue sometido por parte del cirujano Jesús Egidio Solís Banguero (aun cuando se discuta si ella fue de primero o de tercer grado), ello solo alcanzaría para establecer un eventual nexo causal entre la conducta de mi poderdante y las lesiones finalmente sufridas por el menor (siempre sobre el supuesto de la enorme extensión lineal de las cadenas causales), así como quizás pudiera llegar a considerarse probada la existencia de una falta al deber de cuidado de Solís Banguero en el transcurso de la intervención quirúrgica. Pero lo que de ninguna manera

está demostrado dentro del proceso es que la quemadura sufrida por el menor durante la circuncisión a que fue sometido haya evolucionado (¿evolucionan las quemaduras?) hasta generar la necrotización y pérdida funcional del órgano de la reproducción.»

Por consiguiente, si se abordara el estudio de tan interesante problema teórico podría sentarse el presupuesto de:

«que la simple demostración del nexo causal y la prueba de una infracción al deber de cuidado no son condiciones suficientes para dar por demostrado el aspecto objetivo del delito, sino que adicionalmente a ello se requiere que el riesgo desaprobado así creado por el autor se concrete en el resultado; y como en el caso materia de estudio no se demostró que la quemadura ocasionada por mi defendido al menor en el transcurso de la operación haya sido la que se concretó en la pérdida funcional del órgano de la reproducción, el médico Solis Banguero debería resultar absuelto.»

Consideraciones de la Corte

La problemática generada por la aplicación del principio de causalidad contemplado en el artículo 21 del Código Penal, sufrió modificación en Colombia con la supresión de la previsión específica del llamado homicidio concausal en el Código Penal de 1980 (Decreto 100), circunscribiéndose la controversia a dos hipótesis: existencia real de la causa determinante del hecho punible, atribuible a la acción u omisión del agente, o de la concausa que por sí sola sea suficiente o idónea para producir el resultado dañino, evento en el cual desaparecería o tendría una materialización diferente el hecho punible como tal, en concreto.

De ello emerge la intrascendencia de ahondar, para resolver un tema preciso como el analizado en este proceso, sobre aspectos teóricos como la diferenciación predicable de las denominadas causalidad concreta y genérica, máxime cuando el recurrente se aleja de lo propuesto para encauzar su argumentación hacia el aspecto probatorio.

Es claro, además, que el impugnante que se acoge a la vía excepcional de la casación, aduciendo la necesidad de desarrollar la jurisprudencia sobre el punto de derecho cuestionado, debe probar la incidencia de tal desarrollo sobre el caso debatido, lo cual no se logra en este caso.

De modo que si en el proceso que ocupa la atención de la Sala se dio por demostrado que el daño causado al niño Juan Sebastián

Victoria Castro, tuvo como causa única el comportamiento culposo del médico Solis Banguero, sin advertir «concausa» sobreviniente a las quemaduras térmicas determinantes de la necrotización del pene de la pequeña víctima que hubiese roto esa necesaria relación de causa a efecto, no se ve la necesidad de abordar por vía jurisprudencial un tema que ha sido ampliamente tratado por la jurisprudencia y la doctrina, como fluye de las citas traídas por el acucioso peticionario.

Ahora bien, si lo que se busca es determinar la existencia de la *ley causal* (causalidad genérica) mediante comprobación científica, para que el funcionario judicial la aplique, o demostrar dicha existencia sin preconceptos generales, la cuestión así enfocada no tendría tanto que ver con el principio de causalidad y sí mucho con el de libertad de que goza el juez en la valoración de los medios probatorios; solución por cierto dada por la justicia de Alemania y España en los casos Contergan (o de la talidomina) y aceite de Colza, que cita el recurrente, al otorgar a los funcionarios judiciales de dichos países la más amplia autonomía para establecer las leyes de la causalidad científica.

Como la ley instrumental colombiana no asigna valor específico a ningún medio de convicción, así tenga origen científico, sino que defiere su evaluación a la libre y razonada apreciación del juzgador, siguiendo las reglas de la sana crítica, y dicho principio cardinal del derecho probatorio ha tenido el más amplio desarrollo y difusión, huelga volver sobre él.

De lo dicho se infiere que no obstante las ponderadas razones esbozadas por el impugnante, la Corte en uso de la potestad discrecional que le confiere el artículo 218 ya mencionado, no considera necesario para el desarrollo de la jurisprudencia la aceptación del recurso excepcional interpuesto por el defensor del procesado.

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

RESUELVE:

NO ACEPTAR el recurso de casación excepcional interpuesto por el defensor del procesado Jesús Egidio Solís Banguero.

Vuelva el proceso al Juzgado de origen.

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, Dídimo Páez Velandia, no; Nilson E. Pinilla Pinilla.

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

MANDATO CIVIL-Fallecimiento del poderdante/ EXTINCION DE LA PENA/ EXTINCION DE LA ACCION

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.»

Aunque el peticionario solicita a la Sala «declarar la extinción de la pena», por el fallecimiento de su defendido, resulta apropiado a la técnica jurídica declarar la extinción de la acción penal y cesar el procedimiento, con todas las consecuencias que tal determinación conlleva, puesto que la extinción de la pena se reserva para la hipótesis en que la sentencia ya se encuentre ejecutoriada al producirse el deceso del condenado.

Proceso No. 14313

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal

Magistrado Ponente Dr. *Edgar Lombana Trujillo*

Aprobado Acta No. 76 (25 de mayo/ 99)

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

VISTOS

La Sala resuelve la solicitud de "extinción de la pena" por muerte del procesado, de conformidad con el artículo 76 del Código Penal, elevada por el defensor del señor Efraín Enrique Ortega Vanegas.

ANTECEDENTES Y CONSIDERACIONES

1. Los señores Efraín Enrique Vanegas Ortega y Gregorio Jesus Suárez Peláez, fueron condenados mediante sentencia del 27 de febrero de 1997, expedida por el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Valledupar, a la pena principal de cuarenta y seis (46) y cincuenta (50) meses de prisión y a la interdicción de derechos y funciones públicas por el mismo período, respectivamente, en calidad de coautores del concurso de delitos conformado por falsedad material de particular en documento público y estafa, por defraudar la fe pública y el patrimonio económico del señor Rafael Hernández Navarro, con la venta de un carro de origen venezolano, adul-

terado en sus números de identificación y por ello recuperado por las autoridades colombianas. (folio 605 cdno. No. 2)

2. La sentencia fue apelada por el defensor de Efraín Enrique Vanegas Ortega, y al resolver el recurso el Tribunal Superior de Valledupar, en providencia del 3 de junio de 1997, le impartió confirmación en cuanto a la condena principal, al tiempo que redujo el monto de la indemnización de perjuicios. (folio 6 cdno. Tribunal)

3. El mismo defensor interpuso el recurso extraordinario de casación, que ya cuenta con registro de proyecto para decidir sobre aspectos formales de la demanda. Sin embargo, el expediente fue requerido ante la necesidad de atender la petición que ahora ocupa a la Sala.

4. En efecto, el defensor del señor Efraín Enrique Vanegas Ortega, informa sobre su fallecimiento aportando como prueba copia autenticada del registro civil de defunción No. 1198039 del 1° de diciembre de 1998, expedido por la Notaría Unica de Villanueva (Guajira), (folio 7 cdno. Corte) y con base en ello solicita que se declare la "extinción de la pena" 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 Efraín Enrique Vanegas Ortega, 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 Vanegas Ortega, pues en su texto se indica que el deceso se produjo en forma violenta, y la verificación de este acon-

tecimiento tiene entidad para extinguir la acción penal, como lo establece el artículo 72 del Código Penal, así se declarará y como consecuencia se dispondrá la cesación de todo procedimiento, claro está, con exclusiva relación a él.

7. Aunque el peticionario solicita a la Sala "declarar la extinción de la pena", por el fallecimiento de su defendido, resulta apropiado a la técnica jurídica declarar la extinción de la acción penal y cesar el procedimiento, con todas las consecuencias que tal determinación conlleva, puesto que la extinción de la pena se reserva para la hipótesis en que la sentencia ya se encuentre ejecutoriada al producirse el deceso del condenado, no siendo éste el caso del señor Efraín Enrique Vanegas Ortega.

7. El proceso retornará al Tribunal de origen, con el fin de que siguiendo el conducto regular, se disponga lo pertinente a la ejecución de la pena impuesta al señor Gregorio Jesús Suarez Peláez, respecto de quien cobra fuerza ejecutoria la sentencia proferida el 3 de junio de 1997, por el Tribunal Superior de Valledupar, toda vez que en su nombre no se interpuso el recurso extraordinario de casación.

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 Efraín Enrique Vanegas Ortega, identificado con cédula de ciudadanía número 19.665.050 de Chiriguaná (Cesar). 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 Superior de Valledupar, con el fin de que siguiendo el conducto regular, se disponga lo pertinente a la ejecución de la pena impuesta al señor Gregorio Jesús Suárez Peláez, respecto de

quien cobra fuerza ejecutoria la sentencia proferida el 3 de junio de 1997, por la Sala de Decisión Penal de dicha Corporación.

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, Dídimo Páez Velandia, Nilson E. Pinilla Pinilla.

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

SUBROGADO PENAL /VIGENCIA DE LA LEY-
Ley 40 de 1993 art. 15

La Corte debe precisar, en primer lugar, que la sentencia no está ejecutoriada todavía y por tal razón la pretensión del procesado debe entenderse como de libertad provisional por conducto del artículo 415-2 del Código de Procedimiento Penal.

Es verdad, en segundo lugar, que la prohibición absoluta de libertad condicional a que hacía referencia el artículo 15 de la ley 40 de 1993 no se encuentra vigente. La totalidad de hechos punibles son actualmente susceptibles del subrogado (o de la libertad provisional por esa vía), en los términos del artículo 1º de la ley 415 de 1997. Lo que no es cierto es que a partir de esta norma baste cumplir en unos casos los dos tercios de la pena y en los demás las tres quintas partes para hacerse acreedor a la libertad, como parece plantearlo (...).

La mencionada disposición incluyó un nuevo artículo (el 72 A) en el Código Penal y con éste un nuevo régimen de libertad condicional, que coexiste con el del 72 del mismo estatuto.

Bajo el régimen del artículo 72 A basta haber descontado de la pena sus 3/5 partes y no tener orden de captura vigente, para que surja a favor del condenado o procesado el derecho al subrogado penal o a la excarcelación. El mismo no es aplicable, sin embargo, frente a los delitos relacionados en la disposición, entre los que se cuentan el apoderamiento y desvío de aeronaves (art. 4º del decreto 2266 de 1991) y el hurto calificado, dos de los hechos punibles por los cuales resultó condenado el acusado. En relación con éstos, como lo precisa la norma con suma claridad, opera el régimen del artículo 72 del Código Penal, lo cual significa que para la procedencia del subrogado o de la libertad provisional se requiere no sólo haber descontado las dos terceras partes de la pena, sino el juicio positivo de readaptación social realizado por el funcionario judicial a partir de la personalidad del procesado, su conducta carcelaria y sus antecedentes de todo orden.

Proceso No. 10245

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal.

Magistrado Ponente Dr. *Carlos Eduardo Mejía Escobar*

Aprobado Acta No. 78

Santa Fe de Bogotá, D. C., mayo treinta y uno (31) de mil novecientos noventa y nueve (1999).

VISTOS

Resuelve la Sala la solicitud de "libertad condicional" elevada por el procesado William Alfredo Rojas Riera.

LA PETICIÓN

Afirma el procesado, sustentado en algunas decisiones judiciales que cita, que el artículo 15 de la ley 40 de 1993 fue derogado por el 1º de la ley 415 de 1997, a través del cual quedó regulado completamente el subrogado penal de la libertad condicional "...para todos los condenados con la única diferencia que para unos delitos se concederá con las 2/3 y para otros con las 3/5 partes de la pena...". Agrega que el parágrafo único de la norma señala que salvo la existencia de orden de captura vigente no puede negarse el beneficio "...atendiendo a los antecedentes penales o circunstancias tenidas en cuenta en la sentencia para dosificar la pena o negar la condena de ejecución condicional". Aunque al respecto no es muy claro el peticionario, da a entender que el único requisito para obtener la libertad condicional en cualquier caso es el transcurso de las 2/3 o 3/5 partes de la pena según el hecho punible de que se trate. En su caso desbordó la primera porción aludida y ha observado buena conducta carcelaria, por lo que considera que se hace merecedor a la libertad.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

La Corte debe precisar, en primer lugar, que la sentencia no está ejecutoriada todavía y por tal razón la pretensión del procesado debe entenderse como de libertad provisional por conducto del artículo 415-2 del Código de Procedimiento Penal.

Es verdad, en segundo lugar, que la prohibición absoluta de libertad condicional a que hacía referencia el artículo 15 de la ley 40 de 1993 no se encuentra vigente. La totalidad de hechos punibles son actualmente susceptibles del subrogado (o de la libertad provisional por esa vía), en los términos del artículo 1º de la ley 415 de 1997. Lo que no es cierto es que a partir de esta norma baste cumplir en unos casos los dos tercios de la pena y en los demás las tres quintas partes para hacerse acreedor a la libertad, como parece plantearlo Rojas Riera.

La mencionada disposición incluyó un nuevo artículo (el 72 A) en el Código Penal y con éste un nuevo régimen de libertad condicional, que coexiste con el del 72 del mismo estatuto.

Bajo el régimen del artículo 72 A basta haber descontado de la pena sus 3/5 partes y no tener orden de captura vigente, para que surja a favor del condenado o procesado el derecho al subrogado penal o a la excarcelación. El mismo no es aplicable, sin embargo, frente a los delitos relacionados en la disposición, entre los que se cuentan el apoderamiento y desvío de aeronaves (art. 4º del decreto 2266 de 1991) y el hurto calificado, dos de los hechos punibles por los cuales resultó condenado el acusado. En relación con éstos, como lo precisa la norma con suma claridad, opera el régimen del artículo 72 del Código Penal, lo cual significa que

PRUEBA/ SANA CRITICA/ TESTIMONIO/ TERCERO CIVILMENTE RESPONSABLE

1. En el sistema de tarifa legal las pruebas tienen un valor inalterable, independiente del criterio del juez, quien se limita a aplicar la ley a los casos particulares.

Es en este sistema en el que se afirma que «Dos testigos hábiles que concuerden en el hecho y sus circunstancias de modo, tiempo y lugar, forman plena prueba ...», y, por ende, que uno sólo no tiene tal valor.

En cambio en el método de la sana crítica, el fallador goza de libertad para apreciar los medios de prueba, sólo limitada por la ciencia, la lógica y la experiencia. Aquí su convicción la forma de manera libre pero racional, debiendo, por tanto, expresar si un determinado medio le merece o no credibilidad y por qué.

Por lo mismo, un sólo testigo «purgado de vicios, ostenta capacidad de llevar al convencimiento del juzgador sobre la responsabilidad del acusado», como lo ha expresado la Sala*.

En el primer sistema, cuando se desconoce la norma que tarifa la fuerza persuasiva del medio, se incurre en error de derecho por falso juicio de convicción, el que es extraño al método de la sana crítica.

Como quiera que el testimonio en nuestro actual sistema procesal no tiene un valor tarifado, sino que su apreciación se deja al razonado criterio del juzgador, quien goza de facultad para otorgarle o no credibilidad, atendiendo los principios de la ciencia, la lógica y la experiencia, la simple discrepancia sobre aquella no puede estructurar desatino demandable a través de la casación. Por lo tanto, el yerro sólo puede emerger de la ostensible contradicción entre la valoración del sentenciador y las reglas de la sana crítica, pero no de la discrepancia entre la estimación judicial y la del censor.

2. Como reiteradamente lo ha sostenido la Sala, el plazo para vincular al tercero civilmente responsable fenece cuando el proceso queda a disposición de las partes, de conformidad con el artículo 446 del Código de Procedimiento Penal, pues si se llama con posteriori-

*. Véase casación marzo 9/95, M.P. Dr. Carlos Eduardo Mejía Escobar

*parar debidamente su defensa para que así se equilibre en los mismos derechos y facultades de cualquier sujeto procesal, pues de no ser así se le vulnera el debido proceso y el derecho de defensa***.

En este asunto, si bien es cierto que la demanda de constitución de parte civil se admitió el 23 de junio de 1993, cuando el proceso se encontraba en su etapa instructiva, sin embargo al tercero civilmente responsable sólo se le vinculó hasta el 27 de febrero de 1995, vencido el traslado de que trata el artículo 446 y pocos días antes de la celebración de la audiencia pública, en la cual tampoco intervino por no haber sido notificado.

Así mismo, el juez de primera instancia absolvió al procesado, por lo cual no podía pronunciarse sobre los perjuicios. El Tribunal lo condenó penal y civilmente, pero nada dijo sobre el tercero civilmente responsable, de lo que se infiere que al percatarse que la vinculación había sido extemporánea y violatoria del debido proceso y del derecho de defensa, la consideró inexistente.

Conforme al art. 218 del C. de P. P, el recurso de casación sólo procede contra sentencias de segunda instancia, es decir, contra las decisiones que se tomen en la misma.

Sobre la responsabilidad del tercero civilmente responsable no hubo decisión, esto es, no hay sentencia y, por lo mismo, el cargo carece de objeto, por lo que debe ser desestimado.

*Por otra parte, una de las finalidades de la casación es la de garantizar los derechos fundamentales debidos a las personas que intervienen en la actuación penal, objetivo que si prospera el reproche, no sólo no se cumpliría sino que, por el contrario, como en situación semejante lo sostuvo la Sala, se cometería una nueva violación contra las garantías de los terceros, pues no solamente se les vinculó tardíamente, sino que además resultarían condenados sorpresivamente en la sentencia de casación sin haber sido definida su responsabilidad en las dos instancias previas, con lo cual también se les desconocería la posibilidad de interponer recursos contra la condena, inobservando el debido proceso aplicable al caso***.*

**. Véanse casación 10.260, junio 17/97, M.P. Dr. Nilson E. Pinilla Pinilla y 10.728, marzo 17/99, M. P. Dr. Carlos Augusto Gálvez, entre otras.

***. Auto de febrero 4/98, casación 13.860, M.P. Dr. Ricardo Calvete Rangel.

Proceso No. 12538

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal.

Magistrado Ponente Dr. *Jorge Córdoba Poveda*

Aprobado Acta N° 79

Santa Fe de Bogotá, D. C., primero (1°) de junio de mil novecientos noventa y nueve (1999).

VISTOS

Procede la Sala a resolver el recurso de casación interpuesto por el defensor de Hugo Alvaro Soriano Aguirre y el apoderado de la parte civil contra la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Ibagué, el 14 de marzo de 1996, por medio de la cual al revocar en su integridad la del Juzgado Primero Penal del Circuito del Espinal, condenó al citado procesado a la penas principales de 3 años de prisión, multa de cinco mil pesos y la suspensión durante 1 año del oficio de conductor, y a las accesorias de rigor, como autor de los delitos de homicidio culposo, en concurso. Así mismo, le otorgó el subrogado penal de la condena de ejecución condicional.

Igualmente, lo condenó al pago de perjuicios materiales por 5.000 gramos oro y morales por 2.000 gramos oro.

HECHOS

Fueron sintetizados así por el juzgador de segunda instancia:

«A eso de las 5 y 30 de la mañana del 29 de diciembre de 1992, Julio Edgar Ramírez Bocanegra salió de Santa Fe de Bogotá, D.C., conduciendo el automóvil Renault 18, de placas NEI-556 con destino a Cali, en el que viajaban su esposa Amanda Caballero y sus hijos Adriana Marcela y Daniel Enrique Ramírez Caballero, y a las 8 y 30 colisionó en la curva que hay en el Kilómetro 13 + 930 metros, zona urbana de Gualanday, con el bus de placas SUB 956, afiliado a la empresa de transporte Autofusa, y que Hugo Alvaro Soriano conducía de Ibagué con destino a la primera de las ciudades citadas, resultando muertos los esposos Ramírez Caballero y lesionados Daniel Enrique y Adriana Marcela».

ACTUACIÓN PROCESAL

Practicada la diligencia de levantamiento de los cadáveres y allegados varios testimonios, la Fiscalía 31 Delegada del Espinal, mediante resolución del 31 de diciembre de 1992, declaró la apertura de la instrucción.

Recibidos otros testimonios, fue escuchado en indagatoria Hugo Alvaro Soriano Aguirre y el 4 de febrero siguiente, el instructor se abstuvo de proferir medida de aseguramiento.

El 23 de junio de 1993, se admitió la demanda de constitución de parte civil, a nombre de Adriana Marcela Ramírez Caballero.

La instrucción se cerró el 23 de noviembre de 1993 y el 21 de enero de 1994 se calificó su mérito con resolución de acusación en contra del citado procesado, por los delitos de homicidio culposo y lesiones personales. Así mismo, se le dictó medida de aseguramiento de detención preventiva, concediéndole la libertad provisional.

Apelada la anterior decisión, la Fiscalía Delegada ante el Tribunal Superior de Ibagué, mediante resolución del 1° de junio de 1994, se inhibió de desatarla, al considerar que el recurso había sido sustentado extemporáneamente.

La etapa del juicio la tramitó el Juzgado Primero Penal del Circuito del Espinal que, luego de dar cumplimiento a lo ordenado en el artículo 446 del Código de Procedimiento Penal y de admitir una adición a la demanda de parte civil, para incluir también como demandante al menor Daniel Enrique Ramírez Caballero, fijó el 2 de diciembre para la celebración de la audiencia pública, la que no se pudo llevar a cabo por inasistencia del defensor.

El 6 de diciembre siguiente, el apoderado de la parte civil solicitó que se notificara a los terceros civilmente responsables de la admisión de la demanda de parte civil, para que se hicieran parte en el proceso, habiéndose cumplido tal diligencia el 27 de febrero de 1995 con relación a la doctora María del Pilar Albarracín Gómez, Gerente de Autofusa, pero sin que se hubiera podido notificar al propietario del bus.

La diligencia de audiencia pública se celebró el 29 de agosto de 1995, habiéndose dictado la sentencia de primera instancia el 12 de septiembre del mismo año, en la que se absolvió al procesado de los cargos formulados en la resolución de acusación.

Apelado el fallo por el representante de la parte civil y el fiscal, el Tribunal Superior de Ibagué, al desatar el recurso, lo revocó en su integridad y condenó a Hugo Alvaro Soriano Aguirre a la penas principales de 3 años de prisión, multa de 5.000 pesos y suspensión durante 1 año en el oficio de conductor, y a las accesorias de rigor, como autor de los delitos de homicidio culposo, en concurso. Así mismo le otorgó el subrogado de la condena de ejecución condicional.

Igualmente, lo condenó al pago de perjuicios materiales por un monto de 5.000 gramos oro y morales por 2.000 gramos oro.

En el mismo fallo se decretó la nulidad parcial, por falta de competencia, en lo atinente al punible de lesiones personales, cometidas en los dos menores, por tratarse de una contravención, y se dispuso expedir copias con destino a los jueces penales municipales y nada se dijo con respecto a la responsabilidad civil del tercero.

LAS DEMANDAS DE CASACIÓN

El defensor del procesado y el representante de la parte civil presentaron, dentro del término legal, sendas demandas de casación, de la siguiente manera:

1. Demanda a nombre del procesado Hugo Alvaro Soriano Aguirre.

Al amparo de las causales primera y tercera de casación formula tres cargos contra la sentencia de segunda instancia, cuyos argumentos se sintetizan así:

CAUSAL PRIMERA

Cargo Primero:

Acusa al fallador de haber vulnerado indirectamente la ley sustancial, por error de hecho, en razón a que le atribuyó «un valor probatorio que no tiene al croquis del accidente, para concluir que el conductor del bus estaba violando los reglamentos de tránsito que prohíben invadir el carril ajeno».

Como normas transgredidas cita los artículos 243, 248, 254 y 273 del Código de Procedimiento Penal.

En el capítulo que denominó «Demostración del Cargo», luego de copiar una porción de la sentencia, dice que el hecho de que el bus se haya desplazado hacia el centro de la vía, se explica por tratarse de un automotor grande «que necesariamente tenía que abrirse unos 10 metros antes de tomar la curva hasta la raya del centro y luego cerrarse...».

Reitera que entre más grande sea el automotor, mayor será el espacio que ocupará del otro carril cuando se trata de tomar curvas. Tal aserto se prueba con las fotografías que obran en el expediente visibles a folios 536 y 537, las cuales «muestran cómo los dos buses y el camión se.... abrieron para poder tomar la curva solamente hasta la línea amarilla del centro de la vía, en cambio, la tractomula que se observa en la fotografía N° 4 -por ser de mayor tamaño, no huelga repetirlo- tuvo que invadir prácticamente todo el carril y luego cerrarse -como se aprecia en la fotografía N°5- para emparejar la marcha, lo cual le estaba permitido en razón de que los vehículos que transitaban hasta Ibagué disponen, valga resaltarlo, de una berma o carril adicional de 2.80 metros de ancho, que les permite virar hacia él en caso de emergencia».

Manifiesta que tal aseveración encuentra respaldo en las leyes físicas, en especial, en la de Newton, según la cual «todo cuerpo tiende a permanecer en estado de reposo o en movimiento rectilíneo uniforme mientras no se presenten fuerzas externas que le hagan cambiar su estado».

Asegura que el bus que manejaba el procesado tendía a permanecer en línea recta, pero al tomar la curva debía desplazarse al centro de la

calzada para que las llantas traseras derechas no se montaran sobre el sardinel, en razón a que la berma era de tan sólo 0.35 centímetros del lado que conducía a la población del Espinal, por lo que no le daba al conductor «margen de maniobrabilidad para esquivar la embestida del automóvil, ni para reducir el campo del desplazamiento del bus al centro de la calzada para poder tomar la curva, puesto que si la berma hubiese sido más ancha no habría tenido necesidad de desplazar el bus hasta la línea amarilla».

Posteriormente cita a unos doctrinantes y manifiesta:

«Lo anterior nos lleva a una forzosa conclusión: la de que el Estado está en mora de modernizar la red vial, habida consideración de que las carreteras de Colombia no fueron diseñadas y construidas con sólida proyección al futuro, consistentes, estables, con capacidad para tráfico intensivo, que no requieran correcciones ni cambios de trazados permanente. En consecuencia, la carretera que nos ocupa, en el sitio del accidente, no fue diseñada ni construida para soportar vehículos de alto tonelaje».

Dice que la causa que llevó a que el bus quedara en la posición que indica el croquis, fue la de que el rodante antes de que tomara la curva tenía «la tendencia a salirse de la línea amarilla», por virtud de la fuerza centrífuga y la fuerza «centrípetra», al momento de la colisión. Además, que de conformidad con la ley tercera de Newton «se rompió con la intensidad» de la segunda de las fuerzas citadas y el vehículo fue impulsado hacia el exterior, esto es, hacia el otro carril. Sin embargo, reconoce que al momento previo a colisión, su protegido frenó una vez que observó que el automóvil lo embestía, «lo que necesariamente hizo que se saliera del carril correspondiente y quedara semiatravesado».

Seguidamente vuelve a citar tratadistas y dice que el grado de adherencia «de la carretera o de la rusticidad que tenía el pavimento era casi nulo en razón de que estaba húmedo, lo que impedía que las llantas traseras se desplazaran lateralmente al mismo tiempo que giraban en su movimiento de traslación».

Como un argumento más, asegura que otra de las razones que tuvo el bus para quedar como lo señala el croquis fue el grado de inclinación del peralte, ya que «tan solo es del 2%, mientras que la masa del vehículo es bastante grande».

A renglón seguido agrega:

«Toda esta serie de hechos y razones prueban de manera incontrovertible que el bus quedó ubicado en la forma que lo indica el susodicho croquis, no porque el vehículo fuera a rebasar en la curva al bus que conducía el señor César Armando Gutiérrez en el momento en que se produjo la colisión, sino por los factores analizados precedentemente.

«Y si el conductor del Renault no pudo hacer uso del carril adicional de 2.80 metros, debido a su propia imprevidencia -al no haber dotado al vehículo de llantas nuevas- y por haber frenado súbitamente el vehículo no obstante estar húmedo el pavimento, solamente él fue el directo responsable del accidente que les arrebató la vida a él y a su esposa. El propio hijo del hoy occiso acepta que el automóvil iba resbalando y Atravesado...».

Cargo segundo:

Acusa al sentenciador de haber vulnerado indirectamente la ley sustancial, por error de hecho, ya que ignoró que en el proceso se hallaba la diligencia de inspección judicial practicada a los vehículos y, por ende, le negó todo valor probatorio.

Como normas vulneradas cita los artículos 247, 248, 254 y 259 del Código de Procedimiento Penal.

En el desarrollo de la censura, dice que se ignoró la constancia que dejó en esa diligencia la Fiscalía, con la que se demuestra «en forma fehaciente cómo la causa para que el automóvil resbalara y se atravesara fue, precisamente, el pésimo estado de conservación de las llantas delanteras, pues no debemos olvidar que los automóviles frenan especialmente con las llantas delanteras».

Cargo tercero:

Acusa al fallador de haber otorgado al testimonio de Jorge Eliécer Vanegas Triana el «valor de plena prueba de la responsabilidad del procesado», violando los artículos 294 y 247 del Código de Procedimiento Penal.

Asevera que el Tribunal sostuvo que el bus iba a exceso de velocidad, por cuanto el citado deponente dijo que se desplazaba a 80 kilómetro por hora. No obstante, dice que la misma era aproximada; además, advierte, el deponente explicó que la marcha no era excesiva así se tratara de una curva, en razón a que metros adelante se iniciaba una pendiente que requería llevar impulso.

De otro lado, manifiesta que no es posible motivar el fallo con el argumento de que el procesado iba a exceso de velocidad, con base en que el testimonio de Vanegas Triana se encuentra corroborado con el del policial Jaime Molina, al ratificar su informe, pues el acta de esta última diligencia no aparece suscrita por el fiscal, lo que conduce a afirmar que es inexistente. Además, se trata de una persona que no percibió los hechos de manera directa, sino de oídas.

Con fundamento en estos tres reproches, solicita a la Corte casar la sentencia y, en consecuencia, absolver al procesado.

Causal tercera

Cargo único,

Lo plantea como subsidiario de los anteriores.

Acusa al fallador de haber dictado la sentencia en un juicio viciado de nulidad, pues no se motivó la condena en perjuicios materiales y morales impuesta al procesado, ocasionados con la muerte de Julio Edgar Ramírez Bocanegra. Y en lo que respecta a los perjuicios causados con la muerte de Amanda Ceballos de Ramírez, considera "que no constituye una verdadera y suficiente motivación decir que era relativamente joven y que por ser ama de casa se privó a los hijos de sus cuidados y afecto».

Reconoce que si bien es cierto que el artículo 106 del Código Penal autoriza al fallador para fijar prudencialmente los perjuicios ocasionados con la infracción hasta en un mil gramos oro, también lo es que tal tasación debe realizarse razonada y fundadamente.

Por tal motivo, arguye que la sentencia desconoció el principio universal que enseña que debe ser motivada, por lo que se incurrió en una nulidad que afecta el debido proceso, al tenor de lo dispuesto en el numeral 2° del artículo 304 del Código de Procedimiento Penal.

Luego de transcribir una decisión de esta Corporación sobre el tema, solicita a la Sala casar la sentencia recurrida y, consecuencialmente, invalidar lo referente a la indemnización de perjuicios.

2. Demanda presentada por el representante de la parte civil.

Cargo único.

Invoca "como causal la señalada en el artículo 368 del C. de P. Civil que dice: 'ser la sentencia violatoria de una norma de derechos sustancial; en concordancia con el artículo 220 del C. de P. Penal que señala, ' cuando la sentencia sea violatoria de una norma de derecho sustancial' ", por cuanto se omitió condenar al tercero civilmente responsable.

Luego de citar el artículo 155 del Código de Procedimiento Penal, acota que la diligencia de audiencia pública se llevó a cabo el día 29 de agosto de 1995, lapso en el cual la empresa Autofusa pudo «controvertir su responsabilidad», pero guardó silencio, no por falta de oportunidad procesal, «sino más bien porque no quiso ejercitar sus derechos como sujeto procesal».

Asegura que la citada empresa tuvo la oportunidad de hacer valer sus derechos a partir del 27 de febrero del mismo año, fecha en la cual se le notificó el libelo, «tiempo suficiente para que hubiera interpuesto no sólo los recursos contra la admisión de la demanda de parte civil, de conformidad con las normas del Código de Procedimiento Civil, sino que además guardó silencio al no hacerse parte de la diligencia de audiencia pública tal y como consta en la misma».

Como normas infringidas cita los artículos 44, 45, 155 y 21 del Código de Procedimiento Penal, y solicita a la Corte casar la sentencia recurrida y condenar como tercero civilmente responsable a la empresa Autofusa.

CONCEPTO DEL PROCURADOR TERCERO DELEGADO EN LO PENAL

1.- Demanda presentada a nombre del procesado Hugo Alvaro Soriano Aguirre.

Causal tercera

Cargo único

Dice que respetando el principio de prioridad, iniciará el concepto refiriéndose a la nulidad planteada, que estima no debe prosperar.

Conceptúa que el Tribunal sí motivó en la sentencia los perjuicios ocasionados con los delitos, pues al tasarlos tuvo en cuenta la edad de los occisos, la actividad que desempeñaban y lo que para los menores representaba su pérdida, "de manera que sí existió motivación en la sentencia para la condena en perjuicios».

Afirma que la inconformidad del libelista radica en que no comparte las motivaciones del fallador en torno al tema, situación que es bien distinta, pues el fallador tuvo en cuenta todos lo requisitos que señala la norma, «además que todos los argumentos para fundamentar la condena de perjuicios por daño moral resultarían insuficientes ante el dolor que causa la pérdida de un ser querido, especialmente el padre y la madre, en este caso ambos».

Sobre la posible falta de motivación de los perjuicios por la muerte de Amanda de Ramírez, también alegada por el libelista, dice que sí la hubo, pero que para el libelista resulta insuficiente, por lo que no se evidencia ninguna irregularidad sustancial que afecte el debido proceso.

Así, entonces, solicita que el cargo sea desestimado.

Causal primera.

Primer Cargo.

Considera como interesantes los planteamientos que esgrime el libelista sobre las diversas leyes de la física para tratar de explicar la posición en que quedó el bus sobre la vía, la cual se encuentra plasmada en el croquis. Sin embargo no le asiste razón, pues si bien es cierto que el automotor, en razón de su tamaño, debe abrirse un poco para tomar la curva, no puede hacerlo hasta el punto en que se observa en el croquis, documento no objetado por el conductor del vehículo, quien niega haber invadido el carril, insinuando que el automóvil se le vino encima, careciendo de veracidad esta afirmación».

Acota que el censor no demuestra el error que señala en la apreciación de la prueba. Por el contrario, asevera que son razonados los argumentos expuestos por el Tribunal, en forma que lo pretendido es oponerse a sus conclusiones.

De otro lado, sostiene que no se puede pensar como lo hace el libelista, en el sentido de que debió ser otro el comportamiento del conductor del carro, «pues es un razonamiento ex-post. Nadie puede determinar a ciencia cierta cuál ha debido ser el proceder adecuado para la situación que se presentaba...».

De igual manera, advierte que no fue una frenada por un descontrol del automóvil sin motivo, «fue la presencia del bus en su vía lo que hizo que el occiso detuviera la marcha del carro que conducía. Encontró su carril invadido y frenó, de manera entonces que no es desacertada la interpretación que del croquis realizó la sentencia del Tribunal».

Por lo expuesto, pide a la Corte no casar la sentencia recurrida.

Cargo segundo

Dice que no es cierto, como lo afirma el casacionista, que el Tribunal no hubiese tenido en cuenta, en su valoración, la diligencia de inspección judicial, pues en la sentencia «se refiere a la constancia dejada por el Fiscal en la diligencia de inspección judicial y destaca el dictamen pericial proferido por el perito designado en la misma diligencia".

Sobre la afirmación del libelista, según la cual las llantas delanteras del automóvil se encontraban lisas, el perito también señaló que las mismas se encontraban en buen estado, de manera que se podía transitar con ellas.

Nuevamente resalta que la inconformidad del actor radica en la interpretación que se le dio a la diligencia de inspección judicial, sin que hubiera enseñado el error del sentenciador.

Por lo expuesto, sugiere a la Sala desestimar el reproche.

Tercer cargo

Afirma que tampoco le asiste razón al demandante, pues con el testimonio de Jorge Eliécer Vanegas se demostró únicamente la velocidad con que se desplazaba el bus al momento de la colisión.

A renglón seguido agrega:

«Valga anotar, empero, que lo que determina la responsabilidad de Soriano no es solamente la velocidad a la que se desplazaba, sino principalmente la invasión del carril que no le correspondía. Fue un conjunto de situaciones las que produjeron la colisión, situaciones debidamente analizadas por la sentencia de segundo grado.

«La declaración de Vanegas no fue determinante para dar certeza al Tribunal sobre la responsabilidad de Soriano, fue una de las tantas pruebas que se valoraron y apreciaron. Por lo tanto no se le dio el valor de plena prueba, como lo señala el casacionista.»

Estima que el cargo debe ser rechazado.

DEMANDA PRESENTADA POR EL REPRESENTANTE DE LA PARTE CIVIL

Luego de hacer una reseña breve sobre la historia procesal respecto a la notificación de la demanda de parte civil a la empresa Autofusa, sostiene que no basta con el acto de notificación para que se condene al tercero civilmente responsable, pues éste ha «debido contar con los momentos procesales pertinentes para ejercer su derecho a la defensa, controvertir las pruebas aportadas y tratar de desvirtuar su obligación de pagar los perjuicios, lo que no ocurrió en el presente caso».

Advierte que al momento de la admisión de la demanda de parte civil, ya habían precluido todas las etapas probatorias del proceso, «se estaba pendiente de fijar nueva fecha para la diligencia de audiencia pública y no existía oportunidad de hacer ningún tipo de pronunciamiento».

No es cierto, enfatiza, que el representante de Autofusa no hubiese querido asistir a la diligencia de audiencia pública, ya que ni siquiera se le notificó.

Igualmente asegura que las normas que cita el recurrente como vulneradas, fueron aplicadas en forma correcta por el fallador.

Luego de citar una jurisprudencia de esta Corporación, señala que la demanda no debe prosperar.

Consideraciones de la Corte

1. Demanda presentada a nombre del procesado Hugo Alvaro Soriano Aguirre.

Causal primera.

Cargo primero.

Lo aduce por violación indirecta de la ley sustancial, por error de hecho, por cuanto, según su personal óptica, el fallador le atribuyó al croquis levantado por los Policías de Tránsito "un valor que no tiene", concluyendo que el procesado transgredió los reglamentos de tránsito, en especial aquel que preceptúa que no se puede «invadir carril ajeno».

Sea lo primero observar que el recurrente no dice cuál fue la norma sustancial vulnerada, ni el sentido de la infracción, esto es, falta de aplicación o aplicación indebida.

Además, tal como está formulada la censura, se advierte que no señala la clase de falso juicio en que incurrió el sentenciador al evaluar el

croquis levantado por la autoridad de policía. Sin embargo, de su desarrollo puede inferirse que aunque postula un error de hecho, se desvía hácia el de derecho por falso juicio de convicción, que no tiene cabida cuando se trata de elementos no sometidos en cuanto a su valoración al método de la tarifa legal sino al de la sana crítica o persuasión racional, sin que la simple discrepancia entre el fallador y el censor sobre el mérito de las pruebas constituya error, prevaleciendo el criterio de aquel, por venir la sentencia amparada por la doble presunción de acierto y legalidad.

Por otra parte, basta observar el citado croquis para percatarse que el sentenciador no cometió desacierto alguno, ya que en él aparece que el bus que manejaba el procesado invadió el carril por el que transitaba en sentido contrario el Renault, hecho que, además, fue aceptado por aquel y que analizado conjuntamente con otros elementos de convicción fundamentó la sentencia condenatoria.

Por lo expuesto el cargo no prospera.

Cargo segundo

Acusa al sentenciador de haber vulnerado indirectamente la ley sustancial, por error de hecho, por cuanto ignoró la existencia de la inspección judicial practicada a los vehículos y, por ende, le negó todo valor probatorio.

En el desarrollo de la censura asevera que lo desconocido fue la constancia dejada en esa diligencia sobre que las llantas delanteras del Ranault estaban lisas y menos gastadas las traseras.

Como en el reproche anterior, no se dice cuál fue la norma sustancial violada ni el sentido de la infracción, esto es, si lo fue por falta de aplicación o por aplicación indebida.

Por otra parte, y tal como lo destaca el Procurador Delegado, no es cierto que se haya incurrido en error de hecho por falso juicio de existencia, al ignorarse la constancia dejada por la Fiscalía en la diligencia de inspección judicial sobre el estado de las llantas del automóvil accidentado, sino que tal circunstancia fue expresamente considerada, tal como se destaca en el siguiente aparte de la sentencia:

«Pero es que, si en la inspección judicial practicada el 7 de enero de 1993 a los automotores accidentados se anotó, que las llantas delanteras estaban lisas o gastadas (sic), y en forma menos gastadas las traseras. fl. 4 vto., Domingo Peña, Guarda de Tránsito Distrito 1, que actuó como perito en aquella diligencia, dictaminó el 3 de febrero del año citado, al punto 3°, que ... 'el rodamiento del bus (llantas y otros) en buen estado. Del Renault, solamente se pudo establecer que sus llantas se encontraban en buen estado' fl. 76. Es decir, que aunque lisas o gastadas las llantas, no lo estaban tanto, como para retirarlas del servicio, no pudien-

do entonces de ninguna manera, atribuirse a las llantas, insistimos, la causa del accidente».

Así, entonces, el cargo no prospera.

Cargo tercero

Lo hace consistir en que en la sentencia se otorgó al testimonio rendido por Jorge Eliecer Vanegas Triana el valor de plena prueba de responsabilidad del procesado, en cuanto éste informó que el bus se desplazaba a una velocidad de 80 kilómetros por hora.

Los protuberantes desaciertos técnicos cometidos por el censor no sólo en la enunciación sino en el desarrollo del reproche, lo condenan inexorablemente al fracaso. Así, no indica cuál fue la norma sustancial infringida, ni si lo fue de manera directa o indirecta, ni el sentido, es decir, si por falta de aplicación o aplicación indebida, ni la clase de error en que se incurrió, si de hecho o de derecho, ni el falso juicio que lo determinó, si de existencia, identidad, legalidad o convicción, limitándose a sostener que al testimonio de Jorge Eliécer Vanegas Triana se le dio el valor de plena prueba, desconociendo, además, que tal concepto pertenece al método de valoración de la tarifa legal que, como norma general, ya no opera en materia procesal penal, habiendo sido reemplazado por el de la sana crítica o persuasión racional.

En efecto, en el primero el legislador no sólo señala los medios de convicción, sino que les prefija su valor, y así considera como prueba plena o completa la reconocida por la norma como bastante para que el juez declare la existencia de un hecho.

Es la certeza legal por oposición a la certeza moral.

Las pruebas tienen un valor inalterable, independiente del criterio del juez, quien se limita a aplicar la ley a los casos particulares.

Es en este sistema en el que se afirma que "Dos testigos hábiles que concuerden en el hecho y sus circunstancias de modo, tiempo y lugar, forman plena prueba ..." , y, por ende, que uno sólo no tiene tal valor.

En cambio en el método de la sana crítica, el fallador goza de libertad para apreciar los medios de prueba, sólo limitada por la ciencia, la lógica y la experiencia. Aquí su convicción la forma de manera libre pero racional, debiendo, por tanto, expresar si un determinado medio le merece o no credibilidad y por qué.

Por lo mismo, un sólo testigo "purgado de vicios, ostenta capacidad de llevar al convencimiento del juzgador sobre la responsabilidad del acusado", como lo ha expresado la Sala[1].

[1] Véase casación marzo 9/95, M.P. Dr. Carlos Eduardo Mejía Escobar.

En el primer sistema, cuando se desconoce la norma que tarifa la fuerza persuasiva del medio, se incurre en error de derecho por falso juicio de convicción, el que es extraño al método de la sana crítica.

Como quiera que el testimonio en nuestro actual sistema procesal no tiene un valor tarifado, sino que su apreciación se deja al razonado criterio del juzgador, quien goza de facultad para otorgarle o no credibilidad, atendiendo los principios de la ciencia, la lógica y la experiencia, la simple discrepancia sobre aquella no puede estructurar desatino demandable a través de la casación. Por lo tanto, el yerro sólo puede emerger de la ostensible contradicción entre la valoración del sentenciador y las reglas de la sana crítica, pero no de la discrepancia entre la estimación judicial y la del censor.

Por otra parte, el demandante, apartándose de la enunciación del cargo, pregona un error de derecho por falso juicio de legalidad con relación a la declaración del agente de policía Jaime Molina, en la que ratificó el informe rendido sobre los hechos y con el cual, según el Tribunal, se corroboró la afirmación del testigo Jorge Elíécer Vanegas, sobre el exceso de velocidad a que iba el bus de Autofusa.

Dice el casacionista que la declaración del policial es inexistente porque el acta que la contiene carece de la firma del fiscal.

Además de que el demandante no demuestra la incidencia del desacierto en las conclusiones del fallo, falencia suficiente para desestimar el reproche, la ratificación bajo juramento del citado informe es irrelevante, pues nuestro estatuto procesal consagra el principio de libertad probatoria (arts. 248 y 253), de acuerdo con el cual no sólo son medios de prueba los expresamente previstos y reglamentados en la ley, sino cualquier otro instrumento u órgano que lleve al juez al conocimiento de los hechos materia del proceso, entre ellos los simples informes de las autoridades, siempre que haya certeza sobre el origen del documento que los contiene, de manera que si no son ratificados bajo juramento, nada impide que las declaraciones de su autor puedan ser apreciadas por el juez, conforme a las reglas de la sana crítica, como lo ha sostenido la Sala[2].

En las condiciones precedentes, el cargo se desestima.

CAUSAL TERCERA

Unico cargo

Al amparo de la causal tercera de casación sostiene el libelista que el fallador dictó sentencia en un juicio viciado de nulidad, pues no fundamentó la condena en perjuicios morales causados con la muerte de Julio Edgar Ramírez Bocanegra y fue insuficiente dicha motivación en lo atinente a los daños materiales y morales ocasionados con la muerte de Amanda Caballero de Ramírez.

El Delegado manifiesta que aplicando el principio de prioridad este cargo, por ser de nulidad, debe ser considerado en primer lugar, criterio que la Sala no comparte, pues en este caso, de prosperar el reproche, se afectaría únicamente la parte de la sentencia referente al pago de los perjuicios, quedando válida la condena penal, presupuesto del que se partió para plantearlo. En consecuencia, si tuviera éxito cualquiera de los otros tres cargos aducidos por el casacionista, habría que absolver penalmente y no habría pronunciamiento sobre perjuicios, quedando, por lo tanto, sin sustento cualquier reproche relacionado con los mismos, de manera que correctamente se propuso la nulidad de la sentencia en lo atinente a ellos, como cargo susbsidiario.

En otros términos, como norma general, y conforme al principio de prioridad, las nulidades deben ser analizadas en primer lugar, pues de triunfar se haría inane el análisis de fondo de la cualquier reproche fundado en causal diferente a la tercera, ya que habría que invalidar la actuación y, por ende, la sentencia objeto de ataque quedaría sin sustento procesal, lo que no ocurriría en el caso que ocupa la atención de la Sala, por las razones expuestas.

Como quiera que este cargo tiene por objeto únicamente lo relativo a la indemnización de perjuicios decretados en la sentencia condenatoria, lo primero que se debe determinar es si el procesado tenía interés para recurrir por razón de la cuantía, al tenor del artículo 221 del C. de P. P.

Si se tiene en cuenta que lo que se ataca es la condena en perjuicios morales por la muerte del señor Julio Edgar Ramírez Bocanegra y materiales y morales por la muerte de la señora Amanda Caballero de Ramírez, que equivalen, en moneda nacional, a 4.000 gramos oro, así como el valor del gramo oro en la fecha de la sentencia ($13.307,95) y la cuantía exigible para la época ($38'500.000 en el bienio 1996 - 1997), concluiremos que sí lo tenía.

Sin embargo, como lo señala el Procurador Delegado, el reproche no tiene vocación de éxito, pues no es cierto que el fallo carezca de fundamentación o que ésta sea insuficiente, sin que el censor, por otra parte, hubiera manifestado, como era su deber, cuáles son las falencias concretas de que adolece y que impidieron conocer la razón de ser y alcance de la decisión, lo que sería suficiente para rechazar la censura.

Por otra parte, sin bien es cierto que la providencia no es un modelo de lo que debe ser la motivación de un fallo en lo concerniente a los perjuicios morales y materiales causados con el hecho punible, no puede afirmarse que carezca de ella o que la traída a colación sea a tal punto insuficiente que no permita conocer la razón de ser del pronunciamiento. Y es que, como lo ha sostenido la Sala, no cualquier deficiencia argumentativa en la fundamentación de una decisión judicial es de suyo suficiente para viciar de nulidad el acto procesal y sólo cuando inexiste materialmente, o

existiendo es incompleta, anfibológica o ambivalente, en forma tal que se afecte el debido proceso o el derecho de defensa, es posible su estructuración[3].

No es éste el caso de la sentencia cuestionada. En efecto, es verdad, como lo señala el casacionista, que los artículos 106 y 107 del Código Penal facultan al juzgador para que tase prudencialmente los perjuicios materiales y morales ocasionados con la infracción a la ley penal, cuando éstos no pudieren ser valorados pecuniariamente.

A su vez, las anteriores preceptivas establecen unos parámetros a los cuales debe sujetarse el funcionario judicial. Así, cuando se trate de los morales se tendrán en cuenta las modalidades de la infracción, las condiciones de la persona ofendida y la naturaleza y consecuencias del agravio sufrido. Y cuando de los materiales, la naturaleza de los hechos, la ocupación habitual del ofendido, la supresión o merma de su capacidad productiva y los gastos generados por razón del hecho punible.

Las anteriores directrices, en general, fueron tenidas en cuenta al momento de tasar los perjuicios morales y materiales, y aunque en el proceso obraban dos dictámenes, el Tribunal se apartó de ellos. Del primero, por no encontrarlo claro, según razones que especifica, y del segundo, por haber sido emitido en forma extemporánea.

Textualmente el fallador expuso:

«A su muerte, Ramírez era un hombre relativamente joven, como que apenas contaba con 45 años de edad, por haber nacido en el mes de julio de 1947. fl 82; era de profesión economista, fl 87, prestaba sus servicios al Banco de la República con sede en Santa Fe de Bogotá con un ingreso promedio mensual de $525.802.76 pesos, fl 281, siendo el último sueldo mensual devengado, de $366.750.oo, fl 307, y a la Universidad de La Salle de la aludida ciudad, con una asignación mensual durante el año de 1992, de $208.320.oo pesos, fl 308, e indudablemente proveía al sustento y educación de sus hijos Adriana Marcela, quien en el año de 1992 cursó el primer semestre de Economía en la Universidad Externado de Colombia, fl 309, y Daniel Enrique, quien en el año mencionado cursó y aprobó el grado octavo en el Gimnasio Pascal, fl 310, jóvenes de 15 y 18 años para la época de los acontecimientos fls, 80 y 81, y era también relativamente joven la señora Caballero Bahamón, por contar al momento de su muerte 44 años de edad, fl. 84, y si era ama de casa, el fatal accidente privó a sus hijos de sus cuidados y afectos, por lo que los perjuicios materiales por la muerte de Julio Edgar se tasarán en 3.000 gramos oro, y los de orden moral en 1000, y por la muerte de Amanda, los materiales en 2.000 gramos oro, y los morales en 1.000 para un total de 7.000 gramos oro, pagaderos a favor, y por partes iguales de Daniel Enrique y Adriana Marcela, en equivalente en moneda nacional al precio que cotice el Banco

de la República, en plazo de noventa (90) días, contados a partir de la ejecutoria de la sentencia».

Así, entonces, se observa que el Tribunal sí motivó la condena en perjuicios impuesta al procesado, por lo que la censura se rechazará.

2. Demanda presentada a nombre de la parte civil.

Cargo único

Al amparo de la causal primera de casación del Código de Procedimiento Civil, acusa al fallador de haber violado directamente la ley sustancial, por cuanto no se condenó al tercero civilmente responsable al pago de perjuicios de manera solidaria, no obstante que tuvo las suficientes oportunidades para hacer valer sus derechos, a partir del 27 de febrero de 1995, fecha en la cual se le notificó la demanda.

Sea lo primero manifestar que a la parte civil le asiste interés para recurrir, al tenor del artículo 221 del C. de P.P, pues lo que pide es que se condene al tercero civilmente responsable al pago de los perjuicios y como la condición de ese tercero sería la de deudor solidario, tendría la obligación de cancelar la totalidad de la suma decretada en la sentencia, al tenor del artículo 1568 del Código Civil, esto es, el equivalente, en moneda nacional, de 7.000 gramos oro, que reducidos a pesos, teniendo en cuenta el valor del gramo oro ($13.307.95), daría $93.155.650, superior a la cuantía exigible, en ese año, de $38.500.000. Sin embargo, desde ya se advierte que el cargo debe ser rechazado, por total carencia de objeto.

En efecto, de entrada se observa que el tercero civilmente responsable no contó con las oportunidades para hacer valer sus derechos dentro del proceso.

Como reiteradamente lo ha sostenido la Sala, el plazo para vincular al tercero civilmente responsable fenece cuando el proceso queda a disposición de las partes, de conformidad con el artículo 446 del Código de Procedimiento Penal, pues si se llama con posterioridad, se le sorprende y limitan grandemente sus derechos procesales, por cuanto que a esa altura de la causa han precluido las oportunidades para pedir y controvertir las pruebas. Puede ser involucrado aun iniciándose el juicio, siempre que tenga la oportunidad plena de solicitar, allegar y contradecir las pruebas y de preparar debidamente su defensa para que así se equilibre en los mismos derechos y facultades de cualquier sujeto procesal, pues de no ser así se le vulnera el debido proceso y el derecho de defensa[4].

En este asunto, si bien es cierto que la demanda de constitución de parte civil se admitió el 23 de junio de 1993, cuando el proceso se encontraba en su etapa instructiva, sin embargo al tercero civilmente responsable sólo se le vinculó hasta el 27 de febrero de 1995, vencido el traslado de que trata el artículo 446 y pocos días antes de la celebración de la

audiencia pública, en la cual tampoco intervino por no haber sido notificado.

Así mismo, el juez de primera instancia absolvió al procesado, por lo cual no podía pronunciarse sobre los perjuicios. El Tribunal lo condenó penal y civilmente, pero nada dijo sobre el tercero civilmente responsable, de lo que se infiere que al percatarse que la vinculación había sido extemporánea y violatoria del debido proceso y del derecho de defensa, la consideró inexistente.

Conforme al art. 218 del C. de P. P, el recurso de casación sólo procede contra sentencias de segunda instancia, es decir, contra las decisiones que se tomen en la misma.

Sobre la responsabilidad del tercero civilmente responsable no hubo decisión, esto es, no hay sentencia y, por lo mismo, el cargo carece de objeto, por lo que debe ser desestimado.

Por otra parte, una de las finalidades de la casación es la de garantizar los derechos fundamentales debidos a las personas que intervienen en la actuación penal, objetivo que si prospera el reproche, no sólo no se cumpliría sino que, por el contrario, como en situación semejante lo sostuvo la Sala, "se cometería una nueva violación contra las garantías de los terceros, pues no solamente se les vinculó tardíamente, sino que además resultarían condenados sorpresivamente en la sentencia de casación sin haber sido definida su responsabilidad en las dos instancias previas, con lo cual también se les desconocería la posibilidad de interponer recursos contra la condena, inobservando el debido proceso aplicable al caso"[5].

El cargo no prospera.

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 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, Mario Manrilla Nougués, Carlos E. Mejía Escobar, Nilson E. Pinilla Pinilla.

Patricia Salazar Cuellar, Secretaria.

SANA CRITICA/ LEGALIDAD DE LA PENA

Atendiéndose a la premisa contenida en el artículo 254 del Código de Procedimiento Penal, en cuanto a la observancia de las reglas de la sana crítica y el examen conjunto del haz probatorio, por cualquiera de los medios de prueba legalmente reconocidos el Juez bien puede dar por establecidos los hechos y circunstancias del delito, la responsabilidad del procesado y la naturaleza y cuantía de los perjuicios, según previene el artículo 253 ídem al instituir en nuestro ordenamiento jurídico el sistema de libertad probatoria en materia penal.

De ahí que la Sala persista en reiterar cómo dentro de ese sistema de libre apreciación racional le está vedado al casacionista, para los fines de desarrollar y fundamentar el cargo, conducirse bajo los parámetros de unas instancias ya superadas, por cuanto lo que se trata en esta sede de impugnación extraordinaria es romper un fallo que arriba ungido con el doble atributo de acierto y legalidad, cometido que sólo se logra en la medida en que se pueda demostrar de manera coherente, clara y puntual, los vicios de actividad o de juicio en que incurrió el juzgador de turno, así como su influencia nociva en los resultados del respectivo pronunciamiento al punto que, de no haberse presentado tales anomalías, otras muy distintas hubiesen sido las conclusiones de la determinación atacada.

Se entiende violada la legalidad de la pena cuando al individualizarse la sanción el juez no respeta el marco punitivo en sus límites mínimo o máximo señalados en la respectiva disposición penal sustantiva. Y en tratándose de concurso de hechos punibles, la dosimetría depende del art. 26 del C.P., según el cual el infractor quedará sometido al precepto que apareja *«la pena más grave, aumentada hasta en otro tanto»*.

Proceso No. 10958

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal

Magistrado Ponente: Dr. *Jorge Aníbal Gomez Gallego*

Aprobado Acta Nro. 80

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

VISTOS

Por sentencia del 17 de enero de 1995, el Juzgado 4° Penal del Circuito de Ibagué condenó a Jair Morales a la pena principal privativa de la libertad de trece (13) años y cuatro (4) meses de prisión, al declararlo autor material penalmente responsable del concurso de hechos punibles de dos tentativas de homicidio y porte ilegal de arma de fuego de defensa personal, conforme con el pliego de cargos que la Fiscalía le había endilgado. De igual manera le impuso la pena accesoria de interdicción en el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo término de la sanción corporal, y además le negó el subrogado penal de la condena de ejecución condicional.

Al desatar la impugnación propuesta contra el aludido fallo por el defensor del acusado, el Tribunal Superior de Distrito Judicial con sede en la misma ciudad, mediante pronunciamiento del 20 de abril de dicha anualidad, reformó la sentencia en el sentido de aumentar la pena a catorce (14) años y seis (6) meses de prisión; igualmente modificó la sanción accesoria adecuándola al término legal, diez (10) años, determinación contra la cual oportunamente se interpuso el recurso de casación.

Escuchado el criterio del Procurador Tercero Delegado, procede la Sala a resolver lo pertinente previa síntesis de los siguientes

HECHOS

Siendo aproximadamente las 6: 30 de la tarde del 10 de octubre de 1993, *Jair Morales* decidió abandonar la cancha de tejo en la cual se hallaba ingiriendo licor en compañía de otro individuo, pero durante el recorrido decidió satisfacer la necesidad fisiológica de miccionar apostándose frente a la puerta de la residencia demarcada con el número 8-49 de la calle 40, Barrio San Carlos, de la nomenclatura urbana de la ciudad de Ibagué. En tal acto fue descubierto por el dueño de la vivienda, Héctor Páez, cuya protesta no se hizo esperar al ver convertida en sanitario público la fachada de su casa.

Ante el airado reclamo del habitante del lugar, el forastero reaccionó violentamente y esgrimiendo el arma de fuego que llevaba oculta bajo su pantaloneta, la accionó repetidamente sin lograr hacer blanco en la humanidad de Páez, quien se refugió en su casa. Hasta el interior del inmueble siguió los pasos del morador el envalentonado sujeto y, disparando nuevamente el arma en dos ocasiones, lesionó a la pequeña hija del ofendido, Siris Paola Páez Ramírez, quien indefensa y sorprendida, trepa-

da sobre una silla, sintió como una de sus piernas y la cadera eran atravesadas por los proyectiles disparados por el intruso, lesionamientos que produjeron las secuelas consistentes en deformidad física que afecta la estética corporal y perturbación funcional del órgano de la locomoción, ambas de carácter permanente.

Algunos de los vecinos del lugar vieron huir al agresor en veloz carrera acompañado de otra persona, a quien amén de identificar como *Jair Morales*, conocido también con el mote de "El Mimbrero" dado el oficio que desempeñaba, lo individualizaron por el atuendo que en esa fecha vestía señalándolo como la persona que en su fuga procuraba esconder el arma de fuego que portaba.

ACTUACIÓN PROCESAL

Iniciadas las pesquisas por la Fiscalía 21 Seccional Permanente de Ibagué, el averiguatorio lo prosiguió la Fiscalía 48 Coordinadora de la Unidad Primera de Vida de la misma ciudad, despacho este que luego de vincular mediante indagatoria a *Jair Morales* y a su hermano José Guillermo, éste de quien se dijo acompañaba al primero ese día, les resolvió la situación jurídica con medida de aseguramiento de detención preventiva sin derecho a gozar de excarcelación, al último por las hipótesis delictivas de tentativa de homicidio y lesiones personales, en tanto que a *JAIR* le impuso conminación como presunto autor de la conducta punible de favorecimiento.

Impugnada dicha providencia, la Fiscalía Tercera Delegada ante el Tribunal la revocó en todas sus partes, profiriendo medida de aseguramiento de detención preventiva sólo en contra de JAIR MORALES "como autor presunto responsable del punible de tentativa de homicidio en la persona de Siris Paola Páez Ramírez".

Perfeccionada en lo posible la investigación, el mencionado despacho instructor la clausuró y por resolución del 29 de junio de 1994 calificó el mérito probatorio del sumario elevándole pliego de cargos al procesado *Jair Morales* por dos delitos de homicidio imperfecto, perpetrados en la persona del denunciante Héctor Páez y de su hija Siris Paola, y por porte ilegal de arma de fuego de defensa personal, mientras que en favor de José Guillermo precluyó la investigación.

El Juzgado 4° Penal del Circuito conoció del juicio, despacho que mediante providencia del 21 de octubre de 1994 finiquitó la instancia con el fallo del que ya se hizo mérito, el cual fue reformado en los términos indicados en el acápite inicial de este pronunciamiento por el Tribunal Superior de Ibagué al resolver la apelación, decisión ésta que hoy ocupa la atención de la Sala merced al recurso extraordinario de casación que contra ella promovió el defensor del justiciable.

LA DEMANDA

Con fundamento en la causal primera, cuerpo segundo del artículo 220 del Código de Procedimiento Penal, solamente un cargo aduce el actor contra la sentencia acusada, al considerar que el juzgador incurrió en apreciación errónea de las pruebas, pues, en su sentir, interpretó equivocadamente el dicho inicial vertido en su denuncia por Héctor Páez, como también lo que refiere acerca de los asertos del agente de policía José Federman Ríos Sánchez y los vecinos del barrio donde ocurrieron los hechos, "*eludiendo un razonamiento lógico en sana crítica*"; además, asegura el censor, "*omitió apreciar la prueba del ofendido denunciante que comprometía indubitablemente al señor Jose Guillermo Morales*" como autor de las deflagraciones realizadas contra las víctimas. En el desarrollo de la censura expone lo siguiente:

1.- El juicio de reproche contra *Jair Morales* lo extrae el sentenciador de la sindicación directa que le hace el ofendido en su inicial denuncia de haber sido quien accionó el arma de fuego en contra suya y de su pequeña hija, sostiene el casacionista, así como de la circunstancia de habérsele señalado por los vecinos del lugar donde ocurrieron los hechos como la persona que procuraba ocultar el arma entre sus prendas, coincidiendo éstos con el propio denunciante en indicar que dicho sujeto vestía pantaloneta. Sin embargo, tales deducciones son erróneas por transgredir "*leyes lógicas y principios de la experiencia*", aserto que el censor trata de explicar de la siguiente manera:

1. 1- En primer término, debió tenerse en cuenta en el fallo impugnado que denunciante y procesado no se conocían, que ante las circunstancias de nocturnidad y oscuridad que rodearon el hecho resulta improbable que el agredido, tras un breve reclamo al agresor, hubiese tenido un "*fijamiento detallado sobre el interpelado*", máxime si éste reaccionó esgrimiendo un arma. El terror y el desespero que una tal situación produjeron en el ánimo del atacado, especialmente al saber del herimiento de su pequeño vástago, a quien inicialmente creyó muerta, son factores que decididamente tuvieron que ejercer influencia negativa respecto de su capacidad para identificar al extraño que los acometió.

1. 2- *En segundo lugar, explica el actor, tras las voces de auxilio del agredido y la salida en su ayuda de vecinos y familiares, Páez sólo tuvo oportunidad de fijar en su mente ofuscada* "los primeros datos" *que acerca de la identidad del atacante le transmitieron aquéllos, a quien vieron guardar entre la pantaloneta un arma. Luego, entonces, puede* "deducirse en sana crítica" *que lo noticiado por el ofendido en su primigenia denuncia, más que una percepción directa suya de dichas circunstancias, fue* "una transcripción más emocional de lo que los vecinos le transmitieron cuando salían en pos del agresor", *por lo que* "el razonamiento de los falladores no se ajusta a la realidad procesal porque una persona atacada con arma

de fuego por un extraño no está en capacidad de identificarlo con su nombre y apellido a menos que se lo hayan transmitido terceras personas como por lógica se deduce ocurrió en este caso y tampoco pugna con la realidad".

Como sustento de esta afirmación, el actor advierte sobre la diferencia existente entre los datos físicos que de la persona del procesado suministró en su versión el ofendido y los que realmente le pertenecen, como que ni siquiera acertó en su edad. Una inferencia diversa a la plasmada con antelación, resulta ser una deducción tergiversada como en efecto aconteció con el Tribunal, aduce el libelista a manera de crítica preliminar.

2.- Ahora, si se analizan en conjunto las diversas versiones del denunciante acerca de la persona que hizo los disparos, se entenderá por qué Páez en sus posteriores ampliaciones dejó de señalar a *Jair Morales* como tal, para centrar su atención en el hermano de éste, José Guillermo Morales, quien para la fecha de los acontecimientos lo acompañaba. Lo anterior explica las dudas que tuvo el declarante para describir en una de dichas deponencias la vestimenta del agresor, y la forma sincera como en diligencia de reconocimiento en fila de personas dijo no recordarla, siendo la pantaloneta que aseguran vestía el agresor el único aspecto en que coincidieron en principio denunciante y algunos de los testigos. Pero ese detalle, precisa el censor, ciertamente no lo apreció el agredido sino que le fue transmitido por terceros, lo cual a su vez dio a conocer a través de su denuncia.

No es pues mera "*hipótesis*" y menos "*especulación*", como lo considera el Tribunal, el dicho posterior del denunciante cuando considera que quien verdaderamente accionó el arma en su contra fue José Guillermo Morales, para luego deshacerse de ella transfiriéndola a *JAIR*, como quiera que tal situación halla respaldo probatorio en el testimonio de Jesús Eduardo Martínez Ramírez cuando da fe del traspaso del revólver; de ahí que quienes informan sobre dicho tópico, declaren que vieron a *JAIR* "*encaletarse*" el arma. Por ello, al no tener en cuenta esta prueba el fallador, "*la ignoró, incurriendo entonces en error de hecho, lo que ocasionó que le endilgara autoría a la persona diferente que disparó realmente*", cuestiona el impugnante.

3.- Demostrado como se tiene a través de los testimonios de Aracelly Enciso Alape y Teodora Nerla Ramírez, entre otros, que quienes escapaban eran *Jair* y su hermano Guillermo, así como la real transferencia que del arma hizo éste a su consanguíneo y el reconocimiento que en ampliación posterior a su inicial versión hizo el ofendido de su agresor, la inferencia lógica que resulta de armonizar dichas pruebas no puede ser diversa a tener como autor de los disparos al mentado Guillermo y no a *Jair*, insiste en sostener el casacionista. Por tal razón, agrega, equivocadamente el Tribunal apreció el testimonio del policía Ríos, cuya negativa en admitir

haber estado en casa de los afectados en compañía de Guillermo, es a todas luces mendaz, teniéndose probado que allí estuvieron juntos tratando de arreglar el asunto, pues el servidor público fue quien se ocupó del caso.

Por suerte que, observados *"los manifiestos errores en apreciación probatoria en que incurrió el fallador y en la incidencia que tuvieron para condenar a persona diferente a quien cometió los punibles"*, es procedente casar la sentencia impugnada y en su lugar absolver de todo cargo al procesado, concluye el censor.

CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

Advierte el Procurador Tercero Delegado que pese a enunciar el único cargo que formula el actor contra la sentencia atacada como interpretación errónea, *la censura habrá de entenderse como* apreciación errónea *en la medida en que se orienta a efectuar diversos cuestionamientos en relación con las pruebas -falso juicio de identidad-,* "que en un segundo momento propone para terminar en la exposición de un error de derecho por falso juicio de convicción."

Sin embargo, el recurrente no logra concretar las violaciones a los postulados de la sana crítica que como vicios le endilga a las deducciones del juzgador, pues, pretendiendo descalificar el testimonio del denunciante Páez, sólo atina a relacionar aspectos irrelevantes de su declaración que en nada prueban las transgresiones que se aducen. Así, cuando por parte de los falladores se le otorga credibilidad a lo expuesto por el ofendido en su denuncia, aduce el Ministerio Público, no es que exista en dicho pronunciamiento un divorcio con la lógica o la experiencia; lo que sucede es que con los factores que el casacionista señala en la demanda como falencias del fallo, "más que demostrar el yerro enunciado intentan presentar las conclusiones queridas por el casacionista que evidentemente se oponen al criterio del juzgador", *situación que fue objeto de examen por parte del Tribunal. Para sustentar su afirmación, el Procurador Delegado transcribe los apartes pertinentes de la sentencia acusada.*

Luego, no fue que se apreciara erróneamente la versión del denunciante, sino que de la confrontación de las diferentes informaciones que sobre el autor de los hechos suministró Páez con lo que sobre el mismo particular hicieron saber los otros testigos, el sentenciador sacó sus propias conclusiones, deducciones que en verdad armonizan con la realidad procesal porque, ante las imprecisiones del ofendido, resultaba necesario complemento recoger lo transmitido al proceso por quienes coinciden con el denunciante en indicar el atuendo que llevaba el agresor, algunos de los cuales además de identificarlo por su nombre y por el oficio que desempeñaba, seguido a escuchar las detonaciones y las voces de auxilio del agredido, aseguran haberlo visto guardar el arma bajo sus prendas, advera la Delegada.

En consecuencia, las glosas que el impugnante reporta en su libelo para tratar de descalificar la prueba de cargo, en nada demeritan el juicio de responsabilidad emitido por el juzgador, y la apreciación errónea que como censura parece invocar, lo cual supuestamente "*implica la demostración de la tergiversación del hecho contenido en la prueba*", no se concreta por cuanto en verdad ninguna alteración se produjo en su contenido como para que con ella se hiciera denotar más de lo que por sí misma informa. Ningún argumento valedero presenta pues el censor, a juicio de la Delegada, para acreditar la transgresión a los principios de la sana crítica que como error de hecho por falso juicio de identidad presenta como fundamento de su ataque.

Así mismo, el pretextado error de hecho por falso juicio de existencia dizque por omitir el sentenciador apreciar el contenido de la ampliación de la denuncia en lo atinente a la atribución de responsabilidad que de los acontecimientos le endilga Héctor Páez a Guillermo Morales, carece de soporte porque lo cierto es que en la sentencia el aspecto que el censor dice echar de menos ciertamente fue objeto de examen, al punto que con apoyo en los otros testimonios el Tribunal desecha aquellas versiones contradictorias para desembocar en la conclusión de que el autor de las conductas delictivas juzgadas fue *Jair Morales*. El análisis que el censor emprende para tratar de demostrar el yerro argüido, no pasa de ser un alegato más de instancia, ejercicio improcedente dentro del extraordinario recurso, expone la Delegada, y las observaciones que sobre el particular pretende introducir el casacionista, resultan *inocuas* ante la estimación que de las pruebas efectuó el fallador.

Por consiguiente, ante la no demostración del quebranto pretextado, "*la falta de técnica y de razón impiden la prosperidad del cargo*", culmina aduciendo en su concepto el Procurador Delegado.

No obstante su solicitud de desestimación del cargo alegado por el actor, la Delegada pide casar de oficio el fallo recurrido, como quiera que so pretexto de atender al principio de legalidad, el Tribunal "*hizo más gravosa la situación del procesado al aumentar la pena principal de trece años cuatro meses a catorce años y seis meses al considerar que el fallador de primer grado no tuvo en cuenta la doble tentativa de homicidio.*" De la siguiente manera sustenta su tesis la Agencia del Ministerio Público:

"...si bien los principios fundamentales de la legalidad y la reformatio in pejus tienen una misma entidad constitucional, esta última le otorga el derecho al procesado que su pena no sea agravada como resultado de su propia impugnación, esto con el fin de otorgar seguridad al apelante único de que bajo ningún aspecto podrá ser agravada su condición, este es un derecho vinculado al ejercicio de la defensa, que faculta al procesado a apelar -pese a los yerros que advierta en la sentencia- con la seguridad de que no se va a variar su situación para resultar desfavorecido con la segunda decisión judicial."

En el *sub judice*, prosigue la Delegada, contrariamente a lo expuesto por el *Ad Quem*, el *A Quo* teniendo en cuenta el pliego de cargos y a sabiendas de que procedía por un concurso de hechos punibles, dosificó la sanción sin violar los límites mínimo y máximo de la penalidad imponible conforme con lo indicado en el artículo 26 del Código de Procedimiento Penal, tasación que realizó con base en la facultad discrecional que le asiste y cuyo fundamento se origina en la misma ley.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

Atendiéndose a la premisa contenida en el artículo 254 del Código de Procedimiento Penal, en cuanto a la observancia de las reglas de la sana crítica y el examen conjunto del haz probatorio, por cualquiera de los medios de prueba legalmente reconocidos el Juez bien puede dar por establecidos los hechos y circunstancias del delito, la responsabilidad del procesado y la naturaleza y cuantía de los perjuicios, según previene el artículo 253 ídem al instituir en nuestro ordenamiento jurídico el sistema de libertad probatoria en materia penal.

De ahí que la Sala persista en reiterar cómo dentro de ese sistema de libre apreciación racional le está vedado al casacionista, para los fines de desarrollar y fundamentar el cargo, conducirse bajo los parámetros de unas instancias ya superadas, por cuanto lo que se trata en esta sede de impugnación extraordinaria es romper un fallo que arriba ungido con el doble atributo de acierto y legalidad, cometido que sólo se logra en la medida en que se pueda demostrar de manera coherente, clara y puntual, los vicios de actividad o de juicio en que incurrió el juzgador de turno, así como su influencia nociva en los resultados del respectivo pronunciamiento al punto que, de no haberse presentado tales anomalías, otras muy distintas hubiesen sido las conclusiones de la determinación atacada.

En el evento que ocupa la atención de la Sala, el censor formula yerros en la apreciación de algunos medios de prueba, cuyo contenido dizque el Tribunal interpretó erróneamente con desmedro de elementales reglas de la lógica y la experiencia, que de haber sido valorados en su justa medida, así lo deja entrever, habrían conducido a una decisión final diversa a la que en últimas se dio. Sin embargo, el libelista solamente acierta a relacionar lo que en su sentir constituyen fallas en la estimación de dichos elementos de persuasión que, de ser ciertas, a juicio de la Sala carecerían de la idoneidad y capacidad suficientes para configurar vicios verdaderamente trascendentes. Con esa manera de discurrir, propia de las instancias, como ya se advirtió, lo que pretende el censor es anteponer su personal criterio al que con autoridad se deriva de la función legal y constitucional de juzgar que, como bien lo anota la Delegada, riñe con las reglas de técnica casacional que rigen para el desarrollo y fundamentación del cargo al interior de la censura propuesta.

La Sala tiene claramente establecido que cuando se aducen vicios *in iudicando* provenientes de una errónea estimación probatoria -*error de hecho por falso juicio de identidad*-, es preciso distinguir si el yerro se originó en la distorsión del contenido material del elemento de convicción cuestionado, o si dicho error nació de la ponderación del mérito de la prueba con abierto desconocimiento de los postulados de la sana crítica.

Ninguna claridad al respecto aporta el casacionista en su cuestionamiento, por el contrario, refunde de manera inapropiada en un solo y simple concepto el sentido de la supuesta violación, pues no a otra deducción se arriba cuando luego de reseñar los presuntos errores en el raciocinio del sentenciador, que según su criterio atentan contra los principios de la lógica y la experiencia, seguidamente proclama que el funcionario en su inferencia tergiversó algunos de los datos que para la individualización del agresor suministraron los testigos del hecho, tales como la descripción física, la edad aparente y las vestiduras del procesado. Con tal discernimiento, a renglón seguido el impugnante saca su propia conclusión: el señalamiento que del acusado hizo el denunciante no se derivó de lo que sus sentidos percibieron acerca de la persona de su atacante, sino de lo que en relación con ese dato le transmitieron los vecinos que fragmentariamente observaron lo acontecido un instante después de escuchadas las detonaciones.

Lo anterior explica las dudas y posterior retractación del ofendido, según afirma el actor, controvirtiendo su propia versión inicial en cuanto al autor del acometimiento, pues en últimas se mantiene en que fue José Guillermo Morales, hermano de *JAIR*, y no éste como en principio aseguró: "*...lo que pasa es que la sindicación que hace en su denuncia a Jair Morales se explica coherentemente por los datos que le dieron sus vecinos de barrio sobre la identidad del que realmente iba en pantalonetas y guardaba el revólver y con el interés de no dejar impune el hecho de buena fe se atuvo a las características que le dieron sin que él las hubiera fijado claramente, lo que le causó la confusión que en la denuncia introdujo y que antes aludimos pero no es necesaria la inferencia que se quiere deducir al asemejar el testimonio sobre los momentos posteriores, con los hechos concomitantes ...*".

A pesar de la antitécnica formulación del cargo, que por sí sola bastaría para desestimar la pretensión del impugnante, no está de más destacar cómo en la sentencia acusada no se falta a las reglas de la sana crítica en tanto que, contrariamente a lo aseverado por el actor, las declaraciones que en ella se hicieron revelan la verdad procesal; y menos cabe afirmar que el fallador en la estimación de la prueba distorsionó el propio contenido contrariando su materialidad intrínseca.

En efecto, se equivoca el casacionista en su argumentación porque si se consultan los razonamientos que hizo el juzgador para desechar la

posición incongruente, vacilante y contradictoria que asumió el denunciante en las ampliaciones de la queja al variar su inicial señalamiento para hacerlo recaer en José Guillermo -cuya inidoneidad para la reconstrucción histórica de los hechos, advierte el fallo cuestionado a fls. 9 del cuaderno del Tribunal, emerge diáfana por su desconexión y contraposición con la realidad procesal- mal puede tenerse una tal reflexión como el producto de un análisis probatorio caprichoso o arbitrario realizado al margen del contexto investigativo, habida consideración de la confrontación testimonial seria, armónica y coherente de lo que a su vez expusieron sobre el autor del hecho testigos como Jesús Eduardo Ramírez Martínez, Luis Evelio Zabala, Teodora Neria Ramírez Bonilla, Georgina Guarín de Muñoz, Silenia Castro Medina y Elías Urrea Reyes, apartes pertinentes de cuyas deponencias fielmente se reproducen en la sentencia acusada (Fls. 13 a 15).

No acierta pues el impugnante extraordinario a demostrar de qué manera el juzgador distorsionó la expresión fáctica de las pruebas relacionadas en su libelo, poniéndolas a decir lo que ellas materialmente no informan al punto de propiciar una decisión contraria a la ley, o en qué forma ese mismo funcionario transgredió las leyes de la lógica o las reglas de la experiencia en el análisis que de ese mismo plexo probatorio realizó.

La inferencia del fallador respecto del autor de las conductas punibles juzgadas se origina a partir de la propia experiencia del ofendido -el sorprendimiento de alguien que vestido de pantaloneta orinaba frente a la puerta de su residencia y que ante el reclamo la emprendió en su contra accionando el arma de fuego que portaba-; por lo que este dato, puesto en conocimiento de la autoridad judicial por el denunciante, deviene de la percepción directa de los sentidos de éste y no de lo que terceros hubieran podido manifestarle, como lo quiere hacer ver el actor. Y esta vivencia, unida a la observación de muchos otros testigos que instantes después de escuchar los disparos tuvieron a la vista a una persona cuando vestida de pantaloneta huía tratando de ocultar un arma de fuego, la que algunos de ellos identifican por su nombre y oficio cotidiano, se constituyeron en factores de persuasión suficientes para el juzgador cimentar el respectivo juicio de reproche.

No se discute que los vecinos del lugar le hubieran hecho saber al denunciante el nombre y la labor que desempeñaba el agresor, pero sostener a raíz de la probable ocurrencia de tal hecho que "*el razonamiento de los falladores no se ajusta a la realidad procesal porque una persona atacada con arma de fuego por un extraño no está en capacidad de identificarlo con su nombre y apellido a menos que se lo hayan transmitido terceras personas*", no deja de ser un argumento sofístico del actor en procura de que el juez en la tarea de evaluación probatoria analice los medios de convicción de manera sesgada y aislada. Aquella conclusión lejos está de ser una deducción tergiversada, como la cataloga el recurrente extraordi-

nario, sino que por el contrario constituye el juicio comparativo resultante de la conjugación razonable de la totalidad de la información procesal contenida en los diversos medios de prueba examinados.

En similar desacierto incurre el demandante al aducir que el Tribunal erró al apreciar el testimonio del agente Ríos, cuya declaración supuestamente *"pugna abiertamente con la realidad procesal"* en la medida en que buscando solidarizarse con su compañero de institución -José Guillermo Morales dice pertenecer a la Policía Nacional- mintió al negar haber estado con el hermano del Procesado (el citado José Guillermo) en la morada de los ofendidos, hallándose demostrado lo contrario. Si el policial fue mendaz sobre este específico asunto, advierte el libelista, deleznable se torna su testimonio en cuanto asegura que Héctor Páez, el denunciante, descartó al mentado José Guillermo Morales como compañero de andanzas de *Jair Morales* para la fecha de los acontecimientos.

Empero lo uno no conduce inexorablemente a lo otro: si en realidad el declarante faltó a la verdad en lo atinente al punto destacado por el actor, de ello necesariamente no se sigue que también hubiera sido falaz cuando transmitió lo que sobre el compañero del procesado manifestó el ofendido. A toda costa quiere hacer ver el impugnante una apreciación errónea de la prueba por parte del fallador, sólo porque las deducciones de éste no se acomodan a su particular interés en la medida en que las probanzas tienden a señalar que quien disparó fue el personaje que vestía pantaloneta, que ciertamente no era José Guillermo Morales.

Como consecuencia obligada de lo expuesto con antelación, surge evidente la impropiedad de la alegación del censor acerca de que el juzgador "omitió apreciar la prueba del ofendido denunciante que comprometía indubitablemente al señor Jose Guillermo Morales como el autor de los disparos de que fue víctima él y su hija; todo lo cual determinó que se imputara responsabilidad a un inocente", *lo cual, según afirma, encuentra soporte probatorio en lo declarado por Jesús Eduardo Martínez en cuanto a que éste percibió el momento en que el citado José Guillermo se deshizo del arma de fuego entregándosela a* Jair Morales.

No es entonces que el sentenciador haya "*omitido apreciar*" el contexto testimonial reseñado, como dice la glosa que de acuerdo a la forma como la presenta el actor conduciría a pensar en un posible error de hecho por falso juicio de existencia, al abstenerse de considerar el Tribunal pruebas que obran en el proceso. Lo cierto del caso es que el juzgador no ignoró ninguna de las dos versiones, puesto que sobre el examen que el impugnante dice echar de menos específicamente se dijo en la sentencia recurrida: "*Ningún respaldo, de otra parte, encuentra la hipótesis de que el señor José Guillermo Morales fue el autor de los disparos y que para evadir cualquier responsabilidad le pasó el arma a su hermano Jair Morales. Esta es apenas una suposición del señor Héctor Paez desvirtuada por el conjun*

to procesal y que reposa como un simple enunciado, ignorándose la causa que lo estimula..." (Fls. 16 del cuaderno del Tribunal. Subrayas fuera del texto).

Obsérvese que la Colegiatura sin mencionar el nombre del testigo al que el libelista alude -Jesús Eduardo Martínez Ramírez, de quien partió la afirmación del traspaso del revólver que efectuó José Guillermo a Jair-, sí hace expresa referencia a lo que es motivo de queja por parte del censor, esto es, al cambio de posesión sobre el arma. Lo que sucede es que frente al resto del haz probatorio que señala en forma apodíctica a *Jair Morales* como el autor de las conductas punibles objeto de juzgamiento, el fallador no le da a la insular hipótesis de transferencia del arma la connotación que sí le otorga el actor.

Así las cosas, la falta de técnica y de razón en la demanda tornan impróspera la censura propuesta y por consiguiente la pretensión del impugnante extraordinario habrá de desestimarse.

De La Casación Oficiosa

Como bien lo advierte la Delegada en su concepto, acontece que al desatar la impugnación propuesta únicamente por el defensor del procesado contra la sentencia de primer grado, el *Ad Quem* decidió incrementar la pena principal privativa de la libertad de 13 años y 4 meses de prisión impuesta por el *A Quo*, a 14 años y 6 meses, con el argumento de que inexplicablemente el juez de la primera instancia no advirtió que se procedía por dos tentativas de homicidio, además del porte ilegal de arma de fuego de defensa personal imputados en la resolución de acusación, y que el fallo se profirió en consonancia con dicho pliego de cargos.

Es así como consideró que el supuesto error en la dosificación punitiva se debía enmendar en defensa del principio constitucional de la legalidad de la pena, postulado que no sólo constituye garantía en relación con el procesado sino también respecto del Estado y por ende de la sociedad.

Empero, para la Sala una tal postura vulnera flagrantemente el también principio superior de la prohibición de *reformatio in pejus* establecido en el artículo 31 de la Carta Política y desarrollado por el artículo 217 del Código de Procedimiento Penal, en tanto al condenado cuando es apelante único no se le puede agravar la pena que se le impuso en la primera instancia; dado que no es verdad que el a quo hubiera inadvertido la concurrencia de dos homicidios imperfectos con el porte ilegal del arma, pues en el fallo, en consonancia con la acusación examinó los tres injustos y en cada uno de ellos halló culpable al justiciable, dosificando la pena dentro del margen de discrecionalidad que le permitía el artículo 26 del C. Penal. Es por ello que en razón de la entidad del agravio, la Corte procederá de oficio a su remoción, de acuerdo con lo establecido en el artículo 228 ibídem.

En efecto, se entiende violada la legalidad de la pena cuando al individualizarse la sanción el juez no respeta el marco punitivo en sus límites mínimo o máximo señalados en la respectiva disposición penal sustantiva. Y en tratándose de concurso de hechos punibles, la dosimetría depende del art. 26 del C.P., según el cual el infractor quedará sometido al precepto que aparejа "*la pena más grave, aumentada hasta en otro tanto*".

Ahora bien, al determinar la pena el juez cuenta con la facultad discrecional reglada en el artículo 61 del Estatuto Penal Sustantivo que impone la consideración de factores como la gravedad y modalidades del hecho punible, el grado de culpabilidad, la personalidad del agente y el número de hechos punibles a él atribuidos, todo dentro del margen de amplitud que le confiere el artículo 26 C.P., al que se sujetó el Juez de primera instancia, pues para éste fue suficiente partir del mínimo establecido para el homicidio imperfecto (12 años y 6 meses), y en razón de los otros dos hechos punibles concurrentes decidió aumentar la sanción en 16 meses, cálculo que si bien peca de benigno se halla dentro de la previsión legal que le permitía hacer un incremento que podía ir desde un día, como mínimo, hasta otro tanto de la pena prevista para el delito más grave, como máximo.

Así pues, si el juez de primera instancia no desbordó este marco punitivo, supuesto que no impuso una sanción inferior a la establecida como mínima para la disposición que aparejа la penalidad más grave y tampoco dicha pena a fuerza de recibir un incremento por los injustos concurrentes supera la cifra que comporta el "*otro tanto*" de aquélla, de ninguna manera el Juzgado violó el principio de legalidad como erróneamente lo consideró el Tribunal, cuyo aumento de 14 meses por encima de la dosificación del Juzgado sí conculca el postulado fundamental de no reformar peyorativamente la pena, habida consideración de que sólo la defensa impugnó el fallo de primer grado. Todo lo cual implica casar de oficio la sentencia para restablecer la pena a la medida impuesta en la primera instancia, esto es, a trece años y cuatro meses de prisión.

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:

1°.- *DESESTIMAR* la demanda de casación presentada contra el fallo de fecha, origen, naturaleza y contenido indicados, conforme con las motivaciones expuestas en el cuerpo de esta providencia.

2°.- *CASAR parcialmente* y *de oficio* el fallo de segundo grado del que se hizo mérito, en el sentido de modificar la pena privativa de la libertad que en definitiva deberá purgar Jair Morales que será de TRECE (13) AÑOS y

CUATRO (4) MESES DE PRISIÓN, conforme se determinó en el fallo de primer grado.

En lo demás rige la sentencia de segunda instancia.

Cópiese, notifíquese y cúmplase

Jorge Aníbal Gómez Gallego, Fernando Arboleda Ripio, Ricardo Calvete Rangel, Jorge E. Córdoba Poveda, Carlos Augusto Gálvez Argote, Edgar Lombana Trujillo, Mario Mantilla Nougués, Carlos E. Mejía Escobar, Nilson E. Pinilla Pinilla.

Patricia Salazar Cuellar, Secretaria.

TRANSITO DE LEGISLACION/ COEXISTENCIA NORMATIVA/ CONCIERTO PARA DELINQUIR

Como acertadamente lo dijo el Ministerio Público, no sólo la demandante no es clara en sus fundamentaciones jurídicas, como que salta a la vista la poca claridad que tiene en torno a la diferenciación de los conceptos de «tránsito legislativo» y «coexistencia normativa», sino que tampoco le asiste razón, lo que torna impróspera la censura.

En efecto, resulta conveniente recordar que se está frente a un caso de paralelismo normativo, toda vez que para la época de los hechos coexistían tipos penales que, aun cuando tenían el mismo nomen juris y elementos comunes, poseían otros que permitían distinguirlos, siendo los del Decreto 180 de 1988 de mayor riqueza descriptiva que los de la legislación ordinaria y exigiendo, en general, la finalidad terrorista.

Consideró el legislador excepcional que cuando el sujeto agente dirigía su acción a provocar o mantener en estado de zozobra o terror a la población o a un sector de ella, ó realizaba comportamientos que afectaban gravemente la seguridad y tranquilidad públicas, debía ser sancionado con mayor drasticidad, por lo que creó paralelamente a la legislación común unos tipos penales, entre los cuales el artículo 7° del Decreto 180 de 1988, y un procedimiento especial, conforme a las facultades que le concedía el artículo 121 de la Constitución Política vigente para la época.

Por lo tanto, es claro que se expidieron, mediante el llamado «Estatuto para la Defensa de la Democracia» (decreto 180/88), normas que sin derogar las del Código Penal, sancionaban más gravemente determinados comportamientos, particularmente por la finalidad terrorista perseguida. Tal ocurrió no sólo con el concierto para delinquir sino con otros reatos como el incendio de medio transporte, el homicidio, el secuestro, la extorsión, etc.

En otros términos, en esa época, afloraron dos clases de delincuencia, que dadas sus características, requerían diferente tratamiento:

la común, prevista en las leyes ordinarias; y aquella que buscaba desestabilizar las instituciones democráticas y que afectaba gravemente la tranquilidad y la seguridad pública, para cuya represión se dictó el decreto 180 de 1988, que preveía severas sanciones.

En consecuencia, se estaba en presencia de una coexistencia normativa y no de un tránsito legislativo, por lo cual no era aplicable el principio de favorabilidad.

Más aún, ni aceptando, en gracia de discusión, la sucesión de leyes en el tiempo y, por ende, que el artículo 7° del Decreto 180/88 derogó el 186 del Código Penal, sería aplicable esta última disposición, pues aquél entró a regir el 27 de enero de 1988 y el concierto para delinquir se prolongó después de esa fecha, de modo que ningún conflicto de leyes en el tiempo podría presentarse.

Contrario sensu es lo acontecido con la expedición de la Ley 365 del 21 de febrero de 1997, normatividad que en su artículo 8° recogió en un solo tipo penal los conciertos para delinquir previstos en los artículos 186 del Código Penal y 7° del Decreto 180 de 1988, evento que constituye un claro ejemplo de sucesión de leyes o tránsito legislativo, pero que no es aplicable en este caso, por cuanto no es precepto que resulte más favorable a los intereses jurídicos del procesado, en razón al quantum punitivo.

Proceso No. 14301

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal

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

Aprobado Acta N° 80

Santa Fe de Bogotá, D.C., dos (2) de junio de mil novecientos noventa y nueve (1999).

VISTOS

Procede la Corte a decidir el recurso de casación interpuesto contra la sentencia proferida por el Tribunal Nacional, el 3 de octubre de 1996, en la que al confirmar, con algunas modificaciones, la del Juzgado Regional de Medellín, fechada el 6 de enero de 1995, condenó, entre otros procesados, a Alcides de Jesús Bedoya Escobar a la pena principal de trece (13) años de prisión y a las accesorias de rigor, como responsable del delito de concierto para delinquir, previsto en el artículo 7° del Decreto 180 de 1988, adoptado como legislación permanente por el artículo 4° del Decreto 2266 de 1991.

Interpuesto oportunamente el recurso extraordinario de casación fue concedido. Presentada la respectiva demanda, se declaró ajustada a las exigencias legales.

Corrido el traslado al Ministerio Público, el Procurador Tercero Delegado en lo Penal solicita no casar el fallo recurrido.

Los Hechos

Tratándose de varias causas acumuladas, las mismas fueron sintetizadas por el a quo así:

Primera Causa

"En el corregimiento de Cestillal, municipio de Cañasgordas (Ant.), se formó una sociedad de hecho entre Alcardo Urrego Velásquez, casado con María Graciela Usuga y un hermano de ésta, Arnulfo Usuga, con relación a un expendio de granos y carnes. El primer negocio administrado por Gloria Arango (q.e.p.d.) y el segundo a cargo de Alcardo. En 1986, ese nexo comercial y familiar se vio roto cuando María Gracicla descubrió a su marido en actitud que estimó reprochable con la esposa de su hermano, a quien le hizo saber lo ocurrido. Arnulfo sacó a su esposa de la vivienda familiar y le quitó los hijos, le hizo lances con el machete y le dijo que la iba a matar. Gloria se fue para Medellín a vivir y regresó en el mes de enero de 1988 a ver a sus hijos, pero tres días después recibió varios disparos que le causaron la muerte.

"En cuanto a Alcardo Urrego Velásquez, éste afirma que tan pronto fue muerta Gloria, Arnulfo fue hasta la casa de éste y le disparó pero no le causó lesiones. Después sufrió un atentado del cual no se conocieron los autores y por último lo mataron, el 10 de marzo de 1988, cuando se desplazaba con un revólver y en compañía del señor Luis Eduardo Moreno Vásquez en una moto, por la carretera que de La Aguada conduce al corregimiento de Cestillal. Quienes lo ultimaron se llevaron el revólver e hirieron al señor Moreno Vásquez".

Segunda Causa

"El 11 de agosto de 1988, en la vereda Lejía del corregimiento de San Pascual, municipio de Cañasgordas (Ant.), fue asesinado el señor Ivan Alcides Giraldo Giraldo, de 21 años de edad, mediante disparos de escopeta calibre 16, recibió dos tiros, uno en la espalda que le dejó nueve orificios y al caer le propiciaron otro en el temporal derecho. A la víctima le tomaron por sorpresa cuando estaba cumpliendo labores de caficultor, en las horas de la tarde".

Tercera Causa

"El 29 de abril de 1988, en la vereda Uvital, corregimiento de Cestillal, municipio de Cañasgordas, fue muerto en forma violenta el señor Octavio

Usuga Peña, de 21 años de edad, dentro de la parcela del señor Juan De Jesús Higuita, ubicada a la orilla del camino, con arma de fuego. La víctima estaba trabajando en el momento de recibir los disparos. Su muerte fue consecuencia directa de la laceración cerebral producida por proyectil de arma de fuego y se produjo hacia las tres de la tarde".

Cuarta Causa

"El 26 de marzo de 1988, en la vereda La Travesía del corregimiento de Cestillal (Cañasgordas), fue muerto con arma de fuego, es decir, con una escopeta, el señor Ángel Oquendo Duarte. Su cuerpo recibió múltiples heridas y, según el dictamen de Medicina Legal, su deceso se produjo por las lesiones en el sistema nervioso central, las cuales fueron de naturaleza simplemente mortales".

Quinta Causa

"El 9 de abril de 1988, fue muerto en la vereda de San Miguel, corregimiento de Cestillal (Cañasgordas), el señor Miguel Ángel Urrego Muñoz, cuando acudió a auxiliar a la familia de Rafael Bernardo Moreno, que minutos antes había sido lesionado con arma de fuego, ante la demanda de auxilio de María Hercilia Loaiza, esposa de Moreno, para que le ayudase a salvar los niños. Los atacantes le habían prendido fuego al rancho o humilde vivienda de esta familia. Miguel Ángel trató de apagar las llamas que consumían la vivienda y en ese momento recibió un disparo y su cadáver quedó en medio de las ruinas del inmueble..."

Sexta Causa

"En los municipios de Cañasgordas y Uramita (Ant.), venía actuando una banda de antisociales debidamente organizada y que tomaron el nombre de 'Los Tiznados', sembrando el terror en las veredas de aquellas localidades, porque a sus acciones se les atribuían homicidios, hurtos y otros atentados, hasta el 10 de julio de 1988 que fue capturado por la policía Jorge Mario Duarte (menor de edad) y quien confesó varias de las actividades desplegadas por ellos. La banda fue conformada por el agente Macías (q.e.p.d.), los hermanos Crisanto Elías Higuita David, Luis Ernesto Higuita David (q.e.p.d.), Jhon Fredy Usuga (menor de edad), Bernardo Guisao y otros.

"Desde el año de 1986 venía operando en las veredas de San Benito, Alto El Pital, Guayabal, corregimiento de Orobajo, San Miguel, Cubital, el corregimiento de Cestillal, una banda integrada por unas 36 personas que fueron denominados "Los Tiznados" por los moradores de la región, porque andaban con la cara tiznada, siendo ellos autores de varios homicidios, tentativa de homicidio, quema de vehículos, robos y muchos otros delitos.

"Con fundamento en la versión de injurada del menor Jorge Mario Duarte, se realizó la investigación por el delito de concierto para delinquir,

ya que la banda era reconocida y había causado numerosas muertes, entre ellas las de Gloria Arango, esposa de Arnulfo De Jesús Usuga Usuga, la de Alcardo Urrego Velásquez, Alcides Giraldo Giraldo, Miguel Ángel Urrego Muñoz y otras".

ACTUACION PROCESAL

Toda vez que la demanda de casación presentada hace referencia solo a los hechos atinentes a la sexta causa, sólo se relacionará la actuación procesal concerniente a ella, en tanto que con respecto a las demás únicamente se mencionarán las fechas de la resolución de acusación, en orden a determinar si se ha producido el fenómeno de la prescripción.

Primera Causa

El Juzgado 96 de Instrucción Criminal de Frontino (Ant.), mediante resolución del 21 de diciembre de 1988, acusó a Arnulfo de Jesús Usuga Usuga, Crisanto Elías Higuita David y Antonio Uta García, como coautores de los delitos de homicidio agravado. Igualmente, a los dos últimos los acusó por los delitos de lesiones personales y hurto.

Apelada esta determinación por los procesados, la misma fue confirmada por el Tribunal Superior de Medellín, el 19 de junio de 1989.

Segunda Causa

El 15 de julio de 1989, el Juzgado 96 de Instrucción Criminal de Frontino profirió resolución de acusación contra Crisanto Elías Higuita David, como autor del delito de homicidio agravado cometido en Iván Alcides Giraldo Giraldo, la que quedó ejecutoriada el 9 de agosto de 1989.

Tercera Causa

El mismo Juzgado instructor, mediante resolución fechada el 9 de enero de 1990, acusó a Crisanto Elías Higuita David y Bernardo Guisao Giraldo, como coautores del delito de homicidio agravado en la persona de Octavio Usuga Peña, la que quedó ejecutoria el 21 de febrero de 1990.

Cuarta Causa

El 14 de mayo de 1990, el citado Juzgado de Instrucción Criminal dictó resolución de acusación contra Crisanto Elías Higuita David, Jesús Arnulfo Guiróz Durango, Jorge Mario Duarte y Jhon Fredy David Usuga, por el delito de homicidio simple en Miguel Ángel Oquendo Duarte, decisión que cobró ejecutoria el 14 de junio siguiente.

No obstante que a los acusados se les imputó el delito de homicidio simple, equivocadamente el sentenciador condenó a los dos primeros por el de "homicidio agravado".

Como Jorge Mario Duarte y Jhon Fredy David Usuga eran menores de edad para la época de los hechos, respecto de ellos se enviaron las diligencias al juez de menores.

Quinta Causa

Por resolución fechada el 25 de septiembre de 1990, el multicitado Juzgado acusó a Crisanto Elías Higuita David por los delitos de homicidio simple, cometido en Miguel Ángel Urrego Muñoz, homicidio simple en grado de tentativa, realizado en Rafael Bernardo Moreno y María Ercilia Loaiza Martínez, e incendio. La decisión quedó ejecutoriada el 15 de octubre del mencionado año.

Al igual que en la anterior causa, equivocadamente el juzgador condenó al procesado por homicidio agravado en lugar de simple.

Sexta Causa

Producida la captura de Jorge Mario Duarte y teniendo en cuenta el informe rendido por el Comandante del Distrito de Policía N° 15 de Cañasgordas (Antioquia), el Juzgado Segundo Promiscuo Municipal de la mencionada localidad, mediante auto del 11 de julio de 1988, declaró abierta la correspondiente investigación y procedió a escuchar en indagatoria a Jorge Mario Duarte, a quien le resolvió la situación jurídica, el 18 de julio siguiente, con medida de aseguramiento de detención preventiva por el delito de concierto para delinquir, previsto en el artículo 186 del Código Penal.

Posteriormente avocó la instrucción el Juzgado 36 de Instrucción Criminal Ambulante de Medellín, despacho que luego de practicar numerosas pruebas y de vincular a la investigación a varias personas, resolviéndoles su situación jurídica, escuchó en indagatoria a Alcides de Jesús Bedoya Escobar, a quien se le profirió medida de aseguramiento de detención preventiva, el 6 de marzo de 1989, por concierto para delinquir.

Una vez allegados otros medios de convicción, el proceso fue remitido al Juzgado 96 de Instrucción Criminal de Frontino (Ant.), oficina que procedió a clausurar la investigación y a calificar el mérito del sumario con resolución de acusación contra los procesados, decisión que fue impugnada por algunos defensores.

Examinada la actuación por el Tribunal Superior de Medellín, concluyó que la competencia recaía en la jurisdicción de orden público, razón por la cual envió el proceso al entonces Tribunal Superior de Orden Público, autoridad que, el 18 de julio de 1990, aceptó la competencia.

Habiendo correspondido el conocimiento del diligenciamiento a un juzgado de instrucción de orden público de Medellín, luego de decretar la nulidad de lo actuado y de practicar algunas pruebas, el 19 de julio de 1991 cerró la investigación y el 12 de noviembre siguiente calificó el mérito del sumario con resolución de acusación en contra de Alcides de Jesús Bedoya Escobar, entre otros, por el delito de concierto para delinquir, tipificado en el artículo 7° del Decreto 180 de 1988, decisión que fue confirmada por el Tribunal Superior de Orden Público, mediante providencia fechada el 27 de mayo de 1992.

La etapa del juicio le correspondió a un juzgado regional de Medellín que después de acumular las distintas causas, según auto del 2 de octubre de 1992, dictó la sentencia de primera instancia, dentro de la cual adoptó las siguientes decisiones:

1°) Condenó al procesado Crisanto Elías Higuita David a la pena principal de 29 años de prisión, como autor de cinco homicidios agravados y dos tentativas de homicidio agravado, incendio y concierto para delinquir.

2°) Condenó a los procesados Bernardo Guisao Usuga, Arnulfo de Jesús Usuga Usuga, Jesús Arnulfo Quiróz Durango y Antonio José Utta García a las penas principales de 24, 26, 23 y 24 años de prisión, respectivamente, como coautores de los delitos de homicidio agravado y concierto para delinquir.

3°) Condenó a los procesados Tomás Antonio Giraldo Usuga, Jesús Emilio Giraldo Giraldo, Jair Antonio Bedoya Escobar, Alcides de Jesús Bedoya Escobar, Abel Antonio David Davió y Agustín Rodríguez Rodríguez a la pena principal de 13 años de prisión, como coautores del delito de concierto para delinquir.

4°) Respecto de las lesiones personales y el hurto imputados en la resolución de acusación (primera causa) a Crisanto Elías Higuita David y Antonio Utta García, no los condenó por tratarse de contravenciones.

5°) Por último, los condenó a las penas accesorias de rigor y al pago de los daños y perjuicios ocasionados con las conductas punibles.

Apelado el fallo por varios defensores, entre ellos el de Alcides de Jesús Bedoya Escobar, y luego de enmendarse en primera instancia algunas irregularidades en el trámite de las notificaciones de la sentencia de primer grado, lapso durante el cual el juzgado regional, mediante providencia del 11 de septiembre de 1995, declaró extinguida la acción penal por muerte del procesado Abel Antonio David Davió, el Tribunal Nacional, el 3 de octubre de 1996, lo confirmó con las siguienies modificaciones:

1°) Decretó la nulidad parcial de lo actuado, a partir del cierre de la investigación, respecto del sindicado Bernardo Guisao Usuga.

2°) Condenó al procesado Crisanto Elías Higuita David a 30 años de prisión, en lugar de los 29 años impuestos.

3°) Individualizó y aumentó, respecto de cada condenado, el monto de los perjuicios ocasionados con los delitos.

La Demanda De Casacion

La defensora del procesado Alcides de Jesús Bedoya Escobar, formula un único cargo contra la sentencia de segunda instancia. Sus argumentos se pueden sintetizar así:

Al amparo de la causal primera, censura el fallo por violación directa de la ley sustancial, por aplicación indebida del artículo 7° del Decreto

180 de 1988, "cuando la norma llamada a aplicar, por cuanto era la adecuada a la conducta delictiva investigada y la época de la comisión, era el art. 186 del Código Penal, que tiene fijada una pena privativa de la libertad de 3 a 6 años de prisión".

Estima que el error del Tribunal se originó en la consideración que hizo respecto a la "coexistencia de dos conductas delictivas diferentes, que en el caso que nos ocupa es el CONCIERTO PARA DELINQUIR que se estructura en el art. 186 del C.P. y el CONCIERTO PARA DELINQUIR que se define en el art. 7° del Dcto. 180 de 1988, desconociendo el principio procesal de la sucesión de leyes que era el llamado a prosperar en el subestudio y de allí tomar, por el principio de favorabilidad, el art. 186 como norma aplicable para el juzgamiento y punición del hecho delictivo imputado al acusado".

Afirma que el fenómeno de la sucesión de leyes es diferente a la coexistencia de conductas punibles, toda vez que se trata de situaciones jurídicas disímiles. No obstante, dice, cuando se está ante la primera hipótesis, las normas subsiguientes pueden alterar la estructura del tipo o su punibilidad, caso en el cual guardan "cada una su autonomía propia y de ahí el porqué el juzgador, en el proceso selectivo de adecuación y punibilidad debe buscar entre ellas cuál es la favorable al procesado, la cual encontrada, debe aplicarse en su integridad".

En cambio, agrega, la coexistencia de tipos penales implica una sucesión de normas que van "recogiendo elementos estructurales comunes entre ellas, en tal forma que la última aparece absorbiendo todos los elementos de aquellas que aparecen en el tránsito temporal", lo que hace que el juzgador no tenga la necesidad de acudir al proceso selectivo que le impone la "sucesión de leyes", ya que "para este caso (coexistencia de conductas) la norma aplicable debe ser la última en vigencia en el tiempo".

Por consiguiente, considera que el sentenciador se equivocó al sostener que el delito previsto en el artículo 186 del Código Penal coexiste con el contemplado en el artículo 7° del Decreto 180 de 1988, cuando lo cierto es que en este asunto lo que se presenta es un tránsito de legislación o sucesión de leyes "en donde ambos tipos penales definen, mantienen y desarrollan tipos penales autónomos y totalmente diferentes entre ellos".

Concluye diciendo:

"Si los hechos, conforme los aceptó el sentenciador, se originan para la época anterior a la vigencia del Dcto. 180 de 1988, art.7, y la conducta imputada es la del concierto para delinquir 'porque a sus acciones se les atribuía homicidios, hurtos y otros atentados', como lo dice el Juzgador en el folio 4 del fallo impugnado, propia del art. 186 del C.P., estructura típica y penalidad que debía mantenerse incólume durante el juzgamiento

del procesado y hasta el momento del fallo, sin que permita variar esa adecuación típica hacia los linderos del art. 7° del Dcto. 180/88 por la simple connotación de que el concierto duró hasta el 10 de julio de 1988, fecha de la captura del menor Jorge Mario Duarte, la misma que se tomó para decir que por estar en vigencia el art. 7 del Dcto. 180/88 era la norma llamada a aplicarse para sentenciar a Alcides De Jesús Bedoya Escobar y sustentar la sanción que en definitiva le fue impuesta".

En consecuencia, como la indebida aplicación de la mencionada norma sustancial incidió desfavorablemente en la suerte de su defendido, toda vez que se le impuso una pena muy superior a la que debía corresponderle, solicita a la Corte casar el fallo recurrido para, en su lugar, dictar el que debe reemplazarlo.

El Criterio Del Procurador Tercero Delegado En Lo Penal.

Solicita no casar la sentencia con base en las siguientes argumentaciones:

Conceptúa que la libelista no es clara cuando para fundamentar el cargo intenta diferenciar los conceptos de "tránsito de legislación" y "coexistencia de tipos penales", y menos aún cuando señala que la distinción radica en que en el primero de los fenómenos los tipos penales se mantienen y continúan existiendo con autonomía, argumentación que así expuesta sólo le otorga razón al sentenciador de segunda instancia.

No comparte el criterio de la demandante, según el cual el fenómeno presentado entre el artículo 186 del Código Penal y el artículo 7° del Decreto 180 de 1988, se reduce a un tránsito legislativo o sucesión de normas, ya que ésta implica que la norma posterior deroga la anterior.

Independientemente de que una figura jurídica tenga el mismo nomen iuris respecto de otra, es necesario establecer si la norma posterior que la consagró, dejó o no sin vigencia la anterior. En caso afirmativo, no hay duda que se está en presencia de una sucesión de normas o tránsito legislativo, "porque de lo contrario los dos tipos penales por subsistir en el mundo de lo jurídico, coexisten con autonomía. Luego el fenómeno de la derogación de normas y no la mayor o menor riqueza descriptiva, es el que permite diferenciar" dichos conceptos.

Estima importante conocer el alcance de tales figuras jurídicas frente al tema de la favorabilidad, toda vez que ésta sólo tiene operancia en el evento de la sucesión de leyes. En cambio, cuando el legislador describe una conducta con mayor o menor riqueza respecto de otra, así a ambos tipos vigentes se les de el mismo nombre, el proceso de adecuación típica no puede estar orientado por la favorabilidad. Por el contrario, en tal evento opera la correcta coincidencia que la conducta investigada tenga respecto de uno u otro precepto, de acuerdo a las descripciones que contengan.

En otros términos, dice, "el problema del tránsito legislativo encuentra solución en el principio de favorabilidad, en tanto que el fenómeno de la coexistencia de normas coloca al operador en la presencia de un concurso aparente de tipos que se soluciona, entre otros, a través del principio de la especialidad".

Para la Delegada no le asiste razón a la recurrente cuando sostiene que el presente asunto se ubica en la hipótesis de la sucesión de normas, pues teniendo en cuenta que el Legislador, al consagrar el artículo 7° Del decreto 180 de 1988, no tuvo como finalidad la de adicionar o derogar el artículo 186 del Código Penal, sino la de crear un nuevo tipo penal, autónomo e independiente, con el mismo nombre, lógico es colegir que lo que se presentó fue una verdadera coexistencia de normas y no un tránsito de ellas.

Por consiguiente, considera que en este caso, al tratarse de una banda organizada, dedicada a la comisión de múltiples homicidios, varios de ellos producto de remuneración económica, la que operó entre los años de 1986 y mediados de 1988, ya estando en vigencia el Decreto 180 de dicho año, necesario es concluir que no hubo ninguna aplicación indebida o error de selección por parte del tribunal Nacional al imputar el citado artículo 7°.

En consecuencia, al no estar demostrado el error de juicio demandado, la impugnación no debe prosperar, es el concepto del Ministerio Público.

Consideraciones De La Corte

Afirma la libelista que el Tribunal Nacional violó, de manera directa, la ley sustancial, al aplicar indebidamente el artículo 7° del Decreto 180 de 1988 y, consecuencialmente, dejar de aplicar el 186 del Código Penal, norma que consagra una punibilidad menor a aquella por la cual fue condenado su defendido.

Considera que el error se originó en el momento en que el sentenciador de segunda instancia desconoció el fenómeno de la sucesión de leyes, el cual, desarrollado con el principio de favorabilidad, debió prosperar en pro de los intereses del procesado, siendo un equívoco acudir en su reemplazo a la llamada "coexistencia de conductas".

Como acertadamente lo dijo el Ministerio Público, no sólo la demandante no es clara en sus fundamentaciones jurídicas, como que salta a la vista la poca claridad que tiene en torno a la diferenciación de los conceptos de "tránsito legislativo" y "coexistencia normativa", sino que tampoco le asiste razón, lo que torna imprósperа la censura.

En efecto, resulta conveniente recordar que se está frente a un caso de paralelismo normativo, toda vez que para la época de los hechos coexis-

tían tipos penales que, aun cuando tenían el mismo nomen juris y elementos comunes, poseían otros que permitían distinguirlos, siendo los del Decreto 180 de 1988 de mayor riqueza descriptiva que los de la legislación ordinaria y exigiendo, en general, la finalidad terrorista.

Consideró el legislador excepcional que cuando el sujeto agente dirigía su acción a provocar o mantener en estado de zozobra o terror a la población o a un sector de ella, ó realizaba comportamientos que afectaban gravemente la seguridad y tranquilidad públicas, debía ser sancionado con mayor drasticidad, por lo que creó paralelamente a la legislación común unos tipos penales, entre los cuales el artículo 7° del Decreto 180 de 1988, y un procedimiento especial, conforme a las facultades que le concedía el artículo 121 de la Constitución Política vigente para la época.

Por lo tanto, es claro que se expidieron, mediante el llamado "Estatuto para la Defensa de la Democracia" (decreto 180/88), normas que sin derogar las del Código Penal, sancionaban más gravemente determinados comportamientos, particularmente por la finalidad terrorista perseguida. Tal ocurrió no sólo con el concierto para delinquir sino con otros reatos como el incendio de medio transporte, el homicidio, el secuestro, la extorsión, etc.

En otros términos, en esa época, afloraron dos clases de delincuencia, que dadas sus características, requerían diferente tratamiento: la común, prevista en las leyes ordinarias; y aquella que buscaba desestabilizar las instituciones democráticas y que afectaba gravemente la tranquilidad y la seguridad pública, para cuya represión se dictó el decreto 180 de 1988, que preveía severas sanciones.

En consecuencia, se estaba en presencia de una coexistencia normativa y no de un tránsito legislativo, por lo cual no era aplicable el principio de favorabilidad.

Más aún, ni aceptando, en gracia de discusión, la sucesión de leyes en el tiempo y, por ende, que el artículo 7° del Decreto 180/88 derogó el 186 del Código Penal, sería aplicable esta última disposición, pues aquél entró a regir el 27 de enero de 1988 y el concierto para delinquir se prolongó después de esa fecha, de modo que ningún conflicto de leyes en el tiempo podría presentarse.

Contrario sensu es lo acontecido con la expedición de la Ley 365 del 21 de febrero de 1997, normatividad que en su artículo 8° recogió en un solo tipo penal los conciertos para delinquir previstos en los artículos 186 del Código Penal y 7° del Decreto 180 de 1988, evento que constituye un claro ejemplo de sucesión de leyes o tránsito legislativo, pero que no es aplicable en este caso, por cuanto no es precepto que resulte más favorable a los intereses jurídicos del procesado, en razón al quantum punitivo.

Planteadas así las cosas, necesario es entonces afirmar que atinadas fueron las conclusiones a las que llegó el Tribunal Nacional para condenar al sindicado Bedoya Escobar por el delito de concierto para delinquir previsto en el decreto 180 de 1988, que le fuera imputado en la resolución de acusación, pues formó parte de un grupo de sicarios que a su vez sembró y mantuvo en estado de terror los municipios antioqueños de Cañasgordas y Uramita.

En las condiciones precedentes, el cargo no prospera.

CASACIÓN OFICIOSA

Al procesado Crisanto Elías Higuita David, mediante resolución fechada el 25 de septiembre de 1990 (quinta causa), se le acusó por el delito de homicidio simple, cometido en la persona de Miguel Ángel Urrego Muñoz, homicidios simples en grado de tentativa, realizados en Rafael Bernardo Moreno y María Ercilia Loaiza Martínez, e incendio sobre inmueble destinado a habitación, previstos en los artículos, vigentes para la época, 323, 22 y 189, inciso tercero, del decreto 100 de 1980, normatividad que contemplaba una pena máxima de prisión de 15 años, 11 años 3 meses y 15 años, respectivamente. La resolución de acusación cobró ejecutoria el 15 de octubre del mismo año.

Del mismo modo, a los procesados Crisanto Elías Higuita David y Jesús Arnulfo Quiróz Durango, se les acusó del delito de homicidio simple, cometido en la persona de Miguel Ángel Oquendo Duarte, que contemplaba para la época de los hechos (artículo 323 del Decreto 100 de 1980) una pena máxima de 15 años de prisión, según resolución fechada el 14 de mayo de 1990, la que quedó ejecutoria el 14 de junio siguiente.

No obstante lo anterior, equivocadamente el sentenciador de segunda instancia condenó a los citados procesados por los referidos homicidios consumados y tentados, en calidad de agravados, con las circunstancias previstas en los ordinales 6° y 7° del artículo 324 del Código Penal, con lo que incurrió en irregularidad sustancial que afectó el debido proceso y el derecho de defensa, al haberse roto la congruencia entre el pliego de cargos y la sentencia, por lo cual, al tenor de lo dispuesto por los artículos 228 y 229-1 del C. de P. P, se impone casar parcialmente el fallo para suprimir tales agravantes no imputadas en la resolución de acusación.

Sería del caso ajustar la pena correspondiente, si no se observara que con relación a ellos y al incendio de bien inmueble destinado a habitación, el Estado ha perdido su facultad juzgadora en virtud del fenómeno de la prescripción, la que se produjo, para el homicidio en Miguel Angel Oquendo, antes de ingresar el proceso a la Corte para efecto de tramitar el recurso de casación, y para los demás reatos, pocos días después.

En efecto, de conformidad con los artículos 80, 84 y 85 del Código Penal y teniendo en cuenta que desde las ejecutorias de los pertinentes

pliegos de cargos han transcurrido más de siete años y seis meses, para las conductas de mayor punición, no cabe duda que la acción penal se ha extinguido por el transcurso del tiempo, por lo que la Sala dispondrá la cesación de toda actuación procesal por dichos punibles y en favor de los dos mencionados sindicados.

En consecuencia, es necesario ajustar la pena que por los restantes delitos les corresponde, de la siguiente manera:

En cuanto a Crisanto Elías Higuita David, el Tribunal le impuso la pena "máxima posible para la fecha de los hechos que ascendía a 30 años de prisión", dada la pluralidad y gravedad de los delitos por los que se le condenó, la que se le reducirá en tres (3) años, por razón de los delitos prescritos, quedándole en definitiva la pena principal en veintisiete (27) años de prisión.

Respecto a Jesús Arnulfo Quiróz Durango, como quiera que el fallador de primera instancia partió del delito más grave, esto es, el de homicidio, el cual se encuentra prescrito, procederá la Sala a dosificar nuevamente la pena, teniendo en cuenta que el único punible que contra él se mantiene es el de concierto para delinquir, tipificado en el artículo 7° del decreto 180 de 1988.

Por tal motivo y en razón a que confluyen circunstancias genéricas de agravación, contenidas en los numerales 1°, 3° y 7° del artículo 66 del Código Penal, tal como se dedujo en las instancias, la pena a imponer será de trece (13) años de prisión.

En razón de la extinción de la acción penal, se redosificará la condena en perjuicios, la que se reducirá para Crisanto Elías Higuita David en el equivalente, en moneda nacional, a 5.300 gramos y para Jesús Arnulfo Quiróz Durango en el equivalente, en moneda nacional, a 2.800 gramos oro.

Finalmente, no hay motivo para modificar la pena accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas, que es la legal.

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,

RESUELVE:

Primero: Desestimar la demanda de casación presentada a nombre del procesado Alcides de Jesús Bedoya Escobar.

Segundo: Casar parcialmente y de manera oficiosa el fallo, en el sentido de suprimir las agravantes previstas en los numerales 6° y 7° del artículo 324 del Código Penal, que con relación al homicidio consumado en Miguel Angel Urrego Muñoz y los tentados cometidos en Rafael Bernardo

Moreno y María Ercilia Loaiza Martínez se imputaron a Crisanto Elías Higuita David.

Tercero: Casar parcialmente y de manera oficiosa el fallo, en el sentido de suprimir las agravantes previstas en los numerales 6° y 7° del artículo 324 del Código Penal, que con relación al homicidio cometido en Miguel Ángel Oquendo Duarte se imputaron a Crisanto Elías Higuita David y Jesús Arnulfo Quiróz Durango.

Cuarto: Declarar que la acción penal se ha extinguido por prescripción respecto del delito de homicidio simple cometido en Miguel Ángel Urrego Muñoz, y los homicidios simples, en grado de tentativa, realizados en Rafael Bernardo Moreno y María Ercilia Loaiza Martínez, e incendio, por lo que en lo referente a tales infracciones se dispone la cesación de la actuación seguida contra el procesado Crisanto Elías Higuita David.

Quinto: Declarar que la acción penal se ha extinguido por prescripción respecto del delito de homicidio simple cometido en Miguel Ángel Oquendo Duarte, por lo que en lo atinente a tal infracción se dispone la cesación de la actuación seguida contra Crisanto Elías Higuita David y Jesús Arnulfo Quiróz Durango.

Sexto: Reducir la pena principal que debe purgar el procesado Crisanto Elías Higuita David e imponer como definitiva la de veintisiete (27) años de prisión, como responsable de los tres homicidios agravados y del concierto para delinquir que le fueron imputados en las pertinentes resoluciones de acusación.

Séptimo: Reducir la pena principal que debe purgar el procesado Jesús Arnulfo Quiróz Durango e imponer como definitiva la de trece (13) años de prisión, como responsable del delito de concierto para delinquir.

Octavo: Reducir la condena en perjuicios para Crisanto Elías Higuita David en el equivalente, en moneda nacional a 5.300 gramos oro, y para Jesús Arnulfo Quiróz Durango en el equivalente, en moneda nacional, a 2.800 gramos oro, por razón de las infracciones declaradas prescritas.

En lo demás la sentencia impugnada no sufre modificación alguna.

Cópiese, notifíquese, cúmplase 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, Mario Manrique Nougués, Carlos E. Mejía Escobar, Nilson E. Pinilla Pinilla.

Patricia Salazar Cuellar. Secretaria.

PRUEBA/ POLICIA JUDICIAL

En lo pertinente a que no se le permitió intervenir en la práctica de pruebas, lo cual deja enunciado más no desarrollado el casacionista, suficiente es con recordar que este proceso se tramitó conforme a lo previsto en el Decreto 2.790 de 1.990 que dispone en el artículo 20, modificado por el Decreto 099 de 1.991, adoptado como legislación permanente por el artículo 4º del Decreto 2.271 de 1.991, que «la controversia del material probatorio se adelantará durante la etapa del juicio. La Policía Judicial practicará las pruebas, o incorporará al expediente las que se pongan a su disposición y que considere pertinentes, sin expedir acto que así lo ordene, y a su realización sólo podrá asistir el agente del Ministerio Público...» (resalta la Corte), disposición que, a su turno, fue declarada exequible por la Corte Constitucional en sentencia C-093 de 1.993, entendiendo que durante la instrucción la controversia de la prueba bien puede ejercerse por medio de la solicitud de pruebas, la posibilidad de conocer las decisiones que en tal sentido se tomen con la consecuente oportunidad para recurrirlas, etc.

Proceso No. 13437

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal

Magistrado Ponente: Dr. *Carlos Augusto Galvez Argote*

Aprobado Acta No. 80

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

VISTOS

Mediante sentencia del 26 de marzo de 1.998, un Juez Regional de Cúcuta condenó a Eberto Quiróz Hernández a las penas principales de 21 años de prisión y multa de $3'708.324, a la accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas por el término de 10 años y al pago de los perjuicios materiales y morales, como autor del delito de homicidio previsto en el artículo octavo del Decreto 2.790 de 1.991, modificado por el

artículo primero del Decreto 099 de 1.991 (adoptado como legislación permanente por el artículo 12 del Decreto 2.266 de 1.991), en concurso con el de porte ilegal de armas para la defensa personal, punible por el que únicamente fue condenado Fredy De Jesus Sepúlveda Rios a un año de prisión, como sanción principal, al tiempo que le impuso como accesoria la interdicción de derechos y funciones públicas por el mismo lapso, concediéndole la libertad por pena cumplida y absolviéndolo por el cargo de homicidio.

Apelado este fallo por el Fiscal Regional, el Tribunal Nacional mediante sentencia del 13 de noviembre de dicho año, modificó las penas principales impuestas a Quiróz Hernandez en el sentido de reducir a 20 años la de prisión y tasar en 65 salarios mínimos mensuales vigentes la de multa; mientras que respecto de Sepulveda Rios revocó la

ACTUACIÓN PROCESAL

Estos tuvieron ocurrencia en la ciudad de Barrancabermeja, en las horas de la mañana del día 14 de agosto de 1.991, cuando, ante la información suministrada telefónicamente por un Procurador Judicial de esa localidad en el sentido de que en la casa ubicada en la carrera 22 número 12-37 se estaba vendiendo marihuana en forma "descarada", una patrulla del entonces Cuerpo Técnico de Policía Judicial integrada por los agentes Oscar Germán Franco Vélez, Iván Antonio Vargas y Ana Cecilia Carrillo y el conductor Carlos Forero, se dirigió hasta ese lugar en una camioneta marca Chevrolet asignada a esa dependencia, sin que les fuera posible localizar el inmueble ni percibir nada raro ni sospechoso en el sector, razón por la cual decidieron devolverse hacia la oficina tomando la calle 12 hacia abajo por el sitio denominado "el descabezado", aprovechando Oscar el pare que tuvieron que hacer ante la señal de pare de un semáforo en rojo, para bajarse a comprar cigarrillos en compañia de Iván Antonio, mientras sus compañeros siguieron unos pocos metros hacia adelante a estacionarse al frente de una cafetería.

En esos momentos , un individuo que estaba sobre el andén llamó a Oscar mientras que otro cogió del brazo a Iván Antonio golpeándolo en el pecho cuando intentaba soltarse, procediendo el primero a dispararle en dos oportunidades a su compañero, causándole la muerte. Una vez logró liberarse Iván de quien lo sujetaba y desenfundó su arma de dotación para reaccionar ante la agresión fue nuevamente atacado con arma de fuego por el mismo sujeto, quien de inmediato huyó saliendo por el lado donde se hallaba estacionada la camioneta de la patrulla del Cuerpo Técnico, siendo perseguido por Carlos, el conductor, quedándose Ana Cecilia en el lugar de los hechos atendiendo al lesionado.

En el curso de la persecución, en una de las calles del sector se encontró Carlos frente a frente con el homicida, quien le disparó sin lograr

herirlo, obteniendo la ayuda de una patrulla que pasaba por el lugar, propiciándose un cruce de disparos en el que resultó lesionado por la espalda el asaltante, quien continuó con la huida hasta penetrar en una casa, de donde salió por el techo, tomando luego un taxi que lo condujo hasta el Hospital San Rafael con el fin de obtener atención médica, sitio donde fue capturado por el agente de turno, siendo reconocido por Iván Antonio Vargas y Carlos Forero, compañeros de Oscar, como uno de los sujetos que los acababa de atacar, pues oportunamente informados de la aprehensión, de inmediato se hicieron presentes a ese centro médico.

Practicado el correspondiente levantamiento del cadáver, la Unidad Investigativa de Orden Público de Barrancabermeja, dispuso el reconocimiento en fila de personas del capturado que dijo responder al nombre de Eberto Quiróz Hernández, con la participación de Iván Antonio Vargas, Ana Cecilia Carrillo y Carlos Forero, quienes no dudaron en reconocerlo como uno de los sujetos que los asaltaron; y como, de acuerdo con el informe de la Policía, este individuo había manifestado que en el ilícito también participaron Fredy Sepúlveda Ríos y Jesús García, a quienes se podía localizar en la calle 48 No. 35-36 de esa ciudad, se dispuso el allanamiento y registro de ese lugar, habiéndose encontrado en su interior, en una cama debajo del colchón, un revólver Smith & Wesson calibre 38 largo, No. 32.434, 5 vainillas y un tebolito para topografía marca Kern, No. 300034 con su respectivo estuche, sin que ninguno de tales elementos estuviera amparado con los consiguientes documentos de propiedad, capturándose allí a Sepúlveda Ríos.

Escuchados en versión libre por dicha Unidad Investigativa, los imputados negaron enfáticamente cualquier participación en los hechos, aunque Quiróz Hernández manifestó haber conocido a Fredy trabajando en el G.S.I. con quien posteriormente se encontró en el muelle en compañía "del mono Jesús García, un día me dijo que él trabajaba haciendo quietos y me dijo que si yo no era nervioso para esa joda y yo le dije que si, me dijo eso es la primera vez, pero yo nunca trabajé con ellos en eso pero yo si sabía que tenían las armas porque él me las mostró un día a mí y un día me llevó a la casa de Fredy y por eso yo se donde vive él, que las armas a veces las tenía Fredy o a veces Jesús, yo dije que habían sido ellos posiblemente porque se dedicaban a eso y yo supe a donde Fredy y García no se más". Igualmente, en otra diligencia independiente, el testigo Iván Antonio Vargas reconoció a Sepúlveda Ríos como la persona que lo sujetó por el brazo mientras que el otro individuo le disparaba a su compañero Oscar.

Remitida la actuación por competencia a la Dirección Seccional de Orden Público de Cúcuta e iniciada formalmente la investigación por un Juez de esa especialidad, una vez se indagó a los capturados, se les resolvió la situación jurídica el 30 del mismo mes y año con medida de aseguramiento de detención preventiva como coautores de los delitos de homi-

cidió en los términos del artículo 8º del Decreto 2.790 de 1.991, en concurso con el de porte ilegal de armas para la defensa personal, decisión contra la cual el defensor de los procesados interpuso recurso de reposición, que le fue resuelto adversamente, habiendo desistido del subsidiario de apelación.

Allegada al proceso diversa prueba testimonial, los dictámenes de balística, uno correspondiente al proyectil encontrado al momento de practicarse la necropsia a Oscar Germán Franco Vélez y el otro al que se encontró cuando se llevó a efecto la exhumación del cadáver solicitada por el defensor, en los cuales se concluyó que esos proyectiles fueron disparados con el revólver que le fuera incautado a Sepúlveda Ríos, así como la prueba de guantalete de parafina practicada a Quiróz Hernández, cuyo resultado fue negativo, una vez negada la revocatoria de la medida de aseguramiento solicitada por el abogado de los incriminados y confirmada por la Fiscalía Regional Delegada ante el Tribunal Nacional, ya en vigencia del Decreto 2.700 de 1.991, se decretó el cierre de la investigación, habiéndose calificado el mérito probatorio del sumario el 23 de febrero de 1.994 con resolución acusatoria en contra de los dos procesados por el delito de homicidio cometido en persona cualificada de acuerdo a lo previsto en el artículo 8º del Decreto 2.790 de 1.990, modificado por el artículo primero del Decreto 099 de 1.991 (adoptado como legislación permanente por el artículo 12 del Decreto 2.266 de 1.991), en concurso con el de concierto para delinquir con fines terroristas previsto en el artículo 7º del Decreto 180 de 1.988 y el de porte ilegal de armas para la defensa personal.

Apelada la acusación por el procesado Sepúlveda Ríos y su defensor, recibió confirmación el 2 de junio de 1.994 por la Fiscalía Regional Delegada ante el Tribunal Nacional en lo pertinente a los delitos de homicidio y porte ilegal de armas, pues en relación con el de concierto para delinquir se decretó la nulidad parcial de lo actuado, por cuanto, al no haberse mencionado por el Fiscal en ninguno de los proveídos dictados con anterioridad al calificatorio dicho punible, se habría afectado el derecho de defensa de los procesados, ya que con dicha imputación "se está sorprendiendo a la defensa pues no se le dio oportunidad de presentar sus alegaciones en relación con esos nuevos cargos".

En la etapa del juicio, una vez negadas algunas de las pruebas solicitadas por el defensor, decisión que al ser apelada recibió confirmación del Tribunal y concedida a los acusados la libertad provisional con base en la causal 5ª del artículo 415 del Código de procedimiento Penal, modificado por el artículo 55 de la Ley 81 de 1.993, por haber transcurrido más de "12 meses desde la vocación a juicio criminal, confirmada por el Ad - quem, en los términos señalados por la defensa fue confirmada por el Tribunal en los términos precedentes expuestos, siendo recurrida en casación por el defensor común de los encausados.

Concedido por el Tribunal el recurso para los dos procesados y sustentado mediante una sola demanda en la que se estudia en conjunto la situación de sus poderdantes, al calificarla la Corte sobre sus exigencias formales, la inadmitió respecto de Eberto Quiróz Hernández por falta de interés para recurrir, por cuanto la apelación que se interpusiera contra el fallo de primer grado fue desistida por la defensa, sin que se hubiese desmejorado su situación en segunda instancia, declarándose ajustada a derecho únicamente en relación con Sepúlveda Ríos, cuya situación si se vio afectada por el fallo de segundo grado al serle revocada la absolución por homicidio y en su defecto, condenarlo como coautor.

La Demanda

Actuando en representación de los dos procesados, con amparo en la causal tercera de casación, un solo cargo propone el demandante contra el fallo impugnado, el cual acusa de haberse proferido en un juicio viciado de nulidad por omitir los juzgadores la práctica de pruebas "DE IMPORTANICA ESENCIA", desconociendo así el principio de investigación integral, afectándoles el derecho de defensa y de contera, el debido proceso.

En orden a demostrar la censura, parte el demandante por reconocer, que si bien durante la instrucción y el juicio se decretaron y practicaron pruebas, unas de oficio y otras como consecuencia de su ardua gestión, siempre insistió en que se llevaron a efecto "con el cumplimiento de las formalidades legales, verbigracia: tomar la palabra del testigo tal como las dice, cuestionarlo sobre asuntos relevantes a la investigación, sobre hechos anotados o que obran en el plenario -basta con leer el informe resumen que hace el policía judicial, respecto al interrogatorio de personas que había citado Sepúlveda Ríos en su indagatoria-, permitir que la defensa actuara en la práctica de las pruebas tal como lo había solicitado, estando en vigencia la Carta Política de 1.991, la misma crítica se extiende al interrogatorio que obra de las personas Helena Ortiz y Carlos Ortiz, quienes viven o vivían en la casa citada donde ingresó el criminal del agente oficial, testimoniantes que fueron asomados por la defensa...", quien debió llegar al extremo de suplir la tarea de los agentes de la Policía Judicial al averiguar los lugares donde se podían localizar dichas personas y la dirección de la mencionada casa para que "se practicara el plano o prueba técnica decretada en miras a responder inquietudes que permitieran establecer si verdaderamente allí había ingresado un individuo en las mismas circunstancias que lo manifiestan los agentes Forero, Vargas t Carrillo".

Tales declaraciones, afirma, hubieran permitido al instructor establecer si concordaban con las versiones de los compañeros del occiso, quienes "en acto de cobardía" sindicaron a dos personas inocentes, como en el

mismo sentido hubiesen servido la inspección judicial al referido inmueble con la elaboración de un plano topográfico, el reconocimiento en fila de personas que hicieran sus moradores respecto de Eberto Quiróz y el testimonio del médico legista que practicó la necropsia para que explicara por qué se presentaban dos documentos en contenido y forma diversos, como que "en uno aparece que se extrae ojivas al cadáver y se anexa para ser allegadas al expediente, mientras en otro documento de necropsia se (sic) NADA DICE RESPECTO A LAS OJIVAS", frente a las cuales insistió tanto en la etapa instructiva como en el juicio, para que en su práctica se le permitiera intervenir con el fin de controvertirlas, sin lograrlo por "la DESIDIA, LA IRRESPONSABILIDAD Y LA MALA FE de cada uno de los agentes con funciones de policía judicial que para el caso se asignaron a fin de que evacuaran esas probanzas y con este proceder irregular se vio mancillado el derecho a la defensa en perjuicio de los hoy injustamente condenados". No obstante, de inmediato, afirma, que tales medios de prueba "nunca" fueron practicados.

Así, al referirse al testimonio de las personas que habitaban la casa en donde se refugió el homicida durante la persecución policial, resalta el casacionista que como los agentes que participaron en ella manifestaron que mientras dicho sujeto corría les disparaba con arma de fuego entrándose seguidamente en una casa del sector en donde luego de amenazar a sus moradores saltó por un muro, habiendo aquellos "perdido contacto con el asesino", y a su turno, los procesados fueron enfáticos en manifestar que no cometieron el hecho y por esa misma razón tampoco ingresaron a ninguna vivienda, como que explicaron detalladamente en donde se encontraban al momento de ocurrir el homicidio investigado, las personas más "indicadas" para aclarar, corroborar o desvirtuar tales versiones eran quienes se hallaban en la mencionada casa, pues, "...Así lo entendió desde la génesis misma del proceso el señor juez de instrucción de orden público a quien le correspondió asumir la investigación, por eso este funcionario en la providencia ya señalada y fechada agosto 20 del año del insuceso, dispone oficiosamente que esas personas sean citadas a rendir la respectiva declaración. Esta probanza permitirá dar respuesta a si el atacante que ingresó a la morada es el mismo que señalan los policiales, esto es, se trata de la misma persona de Eberto Quiróz H., cómo iba vestido, si iba (sic) herido, qué lugar de su humanidad mostraba la lesión, qué características morfológicas le corresponden, si empuñaba arma alguna, de qué tipo, y en consecuencia realizar diligencia de RECONOCIMIENTO EN FILA DE PERSONAS, en las que el sujeto a reconocer debía ser Eberto Quiróz o Fredy Sepúlveda, APENAS OBVIO QUE LA PRUEBA DEBE REALIZARSE", para hacer viable, recalca, la controversia probatoria y materializar el derecho a la defensa, debiéndose tener en cuenta que solo en la ampliación de su testimonio Carlos Forero afirmó que momentos antes del insuceso, la patrulla que él también integraba había sido atacada por sujetos desconocidos, sin precisar el sitio, el número de agre-

sores, los motivos y si como consecuencia de ello ocurrió la muerte de su compañero.

Todo lo anterior, es para el casacionista atentatorio del principio de investigación integral previsto en el artículo 333 del Código de Procedimiento Penal y del 251 ibídem sobre la controversia de la prueba, pues no resulta suficiente que se decreten formalmente si no se practican y en este asunto, la Unidad de Policía Judicial ha debido realizarlas desde el primer momento, dado que no existía imposibilidad para ello.

Reitera, entonces, que a pesar de que la defensa asumió la tarea que le correspondía al Estado, es decir, la de suministrar los nombres de las personas que habitaban la casa donde transitoriamente se refugió el homicida, facilitando así que fueran citados a declarar Carlos Y Helena Ortiz, "el interrogatorio que se les hace es realmente inane, intrascendente, no se les averigua quiénes en ese momento se encontraban, el funcionario investigador no hace absolutamente nada para obtener una información que aparece en el expediente, esto es, que si efectivamente un individuo el día 14 de agosto del año 1.991 en horas de la mañana ingresó a su casa, saltó un muro, nada por exigirle, -art (sic) todas las personas están obligadas a declarar ante las autoridades cuando estas las requieran, guardando las excepciones de ley, que para el caso presente no existen ...".

Insiste, pues, en que al haberse practicado sólo pruebas de cargo y no de descargo, desconociendo el principio de presunción de inocencia, el proceso está afectado de nulidad, pues aunque se sostuviera que existen otros medios de prueba que bien apoyan la decisión censurada, como ocurre con el dictamen de balística que arrojó resultados positivos respecto al cotejo efectuado con los proyectiles hallados al cadáver y el arma decomisada, no puede desconocerse que la defensa solicitó la declaración del doctor Martínez Arreola, quien practicó la necropsia al cadáver para que aclarara las disimilitudes presentadas entre el protocolo allegado con la demanda de constitución de parte civil en el que no se mencionaba la extracción de una ojiva del cuerpo examinado, como sí se hacía en la remitida por el Cuerpo Técnico de la Policía Judicial, permitiendo establecer cuál de las dos es la verdaderamente válida y así dejar sin piso el estudio balístico, ya que además el arma decomisada a Sepúlveda Ríos y el citado documento "no fueron remitidos oportunamente desde un inicio junto con las demás diligencias puestas a disposición de la Unidad de Orden Público, para ese entonces de la ciudad de Cúcuta, y así lo dejó consignado el funcionario instructor en su proveído fechado agosto 20 del año en curso", destacando más adelante, que a la prueba del guantalete de parafina, cuyos resultados fueron negativos, se le negó carácter vinculante, a pesar de ser la única prueba de descargos que se practicó y con la que se desvirtuaban las versiones de los agentes compañeros de la víctima.

Finalmente y luego de señalar, en su extenso y farragoso escrito, cada una de las actividades desplegadas durante el curso del proceso, y con el ánimo de demostrar que no le es a él la omisión en la práctica de las pruebas a que hizo referencia, solicita, se case el fallo impugnado, decretando la nulidad de lo actuado a partir del cierre del ciclo instructivo, disponiendo el envío del expediente a la Fiscalía de Cúcuta para que "sin dilaciones y con eficiencia se practiquen las pruebas que se han señalado".

CONCEPTO DEL PROCURADOR TERCERO DELEGADO EN LO PENAL

Inicia el representante del Ministerio Público su concepto, precisando la dificultad que se presenta para deslindar en la demanda el estudio separado de la situación relacionada con Fredy de Jesús Sepúlveda Ríos, en la medida en que al haber declarado ajustada a las formalidades legales el libelo únicamente respecto de este procesado y la defensa común de los procesados presentó un solo escrito planteando un solo cargo por motivo de nulidad, en el que indistintamente se refiere a los dos, en principio resultaría forzoso identificar los argumentos relacionados con cada uno de ellos, razón por la cual, hará énfasis en aquellos aspectos en los que se distingue la situación de Quiróz Hernández frente a la de Fredy Sepúlveda y en los cuales insiste el censor al cuestionar lo referente a la no recepción de los testimonios de los habitantes de la casa por donde finalmente logró escapar el homicida, impidiéndose con ello que describieran físicamente a ese individuo y lo reconocieran en fila de personas, al igual que contrastar las declaraciones de los agentes que lo persiguieron.

Con esta aclaración, resalta el Delegado lo inconexo de la argumentación general del demandante respecto de las pretensiones que persigue, ya que las irregularidades que denuncia en nada afectan la situación de Sepúlveda Ríos, por cuanto las pruebas que a veces dice no practicas, o practicadas pero deficientemente, aluden es a Quiróz Hernández, " quien fuera señalado desde el principio como el que disparó contra la humanidad de Oscar Germán Franco Vélez, y el que emprendió veloz huida al tiempo que se enfrentaba a tiros con los perseguidores y también como el que se introdujo en una residencia, lo cual le permitió escapar, y el que posteriormente sería encontrado en el Hospital San Rafael del puerto petrolero, mientras recibía atención médica".

Pero además de que las pruebas cuya práctica echa de menos el censor, ninguna incidencia tienen frente a la situación de Sepúlveda Ríos, es claro que Carlos Arturo Camargo Pérez y Luz Elena Ortiz de Reyes, habitantes de la residencia por donde escapó el homicida, fueron escuchados en declaración habiéndoseles formulado el interrogatorio pertinente, al punto que precisaron cuáles eran las otras personas que allí se encontraban para esa época, sin que la defensa hubiese estado activa, pues no

solicitó de manera clara que se les citara a rendir testimonio, y además, tampoco demuestra de qué manera tales medios de convicción hubiesen variado la decisión final bien excluyendo la responsabilidad penal de dicho procesado o aminorándola, quedándose el libelo en el plano de un alegato de instancia.

En cuanto a la importancia que pretende darle a la declaración del médico legista para que aclarara si la ojiva respecto de la cual se practicó el estudio de balística era la misma hallada en el cadáver de Franco Vélez, elude una circunstancia relevante que le resta solidez a su argumento, es decir, aquella relacionada con el hecho de que al exhumarse el cadáver el forense halló otro proyectil en el segmento sacro superior, el cual, sometido al correspondiente cotejo y estudio de balística con el revólver encontrado en poder de Sepúlveda Ríos, también se concluyó que el proyectil fue disparado por esa arma, siendo por ende, inocua la disparidad entre el protocolo de necropsia original y el aportado posteriormente y la no recepción del referido testimonio.

En el mismo sentido, debe tenerse presente, que el fallador apoyó su decisión de condena respecto de este procesado en el reconocimiento en fila de personas llevado a cabo por el testigo Iván Antonio Vargas Portilla, quien reconoció a Fredy de Jesús como el individuo que lo sujetó para impedir su reacción cuando Quiróz le disparaba a Oscar Germán Franco Vélez, al igual que el señalamiento que aquél hiciera en el sentido de que Fredy tenía el arma homicida y su efectivo hallazgo en su casa, que fueron apreciados conjuntamente por el Tribunal para concluir con base en ello la coautoría imputada a Quiróz Hernández y a Sepúlveda Ríos en la comisión del delito contra la vida, por lo que ninguna de las pruebas que en criterio del casacionista debieron practicarse hubiese modificado esta decisión.

Por último, asevera el Procurador, que la antojada crítica sobre la actuación negligente de los funcionarios que conocieron de este asunto lo es de acuerdo a sus convenientes aspiraciones, dejando de lado que la gran mayoría de las pruebas solicitadas por la defensa fueron evacuadas, como sucedió con las declaraciones de Alirio Alfonso Becerra Ardila y Gilberto Robles peñalosa, la inspección judicial con graficación, la exhumación del cadáver y el dictamen de balística, entre otras.

En consecuencia, solicita, no casar el fallo impugnado.

CONSIDERACIONES

1. Siendo que frente al actual criterio mayoritario de la Sala, es viable que el demandante en casación invoque la causal de nulidad aún frente a irregularidades no propuestas al sustentar el recurso de apelación, y que cuando se revisó para efectos de establecer si cumplía con las exigencias formales para someterla al estudio de fondo posterior, el que subsistía era

el contrario, razón por la cual se inadmitió el libelo respecto al procesado Eberto Quiróz Hernández por carecer de interés para recurrir, pues su común defensor desistió del recurso de alzada y la decisión del Tribunal no le agravó su situación, como sí sucedió con su compañero de causa Fredy de Jesús Sepúlveda Ríos, a quien se le revocó la absolución por homicidio para condenarlo como coautor, se estudiará la demanda en relación con éste último, y como lo que en ella se plantea es una nulidad, de prosperar la misma y cobijar la situación de Quiróz Hernández la decisión correspondiente se haría extensiva a éste, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 243 del Código de Procedimiento Penal.

2. Así clarificado el objeto del fallo a proferir, se tiene que varios son los motivos en los que sustenta el demandante la nulidad deprecada por desconocimiento del principio de investigación integral, centrando fundamentalmente el ataque en la ausencia de la práctica de pruebas, que en su criterio, resultaban esenciales para acreditar la inocencia de los procesados y en la forma cómo fueron aducidas otras, cuya legalidad deja en entredicho y por último en el impedimento, que afirma, tuvo la defensa técnica de intervenir en la producción de los diferentes medios de convicción en los que se sustentó la sentencia de condena.

3. En cuanto a lo primero, sostiene reiterada y contradictoriamente el demandante, que las pruebas fueron decretadas pero no practicadas, aunque en otros apartes de la demanda acusando de irresponsables y de funcionarios de mala fe a los comisionados para evacuar las mismas, aduce que no hicieron lo necesario para su efectiva práctica, creando una confusión en su escrito que a la postre lo torna prácticamente ininteligible, pues se dispersa en una serie de afirmaciones sueltas y reiteraciones de todo lo que fue su actuación en el proceso sobre las solicitudes de pruebas que debidamente fueron atendidas, llegando incluso a faltar a la verdad, sin que en modo alguno pueda advertirse de qué manera de haberse rituado la actuación frente a la defensa, en la forma como el libelista la concibe, hubiese sido otra la naturaleza del fallo, todo lo cual inevitablemente da al traste con sus pretensiones casacionales en la medida en que a su particular forma de argumentar subyace una controversia probatoria que se apoya sobre falsas hipótesis, pues desconoce que los dos procesados pudieron ser percibidos de manera directa por Iván Vargas, quien no solo reconoció a Sepúlveda Ríos como el individuo que lo sujetó por el brazo mientras que Quiróz Hernández le disparaba a Oscar, sino que también hizo lo propio con este individuo por haberlo perseguido desde el mismo momento en que ocurrieron los hechos, siendo en ello corroborado por sus otros dos compañeros, Carlos Forero y Ana Cecilia Carrillo, al igual que por los agentes de la Policía que se encontraban en el sector, como así se hace constar en los respectivos informes, en los que todos dan cuenta de la persecución, la lesión de que fue objeto el autor de los

hechos y de su ingreso a una casa del sector por donde logró huir para buscar atención médica en el Hospital San Rafael.

4. En efecto, se queja el casacionista de que no se hubiesen recaudado los testimonios de las personas que habitaban la casa donde se refugió el autor material del hecho durante la persecución policial, ni se practicase una diligencia de inspección judicial con levantamiento del plano de ese lugar, ni mucho menos se haya recepcionado la declaración del médico legista de Barrancabermeja para que aclarara la inconsistencia que presentaba entre el protocolo de necropsia aportado por la parte civil y el remitido por la Unidad investigativa de Orden Público, ya que mientras en uno se menciona la extracción de una ojiva al cadáver, en el otro nada se dice al respecto, y en general que no se practicaron pruebas de descargo sino de cargo, apoyando la razón de sus afirmaciones en la crítica que hace del interrogatorio de Carlos y Helena Ortiz, quienes fueron citados a petición suya y porque "Forero, en su segunda exposición manifiesta que ese día, momentos antes que la patrulla conocida de autos, había sido objeto de un ataque por sujetos desconocidos, hecho que no reporta en su primera declaración, ni el lugar donde tuvo lugar ese ataque, cuántos fueron los atacantes, qué pudo motivar el mismo, si producto de ese ataque ocurrió la muerte de su compañero Vélez?".

5. Siendo ello así, forzoso resulta precisar, en primer término, no solo que, como ya se dijo, desconoce el censor la realidad del proceso, por cuanto, en lo que tiene que ver con los testimonios de Carlos y Helena Ortiz, de antemano está desmintiéndose en su afirmación de que no se recibió declaración a los moradores de la residencia en donde el homicida eludió inicialmente su captura, sino que su inconformidad sobre el interrogatorio hecho a los mismos y que califica de "inane" por no habérseles preguntado por el ingreso a su casa de un desconocido el día de los hechos o quiénes más se hallaban en su interior para entonces, carece por completo de sustento, como que precisamente en el auto del 27 de julio de 1.997, por medio del cual, a petición de la defensa se ordenó dicha prueba, se dispuso que a tales testigos se les debía interrogar sobre los hechos y circunstancias en que perdió la vida el agente Franco Vélez, "si saben cuáles son los autores del homicidio, si los vio, en tal caso si lo conoció o están en condiciones de reconocerlos, cómo iban vestidos, qué armas utilizaron, hacia dónde huyeron , cuántos eran los agresores, cómo estaban vestidos", también que se les indagara sobre las personas que presenciaron esos hechos y dónde se podían localizar, si a esa casa ingresó una persona huyendo y con el propósito de ocultarse, "para la fecha del 14 de agosto de 1.991 en dónde vivían, la ciudad y la dirección exacta; quiénes eran las personas que vivían en esa misma casa, quiénes eran los vecinos, y si conocen a los procesados", entre otras circunstancias de interés para la investigación, siendo en estos términos formulado el cuestionario que bajo la gravedad de

juramento absolvieron estos testigos ante la Unidad Investigativa de Orden Público.

Cosa bien distinta es que tales declarantes hubiesen respondido que no sabían nada sobre lo sucedido ni sobre los procesados, lo cual puede tener su explicación en la equivocada información suministrada por el defensor, quien aportó no solo sus nombres sino la dirección en donde se localizaban, calle 56 No. 18 B- 17, a donde efectivamente fueron citados, aclarando en las respectivas diligencias, que la dirección correcta donde residen es la calle 56 No. 17 B- 18 y que desde hacía más de 20 años vivían en el mismo sitio.

6. Además, no es cierto tampoco que hubiese negligencia o desidia de la Unidad Investigativa para ubicar a los residentes de la mencionada casa, ni que por haber aportado él mismo tales datos hubiese asumido una tarea que exclusivamente le corresponde al Estado en la investigación de los hechos, puesto que si bien es sobre éste que en materia penal recae la carga de la prueba, ello no obsta para que la defensa, como ocurrió en este asunto, preste dentro del cumplimiento de sus deberes colaboración en esclarecimiento de la verdad, debiéndose en este aspecto, tener en cuenta que como el propio recurrente lo admite, esas declaraciones se ordenaron desde el propio inicio de la investigación, reiterándose más adelante, sin que en las diligencias practicadas con tal fin se hubiesen podido localizar a sus moradores, pues en el informe pertinente al cumplimiento de esa comisión fechado el 18 de noviembre de 1.992, se lee que "en cuanto al numeral 2.- no se pudo dar cumplimiento, por motivo que en la residencia que el señor Carlos Forero manifestó que había entrado la persona que el estaba persiguiendo, el propietario actual, el señor Luis Alfonso Mesa Prieto, identificado con la C.C. no. 5'588.820 de B/meja, residente en la calle 56 No. 18-01 Barrio Torcoroma, manifestó que él es el propietario de dicha residencia desde hace aproximadamente 2 años y que no conoce a la familia Reyes. También se indagó con diferentes personas residentes en la zona adllacente (sic) con resultados negativos".

Es claro, entonces, que la no práctica de tales testimonios no se debió a negligencia o mala fe de los funcionarios que conocieron de este asunto, como de manera suspicaz lo afirma el demandante, sino que intentado su recaudo no fue posible, debiendo por ende, correr la misma suerte tanto la inspección judicial a la casa y el reconocimiento en fila de personas con los procesados, por sustracción de materia.

7. También, el demandante, vuelve a faltar a la verdad que reporta el proceso al aducir que como Carlos Forero afirmó en la ampliación de sus testimonio que momentos antes de que se atentara contra Oscar, la patrulla que ellos integraban había sido atacada por varios sujetos, las pruebas relacionadas anteriormente se hacían, con mayor énfasis necesarias, habida cuenta que en ninguna de las versiones de este declarante se lee

algo semejante, y por el contrario, lo que aseveró en su segunda deponencia es que "Yo sinceramente no me di cuenta de otros individuos o sospechosos que nos dispararan..." y que, "...después que le dan a Oscar, ya existía un ataque contra la patrulla del Cuerpo Técnico, es lógico que yo al ver un tipo armado que huía del lugar tenía lógicamente que hacer uso de mi arma de dotación para capturar a este individuo, de inmediato no logré dar captura pero después lo observé en el Hospital", es decir, se está refiriendo al único episodio violento que vivieron ese día y no fue otro que aquél en perdió la vida Oscar Franco Vélez.

8. En el mismo sentido, de manera sesgada y sin ninguna argumentación que explique tal afirmación, refiriéndose a las personas citadas por Sepúlveda Ríos en la diligencia de indagatoria, cuestiona el demandante la legalidad de testimonios, que no concreta, incurriendo en una doble imprecisión sustancial frente a la técnica que orienta este recurso, en primer lugar, porque ello, en estricto rigor, es ajeno al motivo de casación aducido en la medida en que si lo que hizo el funcionario comisionado en el informe, que no especifica cuál es, fue resumir lo que manifestaron los deponentes y aún así los hubiera valorado la sentencia, se estaría ante un error in iudicando que conduciría a una violación indirecta de la ley por error de derecho por falso juicio de legalidad en la aducción de tales medios de convicción, y en segundo término, porque si bien se ordenó su práctica en orden a constatar las citas hechas por este procesado, no fue posible recaudar las mismas, lo que significa que estaría dirigiendo equivocadamente el ataque a pruebas materialmente no obrantes en el proceso, pues téngase en cuenta que si se refiere al informe del 18 de noviembre de 1.992, lo que allí hace el investigador es un relación de las actividades desarrolladas en orden a dar cumplimiento en la comisión del auto del 23 de septiembre en donde al respecto se ordenó "Indagar si para la fecha de los hechos se realizaron trabajos en motoniveladora en el barrio Simón Bolívar en donde vive el procesado Fredy de Jesús Sepúlveda, con Dagoberto Ríos, Rosa, Blanca mujer de Tito, Alda, Martha, residentes en el barrio" y consecuente con ello, el comisionado informó que "Se indagó por el señor Dagoberto Ríos Sandoval identificado con C.C. No. 13'890.730 de Barrancabermeja residente en la casa demarcada con el No. 35ª-45 Barrio Simón Bolívar, señora Ana Rosa Uribe identificada con la C.C. No. 21' 924.688 de Puerto Berrío Antioquia, residente en el Barrio Simón Bolívar, señora Alda Gómez Mejía identificada con la C.C. No. 37'927.280 de Barrancabermeja, residente en la casa demarcada con el No. 35 A-45, Barrio Simón Bolívar, señora Martha Lucía Rueda Cabarique identificada con la C.C. No. 37' 945.128 de Barrancabermeja, residente en la casa demarcada con el No. 32-22 Barrio Simón Bolívar Barrancabermeja. Los antes mencionados afirmaron que en el mes de agosto de 1.991, si hubo una motoniveladora en el Barrio Simón Bolívar realizando unos trabajos con motivo de cambio de tubería y pavimentación, pero que no recuerdan exactamente el día y la fecha".

9. Asimismo, tal y como con acierto lo expone el Delegado, inané es también el planteamiento del censor frente a la no recepción del testimonio del doctor Alfonso Martínez Arreola, médico legista de Barracabermeja que practicó la necropsia de Oscar Germán Franco Vélez, para que despejara la duda sobre la existencia de dos protocolos que no coincidían en afirmar que al cadáver se le extrajo una ojiva, puesto que de haberse realizado se habría podido descalificar el dictamen de balística que arrojó resultado positivo al confrontar dicho elemento con el arma hallada en la residencia de Sepúlveda Ríos, porque evita tener en cuenta el hecho de que en la exhumación al cadáver, ordenada a petición de la defensa, se extrajo una segunda ojiva que se encontraba entre la médula espinal y la hipófisis, correspondiendo, de acuerdo a su trayectoria al proyectil cuyo orificio de entrada se ubica en la fosa iliaca derecha, el cual, sometido igualmente a los cotejos técnicos pertinentes también se concluyó que fue disparada por el arma incautada en este proceso, al igual que fue determinante para la decisión de condena, el reconocimiento que en fila de personas hiciera de este procesado el declarante Iyán Vargas, quien no solo lo describió ante la Unidad Investigativa de Barrancabermeja al día siguiente de ocurridos los hechos y posteriormente en la ampliación de su deponencia, sino que fue enfático en afirmar que lo reconocía como la persona que lo sujetó por el brazo mientras el otro sujeto le disparaba a su compañero, pudiéndose percatar de sus rasgos porque lo tuvo de frente.

Sobre este aspecto, cabe también destacar que el hecho de que no se hubiese recibido el testimonio del legista no obedece a un atentado al principio de investigación integral o al desconocimiento de la Fiscalía de las solicitudes de la defensa en la etapa instructiva, puesto que aparte de que luego de pedido dicho testimonio, fue intentada la ubicación del médico habiéndose respondido por el Instituo de Medicina Legal de Barrancabermeja que el doctor Alfonso Martínez Arreola "ya no ejerce el cargo de Médico Legista de Barrancabermeja", oficiosamente, por resolución del 18 de marzo de 1.993 se ordenó intentar ubicarlo en la ciudad de Barrancabermeja, habiéndose posteriormente remitido el oficio No. 4.722 del 10 de mayo del mismo año a la dirección suministrada por la defensa, requiriéndolo para que explicara lo pertinente a los dos protocolos de necropsia sin haber obtenido respuesta alguna, máxime cuando fue el propio abogado quien se encargo de comunicarle a la Fiscalía que tuvo conocimiento de que el galeno se había ido del país, luego ningún elemento de juicio serio permite afirmar que el instructor estaba obligado a lograr lo imposible.

Es que, en últimas, tampoco era necesaria dicha prueba, ni mucho menos de haberse practicado habría tenido la virtualidad de demeritar el estudio balístico, puesto que la inquietud suscitada a raíz de la insistente solicitud del defensor, por aclarar lo relativo a los protocolos de necropsia y la demora en que el perito rindiera su experticio, llevaron al instructor a

que una vez exhumado el cadáver y recuperada la segunda ojiva, ordenara que mediante análisis comparativo se estableciera "si las ojivas cuyo examen ya fue practicado en el dictamen de enero 13 /91, son de igual característica a la que se envía y fuera encontrada al momento de la exhumación", habiéndose dictaminado que efectivamente presentaban "características similares" pero para establecer si el segundo proyectil fue disparado por el revólver incriminado se requería hacer la confrontación con el mismo, lo cual efectivamente se hizo posteriormente, afirmándose, como ya se mencionó, que el hallado en la exhumación también había sido percutido por dicha arma de fuego.

10. En estas condiciones, bien puede colegirse, que en el fondo las aspiraciones del casacionista con esta clase de cuestionamientos es poner en duda que el proyectil mencionado en una de las necropsias corresponde al extraído del cadáver de Oscar Franco Vélez, como igual sucede con el referido revólver decomisado en la diligencia de allanamiento en la residencia de Sepúlveda Ríos, cuando afirma que tales elementos no fueron remitidos oportunamente, tesis que aparte de no estar demostrada en la demanda, aparece desmentida en el proceso, como quiera que el arma fue descrita e identificada desde el momento mismo en que fue encontrada sin que el procesado nunca negara tal hecho y además, por oficio de 21 de noviembre de 1.991 el Comandante del Ejército, Grupo Mecanizado No. 5, la remitió a la Fiscalía cuando se le requirió, porque allí se había dejado para su custodia, perdiendo entonces consistencia cualquier incertidumbre sobre el proceder de la Unidad Investigativa respecto de tales elementos.

11. Finalmente, y en lo que concierne a la suelta afirmación del censor, en el sentido de que no se practicaron pruebas de cargo sino de descargo, basta con confrontar el proceso para advertir que todas sus peticiones para la práctica de pruebas, entre ellas las que echa de menos, fueron oportunamente decididas en su favor, sin que fuera posible, como ya se vio, evacuarlas todas por razones ajenas al ente investigativo, siéndole únicamente negada en la etapa del juicio, con decisión confirmada por el Tribunal, la relativa con el reconocimiento en fila de personas con Carlos y Elena Ortiz, porque aparte de que manifestaron no saber nada sobre los hechos objeto de esta investigación, para ese momento procesal y teniendo en cuenta el tiempo transcurrido, resultaban improcedentes.

12. Y, en lo pertinente a que no se le permitió intervenir en la práctica de pruebas, lo cual deja enunciado más no desarrollado el casacionista, suficiente es con recordar que este proceso se tramitó conforme a lo previsto en el Decreto 2.790 de 1.990 que dispone en el artículo 20, modificado por el Decreto 099 de 1.991, adoptado como legislación permanente por el artículo 4° del Decreto 2.271 de 1.991, que "la controversia del material probatorio se adelantará durante la etapa del juicio. La Policía Judicial practicará las pruebas, o incorporará al expediente las que se

pongan a su disposición y que considere pertinentes, sin expedir acto que así lo ordene, y a su realización sólo podrá asistir el agente del Ministerio Público..." (resalta la Corte), disposición que, a su turno, fue declarada exequible por la Corte Constitucional en sentencia C-093 de 1.993, entendiendo que durante la instrucción la controversia de la prueba bien puede ejercerse por medio de la solicitud de pruebas, la posibilidad de conocer las decisiones que en tal sentido se tomen con la consecuente oportunidad para recurrirlas, etc.

No prospera el cargo.

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 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, Mario Mantilla Nougués, Carlos E. Mejía Escobar, Nilson E. Pinilla Pinilla.

Patricia Salazar Cuellar, Secretaria.

TERMINACION ANTICIPADA DEL PROCESO/ SENTENCIA ANTICIPADA-Interés para recurrir

1. Siendo el interés para recurrir un indiscutible presupuesto para el legítimo ejercicio de la impugnación, en tanto se concibe como condición procesal indispensable en el propósito de controvertir válidamente una decisión judicial en las oportunidades y por las razones previamente señaladas en la ley, bien se trate de los recursos ordinarios o el extraordinario de casación, imperativo es observar en primer término su concurrencia, debiéndose constatar para dicho efecto, de una parte, que sólo puede servir al cometido de reparar un perjuicio o agravio que se le haya ocasionado al inconforme y complementariamente, en algunos casos, que el objeto del reparo no esté excluido como motivo de ataque.

2. Ese estudio debe en primer orden acometer la Corte en el caso sub judice, como quiera que la sentencia impugnada extraordinariamente fue proferida en forma anticipada, esto es, con sujeción a lo dispuesto por los artículos 37 y 37B del Código de Procedimiento Penal, tomando como fundamento y origen la libre y voluntaria determinación del procesado de aceptar los cargos formulados en su contra por la Fiscalía, de donde las posibilidades para discrepar de ella deben sujetarse a aquellos aspectos expresamente indicados en el numeral cuarto del referido artículo 37B, esto es, sólo en relación con la dosificación de la pena, el subrogado de la condena de ejecución condicional y la extinción del dominio sobre bienes.

3. Por ello y dada la naturaleza de esta clase de sentencias, la jurisprudencia de la Sala ha sostenido en teleológica interpretación del instituto, que las limitaciones frente a las posibilidades de ataque de los fallos proferidos anticipadamente, son de la misma manera predicables del recurso extraordinario, sede ante la cual, además de las exigencias de técnica comunes a cualquier demanda casacional, el objeto de la inconformidad está por igual condicionado a aquellos expresos y particulares aspectos, en razón a las consecuencias jurídicas que se derivan para el procesado de la voluntaria e incondicional aceptación de los cargos, en tanto no se produzca

la vulneración de las garantías fundamentales, pues por tal postura obtiene como contrapartida el derecho a una reducción de la pena que le corresponde por el delito objeto de imputación, la que dependiendo de la oportunidad, será de una tercera o una sexta parte.

4. Es por su naturaleza y características, que los temas que son susceptibles de debate corresponden a aspectos que en principio escapan al objeto mismo del acuerdo, pues por constituir decisión equivalente a la resolución acusatoria, cuando se lleva a cabo antes del cierre investigativo, la formulación de cargos debe contener esencialmente los requisitos exigidos por el artículo 442 del Código de Procedimiento Penal para el proferimiento de aquélla, tales como la narración suscinta de los hechos, la indicación y evaluación de las pruebas allegadas a la investigación y la calificación jurídica con el señalamiento del capítulo dentro del título correspondiente del Código Penal; pues cuando ésta se efectúa una vez proferida la resolución calificatoria como consecuencia del trámite ordinario del proceso, la ley ha dispuesto que la aceptación de los cargos dice forzosa relación a aquéllos que fueron imputados en la propia acusación, lo que igualmente comprende además de la adecuación típica del delito, la necesaria valoración de las pruebas que permiten individualizar las circunstancias en que el hecho se cometió y la responsabilidad del procesado.

5. Entonces, los aspectos recurribles son aquellos que por su naturaleza decisoria corresponde definir exclusivamente al Juez, pues la oportunidad para hacerlo no es otra que al momento de dictar sentencia, como sucede, precisamente, con la dosificación punitiva, el subrogado de la condena de ejecución condicional y la extinción del dominio sobre bienes, por lo cual la aceptación de responsabilidad por parte del procesado lo es por los hechos y las circunstancias en que se cometió el delito, bajo la denominación típica que la ley les ha dado, de donde corresponde al Fiscal delimitar los cargos con la mayor precisión en cuanto a las circunstancias agravantes y atenuantes.

Proceso No. 10109

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal

Magistrado Ponente: Dr. *Carlos Augusto Gálvez Argote*

Aprobado Acta No.80

Santa Fe de Bogotá, D.C., dos (2) de junio de mil novecientos noventa y nueve (1.999).

VISTOS

Decide la Sala el recurso extraordinario de casación interpuesto por la defensora del procesado Mario Enrique Chacua Estrada contra la sen-

tencia dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de San Juan de Pasto el 25 de agosto de 1.994, confirmatoria de la proferida por el Juzgado Séptimo Penal del Circuito de la misma ciudad, que lo condenó a la pena principal de 16 años y 8 meses de prisión y la accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas por 10 años, al declararlo responsable del delito de homicidio en la persona de Rolando Iván Castillo Eraso.

HECHOS

Ocurrieron el 30 de abril de 1.994 en el barrio Villaflor II de la ciudad de San Juan de Pasto, cuando a raíz de la celebración del día del trabajo un grupo de empleados se reunieron en la casa y fábrica de calzado de propiedad de Flavio Eraso, para dedicarse después de habérseles ofrecido un almuerzo al consumo de bebidas embriagantes. Al finalizar la tarde surgió un altercado protagonizado por Mario Enrique Chacua Estrada y Rolando Iván Castillo Eraso, en el que medió William Daladier Segovia Daza, golpeando en el rostro al primero, circunstancia ante la cual decidió el anfitrión dar por concluida la reunión. Como a raíz del golpe recibido Chacua Estrada sufriera una hemorragia nasal, penetró al baño del lugar y aprovechó la ocasión para armarse con un cuchillo que se encontraba en una de las mesas de trabajo, saliendo entonces a la calle en donde después de observar que Segovia Daza se liaba a golpes con otro de los invitados le propinó tres puñaladas procediendo a huir del lugar, siendo perseguido por Castillo Eraso a quien enfrentó asestándole una puñalada en el pecho a raíz de la cual dejó de existir cuando era trasladado a un centro de salud.

ACTUACIÓN PROCESAL

El día de los sucesos, la Unidad Móvil del Cuerpo Técnico de Investigación de la Fiscalía, realizó la diligencia de levantamiento del cadáver (fl.6) y el 3 de mayo posterior la Fiscalía Segunda Especializada decretó la formal apertura de la instrucción, ordenándose entre otras diligencias, escuchar en indagatoria al procesado quien se presentó voluntariamente ante las autoridades. Instructiva que efectivamente se cumplió después a allegarse al proceso el protocolo de necropsia de quien respondiera al nombre de Rolando Iván Castillo Eraso (fl.12), el informe de las autoridades policivas y la versión que ante éstas rindiera Flavio Eraso (fl.15), dentro de la cual aportara sendas fotografías del agresor y todos los datos correspondientes a su identificación.

En la injurada, Mario Enrique Chacua Estrada reconoció ser el autor de los hechos a él imputados (fl.19), lo que aunado a prueba referida con antelación determinó mediante resolución del 9 de mayo siguiente que al momento de resolvérsele la situación jurídica, se decretara su detención preventiva por los delitos de homicidio y lesiones personales.

El 17 de mayo de 1.994, en escrito conjunto presentado por el procesado y su defensor ante la fiscalía, se solicitó la celebración de la audiencia de que trata el artículo 3 de la Ley 81 de 1.993, modificatorio del artículo 37 del Código de Procedimiento Penal, con miras a la sentencia anticipada (fl.34).

Habiendo sido escuchados en declaración William Daladier Segovia Daza, Delfina de Eraso, Adrian Ramiro Santacruz, José Javier Benitez Rivera, Alberto Hernán Castillo, Flavio Eraso y Javier Santacruz, y allegado a la investigación el reconocimiento médico legal de Segovia Daza en el que se determina una incapacidad definitiva y sin secuelas de 20 días (fl.43), el 8 de junio siguiente se llevó a efecto la audiencia de formulación de cargos (fl.61), dentro de la cual previa lectura de la resolución mediante la cual se resolvió la situación jurídica al procesado, la Fiscalía precisó la imputación por los delitos de lesiones personales y homicidio por hechos cuya comisión habría sido observada por «varias personas», como que lo fue al final de un festejo en conmemoración del día del trabajo, conforme lo refieren dentro de la actuación varios testimonios, además de que el acusado confesara su responsabilidad al momento de rendir indagatoria, atribución delictiva en relación con la cual Chacua Estrada manifestó no tener ningún reparo, como igual se expresó su defensor, quien solamente dejó «a buen criterio del señor Juez del conocimiento en su oportunidad, el considerar si está probada alguna causal de atenuación de los hechos bajo examen».

Remitidas las diligencias ante los juzgados del circuito, correspondió al Séptimo de esta especialidad el proferimiento de la sentencia de primer grado en los términos que se dejaron señalados en precedencia, aclarándose en relación con la rebaja punitiva por confesión que ella sólo resulta procedente «fuera de los casos de flagrancia», por lo que en esta eventualidad al haberse percibido por varias personas los acontecimientos no sería viable la atenuante, menos aún cuando existe una directa imputación sobre su responsabilidad en los hechoas por parte del testigo Flavio Eraso. Por último, declaró la nulidad parcial de lo actuado en relación con las lesiones personales, en razón de no tener competencia para su juzgamiento por constituir contravención especial, ordenando la pertinente compulsación de copias, determinaciones todas que ameritaron el aval del Tribunal Superior al desatar el recurso de apelación interpuesto, precisando que si bien en entricto sentido no se estaba frente a un caso de flagrancia, ningún reparo merece la negativa a la rebaja de pena por confesión pero sobre la base de que, evidentemente, en este caso no sería el fundamento del fallo.

La Demanda

Con sustento en la causal primera del artículo 220 del Código de Procedimiento Penal, que reproduce en su integridad, la defensora de Chacua

Estrada formula tres cargos contra la sentencia, los dos primeros que en realidad corresponden a una sola propuesta de ataque están directamente relacionados con la no concesión de la rebaja punitiva por confesión al procesado, razón por la cual la síntesis de ellos se hará dentro de un mismo acápite.

PRIMER Y SEGUNDO CARGOS

Con el enunciado «Violación de la Ley, en cuanto a prueba en confesión», manifiesta inicialmente la recurrente su inconformidad con el fallo del Tribunal por estimar que es desconocedor del artículo 38 de la Ley 81 de 1.993, en razón de no haberse concedido a su poderdante la rebaja punitiva por confesión, sobre la base de que no era el fundamento de la sentencia, a pesar de que en este texto legal dicho requisito no se exige.

Manifiesta no ser pertinente el fundamento que en la decisión de esta Sala fechada el 8 de octubre de 1.992 toma el Tribunal para negar la rebaja de pena, en razón a que el mismo es anterior a la entrada en vigencia de la referida Ley 81.

Del contenido del artículo 297 del Código de Procedimiento Penal resulta claro, en criterio de la demandante, que no es requisito para admitir la confesión y su atemperante punitiva, que ella haya sido el único medio de prueba existente, razón por la cual CHACUA ESTRADA sería merecedor de dicha atenuante, máxime cuando desde la primera versión aceptó su responsabilidad en el hecho y como lo reconoció el Tribunal, el mismo no fue cometido en flagrancia.

Agrega, a la manera de un segundo reparo, que el Tribunal habría incurrido en «Violación de la Ley, en cuanto al principio de favorabilidad», específicamente de los artículos 6 del Código Penal y 10 del Código de Procedimiento Penal, insistiendo en la crítica a los argumentos del Tribunal aducidos para negar la rebaja por confesión, sobre la consideración de que el requisito según el cual debe ser el fundamento de la sentencia no era exigible en el presente caso.

Reitera que la jurisprudencia de esta Sala a que hiciera alusión el Tribunal, es anterior a la entrada en vigencia la Ley 81 de 1.993 reformatoria del artículo 299 del Estatuto Procesal Penal, es decir, cuando efectivamente era uno de los requisitos para que operara la rebaja por confesión, razón que expresa es suficiente para que la misma no pueda servir de fundamento a dicha negativa.

Tercer cargo

Bajo el título «Violación de la Ley. En cuanto a la calificación de la Intención», reproduce el artículo 325 del Código Penal, acudiendo a citas doctrinarias y jurispudenciales del profesor de la Universidad de Bolonia

Silvio Ranieri y de esta Corte de los años 1.948 y 1.952, sobre el delito preterintencional, para sostener enseguida que «en ningún momento el implicado premeditó la agresión y menos se puede afirmar que tuvo la intención de acabar con la vida de su amigo Rolando Iván Castillo», de donde colige que a su defendido asistiría también «la rebaja de la pena» de acuerdo con el precepto en cita, debiéndose considerar para resolver esta petición las circunstancias de atenuación punitiva que concurren en favor de aquél.

En síntesis, sostiene la libelista, «Existe violación directa de las Leyes que confirman la causal invocada», razón por la cual solicita las rebajas de la pena impuesta a su representado, acorde con los cargos imputados a la sentencia.

CONCEPTO DEL PROCURADOR DELEGADO

Por contraerse al mismo «punto de inconformidad», el Procurador Primero Delegado en lo Penal, responde de manera conjunta los cargos primero y segundo.

Afirma respecto de ellos su improsperidad, pues sostiene que la jurisprudencia a que hace referencia la casacionista, no es cierto que exclusivamente tuviera actualidad antes de la modificación introducida al Código de Procedimiento Penal por la Ley 81 de 1.993. Reseña para demostrar esta afirmación el pronunciamiento de esta Sala fechado el 17 de agosto de 1.994, en el cual se reiterara el criterio sobre la negativa a la rebaja de la pena sino sirve de fundamento a la condena.

En lo relacionado con el tercer cargo, para el Procurador Delegado, resulta por completo desacertado, «como quiera que la oportunidad procesal para alegar y controvertir la adecuación típica de la conducta precluyó en la audiencia de formulación de cargos», pues una vez aceptados por el procesado, no es posible con posterioridad a la celebración de la audiencia controvertir las imputaciones que se le hicieran, por lo que al juez lo único que le competía era dictar sentencia, conforme a los hechos y circunstancias reconocidos.

En estas condiciones, solicita a la Corte, no casar la sentencia impugnada.

CONSIDERACIONES

1. Siendo el interés para recurrir un indiscutible presupuesto para el legítimo ejercicio de la impugnación, en tanto se concibe como condición procesal indispensable en el propósito de controvertir válidamente una decisión judicial en las oportunidades y por las razones previamente señaladas en la ley, bien se trate de los recursos ordinarios o el extraordinario de casación, imperativo es observar en primer término su concurren-

cia, debiéndose constatar para dicho efecto, de una parte, que sólo puede servir al cometido de reparar un perjuicio o agravio que se le haya ocasionado al inconforme y complementariamente, en algunos casos, que el objeto del reparo no esté excluido como motivo de ataque.

2. Ese estudio debe en primer orden acometer la Corte en el caso sub judice, como quiera que la sentencia impugnada extraordinariamente fue proferida en forma anticipada, esto es, con sujeción a lo dispuesto por los artículos 37 y 37B del Código de Procedimiento Penal, tomando como fundamento y origen la libre y voluntaria determinación del procesado de aceptar los cargos formulados en su contra por la Fiscalía, de donde las posibilidades para discrepar de ella deben sujetarse a aquellos aspectos expresamente indicados en el numeral cuarto del referido artículo 37B, esto es, sólo en relación con la dosificación de la pena, el subrogado de la condena de ejecución condicional y la extinción del dominio sobre bienes.

3. Por ello y dada la naturaleza de esta clase de sentencias, la jurisprudencia de la Sala ha sostenido en teleológica interpretación del instituto, que las limitaciones frente a las posibilidades de ataque de los fallos proferidos anticipadamente, son de la misma manera predicables del recurso extraordinario, sede ante la cual, además de las exigencias de técnica comunes a cualquier demanda casacional, el objeto de la inconformidad está por igual condicionado a aquéllos expresos y particulares aspectos, en razón a las consecuencias jurídicas que se derivan para el procesado de la voluntaria e incondicional aceptación de los cargos, en tanto no se produzca la vulneración de las garantías fundamentales, pues por tal postura obtiene como contrapartida el derecho a una reducción de la pena que le corresponde por el delito objeto de imputación, la que dependiendo de la oportunidad, será de una tercera o una sexta parte.

4. Es por su naturaleza y características, que los temas que son susceptibles de debate corresponden a aspectos que en principio escapan al objeto mismo del acuerdo, pues por constituir decisión equivalente a la resolución acusatoria, cuando se lleva a cabo antes del cierre investigativo, la formulación de cargos debe contener esencialmente los requisitos exigidos por el artículo 442 del Código de Procedimiento Penal para el proferimiento de aquélla, tales como la narración suscinta de los hechos, la indicación y evaluación de las pruebas allegadas a la investigación y la calificación jurídica con el señalamiento del capítulo dentro del título correspondiente del Código Penal; pues cuando ésta se efectúa una vez proferida la resolución calificatoria como consecuencia del trámite ordinario del proceso, la ley ha dispuesto que la aceptación de los cargos dice forzosa relación a aquéllos que fueron imputados en la propia acusación, lo que igualmente comprende además de la adecuación típica del delito, la necesaria valoración de las pruebas que permiten individualizar las circunstancias en que el hecho se cometió y la responsabilidad del procesado.

5. Entonces, los aspectos recurribles son aquellos que por su naturaleza decisoria corresponde definir exclusivamente al Juez, pues la oportunidad para hacerlo no es otra que al momento de dictar sentencia, como sucede, precisamente, con la dosificación punitiva, el subrogado de la condena de ejecución condicional y la extinción del dominio sobre bienes, por lo cual la aceptación de responsabilidad por parte del procesado lo es por los hechos y las circunstancias en que se cometió el delito, bajo la denominación típica que la ley les ha dado, de donde corresponde al Fiscal delimitar los cargos con la mayor precisión en cuanto a las circunstancias agravantes y aminorantes.

6. *En este caso, el ataque que en las* dos primeras censuras *propone la casacionista, lo es con el propósito de que se conceda la rebaja punitiva por confesión al procesado, siendo ello así y teniendo en cuenta que esta aceptación de responsabilidad tiene directa incidencia en la dosimetría de la pena, pero no modera ni modifica el contenido típico de la conducta ni la antijuridicidad y tampoco la culpabilidad, e igualmente que si bien en su doble comprensión desde el punto de vista de sus efectos jurídico procesales constituye un medio de prueba y tendría eventual incidencia sobre la tasación de la pena, no corresponde dentro de la función acusadora de la Fiscalía incluir dicha circunstancia como elemento de la acusación.*

7. En consecuencia, debe reconocerse en este proceso que le asiste legítimo interés a la demandante en el reproche, en la medida en que la discusión no apunta en manera alguna al desconocimiento de la apreciación probatoria ni a provocar a través del ataque al fallo la irretractabilidad del procedimiento, en el sentido que una vez adelantado el trámite del artículo 37 del Código de Procedimiento Penal y proferida la sentencia anticipada como culminación del mismo, no es admisible que sea «revocado, suspendido, modificado o suprimido, sin que lo consienta una expresa disposición de ley», en la exacta comprensión que de este principio hiciera Manzini, según la referencia que sobre el particular hace Bartolini Ferro en su conocida obra sobre Los Actos Jurídico Procesales.

8. Sentadas estas básicas premisas, debe inicialmente resaltarse que no cumple la censura con aquellos requisitos de claridad y precisión exigidos para sustentar una demanda extraordinaria de casación, en la medida en que la recurrente no concreta la causal en que se apoya, pues si bien es cierto que previamente reprodujo en su totalidad el numeral primero del artículo 220 del Estatuto Procesal Penal, como queriéndolos enmarcar dentro de este supuesto de ataque, tal enunciado es genérico y ofrece una múltiple y equívoca alternativa de posibilidades respecto de la concreta vía escogida.

9. Pese a lo anterior y como quiera que no existe el menor reparo sobre la entidad típica del hecho imputado, ni respecto de las pruebas determi-

nantes de la responsabilidad del procesado y que al final del libelo aduce la demandante enmarcar el ataque por la «violación directa», bajo este entendido procede entonces dar respuesta al tema puntual que es objeto de inconformidad, esto es, en primer término, el hecho de no haberse concedido a Chacua Estrada la rebaja punitiva por confesión aduciendo que la misma no fue el fundamento de la sentencia, cuando este es un elemento que no contempla la ley y una exigencia por lo mismo extraña a su propio contenido.

10. Sobre el particular, necesario es recordar que la Sala ha destacado a partir de una detenida conceptualización político criminal del instituto de la confesión cuando esta sirve para obtener una rebaja de la pena, que si bien es verdad que el original artículo 299 del Decreto 2700 de 1.991 no incluyó como requisito que dicha aceptación de responsabilidad deba ser el fundamento de la sentencia, ella sólo puede ser viable en la medida en que constituya un elemento autoincriminador determinante en la re construcción procesal de los hechos y en el compromiso penal del proce sado, toda vez que ella no puede utilizarse en aparente colaboración con la justicia para obtener el mismo propósito de reducción de la sanción penal, en actitud procesal claramente elusiva de básicas funciones de la pena, cuando sea distinto el fundamento de la condena para el juzgador, pues no tendría razón de ser dicha disminución si se acepta la responsabilidad por un hecho punible cuando por otros medios se logra demostrar el mismo.

11. Ahora, en relación con el aducido desconocimiento del principio de favorabilidad que incluye sin fórmula de juicio como un segundo argumento en pos de la misma pretensión, el mismo carece de todo fundamento pues parte de por lo menos dos premisas equivocadas; así, sostener que en el texto del original artículo 299 del Código Procedimiento Penal si se contemplaba la exigencia de ser la confesión sustento del fallo y que esto habría conducido a la Corte a sentar la jurisprudencia de fecha 8 de octubre de 1.992, es desconocer que, como ya se precisó, dicho requisito no fue incluído en el Decreto 2700 de 1.991, pero tampoco, por el mismo motivo, la figura se liberó de esta limitación con la entrada a regir de la Ley 81 de 1.993 pues la única variación que ella introdujo en esta materia al Estatuto Procesal en su artículo 38, tuvo que ver con la disminución de la rebaja punitiva de una tercera a una sexta parte.

12. De esta manera, ni existió tránsito normativo que posibilite hablar de favorabilidad, en razón a que los hechos sucedieron el 30 de abril de 1.994, ni la posición de la Sala sobre este tema ha variado, por imperativo en la literalidad de la ley en vigencia del Decreto 0050 de 1.987 y por vía jurisprudencial a partir de la entrada a regir del Código de Procedimiento Penal actual, incluídas sus modificaciones, así y entonces que la confesión sea el fundamento de la sentencia es un requerimiento implícito de

forzosa concurrencia cuando se pretende que de ella se deriven beneficios punitivos. Así, en constante e idéntico sentido se ha pronunciado la Corte, valga recordar, entre otros, en los fallos del 20 de septiembre de 1993, M.P. Dr. Guillermo Duque Ruíz; 3 de noviembre de 1993, M.P. Dr. Jorge Enrique Valencia Martínez; 31 de agosto de 1994, M.P. Dr. Jorge Carreño Luengas; 1 de diciembre de 1994, M.P. Dr. Ricardo Calvete Rangel y 20 de septiembre de 1995, M.P. Dr. Nilson Pinilla Pinilla.

Por último, no está demás recordar que en el caso concreto no habría lugar a la rebaja de la pena impuesta a Mario Enrique Chacua Estrada, toda vez que múltiple prueba testimonial lo señala como el autor de la muerte de Rolando Iván Castillo Eraso.

No prospera, por tanto, esta censura.

13. Finalmente, respecto al *tercer* reproche, es ostensible la carencia de interés jurídico por parte de la libelista, en la medida en que lo pretendido es cuestionar probatoriamente el grado de culpabilidad derivado de la imputación delictiva deducida en la diligencia de formulación de cargos, para que de homicidio voluntario pase a preterintencional, siendo este por completo impertinente cuando, como en este caso, la misma recae sobre un fallo proferido anticipadamente.

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

RESUELVE:

NO CASAR el fallo impugnado.

Cúmplase y devuélvase al Tribunal de origen.

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

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

TERMINACION ANTICIPADA DEL PROCESO/ SENTENCIA ANTICIPADA/ RECURSOS/ CONCUSION/ CIRCUNSTANCIAS GENERICAS DE AGRAVACION PUNITIVA/ COLABORACION EFICAZ/ LIBERTAD Y SENTENCIA CONDENATORIA- Subrogado de la condena de ejecución condicional (Art.198 C. de P.P.)/ **DETENCION DOMICILIARIA**

De acuerdo con el artículo 37B del Código de Procedimiento Penal, modificado por el artículo 12 de la ley 365 de 1997, en el trámite de sentencia anticipada el interés para recurrir, si el impugnante es el procesado o su defensor, se circunscribe a los temas de la dosificación punitiva, el subrogado de la condena de ejecución condicional y la extinción del dominio sobre bienes. Se trata de preservar lo que tiene de convencional esta forma especial de terminación del proceso, pues, limitada la impugnación a dichas materias, se evitan las retractaciones caprichosas, sin perjuicio obviamente del ejercicio real de las garantías fundamentales.

A partir de esta premisa, se analizará, en primer lugar, el proceso de cuantificación de la pena realizado por el Tribunal. En efecto, el juzgador partió acertadamente de la consideración del texto del artículo 67 del Código Penal, en la medida que la acusación contempló expresamente la circunstancia de atenuación por la buena conducta anterior del procesado, pero también incluyó el factor agravante basado en la posición distinguida que el infractor ocupaba en la sociedad por su ilustración, poder, cargo, oficio o ministerio (arts. 64-1 y 66-11 idem).

Así pues, conforme con la mencionada regla de tasación punitiva, no era posible imponer el mínimo de la sanción, porque no concurrían exclusivamente circunstancias de atenuación, sino que también se había deducido un relevante factor de agravación. Es indiscutible que los jueces de la República ostentan un cargo y poder que, si se usan torcidamente, pueden facilitar enormemente determinadas tareas delictivas que se propongan y, en razón de ello, procedería la agravante prevista en el numeral 11 del artículo 66 del Código Penal.

La mencionada circunstancia de agravación, en tanto exija juicios de valor para su establecimiento y cabal reproche, debe evidenciarse fáctica y jurídicamente en el texto de la resolución acusatoria o en la equivalente acta de cargos, ya que no se trata de un mero factor objetivo de medición judicial de la pena o de algo que fenomenológicamente se pueda constatar sin discusiones razonables, pues de otra manera no podría considerarse dicho elemento como ingrediente de dosificación de la pena en la sentencia (Cfr. sent. Casación 22 de julio de 1998, M. P. *Carlos Mejía Escobar*). Correlativamente, si tal exteriorización se hizo cumplidamente en el acta de formulación de cargos, y se cuenta además con la aceptación expresa del procesado, no puede pretextarse ahora, como motivo de impugnación del fallo, un presunto desajuste en la ponderación de la pena para desconocer olímpicamente su existencia, pues ello daría entrada a una retractación tardía e improcedente de lo aceptado en la respectiva diligencia de terminación anticipada del proceso.

Ahora bien, es cierto que el artículo 140 del Código Penal exige la condición de servidor público como componente típico del delito de concusión, además que los jueces tienen tal calidad, pero, si se quiere justificar la doble imposición con efectos punitivos, una es la causa para deducir la tipicidad básica como presupuesto de la pena y otra diferente la que se requiere para situar la agravante de la misma. En efecto, el proceso de adecuación típica del delito de concusión exige el abuso de la condición básica de servidor público o de la función, pero, dentro de la gama de servidores oficiales, existen algunos que se destacan en la sociedad por el cargo mismo, el poder, el oficio o el ministerio que ejercen, posiciones que entonces tienen un mayor grado de exigibilidad, en el sentido de proteger y abstenerse de violar la vida, honra, bienes, creencias y demás derechos y libertades de las personas, porque obviamente tal situación privilegiada del actor cuenta para facilitar la comisión del delito, aunque para su realización baste la sola condición oficial.

Es claro que el juez ejerce un papel nuclear y sustentador en el Estado de Derecho, por cuanto a él se confía finalmente la solución imparcial de los conflictos sociales, razón por la cual si él aprovecha su investidura o función para delinquir obviamente irroga un mayor daño social porque, amén de agredir bienes jurídicos, rompe la independencia y la jurisdiccionalidad que son dos preciados valores institucionalmente dispuestos para enfrentar el choque social. Por ello, la Corte ha entendido que no existe violación del principio de ne bis in idem cuando en relación con los jueces, como especial clasificación de los servidores públicos, por la misión prolugónica que el Estado les encomienda, se pone a funcionar doblemente la calidad,

primero como presupuesto de la pena y después como justificación de un incremento de la misma.

Ha dicho la Sala:

«Es verdad que para ser sujeto activo del delito de enriquecimiento ilícito se necesita ser empleado oficial, pero este requisito se satisface cuando el agente se encuentra dentro de una cualquiera de las hipótesis previstas en el artículo 63 del Código Penal, y es obvio que todas ellas, si bien dan al sujeto la calidad de empleado oficial, no son equivalentes y bien puede hacerse distinciones entre ellas por factores de jerarquía, representación social, respeto y admiración que merecen de los asociados y grados de responsabilidad que frente a ese mismo conglomerado social se exigen.

«Lo anterior están indicando que en presencia de esa inmensa gama de empleados oficiales, todos posibles sujetos activos de los delitos de responsabilidad, es perfectamente factible deducir la circunstancia de agravación punitiva en comento (ord. 11, del art. 66) en relación con algunos de ellos por su preeminencia respecto de los demás. Y entre estos empleados oficiales se encuentran, indudablemente, los jueces, quienes por su propia función están obligados, como los que más, a obedecer la ley, aquella misma ley por cuyo incumplimiento sancionan a otros. Es obvio que el delito cometido por un juez, así sea de aquellos ilícitos de los que sólo pueden ser sujeto activo los empleados oficiales, produce un gravísimo impacto negativo en la sociedad, lo cual justifica ampliamente un incremento punitivo por lo que él representa ante la sociedad» (Sentencia de noviembre 21 de 1990. M. P. *Guillermo Duque Ruiz*).

Conforme con el artículo 61 del Código Penal y a tono con la idea regulativa del derecho penal de acto, recibida en el ordenamiento jurídico colombiano (Const. Pol., art. 29), el mínimo de cuarenta y ocho (48) meses de prisión previsto en el artículo 140 Estatuto de las penas sí podía incrementarse en dos (2) meses por la circunstancia de agravación señalada, para obtener así un parcial punitivo de cincuenta (50) meses de prisión, que sería la sanción correspondiente al delito más grave, habida cuenta que se presenta un concurso homogéneo de hechos punibles de concusión cometidos antes y después de la modificación plasmada en el artículo 21 de la Ley 190 de 1995, pues para los primeros se prevé como principal la pena de prisión de dos (2) a seis (6) años, mientras que para los segundos se dispone prisión de cuatro (4) a ocho (8) años. Así entonces, de acuerdo con la regla práctica del artículo 26 del Código Penal -que pretende ahora ignorar el apelante-, aquella sanción

básica podía incrementarse hasta en otro tanto, proporción que sensatamente fijó el *a quo* en 24 meses de prisión, habida consideración de que eran dos los concurrentes comportamientos delictivos de la misma índole, y sin olvidar que la pena independiente para cada uno de ellos oscilaría entre 2 y 6 años de prisión, por haberse cometido ambos antes de la vigencia del artículo 21 citado.

Por último, como legalmente es fija la detracción de la tercera parte de la pena, por el sometimiento a sentencia anticipada, el cómputo exacto sobre 74 meses sería de 24 meses y 20 días, lo cual significa que la pena privativa de la libertad sería de 49 meses y 10 días de prisión, sentido en el cual se modificará el fallo (art. 37 C. P. P.).

Se aclarará también, como aspecto legal que en nada desmejora la situación del apelante único, que la interdicción de derechos y funciones públicas, al igual que la multa, también se previeron como penas principales en el artículo 140 del Código Penal, al lado de la prisión.

Desde luego que tal cantidad de punición, por desbordar el límite objetivo previsto en el artículo 68 del Código, no da lugar a otras consideraciones para entender que estuvo bien negado el sustituto de la condena de ejecución condicional.

El segundo punto de inconformidad se refiere a la detención domiciliaria durante la ejecución de la condena, figura excepcional prevista en el artículo 369A del Código de Procedimiento Penal, modificado por el artículo 44 de la Ley 81 de 1993. Si el procesado aspiraba a dicho beneficio, simultáneamente con la petición de sentencia anticipada debió poner de presente la colaboración eficaz que supuestamente lo hacía acreedor al mismo, con el fin de que el fiscal tramitara unificadamente ambas pretensiones conforme con lo dispuesto en el artículo 37 del Estatuto Procesal Penal (artículo 369C, inciso final).

Los beneficios por colaboración eficaz no pueden acordarse solamente con el juez, de espaldas al papel y la responsabilidad que debe compartir la Fiscalía en dicho trámite, máxime si cuando se intentó la sentencia anticipada el proceso aún se hallaba en la fase instructiva. De otra parte, las actitudes y criterios que dan lugar a una colaboración eficaz no sólo deben ajustarse a las descripciones de los respectivos literales del artículo 369A, sino que una primera calificación del hecho como tal correspondería al fiscal, antes de cualquier intervención del juez.

Así entonces, la petición de beneficios por colaboración eficaz es extemporánea y, en cuanto a la pretensión en sí, la Corte advierte

legal la decisión del Tribunal de revocar la detención domiciliaria que se había dispuesto como medida de aseguramiento privilegiada, antes de que se dictara la sentencia de primer grado, pues, proferida ésta, la situación de libertad del procesado se rige por los efectos de la concesión o negación del subrogado de la condena de ejecución condicional, porque se entiende que con su ejecutoria comienza el período de ejecución de la pena o de su suspensión.

Ahora bien, el cumplimiento de las providencias sobre la libertad y detención, por sí solas o como consecuencia de la negación del subrogado, tienen un desarrollo diferente, según que la persona se encuentre privada de la libertad o goce de excarcelación regularmente decretada, pues, en uno u otro caso, se aplicarán los incisos primero y segundo del artículo 198 del Código de Procedimiento Penal, respectivamente.

Así, en este caso el Tribunal negó el subrogado, pero el procesado se hallaba privado de libertad (aunque en detención domiciliaria), razón por la cual las consecuencias deben regularse por el inciso 1° del artículo 198 y no por el apartado 2°. De modo que la revocatoria de la detención domiciliaria, con el fin de convertirla en privación de la libertad en un centro carcelario, es una medida de cumplimiento inmediato, porque el citado precepto se refiere escuetamente a la detención, que en el sistema procesal penal colombiano y sin que surjan dificultades de aplicación por su distinta naturaleza, comprende tanto la detención preventiva como la domiciliaria (C. P. P., arts. 396 y 397).

Cosa distinta ocurre si en el curso de la actuación el procesado disfruta de excarcelación ordenada por el fiscal con base en los requisitos de la condena condicional, pero el juez, con juicio contrario, niega el subrogado al momento de la sentencia, caso en el cual ahí sí la captura sólo podrá ordenarse una vez ejecutoriada la sentencia, como lo indica la primera parte del inciso 2° del artículo 198. Mas si lo que se había decretado antes era la detención sin excarcelación con fundamento en las exigencias de dicho sustituto, pero después se produjo la libertad por cualquiera otra causa, la negación del subrogado en la sentencia genera efecto inmediato.

De otro lado, si tal es la regulación ordinaria de la detención domiciliaria, resulta inapropiado invocar analogía *in bonam partem* para prolongarla durante la ejecución de la sentencia, pues, se repite, ésta es una figura excepcional que debe sujetarse a los requerimientos, competencias y trámites de los beneficios por colaboración eficaz, y, además, como se deja visto, la figura común de la detención domiciliaria no ostenta vacíos en su reglamentación sino

que, por su naturaleza jurídica preventiva, sencillamente termina con el proferimiento del fallo de primer grado, según se ha reiterado por la Sala desde la providencia del 9 de noviembre de 1993 (M. P. *Gustavo Gómez Velásquez*).

Proceso No. 14123

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal

Magistrado Ponente: Dr. *Jorge Aníbal Gómez Gallego*

Aprobado Acta N° 80

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

VISTOS

Decide la Corte el recurso de apelación interpuesto por la defensa, en relación con la sentencia fechada el 4 de diciembre de 1997, adoptada por la vía especial prevista en el artículo 37 del Código de Procedimiento Penal, por cuyo medio la Sala Penal del Tribunal Superior de Tunja condenó al doctor Julio Roberto Mejía Estupiñán, ex-Juez Promiscuo de Familia de Chiquinquirá (Boyacá), como autor de un concurso de hechos punibles de concusión.

Dado que los delitos fueron cometidos por razón de las funciones del juez condenado, de conformidad con los artículos 68-4 y 70-2 del Código de Procedimiento Penal, la Sala es competente para desatar la impugnación.

HECHOS Y ACTUACIÓN PROCESAL

El doctor Julio Roberto Mejía Estupiñán se desempeñaba como Juez Promiscuo de Familia (antes juez de menores) del municipio de Chiquinquirá, en el departamento de Boyacá, desde el 1° de septiembre de 1983 y lo hizo hasta el 28 de julio de 1997, fecha en la cual fue suspendido del cargo por razón de esta investigación penal que entonces ya estaba en curso. Pues bien, en el ejercicio del cargo el funcionario judicial dictó el decreto 075 del 7 de junio de 1994, por medio del cual defirió el ejercicio de citador del despacho a Wilder Hernando Pinilla Pérez, con motivo de las vacaciones del titular; después, según el texto del decreto 03 del 5 de agosto de 1994, le confirió al mismo ciudadano el encargo de asistente social del juzgado, por el término de 25 días; posteriormente, de acuerdo con el decreto 010 del 2 de octubre de 1995, nombró como citador provisional al señor Wolfang Rudiger Rojas Blanco, nombramiento que fue declarado insubsistente en el decreto 011 del 1° de noviembre de 1995, a la vez que designó interinamente en el mismo cargo a la señora Flor María Toro Salgado.

Ocurrió que el mencionado juez solicitó a los tres empleados interinos la entrega de una parte del sueldo percibido, dinero que unas veces recibió él y en otras oportunidades lo hizo por medio de su amiga Nancy Esmeralda Ortegón Ramírez. Así, el señor *Pinilla Pérez* hizo dos entregas correspondientes a igual número de desempeños provisionales, una por valor $80.000.oo y la otra por $100.000.oo; al servidor *Rojas Blanco* le pidieron la suma de $140.000.oo, él se negó a entregarlos y prefirió retirarse del cargo, motivo por el cual se declaró la insubsistencia; y en cuanto a la dama *Toro Salgado*, desde su posesión, ocurrida el 1° de noviembre de 1995, ella comenzó a entregar la cantidad mensual de $ 120.000.oo hasta el mes de marzo de 1997, fecha en la cual, por obra de ese irregular requerimiento de dinero, se produjo un enfrentamiento de la empleada con la intermediaria *Ortegón Ramírez*, hecho que inicialmente dio lugar a poner en conocimiento la anomalía ante la Procuraduría Provincial del lugar.

Por estos episodios fue recibido en indagatoria el doctor *Mejía Estupiñán*, quien en dicha diligencia negó las imputaciones, a pesar de lo cual, con base en la prueba existente, se dictó en su contra medida de aseguramiento de detención preventiva, sin derecho a excarcelación, como autor del delito de concusión previsto en el artículo 140 del Código Penal, modificado por el artículo 21 de la Ley 190 de 1995. En la misma resolución, el instructor sustituyó la medida procedente por detención domiciliaria (fs. 101-113 y 139-176).

Antes de que se cerrara la investigación, el procesado pidió el trámite especial de sentencia anticipada y, de acuerdo con el acta extendida el 5 de noviembre de 1997, se le formularon cargos por un concurso homogéneo y sucesivo de hechos punibles de concusión, de acuerdo con las previsiones del artículo 140 del Código Penal, consistentes en que, acreditada su condición de juez de la República, abusó del cargo para solicitar a tres empleados subalternos del despacho, en varias oportunidades, dineros que hacían parte del sueldo de ellos. En la misma diligencia, el fiscal aclara que dos de los comportamientos fueron realizados antes de la modificación de pena introducida por el artículo 21 de la Ley 190 de 1995 y resaltó, además, la buena conducta anterior del procesado; como circunstancia de atenuación punitiva prevista en el artículo 64 del Código Penal, pero a la vez se refirió a la agravación dispuesta en el numeral 11 del artículo 86 del mismo ordenamiento, por la posición privilegiada del sujeto activo.

En el mismo acto, el procesado aceptó los cargos expuestos por el fiscal, solicitó la condena de ejecución condicional y la consecuente excarcelación. También hizo uso de la palabra el defensor, quien reforzó la petición del subrogado e hizo otras solicitudes relacionadas con la detención domiciliaria durante la ejecución de la pena, la reducción proporcional de la pena de multa, la abstención de condenar en perjuicios, la dis-

minución del monto de la caución prendaria y el levantamiento del embargo preventivo. Interviene igualmente la representante del Ministerio Público para dejar constancia del cumplido respeto a los derechos y garantías fundamentales y dijo, además, que el procesado había aceptado la responsabilidad penal de manera libre y voluntaria; agregó que, si bien la ejecución de la pena en el domicilio sólo estaba prevista para los casos de colaboración eficaz, bien podría aplicarse dicho beneficio al procesado por analogía *in bonam partem*, ya que con su conducta procesal él aligeró considerablemente los trámites en este proceso (fs. 299 y 303).

El Tribunal Superior de Tunja dictó sentencia anticipada el 4 de diciembre de 1997, por medio de la cual declaró que, conforme con los cargos formulados en la respectiva diligencia y las pruebas examinadas, el doctor *Julio Roberto Mejía Estupiñán* era autor de un concurso de delitos de *concusión*, porque varias veces y en épocas diferentes solicitó a distintos empleados de su despacho la entrega de dinero correspondiente a sus sueldos, comportamiento que se adecúa a la descripción del artículo 140 del Código Penal. Asevera que las conductas son antijurídicas porque ofenden la pulcritud, rectitud y honestidad de la administración pública y de la justicia, en la medida que afectan su capacidad para solucionar, como *ultima ratio*, los conflictos que atentan contra la armonía de la sociedad. Sostiene que el acusado actuó con culpabilidad dolosa porque, por su condición de abogado y juez, tenía conocimiento de que realizaba voluntariamente un comportamiento prohibido y que no estaba amparado por causal alguna excluyente de su responsabilidad. Agrega que el grado de culpabilidad se eleva porque a los jueces, como administradores de justicia, les incumbe una conducta intachable y encomiable.

Con fundamento en la agravante genérica deducida en el acta de cargos, el concurso de hechos punibles y hecha la detracción por sentencia anticipada, el juzgador de primer grado impuso la pena principal de 50 meses de prisión, interdicción de derechos y funciones públicas por igual tiempo y multa en cuantía de 17 salarios mínimos legales mensuales vigentes. En la misma decisión, el Tribunal negó el subrogado de la condena de ejecución condicional; revocó la detención domiciliaria y ordenó la ejecución de la pena privativa de la libertad en el lugar que indicara el INPEC; dispuso el desembargo de la parte correspondiente del inmueble situado en la carrera 15 N° 20-26 del municipio de Duitama, de propiedad del procesado; y proveyó positivamente sobre la devolución de la caución prendaria prestada para efectos de la detención domiciliaria (fs. 330).

ARGUMENTOS DE LA IMPUGNACIÓN

El apelante presenta tres motivos de agravio que se pueden resumir en el siguiente orden:

1. Pide que se imponga a su asistido una pena privativa de la libertad de 36 meses de prisión, en lugar de los 50 meses deducidos en el fallo

impugnado. Fundamenta que si el fallador hubiera tenido en cuenta la personalidad del procesado, un hombre de vida enteramente honesta y honrada, y su buena conducta anterior, como elementos con verdadera influencia práctica en la medida de la sanción, sin duda ésta no hubiera sido tan drástica. Agrega, además, que la pena no puede agravarse por la posición distinguida del procesado en la sociedad, dado que tal elemento es uno de los componentes de la tipicidad del delito de concusión y, si se volviere a computar, no hay duda que se viola el principio del *non bis in idem*.

Propone, en consecuencia, que en la tasación de la pena se parta del mínimo previsto en el artículo 21 de la ley 190 de 1995, esto es, 48 meses de prisión y, hecha la detracción por sentencia anticipada (16 meses), la sanción quedaría en 32 meses de prisión. En una suerte de propuesta alternativa, el apelante sugiere que se empiece la operación en 50 meses (2 meses más por la agravante genérica), se incremente hasta 54 meses por el concurso de delitos y, merced a la reducción de pena, el monto final sería de 36 meses de prisión, cifra que entonces permite el goce del subrogado.

Sostiene igualmente que los hechos no revisten la gravedad que les imputa el fallo de primera instancia, porque el procesado fue un ilustre juez de la República durante más de 25 años de servicios, sin que se sepa que en ocasión alguna haya exigido dinero o dádivas por sus actuaciones judiciales; que los episodios examinados caen bajo la órbita de las relaciones laborales en el despacho del funcionario, pero en manera alguna se asemejan a la repudiable subasta de providencias judiciales que sí mancilla la majestad de la justicia; y que si alguno de los hechos ocurrió en vigencia del texto original del artículo 140 del Código Penal, todo ello debería redundar en una modificación favorable de la pena.

2. Si se accede a modificar el monto de la pena, como consecuencia de esa actitud debe concederse el subrogado de la condena de ejecución condicional, pues, según lo expuso antes, también se cumpliría el requisito de la personalidad, naturaleza y modalidades del hecho punible, que ordena el artículo 68 del Código Penal. Agrega que el encierro del procesado, así sea en su propio domicilio, ha producido efectos negativos en su salud, razón por la cual hay que ponerle fin mediante la concesión del sustituto, máxime que su esposa y un hijo padecen algún grado de invalidez, como lo acredita con las respectivas certificaciones médicas.

3. En subsidio, el apelante solicita que se revoque el numeral 2° de la parte resolutiva de la sentencia y, en lugar, que se disponga el beneficio de la detención domiciliaria durante la ejecución de la pena, de conformidad con el artículo 44 de la ley 81 de 1993, pues el procesado ha colaborado eficazmente con la justicia al someterse a la sentencia anticipada.

En memorial aparte, el impugnante adiciona los motivos iniciales de impugnación: primero, para pedir el levantamiento de la medida de congelación de los bienes del sentenciado; en segundo lugar, que se revoque la prohibición de salir del país; y, como tercer punto, que se conceda un plazo de gracia de 3 años para pagar el valor de la multa impuesta.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

De acuerdo con el artículo 37B del Código de Procedimiento Penal, modificado por el artículo 12 de la ley 365 de 1997, en el trámite de sentencia anticipada el interés para recurrir, si el impugnante es el procesado o su defensor, se circunscribe a los temas de la dosificación punitiva, el subrogado de la condena de ejecución condicional y la extinción del dominio sobre bienes. Se trata de preservar lo que tiene de convencional esta forma especial de terminación del proceso, pues, limitada la impugnación a dichas materias, se evitan las retractaciones caprichosas, sin perjuicio obviamente del ejercicio real de las garantías fundamentales.

A partir de esta premisa, se analizará, en primer lugar, el proceso de cuantificación de la pena realizado por el Tribunal. En efecto, el juzgador partió acertadamente de la consideración del texto del artículo 67 del Código Penal, en la medida que la acusación contempló expresamente la circunstancia de atenuación por la buena conducta anterior del procesado, pero también incluyó el factor agravante basado en la posición distinguida que el infractor ocupaba en la sociedad por su ilustración, poder, cargo, oficio o ministerio (arts. 64-1 y 66-11 *idem*).

Así pues, conforme con la mencionada regla de tasación punitiva, no era posible imponer el mínimo de la sanción, porque no concurrían exclusivamente circunstancias de atenuación, sino que también se había deducido un relevante factor de agravación. Es indiscutible que los jueces de la República ostentan un cargo y poder que, si se usan torcidamente, pueden facilitar enormemente determinadas tareas delictivas que se propongan y, en razón de ello, procedería la agravante prevista en el numeral 11 del artículo 66 del Código Penal.

La mencionada circunstancia de agravación, en tanto exija juicios de valor para su establecimiento y cabal reproche, debe evidenciarse fáctica y jurídicamente en el texto de la resolución acusatoria o en la equivalente acta de cargos, ya que no se trata de un mero factor objetivo de medición judicial de la pena o de algo que fenomenológicamente se pueda constatar sin discusiones razonables, pues de otra manera no podría considerarse dicho elemento como ingrediente de dosificación de la pena en la sentencia (Cfr. sent. Casación 22 de julio de 1998, M. P. *Carlos Mejía Escobar*). Correlativamente, si tal exteriorización se hizo cumplidamente en el acta de formulación de cargos, y se cuenta además con la aceptación expresa del procesado, no puede pretextarse ahora, como motivo de impugnación

del fallo, un presunto desajuste en la ponderación de la pena para desconocer olímpicamente su existencia, pues ello daría entrada a una retractación tardía e improcedente de lo aceptado en la respectiva diligencia de terminación anticipada del proceso.

Ahora bien, es cierto que el artículo 140 del Código Penal exige la condición de servidor público como componente típico del delito de concusión, además que los jueces tienen tal calidad, pero, si se quiere justificar la doble imposición con efectos punitivos, una es la causa para deducir la tipicidad básica como presupuesto de la pena y otra diferente la que se requiere para situar la agravante de la misma. En efecto, el proceso de adecuación típica del delito de concusión exige el abuso de la condición básica de servidor público o de la función, pero, dentro de la gama de servidores oficiales, existen algunos que se destacan en la sociedad por el cargo mismo, el poder, el oficio o el ministerio que ejercen, posiciones que entonces tienen un mayor grado de exigibilidad, en el sentido de proteger y abstenerse de violar la vida, honra, bienes, creencias y demás derechos y libertades de las personas, porque obviamente tal situación privilegiada del actor cuenta para facilitar la comisión del delito, aunque para su realización baste la sola condición oficial.

Es claro que el juez ejerce un papel nuclear y sustentador en el Estado de Derecho, por cuanto a él se confía finalmente la solución imparcial de los conflictos sociales, razón por la cual si él aprovecha su investidura o función para delinquir obviamente irroga un mayor daño social porque, amén de agredir bienes jurídicos, rompe la independencia y la jurisdiccionalidad que son dos preciados valores institucionalmente dispuestos para enfrentar el choque social. Por ello, la Corte ha entendido que no existe violación del principio de *ne bis in idem* cuando en relación con los jueces, como especial clasificación de los servidores públicos, por la misión protagónica que el Estado les encomienda, se pone a funcionar doblemente la calidad, primero como presupuesto de la pena y después como justificación de un incremento de la misma.

Ha dicho la Sala:

"Es verdad que para ser sujeto activo del delito de enriquecimiento ilícito se necesita ser empleado oficial, pero este requisito se satisface cuando el agente se encuentra dentro de una cualquiera de las hipótesis previstas en el artículo 63 del Código Penal, y es obvio que todas ellas, si bien dan al sujeto la calidad de empleado oficial, no son equivalentes y bien puede hacerse distinciones entre ellas por factores de jerarquía, representación social, respeto y admiración que merecen de los asociados y grados de responsabilidad que frente a ese mismo conglomerado social se exigen.

"Lo anterior están indicando que en presencia de esa inmensa gama de empleados oficiales, todos posibles sujetos activos de los delitos de

responsabilidad, es perfectamente factible deducir la circunstancia de agravación punitiva en comento (ord. 1 t, del art. 66) en relación con algunos de ellos por su preeminencia respecto de los demás. Y entre estos empleados oficiales se encuentran, indudablemente, los jueces, quienes por su propia función están obligados, como los que más, a obedecer la ley, aquella misma ley por cuyo incumplimiento sancionan a otros. Es obvio que el delito cometido por un juez, así sea de aquellos ilícitos de los que sólo pueden ser sujeto activo los empleados oficiales, produce un gravísimo impacto negativo en la sociedad, lo cual justifica ampliamente un incremento punitivo por lo que él representa ante la sociedad" (Sentencia de noviembre 21 de 1990. M. P. *Guillermo Duque Ruiz*).

Conforme con el artículo 61 del Código Penal y a tono con la idea regulativa del derecho penal de acto, recibida en el ordenamiento jurídico colombiano (Const. Pol., art. 29), el mínimo de cuarenta y ocho (48) meses de prisión previsto en el artículo 140 Estatuto de las penas sí podía incrementarse en dos (2) meses por la circunstancia de agravación señalada, para obtener así un parcial punitivo de cincuenta (50) meses de prisión, que sería la sanción correspondiente al delito más grave, habida cuenta que se presenta un concurso homogéneo de hechos punibles de concusión cometidos antes y después de la modificación plasmada en el artículo 21 de la Ley 190 de 1995, pues para los primeros se prevé como principal la pena de prisión de dos (2) a seis (6) años, mientras que para los segundos se dispone prisión de cuatro (4) a ocho (8) años. Así entonces, de acuerdo con la regla práctica del artículo 26 del Código Penal -que pretende ahora ignorar el apelante-, aquella sanción básica podía incrementarse hasta en otro tanto, proporción que sensatamente fijó el *a quo* en 24 meses de prisión, habida consideración de que eran dos los concurrentes comportamientos delictivos de la misma índole, y sin olvidar que la pena independiente para cada uno de ellos oscilaría entre 2 y 6 años de prisión, por haberse cometido ambos antes de la vigencia del artículo 21 citado.

Por último, como legalmente es fija la detracción de la tercera parte de la pena, por el sometimiento a sentencia anticipada, el cómputo exacto sobre 74 meses sería de 24 meses y 20 días, lo cual significa que la pena privativa de la libertad sería de 49 meses y 10 días de prisión, sentido en el cual se modificará el fallo (art. 37 C. P. P.).

Se aclarará también, como aspecto legal que en nada desmejora la situación del apelante único, que la interdicción de derechos y funciones públicas, al igual que la multa, también se previeron como penas principales en el artículo 140 del Código Penal, al lado de la prisión.

Desde luego que tal cantidad de punición, por desbordar el límite objetivo previsto en el artículo 68 del Código, no da lugar a otras considera-

ciones para entender que estuvo bien negado el sustituto de la condena de ejecución condicional.

El segundo punto de inconformidad se refiere a la detención domiciliaria durante la ejecución de la condena, figura excepcional prevista en el artículo 369A del Código de Procedimiento Penal, modificado por el artículo 44 de la Ley 81 de 1993. Si el procesado aspiraba a dicho beneficio, simultáneamente con la petición de sentencia anticipada debió poner de presente la colaboración eficaz que supuestamente lo hacía acreedor al mismo, con el fin de que el fiscal tramitara unificadamente ambas pretensiones conforme con lo dispuesto en el artículo 37 del Estatuto Procesal Penal (artículo 369C, inciso final).

Los beneficios por colaboración eficaz no pueden acordarse solamente con el juez, de espaldas al papel y la responsabilidad que debe compartir la Fiscalía en dicho trámite, máxime si cuando se intentó la sentencia anticipada el proceso aún se hallaba en la fase instructiva. De otra parte, las actitudes y criterios que dan lugar a una colaboración eficaz no sólo deben ajustarse a las descripciones de los respectivos literales del artículo 369A, sino que una primera calificación del hecho como tal correspondería al fiscal, antes de cualquier intervención del juez.

Así entonces, la petición de beneficios por colaboración eficaz es extemporánea y, en cuanto a la pretensión en sí, la Corte advierte legal la decisión del Tribunal de revocar la detención domiciliaria que se había dispuesto como medida de aseguramiento privilegiada, antes de que se dictara la sentencia de primer grado, pues, proferida ésta, la situación de libertad del procesado se rige por los efectos de la concesión o negación del subrogado de la condena de ejecución condicional, porque se entiende que con su ejecutoria comienza el período de ejecución de la pena o de su suspensión.

Ahora bien, el cumplimiento de las providencias sobre la libertad y detención, por sí solas o como consecuencia de la negación del subrogado, tienen un desarrollo diferente, según que la persona se encuentre privada de la libertad o goce de excarcelación regularmente decretada, pues, en uno u otro caso, se aplicarán los incisos primero y segundo del artículo 198 del Código de Procedimiento Penal, respectivamente.

Así, en este caso el Tribunal negó el subrogado, pero el procesado se hallaba privado de libertad (aunque en detención domiciliaria), razón por la cual las consecuencias deben regularse por el inciso 1° del artículo 198 y no por el apartado 2°. De modo que la revocatoria de la detención domiciliaria, con el fin de convertirla en privación de la libertad en un centro carcelario, es una medida de cumplimiento inmediato, porque el citado precepto se refiere escuetamente a la detención, que en el sistema procesal penal colombiano y sin que surjan dificultades de aplicación por

su distinta naturaleza, comprende tanto la detención preventiva como la domiciliaria (C. P. P., arts. 396 y 397).

Cosa distinta ocurre si en el curso de la actuación el procesado disfruta de excarcelación ordenada por el fiscal con base en los requisitos de la condena condicional, pero el juez, con juicio contrario, niega el subrogado al momento de la sentencia, caso en el cual ahí sí la captura sólo podrá ordenarse una vez ejecutoriada la sentencia, como lo indica la primera parte del inciso 2° del artículo 198. Mas sí lo que se había decretado antes era la detención sin excarcelación con fundamento en las exigencias de dicho sustituto, pero después se produjo la libertad por cualquiera otra causa, la negación del subrogado en la sentencia genera efecto inmediato.

De otro lado, si tal es la regulación ordinaria de la detención domiciliaria, resulta inapropiado invocar analogía *in bonam partem* para prolongarla durante la ejecución de la sentencia, pues, se repite, ésta es una figura excepcional que debe sujetarse a los requerimientos, competencias y trámites de los beneficios por colaboración eficaz, y, además, como se deja visto, la figura común de la detención domiciliaria no ostenta vacíos en su reglamentación sino que, por su naturaleza jurídica preventiva, sencillamente termina con el proferimiento del fallo de primer grado, según se ha reiterado por la Sala desde la providencia del 9 de noviembre de 1993 (M. P. *Gustavo Gómez Velásquez*).

Y en cuanto a los demás motivos de agravio:

La prohibición de salir del país es una medida aneja a la detención (art. 395 C. P. P.), que se adoptó al momento de resolver la situación jurídica del procesado, orientada entonces a garantizar el cumplimiento de una eventual pena, razón por la cual sería un contrasentido revocar ahora, cuando se emite la condena, lo que constituye una cautela adicional a la privación de la libertad para asegurar la ejecución de la sentencia dentro del territorio nacional.

Por contrario modo, asiste razón al impugnante cuando solicita la cancelación del registro de congelación del comercio de los bienes del procesado, pues, si en su momento fue legal la decisión de excluir la responsabilidad civil del procesado, gracias al trámite de sentencia anticipada, no tendría sentido mantener una medida cautelar que ya nada garantiza (art. 59 C. P. P.). Se oficiará al Registrador de Instrumentos Públicos.

Por último, atendida la actual situación económica del procesado, quien no deriva ningún estipendio, la gravedad de los hechos y las obligaciones a su cargo, se le concederá un plazo de dos (2) años para cubrir el valor de la multa impuesta, de conformidad con los artículos 46 y 47 del Código Penal.

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

RESUELVE:

1. Confirmar el ordinal primero de la sentencia impugnada, en el sentido de que son procedentes las penas impuestas, con la aclaración de que tanto la prisión como la multa y la inhabilitación funcional tienen el carácter de principales, y con la modificación de que la primera se fija en cuarenta y nueve (49) meses y diez (10) días.

2. Confirmar los ordinales segundo y quinto de la parte resolutiva del fallo apelado, por medio de los cuales se revocó la detención domiciliaria y se negó el subrogado de la condena de ejecución condicional.

3. Adicionar la sentencia en el sentido de que, a partir de su ejecutoria, el procesado cuenta con un plazo de dos (2) años para pagar el valor de la multa impuesta.

4. Adicionar el fallo para dejar sin vigencia la orden de congelación de bienes del procesado, que se había impartido por la Fiscalía en la resolución del 25 de julio de 1997, efecto para el cual se oficiará al Registrador de Instrumentos Públicos competente.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

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

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

NULIDAD-Causales

En vigencia de la Constitución Política de 1.886 y del Decreto- Ley 409 de 1.971, en cuyo artículo 210 se hacía una enunciación casuística y por lo mismo limitada de las causales de nulidad en materia procesal penal, la doctrina jurisprudencial de la Corte respondiendo a la necesidad jurídica de «mantener purificado el sistema procedimental», creó una categoría especial de los motivos que podrían dar lugar a la invalidación de un proceso con fundamento en el artículo 26 de la Constitución Nacional bajo la denominación de nulidades supralegales.

Por ello y con el fin de regular bajo una mayor comprensión el instituto de las nulidades, el Decreto 0050 de 1.987 consagró en el artículo 305, en tres grandes espectros, aquellas hipótesis atentatorias contra las formas propias del juicio o contra las garantías que se deben a los distintos sujetos intervinientes en el proceso penal, al igual que se consagró en el artículo 304 del Decreto 2.700 de 1.991, cuando ya estaba en vigencia la nueva Carta Política expedida en el mismo año y bajo cuyo expreso mandato se profirió dicho Estatuto que corresponde al actual Código de Procedimiento Penal, de donde la referencia a la especial y cualificada clase de nulidades como constitucionales, carece hoy por hoy de justificación en cuanto pretenda significarse con tal calificativo el mismo fenómeno de invalidez ya recogido en la Ley Procesal, lo cual por supuesto no implica desconocer, pues por el contrario se impone afirmarlo, la fuente y límite que constituye la Carta Política del Estado respecto del ordenamiento legal y por ende, frente al caso concreto, respecto de las nulidades, hasta el punto de que en relación con ellas la técnica casacional no se opone a la exigencia formal en su invocación para entender como debidamente formulado un cargo por violación a uno de estos derechos fundamentales amparado en el desconocimiento de la norma Superior, bien omitiendo la precisión del precepto legal o confundiendo una con otra normatividad, pues siendo que los derechos y garantías que sustentan y tutelan el proceso penal están predeterminados por «la norma de normas», de donde la exigencia formal debe necesariamente decaer ante la invo-

cación del mandato fundamental, pues es su contenido material el que realmente señala el sentido del derecho protegido y garantizado, debiendo partir de allí el horizonte de proyección hermenéutico de la disposición que lo formaliza, conforme queda corroborado legislativamente al imponérsele a la Corte de Casación el imperativo de anular oficiosamente el fallo, cuando establezca el desconocimiento procesal de algún derecho o garantía fundamental, conforme se dispone en el artículo 228 del Código de Procedimiento Penal.

Bajo este supuesto conceptual, entonces, es claro que las indistintas referencias que hace el casacionista respecto al artículo 29 de la Carta Política y al 304 de la Ley Procesal, como disposiciones violadas por el fallador de segundo grado al proferir la sentencia recurrida, hasta el punto de colegir que su pedimento no se sustenta en el desconocimiento de la ley sino de la Constitución, la cual se habría infringido, siendo tal fenómeno el que demanda en casación, no impiden a la Corte estudiar de fondo la censura. Pero, desde luego, un tal planteamiento no puede confundirse con la prístina omisión de la formulación de la censura especificando el derecho o la garantía violada, si se aspira a obtener una respuesta de la Corte en punto de lo demandado, pues esencialmente diversa resulta respecto de las nulidades la no exigencia estricta de la formalidad en comento con la no formulación del cargo en el que sea evidente el reproche constitucional que se hace, pues siendo, como es sabido, rogativo este recurso extraordinario necesariamente la función declarativa de la Corte no puede promoverse sin la claridad debida en la formulación del ataque. Y tampoco, puede entenderse que con una tal amplitud y so pretexto de recuperar el contenido material de las normas constitucionales se proponga indiferentemente cualquier clase de argumentación, bien para que bajo un mal entendido de la oficiosidad proceda la Corporación de encontrar una presunta nulidad o para que lejos de las funciones regladas que la Constitución y la Ley le otorga, las desborde aparentando una supuesta vulneración de los derechos fundamentales, ya que, de una parte, la oficiosidad no puede ser el resultado de una previa petición en ese sentido, pues de ser así se estaría precisamente actuando contra ella, en la medida en que la decisión procesalmente oficiosa tiene su origen exclusivo en el ejercicio del poder-deber del ius puniendi por parte del Estado y no en la resolución de una mal formulada pretensión; y de otra, la respuesta casacional, al igual que sucede respecto de toda la actividad jurisdiccional, está restringida en los Estados de Derecho por los límites previamente establecidos por la Constitución y la Ley respecto de su competencia que fija el ámbito de lo que debe conocer, y en cuanto a las decisiones de la relación procesal, a la aplicación de las normas reguladoras de ese objeto por decidir,

toda vez que el principio de «unidad jurídica» en ninguna forma implica la unificación ó mejor, la confusión, en una incoherente amalgama de todos los fenómenos fácticos y jurídicos que se puedan presentar para que desconociendo la autonomía de las jurisdicciones y la división de competencias, las decida un mismo ente judicial, habida cuenta, de que una tal inusitada aspiración estaría permitiendo precisamente lo contrario a lo que parece aspira el demandante, esto es, que resquebrajaría el Estado de Derecho en lugar de preservarlo.

En el fondo, la pretensión del impugnante, que dicho sea en verdad, corresponde sustancialmente a la misma argumentación que se presentara en una de las demandas de quienes accionaron ante la Corte Constitucional para impetrar la inexequibilidad de los artículos 3º, 4º, 5° y 6° del Decreto 2.271 de 1.991, precisamente por medio del cual se adoptaron como legislación permanente los Decretos legislativos 1.199 de 1.987, 474 de 1.988, 2.790 de 1.990, 099, 390 y 1.676 de 1.991 (la del expediente D-061, en la cual también se cuestionaba la falta de publicidad de esta clase de procesos, la problemática de la contradicción probatoria y puntualmente, la práctica de las pruebas por la Policía Judicial con la sola asistencia del agente del Ministerio Público), que acumulada a otras acciones fueron decididas negativamente al ser declaradas constitucionales todas estas disposiciones en el fallo C-033/93, se concreta en la petición que le hace a la Corte, por intermedio de esta Sala, para que deje de aplicar los Decretos 2.790 de 1.990, 099 y 2.271 de 1.991, bajo el genérico fundamento de que al contrariar los referidos Tratados se violan los artículos 93 y 29 Superiores, desconoce la propia Carta Política, además de la Ley de Procedimiento Penal, dado que si bien el control de constitucionalidad que reconoce la Ley Fundamental continúa siendo difuso, como sucedía en imperio de la Constitución anterior, ninguna duda existe respecto a que originariamente lo ejerce la Corte Constitucional, bien por vía automática o mediante el ejercicio de la acción pública de constitucionalidad, y que excepcionalmente, esto es, cuando su exequibilidad no ha sido declarada por dicha Corte o por el Consejo de Estado, en los casos de su competencia, debe hacerlo el funcionario a quien le corresponda aplicar la Ley, como sería el caso del Juez, recurriendo a la «excepción de inconstitucionalidad», cuando observe que una específica norma positiva de categoría inferior a la constitucional la contradice abiertamente, caso en el cual debe abstenerse de aplicarla para que impere la norma Superior, pero nunca por la vía de hecho a que se refiere el casacionista, es decir, que sin ninguna otra consideración, se deje de aplicar bajo el argumento de contrariedad con el ordenamiento internacional.

En este caso, los decretos 2.790 de 1.990, 099 y 2.271 de 1.991, que entiende el demandante son desconocedores del derecho de defensa y del debido proceso, como igualmente sucedió con toda la normatividad reguladora de la Legislación de Orden Público, hasta llegar a las disposiciones ahora criticadas por inconstitucionales, esto es, los Decretos Nos. 1.631 de 1.987, 180, 181, 182, 333 y 474 de 1.988, como los Nos. 1.895 y 185 de 1.989, y el No. 2.187 de 1.990, que se constituyen en el antecedente inmediato del Estatuto para la Defensa de la Justicia, recogido en el Decreto 2.790 del 20 de noviembre de 1.990, fueron sometidas a revisión automática de constitucionalidad por la Sala Plena de la Corte Suprema, específicamente este último en sentencia 48 del 11 de abril de 1.991, como también lo fue el Decreto 390 que modificó al anterior y al 099, a través de la sentencia 66 del 16 de mayo de 1.991; pudiéndose constatar de la misma manera que prácticamente en su integral contenido, a través del fallo fechado el 27 de febrero de 1.993 (C-093) la Corte Constitucional sometió a estudio la exequibilidad del Decreto 2.271 de 1.991, mediante el cual, como se sabe, al no ser improbado por la Comisión Especial el gobierno nacional convirtió en legislación permanente aquella normatividad de excepción, recogiendo casi en su totalidad el contenido de los referidos Decretos 099 y 390 de ese mismo año, como también siendo claro que dicha Corporación valoró la constitucionalidad de distintas de las normas de ese cuerpo normativo que fueran demandadas, a través de las sentencias C-427, C-541 y C-683 del 12 de septiembre, 16 de octubre y 5 de diciembre de 1.996, respectivamente.

Declaradas exequibles, entonces, estas disposiciones por la Corte Constitucional, y por descartada la posibilidad de recurrir a la excepción de inconstitucionalidad por el efecto erga omnes de dicha declaratoria, como igualmente lo reconoce el demandante, la pretendida «inobservancia directa de la ley» que propone, se torna inusitada si se tiene en cuenta que como la misma Corte Constitucional lo ha reiterado, el control de exequibilidad se cumple en aplicación del denominado «bloque de constitucionalidad», de conformidad con el cual la confrontación de la ley con la Carta Política implica también la revisión de los Tratados Internacionales de que trata el artículo 93 del Ordenamiento Superior, integrándose como una unidad jerarquizada a igual nivel, que por lo mismo, excluye, de acuerdo con esta sistemática, admitir la existencia de normas supraconstitucionales.

Así, y ante la exequibilidad del inciso segundo del artículo 20 del Decreto 2.790 de 1.990 y el 13 del Decreto 390 de 1.991, una vez incorporados como legislación permanente, en los cuales se dispone la exclusiva intervención del Ministerio Público en las pruebas a que

se refiere el censor y a la no consagración de la audiencia pública en esta clase de procesos, C-093/93 y C-427/96, fallos en los cuales se dejó claro cómo, si bien en el artículo 228 de la Constitución Política se dispone que «La administración de justicia es función pública» y «Sus decisiones son independientes», también se señala que «Las actuaciones serán públicas y permanentes con las excepciones que establezca la ley», de donde el hecho de no disponerse la celebración de audiencia pública en los procesos adelantados por la justicia regional no puede tenerse como desconocedor de ningún canon superior y menos aún la Convención Americana de Derechos Humanos, en cuyo Capítulo II dedicado a los «Derechos Civiles y Políticos», artículo 8 sobre «Garantías Judiciales», numeral 5, se dispone que, « El proceso penal debe ser público, salvo en lo que sea necesario para preservar los intereses de la justicia», argumento que ha servido para explicar justificativamente el carácter especial de estas normas, más aún, cuando como también lo ha afirmado la Corte Constitucional, en aquellos eventos en que se presentase una real contrariedad entre los preceptos de los tratados y la normatividad interna, la aplicación de esta última que podría eventualmente generar efectos para el Estado en el ámbito internacional, no puede entenderse como enervante para los jueces en la sujeción al derecho nacional, pues, como lo han reconocido «la doctrina y la jurisprudencia internacionales», «la supremacía de los tratados sobre los ordenamientos internos de los Estados no implica la invalidación automática de las normas internas contrarias a los compromisos internacionales, por cuanto, para los ordenamientos nacionales y para los jueces nacionales, esas disposiciones internas pueden seguir teniendo plena validez y eficacia, por lo cual son aplicables. Lo que sucede es que si los jueces aplican esas normas contrarias a un tratado, entonces eventualmente pueden comprometer la responsabilidad internacional del Estado en cuestión» (C-400, de 10 de agosto de 1.998).

Proceso No. 10143

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal

Magistrado Ponente: Dr. *Carlos Augusto Gálvez Argote*

Aprobado acta No. 80-VI-2-99

Santa Fe de Bogotá, D.C., tres (3) de junio de mil novecientos noventa y nueve (1.999).

VISTOS

Mediante sentencia del 22 de noviembre de 1.993, un Juzgado Regional de esta capital condenó a Martha Cecilia Guerrero Lobera y a Luis

Ignacio Moreno Márquez a la pena principal de 8 años de prisión y multa de 20 salarios mínimos legales mensuales para cada uno, como infractores del artículo 33 de la Ley 30 de 1.986.

Por vía de apelación y de consulta conoció del fallo de primera instancia el Tribunal Nacional, anulando parcialmente la actuación a partir del auto fechado el 5 de noviembre de 1.995 mediante el cual le fue negada a Moreno Márquez la terminación anticipada del proceso, confirmando en lo demás la sentencia impugnada.

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

HECHOS Y ACTUACIÓN PROCESAL

Aquellos tuvieron ocurrencia en esta ciudad, el 11 de febrero de 1.991, siendo aproximadamente las dos de la tarde, cuando personal vinculado a la Coordinación Nacional de Policía Aeroportuaria, Estación El Dorado, retuvieron a Martha Cecilia Guerrero Lobera y a Luis Ignacio Moreno Márquez en la entrada No. 4 de ese terminal aéreo, en momentos en que se disponían a pasar uno de los puestos de ingreso con miras a abordar el vuelo No. 213 de la empresa intercontinental con destino a la ciudad de San Juan de Pasto, en razón a que al momento de ser sometidos a la requisa de rigor se halló oculto en las paredes de las maletas que cada uno portaba, 12 paquetes de una sustancia posteriormente identificada como cocaína con un peso neto de 5.174 gramos.

Informados estos hechos por el oficial de servicio y el jefe de grupo de delitos de narcotráfico asignados al Aeropuerto El Dorado y el acta de incautación, identificación preliminar y pesaje de la sustancia encontrada en poder de los implicados, el Juzgado 76 de Instrucción de Orden Público mediante auto fechado el 18 de febrero de 1.991, dispuso la apertura de la presente investigación penal, escuchándose en indagatoria a Moreno Márquez y a Guerrero Lobera, quien para el efecto fue asistida por un apoderado de su confianza, resolviéndose la situación jurídica de los imputados el 28 de febrero, imponiéndoles medida de aseguramiento de detención preventiva como infractores del artículo 33 de la Ley 30 de 1.986.

Escuchados los testimonios de los policiales José Manuel Barreto, Jairo Ladino, Carlos Julio Montaña, Orlando Sandoval, Jesús Antonio Niño y Héctor Morales, practicada por el Fiscal 20 de Orden Público la diligencia de pesaje e identificación de la sustancia incautada y recibido el peritaje practicado sobre la misma por el Laboratorio de Estupefacientes del Instituto de Medicina Legal, con resultado positivo para cocaína, el nuevo defensor de Guerrero Lobera solicitó su libertad provisional, que fue denegada por auto del 29 de abril de ese mismo año, siendo confirmada la

decisión por el Tribunal Superior de Orden Público de la época al desatar la apelación interpuesta contra dicho proveído.

Ampliadas las indagatorias de los procesados por petición del apoderado de la procesada, el 9 de octubre de 1.991 nuevamente le fue negada la libertad impetrada sobre la base de su absoluta inocencia, declarándose cerrada la investigación con fundamento en el artículo primero del Decreto 0099 de 1.991, modificatorio del artículo 39 del Decreto 2.790 de 1.990, adoptado como legislación permanente por el Decreto 2.271 de 1.991, en decisión de 13 de noviembre posterior.

El 10 de febrero de 1.992 el Juzgado 76 de Instrucción de Orden Público calificó el mérito de las pruebas profiriendo resolución acusatoria en contra de los procesados por el delito tipificado en el artículo 33 de la Ley 30 de 1.986. A su turno, el 8 de junio, el Tribunal Superior de Orden Público declaró la nulidad de lo actuado a partir del auto de cierre investigativo por vulneración al derecho de defensa.

Subsanada la actuación procesal y previamente ser resueltas nuevas solicitudes de libertad elevadas por el defensor de la incriminada, el 19 de enero de 1.993 una Fiscalía Regional de esta ciudad profirió resolución acusatoria en contra los implicados, como presuntos infractores del citado artículo 33 de la Ley 30 de 1.986, la cual fue integralmente confirmada por la Fiscalía Delegada ante el Tribunal Nacional el 4 de junio de dicho año.

El 29 de julio de 1.993 un Juzgado Regional abrió el juicio a pruebas, sin que se hubiese hecho solicitud de alguna por los distintos sujetos procesales ni se dispusiera su oficiosa práctica. El 16 de septiembre se dictó el auto de citación para sentencia, disponiéndose el traslado común de ocho días para la presentación de las respectivas alegaciones, oportunidad en la cual el defensor de la procesada impetró la nulidad de lo actuado, por cuanto las normas aplicadas en este proceso, el Decreto 2.790 de 1.990 y sus reformas, eran desconocedoras del derecho de defensa y el debido proceso garantizado por el artículo 29 de la Constitución Política y claros preceptos supraconstitucionales. A su turno, en esa misma fecha, el procesado Moreno Márquez solicitó terminación anticipada del proceso, que hubo de declararse extemporánea por auto del 5 de noviembre posterior, profiriéndose las sentencias de primera y segunda instancias en los términos indicados en precedencia.

La Demanda

Con fundamento en la causal tercera del artículo 220 del Código de Procedimiento Penal, censura el demandante el fallo impugnado por haberse proferido en un proceso viciado de nulidad por desconocimiento del debido proceso y el derecho de defensa, de conformidad con los numera-

les 2° y 3° del artículo 304 ibídem y el 29 de la Constitución Política, que afirma debe integrarse con el 93 del mismo Estatuto Superior.

Propuesto así el cargo y en orden a demostrarlo, inicia el recurrente por reconocer que su inconformidad no está dirigida a cuestionar la actividad de los juzgadores respecto a alguna errada aplicación de la Ley Procesal aplicable al caso ni por irregularidades cometidas en el desarrollo de las diligencias practicadas, pues por el contrario, reconoce el presente proceso como "ceñido a ley", sino al hecho de haberse aplicado no obstante su contrariedad con los Tratados Públicos en cuanto a la regulación de las garantías procesales, pues al no permitir los Decretos 2.790 de 1.990 y 099 de 1.991, adoptados como legislación permanente por el Decreto 2.271 de este último año, "que los defensores de los implicados puedan intervenir en la práctica de las pruebas, sea que se practiquen por el Juez de Instrucción de Orden Público o por la Policía Judicial comisionada, como ocurrió en este proceso" y "ordenar dar trámite a la etapa del juicio en forma privada y no pública", se desconocieron los artículos 14 del Pacto de Nueva York y 8 de la Convención Americana de Derechos Humanos, aprobados mediante las Leyes 74 y 16 de 1.968 y 1.972, respectivamente, violándose así el debido proceso y el derecho de defensa que esta normatividad internacional reconoce, y por ende, desconociendo el artículo 93 de la Carta Política, de conformidad con el cual, los Tratados Públicos sobre derechos humanos priman sobre la legislación patria.

Así y en orden a demostrar que la ley interna restringe los derechos que reconoce la normatividad internacional en punto del derecho de defensa y del debido proceso, resalta el hecho de que a partir del instante mismo en que se inició la práctica de pruebas en este trámite, en razón de lo dispuesto por los Decretos 2.790 de 1.990 y 099 de 1.991, normas éstas aplicables al caso, no se permitió la intervención de los defensores, imposibilitando el ejercicio de la defensa técnica en favor de la procesada, con indiscutible vulneración de las normas constitucionales y supralegales que regulan la materia.

Enfrentadas, entonces, las normas internas con las internacionales, no le quedaba otra alternativa al "juzgador de orden público y posteriormente regional", que la de dejar de aplicar los Decretos en referencia, no acudiendo a la "excepción de inconstitucionalidad", ya que igualmente reconoce el censor la declaratoria de exequibilidad que la Corte Constitucional declaró oportunamente respecto de ellos, sino desconociéndolos por mandato del artículo 93 de la Constitución Política.

En consecuencia, y al no habérsele permitido durante la investigación «ni a la procesada ni a sus defensores concurrir a la práctica de las pruebas, para interrogar y contrainterrogar a los testigos de cargo», como tampoco estar presentes al momento del pesaje del alcaloide, sin que la presencia del Fiscal o del Ministerio Público pudiera suplir su ausencia,

impidiéndoseles además intervenir en audiencia pública, al carecer esta clase de procedimiento de tal acto, se ha desconocido el artículo 93 de la Constitución Política, como quiera que se prefirió aplicar el derecho interno contenido en los Decretos 2.790 de 1.990 y 099 de 1.991 en lugar de los mencionados Tratados Públicos, violándose, igualmente, el artículo 29 de la Carta.

Acto seguido, y con el fin de relievar la fuerza vinculante de los Tratados Públicos frente al derecho interno, cita diversa doctrina de esta Corporación, del Consejo de Estado y del Tribunal Disciplinario, con fundamento en la cual, dice, se puede colegir, que los «Decretos de Orden Público nunca podrían suspender» aquél ordenamiento, sin que con ello esté afirmando, aclara, que esté proponiendo un enfrentamiento con la Constitución, sino que se reconozca «la violación de los tratados garantizadores de los derechos humanos».

Solicita, por tanto, se decrete la nulidad de todo actuado por vulneración del debido proceso y el derecho de defensa, sobre la base de que se habrían violado las Leyes 74 de 1.968 y 16 de 1.972, así como el artículo 93 de la Constitución Política y los Decretos 2.790 de 1.990 y 099 de 1.991, y «subsidiariamente», a partir del auto que calificó el mérito de las pruebas y dispuso el adelantamiento de la etapa del juicio no pública.

Concepto del Procurador Primero Delegado en lo Penal

Para el Ministerio Público no se puede desconocer «que la base fundamental del debido proceso, es el respeto al derecho a la defensa» y que así se ha consagrado en el Pacto de Nueva York y la Convención de San José de Costa Rica; no obstante, enfatiza, que ello de suyo no significa que si de alegar su desconocimiento en casación se trata, sea suficiente, como lo hace el censor, hacerlo mediante genéricas referencias fácticas o normativas y con base en ellas colegir, que el proceso es nulo, sino que, como lo ha señalado la jurisprudencia de la Sala, entre otras decisiones en las del 20 de junio de 1.989, 30 de enero de 1.990 y 16 de marzo de 1.994, cuyos apartes pertinentes cita, también para esta causal de invalidez es pertinente cumplir con las exigencias técnicas que exige el recurso, que son las que aquí se omiten.

Sin embargo, y ante los reproches que formula el demandante, en el sentido de habérsele vulnerado el derecho a interrogar a los que el actor denomina «testigos de cargo», observa cómo al constatar el proceso, es claro que el propio defensor dejó pasar la oportunidad para hacer esa concreta petición al juzgador en la etapa probatoria del juicio, no mereciendo tampoco reparo alguno la incautación de la droga, como quiera que ésta se hizo delante de los procesados, sin que se dejara constancia sobre alguna sobre esa actuación.

Además, precisa el Delegado, cómo no puede desconocerse para este caso, que la normatividad que se afirma por el recurrente como desconocedora de derechos y garantías procesales, fue examinada por la Corte Constitucional y declarada exequible en diversas decisiones, tales como la «sentencia del 11 de abril de 1.911 (sic)» y las del 18 de febrero y 22 de abril de 1.993, que reproduce en extenso, las cuales por hacer tránsito a lo que se conoce como «cosa juzgada constitucional», hacen dicha normatividad de obligatorio cumplimiento, tanto para las autoridades como para los particulares.

Por tanto, solicita a la Sala, no casar la sentencia recurrida.

CONSIDERACIONES

1. En vigencia de la Constitución Política de 1.886 y del Decreto- Ley 409 de 1.971, en cuyo artículo 210 se hacía una enunciación casuística y por lo mismo limitada de las causales de nulidad en materia procesal penal, la doctrina jurisprudencial de la Corte respondiendo a la necesidad jurídica de «mantener purificado el sistema procedimental», creó una categoría especial de los motivos que podrían dar lugar a la invalidación de un proceso con fundamento en el artículo 26 de la Constitución Nacional bajo la denominación de nulidades supralegales.

2. Por ello y con el fin de regular bajo una mayor comprensión el instituto de las nulidades, el Decreto 0050 de 1.987 consagró en el artículo 305, en tres grandes espectros, aquellas hipótesis atentatorias contra las formas propias del juicio o contra las garantías que se deben a los distintos sujetos intervinientes en el proceso penal, al igual que se consagró en el artículo 304 del Decreto 2.700 de 1.991, cuando ya estaba en vigencia la nueva Carta Política expedida en el mismo año y bajo cuyo expreso mandato se profirió dicho Estatuto que corresponde al actual Código de Procedimiento Penal, de donde la referencia a la especial y cualificada clase de nulidades como constitucionales, carece hoy por hoy de justificación en cuanto pretenda significarse con tal calificativo el mismo fenómeno de invalidez ya recogido en la Ley Procesal, lo cual por supuesto no implica desconocer, pues por el contrario se impone afirmarlo, la fuente y límite que constituye la Carta Política del Estado respecto del ordenamiento legal y por ende, frente al caso concreto, respecto de las nulidades, hasta el punto de que en relación con ellas la técnica casacional no se opone a la exigencia formal en su invocación para entender como debidamente formulado un cargo por violación a uno de estos derechos fundamentales amparado en el desconocimiento de la norma Superior, bien omitiendo la precisión del precepto legal o confundiendo una con otra normatividad, pues siendo que los derechos y garantías que sustentan y tutelan el proceso penal están predeterminados por "la norma de normas", de donde la exigencia formal debe necesariamente decaer ante la

invocación del mandato fundamental, pues es su contenido material el que realmente señala el sentido del derecho protegido y garantizado, debiendo partir de allí el horizonte de proyección hermenéutico de la disposición que lo formaliza, conforme queda corroborado legislativamente al imponérsele a la Corte de Casación el imperativo de anular oficiosamente el fallo, cuando establezca el desconocimiento procesal de algún derecho o garantía fundamental, conforme se dispone en el artículo 228 del Código de Procedimiento Penal.

3. Bajo este supuesto conceptual, entonces, es claro que las indistintas referencias que hace el casacionista respecto al artículo 29 de la Carta Política y al 304 de la Ley Procesal, como disposiciones violadas por el fallador de segundo grado al proferir la sentencia recurrida, hasta el punto de colegir que su pedimento no se sustenta en el desconocimiento de la ley sino de la Constitución, la cual se habría infringido, siendo tal fenómeno el que demanda en casación, no impiden a la Corte estudiar de fondo la censura. Pero, desde luego, un tal planteamiento no puede confundirse con la práctica omisión de la formulación de la censura especificando el derecho o la garantía violada, si se aspira a obtener una respuesta de la Corte en punto de lo demandado, pues esencialmente diversa resulta respecto de las nulidades la no exigencia estricta de la formalidad en cómento con la no formulación del cargo en el que sea evidente el reproche constitucional que se hace, pues siendo, como es sabido, rogativo este recurso extraordinario necesariamente la función declarativa de la Corte no puede promoverse sin la claridad debida en la formulación del ataque. Y tampoco, puede entenderse que con una tal amplitud y so pretexto de recuperar el contenido material de las normas constitucionales se proponga indiferentemente cualquier clase de argumentación, bien para que bajo un mal entendido de la oficiosidad proceda la Corporación de encontrar una presunta nulidad o para que lejos de las funciones regladas que la Constitución y la Ley le otorga, las desborde aparentando una supuesta vulneración de los derechos fundamentales, ya que, de una parte, la oficiosidad no puede ser el resultado de una previa petición en ese sentido, pues de ser así se estaría precisamente actuando contra ella, en la medida en que la decisión procesalmente oficiosa tiene su origen exclusivo en el ejercicio del poder-deber del ius puniendi por parte del Estado y no en la resolución de una mal formulada pretensión; y de otra, la respuesta casacional, al igual que sucede respecto de toda la actividad jurisdiccional, está restringida en los Estados de Derecho por los límites previamente establecidos por la Constitución y la Ley respecto de su competencia que fija el ámbito de "lo que debe conocer", y en cuanto a las decisiones de la relación procesal, a la aplicación de las normas reguladoras de ese objeto por decidir, toda vez que el principio de "unidad jurídica" en ninguna forma implica la unificación o mejor, la confusión, en una incoherente amalgama de todos los fenómenos fácticos y jurídicos que se pue-

dan presentar para que desconociendo la autonomía de las jurisdicciones y la división de competencias, las decida un mismo ente judicial, habida cuenta, de que una tal inusitada aspiración estaría permitiendo precisamente lo contrario a lo que parece aspira el demandante, esto es, que resquebrajaría el Estado de Derecho en lugar de preservarlo.

1. Aquí, como quedó expuesto en la reseña del libelo, la inconformidad del demandante radica, no en los presuntos yerros en que hubiesen podido incurrir el Tribunal o los funcionarios que intervinieron en el trámite de la instrucción y la causa de este proceso, respecto del entendimiento de la Ley de procedimiento aplicada o en irregularidades cometidas en la actuación propiamente dicha, sino en el hecho de haberse tramitado y decidido con base en la normatividad nacional que la regulaba, pues en criterio de demandante, por contrariar los Tratados Públicos, específicamente, el Pacto de Nueva York y la Convención de Costa Rica, se debió dejar de aplicar, no recurriendo a la "excepción de inconstitucionalidad", sino sencillamente haciendo caso omiso de ello, por cuanto los mandatos "supraconstitucionales" se imponen a la Ley interna de un Estado, que es lo que finalmente también solicita haga la Corte a la hora de resolverle el presente recurso.

5. En estas condiciones, y bajo el contenido que el demandante le ha dado al cargo, es ostensible la confusión en que incurre respecto a la naturaleza y límites, tanto del recurso extraordinario de casación, como de las funciones que le asigna la Constitución Política y la Ley a la Corte para su decisión, además de los principios que gobiernan el Estado de Derecho bajo el marco constitucional que nos rige, pues si bien es cierto que en un evento determinado una norma del derecho interno podría resultar contraria a lo regulado por un determinado Tratado o Convenio Internacional, ello no está significando que apartándose de los procedimientos constitucionales y legales previamente establecidos, se pueda proceder al desconocimiento de la ley nacional, prácticamente de facto, como lo termina proponiendo el censor, sin primero precisar el fenómeno jurídico de que se trate y el mecanismo preestablecido para ello.

6. En efecto, en el fondo, la pretensión del impugnante, que dicho sea en verdad, corresponde sustancialmente a la misma argumentación que se presentara en una de las demandas de quienes accionaron ante la Corte Constitucional para impetrar la inexequibilidad de los artículos 3º, 4°, 5° y 6° del Decreto 2.271 de 1.991, precisamente por medio del cual se adoptaron como legislación permanente los Decretos legislativos 1.199 de 1.987, 474 de 1.988, 2.790 de 1.990, 099, 390 y 1.676 de 1.991 (la del expediente D-061, en la cual también se cuestionaba la falta de publicidad de esta clase de procesos, la problemática de la contradicción probatoria y puntualmente, la práctica de las pruebas por la Policía Judicial con la sola asistencia del agente del Ministerio Público), que acumulada a otras acciones fueron decididas negativamente al ser declaradas consti-

tucionales todas estas disposiciones en el fallo C-033/93, se concreta en la petición que le hace a la Corte, por intermedio de esta Sala, para que deje de aplicar los Decretos 2.790 de 1.990, 099 y 2.271 de 1.991, bajo el genérico fundamento de que al contrariar los referidos Tratados se violan los artículos 93 y 29 Superiores, desconoce la propia Carta Política, además de la Ley de Procedimiento Penal, dado que si bien el control de constitucionalidad que reconoce la Ley Fundamental continúa siendo difuso, como sucedía en imperio de la Constitución anterior, ninguna duda existe respecto a que originariamente lo ejerce la Corte Constitucional, bien por vía automática o mediante el ejercicio de la acción pública de constitucionalidad, y que excepcionalmente, esto es, cuando su exequibilidad no ha sido declarada por dicha Corte o por el Consejo de Estado, en los casos de su competencia, debe hacerlo el funcionario a quien le corresponda aplicar la Ley, como sería el caso del Juez, recurriendo a la "excepción de inconstitucionalidad", cuando observe que una específica norma positiva de categoría inferior a la constitucional la contradice abiertamente, caso en el cual debe abstenerse de aplicarla para que impere la norma Superior, pero nunca por la vía de hecho a que se refiere el casacionista, es decir, que sin ninguna otra consideración, se deje de aplicar bajo el argumento de contrariedad con el ordenamiento internacional.

7. En este caso, los decretos 2.790 de 1.990, 099 y 2.271 de 1.991, que entiende el demandante son desconocedores del derecho de defensa y del debido proceso, como igualmente sucedió con toda la normatividad reguladora de la Legislación de Orden Público, hasta llegar a las disposiciones ahora criticadas por inconstitucionales, esto es, los Decretos Nos. 1.631 de 1.987, 180, 181, 182, 333 y 474 de 1.988, como los Nos. 1.895 y 185 de 1.989, y el No. 2.187 de 1.990, que se constituyen en el antecedente inmediato del Estatuto para la Defensa de la Justicia, recogido en el Decreto 2.790 del 20 de noviembre de 1.990, fueron sometidos a revisión automática de constitucionalidad por la Sala Plena de la Corte Suprema, específicamente este último en sentencia 48 del 11 de abril de 1.991, como también lo fue el Decreto 390 que modificó al anterior y al 099, a través de la sentencia 66 del 16 de mayo de 1.991; pudiéndose constatar de la misma manera que prácticamente en su integral contenido, a través del fallo fechado el 27 de febrero de 1.993 (C-093) la Corte Constitucional sometió a estudio la exequibilidad del Decreto 2.271 de 1.991, mediante el cual, como se sabe, al no ser improbado por la Comisión Especial el gobierno nacional convirtió en legislación permanente aquella normatividad de excepción, recogiendo casi en su totalidad el contenido de los referidos Decretos 099 y 390 de ese mismo año, como también siendo claro que dicha Corporación valoró la constitucionalidad de distintas de las normas de ese cuerpo normativo que fueran demandadas, a través de las sentencias C-427, C-541 y C-683 del 12 de septiembre, 16 de octubre y 5 de diciembre de 1.996, respectivamente.

8. Declaradas exequibles, entonces, estas disposiciones por la Corte Constitucional, y por descartada la posibilidad de recurrir a la excepción de inconstitucionalidad por el efecto erga omnes de dicha declaratoria, como igualmente lo reconoce el demandante, la pretendida "inobservancia directa de la ley" que propone, se torna inusitada si se tiene en cuenta que como la misma Corte Constitucional lo ha reiterado, el control de exequibilidad se cumple en aplicación del denominado "bloque de constitucionalidad", de conformidad con el cual la confrontación de la ley con la Carta Política implica también la revisión de los Tratados Internacionales de que trata el artículo 93 del Ordenamiento Superior, integrándose como una unidad jerarquizada a igual nivel, que por lo mismo, excluye, de acuerdo con esta sistemática, admitir la existencia de normas supraconstitucionales.

9. Así, y ante la exequibilidad del inciso segundo del artículo 20 del Decreto 2.790 de 1.990 y el 13 del Decreto 390 de 1.991, una vez incorporados como legislación permanente, en los cuales se dispone la exclusiva intervención del Ministerio Público en las pruebas a que se refiere el censor y a la no consagración de la audiencia pública en esta clase de procesos, C-093/93 y C-427/96, fallos en los cuales se dejó claro cómo, si bien en el artículo 228 de la Constitución Política se dispone que «La administración de justicia es función pública» y «Sus decisiones son independientes», también se señala que «Las actuaciones serán públicas y permanentes con las excepciones que establezca la ley», de donde el hecho de no disponerse la celebración de audiencia pública en los procesos adelantados por la justicia regional no puede tenerse como desconocedor de ningún canon superior y menos aún la Convención Americana de Derechos Humanos, en cuyo Capítulo II dedicado a los «Derechos Civiles y Políticos», artículo 8 sobre «Garantías Judiciales», numeral 5, se dispone que, « El proceso penal debe ser público, salvo en lo que sea necesario para preservar los intereses de la justicia», argumento que ha servido para explicar justificativamente el carácter especial de estas normas, más aún, cuando como también lo ha afirmado la Corte Constitucional, en aquellos eventos en que se presentase una real contrariedad entre los preceptos de los tratados y la normatividad interna, la aplicación de esta última que podría eventualmente generar efectos para el Estado en el ámbito internacional, no puede entenderse como enervante para los jueces en la sujeción al derecho nacional, pues, como lo han reconocido "la doctrina y la jurisprudencia internacionales", "la supremacía de los tratados sobre los ordenamientos internos de los Estados no implica la invalidación automática de las normas internas contrarias a los compromisos internacionales, por cuanto, para los ordenamientos nacionales y para los jueces nacionales, esas disposiciones internas pueden seguir teniendo plena validez y eficacia, por lo cual son aplicables. Lo que sucede es que si los jueces aplican esas normas contrarias a un tratado, entonces eventual-

mente pueden comprometer la responsabilidad internacional del Estado en cuestión» (C-400, de 10 de agosto de 1.998).

10. Desacierta, en consecuencia el actor, al pretender cuestionar la legalidad de la sentencia recurrida bajo el genérico supuesto de haberse proferido dentro de un proceso viciado de nulidad por vulneración del debido proceso y el derecho de defensa, pero no en cuanto tiende a evidenciar de la actuación cumplida el desconocimiento de las normas reguladoras de su trámite y tampoco respecto a la posibilidad y oportunidad de ejercer la actividad procesal defensiva, sino referida a una supuesta contrariedad existente entre la Constitución Política y los ya referidos Tratados Públicos y los Decretos 2.790 de 1.990, 0099 y 2.271 de 1.991 como preceptos reguladores de la actividad de los jueces dentro de este proceso adelantado por la justicia regional.

11. Ahora, y si de confrontar lo actuado en el proceso se trata, como en algunos apartes lo refiere el censor, para establecer si en su trámite se desconoció el derecho a la defensa de solicitar e intervenir en la práctica de las pruebas, no sobra recordar, de una parte, que como consta en la sinopsis de la actuación procesal, durante la etapa del juicio en la que por ley se podía adelantar el debate probatorio, sin que esto signifique, desde luego, como se ha correctamente entendido que a través de todo el curso del proceso, no se pudiese solicitar la práctica de pruebas, el defensor de Martha Cecilia Guerrero Lobera, el mismo que ahora recurre en casación, no solicitó absolutamente ninguna prueba, de donde resulta incongruente la posición que asume ante esta sede, de conformidad con la cual dicha controversia no se habría suscitado pero en razón a que las normas reguladoras del procedimiento lo impedían, cuando esto evidentemente está lejos de la realidad.

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

RESUELVE:

No casar el fallo recurrido.

Cópiese, cúmplase y devuélvase al tribunal de origen

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

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

ACCION DE REVISION-Prescripción

La demanda de revisión que no se adecúe con los parámetros que la misma ley ha establecido en el artículo 234 del Código de Procedimiento Penal, no podrá ser admitida, pues es inaceptable que so pretexto de la excepcional acción, se pretenda reabrir un debate probatorio, ya finiquitado en las instancias, al punto de culminar con la expedición de decisiones que al haber hecho tránsito a cosa juzgada son inamovibles y permanecen tuteladas por la certeza de intangibilidad.

En punto de la causal invocada, esto es el numeral 2° del artículo 232 del Código de Procedimiento Penal, la Sala ha sido reiterativa en que para su postulación el hecho jurídico de la prescripción de la acción, (resultante de la verificación de un término calculado a partir del máximo de la pena imponible), debe emerger diáfana y exclusivamente de los hechos y pruebas conocidos, estudiados, controvertidos y valorados en las instancias.

Cabe rememorar lo expresado por la Sala en la sentencia del 5 de marzo de 1996, proferida al resolver la revisión número 8336, (M.P. Dr. Carlos E. Mejía Escobar): « En segundo término ha de precisarse que el motivo de ésta acción, al tenor de lo dispuesto en la causal 2ª del artículo 232 del C.P.P., no permite cuestionar aspectos inherentes a la adecuación típica, la forma de culpabilidad o participación; las circunstancias de hecho o cualquier otro elemento que pudiese incidir sobre la punibilidad de la conducta. La Revisión, en este sentido, no puede derivar en un nuevo juicio crítico sobre lo declarado en el proceso y por ende la prescripción que se alegue es aquella que surja de los hechos y del derecho tal como fueron considerados dentro del proceso.»

Cuando el artículo 80 del Código Penal estipula que para efectos de la prescripción se tendrán en cuenta las circunstancias de atenuación y agravación concurrentes, está haciendo remisión únicamente a las circunstancias específicas, adecuadas al caso concreto para aminorar o agravar la pena, y no así a las genéricas, cuya función

es servir de parámetro referencial al juez para discurrir entre el mínimo y el máximo contemplado como sanción para el tipo de que se trate, como lo indica el artículo 67 ibídem.

De modo que, al aducir ahora unas causales de atenuación punitiva para lograr, derivado de su particular y unilateral manera de analizar la cuestión, el cómputo del tiempo requerido para la prescripción de la acción, incurrió en un grave error de argumentación, que de no advertirse implicaría a la Sala el devenir en fallador de instancia para analizar la viabilidad o no de reconocer una rebaja adicional de pena por virtud de aquellas, supuesto éste último a todas luces impertinente a las atribuciones de la Sala en sede de revisión.

Proceso No. 15029

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal

Magistrado Ponente: Dr. *Edgar Lombana Trujillo*

Aprobado Acta No. 83

Santa Fe de Bogotá D. C., ocho (08) de junio de mil novecientos noventa y nueve (1999).

VISTOS

Se pronuncia la Sala sobre la admisibilidad de la demanda de revisión presentada a través de apoderado por el señor José Gilberto Salamanca Medina, quien fue condenado por el Tribunal Superior de Santa Fe de Bogotá, a la pena de veintiséis (26) meses de prisión por el delito de estafa.

LA SENTENCIA

La acción se dirige contra la providencia del 11 de agosto de 1995, del Tribunal Superior de Santa Fe de Bogotá, (folio 33 cdno. Corte), en cuanto confirmó la decisión proferida por el Juzgado Treinta y Siete Penal del Circuito, el 11 de mayo de 1995, (folio 1 cdno. Corte), condenando al señor José Gilberto Salamanca Medina, a la pena principal de veintiséis meses de prisión, como autor responsable del delito de estafa, conforme a la redacción del artículo 356 del Código Penal, con el agravante obvio del artículo 372 ibídem, relacionado con la cuantía, por cuanto es evidente que con engaño a la señora Leonor Pimiento de Piedra, se le hizo entregar jurídica y materialmente en beneficio de él, un apartamento valioso, sin contraprestación alguna, ya que el cheque girado por el valor del mismo resultó de cuenta saldada y la garantía hipotecaria no tuvo vigencia porque nunca se inscribió en el registro de instrumentos públicos, habiendo asumido el habilidoso comprador esta obligación.

La Demanda

El apoderado del señor José Gilberto Salamanca Medina, solicita que se declare sin valor la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Siete Penal del Circuito de Santa Fe de Bogotá y la de segunda instancia a cargo del Tribunal Superior del mismo Distrito Judicial, "porque el proceso no podía proseguirse en razón a que la acción penal estaba prescrita de conformidad con los artículos 234-2 y 240-1 del C.P.P."

En orden a sustentar las pretensiones afirma que dicho Juzgado, dentro de este mismo asunto, dictó el "auto de proceder" que cobró ejecutoria el día 7 de abril de 1989, y que partir de este día empezaba a correr nuevamente el término de prescripción de la acción penal, conforme a lo normado en los artículos 80 y 84 del Código Penal, hecho jurídico que habría ocurrido, según sus cálculos, el 9 de abril de 1995, de donde se concluye que los fallos de instancia y por ende el de casación fueron emitidos cuando ya la acción penal había prescrito.

Explica que entre la fecha de ejecutoria del "auto de proceder" y la fecha en que se suscribió la sentencia de casación transcurrieron siete (7) años, cinco (05) meses y veinticuatro (24) días, lapso superior a 72 meses, que es el término en que prescribía la acción penal adelantada contra el señor Salamanca Medina, si se tienen en cuenta también las circunstancias de atenuación que le favorecen.

Propone que para efectos del término de prescripción, en el asunto examinado, deben reconocerse tres circunstancias genéricas de atenuación punitiva, que no se tuvieron en cuenta en las instancias y que son las contempladas en los numerales 1°, 7° y 8° del artículo 64 del Código Penal, relativas a la buena conducta anterior, al resarcimiento del daño y a la presentación voluntaria ante la justicia, respectivamente, efecto para el cual ofrece extensos argumentos de apoyo.

Con base en tales razonamientos, concluye que a los siete años y medio, (90 meses), que es el máximo en que podría prescribir la estafa, contando este nuevo período a partir de la ejecutoria del "auto de proceder", se le deben restar dieciocho (18) meses que aportan las circunstancias de atenuación que fueron ignoradas en las sentencias de primero y segundo grado.

Se obtiene así el guarismo de setenta y dos (72) meses como tiempo máximo en el que acaecía el fenómeno de la prescripción de la acción penal seguida a Salamanca Medina, lapso que es inferior al transcurrido a partir de la ejecutoria del "auto de proceder", de donde resulta que al suscribirse la sentencia de segundo grado la acción penal ya estaba prescrita.

Consideraciones de la Sala

Se impone concluir que a pesar de la extensión y pluralidad de presupuestos en que se fundamenta la demanda, ellos apuntan a alegaciones

que han debido plantearse y resolverse en las instancias y a lo sumo en sede de casación, manera de argumentar que riñe con la técnica de revisión y que por fuerza obligarán a la inadmisión del libelo.

La acción de revisión no es, como parece haberse entendido, una instancia adicional en donde se pueda reabrir el debate probatorio e insistir en tesis rebatidas, y por demás fallidas, que reflejan únicamente la inconformidad de los sujetos procesales con la decisión judicial.

La demanda de revisión que no se adecúe con los parámetros que la misma ley ha establecido en el artículo 234 del Código de Procedimiento Penal, no podrá ser admitida, pues es inaceptable que so pretexto de la excepcional acción, se pretenda reabrir un debate probatorio, ya finiquitado en las instancias, al punto de culminar con la expedición de decisiones que al haber hecho tránsito a cosa juzgada son inamovibles y permanecen tuteladas por la certeza de intangibilidad.

En punto de la causal invocada, esto es el numeral 2° del artículo 232 del Código de Procedimiento Penal, la Sala ha sido reiterativa en que para su postulación el hecho jurídico de la prescripción de la acción, (resultante de la verificación de un término calculado a partir del máximo de la pena imponible), debe emerger diáfana y exclusivamente de los hechos y pruebas conocidos, estudiados, controvertidos y valorados en las instancias.

Cabe rememorar lo expresado por la Sala en la sentencia del 5 de marzo de 1996, proferida al resolver la revisión número. 8336, (M.P. Dr. Carlos E. Mejía Escobar): " En segundo término ha de precisarse que el motivo de ésta acción, al tenor de lo dispuesto en la causal 2ª del artículo 232 del C.P.P., no permite cuestionar aspectos inherentes a la adecuación típica, la forma de culpabilidad o participación; las circunstancias de hecho o cualquier otro elemento que pudiese incidir sobre la punibilidad de la conducta. La Revisión, en este sentido, no puede derivar en un nuevo juicio crítico sobre lo declarado en el proceso y por ende la prescripción que se alegue es aquella que surja de los hechos y del derecho tal como fueron considerados dentro del proceso."

La demanda, con el fin de ajustar el paso del tiempo a los límites que harían factible la pretensión, involucra en las cuentas la rebaja de pena pertinente a tres circunstancias de atenuación punitiva que no fueron estimadas ni por el Juzgado Treinta y Siete Penal del Circuito, ni por el Tribunal Superior de Santa Fe de Bogotá, incurriendo así en una forma de argumentación que riñe con los requisitos mínimos para accionar por la causal de revisión invocada y que conduce a su inadmisión.

Es propicia esta oportunidad para recordar que cuando el artículo 80 del Código Penal estipula que para efectos de la prescripción se tendrán en cuenta las circunstancias de atenuación y agravación concurrentes,

está haciendo remisión únicamente a las circunstancias específicas, adecuadas al caso concreto para aminorar o agravar la pena, y no así a las genéricas, cuya función es servir de parámetro referencial al juez para discurrir entre el mínimo y el máximo contemplado como sanción para el tipo de que se trate, como lo indica el artículo 67 ibídem.

De modo que, al aducir ahora unas causales de atenuación punitiva para lograr, derivado de su particular y unilateral manera de analizar la cuestión, el cómputo del tiempo requerido para la prescripción de la acción, incurrió en un grave error de argumentación, que de no advertirse implicaría a la Sala el devenir en fallador de instancia para analizar la viabilidad o no de reconocer una rebaja adicional de pena por virtud de aquellas, supuesto éste último a todas luces impertinente a las atribuciones de la Sala en sede de revisión.

Las anteriores consideraciones conducen inexorablemente al rechazo de la demanda, sentido en el que se decidirá, debiendo previamente reconocer personería al apoderado, quien fue facultado en debida forma.

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

RESUELVE:

PRIMERO: RECONOCER personería al doctor Guillermo Enrique Rodríguez, como apoderado del sentenciado José Gilberto Salamanca Medina, en los términos y para los efectos que indica el poder que le fue conferido.

SEGUNDO: INADMITIR la demanda de revisión promovida por el señor José Gilberto Salamanca Medina, a través de su apoderado.

Cópiese, notifíquese y cúmplase

Edgar Lombana Trujillo, *Mario Mantilla Nougues*, *Alvaro N. Correal Reyes*, Conjuez; *Hugo Humberto Rodríguez Cortés*, Conjuez, *Whanda Fernandez León*, Conjuez; *Luis Bernardo Alzate Gómez*, Conjuez, *Luis Arnoldo Zarazo Oviedo*, Conjuez; *Carlos Arturo Cano Jaramillo*, Conjuez; *José Ignacio Talero Lozada*, Conjuez.

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria

SANA CRITICA

De esta manera, la acusación se queda reducida a la inconformidad del actor con la valoración que los jueces le dieron, en conjunto, a la prueba pericial, hipótesis que se enmarca dentro del llamado error de derecho por falso juicio de convicción inadmisible en esta sede, bajo la sola consideración que el legislador le ha concedido al juez penal para evaluar el acervo probatorio, dentro de un sistema no sujeto a tarifa (art.254 C.P.P.), y si bien también cabría plantear violación al sistema de la sana crítica, el censor tampoco lo aduce.

Este principio procesal impide que de esa actividad intelectiva surja una transgresión a la ley, en la medida en que en ausencia de encasillamientos normativos sobre el particular valor de cada medio, resulta imposible la violación de mandatos inexistentes.

Tratándose de la labor intelectual y valorativa del raciocinio del juzgador, el ataque al fallo de segundo grado es impropio, porque esta vía de impugnación no admite la corrección de las valoraciones cumplidas por los sentenciadores, las cuales vienen precedidas de la doble presunción de legalidad y acierto.

Proceso No. 10031

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal

Magistrado Ponente: Dr. *Edgar Lombana Trujillo*

Aprobado Acta No. 84

Santa Fe de Bogotá D.C., nueve (9) de junio de mil novecientos noventa y nueve (1999).

VISTOS

Se decide el recurso extraordinario de casación interpuesto contra la sentencia del 26 de julio de 1994, por medio de la cual el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali confirmó la condena impuesta por el Juzgado Veintiséis Penal del Circuito de esa ciudad a Bernardo Sánchez Pérez,

como autor de los delitos de homicidio en Raúl Pérez y Teófilo Ramírez Llanos.

HECHOS

Al finalizar la tarde del 10 de agosto de 1991, después de salir de su lugar de trabajo y de haber recibido el correspondiente pago, Bernardo Sánchez Pérez se dedicó a recorrer varios establecimientos públicos en donde estuvo jugando billar e ingiriendo bebidas embriagantes con diferentes personas.

Al amanecer del día 11 de agosto, cuando salió de un estado de somnolencia, Sánchez Pérez advirtió que el remanente de dinero que poseía había desaparecido. Sus compañeros de juerga, Raúl Pérez y Teófilo Ramírez Llanos lo invitaron a trasladarse a algún sitio para seguir la parranda en compañía de mujeres y al efecto abordaron el taxi que conducía Ary Geovanny Catamuskay.

Cuando el vehículo se desplazaba por el barrio «Siete de Agosto» de la ciudad de Cali, Sánchez sacó un arma y la disparó sobre uno de sus compañeros, motivo que llevó al conductor a lanzarse del automotor, el cual fue a estrellarse contra la malla de un colegio. Entretanto se escucharon otras detonaciones, para posteriormente hallar en el interior del taxi los cadáveres de Pérez y Ramírez.

Por el oportuno aviso del conductor, en los momentos subsiguientes las autoridades de policía lograron la captura de Bernardo Sánchez Pérez, quien tenía sus prendas de vestir impregnadas de sangre, portaba un revólver marca Llama, 38 largo No. IM2766E, con cuatro vainillas y dos cartuchos y manifestó que le había dado muerte a sus acompañantes porque le habían hurtado $84.000.oo

SÍNTESIS DE LA ACTUACIÓN

El 13 de agosto de 1991, el Juzgado 35 de Instrucción Criminal de Cali abrió la investigación, y al día siguiente, escuchó en indagatoria a Bernardo Sánchez Pérez, contra quien profirió medida de aseguramiento de detención preventiva como autor del delito de homicidio cometido en concurso.

En oficio fechado el 22 de agosto de 1991, el Laboratorio de Toxicología del Instituto de Medicina Legal dictaminó que en la muestra de sangre tomada el 11 de ese mes a Sánchez Pérez se había encontrado alcohol etílico en un porcentaje de 165 miligramos (folio 78), y más adelante, a instancia de la defensa precisó que ese porcentaje de alcohol corresponde al segundo grado de embriaguez en una escala de 1 a 4, cuyas características son una incoordinación motora moderada; aumento del polígono de sustentación; disartria y disminución de los reflejos; disminución de la conciencia y compromiso de los procesos cognitivos (folio 107).

Por disposición del instructor, el 5 de septiembre siguiente, la sección de siquiatría forense del Instituto de Medicina Legal practicó examen siquiátrico al implicado, con el siguiente resultado:

«El señor Bernardo Sánchez Pérez, presenta un funcionamiento sicológico dentro de la normalidad y por lo tanto tiene capacidad de comprender la ilicitud de sus actos y de determinarse en base a ello, tanto al momento actual como a la fecha de la comisión del ilícito en estudio, a pesar de haber ingerido licor ese día, y lo muestra a través de su forma de actuar, antes, durante y después del hecho, así como las motivaciones que lo indujeron al hecho que se investiga». (folio 94).

Dictamen corroborado en consideración al grado de alcoholemia que presentaba el imputado al momento de su captura (folio 118).

El 12 de noviembre de 1991, el instructor cerró la investigación, y la calificó el día 6 del mes siguiente, profiriendo resolución de acusación contra el procesado como autor del doble delito de homicidio. Según la constancia secretarial respectiva, este pronunciamiento quedó en firme el 13 de diciembre de 1991.

Cuando el proceso había pasado a conocimiento del Juzgado Sexto Superior de Cali, la defensa aportó un certificado de evaluación de la conducta del acusado, firmado por la Sicóloga Gloria de Gálvez, en el que refiere al padecimiento de trastornos de personalidad como consecuencia de la ingestión alcohólica, solicitando que con base en este concepto se ampliara la experticia oficial psiquiátrica, lo que se atendió con el siguiente resultado:

«En cuanto al concepto de la doctora Gloria de Gálvez, muestra una serie de datos y circunstancias que ha pasado el señor Bernardo Sánchez Pérez y vemos como a pesar de ello este se sobrepone mostrando que sus mecanismos defensivos han sido utilizados en forma adecuada y sin que llegue a evidenciar un trastorno sicopatológico propiamente dicho, por el contrario, nos muestra como a pesar de ello, se repone ya que tiene capacidad de comprender su actuar cotidiano». (folio 196).

La defensa objetó por error grave los dictámenes siquiátricos emitidos por el Instituto de Medicina Legal con sede en Cali; incidente que se falló declarando infundada la objeción. No obstante, el juez de conocimiento ordenó que el Instituto de Medicina Legal de Bogotá practicara otro examen siquiátrico al implicado.

En cumplimiento de esta disposición, la Sección de neurosiquiatría forense del Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses de Santa Fe de Bogotá examinó al procesado Bernardo Sánchez, y el 13 de octubre de 1992 emitió una nueva pericia, que en términos generales confirma aquella realizada por el Instituto en la ciudad de Cali, en cuanto afirmó que para el momento de los hechos el procesado no padecía tras-

torno mental o inmadurez sicológica que le impidieran comprender y/o autodeterminarse con base a esa comprensión. (folios 257 a 263).

Para ajustar la actuación a las nuevas preceptivas procesales, el juzgado de conocimiento dispuso surtir el trámite previsto en el artículo 446 del Decreto 2700 de 1991, concluido el cual celebró la audiencia pública de juzgamiento, diligencia que se cumplió el 28 de abril de 1994, y el 23 de mayo siguiente condenó a Bernardo Sánchez Pérez como autor de los delitos de homicidio consumados en contra de Raúl Pérez y Teófilo Ramírez Llanos, a la pena de catorce (14) años de prisión, a la interdicción de derechos y funciones públicas por el lapso de diez años, a la prohibición de consumir bebidas alcohólicas durante tres años, al pago de la indemnización de daños y perjuicios y el decomiso del arma.

El defensor impugnó la sentencia de primer grado con la pretensión de que al acusado se le declarara inimputable por haber realizado la conducta en un estado de trastorno mental transitorio, sin secuelas, pero el 26 de julio de 1994, el Tribunal Superior de Cali profirió la sentencia de segunda instancia, confirmando la impugnada.

La Demanda

Para acusar el fallo del ad quem por violación de la ley sustancial, el recurrente invoca la causal primera de casación, puntualizando que se incurrió en error de hecho por falta de apreciación de pruebas legalmente existentes dentro del proceso, y porque se desfiguraron las dimensiones objetivas de todos los dictámenes médico legales.

Concreta que la defensa ha querido demostrar que en el momento de cometer el hecho Bernardo Sánchez padecía de un trastorno mental transitorio, bajo el influjo de bebidas embriagantes, lo que conlleva su inimputabilidad.

Censura la decisión del Tribunal por haber desatendido el dictamen del bioquímico forense que ubica la concentración de alcohol en la sangre en un porcentaje de 165 miligramos como una embriaguez de segundo grado, de donde el perito concluye que «entonces el juicio y raciocinio estando bajo los efectos del alcohol se verían comprometidos».

Sostiene que se incurrió en falta de apreciación del concepto de la doctora Gloria de Gálvez en cuanto afirmó el trastorno mental transitorio del procesado, y del tratamiento anterior que por motivos de alcoholismo había recibido el implicado.

Atribuye al ad quem una falsa apreciación por excluir el concepto de los facultativos del Instituto de Medicina Legal de Bogotá, en cuanto manifestaron su desacuerdo con los forenses de Cali respecto a la afirmación de que Bernardo Sánchez Pérez era una persona siquiátricamente sana, porque de acuerdo a sus antecedentes padece de una sicopatología.

En sentir del actor, el Tribunal solo atiende al dictamen del doctor Oscar Díaz Velta, para tener al procesado actuando en sano juicio y perfecta conciencia de sus actos, en detrimento de los que le son contradictorios y con ello le da «al hecho que recoge esta prueba» un alcance objetivo que no tiene.

El actor acusando al juez plural de otorgarle «un sentido por exceso al dictamen del siquiatra de Cali y por defecto a la sicóloga Gloria de Gálvez, al bioquímico...», mientras censura la falta de apreciación de esas mismas pruebas, ignoradas en su esencia y excluidas del juzgamiento.

Para demostrar su aserto, transcribe la siguiente consideración que trae la sentencia impugnada:

«Adviértase cómo la sicóloga tratante nos dice que Bernardo Sánchez era consciente de su problema, había prometido cambiar y no lo había cumplido y en consecuencia cuando asume la ebriedad como un acto propio de su voluntad, sabe perfectamente que puede llegar a un resultado como el que ahora se le reprocha, y ese grado de irresponsabilidad de la ingesta alcohólica no puede traducirse en una inimputabilidad cuando se determinó precisamente al consumo del licor a sabiendas de las dificultades que se le presentaban en sus bebidas episódicas, que es una de las formas de alcoholismo». (subraya el impugnante).

Refuta el aserto recalcando que era la primera vez que Bernardo Sánchez Pérez cometía homicidio mediante «trastorno mental transitorio»; y a ello aduce que no hay prueba en el expediente de que el procesado tuviera la suficiente fuerza de voluntad para no incurrir en la ingesta etílica compulsiva.

Para terminar menciona, sin explicación adicional alguna, que la sentencia impugnada viola la Ley 43 de 1982, artículo 1o., el cual modificó el inciso 2o. de la ley penal sustantiva y los artículo 249 y 273 del Código de Procedimiento Penal.

El demandante concreta su pretensión expresando que la Corte debe casar la sentencia impugnada porque es violatoria de la ley sustancial en forma indirecta.

Alegato de los no Recurrentes

El Procurador judicial sesenta y cuatro, en asuntos penales, de la ciudad de Cali descorrió el traslado concedido a los sujetos procesales no impugnantes, advirtiendo que el demandante no señaló el sentido de la violación a la ley, si por aplicación indebida o falta de aplicación y que incurrió en contradicción cuando hizo consistir el error de hecho en unafalta de apreciación de las probanzas, siendo que también habla de la desfiguración de sus dimensiones objetivas.

Pero aún apartándose de las deficiencias técnicas opina que el casacionista carece de razón para impugnar los dictámenes médico legales y con ese propósito repasa su contenido para de todo ello concluir en que la sentencia no debe sufrir variación alguna.

CONCEPTO DEL PROCURADOR GENERAL DELEGADO EN LO PENAL

El señor agente del Ministerio Público que actúa en esta sede desvirtúa la posibilidad de que el fallador hubiera incurrido en falsos juicios de existencia respecto de la certificación suscrita por la doctora Gloria Stella García de Gálvez y del dictamen rendido por el bioquímico forense, por cuanto la sentencia se ocupó de las dos pruebas, para estudiarlas con los demás elementos de convicción.

Descartado ese tipo de error, se ocupa de la posibilidad de un falso juicio de identidad por tergiversación de los dictámenes siquiátricos, y es así como después de revisar los dictámenes y la apreciación que les dió el sentenciador, concluye que el alegato del recurrente no tiene fundamento.

Por separado comenta su propia opinión respecto del concepto emitido por el bioquímico forense, en el cual solo encuentra un criterio profesional de índole general, mas no particularizada al caso de Bernardo Sánchez, y de ahí el que afirme que esa opinión no constituye una experticia sobre la personalidad del procesado ni sobre su imputabilidad.

Por el contrario, observa que los diferentes dictámenes siquiátricos que obran en el expediente contienen un estudio tanto de la historia del procesado como de la secuencia procesal y sobre esos factores se basó el respectivo concepto que siempre concluyó en que, al momento de causar la muerte de sus acompañantes, Bernardo Sánchez Pérez no padecía de trastorno que limitara sus facultades mentales.

Recordando apartes de los textos producidos por los expertos, el Ministerio Público encuentra que son coincidentes y que fueron interpretados por el sentenciador en su sentido exacto, en cuanto que, en las peculiaridades que presenta la personalidad del implicado no alcanzaron a configurar factores determinantes de imputabilidad.

En los planteamientos del censor, el Procurador descubre la inconformidad con la estimación que los sentenciadores dieron a las pruebas periciales y por ello lo critica, habida cuenta del sistema probatorio que actualmente nos rige.

En su sentir, no existió error alguno sobre las pruebas ni infracción alguna de la ley sustancial, porque las conclusiones del sentenciador fueron acordes con las pruebas aportadas, en cuanto afirman la imputabilidad del procesado. Luego, sugiere que no se case la sentencia atacada.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

El demandante censura al Tribunal la incursión en errores de hecho cometidos en la apreciación probatoria y más específicamente en lo relacionado con las diversas peritaciones siquiátricas que se le practicaron al procesado, pues, supuestamente, desatendió el dictamen rendido por el químico forense; no apreció el concepto de la sicóloga Gloria de Gálvez en cuanto dictaminó que el procesado padecía trastorno mental transitorio; excluyó la opinión de los facultativos del Instituto de Medicina Legal de Bogotá que manifestaron su desacuerdo con lo expresado por sus colegas de Cali en relación con la sanidad mental de Sánchez Pérez y le dió un alcance objetivo que no tiene a la experticia practicada por el doctor Oscar Díaz Velta.

Estos reproches, técnicamente representan la atribución de falsos juicios de existencia por omisión y falsos juicios de identidad, lo que supone que el sentenciador dejó de lado las pruebas periciales que inicialmente menciona y que tergiversó el contenido objetivo de la última.

No obstante, el cargo es inexacto en razón de que la reprobación está dirigida al análisis conjunto y a la aceptación o el rechazo que las instancias hicieron respecto de los apartes de las diferentes pericias médicas que las condujeron a concluir que Bernardo Sánchez Pérez era imputable cuando realizó la conducta punible, lo que es perfectamente distinto de haber omitido la valoración de esos elementos de convicción.

Cuando el actor acusa al Tribunal por otorgarle «un sentido por exceso al dictamen del siquiatra de Cali y por defecto a la sicóloga Gloria de Gálvez, al bioquímico» hace evidente la inconformidad con la valoración probatoria obtenida como conclusión de cuáles son los aspectos de la prueba que admite y cuáles no, para lo cual el juez está ampliamente facultado, pues su lindero lo encuentra en la sana crítica y en el raciocinio lógico, métodos intelectivos respecto de los cuales no se acusa ni advierte vicio alguno que afecte su licitud.

Así mismo, la acusación por la supuesta tergiversación del dictamen emitido por el doctor Oscar Díaz Velta, siquiatra forense de la ciudad de Cali *se queda sin sustento*, pues el argumento demostrativo está edificado sobre la base de que las restantes experticias contradicen su afirmación sobre la sanidad y conciencia de Bernardo Sánchez Pérez en la realización de actos; por tanto, aquí el punto que trata el casacionista no es el de la distorsión de la verdad que revela ese dictamen, sino su evaluación frente a otras pruebas de similar naturaleza allegadas a la actuación.

De esta manera, la acusación se queda reducida a la inconformidad del actor con la valoración que los jueces le dieron, en conjunto, a la prueba pericial, hipótesis que se enmarca dentro del llamado error de derecho por falso juicio de convicción inadmisible en esta sede, bajo la

sola consideración que el legislador le ha concedido al juez penal para evaluar el acervo probatorio, dentro de un sistema no sujeto a tarifa (art.254 C.P.P.), y si bien también cabría plantear violación al sistema de la sana crítica, el censor tampoco lo aduce.

Este principio procesal impide que de esa actividad intelectiva surja una transgresión a la ley, en la medida en que en ausencia de encasillamientos normativos sobre el particular valor de cada medio, resulta imposible la violación de mandatos inexistentes.

Tratándose de la labor intelectual y valorativa del raciocinio del juzgador, el ataque al fallo de segundo grado es impropio, porque esta vía de impugnación no admite la "corrección" de las valoraciones cumplidas por los sentenciadores, las cuales vienen precedidas de la doble presunción de legalidad y acierto.

Y por si lo anterior no fuera suficiente, los argumentos que fundamentan la demanda tampoco conducen a concluir la inimputabilidad del sentenciado en el instante en que realizó los hechos punibles. Así, el actor extraña que no se hubiera considerado la afirmación del perito bioquímico al decir que «el juicio y raciocinio estando bajo los efectos del alcohol se verían comprometidos». Pero como fácil puede verse, aquí el experto no estaba concluyendo que había una inimputabilidad relacionada con Bernardo Sánchez Pérez, sino considerando genéricamente las posibles consecuencias de una ingestión alcohólica como la suya, que en términos comunes produce la afectación de las facultades superiores. Pero este efecto que en ningún momento han desconocido ni los restantes expertos ni los falladores porque unos y otros han admitido que el alcohol produce perturbaciones de personalidad, solo que para el caso concreto del procesado no en la intensidad ni con la trascendencia hacia la inconciencia transitoria que a la defensa interesa.

Tampoco es verdad que no se hubiera apreciado el concepto de la doctora Gloria de Gálvez ni el tratamiento anterior del implicado, porque esos elementos demuestran un antecedente de alcoholismo que en ningún momento ha sido descartado. Lo que sucede es que el recurrente pretende darle a ese antecedente un efecto no demostrado, que consistiría en que el alcoholismo convierte a una persona, per se, en inimputable.

El reproche formulado por haberse excluido una parte del concepto rendido en Bogotá, tampoco tiene fundamento, con el alcance que quiere asignarle el impugnante, pues ese fragmento aludía al desacuerdo sobre la afirmación de que Bernardo Sánchez Pérez es una persona siquiátricamente sana, ya que se trata de un disenso entre profesionales de la misma especialidad relacionada con la clasificación del alcoholismo como enfermedad o como condición ajena a esa calificación; pero, sea que se clasifique como patología o no, en ningún caso la denominación que se escoja permite arribar a la inimputabilidad que se alega.

No escapa a la observación de la Sala la inexactitud en que incurre el actor cuando asegura que el dictamen del doctor Oscar Díaz Velta es contradictorio con los demás, pues si bien su colega del Instituto de Medicina Legal de Santa Fe de Bogotá expresa que existen apartes en los cuales no coincide con el criterio del especialista de la ciudad de Cali, en el punto central deja perfectamente dilucidado que *comparte la conclusión sobre la imputabilidad del procesado*, luego, ningún efecto produce en esta sede que los dos médicos opinen en forma diversa respecto de asuntos ajenos al controvertido .

Así las cosas, no se advierte que al proferir la sentencia de segundo grado en este proceso, el Tribunal Superior de Cali hubiera violado la ley sustancial. Por ello, el cargo no prospera.

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.

Comuníquese y devuélvase.

Jorge Aníbal Gómez Gallego, Fernando E. Arboleda Ripoll, Ricardo Calvete Rangel, Jorge Córdoba Poveda, Carlos Augusto Gálvez Argote, Edgar Lombana Trujillo, Mario Mantilla Nougues, Carlos E. Mejía Escobar, Nilson Pinilla Pinilla.

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

LIBERTAD PROVISIONAL / ANTECEDENTES

Precisó la Sala en las ya citadas oportunidades que, «...siendo de obligatoria referencia el estudio de los «antecedentes de todo orden» que pueda registrar el acusado y que en particular han de revelarse al interior del expediente, no cumpliría la judicatura su función si se mostrase ajena a la necesidad de consultarlos, lo que la obliga a tomar particular interés en el análisis conjunto de los rasgos de personalidad y antecedentes individuales, familiares y sociales de comportamiento, con miras a determinar si ha operado en realidad una rehabilitación y por lo mismo un cambio en los factores que condujeron a la comisión del delito y justificaron la imposición de pena, para animar a la cesación de su efectivo cumplimiento, o si por el contrario esas condiciones permanecen invariables o constituyen todavía un factor de riesgo que interfiera para el reacomodamiento social del procesado con provecho tanto para la comunidad como para él mismo, caso éste último en el que se tendría que mantener su estatus de interno».

«Lo anterior, por consiguiente, '...impide que sobre la sola base de unas bondadosas referencias personales pueda operar esa valoración integral, y sobre todo prescindiendo de las condiciones bajo las cuales se llegó a cometer la infracción juzgada, porque jamás podrá equipararse esta valoración para los casos de un delito pasional u ocasional, con las que se refieren a un delito cuya comisión ha implicado el montaje de una verdadera empresa que no desaparece por el solo hecho de la entrega o captura de uno o algunos de sus integrantes, dado que en éste último caso, es responsabilidad del juez ante la ley y la comunidad, la de tomar certeza y contar con garantía en cuanto aquella organización preparada para la actividad ilícita haya desaparecido real y radicalmente, o distanciado por lo menos e irrevocablemente de su actividad al sentenciado, ya que de otro modo, flaco servicio se le prestaría a la sociedad y al cumplimiento de los fines de la pena, con simplemente anticipar la posibilidad de que el sentenciado se reincorpore a aquel ambiente y retome aquellos medios y propósitos que lo habían llevado a la comisión de su infracción'.».

«Ya la Sala en casos similares ha puntualizado y ahora reitera su criterio, según el cual '.....con el complejo montaje de una actividad de producción, comercialización y exportación de sustancias estupefacientes que involucran la actividad de todo un grupo muy bien seleccionado, organizado y disciplinado de individuos que en sus diversas escalas se dedican al cultivo de las plantas, a la recolección de las cosechas, luego al proceso de elaboración e industrialización de los productos vedados, posteriormente a su almacenamiento y transporte y por último a su distribución y mercadeo, sin descontar -se infiere de la prolongación de esa actividad en el tiempo- el compromiso de autoridades corruptas'».

«Tan complejas organizaciones y actividades, elaboradas y cuidadosamente concebidas y ejecutadas, es racionalmente comprensible que tengan hundidas profundamente sus raíces, sin que hagan fácil, por lo mismo, su desmonte y desvertebramiento, circunstanciando, obviamente, dentro del análisis de esos «antecedentes de todo orden» la complejidad que representa en casos como el presente la valoración del pronóstico de que se hiciera cita en un inicio» (auto del 16 de marzo de 1995 - Mag. ponente Dr. Juan Manuel Torres Fresneda)».

Proceso No. 12509

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal

Magistrado Ponente: Dr. *Mario Mantilla Nougues*

Aprobado Acta No. 084

Santa Fe de Bogotá D.C., nueve (9) de junio de mil novecientos noventa y nueve (1999).

El procesado Juan Diego Patiño Congote, quien se halla detenido en la Cárcel del Distrito Judicial de Medellín "Bellavista", nuevamente solicita que se le otorgue la libertad provisional, pues considera que reúne todos los requisitos objetivos y subjetivos para ser acreedor al beneficio consagrado en el artículo 72 del Código Penal.

A su petición acompaña certificado de trabajo por el período comprendido entre noviembre de 1998 a abril del corriente año y Acta del Consejo de Disciplina.

Consideraciones de la Corte

1ª Un Juzgado Regional de Medellín, mediante sentencia de fecha 28 de julio de 1995, condenó a Patiño Congote a la pena privativa de la libertad de noventa y nueve (99) meses de prisión y multa equivalente a treinta (30) salarios mínimos mensuales como autor de la infracción descrita en el artículo 33 de la Ley 30 de 1986, agravada conforme al artículo 38

ibídem., sanción que fuera confirmada por el Tribunal Nacional en fallo calendado el 13 de diciembre siguiente.

El procesado fue privado de su libertad el 21 de junio de 1994, permaneciendo inicialmente bajo custodia policial en las habitaciones 508 y 516 de la Clínica Soma en Medellín (fl. 2), dictándose en su contra medida de aseguramiento de detención preventiva sin beneficio de excarcelación con Resolución de fecha 6 de julio siguiente (fl. 78), es decir, a la fecha ha permanecido en detención efectiva cincuenta y nueve (59) meses y dieciocho (18) días.

En oportunidad pasada Patiño Congote acompañó a similar solicitud de excarcelación certificado de trabajo por el período comprendido entre el mes de octubre (parcial) de 1997 y junio de 1998, acreditando durante dicho lapso 1.704 horas en lavandería (fl. 11), labor que también cumplió durante los siguientes meses de julio de 1998 a abril del corriente año (fl. 64 y 125), acreditando 2.280 horas adicionales para un total de 3.984, las que de conformidad con lo previsto en el artículo 82 de la Ley 65 de 1993 le representan una redención de pena equivalente a ocho (8) meses y nueve (9) días. Por estudio se le certifican 2.964 horas correspondientes al período de mayo de 1995 a octubre (parcial) de 1997 (fl. 51), las que de conformidad con lo previsto en el artículo 97 ibídem le permiten una rebaja equivalente a ocho (8) meses y siete (7) días, para un acumulado de setenta y seis (76) meses y cuatro (4) días, superiores a las dos terceras partes de la pena impuesta en las sentencias de instancia que corresponden a sesenta y seis (66) meses de prisión.

En proveídos de fechas 2 de diciembre de 1998 y 25 de mayo último, la Sala determinó que Patiño Congote efectivamente acredita los requisitos objetivos para acceder a la libertad reclamada, no obstante lo cual su personalidad no permite realizar un pronóstico favorable de su readaptación social, lo que hace necesario su tratamiento penitenciario hasta el cumplimiento total de la sanción impuesta.

Recuérdese que el peticionario el 21 de junio de 1994 fue trasladado a la Clínica Soma en Medellín, con lesiones producidas por la explosión que se presentara en el inmueble ubicado en la calle 63 No. 80 A 89 del Barrio Robledo, sitio en el cual fue hallada base de coca, recipientes de metal y plástico, químicos como ácido clorhídrico, alcohol etílico, amoníaco, acetona, 5 hornos microondas, elementos todos propios del procesamiento de estupefacientes (cocaína), es decir, que allí funcionaba un laboratorio para esa finalidad, lo que indica una clara industria destinada al narcotráfico y a su comercialización, lo que de suyo hace improcedente la pretensión liberatoria del libelista.

Además, precisó la Sala en las ya citadas oportunidades que, "...siendo de obligatoria referencia el estudio de los 'antecedentes de todo orden' que pueda registrar el acusado y que en particular han de revelarse al

interior del expediente, no cumpliría la Judicatura su función si se mostrase ajena a la necesidad de consultarlos, lo que la obliga a tomar particular interés en el análisis conjunto de los rasgos de personalidad y antecedentes individuales, familiares y sociales de comportamiento, con miras a determinar si ha operado en realidad una rehabilitación y por lo mismo un cambio en los factores que condujeron a la comisión del delito y justificaron la imposición de pena, para animar a la cesación de su efectivo cumplimiento, o si por el contrario esas condiciones permanecen invariables o constituyen todavía un factor de riesgo que interfiera para el reacomodamiento social del procesado con provecho tanto para la comunidad como para él mismo, caso éste último en el que se tendría que mantener su estatus de interno".

"Lo anterior, por consiguiente, '...impide que sobre la sola base de unas bondadosas referencias personales pueda operar esa valoración integral, y sobre todo prescindiendo de las condiciones bajo las cuales se llegó a cometer la infracción juzgada, 'porque jamás podrá equipararse esta valoración para los casos de un delito pasional u ocasional, con las que se refieren a un delito cuya comisión ha implicado el montaje de una verdadera empresa que no desaparece por el solo hecho de la entrega o captura de uno o algunos de sus integrantes, dado que en éste último caso, es responsabilidad del juez ante la ley y la comunidad, la de tomar certeza y contar con garantía en cuanto aquella organización preparada para la actividad ilícita haya desaparecido real y radicalmente, o distanciado por lo menos e irrevocablemente de su actividad al sentenciado, ya que de otro modo, flaco servicio le prestaría a la sociedad y al cumplimiento de los fines de la pena, con simplemente anticipar la posibilidad de que el sentenciado se reincorpore a aquel ambiente y retome aquellos medios y propósitos que lo habían llevado a la comisión de su infracción'.».

"Ya la Sala en casos similares ha puntualizado y ahora reitera su criterio, según el cual '.....con el complejo montaje de una actividad de producción, comercialización y exportación de sustancias estupefacientes que involucran la actividad de todo un grupo muy bien seleccionado, organizado y disciplinado de individuos que en sus diversas escalas se dedican al cultivo de las plantas, a la recolección de las cosechas, luego al proceso de elaboración e industrialización de los productos vedados, posteriormente a su almacenamiento y transporte y por último a su distribución y mercadeo, sin descontar -se infiere de la prolongación de esa actividad en el tiempo- el compromiso de autoridades corruptas'.».

"Tan complejas organizaciones y actividades, elaboradas y cuidadosamente concebidas y ejecutadas, es racionalmente comprensible que tengan hundidas profundamente sus raíces, sin que hagan fácil, por lo mismo, su desmonte y desvertebramiento, circunstanciando, obviamente, dentro del análisis de esos 'antecedentes de todo orden' la complejidad que representa en casos como el presente la valoración del pronóstico de

que se hiciera cita en un inicio» (auto del 16 de marzo de 1995 - Mag. ponente Dr. Juan Manuel Torres Fresneda)".

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Sala de Casación Penal, NIEGA nuevamente al procesado Juan Diego Patiño Congote la libertad provisional demandada.

Notifíquese y cúmplase.

Jorge Aníbal Gomez Gallego, Fernando E. Arboleda Ripoll, Ricardo Calvete Rangel, Jorge Córdoba Poveda, Carlos Augusto Galvez Argote, Edgar Lombana Trujillo, Mario Mantilla Nougues, Carlos E. Mejía Escobar, Nilson Pinilla Pinilla.

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

LIBERTAD Y SENTENCIA CONDENATORIA-Subrogado de la condena de ejecución condicional (Art. 198 C. de P.P.) / **DETENCION DOMICILIARIA**

Es lo primero precisar que efectivamente tiene razón el procesado cuando manifiesta que por estar pendiente la decisión sobre el recurso extraordinario de casación que interpusiera su defensor contra el fallo de segunda instancia no tiene la calidad de condenado sino de procesado detenido preventivamente, sin embargo ello no significa que el cumplimiento de la revocatoria de la detención domiciliaria quede diferida hasta cuando la sentencia se encuentre en firme, pues de conformidad con lo dispuesto en el artículo «las providencias relativas a la libertad y detención y las que ordenan medidas preventivas se cumplirán de inmediato. Si se niega el subrogado de la condena de ejecución condicional, la captura solo podrá ordenarse cuando se encuentre en firme la sentencia, salvo que durante el proceso se hubiere proferido medida de aseguramiento de detención sin excarcelación».

Lo anterior significa que siendo la detención domiciliaria una medida sustitutiva de la detención preventiva, no es equiparable a la excarcelación, pues lo que implica es que la privación de la libertad se cumple en el domicilio del procesado y no en un centro de reclusión, de ahí que, la jurisprudencia de la Sala haya sostenido que cuando el acusado se encuentra en dicha situación y en la sentencia se le niega el subrogado de la suspensión condicional de la ejecución de la condena, su internamiento en un establecimiento carcelario es de cumplimiento inmediato, ya que por no mediar excarcelación no se difiere su materialización hasta que cobre ejecutoria la decisión de condena, como que la única excepción a ello, y en eso es clara la ley, lo es cuando ha mediado excarcelación, como ya ampliamente se dijo en auto del 10 de marzo de 1.998:

«1. La regla general es que las decisiones judiciales sólo pueden ejecutarse o cumplirse una vez ejecutoriadas. Es lo que se infiere de la correlación lógica de los artículos 197 y 198 del Código de Procedimiento Penal, el primero referido a la *«ejecutoria de las pro-*

tidencias», como presupuesto de su ejecución, y el segundo atinente al «*cumplimiento inmediato*» de las determinaciones «relativas a la libertad y detención y las que ordenan medidas preventivas», como excepción a la regla. De todas maneras, la relación condicional entre «ejecutoria» y «ejecución o cumplimiento» es más nítida y directa en la previsión del artículo 334 del Código de Procedimiento Civil.

2. *El artículo 198 contiene una cadena de salvedades, cuyo entendimiento cabal sólo puede lograrse si se busca el significado de cada una de sus partes y, sobre todo, si se descubre la relación de las parte entre sí. Por obra del primer inciso de la disposición, se tiene que las decisiones sobre libertad y detención, como excepción a la regla de la exigencia previa de la ejecutoria, se cumplirán de inmediato (primer eslabón).*

3. Mas si lo que ocurre es que se dicta sentencia condenatoria, en primera o segunda instancia (la norma no distingue), y «se niega el subrogado de la condena de ejecución condicional, *la captura* sólo podrá ordenarse cuando se encuentre en firme la sentencia...». Es decir, en caso de negación del sustituto, se hace otra distinción pero para regresar a la regla general de la ejecutoria previa a la ejecución (segundo eslabón).

4. Sin embargo, a continuación se introduce otra limitación dentro del contexto de la ejecución de la captura a que daría lugar la negación del subrogado. La lectura de este inciso segundo del artículo 198 es la siguiente: negado el sustituto, la privación de la libertad sólo podrá ordenarse una vez en firme la sentencia; pero, si en el curso del proceso se había dictado medida de aseguramiento de detención sin excarcelación, fundado este último matiz en el no cumplimiento del requisito objetivo del subrogado o en las prohibiciones expresas de la respectiva causal de libertad (C. P. P., arts. 415-1 y 417), la captura podrá ordenarse de inmediato (tercer eslabón). La expresión «*sin excarcelación*» tiene necesariamente que referirse a la que se funda en la anticipación del sustituto penal de la suspensión de la condena, como que ese es el tema traído a colación por la primera parte del mencionado inciso 2°, pues, según lo recomienda el artículo 30 del Código Civil, «el contexto de la ley servirá para ilustrar el sentido de cada una de las partes, de manera que haya entre todas ellas la debida correspondencia y armonía» (M.P. Dr. Jorge Aníbal Gómez Gallego).

Proceso No. 15736

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal

Magistrado Ponente: Dr. *Carlos Augusto Gálvez Argote*

Aprobado Acta No. 85.

Santa Fe de Bogotá D.C., junio diez (10) de mil novecientos noventa y nueve. (1.999).

VISTOS

Se pronuncia la Sala respecto del recurso de reposición interpuesto por el procesado Jaime Enrique Sánchez Alfonso contra el auto proferido el 19 de mayo en curso, por medio del cual se le negó la libertad provisional, así como sobre la solicitudes de autorización para desarrollar trabajos comunitarios, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 2° de la Ley 415 de 1.997 y de restitución de la caución otorgada para gozar de la detención domiciliaria que le fuera concedida durante la etapa instructiva.

EL RECURSO

Manifiesta el petente que en cumplimiento de la orden impartida por la Sala en el auto recurrido el 28 de mayo pasado fue trasladado de su domicilio a la cárcel de Chía, en razón a que el Juzgado 55 Penal del Circuito de Santa Fe de Bogotá D.C. dispuso en la sentencia condenatoria proferida en su contra que se le revocaba la detención domiciliaria, debiéndose recluir en un centro penitenciario para el cumplimiento de la pena.

No obstante lo anterior, aduce que como la sentencia de primer grado fue apelada y a su turno recurrida en casación la dictada en segunda instancia por el Tribunal Superior de Santa Fe de Bogotá "para poner en conocimiento de la Corte las irregularidades que se presentaron durante mi juicio", lo cual, a su juicio, significa que el fallo del Juzgado 55 Penal del Circuito "aún no tiene la calidad de definitiva, pues la Corte ni se ha pronunciado y por tanto yo todavía tengo la calificación de sindicado", agregando seguidamente que la medida impuesta al definírsele la situación jurídica "no ha sido transgredida por mi, pues e (sic) cumplido al pie de la letra mis compromisos, sin dar motivo para trasladarme a una cárcel donde el bien que estoy haciendo a mi familia y a la sociedad es ninguno".

Solicita entonces que se revise si está en firme la orden de su traslado a una cárcel y se determine si "el tiempo que permaneceré siendo sindicado, aquí, será beneficioso para la mi familia y la sociedad en lugar de estar en mi condición de sindicado, estando detenido en mi domicilio, por lo menos hasta que la sentencia se encuentre en firme".

Igualmente, pide que se le ayude para que el tiempo que se dedicó al trabajo y a la enseñanza no sea perdido, pues para ello se acogió a las

indicaciones que le dieran los funcionarios bajo cuyas órdenes se encontraba, pues desconoce cuáles son los trámites administrativos, precisando más adelante que si se trata de escoger, según lo expuesto en el auto recurrido, opta por la más favorable, que en este asunto es el trabajo, pues le representa un descuento mayor, deprecando finalmente que se le ordene a los funcionarios que hayan incurrido en omisiones que se subsanen las mismas para no resultar perjudicado.

CONSIDERACIONES

1. Con fundamento en el artículo primero de la ley 415 de 1.997, Jaime Enrique Sánchez Alfonso solicitó la libertad provisional, la cual le fue negada en el auto del 19 de mayo pasado, decisión contra la cual dicho procesado interpuso el recurso de reposición que ahora se decide, siendo del caso precisar que como se advirtiera que a pesar de que en la sentencia de primera instancia se le revocó la detención domiciliaria por la que durante la fase instructiva se le había sustituido la detención preventiva, como consecuencia de la negativa del subrogado de la condena de ejecución condicional, y ya el Tribunal Superior de Santa Fe de Bogotá en auto del 26 de enero del año en curso, dispuso lo pertinente para que se cumpliera lo ordenado por el a quo, oficiando al efecto al Inpec y al Director de la cárcel de Chía, sin que a ello se hubiera procedido, la Sala dispuso su remisión a dicho centro carcelario, y negó la libertad deprecada por cuanto el peticionario no había descontado aún las tres quintas partes de la pena impuesta en los fallos de instancia, no pudiéndose tener en cuenta las horas certificadas por trabajo y enseñanza por haberse incumplido lo dispuesto en el artículo 26 de la Resolución 3272 de 1.995 emanada del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario.

2. Ahora bien, del escrito de sustentación del recurso, se puede colegir que dos son las razones que llevan al procesado a discrepar del auto recurrido, la primera relacionada con el cumplimiento inmediato de la revocatoria de la detención domiciliaria, porque a su juicio, ello solo procede cuando la sentencia se encuentre ejecutoriada y el segundo motivo con el reconocimiento de rebajas de pena por haberse dedicado al trabajo, actividad por la que dice optar para que se le compute a fin de obtener la libertad deprecada.

3. Así las cosas, es lo primero precisar que efectivamente tiene razón el procesado cuando manifiesta que por estar pendiente la decisión sobre el recurso extraordinario de defensor que interpusiera su defensor contra el fallo de segunda instancia no tiene la calidad de condenado sino de procesado detenido preventivamente, sin embargo ello no significa que el cumplimiento de la revocatoria de la detención domiciliaria quede diferida hasta cuando la sentencia se encuentre en firme, pues de conformidad con lo dispuesto en el artículo "las providencias relativas a la libertad y

detención y las que ordenan medidas preventivas se cumplirán de inmediato. Si se niega el subrogado de la condena de ejecución condicional, la captura solo podrá ordenarse cuando se encuentre en firme la sentencia, salvo que durante el proceso se hubiere proferido medida de aseguramiento de detención sin excarcelación".

4. Lo anterior significa que siendo la detención domiciliaria una medida sustitutiva de la detención preventiva, no es equiparable a la excarcelación, pues lo que implica es que la privación de la libertad se cumple en el domicilio del procesado y no en un centro de reclusión, de ahí que, la jurisprudencia de la Sala haya sostenido que cuando el acusado se encuentra en dicha situación y en la sentencia se le niega el subrogado de la suspensión condicional de la ejecución de la condena, su internamiento en un establecimiento carcelario es de cumplimiento inmediato, ya que por no mediar excarcelación no se difiere su materialización hasta que cobre ejecutoria la decisión de condena, como que la única excepción a ello, y en eso es clara la ley, lo es cuando ha mediado excarcelación, como ya ampliamente se dijo en auto del 10 de marzo de 1.998:

"1. La regla general es que las decisiones judiciales sólo pueden ejecutarse o cumplirse una vez ejecutoriadas. Es lo que se infiere de la correlación lógica de los artículos 197 y 198 del Código de Procedimiento Penal, el primero referido a la "ejecutoria de las providencias", *como presupuesto de su ejecución, y el segundo atinente al* "cumplimiento inmediato" *de las determinaciones "relativas a la libertad y detención y las que ordenan medidas preventivas", como excepción a la regla. De todas maneras, la relación condicional entre "ejecutoria" y "ejecución o cumplimiento" es más nítida y directa en la previsión del artículo 334 del Código de Procedimiento Civil.*

2. El artículo 198 contiene una cadena de salvedades, cuyo entendimiento cabal sólo puede lograrse si se busca el significado de cada una de sus partes y, sobre todo, si se descubre la relación de las parte entre sí. Por obra del primer inciso de la disposición, se tiene que las decisiones sobre libertad y detención, como excepción a la regla de la exigencia previa de la ejecutoria, se cumplirán de inmediato (primer eslabón).

3. Mas si lo que ocurre es que se dicta sentencia condenatoria, en primera o segunda instancia (la norma no distingue), y "se niega el subrogado de la condena de ejecución condicional, la captura *sólo podrá ordenarse cuando se encuentre en firme la sentencia...". Es decir, en caso de negación del sustituto, se hace otra distinción pero para regresar a la regla general de la ejecutoria previa a la ejecución (segundo eslabón).*

4. Sin embargo, a continuación se introduce otra limitación dentro del contexto de la ejecución de la captura a que daría lugar la negación del subrogado. La lectura de este inciso segundo del artículo 198 es la siguien-

te: negado el sustituto, la privación de la libertad sólo podrá ordenarse una vez en firme la sentencia; pero, si en el curso del proceso se había dictado medida de aseguramiento de detención sin excarcelación, *fundado este último matiz en el no cumplimiento del requisito objetivo del subrogado o en las prohibiciones expresas de la respectiva causal de libertad (C. P. P., arts. 415-1 y 417), la captura podrá ordenarse de inmediato (tercer eslabón). La expresión "sin excarcelación" tiene necesariamente que referirse a la que se funda en la anticipación del sustituto penal de la suspensión de la condena, como que ese es el tema traído a colación por la primera parte del mencionado inciso 2°, pues, según lo recomienda el artículo 30 del Código Civil, "el contexto de la ley servirá para ilustrar el sentido de cada una de las partes, de manera que haya entre todas ellas la debida correspondencia y armonía" (M.P. Dr. Jorge Aníbal Gómez Gallego).*

5. Siendo ello así, es claro que en este asunto, procedía el inmediato cumplimiento de lo dispuesto en el numeral sexto de la sentencia proferida el 20 de abril de 1.998, en el sentido de disponer el traslado de Sánchez Alonso"a un centro penitenciario para descontar la pena impuesta...", como en efecto lo hizo el Tribunal oficiándole al INPEC y éste a su vez a la cárcel de Chía para que se procediera de conformidad, pues el hecho de que no se hubiera materializado su reclusión, no significa que deba permanecer en detención domiciliaria hasta que cobre ejecutoria la sentencia, ya que este procesado no disfruto de libertad provisional durante el trámite del proceso, como que al momento de definírsele la situación jurídica le fue negada precisamente porque luego de hacer el juicio anticipado sobre la eventual procedencia de la condena de ejecución condicional en la sentencia, se concluyó negativamente.

6. De otra parte, en lo relativo al reconocimiento de rebaja de pena por trabajo, actividad por la que dice optar el procesado, la Sala se abstendrá de hacer los cómputos pertinentes, pues aún se mantienen vigentes las razones que tuvo en anterior oportunidad para no proceder a ello, ya que si bien, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 26 de la Resolución 3272 de 1.995 en el evento en que se realicen simultáneamente para éstos efectos podrá tomarse la que seleccione el interno, dado que aparte de que no se dio cumplimiento de lo dispuesto en los artículos 27 y 28 de la Resolución 3272 de 1.995 en cuanto a la evaluación y calificación de la actividad de trabajo certificada a Sánchez Alfonso durante el tiempo que permaneció en detención domiciliaria, como que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 101 de la Ley 65 de 1.993 "...para conceder o negar la redención de pena, deberá tener en cuenta la evaluación que se haga del trabajo, la educación o la enseñanza de que trata la presente ley...", debiéndose además, tener en cuenta que para estos efectos los que la Dirección General del INPEC determine para realizarse en cada centro carcelario "son los únicos válidos para redimir pena" (art.80 ibídem), encontrándose éstas reglamentadas en la referida resolución 3272 (art. 2º) y

2376 de 1.997 (art. 1º) entre las cuales no se encuentran las certificadas por la cárcel de Chía a éste procesado, y que "tienen que ver con la elaboración de cálculos, costos, presupuestos, de obras civiles efectuadas por terceros pero enviados para ser ejecutadas en su calidad de ingeniero civil, diseños de planos de construcción, por tarea manual y manejo de autocad, determinación de coeficientes, de fuerza de vigas, soportes y demás cálculos necesarios en obras civiles, plasmados en planillas entregadas al interno por la Dirección con el fin de que sean registradas y transcritas en el record de labores, llevado en el centro carcelario".

Por estos motivos, no existe entonces razón que haga modificar el auto recurrido.

7. Por lo que respecta a la solicitud que con base en el artículo 2º de la Ley 415 de 1.997 eleva el procesado en el sentido de que se le autorice "para desarrollar trabajos de obras públicas, en el perímetro rural del municipio sede del centro carcelario...", infórmesele que de conformidad con la norma en cita, ello le corresponde al Director de la respectiva cárcel, quien podrá acordar con el Alcalde municipal las condiciones para la prestación del servicio y vigilancia para el desarrollo de las actividades.

8. Y, por último, en lo relacionado con la restitución de la caución otorgada para gozar de la detención domiciliaria, por ser procedente, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 420 del Código de Procedimiento Penal, pues fue revocada la medida que la originó, se dispondrá oficiar a la Unidad de Delitos Financieros de esta ciudad para que disponga lo pertinente para la cancelación del título de depósito judicial No. 861370 de la Caja Agraria por valor de $ 3'440.100 otorgado por el procesado Jaime Enrique Sánchez Alfonso como caución que le fuera impuesta por la Fiscalía No. 72 de esa Unidad, en resolución del 22 de diciembre de 1.997 al sustituirle la medida de aseguramiento de detención preventiva por domiciliaria.

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

RESUELVE:

1. No reponer el auto del 19 de mayo del año en curso, por medio del cual se le negó la libertad al procesado Jaime Enrique Sánchez Alfonso.

2. Infórmesele al procesado que la autorización para llevar a cabo trabajos comunitarios en los términos del artículo 2º de la Ley 415 de 1.995, corresponde resolverla al Director de la cárcel en la que se encuentra interno.

3. Ofíciese a la Unidad de Delitos Financieros para que se disponga lo pertinente para la cancelación del título de depósito judicial No. 861370

de la Caja Agraria por valor de $ 3'440.100, según lo dispuesto en el numeral 8º de la parte motiva de esta decisión.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Jorge Aníbal Gómez Gallego, Fernando E. Arboleda Ripoll, Ricardo Calvete Rangel, Jorge Córdoba Poveda, Carlos Augusto Gálvez Argote, Edgar Lombana Trujillo, Mario Mantilla Nougues, Carlos E. Mejía Escobar, Nilson Pinilla Pinilla.

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

VIOLACION INDIRECTA DE LA LEY/ IN DUBIO PRO REO/ TESTIMONIO-Retractación

1.- Retteradamente ha sido dicho por la Corte que cuando se plantea violación indirecta de la ley sustancial, por inaplicación del artículo 445 del estatuto procesal penal, que consagra el principio in dubio pro reo, se impone para el casacionista la obligación de demostrar que en el proceso existe duda probatoria sobre la materialidad del hecho punible o la responsabilidad del acusado, y que los juzgadores de instancia dejaron de reconocerla y de aplicar las consecuencias jurídicas correspondientes, en razón a errores de hecho o de derecho en la apreciación de los elementos de prueba.

En tratándose de errores de facto, debe ser precisado si la equivocación se presenta por omisión o suposición de una determinada prueba (de existencia), por distorsión de su contenido fáctico (de identidad), o por desconocimiento de las reglas de la sana crítica en la valoración racional de su mérito; y, en tratándose de errores de derecho, si provienen de la apreciación de pruebas que no cumplen los requisitos legales de incorporación al proceso, o cumpliéndolos han sido desestimadas porque el juzgador considera que no los reine (falsos juicios de legalidad), o del desconocimiento de normas que regulan su valor o eficacia probatorias (falsos juicios de convicción).

Finalmente corresponde acreditar la incidencia del yerro en la parte dispositiva del fallo, lo cual presupone un estudio globalizado de la prueba con inclusión o exclusión, según cada caso, de las que no fueron apreciadas, o lo fueron indebidamente, y una valoración objetiva de su mérito, en orden a demostrar que de ellas no surge la certeza de la materialidad del hecho, o la responsabilidad del procesado, como equivocadamente lo declararon los juzgadores de instancia en el fallo, sino a un estado de duda razonable que debe ser resuelto en la forma prevista en el mencionado artículo 445 del Código de Procedimiento Penal.

2.- La retractación, ha sido dicho por la Corte, no destruye per se lo afirmado por el testigo arrepentido en sus declaraciones precedentes

tes, ni torna verdad apodíctica lo dicho en sus nuevas intervenciones. «En esta materia, como en todo lo que atañe a la credibilidad del testimonio, hay que emprender un trabajo analítico de comparación y nunca de eliminación, a fin de establecer en cuáles de las distintas y opuestas versiones, el testigo dijo la verdad. Quien se retracta de su dicho ha de tener un motivo para hacerlo, el cual podrá consistir ordinariamente en un reato de conciencia, que lo induce a relatar las cosas como sucedieron, o en un interés propio o ajeno que lo lleva a negar lo que sí percibió. De suerte que la retractación solo podrá admitirse cuando obedece a un acto espontáneo y sincero de quien lo hace y siempre que lo expuesto a última hora por el sujeto sea verosímil y acorde con las demás comprobaciones del proceso» (Cfr. Casación de abril 21/55 y noviembre 9/93, entre otras).

Proceso No. 10547

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal

Aprobado acta No.86

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

Santa Fe de Bogotá D. C., quince de junio de mil novecientos noventa y nueve.

Resuelve la Corte el recurso extraordinario de casación interpuesto contra la sentencia de 12 de diciembre de 1994, mediante la cual el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali condenó al procesado William Angulo Sánchez a la pena principal de 16 años de prisión, como autor responsable de doble delito de homicidio, en la modalidad de tentativa, y porte ilegal de armas de fuego de defensa personal.

Hechos y Actuación Procesal

En el mes de febrero de 1993, William Angulo Sánchez y Luz Amparo Zamora Hernández, quienes venían haciendo vida marital desde hacía dos años, decidieron ingresar al centro de rehabilitación para drogadictos «Corporación Caminos» de la ciudad de Cali, con el doble propósito de alejarse de la droga, y mejorar su relación de pareja.

En el mes de abril, Angulo Sánchez abandonó el tratamiento por no haberse logrado adaptar al reglamento de la institución. Luz Amparo, continuó la terapia, y días después decidió dejar a su compañero para regresar al seno de su familia. Exacerbado por esta determinación, Angulo Sánchez inició una campaña de intimidación y hostigamiento contra ella, sus familiares, y algunos funcionarios del centro de rehabilitación, a quienes culpaba de lo ocurrido.

El 6 de mayo, en las primeras horas de la noche, cuando Luz Amparo regresaba a casa de sus padres procedente del instituto, fue

sorpresivamente atacada por su ex compañero, quien le propinó siete puñaladas en diferentes partes del cuerpo, así: 1) herida de 5 ctms. en flanco izquierdo; 2) herida de 7 ctms. en borde externo del pectoral izquierdo; 3) herida de 8 ctms. en cuadrante externo de la mama izquierda; 4) herida de 5 ctms. en cuadrante superointerno de la mama derecha; 5) herida de 5 ctms. en región escapular izquierda; 6) herida curva de 5 ctms. en región deltoidea posterior de brazo derecho; y, 7) herida de 10 ctms en cara anteroexterna del antebrazo derecho (fls.68 y 291-1).

Recuperada de las lesiones recibidas, Luz Amparo reinició el 14 de mayo sus terapias en la Corporación, acompañada de su padre Jaime Zamora Gómez, pero debido a que Angulo Sánchez continuó amenazándolos a través de escritos, y había sido visto armado rondando el barrio, el instituto decidió internarla en su sede, a partir del sábado 29 de mayo.

El lunes 31, en las primeras horas de la mañana, encontrándose Luz Amparo conversando con su padre en la puerta de las instalaciones del centro de rehabilitación, apareció Angulo Sánchez, y después de llamarla por su nombre, procedió a dispararle repetidamente con un revólver, sin lograr causarle daño.

Horas más tarde, llamó por teléfono al instituto para preguntar por lo ocurrido, fingiendo ser hermano de Luz Amparo, pero al haber sido su voz reconocida por la Jefe de la Sección Terapéutica, terminó identificándose y aceptando la autoría del atentado, a la vez que culpaba a su ex compañera de lo que estaba sucediendo, y afirmaba haber realizado el hecho para «hacerle pasar un susto» (fls.13).

En el lugar del insuceso, agentes de la Policía Nacional adscritos a la Sijín hallaron dos proyectiles calibre .38 largo, uno incrustado en la puerta de madera que da acceso al centro de rehabilitación, y otro sobre el piso del parqueadero, «que al parecer pegó sobre la pared de ladrillo» (fls.15,49-1).

Preguntada Luz Amparo sobre los hechos ocurridos el 6 de mayo en las horas de la noche, precisó: «Yo venía de Caminos, me bajé del bus, caminé una cuadra, me faltaban como cuatro cuadras para llegar a la casa, estaba el sector sin energía, llovía a cántaros, escuché que alguien corría y (sic) detrás de mí, volteé de frente cuando vi que el señor William Angulo Sánchez, venía en carrera ya con el cuchillo levantado mano derecha (sic) y me tiró la primera puñalada en la espalda, le grité William me vas a matar y me dijo en estos términos 'Si no sos para mí no sos para nadie', la segunda puñalada me la tiró en la cara pero le metí el brazo derecho lesionándomelo, fue cuando caí y recibí cuatro o cinco puñaladas más, él seguía dándome en el suelo, me hice la muerta y dejó de darme, emprendió carrera y pude ver que efectivamente era él, testigos no hubo ya que como llovía no había nadie en la calle. Como pude yo corría a llegar

a la casa, decía Dios mío, Dios mío me mató, faltando media cuadra para llegar me desmayé y cuando me llevaban en taxi medio recobré el conocimiento, me pude dar cuenta que era mi padre Jaime Zamora Gómez quien me llevaba al hospital» (fls.37 vto).

Sobre lo acontecido el día 31, manifestó que encontrándose en la puerta de la edificación conversando con su padre, llegó hasta el antejardín su ex compañero Angulo Sánchez, y empezó a dispararle. Ella corrió hacia el interior de la sede y se desmayó. En el lugar se hallaban su padre y el celador Luis Carlos Velásquez Pérez, quien le gritó que corriera hacia adentro (fls.11).

Jaime Zamora Gómez, padre de Luz Amparo, al declarar sobre los hechos ocurridos el 6 de mayo en las horas de la noche, manifestó que en vista de que su hija no llegaba, decidió salir a llamar al instituto. De regreso, cuando se disponía a entrar de nuevo a la casa, escuchó gritar «PAPA ME MATO WILLIAM», y al devolverse vio que su hija venía bañada en sangre, logrando avanzar hasta caer en sus brazos. Los vecinos le ayudaron a alzarla y a tomar un taxi para trasladarla al hospital (fls.30 y vto). Y, en relación con el atentado del 31 de mayo expresó: «Siendo aproximadamente las 7:05 de la mañana, llegué al Instituto a dejarle ropa a mi hija, estaba yo conversando con mi hija en la puerta de entrada al instituto, y en eso se apareció el señor William Angulo Sánchez y llamó a Amparo e inmediatamente comenzó a disparar contra ella, Amparo logró entrarse para el Instituto sin que William lograra hacerle daño, e inmediatamente él salió y se fue en una bicicleta cross en que andaba... le hizo como cinco disparos a una distancia aproximada de 7 metros» (fls.12 vto).

Luis Carlos Velásquez Pérez, vigilante del centro «Corporación Caminos», declara en sentido similar sobre la forma como ocurrió el atentado del 31 de mayo. Agrega que al advertir la presencia de William Angulo Sánchez, alcanzó a prevenir a Luz Amparo, pero de inmediato éste empezó a disparar desde el exterior de la malla. No logró hacer blanco porque seguramente estaba muy nervioso o bajo los efectos de algún alucinógeno, pero lo que más pudo haber favorecido fue la malla, por la dificultad que le daba para ver el cañón del arma, «él puso el revólver sobre la malla, lo metió por un agujero de la malla y adelante había un árbol, el árbol es delgado, sino que de pronto no le da facilidad para un blanco preciso» (fls.119).

En indagatoria, William Angulo Sánchez negó su participación en los hechos del 6 de mayo de 1993 y, en relación con el atentado del 31 de los mismos mes y año, manifestó que ese día se presentó al instituto con el ánimo de hablar con la doctora Clara Inés Londoño Motta, pero en vista de que no lo quiso atender y fue descortés en el trato, resolvió hacer tres disparos a los lados con un revólver hechizo que cargaba, no con la intención de herirla (fls.61).

Del proceso hacen también parte, entre otras pruebas, las declaraciones de Clara Inés Londoño Motta, Jefe de la Sección Terapéutica de la «Corporación Caminos» (fls. 13) y José Edgar Rivas Salazar, Agente de Policía adscrito a la Sijín (fls.15); algunas notas manuscritas contentivas de amenazas, dirigidas a Luz Amparo (fls.9, 40); y, los dictámenes médico legales de 10 de mayo de 1993 y 22 de agosto de 1994, donde se describen las heridas y se fija una incapacidad definitiva de 12 días con deformidad

física permanente (fls.68 y 292), y el complementario de fecha 23 de agosto de 1994, en el cual se hace la siguiente precisión: «En respuesta a su oficio, me permito contestarle que teniendo en cuenta las características de las heridas que no interesaron cavidades u órganos vitales, se considera que no son lesiones mortales» (fls.294).

Resuelta la situación jurídica del procesado y cerrada la investigación (fls.73, 109 y 187), la fiscalía, mediante providencia de 27 de abril de 1994, calificó el mérito del sumario con resolución de acusación por los delitos de homicidio agravado, en concurso homogéneo sucesivo, en la modalidad de tentativa, y porte ilegal de armas de fuego de defensa personal, conforme a lo previsto en los artículos 323 y 324.6 del Código Penal (modificados por el 29 y 30.6 de la ley 40 de 1993), y 1º del Decreto 3664 de 1986, incorporado a la legislación permanente por el Decreto 2266 de 1991 (fls.204). Apelada esta decisión, la Fiscalía Delegada ante el Tribunal, por resolución de 20 de junio del mismo año, la confirmó en todas sus partes, con la aclaración de que no procedía la circunstancia de agravación prevista en el numeral 6 del artículo 324 del Código Penal, modificado por el 30 de la ley 40 de 1993 (fls.226).

En la audiencia pública, Luz Amparo Zamora Hernández, quien había solicitado ser escuchada en «ampliación de la denuncia con el fin de retractarme del delito de lesiones personales» (fls.269), afirmó no haber visto las personas que la atacaron, y haber acusado falsamente a su compañero para lograr alejarlo de ella, y obtener la devolución de sus hijos por parte del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar. En relación con el atentado del 31 de mayo, asegura no haber observado que William le apuntara, puesto que cuando hizo el primer disparo, lo dirigió hacia arriba, y ella se asustó y salió corriendo (fls.308 vto. y ss).

Mediante sentencia de 21 de octubre de 1994, el Juzgado Cuarto Penal del Circuito de Cali condenó al procesado a la pena principal de 16 años de prisión, y la accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas por 10 años, como autor responsable de los delitos de homicidio en la modalidad de tentativa, en concurso homogéneo sucesivo, y porte ilegal de armas de fuego de defensa personal, conforme a los cargos imputados en la resolución acusatoria (fls.321).

Apelado este fallo por el implicado, su defensor, y el Procurador 61 en lo Judicial, el Tribunal Superior, mediante el suyo que ahora recurre en casación la defensa, lo confirmó en todas sus partes (fls.386).

LA DEMANDA

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

Cargo primero:

Violación indirecta de la ley sustancial por error en la apreciación de la prueba, específicamente de la retractación de la testigo Luz Amparo Zamora Hernández en la audiencia pública.

Después de transcribir los apartes pertinentes de su nuevo relato, y de mostrar sus divergencias con el realizado en la «denuncia», donde señala al procesado como la persona que la hirió con arma blanca, sostiene que esta postura pone en tela de juicio su dicho, originando una duda probatoria que debe ser interpretada en favor de su representado, no desfavorablemente como lo hicieron los fallos de instancia.

Los argumentos que le dan prevalencia a su versión incriminadora, «como son quitarle los cargos o el miedo, son suposiciones que no se encuentran objetivamente y positivamente probados mediante otras pruebas, lo que no permite valorarlas sino como meras sospechas o conjeturas».

En el proceso no existen pruebas que desvirtúen la retractación de la testigo, y conduzcan al grado de certeza que se requiere para dictar sentencia condenatoria, razón por la cual se ha vulnerado el artículo 247 del Código de Procedimiento Penal.

Cargo segundo:

Nulidad por «error en la calificación del proceso, por cuanto si hipotéticamente mi representado hubiera causado las lesiones, se debió haber calificado el proceso por lesiones personales y no como tentativa de homicidio».

Sostiene que en el proceso obran tres dictámenes del Instituto de Medicina Legal, cuyo texto transcribe, de los cuales se desprende que las heridas que sufrió Luz Amparo Zamora Hernández fueron pequeñas, superficiales, tratadas a través de sutura, sin necesidad de intervención quirúrgica, que no afectaron órganos vitales, ni fueron consideradas mortales por el forense, y solo representaron una incapacidad de 12 días.

De las versiones de la testigo se infiere por su parte que en el momento de la agresión se encontraba sola, desarmada, a merced del agresor, sin oportunidad alguna de defenderse o evitar el ataque. Si el victimario hu

biera querido causarle la muerte lo habría hecho, pero no lo hizo, sino que le ocasionó simples cortadas, cuando bastaba introducir por una sola vez el cuchillo en su cuerpo para segarle la vida.

Los mencionados dictámenes médico legales son prueba categórica de que el agresor no quiso causarle la muerte a Luz Amparo. Los actos ejecutados no fueron idóneos, ni dirigidos inequívocamente a causarla. No hubo dolo homicida por parte del procesado, solo la intención de lesionar a la víctima, razón por la cual se incumplen las exigencias del artículo 22 del Código Penal.

En el caso de los disparos tampoco es posible afirmar el propósito homicida, por cuanto las circunstancias objetivas y positivas así lo indican: la distancia de 2 o 3 metros entre el agresor y Luz Amparo, la potencia del arma, y la forma como la víctima se desplazó hacia el interior de la sede, hubieran hecho de ella un blanco fácil si el procesado hubiera realmente disparado en dirección suya, lo cual no aconteció. Tampoco, por tanto, resulta idónea e inequívoca en este evento su conducta, ni la intención homicida.

Consecuente con sus planteamientos pide a la Corte, en su orden, casar el fallo impugnado y dictar el que deba reemplazarlo, o declarar la nulidad de lo actuado, indicando el estado en que queda el proceso.

Concepto del Ministerio Público

1. En respuesta al primer cargo, el Procurador Tercero Delegado sostiene que esta propuesta de ataque presenta vicios de técnica, en cuanto que el demandante se limita a confrontar las versiones antagónicas de la ofendida, para deducir de allí una presunta duda que los juzgadores no reconocen.

Cierto es que el fenómeno de la duda probatoria puede ser planteado en casación por la vía indirecta, pero ello requiere demostrar que las pruebas aportadas impiden lograr la certeza sobre el hecho o la responsabilidad del procesado, y que en el fallo se incurrió en una indebida apreciación probatoria que condujo a la aplicación indebida o exclusión evidente del artículo 445 del estatuto procesal penal, que establece, como derecho del procesado, el de presunción de inocencia.

De la sentencia recurrida y la propuesta de ataque que la demanda contiene, lo que surge es que el camino de alegación seleccionado estaba vedado para el libelista, porque el Tribunal no se encontró, al dictar el fallo, en estado de duda acerca del hecho punible o la responsabilidad del procesado, pues no obstante las contradicciones advertidas en el testimonio de la víctima, pudo solucionar el conflicto con apoyo en otros medios de convicción, y una adecuada valoración de la situación que se presentaba, llegando al convencimiento que la prueba recaudada arrojaba la cer-

teza requerida para proferir la decisión de carácter condenatorio, tras un análisis pormenorizado del acervo probatorio frente a las reglas de la sana crítica.

Objetivamente, las dos versiones de la testigo son antagónicas, pero ello, de suyo, no repercute en el estado de convencimiento del sentenciador, cuya misión no es simplemente leer el contenido de las pruebas en procura de su identidad, sino realizar un estudio conjunto de ellas, para poder resolver racionalmente los puntos contradictorios y las dudas que se presenten.

En el caso sub judice, tanto el Juez a quo como el Tribunal analizaron las dos versiones suministradas por la testigo, y concluyeron, después de un completo examen (cuyos apartes principales transcribe), que la primera consultaba la realidad de lo acontecido, y por eso le otorgaron credibilidad, desestimando su retractación por no resultar compatible con las probanzas recaudadas.

De esta manera, pudieron absolver la duda que objetivamente se les planteaba, para llegar, con certeza, a la decisión de condena. Por estas razones, y además por hallarse el cargo antitécnicamente planteado, se impone su desestimación.

2. En relación con la segunda propuesta de ataque, sostiene que el planteamiento del libelista resulta confuso puesto que inicialmente discute la comprobación del dolo homicida sobre la base de los elementos de juicio recaudados; después ataca la decisión de condena por no surgir de las pruebas allegadas al proceso los elementos configurativos de la tentativa; y, finalmente, pregona la nulidad de la actuación por errónea calificación jurídica de la conducta, insinuando que la resolución de acusación ha debido proferirse por lesiones personales.

Como puede verse, en el segundo de los cargos se avala el testimonio de Luz Amparo Zamora, al cual se le negó validez en el primero, pero además se plantea una nulidad desde el acto de la calificación, contra lo argumentado en la primera censura, donde se propuso violación de la ley sustancial, lo que implica la validez de la sentencia y de la actuación.

Además de lo dicho, el demandante, al discutir el propósito homicida, no analiza sino uno de los factores que pueden llevar a la determinación de un tal aspecto, como es que las lesiones causadas con arma blanca no eran mortales, y que las condiciones y circunstancias en las cuales se hicieron los disparos hacían de la víctima un blanco fácil, de haber querido el procesado causar el resultado.

Esta postura, empero, no analiza sino uno de los muchos elementos que pueden llevar a determinar la intención del sujeto agente, no siendo, por tanto, la afirmación del actor necesariamente cierta, ni su planteamiento el único válido para establecer el propósito homicida. Si así fuera,

habría de concluirse forzosamente que en todos los casos que se realicen disparos sin causar lesiones, la conducta sería atípica, no obstante haberse acreditado que el agresor pretendía causarle la muerte a la víctima.

En las sentencias se procedió correctamente al examinar no solo la gravedad de las heridas recibidas por la señora Luz Amparo, sino también la constante persecución de que la hizo víctima el procesado, «el ataque que causó sin que mediara circunstancia alguna inmediatamente antecedente; el haber calculado el ataque y haberse provisto, de antemano, del elemento necesario para causar las heridas; el ataque por la espalda; la cantidad de lances que hizo el procesado contra la humanidad de Luz Amparo y la dimensión y localización de las heridas».

La intención homicida no se derivó, por tanto, de la letalidad de las lesiones, sino de una serie de hechos y circunstancias que llevaron a los juzgadores a concluir que el procesado albergó la intención de causar la muerte de su compañera, no solo de ocasionarle daños en la salud, resultado que no se logró merced a la atención médica oportuna, y la falta de «eficacia» de las heridas para alcanzarlo.

El impugnante se detiene en el análisis del aspecto objetivo de las lesiones, y en especulaciones personales sobre la existencia de condiciones favorables que hubieran permitido al acusado lograr la muerte de su víctima, todo ello sin el necesario referente probatorio, el cual, por el contrario, revela la legalidad en la calificación jurídica de la conducta.

Con apoyo en estos razonamientos, solicita a la Corte mantener el fallo impugnado.

Se Considera

Cargo primero.

Reiteradamente ha sido dicho por la Corte que cuando se plantea violación indirecta de la ley sustancial, por inaplicación del artículo 445 del estatuto procesal penal, que consagra el principio in dubio pro reo, se impone para el casacionista la obligación de demostrar que en el proceso existe duda probatoria sobre la materialidad del hecho punible o la responsabilidad del acusado, y que los juzgadores de instancia dejaron de reconocerla y de aplicar las consecuencias jurídicas correspondientes, en razón a errores de hecho o de derecho en la apreciación de los elementos de prueba.

En tratándose de errores de facto, debe ser precisado si la equivocación se presenta por omisión o suposición de una determinada prueba (de existencia), por distorsión de su contenido fáctico (de identidad), o por desconocimiento de las reglas de la sana crítica en la valoración racional de su mérito; y, en tratándose de errores de derecho, si provienen de la

apreciación de pruebas que no cumplen los requisitos legales de incorporación al proceso, o cumpliéndolos han sido desestimadas porque el juzgador considera que no los reúne (falsos juicios de legalidad), o del desconocimiento de normas que regulan su valor o eficacia probatorias (falsos juicios de convicción).

Finalmente corresponde acreditar la incidencia del yerro en la parte dispositiva del fallo; lo cual presupone un estudio globalizado de la prueba con inclusión o exclusión, según cada caso, de las que no fueron apreciadas, o lo fueron indebidamente, y una valoración objetiva de su mérito, en orden a demostrar que de ellas no surge la certeza de la materialidad del hecho, o la responsabilidad del procesado, como equivocadamente lo declararon los juzgadores de instancia en el fallo, sino a un estado de duda razonable que debe ser resuelto en la forma prevista en el mencionado artículo 445 del Código de Procedimiento Penal.

Ninguno de estos pasos ha sido atendido por el demandante. Su propuesta de ataque parte del supuesto no demostrado de que la retractación de Luz Amparo Zamora Hernández pone en tela de juicio la responsabilidad de William Angulo Sánchez en el hecho, y que en el proceso no existen pruebas que desvirtúen las rectificaciones hechas por la testigo en la audiencia pública.

Nada dice el casacionista sobre los errores de apreciación probatoria cometidos, su naturaleza, manifestaciones, e incidencia en la parte dispositiva del fallo, ni de las pruebas sobre las cuales habrían recaído, y que pudieron haber llevado a los juzgadores de instancia a declarar probada la responsabilidad del procesado en el hecho punible, no estándolo.

La afirmación en el sentido de que la primera versión de la testigo, donde señala a su ex compañero como autor material del atentado, no amerita atendibilidad por haber sido posteriormente desvirtuada por ella, de suyo nada prueba, ni conduce a la demostración de error alguno de carácter probatorio, pues cuando lo atacado es el mérito de una determinada prueba, resulta necesario acreditar que la valoración realizada por los juzgadores de instancia no corresponde a la que imponen las reglas de la sana crítica, o que existen normas procesales que limitan su valor o eficacia probatorias, nada de lo cual demuestra el censor.

Al margen de estas inconsistencias de carácter técnico, el libelista se equivoca al considerar que por el solo hecho de la rectificación, la versión de la testigo pierde en todo o parte valor probatorio, y que en tales condiciones, no puede servir de fundamento para afirmar la responsabilidad del procesado en el hecho, pues las normas de derecho procesal no contienen una tal previsión, ni las reglas de la sana crítica permiten una inferencia de este tipo.

La retractación, ha sido dicho por la Corte, no destruye per se lo afirmado por el testigo arrepentido en sus declaraciones precedentes, ni tor-

na verdad apodíctica lo dicho en sus nuevas intervenciones. «En esta materia, como en todo lo que atañe a la credibilidad del testimonio, hay que emprender un trabajo analítico de comparación y nunca de eliminación, a fin de establecer en cuáles de las distintas y opuestas versiones, el testigo dijo la verdad. Quien se retracta de su dicho ha de tener un motivo para hacerlo, el cual podrá consistir ordinariamente en un reato de conciencia, que lo induce a relatar las cosas como sucedieron, o en un interés propio o ajeno que lo lleva a negar lo que sí percibió. De suerte que la retractación solo podrá admitirse cuando obedece a un acto espontáneo y sincero de quien lo hace y siempre que lo expuesto a última hora por el sujeto sea verosímil y acorde con las demás comprobaciones del proceso» (Cfr. Casación de abril 21/55 y noviembre 9/93, entre otras).

En el caso sub judice, los juzgadores analizaron ampliamente las versiones antagónicas de la testigo, y con criterio razonado, desestimaron la retractación, después de tomar en cuenta que el relato inicialmente suministrado al proceso coincidía con el proporcionado a su padre instantes después de los hechos, y de concluir, con acierto, que frente a las condiciones de salud en que se encontraba y la inmediatez de la acusación, resultaba ilógico pensar que hubiese tenido tiempo de maquinar una falsa incriminación con el propósito de distanciarse de procesado y lograr que el Instituto de Bienestar Familiar le hiciera entrega de sus hijos, como lo sostuvo después en la audiencia pública.

Los siguientes apartes recogen en lo sustancial lo sostenido por el Tribunal Superior en relación con este específico aspecto:

«En este caso desde el mismo momento en que Luz Amparo Zamora fue recogida por su padre cuando acababa de ser apuñaleada (sic) manifestó clara y concretamente que William Angulo Sánchez había sido la persona que la había lesionado. No existió dubitación alguna. No hubo ninguna duda porque de haberla tenido de seguro ... no habría señalado a su amante como el autor del atentado. Es de humano señalar a quien nos ha ofendido. Es la conducta lógica y justa, mas no tratar de señalar a alguien por temor o venganza y mucho menos en un estado grave como el que se encontraba en aquellos momentos Luz Amparo Zamora. Pero nuevamente volvió a repetir el señalamiento cuanto se encontraba en el hospital, lo que quiere decir que no se había equivocado que estaba en lo cierto...»

«El hecho de que para la diligencia de audiencia, muchos meses después, ya la ofendida se retracte de su imputación haciendo conocer que su señalamiento se debió a un sentimiento equivocado de temor u odio porque temía por la muerte de sus hijos en manera alguna se puede manifestar un rotundo no en forma simplista a esta situación. Para no acertar (sic) esta nueva situación se deben rastrear los antecedentes y el comportamiento de ambas personas, tal como lo examinó la instancia. Desde este punto de vista en ninguna manera podríamos aceptar que Luz Amparo Zamora le

haya mentido en un principio a las autoridades y podido engañar a la administración de justicia por muchos meses y así poder poner en la cárcel a un ciudadano inocente. No es cierto. Si situación es comprensible pero no se justifica a la luz de las normas vigentes... esta retractación no puede ser tenida en cuenta por la Sala, como tampoco fue tenida en cuenta por la instancia, porque en manera alguna es fruto de la razón y de la justicia, simple y llanamente la ofendida se ha compadecido del procesado quien por espacio de todo este proceso ha venido insistiendo en que la quiere, la adora y se lamenta de muchas cosas o que no la ha comprendido y por ello la ha tratado mal...» (fls.481 y 482).

No solo, entonces, por adolecer de falencias técnicas insalvables, y absoluta falta de sustentación, sino por resultar la censura infundada, se impone su desestimación.

Cargo segundo.

Al amparo de la causal tercera, el demandante presenta dentro de este cargo dos ataques contra el fallo impugnado, con apoyo, respectivamente, en las siguientes premisas: 1) Que el procesado, en el primer atentado, no actuó con la intención de matar, sino de lesionar a la víctima; y, 2) Que en los hechos ocurridos días después en el centro de rehabilitación, no albergó ninguno de tales propósitos.

En estricto rigor técnico, estos reparos debieron haber sido planteados y desarrollados autónomamente, en capítulos separados, como quiera que se estructuran sobre supuestos fácticos distintos, y suponen análisis y conclusiones diferentes. Además de ello, la vía de ataque escogida para el segundo, no resulta ser la correcta, pues si la conducta, como lo postula el demandante, es atípica, el error sería in iudicando (no de actividad procesal), susceptible solo de ser alegado por la vía de la causal primera.

En relación con este segundo reproche, es de precisarse, desde ya, que el impugnante no demuestra la existencia de errores de estimación probatoria de ninguna especie, y sus conclusiones sobre la inidoneidad y ausencia de univocidad de la conducta imputada, y su consecuente atipicidad, no dejan de ser apreciaciones personales, que ni siquiera consultan la realidad procesal.

Basta confrontar las declaraciones del vigilante del instituto Luis Carlos Velásquez Pérez, quien sostiene que Angulo Sánchez apuntó su arma hacia su ex compañera utilizando de mampuesto uno de los agujeros de la malla, y del agente de la Policía Nacional José Edgar Rivas Rojas, quien asegura haber recuperado uno de los proyectiles en la puerta de acceso al centro de rehabilitación, para advertir que los disparos fueron realizados con el ánimo de acertar, no de asustar como lo sostiene el casacionista.

La otra propuesta de ataque aparece correctamente planteada dentro del ámbito de la causal tercera, pero al igual que en el caso que viene de ser analizado, el censor no acredita la existencia de errores de apreciación probatoria de índole alguna que hubieran podido llevar a los juzgadores a equivocarse en el proceso de adecuación de la conducta en la descripción típica, sino que se limita a extraer del conjunto probatorio sus propias conclusiones, para contraponerlas a las de los juzgadores de instancia, olvidando que el fallo de segundo grado viene amparado con la doble presunción de acierto y legalidad, y que esto hace que deba considerársele ajustado al ordenamiento jurídico, mientras no se demuestre lo contrario.

Repetidamente la Corte ha sostenido que cuando el Juez, al dictar sentencia, se equivoca en la calificación jurídica de la conducta, porque adecua los hechos en un tipo penal distinto del que la describe, con afectación del nomen iuris, el ataque debe enmarcarse dentro del ámbito de la causal tercera, pero en punto a su demostración, deben seguirse los lineamientos de la primera, lo cual supone tener que señalar las normas de derecho sustancial que tipifican el hecho punible, las razones de orden jurídico que sustentan el ataque y, en tratándose de violación indirecta, los errores de apreciación probatoria que determinaron la indebida calificación de la conducta, exigencias todas que el libelista desatiende.

Sus alegaciones se fundan en una supuesta apreciación indebida de los dictámenes médico legales aportados al procesado, pero no precisa la clase de error cometido, ni alude, como acertadamente lo sostiene el Procurador Delegado en su concepto, a los demás factores tomados en cuenta por los juzgadores de instancia para afirmar la intención homicida del sujeto agente, como las amenazas proferidas contra Luz Amparo antes de los hechos, sus afirmaciones en el momento del atentado, el arma utilizada, el número de heridas causadas, su localización, y el haber cesado la agresión solo cuando la víctima fingió hallarse muerta, todos los cuales conducen razonablemente a la conclusión de que su finalidad era causar la muerte de su ex compañera.

Cierto es que las lesiones a ella inferidas no revestían el carácter de mortales, según se desprende del contenido de uno de los dictámenes médicos, pero este solo aspecto no puede servir de referente para afirmar o negar el propósito homicida. Bien puede suceder, como lo sostiene la Delegada, que la víctima de un atentado contra la vida resulte ilesa, o solo reciba lesiones de menor entidad, mas no por ello puede afirmarse que no exista tentativa.

Para la configuración del delito de homicidio en esta modalidad, solo se requiere que el sujeto agente haya iniciado la ejecución de la conducta punible mediante actos idóneos e inequívocamente dirigidos a su consumación, y que el resultado deje de producirse por circunstancias ajenas a su voluntad, no que la acción se concrete en la causación de un daño de

naturaleza mortal, como equivocadamente parece entenderlo el demandante.

El cargo no prospera.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, 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 Augusto Gálvez Argote, Edgar Lombana Trujillo, Mario Mantilla Nougues, Carlos E. Mejía Escobar, Nilson Pinilla Pinilla.

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

JUSTICIA REGIONAL / BENEFICIO ADMINISTRATIVO

Como se trata de un delito de competencia de la justicia regional, para el cual, conforme al artículo 150 de la ley 65 de 1993, no proceden los beneficios administrativos, se hace innecesario pronunciarse sobre la redención de pena, pues ésta sólo tendría por objeto establecer si sumado el tiempo de reclusión física con el descuento por trabajo y estudio se cumple la tercera parte de la pena impuesta para poder acceder al permiso de 72 horas para salir del establecimiento carcelario, el cual, por tratarse de un beneficio administrativo para un punible de competencia de la justicia regional, sería improcedente.

Proceso No. 14301

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal

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

Aprobado Acta N° 86

Santa Fe de Bogotá, D.C., quince (15) de junio de mil novecientos noventa y nueve (1999).

VISTOS

Resuelve la Sala la petición de redención de pena que presenta el procesado Alcides de Jesús Bedoya Escobar, quien se encuentra recluido en la Cárcel del Distrito Judicial de Medellín.

LA CORTE CONSIDERA

1. Demanda el libelista la redención de pena por trabajo realizado en prisión, amparándose en la ley 65 de 1.993 y en el Decreto 1542 del 12 de junio de 1.997, para lo cual adjunta certificaciones que acumulan 5784 horas de labor en el centro carcelario en el que se encuentra recluido.

2. Al peticionario se le impuso en las sentencias de instancia proferidas por un Juez Regional de la ciudad de Medellín, confirmada por el Tribunal Nacional en decisión del 3 de octubre de 1.996, la pena de 13

años de prisión (156 meses), al haberlo hallado responsable de los delitos previstos en el artículo 7º del Decreto 180 de 1.988, adoptado como legislación permanente por el artículo 4º del Decreto 2266 de 1.991.

Su privación de la libertad debe entenderse desde el 2 de junio de 1.994, fecha en la que fue dejado a disposición por razón de este proceso (folio 489 cuaderno número 4 causa número 6), y desde cuando debe entenderse que se encuentra cumpliendo la pena impuesta.

Sin embargo, como se trata de un delito de competencia de la justicia regional, para el cual, conforme al artículo 150 de la ley 65 de 1993, no proceden los beneficios administrativos, se hace innecesario pronunciarse sobre la redención de pena, pues ésta sólo tendría por objeto establecer si sumado el tiempo de reclusión física con el descuento por trabajo y estudio se cumple la tercera parte de la pena impuesta para poder acceder al permiso de 72 horas para salir del establecimiento carcelario, el cual, por tratarse de un beneficio administrativo para un punible de competencia de la justicia regional, sería improcedente.

En mérito de lo expuesto la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, se ABSTIENE de reconocer al procesado Alcides de Jesús Bedoya Escobar la redención de pena solicitada, en razón a las anteriores consideraciones.

Notifíquese y cúmplase.

Jorge Aníbal Gómez Gallego, Fernando E. Arboleda Ripoll, Ricardo Calvete Rangel, Jorge Córdoba Poveda, Carlos Augusto Gálvez Argote, Edgar Lombana Trujillo, Mario Mantilla Nougues, Carlos E. Mejía Escobar, Nilson Pinilla Pinilla.

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

INDIGENA-Fuero / DEFENSA TECNICA/ PROCESO PENAL/ TERMINACION ANTICIPADA DEL PROCESO/ CIRCUNSTANCIAS GENERICAS DE AGRAVACION PUNITIVA

1.- En el entendimiento que lo planteado por el procesado repercutiría en la competencia, enfrentando las jurisdicciones especial indígena y ordinaria, resulta imprescindible, antes de entrar a decidir el recurso, consultar las directrices que han venido siendo establecidas por el texto y la doctrina constitucional sobre la materia, en orden a determinar si la jurisdicción ordinaria carece de competencia para conocer de este asunto.

Algunas de las pautas interpretativas respecto al punto aparecen desarrolladas en la sentencia No.T-496/96, reiterada por la 523/97, que por su razonabilidad y en cuanto guardan estrecha relación con el caso analizado, resulta pertinente reproducir:

«... del reconocimiento constitucional de las jurisdicciones especiales se deriva el derecho de los miembros de las comunidades indígenas a un fuero. En efecto, se concede el derecho a ser juzgado por sus propias autoridades, conforme a sus normas y procedimientos, dentro de su ámbito territorial, en aras de garantizar el respeto por la particular cosmovisión del individuo.

«Sin embargo, esto no significa que siempre que esté involucrado un aborigen en una conducta reprochable, la jurisdicción indígena es competente para conocer del hecho. El fuero indígena tiene límites que se concretarán dependiendo de las circunstancias de cada caso. Por ahora, debemos señalar, que en la noción de fuero indígena se conjugan dos elementos: uno de carácter personal, con el que se pretende señalar que el individuo debe ser juzgado de acuerdo con las normas y autoridades de su propia comunidad, y uno de carácter geográfico, que permite que cada comunidad pueda juzgar las conductas que tengan ocurrencia dentro de su territorio, de acuerdo con sus propias normas. La distinción es importante, porque algunas veces, se atiende al fuero personal, o al fuero territorial, indistintamente, para determinar la competencia. Debe reiterarse, enton-

ces, que la coordinación entre este tipo de fueros corresponde a las circunstancias particulares de cada caso.

«En efecto, la solución puede variar si la acción típica es cometida por miembros de pueblos indígenas dentro de su territorio, o si un indígena, de manera individual, incurre en ella afectando a quien no es miembro de su comunidad por fuera del ámbito geográfico del resguardo. En el primero (sic) caso, en virtud de consideraciones territoriales y personales, las autoridades indígenas son las llamadas a ejercer la función jurisdiccional; pero en el segundo, el Juez puede enfrentar múltiples situaciones no solucionables razonablemente mediante una regla general de territorialidad. Por ejemplo:

«a. Cuando la conducta del indígena solo es sancionada por el ordenamiento nacional, en principio, los jueces de la república son los competentes para conocer del caso; pero como se encuentran ante un individuo de otra comunidad cultural, tienen el deber de determinar si el sujeto agresor entendía, al momento de cometer el ilícito, que su conducta era realmente negativa, para efectos de reconocerle, o no, el derecho al fuero. En este orden de ideas, las autoridades nacionales pueden encontrarse ante un indígena que de manera accidental entró en relación con una persona de otra comunidad, y que por su particular cosmovisión, no le era dable entender que su conducta en otro ordenamiento era considerada reprochable; o, por el contrario, enfrentar un sujeto que por su especial relación con la comunidad mayoritaria conocía el carácter perjudicial del hecho, sancionado por el ordenamiento jurídico nacional. En el primer caso, el intérprete deberá considerar devolver al individuo a su entorno cultural, en aras de preservar su especial conciencia étnica; en el segundo, la sanción, en principio, estará determinada por el sistema jurídico nacional.

«b. En el caso de que la conducta sea sancionada en ambos ordenamientos, es claro que la diferencia de racionalidades no influye en la comprensión de tal actuar como perjudicial. Sin embargo, el intérprete deberá tomar en cuenta la conciencia étnica del sujeto y el grado de aislamiento de la cultura a la que pertenece, para determinar si es conveniente que el indígena sea juzgado y sancionado de acuerdo con el sistema jurídico nacional, o si debe ser devuelto a su comunidad para que sea juzgado por sus propias autoridades, de acuerdo con sus normas y procedimientos.

«No es cierto, entonces, como lo afirma... que la actividad de las jurisdicciones indígenas esté condicionada a que 'hayan ocurrido los hechos dentro de su ámbito territorial'. Como se ve, las posibilidades de solución son múltiples y atendiendo a las condiciones parti-

culares de cada caso, las comunidades indígenas podrán también entrar a evaluar la conducta de un indígena que entró en contacto con un miembro de otra comunidad por fuera del territorio. En otras palabras, no sólo el lugar donde ocurrieron los hechos es relevante para definir la competencia, si no que se deben tener en cuenta las culturas involucradas, el grado de aislamiento o integración del sujeto frente a la cultura mayoritaria, la afectación del individuo frente a la sanción, etc.. La función del juez consistirá entonces en armonizar las diferentes circunstancias de manera que la solución sea razonable».

De acuerdo con estos parámetros, se tiene que el fuero indígena, entendido como el derecho que los miembros de las comunidades aborígenes tienen a ser juzgados por sus propias autoridades, dentro de su ámbito territorial, y de conformidad con las normas y procedimientos establecidos por ellas (art.246 C.N.), no surge de la sola circunstancia de ostentar el procesado la condición de indígena, como parece entenderlo el memorialista. Además de este factor, debe analizarse el lugar de ocurrencia de los hechos, en orden a determinar si se trata de un conflicto interno o externo, y en este último caso, las condiciones personales del indígena, su grado de culturización, conciencia étnica, distanciamiento del grupo, compenetración con la sociedad dominante, entre otros, a efecto de establecer si estaba en condiciones de comprender el carácter prohibitivo de su comportamiento.

La jurisdicción indígena procura preservar la diversidad étnica y cultural a partir del respeto de las normas, valores, costumbres e instituciones pertenecientes a los grupos indígenas dentro de su órbita territorial, siempre que no sean contrarios al ordenamiento jurídico nacional, y de proteger a quienes siendo sus miembros, se ven comprometidos en actos delictivos externos al grupo, debido a su particular forma de entender el mundo, con miras a no procurar su desarraigo del seno de la comunidad a que pertenecen, con todo lo que ello implica tanto para el colectivo como para el sujeto.

2.- El derecho a la defensa técnica implica desde luego que el inculpado cuente con asistencia profesional durante todo el proceso, y que sea continua y permanente, pues no de otra manera puede garantizarse a plenitud el derecho de contradicción, pero eso no significa que si en un determinado momento procesal ha dejado de tenerla, la actuación así cumplida, o la subsiguiente, adviengan por ese solo motivo ineficaces. Habrá que determinar, en cada caso, si el derecho de defensa resultó realmente comprometido por razón de la irregularidad, pues de no haberlo sido, ninguna razón válida podría sustentar la anulación de lo actuado.

La Corte ha venido sostenendo que cuando la informalidad es corregida oportunamente, de suerte que el defensor pueda ejercer adecuadamente los actos defensivos que pudieron haber sido realizados durante el tiempo que el procesado careció de asistencia profesional, como acontece, por ejemplo, cuando la irregularidad se presenta en la etapa del sumario, y el abogado designado para corregirla tiene la oportunidad de pedir pruebas o de controvertir las allegadas en las condiciones mencionadas, debe entenderse que el derecho no ha sido conculcado, puesto que ningún sentido tendría invalidar el proceso para que la defensa profesional vuelva a tener una oportunidad que ya le fue concedida, con la que contó (Cfr. Cas. Mayo 27 de 1999, Mag. Pte. Dr. Calvete Rangel).

3.- El proceso penal, como todo proceso, se rige por un orden, una secuencia progresiva o gradual, que abarca diferentes estancos o compartimientos, dentro de los cuales deben ser realizados determinadas actuaciones o ejercerse determinados derechos, siendo de carácter preclusivo. El funcionario judicial no puede revertir el procedimiento o adelantarlo para acceder a peticiones inoportunas de las partes, ni entremezclar dentro de un determinado estadio procesal actuaciones ajenas al mismo, sin desconocer con ello el debido proceso.

Suspender, por tanto, la notificación de la resolución de acusación para acceder a la solicitud de ampliación de indagatoria presentada por el procesado, como lo sugiere el casacionista, resultaba abiertamente improcedente, si se da en considerar que la investigación ya había sido clausurada, y que solo hasta la etapa del juicio era posible practicar nuevas pruebas.

4. La audiencia o diligencia de formulación y aceptación de cargos en la fase del sumario, tiene por objeto formalizar la acusación, y cumplir, para todos los efectos legales, los fines de la resolución acusatoria, como se desprende del contenido del numeral 2º del artículo 37B del Código de Procedimiento Penal, modificado por los artículos 5º de la ley 81 de 1993, y 12 de la ley 365 de 1997.

En el juicio, este trámite deja de tener sentido, por haber sido dictada ya la resolución acusatoria, y no tener el procesado posibilidad de apartarse de los cargos formulados en ella si pretende acogerse a los beneficios del instituto de la sentencia anticipada. De allí que en estos eventos, baste la manifestación expresa del procesado en el sentido de que acepta los cargos contenidos en la resolución de acusación, para que resulte legítimo el proferimiento de la sentencia anticipada, como aconteció en el caso sub judice (Cfr. Casación No. 11162 de mayo 27 de 1999, Mag. Pte. Dr. Calvete Rangel).

5.- Sobre la posibilidad legal de poder deducir al procesado en la sentencia circunstancias genéricas de agravación punitiva, no determinadas en la resolución de acusación, la doctrina de la Corte ha venido sosteniendo que en tratándose de circunstancias de naturaleza objetiva, es decir de aquellas cuya presencia se constata del solo contenido fáctico de la conducta, su omisión no impide que sean deducidas en la sentencia, en cuanto sus elementos configurantes emergen de los hechos, o del contenido de la resolución de acusación.

Pero, en tratándose de circunstancias de carácter subjetivo, entendidas por tales aquellas que se establecen mediante la elaboración de juicios de valor, deben ser incluidas e identificadas de manera expresa en la resolución acusatoria, para que puedan servir de sustento de un incremento punitivo en caso de condena (Cfr. Sentencia Unica Instancia de julio 22 de 1998, Magistrado Ponente doctor Mejía Escobar; Casación de mayo 11 de 1999, Magistrado Ponente Dr. Arboleda Ripoll, entre otras).

Proceso No. 12043

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal

Aprobado acta No.86

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

Santa Fé de Bogotá, C. D., quince de junio de mil novecientos noventa y nueve.

Resuelve la Corte el recurso extraordinario de casación interpuesto contra la sentencia anticipada de 19 de diciembre de 1995, mediante la cual el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Villavicencio condenó al procesado César Tulio Poloche Vera, a la pena principal de 38 años y 4 meses de prisión, como autor responsable de los delitos de lesiones personales en concurso homogéneo, y homicidio agravado.

HECHOS Y ACTUACIÓN PROCESAL

El 23 de octubre de 1993, en las horas de la noche, en la residencia de Marcolino Arias, ubicada en el barrio Calamar de la ciudad de Villavicencio, se presentó una discusión entre el propietario del inmueble y Nelson Camelo, en la que intervino en condición de mediador Pablo María Sabogal Barrios. Cuando esto acontecía, aparecieron en el lugar César Tulio Poloche Vera, su compañera Myriam Sánchez, y los hermanos Jesús María Portilla Tumaroza y David o Benjamín Portilla Tumaroza, quienes procedieron a insultar y atacar con arma blanca a Marcolino Arias y Pablo María Sabogal Barrios, causándole heridas en diferentes partes del cuerpo que determi-

naron una incapacidad médico legal de 15 y 35 días, respectivamente, con deformidad física para el primero (fls.140, 144, 150-1).

Inmediatamente después, los agresores se ubicaron a prudente distancia del lugar de los hechos a impedir que familiares y amigos de los heridos salieran del barrio a pedir ayuda para auxiliarlos y dar aviso a la policía, pero como sus órdenes pretendieron ser desconocidas por Rigoberto Cañaveral Díaz, lo atacaron, causándole heridas con la parte aguda de una pica que determinaron su muerte (fls.142-1).

Iniciada la investigación, la fiscalía vinculó al proceso mediante indagatoria a César Tulio Poloche Vera (fl.51-1), Myriam Sánchez (fl.60-1), Jesús María Portilla Tumaroza (fls.66-1) y David o Benjamín Portilla Tumaroza (fl.173-1), y resolvió su situación jurídica con medida de aseguramiento de detención preventiva, por el delito de homicidio (fls.73,201-1).

A instancias del primero de ellos, se celebró audiencia especial conforme a lo establecido en el artículo 37A del Código de Procedimiento Penal, y se suscribió un acuerdo con la Fiscalía para la terminación anticipada del proceso, que determinó la ruptura de la unidad procesal (fls. 219, 222, 253, 256-1). El Juzgado de conocimiento formuló observaciones a la legalidad del acuerdo y citó a nueva audiencia, pero el procesado se negó a aceptar los cargos presentados por la Fiscalía (fls.261, 264, 269-1).

Clausurada la investigación, se la calificó el 28 de abril de 1994 con resolución acusatoria por homicidio agravado en Rigoberto Cañaveral Díaz, y tentativa de homicidio en Pablo María Sabogal Barrios y Marcolino Arias, según lo previsto en los artículos 323 y 324,2,7 del Código Penal, modificados por los artículos 29 y 30 de la ley 40 de 1993 (fls.277, 286-1). Apelado este pronunciamiento, la Fiscalía Delegada ante el Tribunal, mediante decisión de 30 de junio del mismo año, lo confirmó respecto del delito de homicidio en Cañaveral Díaz, con la aclaración de que solo procedía la agravante del numeral 7° del artículo 324 del Código Penal, y degradó a lesiones personales los cargos por tentativa de homicidio (fls.4-2).

Entre la fecha de calificación del mérito del sumario y su ejecutoria, el acusado hizo llegar al proceso varias solicitudes de ampliación de indagatoria (fls.302, 318 y 324-1). Después, ante el Juzgado de conocimiento, solicitó sentencia anticipada, acorde con lo dispuesto en el artículo 37 del estatuto procesal penal, modificado por el 3° de la ley 81 de 1993 (fls.333-1), petición que fue presentada antes de la iniciación del término de traslado para la preparación de la audiencia.

El Juzgado, por auto de 22 de julio de 1994, señaló el 28 de los mismos mes y año para la celebración de la diligencia de aceptación de cargos (fls.334-1). El 27, el defensor del procesado solicitó la fijación de nueva fecha argumentando que en la señalada por el despacho debía atender otro compromiso judicial (fls.337-1). El Juzgado se abstuvo de acceder a

las pretensiones de la defensa, y en su lugar dispuso oficiar a la Asesoría Jurídica de la cárcel de la ciudad para que «por su intermedio y por escrito, el acusado Poloche Vera manifieste expresamente si acepta los cargos formulados en la resolución de acusación...» (fls.339-1).

Mediante memorial de 29 de julio, el procesado aceptó los cargos imputados (fls.342-1), y con fundamento en esta manifestación, el Juzgado, mediante sentencia de 18 de abril de 1995, lo condenó a la pena principal de 34 años y 7 meses de prisión, y la accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas por 10 años, como autor responsable de los delitos de homicidio agravado y lesiones personales, conforme a los cargos deducidos en la resolución de acusación (fls.383-1).

Apelado este fallo por el procesado, su defensor, y el fiscal de la causa, el Tribunal Superior, mediante el suyo de 19 de diciembre de 1995, que ahora recurre en casación la defensa, lo modificó en el sentido de condenar al acusado a la pena principal de 38 años y 4 meses de prisión (fls.39-3).

La Demanda

Con fundamento en la causal tercera de casación, cuatro cargos presenta el recurrente contra la sentencia impugnada.

Cargo primero:

Quebrantamiento del debido proceso al haber sido nombrado defensor del implicado en indagatoria un ciudadano honorable, no obstante el expreso contenido del artículo 29 de la Constitución Nacional, que dispone que debe estar asistido de un abogado titulado, y la inconstitucionalidad sobreviniente del artículo 148 del Código de Procedimiento Penal. Además de ello, se desconoció el texto mismo de la citada norma procedimental, en cuanto que la excepción allí prevista solo procede a falta de abogado inscrito en el lugar de la diligencia, y la ciudad de Villavicencio no se encuentra dentro de ese supuesto.

Dicho precepto fue declarado inexequible mediante sentencia C-049 de 1996 de la Corte Constitucional, y aún cuando es innegable que esta decisión rige hacia el futuro, no es menos verdad que desde su nacimiento era contraria al ordenamiento superior, y que la administración de justicia estaba obligada a preservar los derechos fundamentales y las garantías debidas al sindicado, conforme a lo previsto en el artículo 29 de la Carta Política.

En las anotadas condiciones, la indagatoria es nula de pleno derecho, según lo dispone en su parte final la referida norma constitucional, puesto que la designación de un ciudadano honorable para que asistiera al encartado en esta diligencia contravino lo establecido en ella, con violación del debido proceso.

Con fundamento en estas consideraciones pide a la Corte casar el fallo impugnado, y decretar la nulidad de lo actuado a partir inclusive de la indagatoria del procesado, ordenando que el expediente regrese a la fiscalía para que se subsane la irregularidad. De igual manera, decretar la libertad provisional de Poloche Vera por vencimiento de términos, según lo previsto en el artículo 415.4 del Código de Procedimiento Penal.

Cargo segundo.

Ausencia de defensa técnica, en cuanto que el procesado careció de asistencia profesional desde la indagatoria, donde se le designó un ciudadano honorable que lo representara, hasta cuando se le designó un abogado de oficio ad portas del cierre de la investigación, quien no actuó, caracterizándose por una pasividad absoluta, reflejo de lo cual es la no existencia en el proceso de al menos un memorial suyo, así como de constancias de su participación en diligencias, y la ausencia de alegatos de conclusión.

A no dudarlo, el nombramiento del defensor de oficio garantizaba per se la defensa técnica y el debido proceso, pero, a partir de su posesión, se evidencia mucho más la ausencia de asistencia, debido a su inercia como mecanismo de defensa. De allí que el vicio continuara, ya no por omisión de la Fiscalía, sino por la actitud del abogado, quien dejó al procesado abandonado a su suerte.

La indagatoria, adolece también de un vicio de procedimiento, que impedía que el funcionario instructor entrara a resolver la situación jurídica, decisión para la cual se requiere, como condición previa, que el imputado haya sido legalmente vinculado, bien mediante indagatoria, ora a través de declaración de persona ausente, presupuesto que no se cumplió en este caso, puesto que la indagatoria fue suspendida por el Fiscal, según se desprende de la siguiente constancia: «En este estado de la diligencia por lo avanzado de la hora y teniendo en cuenta que se encuentra pendiente por recepcionar la diligencia de indagatoria de la señora Myriam Sánchez, se suspende la presente diligencia, para posteriormente señalar fecha para su continuación», sin que aparezca constancia alguna que indique se hubiese sido concluida. Por tanto, se violó el derecho de defensa al procesado, al haberle sido negada esta oportunidad para explicar su conducta.

Dentro del término de notificación de la resolución de acusación, Poloche Vera presentó un memorial solicitando ampliación de indagatoria, pero la Fiscalía se abstuvo de acceder a lo pedido. Reiterada esta solicitud antes del otorgamiento del recurso, el funcionario se negó de nuevo a recibirla, argumentando que el proceso debía ser enviado al superior, donde tampoco hubo pronunciamiento al respecto. Decidida la apelación y remitido el proceso al Juez de conocimiento, el procesado insistió en su práctica, obteniendo la siguiente respuesta: «Sobre la peti-

ción elevada por el encausado se resolverá en su oportunidad correspondiente». Pero del estudio de la actuación procesal se advierte que la ampliación nunca fue recibida, y que tampoco se fijó fecha para hacerlo.

Posteriormente, Poloche Vera solicitó sentencia anticipada, razón por la cual el Juzgado señaló fecha para la audiencia de formulación y aceptación de cargos. En condición de defensor, solicitó su aplazamiento por tener compromisos adquiridos, pero el Juez inexplicablemente dispuso oficiar a la Asesoría Jurídica de la cárcel del lugar para que el sindicado, por su conducto, aceptara los cargos formulados en la resolución de acusación.

Esta posición del funcionario, contraviene todos los lineamientos legales vigentes de nuestro ordenamiento procesal penal, y desconoce el derecho de defensa del procesado, siendo la más grave y desastrosa determinación que funcionario judicial alguno haya tomado en el desempeño de sus funciones. Grave, porque Poloche Vera, una vez notificado por la Asesoría Jurídica, procedió a enviar un memorial aceptando los cargos, y con fundamento en este escrito el Juez dictó la correspondiente sentencia, sin haberse siquiera pronunciado sobre la solicitud de ampliación de indagatoria.

Si la confesión no constituye elemento probatorio suficiente para sustentar una decisión de condena, mucho menos puede serlo un simple memorial donde el procesado acepta los cargos. Se extralimitó en sus funciones, por tanto, el Juez de la causa, al omitir dar aplicación a lo establecido en el artículo 37 del Código de Procedimiento, en armonía con el 449 ejusdem.

También desconoció el contenido del numeral 2° del artículo 37B, conforme al cual, se debe elaborar un acta que contenga los cargos aceptados por el procesado. Y, en el caso sub judice, ella no existe, ni el señor Juez estuvo presente para dirigir la audiencia de aceptación de cargos, razón por la cual se violó el derecho de defensa y el debido proceso.

Sostiene que todas las cuestiones de orden procesal planteadas, atribuibles al Fiscal, al Juez, y al defensor de oficio designado en la fase de la instrucción, son prueba del abandono a que fue sometido el procesado, y de una sistemática violación del debido proceso. Por tanto, solicita que se case el fallo impugnado, y se decrete la nulidad de la actuación a partir de la indagatoria.

Cargo tercero.

Existencia de irregularidades sustanciales que afectan el debido proceso, así:

1. El nombramiento de un ciudadano honorable como defensor del procesado en indagatoria, con desconocimiento de lo dispuesto en los artículos 4 y 29 de la Constitución

Política, y 5º de la ley 57 de 1887, que establece que cuando haya incompatibilidad entre una norma constitucional y una legal, preferirá aquélla;

2. La suspensión de la indagatoria, y el haberse abstenido el funcionario de concluirla, procediendo, en cambio, a resolver la situación jurídica con violación de lo dispuesto en el artículo 385 del estatuto procesal;

3. Haberse abstenido el Fiscal y el Juzgado de ordenar la ampliación de indagatoria solicitada por el procesado;

4. Haber omitido el Juzgado resolver sobre la petición de libertad formulada por el implicado el día 3 de abril de 1995, y que aparece a folios 382 del expediente;

5. La falta de práctica de pruebas. El procesado en indagatoria manifestó hallarse embriagado en el momento de los hechos, situación comprobada con el dictamen de alcoholemia allegado al informativo, y que ameritaba una prueba médico psiquiátrica con el fin de establecer su inimputabilidad, que no fue practicada. Tampoco se realizó análisis de sangre al sindicado para determinar si coincidía o no con la hallada en el puñal que le fue decomisado y en la pica hallada en el lugar de los hechos.

Dicha prueba perseguía demostrar la causal de justificación del numeral 4º del artículo 29 del Código Penal, teniendo en cuenta las heridas que el acusado presentaba en su cuerpo.

Las irregularidades sustanciales mencionadas, constituyen el pilar de la nulidad propuesta, «por haberse de manera ilegal limitado el ejercicio del derecho de defensa del señor César Tulio Poloche Vera» (fls.107). Por consiguiente, solicita a la Corte casar el fallo recurrido, y decretar la nulidad del proceso a partir de la diligencia de indagatoria.

Cargo cuarto.

Violación del derecho de defensa por desconocimiento de las garantías fundamentales del sindicado, y de las prerrogativas legalmente establecidas en su favor.

Después de hacer un nuevo recuento de las irregularidades mencionadas en el cargo anterior, en los mismos términos allí planteados, y de reiterar literalmente lo expuesto en relación con la forma irregular como el juez determinó al procesado a aceptar los cargos a través de un memorial, sostiene que estas anomalías afectaron el derecho de defensa, y de contera, el debido proceso, siendo, por tanto, el sustento de la nulidad planteada.

Insiste en que una tal vulneración se presentó, «al omitirse la recepción de ampliación de indagatoria, al nombrarse un honorable ciudadano para que asistiese al encartado en una indagatoria que no ha concluido,

al omitirse la práctica de pruebas por él solicitadas, al abstenerse el Juzgado Tercero Penal del Circuito de Villavicencio de pronunciarse sobre su petición de libertad a la cual tenía derecho por el vencimiento de los términos, al negarse el honorable Tribunal a conocer del recurso por él no solamente interpuesto, sino, sustentado dentro del término legal» (fls. 114-3). Si estas no son irregularidades que afectan el derecho de defensa, entonces debe concluir que ignora lo que significa este derecho.

Reitera que la práctica de los dictámenes médico legales psiquiátrico y de sangre, eran importantes para acreditar, en su orden, la inimputabilidad de Poloche Vera, y demostrar que su conducta estuvo enmarcada dentro de una legítima defensa; y, que la ampliación de indagatoria, como mecanismo indiscutido de defensa, es un derecho que le asiste cuando desea aclarar o dar a conocer hechos o situaciones omitidas en la injurada inicial.

Al igual que en las otras censuras, pide a la Corte casar el fallo impugnado y decretar la nulidad de la actuación a partir de la indagatoria del procesado inclusive.

Concepto del Ministerio Público

El Procurador Primero Delegado en lo Penal analiza conjuntamente los dos primeros cargos, por estar ambos referidos a la falta de defensa técnica, y luego, en capítulo separado, el cargo tercero. Ningún comentario mereció de la Delegada la última censura.

En relación con los primeros, sostiene que una revisión detallada del proceso indica que estos reparos deben prosperar, por los siguientes motivos:

a) Cierto es que para el momento de la recepción de la indagatoria (octubre 27/93), la Corte Constitucional no había declarado la inexequibilidad del inciso 1º del artículo 148 del Código de Procedimiento Penal, que facultaba la designación de iletrados como defensores para indagatoria, pero también lo es que los presupuestos para su aplicación, en el caso objeto de estudio, no aparecen demostrados.

La norma permitía hacer esta clase de designaciones «cuando no hubiere abogado inscrito que lo asista en ella», y en el proceso no aparece constancia alguna que indique que el funcionario hubiera adelantado gestiones tendientes a obtener la colaboración de un profesional del derecho, situación que restringe indebidamente el derecho de defensa.

b) El procesado tampoco contó con asesoría técnica durante la instrucción, contrariándose de esta manera el artículo 29 de la Constitución.

En vista de que la Defensoría del Pueblo no le designó al procesado un defensor de oficio, la Fiscalía procedió a nombrarle al doctor Antonio José

Rincón Rubio, quien se posesionó el 10 de diciembre de 1993. Revisado el proceso no se advierte actuación alguna de este abogado, aunque debió haber intervenido en el intento fallido de terminación anticipada del proceso, a juzgar por las citaciones que allí aparecen. Fue Poloche Vera quien pidió ampliación de indagatoria, terminación anticipada del proceso, y presentó alegato precalificatorio. Solo un día después de haber sido proferida la resolución de acusación, tomó posesión su actual defensor, por designación que hiciera la Defensoría Pública.

Como puede verse, Poloche Vera no solo no contó con asistencia técnica en su injurada, sino durante toda la etapa instructiva, configurándose una irregularidad que no admite sanción distinta de la declaratoria de nulidad, acorde con lo dispuesto en los artículos 220-3 y 304-3 del Código de Procedimiento Penal.

Sobre la suspensión de la indagatoria, sostiene que ello no constituye irregularidad, puesto que pudo haberse solicitado su ampliación, como en efecto se hizo, solo que de manera inoportuna, y después no se ordenó en virtud del trámite de sentencia anticipada solicitada por el procesado.

Tampoco resulta ilegal el trámite dado por el Juzgado a la solicitud de sentencia anticipada en el juicio, pues la regulación legal no establece procedimiento alguno para este evento, como se infiere de lo dispuesto en el inciso final del artículo 37 del Código de Procedimiento Penal. Por consiguiente, la vía utilizada por el a quo, consistente en solicitarle al procesado que respondiera por escrito si aceptaba o no los cargos, resulta válida, por no contrariar la disposición citada.

Respecto del cargo tercero, sostiene que el actor carece de interés, porque su pretensión en el sentido de que se reconozca que el procesado actuó en situación de inimputabilidad, o en legítima defensa, implica una tácita retractación a su libre y voluntaria decisión de aceptar los cargos formulados en la resolución acusatoria.

Como corolario de lo expuesto, solicita a la Corte casar el fallo impugnado, y declarar la nulidad de lo actuado a partir inclusive de la indagatoria del procesado César Tulio Poloche Vera (fls.29 cuaderno Corte).

Se Considera

Cuestión previa.

En el trámite del recurso de casación el procesado César Tulio Poloche Vera solicitó la aplicación a la ley 21 de 1991, por medio de la cual se aprobó «el Convenio No.169 sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes, adoptado por la 76a reunión de la Conferencia General de la O.I.T., Ginebra 1989», y la declaración de su inimputabilidad, con el fin de poder ser juzgado por la comunidad indígena (fls.109 y 115 del cuaderno de la Corte).

A su petición, adjuntó una certificación informal de la Gobernadora del Cabildo Indígena de Natagaima (Tol), donde se hace constar que « el señor César Tulio Poloche, identificado con la cédula de ciudadanía No.17'316.403 de Villavicencio, es indígena oriundo del resguardo Guayaquil Ilarco, así lo acredita su descendencia de la étnia Pijao y el domicilio en esta región. Por tanto está amparado por las normas y leyes indígenas vigentes en el país» (fls.110 y 116 ibidem).

En el entendimiento que lo planteado por el procesado repercutiría en la competencia, enfrentando las jurisdicciones especial indígena y ordinaria, resulta imprescindible, antes de entrar a decidir el recurso, consultar las directrices que han venido siendo establecidas por el texto y la doctrina constitucional sobre la materia, en orden a determinar si la jurisdicción ordinaria carece de competencia para conocer de este asunto.

Algunas de las pautas interpretativas respecto al punto aparecen desarrolladas en la sentencia No.T-496/96, reiterada por la 523/97, que por su razonabilidad y en cuanto guardan estrecha relación con el caso analizado, resulta pertinente reproducir:

«... *del reconocimiento constitucional de las jurisdicciones especiales se deriva el derecho de los miembros de las comunidades indígenas a un fuero. En efecto, se concede el derecho a ser juzgado por sus propias autoridades, conforme a sus normas y procedimientos, dentro de su ámbito territorial, en aras de garantizar el respeto por la particular cosmovisión del individuo.*

«*Sin embargo, esto no significa que siempre que esté involucrado un aborigen en una conducta reprochable, la jurisdicción indígena es competente para conocer del hecho. El fuero indígena tiene límites que se concretarán dependiendo de las circunstancias de cada caso. Por ahora, debemos señalar, que en la noción de fuero indígena se conjugan dos elementos: uno de carácter personal, con el que se pretende señalar que el individuo debe ser juzgado de acuerdo con las normas y autoridades de su propia comunidad, y uno de carácter geográfico, que permite que cada comunidad pueda juzgar las conductas que tengan ocurrencia dentro de su territorio, de acuerdo con sus propias normas. La distinción es importante, porque algunas veces, se atiende al fuero personal, o al fuero territorial, indistintamente, para determinar la competencia. Debe reiterarse, entonces, que la coordinación entre este tipo de fueros corresponde a las circunstancias particulares de cada caso.*

«*En efecto, la solución puede variar si la acción típica es cometida por miembros de pueblos indígenas dentro de su territorio, o si un indígena, de manera individual, incurre en ella afectando a quien no es miembro de su comunidad por fuera del ámbito geográfico del resguardo. En el primero (sic) caso, en virtud de consideraciones territoriales y personales, las auto-*

ridades indígenas son las llamadas a ejercer la función jurisdiccional; pero en el segundo, el Juez puede enfrentar múltiples situaciones no solucionables razonablemente mediante una regla general de territorialidad. Por ejemplo:

«a. Cuando la conducta del indígena solo es sancionada por el ordenamiento nacional, en principio, los jueces de la república son los competentes para conocer del caso; pero cómo se encuentran ante un individuo de otra comunidad cultural, tienen el deber de determinar si el sujeto agresor entendía, al momento de cometer el ilícito, que su conducta era realmente negativa, para efectos de reconocerle, o no, el derecho al fuero. En este orden de ideas, las autoridades nacionales pueden encontrarse ante un indígena que de manera accidental entró en relación con una persona de otra comunidad, y que por su particular cosmovisión, no le era dable entender que su conducta en otro ordenamiento era considerada reprochable: o, por el contrario, enfrentar un sujeto que por su especial relación con la comunidad mayoritaria conocía el carácter perjudicial del hecho, sancionado por el ordenamiento jurídico nacional. En el primer caso, el intérprete deberá considerar devolver al individuo a su entorno cultural, en aras de preservar su especial conciencia étnica; en el segundo, la sanción, en principio, estará determinada por el sistema jurídico nacional.

«b. En el caso de que la conducta sea sancionada en ambos ordenamientos, es claro que la diferencia de racionalidades no influye en la comprensión de tal actuar como perjudicial. Sin embargo, el intérprete deberá tomar en cuenta la conciencia étnica del sujeto y el grado de aislamiento de la cultura a la que pertenece, para determinar si es conveniente que el indígena sea juzgado y sancionado de acuerdo con el sistema jurídico nacional, o si debe ser devuelto a su comunidad para que sea juzgado por sus propias autoridades, de acuerdo con sus normas y procedimientos.

«No es cierto, entonces, como lo afirma... que la actividad de las jurisdicciones indígenas esté condicionada a que 'hayan ocurrido los hechos dentro de su ámbito territorial'. Como se ve, las posibilidades de solución son múltiples y atendiendo a las condiciones particulares de cada caso, las comunidades indígenas podrán también entrar a evaluar la conducta de un indígena que entró en contacto con un miembro de otra comunidad por fuera del territorio. En otras palabras, no sólo el lugar donde ocurrieron los hechos es relevante para definir la competencia, si no que se deben tener en cuenta las culturas involucradas, el grado de aislamiento o integración del sujeto frente a la cultura mayoritaria, la afectación del individuo frente a la sanción, etc.. La función del juez consistirá entonces en armonizar las diferentes circunstancias de manera que la solución sea razonable».

De acuerdo con estos parámetros, se tiene que el fuero indígena, entendido como el derecho que los miembros de las comunidades aborígenes tienen a ser juzgados por sus propias autoridades, dentro de su ámbito territorial, y de conformidad con las normas y procedimientos esta-

blecidos por ellas (art.246 C.N.), no surge de la sola circunstancia de ostentar el procesado la condición de indígena, como parece entenderlo el memorialista. Además de este factor, debe analizarse el lugar de ocurrencia de los hechos, en orden a determinar si se trata de un conflicto interno o externo, y en este último caso, las condiciones personales del indígena, su grado de culturización, conciencia étnica, distanciamiento del grupo, compenetración con la sociedad dominante, entre otros, a efecto de establecer si estaba en condiciones de comprender el carácter prohibitivo de su comportamiento.

En el caso que nos ocupa tenemos que los hechos fueron cometidos en Villavicencio, lugar bien distante del territorio del resguardo indígena al cual dice pertenecer el procesado, contra personas no pertenecientes a su étnia, y por quien, según los datos que aparecen en el proceso, ha estado en permanente contacto con la colectividad y cultura nacional desde hace un tiempo considerable, y aislado de la comunidad indígena de la cual es oriundo.

Esto último surge de su indagatoria, donde hace las siguientes precisiones: «tengo 42 años de edad, natural de Ataco (Tolima)...los últimos diez años los he vivido aquí en Villavicencio, yo he vivido toda la vida aquí en el Llano, de vivir allá en el barrio vivo hace diez años, porque soy uno de los fundadores del barrio» (fl.51,52-1). Frente a las preanotadas circunstancias, no resulta posible afirmar que el delito porque ha sido juzgado Poloche Vera haya sido producto de la ausencia de comprensión del contenido y carácter social de su conducta, derivado de sus diferencias culturales, como tampoco que su juzgamiento por las autoridades de la jurisdicción ordinaria atente contra la identidad cultural y la cohesión del grupo indígena al que pertenece, pues no se trata, como ya se dejó dicho, de un conflicto de carácter interno, sino de una acto cometido por fuera de su ámbito territorial, hallándose él mismo al margen de la convivencia bajo los patrones de cultura propios de la etnia a que dice pertenecer.

La jurisdicción indígena procura preservar la diversidad étnica y cultural a partir del respeto de las normas, valores, costumbres e instituciones pertenecientes a los grupos indígenas dentro de su órbita territorial, siempre que no sean contrarios al ordenamiento jurídico nacional, y de proteger a quienes siendo sus miembros, se ven comprometidos en actos delictivos externos al grupo, debido a su particular forma de entender el mundo, con miras a no procurar su desarraigo del seno de la comunidad a que pertenecen, con todo lo que ello implica tanto para el colectivo como para el sujeto, situaciones que, como se ha dejado visto, no son predicables en este caso.

De allí que ningún reparo resulte válido hacer al juzgamiento del procesado Poloche Vera por parte de la justicia ordinaria.

RESPUESTA A LA CENSURA.

En razón a que el orden de presentación de los ataques de nulidad propuesto por el demandante no corresponde al que impone la lógica del recurso, y que algunos de ellos aparecen planteados varias veces, la Corte los reordenará para su estudio, dividiéndolos en dos grupos: los que se fundan en violaciones al derecho de defensa técnica, y los que se hacen consistir en irregularidades sustanciales que afectan el debido proceso.

1. *Ausencia de defensa técnica.*

Este cargo se fundamenta en tres motivos: 1) Haber nombrado como defensor del procesado en indagatoria, una persona que no tenía la condición de abogado; 2) Haber permanecido el implicado sin asistencia profesional durante la mayor parte de la investigación; y, 3) Total inactividad del defensor inicialmente designado. En su orden, por tanto, se dará respuesta a cada uno de estos reparos:

1. La indagatoria de César Tulio Poloche se llevó a cabo el 27 de octubre de 1993, fecha para la cual se hallaba todavía vigente el inciso primero del artículo 148 del estatuto procesal penal, que establecía la posibilidad de confiar el cargo de defensor para la indagatoria del imputado a un ciudadano honorable, pues su exclusión del ordenamiento jurídico solo vino a ser declarada el 8 de febrero de 1996, mediante sentencia No. C-049 de la Corte Constitucional.

Esto permite concluir que la aplicación de la norma en mención resultaba legítima en ese momento, independientemente de la facultad que el funcionario pudiera tener de abstenerse de hacerlo pretextando excepción de inconstitucionalidad, pues esta facultad, como se sabe, es discrecional, de suerte que, mientras estuviera vigente, podía aplicarla, no siendo obligatorio dejar de hacerlo.

Respecto del no cumplimiento de la condición establecida en la norma para poder acudir al nombramiento de una persona honorable como defensora del imputado en indagatoria, basta decir que la Corte, al precisar el alcance de la expresión «cuando no hubiere abogado inscrito que lo asista en ella», ha señalado que debe ser entendida no en el sentido de ausencia material de profesionales en la ciudad sede del despacho, sino desde una perspectiva de disponibilidad, atendidas las circunstancias en las cuales debe ser recibida la indagatoria.

En el caso analizado, cierto es, como lo anota el Procurador Delegado en su concepto, que en el proceso no aparece constancia alguna de que el instructor hubiera realizado gestiones orientadas a obtener el concurso de un profesional del derecho que asistiera al procesado Poloche Vera en la indagatoria, pero no por ello puede afirmarse que no las hubo.

Esta diligencia, se llevó a cabo en la ciudad de Villavicencio, población respecto de la cual no es dable afirmar que existiera, para la época en que fue recibida, disponibilidad permanente de abogados, como para pensar que su no consecución haya obedecido a negligencia o falta de gestión del funcionario instructor.

En cambio, existen elementos de juicio que indican que si las hubo, como la circunstancia de que no todos los procesados, sino solo los indagados en las horas de la mañana del mismo día, fueron asistidos por un ciudadano honorable. Jesús María Portilla, quien fue indagado en las horas de la tarde (fls.60-1), estuvo asistido de un profesional designado de oficio, situación que indica que el Fiscal no ignoró la obligación que tenía de proveer a los procesados de un abogado, pues de haber sido así, la situación habría sido la misma para todos los indagados.

2. Cierto es, como lo sostiene el demandante y el Procurador Delegado, que el procesado registra inasistencia profesional desde su indagatoria hasta el 10 de diciembre siguiente, cuando tomó posesión como defensor de oficio el doctor Antonio José Rincón Rubio (fls.216, 217-1), y que durante este período la actividad probatoria no se detuvo, pero este vicio, aunque censurable, no logra afectar de suyo la validez del proceso.

El derecho a la defensa técnica implica desde luego que el inculpado cuente con asistencia profesional durante todo el proceso, y que sea continua y permanente, pues no de otra manera puede garantizarse a plenitud el derecho de contradicción, pero eso no significa que si en un determinado momento procesal ha dejado de tenerla, la actuación así cumplida, o la subsiguiente, advengan por ese solo motivo ineficaces. Habrá que determinar, en cada caso, si el derecho de defensa resultó realmente comprometido por razón de la irregularidad, pues de no haberlo sido, ninguna razón válida podría sustentar la anulación de lo actuado.

La Corte ha venido sosteniendo que cuando la informalidad es corregida oportunamente, de suerte que el defensor pueda ejercer adecuadamente los actos defensivos que pudieron haber sido realizados durante el tiempo que el procesado careció de asistencia profesional, como acontece, por ejemplo, cuando la irregularidad se presenta en la etapa del sumario, y el abogado designado para corregirla tiene la oportunidad de pedir pruebas o de controvertir las allegadas en las condiciones mencionadas, debe entenderse que el derecho no ha sido conculcado, puesto que ningún sentido tendría invalidar el proceso para que la defensa profesional vuelva a tener una oportunidad que ya le fue concedida, con la que contó (Cfr. Cas. Mayo 27 de 1999, Mag. Pte. Dr. Calvete Rangel).

En el presente caso, el doctor Rincón Rubio se posesionó el 10 de diciembre de 1993, mucho antes de ordenarse el cierre de la investigación (marzo 11 de 1994), habiendo tenido oportunidad de pedir nuevas pruebas, solicitar la ampliación o repetición de las ya aportadas, o de cuestio-

nar su validez o eficacia probatorias, tareas que dejó de realizar, no porque la judicatura le hubiera negado o limitado la posibilidad de hacerlo, sino porque el procesado solicitó audiencia especial, en procura de un acuerdo con la Fiscalía.

En estas condiciones, la informalidad alegada resulta intrascendente, pues si la defensa, a pesar de su tardía integración, estaba en condiciones de adelantar un debate probatorio amplio, y no lo hizo, mal puede ahora impetrar la nulidad de la actuación con el propósito de buscar una oportunidad que ya le fue brindada, y la cual declinó para optar inicialmente por la audiencia especial, y luego por la sentencia anticipada.

3. El reparo, consistente en la ausencia de defensa técnica por inactividad del abogado designado de oficio, es totalmente infundado. Cuando el doctor Antonio José Rincón Rubio se posesionó como defensor de Poloche Vera el 10 de diciembre de 1993, estaba pendiente de ser resuelta la petición del procesado en el sentido de que se adelantara el trámite de audiencia especial previsto en el artículo 37A del Código de Procedimiento Penal, modificado por el 4º de la ley 81 de 1993.

El 13 de diciembre, el fiscal fijó fecha para la celebración de la diligencia, pero solo el día 13 de enero del año siguiente fue posible su iniciación, habiéndose prolongado por varias sesiones según se desprende de las constancias procesales (fls.233, 240, 249-1), hasta el día 28 de los mismos mes y año, cuando se llegó a un acuerdo con el procesado (fls.253-1). De inmediato las diligencias fueron enviadas al Juez de conocimiento, donde se fijó el 7 de marzo para la realización de nueva audiencia (fls. 264-1), en la cual el procesado manifestó no aceptar los nuevos términos de la imputación (fl.269-1). Esto determinó el reenvío del proceso a la Fiscalía, donde se procedió a cerrar investigación por auto de 11 de marzo siguiente (fl. 277-1).

Como puede verse, no es que el defensor del procesado haya dejado de ejercer el encargo de asistencia técnica que le fue encomendado, sino que al haber optado por el trámite de la audiencia especial, el proceso quedó suspendido por virtud de lo dispuesto en el parágrafo del citado artículo 37A del estatuto procesal penal, mientras se celebraba la audiencia y se cumplía el procedimiento correspondiente, actuaciones en las cuales, a juzgar por el contenido de las constancias procesales, estuvo presente el profesional del derecho.

Esto explica la razón por la cual en un tal estadio del proceso no aparecen memoriales del defensor pidiendo pruebas, interponiendo recursos, o haciendo solicitudes. Y si bien es cierto no presentó alegatos precalificatorios, no por ese solo hecho puede afirmarse que haya abandonado al implicado a su suerte, como lo sostiene el demandante, y da en sugerirlo el Procurador Delegado en su concepto.

Oportuno es precisar que en los días previos a la calificación del mérito del sumario el doctor Rincón Rubio fue desplazado por el hoy recurrente en casación doctor Arcángel Rodríguez Amaya, defensor público, quien impugnó la resolución acusatoria, y ha venido ejerciendo una activa asistencia técnica.

El cargo, por consiguiente, no puede prosperar.

2. *Irregularidades sustanciales que afectan el debido proceso:*

2.1. Haber sido resuelta la situación jurídica del procesado sin haber concluido la indagatoria.

Los términos en que se encuentra concebida la constancia dejada por el Fiscal en la última parte de la indagatoria del procesado César Tulio Poloche Vera son contradictorios, pues al tiempo que anuncia su suspensión por lo avanzado de la hora, afirma también su terminación por agotamiento del objeto. Veamos:

«... *(en este estado de la diligencia por lo avanzado de la hora y teniendo en cuenta que se encuentra pendiente por recepcionar la diligencia de indagatoria a la señora Myriam Sánchez, se suspende la presente diligencia, para posteriormente señalar fecha para su continuación). No siendo otro el objeto de la presente diligencia, se termina y firma como aparece por los que en ella intervinieron una vez leída y aprobada*» *(fls.59-1).*

De cualquier forma, sea cual fuere lo pretendido por el instructor, esta informalidad procedimental resulta intrascendente, conclusión a la que se llega si se toma en cuenta que el imputado fue interrogado ampliamente en su indagatoria sobre los hechos que sirvieron de fundamento al fallo, de suerte que desde el punto de vista material, no es dable sostener que la diligencia no haya sido terminada, y que por tal motivo Poloche Vera haya visto comprometido el derecho a la defensa.

Si el demandante se hubiera esforzado en examinar el contenido completo de la indagatoria, habría advertido que el funcionario instructor permitió que el imputado presentara su propio relato de los hechos, hasta agotarlo, y luego lo interrogó in extenso sobre ellos, al igual que sobre los móviles y circunstancias del insuceso, sin dejar de lado ninguno de los aspectos de la investigación (fls. 51-1), de donde surge que el objeto de la diligencia ya se había agotado, y que su continuación no era necesaria para que produjera efectos jurídicos.

Tan cierto es esto, que el libelista solo atina a sostener que la indagatoria debió proseguirse, pero no precisa con qué propósito, o para qué fines, ni de qué manera su no continuación comprometió el derecho de defensa del procesado. De allí que carezcan de fundamento sus afirmaciones sobre supuestos vicios en la vinculación de Poloche Vera al proceso, debido a la no «terminación» de la citada diligencia.

El cargo no prospera.

2.2. No haber sido resueltas las solicitudes de ampliación de la indagatoria presentadas por el sindicado.

Examinado el proceso se advierte que entre la fecha de calificación del mérito del sumario y el día que el Juzgado Tercero Penal del Circuito de Villavicencio avocó el conocimiento del proceso, para dar paso a la etapa de juzgamiento, el sindicado presentó varias solicitudes de ampliación de indagatoria (fls.302, 318 y 324-1), y que en relación con cada una de ellas el funcionario respectivo se pronunció inmediatamente, absteniéndose de darle trámite en razón al estado en que se hallaba el proceso (fls.302 vto., 319, 325-1).

Estas decisiones inhibitorias, en modo alguno desconocen las garantías fundamentales, o violan el debido proceso, pues hallándose la resolución de acusación en proceso de notificación y ejecutoria, la petición en tal sentido resultaba en ese momento impertinente. A ello solo podía accederse en la etapa probatoria del juicio, que como se sabe, no había comenzado. Y si después no aparece señalada fecha para la realización de esta diligencia, es porque el procesado, antes de vencerse el término de traslado para solicitud de pruebas, pidió sentencia anticipada, impidiendo que la actuación llegara hasta dicha fase procesal (fls.326, 333, 334-1).

El proceso penal, como todo proceso, se rige por un orden, una secuencia progresiva o gradual, que abarca diferentes estancos o compartimientos, dentro de los cuales deben ser realizados determinadas actuaciones o ejercerse determinados derechos, siendo de carácter preclusivo. El funcionario judicial no puede revertir el procedimiento o adelantarlo para acceder a peticiones inoportunas de las partes, ni entremezclar dentro de un determinado estadio procesal actuaciones ajenas al mismo, sin desconocer con ello el debido proceso.

Suspender, por tanto, la notificación de la resolución de acusación para acceder a la solicitud de ampliación de indagatoria presentada por el procesado, como lo sugiere el casacionista, resultaba abiertamente improcedente, si se da en considerar que la investigación ya había sido clausurada, y que solo hasta la etapa del juicio era posible practicar nuevas pruebas.

La censura, por consiguiente, resulta infundada.

2.3. No haber sido resuelta la petición de libertad de 3 de abril de 1995.

Aunque este cargo no debería ameritar respuesta alguna de la Corte por adolecer de absoluta falta de sustentación, no puede dejar de precisarse que irregularidad de tales perfilamientos no tiene la virtualidad de afectar

de nulidad el fallo impugnado, por no constituir condición de validez para su proferimiento.

Se trataría, cuando más, de una omisión procesal con repercusiones en el campo disciplinario, por desconocimiento de los términos legalmente establecidos para resolver la petición de libertad, que la defensa debió haber denunciado oportunamente.

El cargo no prospera.

2.4. Pretermisión de la audiencia de formulación y aceptación de cargos.

La Sala comparte las apreciaciones del Procurador Delegado en el sentido de que la ausencia de este acto procesal no constituye irregularidad que pueda viciar de nulidad la actuación adelantada con fundamento en el artículo 37 del Código de Procedimiento Penal, modificado por los artículos 3º de la ley 81 de 1993 y 11 de la ley 365 de 1997, cuando el trámite de sentencia anticipada se cumple en la etapa del juicio, como ocurrió en el caso sub judice.

Del contenido de la citada disposición legal, sin mayor esfuerzo se advierte que el procedimiento echado de menos por el casacionista, es el que corresponde al trámite de sentencia anticipada cuando la aceptación de cargos se produce en el curso del sumario, claramente definido en los primeros incisos del artículo, no al establecido para la etapa del juicio, pues en relación con éste, la norma solo dispone que el procesado acepte los cargos formulados en la resolución acusatoria, sin exigir que deba hacerse dentro de una audiencia especial, con suscripción de acta, y asistencia del funcionario.

Estas variantes procedimentales, tienen su razón de ser. La audiencia o diligencia de formulación y aceptación de cargos en la fase del sumario, tiene por objeto formalizar la acusación, y cumplir, para todos los efectos legales, los fines de la resolución acusatoria, como se desprende del contenido del numeral 2º del artículo 37B del Código de Procedimiento Penal, modificado por los artículos 5º de la ley 81 de 1993, y 12 de la ley 365 de 1997.

En el juicio, este trámite deja de tener sentido, por haber sido dictada ya la resolución acusatoria, y no tener el procesado posibilidad de apartarse de los cargos formulados en ella si pretende acogerse a los beneficios del instituto de la sentencia anticipada. De allí que en estos eventos, baste la manifestación expresa del procesado en el sentido de que acepta los cargos contenidos en la resolución de acusación, para que resulte legítimo el proferimiento de la sentencia anticipada, como aconteció en el caso sub judice (Cfr. Casación No.11162 de mayo 27 de 1999, Mag. Pte. Dr. Calvete Rangel).

Tampoco esta censura a la sentencia puede prosperar.

2.5. Violación del principio de investigación integral.

Tiene razón el Procurador Delegado cuando sostiene que el casacionista carece de interés para demandar la nulidad de la actuación procesal sobre el supuesto de que dejaron de practicarse pruebas que conducían a demostrar la existencia de una causal de justificación y la inimputabilidad del procesado en los términos aquí alegados, no solo porque escapa a los temas susceptibles de ser impugnados en tratándose de sentencia anticipada, sino porque contiene una tácita retractación a la aceptación que el procesado libre y voluntariamente hizo de los cargos formulados en la resolución acusatoria, no permitida por el procedimiento.

Por consiguiente, se impone la desestimación de la censura.

3. *Casación oficiosa:*

Advierte la Corte que en la sentencia de segundo grado, a instancias de la fiscal de la causa, el Tribunal dedujo en contra del procesado las agravantes genéricas previstas en los numerales 1º (motivos innobles), 3º (mayor insensibilidad moral del delincuente) y 7º (obrar con complicidad de otro) del Código Penal, no imputadas en el pliego de cargos.

Sobre la posibilidad legal de poder deducir al procesado en la sentencia circunstancias genéricas de agravación punitiva, no determinadas en la resolución de acusación, la doctrina de la Corte ha venido sosteniendo que en tratándose de circunstancias de naturaleza objetiva, es decir de aquellas cuya presencia se constata del solo contenido fáctico de la conducta, su omisión no impide que sean deducidas en la sentencia, en cuanto sus elementos configurantes emergen de los hechos, o del contenido de la resolución de acusación.

Pero, en tratándose de circunstancias de carácter subjetivo, entendidas por tales aquellas que se establecen mediante la elaboración de juicios de valor, deben ser incluidas e identificadas de manera expresa en la resolución acusatoria, para que puedan servir de sustento de un incremento punitivo en caso de condena (Cfr. Sentencia Unica Instancia de julio 22 de 1998, Magistrado Ponente doctor Mejía Escobar; Casación de mayo 11 de 1999, Magistrado Ponente Dr. Arboleda Ripoll, entre otras).

De las circunstancias genéricas deducidas a Poloche Vera en la sentencia, solo la prevista en el numeral 7º del citado artículo 67 del Código Penal tiene carácter objetivo. Además de ello, su configuración claramente surge del contenido fáctico de la acusación, siendo dable afirmar, por tanto, que el procesado tuvo oportunidad de conocerla, y que al admitir los cargos, la aceptó también como agravante.

No ocurre lo mismo con las circunstancia de los numerales 1º y 3º, pues por ser de carácter subjetivo, debieron haber sido objeto de análisis y establecimiento en la resolución acusatoria. Por tanto, su sorpresiva

inclusión, atenta contra la estructura conceptual del proceso, y viola de modo flagrante el derecho de defensa.

Acorde, entonces, con la facultad oficiosa consagrada en el artículo 228 del estatuto procesal penal, la Corte casará parcialmente la sentencia impugnada, con el fin de excluir las circunstancias de agravación punitiva indebidamente aplicadas, y reducir proporcionalmente la pena privativa de la libertad impuesta al procesado.

3.1. Redosificación punitiva:

El Tribunal Superior, al dosificar la pena por el delito de homicidio, realizó un incremento de cuatro (4) años por razón de las tres circunstancias de agravación punitiva a que se hizo referencia. Esto quiere decir que por cada una de ellas realizó un incremento de un (1) año y cuatro (4) meses.

Como de las agravantes deducidas, solo una resulta correctamente aplicada, el incremento de pena por razón de ésta no puede ser superior de ese tope, es decir un (1) año y cuatro (4) meses, que sumados a la pena mínima establecida para el delito de homicidio agravado (40 años), arroja un parcial de 41 años y 4 meses.

Por el concurso de delitos, el Tribunal Superior incrementó 2 años, que deben ser mantenidos, y que sumados permite llegar a un total de cuarenta y tres (43) años y cuatro (4) meses. Pero como el procesado tiene derecho a una rebaja de pena de 1/6 parte (7 años, 2 meses y 20 días), la pena que en definitiva debe aplicarse es de treinta y seis (36) años, un (1) mes y diez (10) días, no la de treinta y ocho (38) años y cuatro (4) meses de prisión como concluyó el ad quem.

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

1. DESESTIMAR la demanda de casación presentada por el defensor del procesado.

2. CASAR PARCIALMENTE, de oficio, el fallo impugnado, para fijar en treinta y seis (36) años, un (1) mes y diez (10) días de prisión, la pena privativa de la libertad que debe cumplir el procesado César Tulio Poloche Vera.

En lo demás, el fallo se mantiene incólume.

Notifíquese y devuélvase al tribunal de origen. Cúmplase.

Jorge Aníbal Gomez Gallego, Fernando E. Arboleda Ripoll, Ricardo Calvete Rangel, Jorge Córdoba Poveda, Carlos Augusto Galvez Argote, Edgar Lombana Trujillo, Mario Mantilla Nougues, Carlos E. Mejia Escobar, Nilson Pinilla Pinilla.

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

NULIDAD/ PRINCIPIO DE INSTRUMENTALIDAD/
INFORME POLICIVO

Uno de los principios que rigen la invocación y declaratoria de la nulidad es el de instrumentalidad (art. 308.1 del C. de P.P.), según el cual, las formas no son un fin en sí mismas, sino simples instrumentos, medios, para asegurar a los sujetos procesales el respeto a sus derechos, en forma tal que si se cumple el objeto para el cual estaba destinado el acto, es absolutamente innecesario e improcedente decretar la nulidad.

Es necesario aclararle al recurrente que el señalamiento que se hizo a los capturados como autores de los hurtos cometidos en el Barrio (...) de la capital de la República, por parte de algunos testigos, es diligencia perfectamente válida, autónomamente considerada, pues se trataba de personas que acababan de ser aprehendidas, siendo necesario ponerlas a la vista de quienes fueron sus víctimas o presenciaron los hechos, para que manifestaran si se trataba o no de los autores y así evitar la sindicación de personas inocentes.

Como lo ha sostenido la Sala, no sería razonable exigir el cumplimiento de formalismos que, en ese instante, eran de imposible observancia, lo que no obstaba para que el señalamiento hecho fuera recogido a través del informe policivo y del testimonio de las personas que lo efectuaron, fuera tenido como medio de convicción y apreciado conforme a las reglas de la sana crítica. (Casación N°10.106, septiembre 2/98. M. P. Dr. Jorge E. Córdoba Poveda).

Proceso No. 10718

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal

Magistrado Ponente Dr. *Jorge Córdoba Poveda*

Aprobado Acta N° 87

Santa Fe de Bogotá, D.C., diecisiete (17) de junio de mil novecientos noventa y nueve (1999).

VISTOS

Decide la Sala el recurso de casación interpuesto contra la sentencia del 14 de febrero de 1995, proferida por el Tribunal Superior de Santa Fe de Bogotá, mediante la cual al confirmar la dictada por el Juzgado 45 Penal del Circuito de la misma ciudad, condenó a Juan Carlos Naranjo y Yesid Tovar Miranda a la pena de 5 años de prisión y a la accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas por el mismo lapso, como coautores de los delitos de concierto para delinquir, hurto calificado, en concurso homogéneo y sucesivo, y lesiones personales.

HECHOS

La sentencia de segundo grado los reseña en los siguientes términos:

«Narran los autos que por la época de los meses de enero y febrero del año próximo pasado (1994), por las inmediaciones del Barrio Restrepo de esta ciudad, se cometieron varios atracos a diversos almacenes de la zona, entre ellos a la Joyería Lux. Para el día 14 de dicho mes fue advertida la presencia de un vehículo taxi, identificado como el mismo en que se trasportaban los delincuentes autores de los ilícitos en mención. Al aprehender el automotor fueron capturados sus ocupantes, los cuales portaban armas de fuego y entre ellos se encuentran los acusados en cita y contra quienes se profirió Resolución Acusatoria como 'coautores responsables de los delitos de HURTO CALIFICADO Y AGRAVADO, TENTATIVA DE HURTO, LESIONES PERSONALES Y CONCIERTO PARA DELINQUIR'».

ACTUACIÓN PROCESAL

Con base en el diligenciamiento que remitió la Policía Nacional, la Unidad Novena de Patrimonio Grupo II de la Fiscalía General de la Nación, mediante pronunciamiento fechado el 15 de febrero de 1994, declaró formalmente abierta la instrucción.

Recibidos varios testimonios, fueron escuchados en diligencia de indagatoria Yesid Tovar Miranda y Juan Carlos Naranjo, a quienes se les resolvió la situación jurídica el 18 de febrero de 1994 con medida de aseguramiento de detención preventiva, por los delitos de hurto agravado y calificado, lesiones personales y concierto para delinquir.

Practicadas otras pruebas, el fiscal concluyó que los hurtos cometidos en el Centro Médico Naturista «Los Olivos", y en los almacenes Pat Primo, Sarluz, Tempus y Joyería Lux estaban relacionados con aquellos cuya investigación adelantaba, por lo cual dispuso la unificación de todas las actuaciones.

Posteriormente, el 11 de marzo de 1994, adicionó la medida de aseguramiento, en el sentido que ésta cobijaba « los hechos ocurridos en el

Centro Naturista Los Olivos del Restrepo», decisión que fue debidamente notificada.

Cerrada la instrucción, el mérito del sumario se calificó, el 3 de mayo de 1994, con resolución de acusación en contra de los procesados, por los delitos de hurto calificado y agravado, tentativa de hurto, lesiones personales y concierto para delinquir, pronunciamiento confirmado el 21 de junio siguiente por la Unidad de Fiscalía Delegada ante los Tribunales de Cundinamarca y Santa Fe de Bogotá.

El expediente pasó al Juzgado 45 Penal del Circuito que, luego de tramitar en debida forma la etapa del juicio, pronunció la sentencia de primera instancia, el 9 de noviembre de 1994, la que al ser apelada por el defensor de los acusados, fue confirmada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Fe de Bogotá, el 14 de febrero de 1995.

La Demanda de Casación

El defensor de los procesados presentó dos cargos contra la sentencia de segunda instancia, los cuales se sintetizan así:

Primer Cargo

Amparado en la causal primera de casación, inciso segundo, acusa al fallador de haber vulnerado la ley sustancial "por error de derecho derivado de un falso juicio de convicción, reducido a la estimación defectuosa de la prueba ya que en especial las diligencias de reconocimiento efectuadas a los procesados riñeron con las leyes que regulan la materia».

Luego de transcribir una porción de la sentencia, sostiene que los señalamientos que hicieron los diferentes testigos tuvieron su origen en que aquellos ya conocían a las personas, por cuanto una vez los capturados son conducidos a las instalaciones del Comando de Policía del Barrio Restrepo, hasta allí son llevados los diferentes afectados y testigos y les son mostrados, "para que los reconozcan, cosa que efectivamente acontece, así lo indican todos y cada uno de los deponentes".

Acota que la defensa ha centrado sus alegaciones en que el reconocimiento no era eficaz, tal como lo ha dicho la jurisprudencia, entre ellas el auto del 23 de noviembre de 1990, emitido por el Tribunal Superior de Bogotá, que para el efecto transcribe.

Que si bien la diligencia de reconocimiento efectuada por la Fiscal 204 de Santa Fe de Bogotá se llevó a cabo en legal forma y con la plenitud de garantías, carece de valor por haber cometido esta funcionaria la imprudencia de mostrar un recorte de prensa en que aparecía la fotografía de los implicados y por haber realizado la policía un ilegal reconocimiento en el Comando del Barrio Restrepo.

Manifiesta que otras pruebas en las que se apoyó el sentenciador para condenar a los procesados fue la de indicios, pero considera que no basta decir, para aseverar su existencia, que las manifestaciones de los procesados en la diligencia de indagatoria son mentirosas, porque no aceptaron los cargos que les formularon en las versiones sin juramento.

Así las cosas, concluye el censor, aceptado como está que la prueba se recaudó sin los requisitos legales, carece de eficacia, "lo cual constituye un error de derecho derivado de un falso juicio de convicción, ya que de haberse reconocido que estas pruebas adolecían de tales ilegalidades, es decir, que riñe con las leyes reguladoras de la prueba y si no se les hubiese dado el valor probatorio que se les asignó, otro hubiese sido el resultado".

Por lo anterior solicita que se case la sentencia y, en consecuencia, se absuelva a los procesados.

Segundo Cargo

Al amparo de la causal tercera de casación formula el segundo reproche, ya que considera que el fallo se emitió en un juicio viciado de nulidad.

Dice que el artículo 360 del Código de Procedimiento Penal estatuye que el procesado debe ser interrogado por los hechos que originaron la investigación.

Arguye que en una pregunta que se les formuló a los procesados en la diligencia de indagatoria se les hizo relación a los hurtos y lesiones personales cometidos en los almacenes Pat Primo, Tempus y en la Joyería Lux, y con base en ello se les resolvió la situación jurídica, por auto fechado el 18 de febrero de 1994.

Sin embargo, "ante la nueva información de unos de los testigos sobre la existencia de otro hurto, esta vez en el Centro Naturista Los Olivos y ante la unificación de las diligencias que se habían adelantado por tales hechos, la señora Fiscal sin mediar injurada sobre estos hechos procede por medio de auto de fecha once de marzo de mil novecientos noventa y cuatro a adicionar la resolución del 18 de febrero de 1994, en el sentido de que la medida de aseguramiento impuesta de detención preventiva cobija a los hechos ocurridos en el Centro Naturista Los Olivos».

Considera que en esta forma se vulneró el debido proceso, por cuanto a una persona no se le puede resolver la situación jurídica sin que previamente se le haya vinculado legalmente al proceso, «y si bien estaban vinculados a unas sumarias los nuevos cargos hacían necesario que se les recepcionara indagatoria, cosa que aquí no sucedió...».

A continuación, luego de transcribir una porción de una decisión de esta Sala, sostiene que la resolución de acusación y la sentencia versaron sobre hechos por los cuales no se les había preguntado a los procesados

en la diligencia de indagatoria, situación que vulneró el derecho de defensa, por lo que pide a la Corte casar la sentencia decretando la nulidad de todo lo actuado a partir del auto de fecha 11 de marzo de 1994, inclusive, por medio del cual se adicionó la medida detentiva.

Opinión del Procurador Primero Delegado en lo Penal

Respetando el principio de prioridad, inicia el concepto estudiando la causal tercera de casación invocada por el libelista.

Primer Cargo

Advierte que no basta con denunciar una situación irregular, sino que es imperioso demostrar «los protuberantes yerros procesales del rito...» y la transcendencia del mismo que lleve necesariamente a la anulación del proceso.

Reconoce que efectivamente el instructor al momento de adicionar la medida de aseguramiento no les había preguntado, en la diligencia de indagatoria, a los procesados sobre los hechos que se produjeron en el Centro Naturista los Olivos, «porque de ello solo tuvo noticia luego de recepcionadas las injuradas y cuando ya se les había definido la situación jurídica».

Sin embargo, tal irregularidad no afectó el derecho de defensa de los procesados, ya que a lo largo del proceso tuvieron las oportunidades procesales para ejercer el contradictorio respecto a la acusación que les fue formulada posteriormente a que se les resolviera la situación jurídica, como aconteció tanto en la etapa de instrucción como en la del juicio.

Así las cosas, concluye que tal incorrección no lesionó los intereses de la justicia ni del procesado, ni puso en peligro la estructura la básica del proceso, por lo cual solicita no casar la sentencia recurrida.

Segundo Cargo

Conceptúa que el segundo cargo formulado a la sentencia, bajo la nomenclatura del error de derecho generado por un falso juicio de convicción, tampoco tiene vocación de éxito.

Considera que constituye error de técnica plantear la censura tal como lo hizo el libelista, ya que para predicar dicho yerro se requiere que el juzgador se aparte de las reglas de la sana crítica «a tal grado que quebrante en su interpretación lógica u opte por una valoración meramente arbitraria o irracional».

Frente al caso concreto manifiesta que no se advierte «la violación del principio de la sana crítica que nos indique que el Tribunal rebasó esos postulados en forma ilógica o ilegal. Las pruebas no se distorsionaron; no se les hizo decir lo que no decían. Simplemente es la convicción del sentenciador, a la que llegó en forma racional, autorizada por la ley».

Sostiene que no es correcto que el ataque se formule por la vía indirecta, «cuando el recurrente, como en el presente caso, se ocupa solo de la diligencia de reconocimiento en fila de personas y no se encarga de desvirtuar una a una todas las demás que fueron pilares del fallo condenatorio como lo son los indicios de mala justificación y mentira; los testimonios de quienes presenciaron los hechos y de aquellos que lograron retener el número de placas del taxi en el que se desplazaban los delincuentes y sus rasgos fisonómicos».

Tampoco acertó técnicamente el demandante con relación a los indicios de mentira y mala justificación que denuncia como mal construidos, por cuanto que «la presunta o supuesta falta de motivación de los mismos la formula a través de la violación indirecta de la ley sustancial por error de derecho por falso juicio de convicción, cuando debió hacerlo bajo el ámbito de la causal tercera, nulidad por falta de motivación, con la correspondiente demostración, la cual se echa de menos».

Por lo expuesto solicita no casar el fallo recurrido.

Consideraciones de la Corte

El defensor de los procesados impugna la sentencia del Tribunal Superior de Santa Fe de Bogotá con fundamento en las causales primera y tercera de casación.

Atendiendo el principio de prioridad, la Sala estudiará, en primer lugar, la censura referente a la nulidad, pues dada su naturaleza y alcances, de prosperar haría inane el análisis de fondo del reproche fundado en la causal primera, pero en este caso, en lo referente únicamente al hurto cometido en el Centro Naturista los Olivos, ya que con respecto a tal punible tendría que invalidarse la actuación y quedaría sin sustento la sentencia objeto de ataque.

Causal Tercera

Unico Cargo

La censura de nulidad que impetra, la fundamenta el libelista en que la adición que realizó el funcionario investigador a la medida de aseguramiento de detención preventiva, para extenderla a los hechos ocurridos en el Centro Naturista los Olivos, vulnera el debido proceso, ya que a los sindicados se les definió situación jurídica sin que, en lo concerniente a tal imputación, se les hubiera vinculado legalmente a la actuación, mediante la recepción de indagatoria. Además, porque el procesado debe ser interrogado sobre los hechos que originaron la investigación, como lo dispone el artículo 360 del Código de Procedimiento Penal, lo que aquí no ocurrió. Así mismo, como por tales acontecimientos se profirió resolución de acusación y se condenó, se vulneró el derecho de defensa.

En lo atinente al quebrantamiento del debido proceso, ninguna razón le asiste al impugnante, por los motivos que a continuación se expresan.

La censura se queda en el aspecto formal, sin ningún desarrollo, ya que no demuestra cómo al no haberse interrogado a los procesados por los hechos acaecidos en el Centro Naturista los Olivos y, sin embargo, haberse adicionado la resolución de detención, para que los comprendiera, se desconocieron las bases fundamentales de la instrucción o el juzgamiento.

Esta falencia sería suficiente para desestimar el reproche, en lo que a este aspecto se refiere.

No obstante, es necesario hacer las siguientes precisiones :

Uno de los principios que rigen la invocación y declaratoria de la nulidad es el de instrumentalidad (art. 308.1 del C. de P.P.), según el cual, las formas no son un fin en sí mismas, sino simples instrumentos, medios, para asegurar a los sujetos procesales el respeto a sus derechos, en forma tal que si se cumple el objeto para el cual estaba destinado el acto, es absolutamente innecesario e improcedente decretar la nulidad.

Si la ampliación de indagatoria, extrañada por el casacionista, no podía tener por finalidad vincular a Naranjo y Tovar al proceso, pues ya lo estaban, sino darles a conocer la nueva imputación, para que pudieran controvertirla y ejercer el derecho de defensa, y tal objetivo se cumplió, pues, presentes en la actuación y asistidos por su abogado, se enteraron de la misma y ejecutaron, con relación a ella, actos positivos de defensa, el decreto de nulidad aparece improcedente.

Por otra parte, y en lo atinente específicamente a tal garantía, se observa que la medida de aseguramiento fue adicionada el 11 de marzo de 1994, habiendo contado los procesados con el tiempo y las oportunidades procesales para defenderse, hasta el punto que su abogado, con memorial del 18 de marzo siguiente, se opuso a esta nueva situación procesal y solicitó pruebas para contradecirla, según el siguiente texto:

«Que como quiera que los comerciantes del barrio Restrepo que se unieron para combatir el crimen que se presenta en el sector comercial, esta situación llevó a que afectados con hurtos hicieran caer el peso de la justicia contra sujetos capturados en el sector, llevando a concurrir a despachos judiciales a declarar hechos que no son ciertos a cometer fraude procesal para impedir que un preso pueda recobrar su libertad, tales afirmaciones fueron hechas por empleados de la Firma Pat Primo a una familiar de uno de los detenidos, además se sabe que perjudicados de los establecimientos como el centro naturalista 'los Olivos' la señora Luz Marina Galindo, y Ana Isabel Caro Rivera, fueron adiestradas por un sargento de la Unidad Judicial del Restrepo para que declararan ante esta Fiscalía hechos que no son ciertos.

«Como quiera que la anterior situación atenta contra la recta administración de justicia, que con dicha actitud han engañado a la Señora Fiscal para que tome una determinación contraria a la realidad, por tal motivo le solicitamos:

«Se sirva decretar y llevar a efecto reconocimiento de los dos sindicados, por parte de las señoras: Martha Isabel Gutiérrez, Irma Fanny Mosquera, Bellanid Sánchez Gienth Acuña, del centro médico Naturalista 'Los Olivos', así mismo reconocimiento por parte de la señora Luz Marina Galindo, otra afectada con hurtos en sus mercancías, y la señora Aana Isabel Caro Rivera...»

La Fiscalía 204 Delegada ante la Unidad Novena de Patrimonio Grupo II, mediante resolución del 22 de marzo del mismo año, ordenó la práctica de la diligencia impetrada, la que se llevó a cabo el 25 del mismo mes. (folios 257 y 284).

En consecuencia, si los procesados, con la debida antelación, conocieron la nueva imputación y se defendieron de ella, ningún sorprendimiento hubo al respecto, ni desconocimiento de ninguna garantía.

Además, si estimaban que requerían dar alguna explicación adicional para sus descargos, habían podido solicitar ampliación de indagatoria, para lo cual contaron con las suficientes oportunidades procesales, sin que ello hubiera ocurrido.

Finalmente, no se puede decretar una nulidad, con las graves consecuencias que ello conlleva, para llenar un formalismo, cuando se observa que no se lesionaron los intereses legítimos de los intervinientes en el proceso, ni las bases fundamentales de éste.

En estas condiciones, se impone denegar la nulidad solicitada.

CAUSAL PRIMERA

Cargo único

Al amparo de la causal primera de casación acusa al sentenciador de haber incurrido en error de derecho por un falso juicio de convicción "ya que los requisitos que edifican la eficacia de la prueba no se presentaban en las probanzas recaudadas, ya que se le dió un mérito distinto del que expresamente le atribuye la ley".

Sea lo primero manifestar que no sólo en el enunciado sino en el desarrollo del reproche, el recurrente incurre en ostensible contradicción, pues confunde el error de derecho por falso juicio de convicción con el de derecho por falso juicio de legalidad.

Es del caso que la Sala reitere, una vez más, que en el primero se acepta que la prueba existe y es jurídicamente válida, pero se desconocie-

ron las normas que tarifan su fuerza persuasiva, lo cual sólo puede ocurrir en los medios de convicción sometidos en cuanto a su valoración al método de la tarifa legal.

En el segundo, se niega la existencia jurídica de la prueba, por lo que se reprocha al sentenciador haberla apreciado, no obstante haber sido practicada o incorporada con violación de los requisitos que condicionan su validez.

Esta confusión la pone de manifiesto en el desarrollo del cargo, pues no obstante que asevera que la prueba es ineficaz por haber sido recaudada sin la observancia de los requisitos legales, reproche al fallador haberle dado "un mérito distinto del que expresamente les atribuye la ley". Además, en otras ocasiones, de manera ininteligible y contradictoria, dice que la prueba fue recaudada con las ritualidades legales, pero que perdió "su eficacia porque se les mostró por una parte en el Comando de Policía y antes que se iniciara la investigación .... a los procesados a los futuros testigos que de antemano conocieron a quienes legalmente debían reconocer y por otra parte fue la misma Fiscal 204 quien se encargo de mostrar a otros testigos un recorte de prensa para que sobre el mismo reconocieran a sus presuntos ofensores ...".

Así mismo, no indica cuál fue la norma sustancial quebrantada, ni el sentido de la misma, esto es, falta de aplicación o aplicación indebida.

Los anteriores desatinos serían suficientes para desestimar la censura, pues en virtud del principio de limitación la Corte no puede suplir las deficiencias de la demanda.

No obstante, es necesario aclararle al recurrente que el señalamiento que se hizo a los capturados como autores de los hurtos cometidos en el Barrio Restrepo de la capital de la República, por parte de algunos testigos, es diligencia perfectamente válida, autónomamente considerada, pues se trataba de personas que acababan de ser aprehendidas, siendo necesario ponerlas a la vista de quienes fueron sus víctimas o presenciaron los hechos, para que manifestaran si se trataba o no de los autores y así evitar la sindicación de personas inocentes.

Como lo ha sostenido la Sala, no sería razonable exigir el cumplimiento de formalismos que, en ese instante, eran de imposible observancia, lo que no obstaba para que el señalamiento hecho fuera recogido a través del informe policivo y del testimonio de las personas que lo efectuaron, fuera tenido como medio de convicción y apreciado conforme a las reglas de la sana crítica. (Casación N°10.106, septiembre 2/98. M. P. Dr. Jorge E. Córdoba Poveda).

Por otra parte, la circunstancia de que los testigos hayan visto las fotografías de los procesados, publicadas por la prensa, antes de la diligencia de reconocimiento en fila de personas, en nada afecta la legalidad

de la prueba, siendo circunstancia que solo se debe tener en cuenta para analizar su credibilidad, conforme a los principios de la sana crítica y, además, en el caso concreto era irrelevante, pues algunos testigos ya habían señalado a los procesados como autores de los hechos investigados.

Finalmente, el recurrente incumplió con el deber de mostrar la incidencia del presunto yerro en el fallo, esto es, cómo de no haberse cometido, y teniendo en cuenta que fueron múltiples los medios de prueba que sustentaron la condena, el sentido de aquél hubiera sido favorable a los acusados.

Al interior del mismo cargo, el demandante ataca la prueba indiciaria, pero quedándose en el simple enunciado y sin ningún desarrollo, ya que no indica si el cuestionamiento lo refiere a la prueba del hecho indicador o a la inferencia lógica, siendo del caso recordar que si se reprocha la primera se debe demostrar la existencia de errores de hecho o de derecho, bien por falsos juicios de existencia, identidad, legalidad o convicción.

Y si el ataque se dirige a la inferencia lógica, es preciso demostrar que se incurrió en error de hecho por falso juicio de identidad, al haberse deducido el hecho indicado del indicador contrariando las leyes de la ciencia, la lógica o la experiencia.

Por las razones expuestas, el cargo no prospera.

Finalmente, es necesario aclararle al Procurador Delegado que el desconocimiento, al valorar la prueba, de los principios de la sana crítica, no configura error de derecho por falso juicio de convicción, sino de hecho por falso juicio de identidad, pues es un desatino directamente relacionado con los hechos y no con las normas.

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.

Jorge Aníbal Gómez Gallego, Fernando E. Arboleda Ripoll, Ricardo Calvete Rangel, Jorge Córdoba Poveda, Carlos Augusto Gálvez Argote, con salvamento de voto; *Edgar Lombana Trujillo,* con salvamento de voto; *Mario Mantilla Nougues, Carlos E. Mejía Escobar, Nilson Pinilla Pinilla.*

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

SALVAMENTO PARCIAL DE VOTO

Conforme lo afirma la Sala Mayoritaria, en el derecho procesal actual, no toda irregularidad puede constituirse en nulidad, y por ello no puedo menos que compartir, sin la menor duda, como es obvio, un tal acerto, pues no se trata únicamente de una posición doctrinaria sino que corresponde a un deber del juez evitar las declaraciones formales de invalidez procesal, esto es, llevar al carácter de nulidad aquellos vicios que carezcan de trascendencia material frente a los derechos o garantías presuntamente desconocidos en el curso del proceso, pues lo que se protege no es la simple formalidad sino su real afectación.

No obstante, y precisamente por ello, es que me veo en el imperativo de disentir de la solución que le ha dado la Sala al fenómeno que se presenta en este proceso respecto de uno de los delitos de hurto objeto de la sentencia condenatoria recurrida en casación, pues si bien es cierto que ante las insubsanables falencias técnicas y sustanciales que presenta la demanda se impone su rechazo, también lo es, que al no haberse indagado a los procesados por ese hecho, el fallo impugnado se encuentra afectado parcialmente de nulidad por violación al derecho de defensa, y así debió declararse, y al no haberlo hecho es evidente la contradicción en que se incurre entre el supuesto teórico del que se parte y la conclusión a que se llega. En efecto:

1. Dan cuenta los autos, que una banda de delincuentes se dedicó a asaltar diversos centros comerciales, lográndose establecer que los capturados habían participado en tres de ellos, por los cuales fueron indagados y resuelta su situación jurídica. Sin embargo, y como en el curso de la investigación se estableció que también habían participado en un cuarto asalto, respecto del cual ya cursaba la denuncia correspondiente en otro despacho judicial, se dispuso unirla a éste, procediéndose de inmediato a adicionar la medida detentiva para imputarles a los incriminados este nuevo delito de hurto, atribuido también en la acusación y finalmente en la sentencia, ahora recurrida en casación, sin que constituyere obstáculo alguno para la Fiscalía, ni para el Juzgado de conocimiento, ni para el Tribunal, y tampoco para la Corte, el hecho de no haberse ampliado las indagatorias a los procesados para ponérseles en conocimiento el nuevo hecho objeto de imputación y se defendieran del mismo, bien exponiendo

las explicaciones que a bien tuvieran, o inclusive, guardando silencio, pero no porque a ello se vieran obligados ante la omisión procesal, sino como resultado de su voluntad por considerarlo oportuno para su defensa, dando por descontada la irregularidad bajo el argumento de que al habérseles atribuido el delito en las referidas decisiones, allí tuvieron oportunidad de enterarse del hecho punible y por ende, de ejercer su defensa pudiendo pedir las pruebas que hubiesen considerado conducentes para demostrar su inocencia, más aún cuando en la audiencia pública se los interrogó por el nuevo delito.

2. Es claro, entonces, que nadie, ni por supuesto la Sala Mayoritaria, evade, oculta o trata de justificar la ausencia de indagatoria de que adolece el proceso respecto al cuarto hurto, por el contrario, como no podía ser de otra forma, abiertamente se reconoce. De lo que se trata es de restarle o si se quiere, suprimirle trascendencia a la omisión para suplirla con las decisiones en las que ilegalmente se imputó el hecho, bajo el argumento de que al haberse enterado los procesados por este medio de tal imputación, estaban en condiciones de defenderse, esto es, que ya no podían argüir desconocimiento sobre la atribuibilidad que se les hacía por ese delito. Como se ve, aquí es evidente la confusión en que se incurre, hasta el punto de incurrir en una típica petición de principio, al dar por demostrado lo que se debía demostrar, ya que al ubicar la discusión en el campo del conocimiento del delito por parte de los incriminados, se está dando por sentado que sí fueron indagados, cuando lo que ha sucedido, y expresamente reconocido, es todo lo contrario; de ahí que, precisamente, lo que importa sea centrar el análisis en la necesidad o no de haber indagado a los procesados por el cuarto hecho y no sofísticamente trasladar la problemática al conocimiento del delito mediante las decisiones tomadas en el proceso, cuando es la verdad que lo exigido por la ley es que ese conocimiento, no del delito sino del hecho, se haya tenido en la misma indagatoria.

3. Así, al regular el Código de Procedimiento Penal en el Libro II, Título II, Capítulo II los objetos de la investigación, dispone entre ellos, además del de establecer "Si se ha infringido la ley penal", "Quién o quienes son los autores o partícipes del hecho", razón por la cual, para su determinación regula en el Capítulo III del mismo Título, las actividades procesales que imperativamente deben desarrollarse con el fin de investigar los "autores y partícipes" de ese hecho, "debiéndose" vincular al proceso mediante indagatoria, al tenor del artículo 352 del mismo Estatuto, "a quien en virtud de antecedentes y circunstancias consignadas en la actuación, o por haber sido sorprendido en flagrante hecho punible, (se) considere autor, o partícipe, de la infracción penal", bien porque oficiosamente así se disponga o porque así lo solicite "Quien tenga noticia de la existencia de una actuación en la cual obren imputaciones penales en su contra", conforme al reconocer esta petición como derecho, lo determina el artículo 353 ibídem.

4. Trátase, entonces, de un derecho, no de una simple potestad o alternativa, para que con el carácter de imputación se entere al presunto sindicado de "los hechos que originaron su vinculación" y se lo escuche respecto de la explicación que quiera dar sobre los mismos. No corresponde, por tanto, esta diligencia, a cualquier acto procesal, sino al medio que la propia ley impone para que el incriminado se defienda, esto es, nada más ni nada menos, que a la oportunidad en que se legitima el ejercicio del poder punitivo del Estado en el proceso penal, en la medida en que ahí se traba el contradictorio, materializándose el límite que distingue al simple ejercicio del poder en un Estado autoritario con el de Derecho, pues hoy en día ya no puede entenderse el ejercicio del derecho a la defensa como una característica o adición formal al trámite procesal sino como su sustento, pues correspondiéndole la carga de la prueba al Ente Público, es su consecuente deber demostrar la certeza o falsedad de las explicaciones del procesado y éstas no son otras que las expuestas en la injurada; de ahí que la indagatoria sea considerada dentro del ámbito procesal en un doble sentido, como medio de prueba y, fundamental y prioritariamente, como medio de defensa, pues la vinculación a través de la injurada lo es precisamente para que ejerza este derecho.

5. Como se ve, con una tal forma de argumentar, también resulta claro, que nunca habría vicio alguno que no pueda afirmarse que ha sido subsanado y de contera, desaparecerían del mundo del derecho no únicamente las nulidades, sino lo que es más grave, las propias garantías constitucionales, pues aquí lo importante es preguntarnos, cuándo, en qué condiciones y bajo qué contenido jurídico fue conocida la nueva imputación, pues, precisamente lo trascendente frente al conocimiento de los hechos en punto de garantizar el derecho de defensa, no es la apariencia de su respeto sino el contenido sustancial que contiene el derecho, pues, no es lo mismo que se entere al incriminado del hecho presuntamente delictivo que se le atribuye al momento de indagársele, esto es, como generalmente sucede, cuando se inicia la investigación, que en la acusación o en la sentencia, inclusive, en la misma decisión por medio de la cual se le resuelve su situación jurídica, ya que además de lo tardío del momento procesal en que se hace, es evidente que no se le está inquiriendo para que explique los hechos sino que ya se lo está sindicando de la comisión de los mismos, y no como hechos sino como delitos, esto es, que ya no se le exige una defensa fáctica sino estrictamente jurídica, a lo cual se ha llegado desconociéndose las exculpaciones del procesado.

6. Es que aquí no se trata, de mi parte, de desconocer el referido principio de la instrumentalidad tan oportunamente regulado por nuestra ley procesal penal, sino de precisar su contenido y alcance frente al propio proceso penal, pues no veo cómo pueda suplirse la indagatoria con las decisiones tomadas, a posteriori, que por mandato de la misma ley exigen como presupuesto del debido proceso la injurada, que es un derecho y

una garantía, al igual que el debido proceso, y que por ello no pueden ser renunciables, y tampoco sustituidos con esfuerzos interpretativos que, en verdad, lo que hacen es demostrar cómo la indagatoria no constituye un simple instrumento procesal, sino un acto de ineludible necesidad en su práctica, pues en un Estado de Derecho, como el nuestro, no pueden existir argumentos ni que conviertan la indagatoria en un simple instrumento, ni menos que puedan abolirla.

7. Pero es más, si bien mucho se pudiera escribir respecto del punto objeto de mi disentimiento, lo que tampoco se puede pasar por alto es que con la posición adoptada por la Sala Mayoritaria, no sé ni vislumbro cuál podría ser la solución que a su turno se pueda proponer para efectos de reclamar mediante los recursos y específicamente frente al de casación, la legalidad del proceso por la ausencia de indagatoria, ni cómo se podría atacar el fallo por un supuesto error de identidad, esto es, porque el sentenciador haya tergiversado el contenido material de la injurada, o su irregularidad sustancial por violación de las garantías fundamentales en su recepción, o por la carencia de defensa técnica en la misma, o por la falta de firma del funcionario que la recepcionó, en fin, por vicios en la aducción de la prueba, ya que si con base en el principio de la instrumentalidad se puede suplir la indagatoria, es lo obvio que tales ataques no podrían formularse por la sencilla razón de que ante la carencia del medio probatorio habría que dirigirlos hacia los actos procesales que se dice la sustituye y ello, obviamente, no sería posible.

8. Y, finalmente, aunque es claro para mí que el argumento de la declaración de persona ausente no puede confrontarse en igualdad de condiciones jurídicas con el fenómeno de que aquí se trata, ya que si bien es cierto que está dispuesto por la ley como una forma alternativa de vincular al imputado al proceso, lo es igualmente que ante su ausencia no puede exigírsele su personal explicación ante los hechos que procesalmente se le atribuyan; de ahí que precisamente por esta razón y con el exclusivo fin de que la renuencia no produzca los efectos contradictorios de la paralización del trámite procesal, sea la misma ley la que ha dispuesto este mecanismo, que además tiene como objetivo el de garantizar el derecho de defensa con la designación de un defensor que lo represente.

En estas condiciones, y con el debido respeto que profeso por las ideas contrarias y más aún por el criterio que ahora ha adoptado la Sala Mayoritaria sobre el tema en cuestión, pero convencido de sus falencias frente al derecho de defensa y al debido proceso, máximo pilar procesal en un Estado de Derecho, dejo en estos términos sentado mi parcial salvamento de voto.

Carlos Augusto Gálvez Argote.

Fecha ut supra.

SALVAMENTO PARCIAL DE VOTO

Con mi acostumbrado respeto por las decisiones mayoritarias de la Sala, suscribí la sentencia de casación recaída en este asunto, con salvamento parcial de voto, pues consideré al momento de la discusión, que por ausencia de la indagatoria por el hecho punible de hurto, el cuarto que en conjunto fue juzgado aquí; se incurrió en nulidad absoluta e insubsanable por desconocimiento tanto del debido proceso como del derecho de defensa.

Debería pues consignar ahora aquellas razones que me obligaron a salvar parcialmente mi voto, si no fuera porque el H. Magistrado Dr. Carlos Augusto Gálvez Argote, quien me precedió en turno, con el mismo propósito, y como es habitual en él los plasmó de manera profunda y categórica, indicando los alcances y trascendencia que la omisión que aquí se reprocha tiene.

Comparto pues íntegramente esas razones por él expuestas y sirvan las mismas para fundamentar mi respetuoso disentimiento de la decisión mayoritaria.

Cordialmente.

Edgar Lombana Trujillo, Magistrado

NULIDAD/ RESOLUCION DE ACUSACION

Si bien los hechos materia de ambos procesos fueron encuadrados, en lo concerniente a la vulneración contra la fe pública, en normas diferentes, no lo es menos que corresponden a preceptos del mismo título y capítulo (Código Penal, Libro II, Título VI, Capítulo III), además de ser producto del estudio razonado e interpretación de distintos funcionarios y estar contenidas las últimas imputaciones en la diligencia de formulación y aceptación de cargos en la etapa instructiva, en la cual no se evidenciaban errores trascendentes que impidieran el proferimiento subsiguiente de un fallo anticipado, situación diferente de lo ocurrido con los primeros sucesos calificados mediante resolución acusatoria.

En tales condiciones, de conformidad con lo que ha analizado la Sala en anteriores oportunidades, por ejemplo en sentencia de fecha 4 de febrero del año en curso, radicación N° 10918, M. P. Jorge Aníbal Gómez Gallego, esa simple disparidad de criterios no conlleva una declaratoria de nulidad:

«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 en el 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 circunstan-

cia 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 ... 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.»

Proceso No. 10790

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal

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

Aprobado Acta N° 87

Santa Fe de Bogotá, D. C., diecisiete (17) de junio de mil novecientos noventa y nueve (1999).

ASUNTO

Decide la Corte sobre la demanda de casación presentada por la Procuradora Novena en lo Judicial Penal ante el Tribunal Superior de Santa Fe de Bogotá, contra la sentencia proferida por esa corporación, confirmatoria de la anticipada emitida por el Juzgado 26 Penal del Circuito de esta ciudad, que condenó a Germán Rodríguez Vásquez a una pena privativa de la libertad de 37 meses y 10 días, como autor de los delitos de falsedad material de particular en documento público, agravada por el uso, tentativa de estafa agravada, falsedad personal y uso de documento público falso, perpetrados en concurso.

HECHOS

El fallo recurrido en casación definió por el mecanismo de sentencia anticipada, previsto por el artículo 37 del Código de Procedimiento Penal, dos procesos penales adelantados en contra de Germán Rodríguez Vásquez, que se refieren a dos sucesos separados:

1° El 18 de diciembre de 1992, un individuo retiró de la empresa SINTECO el cheque N° 2161205 del Banco Real de Colombia, Sucursal Zona Industrial de Santa Fe de Bogotá, por $3'199.674, girado a favor de LADIPRINT para la cancelación de varias facturas, presentando un sello con el nombre de tal entidad, título que fue consignado en la cuenta de ahorros N° 2215-31391-32, que se abrió el 21 de ese mes en Granahorrar de la carrera 10ª con calle 16, con una cédula a nombre de Giovanny Ladino Londoño, quien era el representante legal real de la firma aludida; al presentarse el titular de la cuenta el 23 de diciembre a retirar $3'000.000 mediante cheque de gerencia que solicitó se librara a nombre de Luis Hernando Parra, quienes atendían la operación detectaron inconsistencias en el documento de identidad, estableciendo a través del Departamento de Seguridad de la citada corporación que la cédula N° 79'538.573 a nombre del mencionado Ladino Londoño era falsa, ante lo cual suspendieron el trámite y procedieron a comunicarse telefónicamente con la sociedad Ladiprint, donde les informaron que no habían abierto esa cuenta y que a pesar de que el gerente era Giovanny Ladino Londoño, el cheque no lo había consignado su verdadero beneficiario, verificando posteriormente éste que el título valor había sido retirado fraudulentamente de Sinteco.

Ante la demora en materializar el retiro de fondos, quien solicitaba el cheque de gerencia salió de la corporación abandonando la cédula citada, dando lugar a que como en ésta se encontraba su fotografía y su huella dactilar coincidente con la plasmada al abrir la cuenta de ahorros, se pudiera efectuar el cotejo estableciendo que correspondía a Germán Rodríguez Vásquez, con cédula de ciudadanía N° 19'380.487 de Bogotá; una vez individualizado, fue abierta la correspondiente investigación en su contra.

2° El viernes 22 de mayo de 1993, con la misma modalidad anterior, fue retirado de la fábrica de productos Eterna el cheque N° 004902 del Banco Industrial Colombiano por $3'672.324, girado a favor de Plastipack Ltda., de lo cual se enteró el cobrador de esta empresa cuando debidamente autorizado se presentó a reclamar dicho documento, siendo informado por la empleada de Eterna, que la entrega del título valor al suplantador se había producido pocos minutos antes, por lo cual de la entidad emisora expidieron la correspondiente orden de no pago.

Al seguirle el rastro al cheque, se detectó que luego de haber sido endosado con sellos fraudulentos a nombre de Plastipack se consignó en la cuenta de ahorros N° 2004-38106-3, abierta en la corporación Colpatria, sucursal Chapinero, al supuesto nombre de Edgar Londoño Pinzón Lenia, con cédula de ciudadanía N° 19'129.626 de Bogotá, suplantador que fue capturado el 27 del mismo mes de mayo de 1993, cuando pretendía retirar $3'000.000 en un cheque de gerencia; se constató que el documento de identidad exhibido, de características similares al abandonado en los acontecimientos anteriores, era falso íntegramente, y que tanto la foto-

grafía como la huella allí estampadas correspondían a Germán Rodríguez Vásquez, a quien se le había asignado la cédula 19'380.487 de Bogotá, resultando que era él la persona aprehendida.

ACTUACIÓN PROCESAL

Como los hechos anteriormente referidos ocurrieron en fechas diferentes y fueron investigados en procesos separados, que luego se acumularon para proferir el fallo que ahora se revisa, se relacionarán en ese mismo orden.

1° El 12 de enero de 1993 el Juzgado 68 Penal Municipal de esta ciudad ordenó adelantar investigación preliminar y el 22 de febrero siguiente abrió proceso penal, que instruyó hasta el 2 de abril de ese año, cuando al recibir el dictamen de grafología forense concluyendo la falsedad de la cédula presentada por el sindicado usando el número asignado a Giovanny Ladino Londoño, remitió las diligencias a la Fiscalía Seccional, correspondiéndole a la 147, que avocó conocimiento el 13 de mayo de 1993.

El 2 de junio de 1993 fue escuchado en indagatoria Germán Rodríguez Vásquez, siendo resuelta su situación jurídica con medida de asegura miento de caución prendaria, como presunto autor de los delitos de uso de documento público falso y tentativa de estafa agravada por la cuantía.

El 7 de diciembre de 1993 se cerró la instrucción, que fue calificada el 28 de enero 1994 con resolución de acusación por los punibles anteriormente referidos, decisión que al ser recurrida por el defensor, fue modificada el 25 de abril de 1994 por la Fiscalía Delegada ante los Tribunales Superiores de Santa Fe de Bogotá y Cundinamarca, analizando que de las probanzas allegadas se deducía la existencia de los punibles de falsedad material de particular en documento público agravada por el uso, puesto que el procesado había utilizado la cédula de ciudadanía espuria a nombre de Giovanny Ladino Londoño, representante legal de LADIPRINT, para abrir la cuenta de ahorros en Granahorrar, aportando su fotografía para la elaboración de la cédula, en concurso con la tentativa de estafa, agravada por la cuantía, dado que ejecutó maniobras tendientes al retiro de $3'000.000, que no obtuvo por la oportuna intervención de los funcionarios de seguridad de la corporación aludida.

Como consecuencia de lo anterior, varió en la misma resolución la medida de aseguramiento, por detención preventiva; al contener tal modificación se notificó (inc. 2° art. 197 C. de P. P.), cobrando ejecutoria el 9 de mayo de 1994.

El 20 de mayo de 1994 se dio inicio a la etapa de juzgamiento en el Juzgado 26 Penal del Circuito y cuando transcurría el término del artículo 446 del Código de Procedimiento Penal, el procesado solicitó acogerse a

sentencia anticipada, al tiempo que su defensor pidió acumulación con el segundo proceso mencionado, aportando constancia de haberse llevado a cabo la diligencia de formulación y aceptación de cargos ante la Fiscalía 178 Seccional, accediendo el Juzgado mediante auto de 11 de julio de 1994 a la primera petición y señalando posteriormente el 17 de agosto del mismo año para la diligencia, dentro de la cual le fue leída la resolución de acusación de ambas instancias y el procesado aceptó los cargos en su integridad.

2° En el segundo proceso acumulado la Fiscalía 178 Seccional declaró abierta la investigación el 28 de mayo de 1993; escuchó en indagatoria a Germán Rodríguez Vásquez, dejándolo en libertad al finalizar tal diligencia, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 371 y 375 del Código de Procedimiento Penal.

Luego de practicar diversas pruebas, definió su situación jurídica el 7 de junio de 1994, imponiéndole medida de aseguramiento de caución prendaria como presunto autor de los delitos de uso de documento público falso y falsedad personal, en concurso además con tentativa de estafa, sin mencionar la causal de agravación de la cuantía; al notificarse el incriminado de esta decisión, solicitó acogerse a la sentencia anticipada una vez quedara en firme, llevándose a cabo la diligencia de formulación de cargos el 30 de junio de 1994, en equiparables términos a los de la medida de aseguramiento, los cuales fueron aceptados por el sindicado.

Remitida la actuación por reparto al Juzgado 18 Penal del Circuito de esta ciudad, el 14 de julio de 1994 dispuso el envío al 26 ibidem, el cual había decretado previamente la acumulación de los dos procesos referidos.

3° Unificada la actuación, el Juzgado 26 Penal del Circuito mediante decisión de agosto 31 de 1994 condenó a Germán Rodríguez Vásquez a la pena principal de 35 meses de prisión y multa de un mil pesos, como autor responsable de los punibles investigados en la primera causa citada, decidiendo además "NO HOMOLOGAR el acuerdo consignado entre la Fiscalía y el acusado" dentro de la segunda actuación.

Esta providencia fue apelada por el defensor, procediendo el Tribunal de Bogotá a invalidar la sentencia impugnada, ordenando al juez de primera instancia dictar fallo por todos los hechos y cargos que se formularon, tanto en la resolución acusatoria como en la diligencia para sentencia anticipada llevada a cabo en la etapa instructiva en el segundo proceso acumulado.

El a quo mediante sentencia de 29 de noviembre de 1994, en acatamiento de lo anterior, condenó a Rodríguez Vásquez a la pena principal de 37 meses y 10 días y multa de dos mil pesos, como autor de los delitos de falsedad material de particular en documento público agravada por el

uso, dos tentativas de estafa, uso de documento público falso y falsedad personal, cometidos en diciembre de 1992 y mayo de 1993, negándole el subrogado de la condena de ejecución condicional.

El Procurador 17 en lo Judicial Penal apeló esta sentencia, aduciendo que aunque no había estado de acuerdo con la providencia del Tribunal que había anulado el primer fallo, no la había podido impugnar por cuanto contra ella no cabía recurso alguno, analizando que si los hechos que originaron los dos procesos acumulados son idénticos, al habérseles dado calificación jurídica diferente se propicia desconcierto, inseguridad jurídica, se viola el principio de igualdad y se desconoce el debido proceso, por lo tanto, al haber aceptado el Tribunal que era acertada la enmarcación de los primeros hechos dentro de los artículos 220, 222 y 356 del Código Penal, agravado el último por la cuantía, además de ser tentado, resultaba ilógico que en la segunda actuación el otro instructor los hubiera adecuado en los de uso de documento público falso, falsedad personal y tentativa de estafa, cuando la conducta definida por el artículo 227 resulta subsidiaria frente al uso de documento público falso.

Por ello, en esta oportunidad al analizar que se daba la nulidad contemplada en el numeral 2° del artículo 304 del Código de Procedimiento Penal, al observar un error en la denominación jurídica, que constituye una irregularidad que afecta el debido proceso, solicitó que se declarara la nulidad a partir de la diligencia de que trata el artículo 37 del referido estatuto, en el proceso acumulado, reprochando la consideración del Tribunal de ordenar al a quo proferir fallo en éste, basado en que a pesar del yerro en la denominación jurídica de la segunda conducta no podía decirse que había quedado impune, pues de todas maneras se había producido una sentencia de condena, aunque con sanción menor, estimando que al presentarse ese error era indispensable restablecer el debido proceso.

El defensor también impugnó el fallo, pero en relación con el quantum de la pena, aduciendo que al partirse de 24 meses por el delito más grave, el máximo incremento posible era hasta otro tanto, es decir 48 meses y no 56 que se aplicaron antes de la disminución por la sentencia anticipada.

El ad quem mediante fallo de 24 de febrero de 1995 denegó el decreto de nulidad propuesto por el Procurador 17 y confirmó la sentencia recurrida, estimando que tal como lo había analizado en su proveído de 27 de octubre de 1994, el error del Fiscal al efectuar la adecuación típica no constituía nulidad, porque el hecho de todas maneras quedaba juzgado, además de que los errores del Estado (del Fiscal, en este evento), no se pueden cargar al procesado para impedirle acceder a los beneficios de ley; asimismo consideró acertada la pena, que podía ser incrementada en otro tanto, de manera que al fijarse en 56 meses antes de la rebaja del artículo 37 del Código de Procedimiento Penal, no se desbordó la dosificación punitiva.

Este fallo fue recurrido por la Procuradora Novena en lo Judicial Penal, quien presentó oportunamente la demanda de casación.

La Demanda

Primer cargo: Dos cargos son formulados por la recurrente, el primero como causal de nulidad por la existencia de irregularidades sustanciales que vulneran el debido proceso (artículo 304 numeral 2° del Código de Procedimiento Penal), en relación con los hechos y la actuación cumplida en el proceso acumulado, referido a los ocurridos en mayo de 1993, por lo cual solicita la casación parcial del fallo en cuanto tiene que ver con la decisión adoptada frente a dicho asunto y la declaratoria de nulidad a partir del acta de formulación de cargos llevada a cabo en la etapa instructiva, para que se adopte, por tanto, la determinación que se estime acorde a derecho.

Basa tal pedimento en que si bien en la actuación referida, el procesado manifestó durante la etapa del sumario su intención de acogerse a lo previsto en el artículo 37 del Código de Procedimiento Penal, y en tal sentido aceptó los cargos de falsedad personal, uso de documento público falso y tentativa de estafa, al haberse producido la acumulación de procesos en el Juzgado 26 Penal del Circuito, de conformidad con dicho precepto el Juez no se encontraba irremediablemente determinado a dictar el fallo condenatorio que se proponía, sino que al descubrir la vulneración de derechos fundamentales, en este caso el principio de legalidad, pilar del debido proceso, y el de igualdad, pues dos conductas semejantes de juzgamiento simultáneo deben recibir trato y calificación idéntica, debía optar por declarar la nulidad a partir del acta de formulación de cargos para que en una nueva oportunidad se corrigiera la irregularidad sustancial, o acudir a la improbación del acuerdo para que el proceso regresara a la etapa sumarial, dando lugar a intentar la realización de diligencia tendiente a la terminación anticipada del proceso.

Sostiene que so pretexto de ejercitar el poder punitivo del Estado, no se pueden desconocer las bases fundamentales en que deben apoyarse las actuaciones judiciales, sin ser aceptable la posición del ad quem en cuanto una equivocación trascendente de parte de la Fiscalía no merece la censura que la ley autoriza, dado que al producirse un fallo sancionatorio el comportamiento no queda impune, pues resulta inaceptable afirmar que se trata de imponer una sanción a toda costa, sin que para ello resulte marco de obligada observancia el respeto del debido proceso.

Segundo cargo: Al amparo de la causal tercera de casación prevista en el artículo 220 del Código de Procedimiento Penal, solicita la anulación total de lo actuado, también en lo que se refiere al proceso adelantado con base en los hechos ocurridos en diciembre de 1992, abarcando desde la providencia de la Fiscalía de segunda instancia de fecha 24 de abril de

1994, por la cual decidió el recurso de apelación interpuesto por el defensor contra la resolución de acusación emitida por la Fiscalía 147 Seccional, puesto que a pesar de ser acertada en cuanto encuadró los hechos cometidos por el procesado como falsedad material de particular en documento público agravada por el uso, en concurso con tentativa de estafa, adicionó el definido en el artículo 220 del Código Penal y especificó que procedía la causal de agravación por la cuantía en el último ilícito, desbordando así su competencia.

Lo anterior, por cuanto según el artículo 217 del Código de Procedimiento Penal, el recurso de apelación solo le permite al superior revisar los aspectos impugnados, y al haberse acusado en primera instancia por los delitos de uso de documento público falso en concurso con una tentativa de estafa, recurriendo el defensor tal providencia pero sólo en lo referente al cargo por el delito contra el patrimonio económico, no podía el ad quem ocuparse sino de la inconformidad del apelante, y al revisarlo desbordó los límites de su competencia, irregularidad solo subsanable a través del mecanismo extremo de la nulidad, advirtiendo que como es evidente que se produjo una calificación incompleta, ésto habría podido corregirse compulsando copias para investigar por separado el punible de falsedad material en documento público.

Pide en consecuencia que se anule la actuación, también en cuanto al primer proceso, lo que implica la ruptura de la unidad procesal originada en la acumulación ordenada, para que cada proceso siga su curso por separado, sujeto a las formalidades propias de cada uno.

Concepto del Ministerio Público

El Procurador Tercero Delegado en lo Penal manifiesta que le asiste razón a la casacionista en lo referente al primer enfoque, pues al presentarse una indebida calificación de los hechos en la formulación de cargos de parte de la Fiscalía 178, aceptados por el procesado, tratándose de la figura de sentencia anticipada, en su criterio, esa equivocación sí genera nulidad por desconocimiento del debido proceso, por cuanto en ese trámite no se cuenta con una etapa posterior para subsanar tal yerro, el cual puede ser corregido por el juez al realizar el control de legalidad sobre la aceptación de cargos, a la luz del inciso 4° del artículo 3° de la ley 81 de 1993, declarando la nulidad desde esa diligencia cuando encuentre que se han vulnerado garantías fundamentales.

Considera incorrecta la postura del Tribunal al estimar que si no se profería fallo conforme con los cargos formulados y aceptados, el procesado no tendría derecho a solicitar una nueva diligencia de sentencia anticipada, dado que el artículo 37 del Código de Procedimiento Penal no señala límite alguno a las oportunidades en las cuales se puede intentar la celebración de esta diligencia; y aunque ésto fuera así, no puede aceptar-

se que si el juez al momento de proferir el fallo advierte la violación de garantías fundamentales, omita pronunciarse al respecto, pues se hallaría ante una causal de ineficacia de los actos procesales que impide su pronunciamiento.

Indica que la solución para tales casos es la declaratoria de nulidad, porque las formas de terminación anticipada del proceso no persiguen la condenación por cualquier hecho punible, sino que constituye un trámite expedito para sentenciar exclusivamente por el ilícito aceptado, que recoja a plenitud la conducta materia de investigación.

Aduce que si bien en estos casos no se admite retractación de la aceptación de cargos, ni es posible acudir en casación para atacar la adecuación típica, estas limitaciones solamente cobijan al procesado y a su defensor, situación diferente de la que se presenta ahora, en que el Ministerio Público, como guardián de las garantías fundamentales del procesado y del debido proceso, se pronunció en dos oportunidades para señalarle el error al Tribunal, con argumentos que no fueron admitidos por el ad quem.

En relación con el segundo cargo, no comparte las apreciaciones de la libelista sobre los límites del artículo 217 del Código de Procedimiento Penal, porque para el Procurador Delegado ante esta corporación la norma citada no constituye un factor de competencia y, por ende, el funcionario de segunda instancia está habilitado para la revisión de temas que no sean expresamente mencionados en la apelación de una providencia de primer grado, sin que se le prohíba al ad quem pronunciarse sobre los yerros o vicios que la invaliden, así no hayan sido objeto de impugnación, porque los aspectos no recurridos no adquieren el carácter de cosa juzgada ni pueden constituirse en parámetros de una sentencia que pudiera resultar contraria a derecho.

Una calificación deficiente no podía vincular al fiscal de segunda instancia, quien tenía la obligación de corregir los defectos de la resolución correspondiente, en desarrollo del principio de legalidad, en el cual se afianza el debido proceso, de mayor rango que la disposición legal cuya interpretación aislada pareciera aconsejar otra solución.

En síntesis, solicita a esta corporación casar parcialmente la sentencia impugnada, decretar la nulidad de la actuación a partir de la diligencia de sentencia anticipada dentro del proceso relativo a los hechos sucedidos en mayo de 1993, por la presencia de irregularidades sustanciales que vulneraron el debido proceso, y ordenar la remisión de éste a la Fiscalía competente, por medio del Tribunal de origen, para que se corrija lo ilegalmente actuado.

Consideraciones de la Corte

Si bien los dos cargos propuestos por la casacionista se relacionan con la causal tercera del artículo 220 del Código de Procedimiento Penal,

la Sala estudiará en primer lugar el segundo, por referirse a una presunta nulidad que incidiría sobre el proceso que se hallaba en la etapa del juicio cuando se formuló la solicitud de sentencia anticipada e involucró el delito de falsedad material de particular en documento público, cuya punibilidad fue tomada como base para los incrementos derivados del concurso de hechos punibles, al cual vino a acumularse el que se hallaba en instrucción y también fue objeto de tal solicitud, acumulación viable frente a las actuales disposiciones procesales sobre la materia en cuanto se cumplían las condiciones instituidas, quedando ambos procesos en posición de ser fallados simultáneamente.

Este segundo cargo, sobre la competencia del ad quem dentro del primer diligenciamiento no encuentra asidero, pues habiendo recurrido el defensor parte de la calificación determinada en primera instancia, incluyendo su apreciación de no haberse "acreditado plenamente la responsabilidad penal de mi defendido, en la conducta delictiva establecida en el artículo 356 del C. P. P. (sic), mal podría entonces endilgársele los agravantes del artículo 372 de la misma obra" (f. 165 cd. respectivo), tal apelación facultaba al ad quem para enmendar a cabalidad los yerros de la calificación efectuada por el Fiscal Seccional sobre los punibles ocurridos en diciembre de 1992, no sólo en cuanto no podía pasar por alto un error que habría de incidir en la congruencia y que estaba en obligación y oportunidad de corregir, en aplicación del principio rector del derecho procesal penal incluido en el artículo 13 del Código respectivo, sino habida cuenta de la relación con lo pretendido por el recurrente, quien sin desconocer la utilización por su prohijado de la cédula de ciudadanía espuria, para tratar de retirar los fondos que se habían consignado con el cheque fraudulentamente obtenido, en la cual aparecen su fotografía y huella dactilar, adujo que sólo se estructuraba el delito contra la fe pública, como uso de documento público falso y no el delito contra el patrimonio económico agravado por la cuantía.

Así, al ser impugnada la resolución acusatoria en cuanto a la tipicidad de la conducta investigada, con el argumento de que únicamente constituía el punible de uso de documento público falso, sin concurrir con la tentativa de estafa, la Fiscalía de segunda instancia debía estudiar todos los extremos del aspecto planteado, ya que no podía examinarlo con una visión recortada, desconociendo que se trataba de dos facetas del mismo tema, necesariamente ligadas, porque versaban sobre un comportamiento que daba lugar a la materialización de dos descripciones típicas, una de ellas contra la fe pública y otra contra el patrimonio económico, como apreció el a quo pero quedándose corto, mientras el recurrente insistía en que solo se estructuraba la primera de ellas, resultando lo correcto y más ajustado a derecho la modificación jurídicamente introducida por el ad quem sobre el primero de los ilícitos perpetrado en concurso, falsedad material de particular en documento público agravada por el uso, además de la tentativa de estafa agravada por la cuantía.

Por lo tanto la segunda instancia, en desarrollo de tal impugnación, al analizar esas facetas entrelazadas, corrigió válidamente el acto irregular y preservó el derecho sustancial.

Cabe aclarar, finalmente y sin perjuicio de lo antes expuesto, que la enmienda del Fiscal de segunda instancia se limitó a la adecuación típica atinente al delito contra la fe pública, puesto que, a diferencia de lo que expone la señora Procuradora, la agravación por la cuantía del numeral 1° del artículo 372 del Código Penal se había involucrado desde la calificación efectuada por el a quo (fs. 157 y 160 cd. respectivo).

Por tales razones, el segundo cargo no prospera.

Ahora, en cuanto al primer cargo, estima la Sala que les asiste plena razón a la acuciosa casacionista y al Ministerio Público ante la Corte al censurarle al Tribunal su tesis de que, tratándose de sentencia anticipada, el Juez estaba abocado a proferir el fallo condenatorio por los cargos formulados por la Fiscalía y aceptados por el procesado, anteponiendo que el hecho no quedara impune por encima de la correcta adecuación típica, aduciendo el ad quem que si no se procedía de esta manera el procesado no tendría derecho a solicitar una nueva diligencia de sentencia anticipada, dado que como ellos lo analizan, dicho precepto modificado por el artículo 3° de la ley 81 de 1993 -y ahora por el artículo 11 de la ley 365 de 1997- no señala límite numérico para las oportunidades en que el procesado solicite acogerse a esta diligencia.

Pero a pesar de la validez de tales críticas, la irregularidad en la calificación de los punibles cometidos en mayo de 1993, no es de tal envergadura como para declarar que se han quebrantado las bases del debido proceso o el principio de legalidad, que diera lugar a la nulidad.

En efecto, si bien los hechos materia de ambos procesos fueron encuadrados, en lo concerniente a la vulneración contra la fe pública, en normas diferentes, no lo es menos que corresponden a preceptos del mismo título y capítulo (Código Penal, Libro II, Título VI, Capítulo III), además de ser producto del estudio razonado e interpretación de distintos funcionarios y estar contenidas las últimas imputaciones en la diligencia de formulación y aceptación de cargos en la etapa instructiva, en la cual no se evidenciaban errores trascendentes que impidieran el proferimiento subsiguiente de un fallo anticipado, situación diferente de lo ocurrido con los primeros sucesos calificados mediante resolución acusatoria.

En tales condiciones, de conformidad con lo que ha analizado la Sala en anteriores oportunidades, por ejemplo en sentencia de fecha 4 de febrero del año en curso, radicación N° 10918, M. P. Jorge Aníbal Gómez Gallego, esa simple disparidad de criterios no conlleva una declaratoria de nulidad:

"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 en el 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 ... 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."

En el caso analizado, ciertamente el Fiscal Seccional plasmó su criterio -errado pero sin llegar a la magnitud de lo absurdo-, en el sentido de no existir pruebas que señalaran al procesado como la persona que elaboró la cédula apócrifa, ante lo cual simplemente debía responder por el uso del documento público falso, siendo en consecuencia este delito el que incluyó en el respectivo concurso. Este defecto de subsunción tampoco implica un desvertebramiento de las formas del juicio, debiéndose además recordar que tales fueron los cargos aceptados por Rodríguez Vásquez con la anuencia de su defensor, y que al proferirse la sentencia por los segundos hechos de conformidad con la aludida diligencia no se agravó la situación del procesado.

Como corolario de lo anterior, este cargo tampoco prospera y no se casará la sentencia impugnada.

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

RESUELVE:

NO CASAR el fallo impugnado.

Cópiese, comuníquese y devuélvase 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, Mario Montilla Nougues, Carlos E. Mejía Escobar, con salvamento de voto parcial; *Nilson Pinilla Pinilla*.

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

SALVAMENTO PARCIAL DE VOTO

La Sala, al resolver el segundo cargo, considera que "habiendo recurrido el defensor parte de la calificación determinada en primera instancia, incluyendo su apreciación de no haberse "acreditado plenamente la responsabilidad penal de mi defendido, en la conducta delictiva establecida en el artículo 356 del C.P.P. (sic), mal podría entonces endilgársele los agravantes del artículo 372 de la misma obra" (fl. 165 cd. respectivo) tal apelación facultaba al ad quem para enmendar a cabalidad los yerros de la calificación efectuada por el Fiscal Seccional sobre los punibles ocurridos en diciembre de 1992, no sólo en cuanto no podía pasar por alto un error que habría de incidir en la congruencia y que estaba en obligación y oportunidad de corregir, en aplicación del principio rector del derecho procesal penal incluido en el artículo 13 del código respectivo, sino habida cuenta de la relación con lo pretendido por el recurrente, quien sin desconocer la utilización por su prohijado de la cédula de ciudadanía espúrea, para tratar de retirar los fondos que se habían consignado con el cheque fraudulentamente obtenido, en la cual aparecen su fotografía y huella dactilar, adujo que sólo se estructuraba el delito contra al Fé Pública, como uso de documento público falso y no el delito contra el patrimonio económico agravado por la cuantía".

Agrega que como se impugnaba "la tipicidad de la conducta investigada" la Fiscalía de segunda instancia debía estudiar "todos los extremos del aspecto planteado, ya que no podía examinarlo con una visión recortada, desconociendo que se trataba de dos facetas del mismo tema" y que la segunda instancia corrigió válidamente el acto irregular y preservó el derecho sustancial, por lo que no prospera la impugnación.

La Procuraduría Delegada, por su parte, consideró que el artículo 217 del Código de Procedimiento Penal, no constituye un factor de competencia y por tanto el funcionario de segunda instancia "está habilitado para la revisión de temas que no son expresamente mencionados en la apelación de una decisión de primera instancia", a pesar de su epígrafe, pues el señalamiento que en esa norma se hace sobre los alcances de la decisión, según se trate de consulta o de apelación, no tiene objeto diverso "al de indicar los modos de estudio de las decisiones de primera instancia" sea que lleguen al ad quem por la vía del recurso, sea que lo hagan por la del

grado jurisdiccional. Que no se pretende restringir las facultades de quien revisa la decisión y por tanto el Fiscal de segunda instancia podía corregir los defectos de la acusación.

La casacionista, en cambio, invoca la nulidad por violación del artículo 217 del C.P.P. Su razonamiento es sencillo: Si el defensor, al apelar la acusación, expresamente se mostró conforme con la imputación de uso de documento público falso dado a una de las conductas concurrentes (impugnaba únicamente la deducción de tentativa de estafa), el Fiscal del Tribunal no podía ocuparse del delito contra la Fé Pública. Al hacerlo, violó una regla de competencia subsanable únicamente a través de la nulidad (art. 304 del C.P.P., numeral 1ª.).

La prohibición de reforma en peor está contenida como una derivación del principio acusatorio en el artículo 31 de la Constitución Política.

Toda sentencia judicial podrá ser apelada o consultada, salvo las excepciones que consagre la ley.

El superior no podrá agravar la pena impuesta cuando el condenado sea apelante único.

Por eso el artículo 17 del Código de Procedimiento Penal dispuso que el superior no podría agravar la pena impuesta cuando el condenado fuere apelante único, y el artículo 217 original , del mismo estatuto disponía:

Competencia del superior. El recurso de apelación y la consulta permiten al superior decidir sin limitación alguna sobre la providencia impugnada o consultada. Cuando se trate de sentencia condenatoria no se podrá agravar la pena impuesta salvo que el Fiscal, el agente del Ministerio Público o la parte civil, cuando tuviere interés, la hubieren recurrido.

Pero la ley 81 de 1993 modificó esta disposición, cuyo texto quedó tal como ahora rige:

Competencia del superior . La consulta permite al superior decidir sin limitación sobre la providencia o la parte pertinente de ella; la apelación permite revisar únicamente los aspectos impugnados. Cuando se trate de sentencia condenatoria no se podrá en caso alguno agravar la pena impuesta, salvo que el fiscal o el agente del Ministerio Público o la parte civil cuando tuviere interés para ello, la hubieren recurrido.

La norma regula, tal como quedó elaborada, los efectos jurídicos de la apelación y cobija tanto la apelación de autos como la de sentencias. Lo primero, para que el examen que origina el recurso no pueda desbordar los límites de la apelación. Lo segundo para que aún dentro de esos límites, únicamente prospere el recurso si conduce a mejorar la situación del procesado apelante único.

Estas reglas han admitido universalmente algunas excepciones. Manzini (tratado.. T. IV) , Florian (Elementos.. N. 97 p. 419 y ss), Beling

(D. Procesal Penal), por ejemplo, se refieren a algunas. La ley procesal civil colombiana regula otras. Y la Corte Constitucional y ésta Sala han considerado otras más que ahora no es del caso comentar. Pero si el legislador colombiano no fué explícito y codicioso al regular la institución, no por ello debe asumirse en términos que conduzcan a hacer de ella un instituto asistemático, o como si no existiera.

En este proceso la resolución acusatoria se profirió por el uso del documento público falso en concurso con la estafa. Pero la imputación hacía referencia al inciso primero del artículo 222 del Código Penal y no al segundo, es decir, a la conducta consistente en que sin haber concurrido a la falsificación se hiciere uso del documento público falso, y no a la circunstancia agravante de las tipicidades previstas en los artículos 218, 219 y 220 del Código. Tanto así, que mantuvo la medida de aseguramiento de caución (numeral 2 de la resolutiva) y que a través de su texto se hicieron constante referencias al auto que al resolver situación jurídica la impuso, pieza en la cual se expresó:

"Se ha dicho por el sindicado que la persona que se hizo pasar por GIOVANNY, le entregó la cédula a nombre de aquel como el cheque de que se hace mención anteriormente, versión sobre el particular que no ha sido controvertida por ninguna otra de las pruebas aportadas al expediente, CIRCUNSTANCIA QUE SE DEBE TENER COMO TAL Y POR ENDE EN CUANTO A LA APROCRIFICIDAD DEL DOCUMENTO, NO SE HARA POR AHORA, responsable de la mutación del mismo, toda vez que éste se le entregó en el estado en que fue observada y analizada por los expertos en grafología forense" (p. 5 resaltado mío).

De modo que si el cargo por falsedad lo había sido por el tipo penal completo descrito en el inciso primero del artículo 222 del Código Penal (usar el documento sin haber concurrido a la falsedad) y que dicha acusación no solamente no fué objetada por el defensor apelante único (que explícitamente limitó el recurso al delito de estafa), el aspecto de la Falsedad no había sido recurrido y no podía ser objeto de extensión, para su examen, por el Fiscal ad quem.

Aquello de que se impugnaba "la tipicidad de la conducta investigada", que se trataba de "dos facetas del mismo tema", que "el error habría de incidir en la competencia", y que se había recurrido parte de la "calificación determinada en primera instancia" es insuficiente para legitimar la conducta del ad quem al examinar la resolución acusatoria. Y lo es porque precipita al vacío el contenido sustancial del artículo 217 del Código de Procedimiento Penal. Porque desconoce que se puede decidir sin limitación únicamente la parte pertinente de la providencia, en cuanto objeto de consulta, o los aspectos impugnados de la providencia en cuanto haya sido apelada.

- No se impugnaba la tipicidad de la conducta, sino la tipicidad de uno de los delitos, (el de estafa).

- No eran dos facetas del mismo tema, a no ser que se considere que la unidad temática la otorga el proceso, o la naturaleza de la decisión y si fuera así, no se justificaría la prohibición.

- No incidía el error (que lo hubo) en la congruencia, porque el cargo estaba nominalmente bien formulado aunque restringido al uso del documento y, así delimitado, era factible producir fallo de fondo sobre el respectivo cargo.

- Finalmente no se puede validar la actitud del superior bajo la consideración de que había sido apelada la calificación, porque precisamente no se había recurrido todo el acto calificatorio sino una de sus partes, la que calificaba la estafa.

Con los demás argumentos (la obligación de corregir, la aplicación del artículo 13 del Código Penal, la preservación del derecho sustancial) habría que prescindir del artículo 217 del Código de Procedimiento Penal, porque cualquier enmienda, a cualquier cuestión de proceso, encontraría recibo en ellos.

Pero no es ese el sentido de la ley colombiana, sino el de establecer un término medio al ámbito dentro del cual se desenvuelve el examen que por vía de alzada realiza el funcionario de segunda instancia. Y ese ámbito es inclinadamente restrictivo para la parte que resuelve.

Aunque el tratamiento que la Sala otorga a ésta clase de vicios no es el de la infracción de una norma de competencia, el error debió corregirse, y podía hacerse la rectificación en la sentencia. Ello porque el cargo se mantuvo dentro de la denominación jurídica del delito y fué expuesto al contradictorio a través de todo el juicio, de modo que podía acudirse, para su enmienda, al numeral 1º, del artículo 229 del Código de Procedimiento Penal.

Con todo respeto.

Carlos E. Mejía Escobar.

TERMINACION ANTICIPADA DEL PROCESO/ SENTENCIA ANTICIPADA / AUDIENCIA ESPECIAL

En cuanto a la observación del Procurador en el sentido de que la Fiscalía creyó equivocadamente aplicar la figura de la audiencia especial, cuando la diligencia que se llevó a cabo fue la de sentencia anticipada, es importante advertir que así se haya solicitado la «audiencia especial», nada impide que el procesado termine aceptando la totalidad de los cargos, pues si él considera que están correctamente formulados puede tomar esa decisión. En el caso que nos ocupa el imputado aceptó la responsabilidad en cuanto al delito de hurto calificado y agravado, y la negó sobre el porte ilegal de armas, de ahí que se optara por romper la unidad procesal para que ese punible se continuara investigando por separado, tal como lo establece el numeral 3 del artículo 37 B, aplicable en los casos de los artículos 37 y 37 A del estatuto procesal.

El numeral 2º del artículo 37 B ibídem, dice textualmente: «Equivalencia a la resolución de acusación. El acta que contiene los cargos aceptados por el procesado en el caso del artículo 37 o el acta que contiene el acuerdo a que se refiere el artículo 37 A, son equivalentes a la resolución de acusación».

Al decir que las actas son «equivalentes» está admitiendo que formalmente no tienen que ser exactamente iguales a la resolución de acusación, y es obvio que sea así, pues no es necesario que se realice evaluación de las pruebas, ni tampoco contendrá respuesta a la alegaciones de las partes por sustracción de materia.

Pero lo que sí indica esa expresión es que las actas tienen igual valor, eficacia, aptitud, que la resolución de acusación, de modo que la sentencia debe ser dictada en consonancia con los cargos allí atribuidos al acriminado, de lo contrario es violatoria del debido proceso. Pero para que la congruencia pueda observarse, es indispensable que tanto la imputación fáctica como la jurídica de lo acaecido contengan todos los elementos necesarios para que no haya ninguna duda sobre cuáles son los delitos, (conducta típica, antijurídica,

y culpable), y las circunstancias agravantes que el fiscal le atribuye al acusado; las atenuantes no tienen problema porque el juez puede reconocerlas en la sentencia.

Teniendo en cuenta que el acta de formulación de cargos contra (...) fue redactada exactamente en los mismos términos de la de (...), y por lo tanto adolece de las mismas fallas, resulta necesario acudir al artículo 243 del Código de Procedimiento Penal, que permite la aplicación extensiva de la decisión a los no recurrentes, según el caso, pues de lo contrario la sentencia quedaría vigente respecto de él, entrañando una ostensible contradicción.

Proceso No. 10774

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal

Magistrado Ponente: Dr. *Ricardo Calvete Rangel*

Aprobada Acta No. 090

Santa Fe de Bogotá, D.C., junio veintidós de mil novecientos noventa y nueve.

VISTOS

Resolverá la Sala la demanda de casación presentada por el defensor del procesado Diego Marcel del Castillo Cabrera, contra la sentencia del Tribunal Superior de Barranquilla, confirmatoria de la dictada por el Juzgado Segundo Penal del Circuito de la misma ciudad, que condenó al aquí recurrente y a Luis Alberto o Alberto Cantillo Reyes, a la pena principal de cuarenta y un (41) meses y veintisiete (27) días de prisión, y a la accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas por el mismo tiempo, por el delito de hurto calificado y agravado, modificándola en el sentido de reducir las penas impuestas a cuarenta (40) meses.

I. HECHOS

Fueron resumidos por el Procurador Delegado así:

"*El día quince de octubre de 1994, cerca de las diez y media de la noche, algunos agentes de la Policía Nacional cumplían su servicio en la calle 30 con carrera 34 de la ciudad de Barranquilla cuando observaron que dos sujetos despojaban a José María Cogollo Lioreda (quien les llamó la atención) del taxi marca Chevrolet Chevette, modelo 1991, de placas TQG-953, que conducía.*

"*Los individuos, al notar la presencia de los agentes del orden, trataron de emprender la huida en el automotor, pero ante la persecución de que eran objeto, decidieron abandonarlo y disparar contra los policiales quienes repelieron el ataque e hirieron a uno de los autores del hecho.*

"Capturados los dos sujetos fueron identificados como Diego Marcel del Castillo Cabrera (herido) y Alberto Cantillo Reyes. Al primero de los mencionados se le encontró en su poder un revólver marca Colt calibre 38 y al segundo una navaja".

II. Actuación Procesal

La Fiscalía Segunda Delegada Permanente en turno de Barranquilla, abrió la investigación penal y recibió indagatoria al capturado Alberto Cantillo Reyes.

El asunto pasó luego a la Fiscalía Primera Delegada de la Unidad Dos Especializada en delitos contra el Patrimonio Económico Público y Privado, quien oyó en indagatoria a Diego Marcel del Castillo Cabrera y amplió la injurada de Cantillo Reyes.

A los dos procesados se les resolvió la situación jurídica con medida de aseguramiento en la modalidad de detención preventiva: a Castillo Reyes por el punible de hurto calificado y agravado, y a del Castillo Cabrera por este mismo delito en concurso con el porte ilegal de arma de fuego.

La defensora de Cantillo Reyes solicitó a la Fiscalía la ampliación de indagatoria de su representado y el proferimiento de sentencia anticipada. El mismo acusado manifestó su voluntad de "acogerse" a esa forma de terminación anticipada del proceso.

El defensor de del Castillo Cabrera solicitó la realización de la audiencia especial en los términos previstos en el artículo 37 A del Código de Procedimiento Penal.

El 8 de noviembre de 1994 compareció al despacho de la Fiscalía el procesado Alberto Cantillo Reyes acompañado de su apoderada "con el fin de realizar la diligencia de audiencia especial prevista en el artículo 37 A del C.P.P.". En el acta se dice textualmente que luego de las advertencias del caso el Fiscal procedió a formular los cargos al procesado quien se encontraba incurso en la conducta descrita en los artículos 350 y 351 del C.P., esto es hurto calificado y agravado, cometido a título de dolo, lo que significaría una pena no inferior a 30 meses de prisión. El sindicado aceptó estos cargos y solicitó que se le concedieran los beneficios de ley, y la defensora expresó que como su representado se acogió a la sentencia anticipada, esperaba que esta se profiriera lo más pronto posible para que aquél pudiera gozar de su libertad provisional.

El 11 de noviembre de 1994 se llevó a cabo la "diligencia de AUDIENCIA ESPECIAL prevista en el artículo 37 A del C.P.P." concedida al procesado Diego Marcel del Castillo Cabrera. En el acta se dejó constancia de que el Fiscal procedió a hacer todas las explicaciones y advertencias del caso, luego de lo cual le formuló los cargos así:

"Está demostrado en autos con fundamento en las pruebas recopiladas, que el señor Diego Marcel del Castillo Cabrera se encuentra incurso en la conducta descrita en el Código Penal, HURTO AGRAVADO CALIFICADO, en concurso con el de PORTE ILEGAL DE ARMAS DE FUEGO, de que trata el Código Penal en su Libro Segundo, Capítulo 1º, Título XIV, artículos 350 y 351 y el Título V, Capítulo 2º artículo 201. Pruebas que permiten radicarlo en juicio criminal, delito este cometido a título de dolo, teniendo en cuenta los parámetros del artículo 61 y ss del C.P., le significaría una pena no inferior a treinta meses de prisión".

El procesado manifestó su aceptación por el cargo de hurto calificado y agravado, pero no aceptó el de porte ilegal de armas, pues dice que ni a él ni a su compañero le fueron encontradas armas, que había una navaja pero que su acompañante no sacó. El defensor compartió la posición del acusado y expresó que existía duda probatoria en relación con el porte ilegal de armas.

El Fiscal dio por terminada la diligencia, previa aclaración de que posteriormente se pronunciaría sobre la ruptura de la unidad procesal, y dejó constancia de que al incriminado se le reconocerá una "rebaja de pena de una sexta a una tercera parte" por haberse acogido a la audiencia especial.

Posteriormente la Fiscalía ordenó romper la unidad procesal y expedir copias para que la autoridad competente investigue el delito de porte ilegal de armas de fuego imputado al procesado Diego Marcel del Castillo Cabrera.

El expediente pasó al Juzgado Segundo Penal del Circuito de Barranquilla, que dictó la sentencia de primera instancia en la que se condenó a los procesados por el punible de hurto calificado y agravado de conformidad con los artículos 349 y 350-1-2-, 351-6-10, y 372-1 del C.P., a la pena principal de cuarenta y un (41) meses y veintisiete (27) días.

Apelado el fallo de primer grado por los defensores de los procesados, el Tribunal lo confirmó con la modificación consistente en suprimir la agravación de que trata el numeral 1ª del artículo 372 del Código Penal porque no fue formulada en los cargos, y redujo la pena a cuarenta (40) meses de prisión, tasación que se hace con base en los artículos 350-1-2 y 351-9-10 ibidem.

III. La Demanda

Primer cargo:

Al amparo de la causal tercera se acusan las sentencias "de primera y segunda instancia" porque se dictaron en un juicio viciado de nulidad, pues se edificaron sobre una resolución de acusación, que en el presente

caso constituye el "ACTA DE ACUERDO previa a la sentencia anticipada", la cual no contiene los requisitos formales consagrados en el artículo 442 del C. de P.P., pues no se precisaron los cargos imputados al procesado Diego Marcel del Castillo Cabrera.

Luego de transcribir el aparte del acta de audiencia en donde se formularon los cargos al procesado, aduce que allí no se precisaron las causales de calificación y agravación del hurto y reprodujo parte de la sentencia de primera instancia en la que se realizó la dosificación punitiva con fundamento en los numerales 1º y 2º del artículo 350; 6º y 10º del artículo 351 y 1º del artículo 372 del C.P.

Se vulneró el derecho de defensa consagrado en el artículo 304-3 del C. de P.P., porque el incriminado aceptó los cargos "con la expectativa de lograr la Condena de Ejecución Condicional", pero las sentencias de instancia sorprendieron al sindicado, porque si bien se admite la imputación por hurto calificado, esta solamente se presenta con fundamento en el numeral 1º del artículo 350, no así el 2º, y por consiguiente la sanción se ha debido dosificar en ocho meses menos, pues siguiendo el criterio de Antonio Vicente Arenas, en los hechos no se presentó creación o aprovechamiento de circunstancias de inferioridad o indefensión de la víctima.

Caso similar se presentó con relación a los causales de agravación punitiva, ya que si bien el defensor acepta la existencia de la circunstancia prevista en el numeral 10º del artículo 351, dice rechazar la establecida en el numeral 9º del mismo artículo porque la considera aplicable exclusivamente para aquellos casos en los que la nocturnidad contribuye a la desprotección del bien objeto material del delito de hurto o lo facilita.

Luego de recordar algunos apartes de pronunciamientos jurisprudenciales sobre la necesidad de precisar en la resolución de acusación las circunstancias de agravación punitiva, sostuvo el demandante que al no haberse precisado en la resolución de acusación las causales de calificación y agravación punitiva, dificultó en extremo la actividad de la defensa porque "ni mediante un gran esfuerzo mental...hubiera deducido esa causal, ya que no se presentaba de bulto y significó un incremento de ocho meses en la pena".

Solicita la declaración de nulidad de lo actuado a partir del "Acta de Acuerdo previa a la sentencia Anticipada", y solicita además la libertad del procesado con fundamento en lo previsto en el numeral 4º del artículo 415 del C. de P.P.

Segundo Cargo:

En forma subsidiaria el impugnante acusa la sentencia de ser violatoria de manera directa del artículo 350 del numeral 2º del Código Penal, porque fue aplicado indebidamente.

Transcribe apartes de la sentencia de segunda instancia para aducir que el hecho de que el procesado hubiese afirmado en la ampliación de indagatoria que tomó a la víctima por el cuello con una mano y con la derecha le sacó la plata del bolsillo de la camisa, si bien constituye violencia, no configura la circunstancia calificadora de colocar a la víctima en condiciones de indefensión. Para el Magistrado, el mismo hecho le permitió deducir dos circunstancias de calificación, lo que constituye error que conduce a la indebida aplicación del numeral 2º del artículo 350 del estatuto punitivo, por lo que se incrementó la pena en ocho meses.

Como quiera que sólo existe una circunstancia de calificación en el comportamiento del sindicado, la del artículo 350-1 "Con violencia sobre las personas", se hace necesario que la Corte modifique la sentencia de segunda instancia, "debiéndose disminuir la pena en 7 meses, lo que arrojaría 33 meses de prisión en definitiva, por lo que procede otorgar el subrogado de la condena de ejecución condicional.

En capítulo aparte, el libelista solicita un pronunciamiento de la Corte sobre el alcance de la rebaja de la pena establecida en el artículo 37 A del C.P.P., pues dice que algunos funcionarios judiciales otorgan una rebaja de una tercera parte cuando se tramita la audiencia especial, en tanto que otros conceden una reducción de una sexta parte, sin criterio de diferenciación alguno.

IV. Concepto del Ministerio Público

El Procurador Tercero Delegado en lo Penal sugiere a la Corte que se case la sentencia impugnada y se declare la nulidad de todo lo actuado a partir de la "diligencia de audiencia especial", y para ello se apoya en las siguientes razones:

Considera necesario dejar establecido como presupuesto de su posterior opinión, que la diligencia que en verdad se llevó a cabo con cada uno de los acusados fue la prevista en el artículo 37 del Código de Procedimiento Penal, denominada sentencia anticipada, aunquando la Fiscalía equivocadamente creyó aplicar la figura contemplada en el artículo 37 A ibidem bajo el título de audiencia especial.

Dice el Procurador que en varias oportunidades ha propuesto respetuosamente a la Sala de Casación Penal de la Corte la inaplicación del mecanismo de la sentencia anticipada por presentar manifiesta contrariedad con los mandatos de la Constitución Política de 1991, pues en su opinión un tal procedimiento vulnera garantías judiciales reconocidas a través de los mandatos de la Carta Política, y en los tratados de derechos humanos ratificados por Colombia, tales como la de ser oído por Tribunal competente para el pronunciamiento de la sentencia y la de ser examinada su causa en audiencia pública.

La sentencia anticipada, es sin dudarlo, una forma de garantizar la celeridad del procedimiento y en persecución de tal finalidad pone los intereses abstractos de la justicia y de su eficientismo por encima de los derechos y garantías del procesado, olvidando que el artículo 5 de la C.N. reconoce "la primacía de los derechos inalienables de la persona como base fundamental del estado".

El art. 29 de la Carta Política consagró el debido proceso, para cuya protección es de particular importancia que el funcionario previamente establecido por la ley y con capacidad para decidir en definitiva sobre el asunto materia de acusación, escuche al encartado, analice las pruebas de cargo y de descargo y dicte la sentencia correspondiente, pero que también se respete la presunción de inocencia la que solo puede ser destruida a través de la declaración judicial de culpabilidad; que surge del proceso de juzgamiento, con lo cual se exige que la sentencia se fundamente en pruebas legalmente recogidas, debidamente discutidas por la defensa y posteriormente avaluadas por el "tribunal de juzgamiento", con lo que se limitan también las posibilidades de que sea el órgano de la acusación, un tercero, o el mismo procesado quien declare la culpabilidad, así como una declaratoria de culpabilidad anticipada en la que sea el órgano de la acusación quien la realice.

Es esencia del debido proceso el derecho a la defensa, y su complementario de la controversia probatoria, así como la publicidad del juzgamiento, razones que permiten afirmar que en todo caso en el que no se conceda al acusado la oportunidad de controvertir las pruebas que se esgriman en su contra o se impida la publicidad, se está ante un proceso, si ha sido establecido como tal por la ley, "pero que dicho proceso no será debido".

Estas garantías se encuentran establecidas en instrumentos internacionales sobre derechos humanos, cuyos contenidos prevalecen en el derecho interno según lo dispuesto en el artículo 93 de la Constitución Política, en especial la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto San José de Costa Rica), artículo 8º bajo el título de "Garantías Judiciales", cuyo texto transcribe.

En contradicción con estas reglas, en el artículo 37 se consagró una forma de terminación anticipada del proceso en la cual se suprimen las garantías procesales de discusión de la acusación y derecho a la audiencia pública de juzgamiento, pues basta con la aceptación de los cargos por parte del procesado para que se tengan elementos formales suficientes para el proferimiento de sentencia que, de acuerdo con los antecedentes legislativos y con las reglas de la lógica, debe ser necesariamente de carácter condenatorio, en tanto que a tal aceptación de cargos se le toma como una confesión de carácter privilegiado que hace innecesaria cualquiera otra comprobación de los hechos materia de investigación.

Este procedimiento, que no deja duda alguna de su legalidad en cuanto es norma positiva, es sin embargo inconstitucional a la luz de los derechos fundamentales que se dejaron mencionados.

Es procedente para la judicatura abstenerse de aplicar la sentencia anticipada, pues con ella se viola la Constitución Política y los derechos fundamentales, surgiendo la obligación de aplicar el artículo 4º de la Carta Política, lo que implica que siempre que se haga solicitud de sentencia anticipada debe negarse ésta por ser incompatible con el artículo 29.

Idéntica decisión debe adoptarse en este caso particular, pues en él se llegó a la sentencia a través de la figura de la sentencia anticipada, porque el proceso efectivamente se encuentra viciado de nulidad desde las diligencias correspondientes.

En el evento de que la Corte no comparta los planteamientos de la Delegada, también se solicita la declaración de nulidad de lo actuado a partir de la audiencia especial celebrada con los procesados; pues supuesta la constitucionalidad del trámite, con el procedimiento observado por la Fiscalía se violaron claros preceptos legales por cuya no aplicación se llegó al quebranto del derecho a la defensa de los dos procesados.

Transcribe el numeral 2º del artículo 37 B del C.P.P. (art. 5º de la Ley 81/93), para decir que aquí al establecer claramente que los cargos formulados son equivalentes a la resolución de acusación, equivalencia que se establece no como simple formalismo para fijar un momento procesal a partir del cual se pueda iniciar la etapa del juicio, (que no existe en estos casos), o determinar la interrupción del término de prescripción de la acción, o para establecer la improcedencia de una eventual libertad provisional. En su opinión la equivalencia de los cargos formulados participa de las notas fundamentales que le son propias a la resolución de acusación, cuales son las de servir de contenido y límite a la acusación, y fijar la imputación penal que orienta el ejercicio del derecho a la defensa.

La formulación de los cargos en desarrollo de la figura procesal de la sentencia anticipada, (que materialmente se produjo en este asunto), debe respetar las exigencias formales señaladas en el artículo 442 del C.P.P. cuyo texto transcribe.

Estas exigencias surgen de la exacta comprensión de la figura, pues siendo su naturaleza la de ser un mecanismo de terminar anticipadamente el proceso, exclusivamente, no puede permitirse que a través de él se vulneren derechos fundamentales del imputado como son conocer con exactitud los cargos que se elevan en su contra y el de darle la oportunidad de controvertir todas las circunstancias que podrán incidir en la determinación de la pena.

En la formulación de cargos que haga el Fiscal durante la diligencia previa a la sentencia anticipada, es fundamental que se especifiquen los

hechos materia de la investigación "con todas las circunstancias de modo, tiempo y lugar que las especifiquen", en la medida en que todo ello determinará la "calificación jurídica provisional", que será en definitiva la que permitirá una adecuada defensa y constituirá los límites de la sentencia definitiva.

En este caso particular no se observaron estos parámetros normativos, y la formulación de cargos se hizo con omisión del recuento de los hechos que se consideraron probados y las circunstancias que los especifican, sino -lo que es más grave- sin precisar las disposiciones legales que recogen las causales de calificación del hurto y de agravación de la pena, de manera que el juez tuvo que establecerlas en la sentencia, cuando ya no era procedente.

Esta actitud fue igual en relación con los dos procesados, quienes fueron sorprendidos en la sentencia con condiciones determinantes de la punibilidad que no estuvieron en capacidad de conocer previamente, razón por la que puede afirmarse que se quebrantó el derecho a la defensa, condición ésta que impone la declaración de nulidad de lo actuado acogiendo la petición de la demanda de casación, (a la cual se llega con otros argumentos), y como consecuencia de la facultad oficiosa de casar la sentencia en lo relativo al procesado Luis Alberto Cantillo Reyes.

Bajo la consideración de que está demostrada la nulidad que afecta el proceso, la Delegada estima que carece de fundamento el análisis de la planteada violación directa de la ley sustancial.

V. Consideraciones de la Corte

1. Respecto a la inquietud planteada por el Ministerio Público sobre la inconstitucionalidad de la sentencia anticipada, es suficiente recordar que la norma fue declarada exequible por la Corte Constitucional en providencia de septiembre 12 de 1996, (C-425), en la cual expresamente se dijo que no es violatoria del debido proceso.

2. En cuanto a la observación del Procurador en el sentido de que la Fiscalía creyó equivocadamente aplicar la figura de la audiencia especial, cuando la diligencia que se llevó a cabo fue la de sentencia anticipada, es importante advertir que así se haya solicitado la "audiencia especial", nada impide que el procesado termine aceptando la totalidad de los cargos, pues si él considera que están correctamente formulados puede tomar esa decisión. En el caso que nos ocupa el imputado aceptó la responsabilidad en cuanto al delito de hurto calificado y agravado, y la negó sobre el porte ilegal de armas, de ahí que se optara por romper la unidad procesal para que ese punible se continuara investigando por separado, tal como lo establece el numeral 3 del artículo 37 B, aplicable en los casos de los artículos 37 y 37 A del estatuto procesal.

La defensora de Alberto Cantillo Reyes solicitó que se profiriera "sentencia anticipada", pero la Fiscalía al citar al procesado dijo que se trataba de una diligencia de "audiencia especial", en la que se le formularon cargos por hurto calificado y agravado, que fueron aceptados por él, de modo que el error en la denominación de la diligencia es intrascendente, pues no impidió que ésta cumpliera la finalidad para la cual había sido solicitada.

3.. *De la Nulidad*

Como se dejó reseñado, demandante y Delegada solicitan la invalidación del proceso a partir del acta de "audiencia especial", por considerar que no contiene los requisitos formales consagrados en el artículo 442 del Código de Procedimiento Penal.

El numeral 2º del artículo 37 B ibidem, dice textualmente: "Equivalencia a la resolución de acusación. El acta que contiene los cargos aceptados por el procesado en el caso del artículo 37 o el acta que contiene el acuerdo a que se refiere el artículo 37 A, son equivalentes a la resolución de acusación".

Al decir que las actas son "equivalentes" está admitiendo que formalmente no tienen que ser exactamente iguales a la resolución de acusación, y es obvio que sea así, pues no es necesario que se realice evaluación de las pruebas, ni tampoco contendrá respuesta a la alegaciones de las partes por sustracción de materia.

Pero lo que sí indica esa expresión es que las actas tienen igual valor, eficacia, aptitud, que la resolución de acusación, de modo que la sentencia debe ser dictada en consonancia con los cargos allí atribuidos al acriminado, de lo contrario es violatoria del debido proceso. Pero para que la congruencia pueda observarse, es indispensable que tanto la imputación fáctica como la jurídica de lo acaecido contengan todos los elementos necesarios para que no haya ninguna duda sobre cuáles son los delitos, (conducta típica, antijurídica, y culpable), y las circunstancias agravantes que el fiscal le atribuye al acusado; las atenuantes no tienen problema porque el juez puede reconocerlas en la sentencia.

En el caso que nos ocupa la audiencia se desarrolló en la forma como se hizo constar en al acta, cuyo contenido es como sigue:

"... *procede el Funcionario, en presencia de su Auxiliar, a instalar la audiencia, declarándola abierta, y a continuación el señor Fiscal procede a explicarle el objeto y alcance de la misma con el fin de llegar a un acuerdo dentro de la legalidad, del debido proceso, preservando los derechos esenciales y explicándosele las limitaciones que pudieran presentársele para controvertir su responsabilidad. Se hace énfasis dentro del marco de la legalidad respecto a la adecuación típica, el grado de participación, la responsabilidad que le compete en el hecho investigado, las circunstancias de*

tiempo, modo y lugar en que ocurrió el hecho; la pena a imponer y el beneficio de condena de ejecución condicional. Seguidamente, el señor Fiscal formula los cargos contra el procesado así: Está demostrado en autos con fundamento en las pruebas recopiladas, que el señor Diego Marcel del Castillo Cabrera se encuentra incurso en la conducta descrita en el Código Penal, HURTO AGRAVADO CALIFICADO, en concurso con el de PORTE ILEGAL DE ARMAS DE FUEGO, de que trata el Código Penal en su Libro Segundo, Capítulo 1°, Título XIV, artículos 350 y 351 y el Título V, Capítulo 2º artículo 201. Pruebas que permiten radicarlo en juicio criminal, delito este cometido a título de dolo, teniendo en cuenta los parámetros del artículo 61 y ss del C.P., le significaría una pena no inferior a treinta meses de prisión". Seguidamente se le concede el uso de la palabra al sindicado, para que manifieste si acepta o no los cargos formulados y CONTESTO: Si acepto el cargo de Hurto Calificado y Agravado, pero el de Porte Ilegal de Armas de Fuego no lo acepto, porque el arma no me fue encontrada a mí, ni en mis ropas, pero en ningún momento los agentes me encuentran armas a mí ni a mi compañero, había una navaja pero él tampoco la sacó, yo me vengo a enterar del arma de fuego allá en el hospital, esa arma aparece después.".

Es evidente que el cargo aceptado fue por hurto calificado y agravado, pero no se precisó cuál o cuáles eran las causales de calificación y de agravación que se imputaban, de manera que el defensor, por lo que dice en la demanda, entendió que la circunstancia calificante era únicamente la del numeral 1°. , y la agravante la del numeral 10ª.; sin embargo el juez de primera instancia dedujo las de los numerales 1º. y 2°, del artículo 350; 6º. y 10°. del artículo 351; y 1º. del artículo 372 del Código Penal. Por su parte el Tribunal, no obstante expresar que "da grima la falta de precisión de la fiscalía al momento de concretar los cargos", resolvió eliminar la agravante del artículo 372, porque a su juicio no fue imputada en la acusación, pero confirmó los demás factores de incremento de la pena.

Las diversas opiniones se deben a que los cargos no fueron presentados con la claridad y precisión necesarias para servir de marco fáctico y jurídico a la sentencia, de manera que lo que han debido hacer los juzgadores era decretar la nulidad del acta, y no pretender subsanar el vacío dejado por la fiscalía, pues era ostensible que la irregularidad seguiría latente en el proceso.

El demandante alega violación del derecho a la defensa partiendo de la base de que se adicionó la acusación con una circunstancia de calificación y otra de agravación que no fueron aceptadas por el sindicado, pero la realidad es que con fundamento en el acta no se puede saber por qué el delito endilgado fue "hurto calificado y agravado", de manera que esa diligencia es también violatoria del debido proceso por su anfibología, por lo tanto se accederá a la petición del libelista.

Es probable que en la audiencia el fiscal se haya referido a todos los detalles propios de la acusación, ya que así lo da a entender el acta y la manifestación del censor, sin embargo el error consiste en no incluirlos en el documento, pues el juez no puede fallar sobre suposiciones, ni la formulación de los cargos puede ser de tal modo incompleta, que el procesado y su defensor entiendan estar aceptando una imputación, y el juzgador infiera una diferente.

4. Teniendo en cuenta que el acta de formulación de cargos contra Alberto Cantillo Reyes fue redactada exactamente en los mismos términos de la de Diego Marcel del Castillo Cabrera, y por lo tanto adolece de las mismas fallas, resulta necesario acudir al artículo 243 del Código de Procedimiento Penal, que permite la aplicación extensiva de la decisión a los no recurrentes, según el caso, pues de lo contrario la sentencia quedaría vigente respecto de él, entrañando una ostensible contradicción.

4. Al prosperar el cargo de nulidad resulta innecesario abordar el estudio de la censura planteada por la causal primera, que tiene como fundamento la misma irregularidad anteriormente analizada.

5. El libelista solicita que como consecuencia de la prosperidad del reproche se otorgue al implicado libertad provisional de acuerdo con lo previsto en el numeral 4º. del artículo 415 del Código de Procedimiento Penal, lo cual sería procedente, de no haberse presentado lo siguiente:

El 12 de julio de 1996, cuando el proceso ya se encontraba en la Corte en trámite del recurso de casación, el defensor del sentenciado Alberto Cantillo Reyes solicitó la libertad condicional de su cliente, así como el acriminado Diego Marcel del Castillo, ante el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Barranquilla, la cual les fue concedida sin que el funcionario tuviera competencia para ello, y sin que la sentencia hubiere cobrado ejecutoria.

Dada esa irregular actuación, cuya copia fue anexada al expediente, la Sala decretará la nulidad del pronunciamiento, y ordenará compulsar copias para que las autoridades disciplinarias y penales adelanten la averiguación correspondiente. También se librará orden de captura, y si esta se hace efectiva, la autoridad que esté conociendo en ese momento del proceso resolverá lo que sea pertinente sobre la libertad.

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 dictada contra el procesado Diego Marcel del Castillo Cabrera, impugnada por su defensor, lo cual se hace extensivo de oficio al acusado Alberto Cantillo Reyes.

2. Decretar la nulidad del proceso a partir del acta de formulación de cargos a cada uno de los implicados inclusive, por las razones anotadas en la parte motiva.

Cópiese, notifíquese, y 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, Mario Mantilla Nougues, Carlos E. Mejía Escobar, Nilson Pinilla Pinilla.

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

EXTRADICION

No sobra recordar que el artículo 1° del Acto Legislativo 01 de 1997, modificatorio del artículo 35 de la Constitución Política, no afecta positiva ni negativamente la situación de los extranjeros que se hallen en el territorio nacional porque ahora y antes de su vigencia, la legislación ha permitido y facilitado su extradición, como en providencia del 16 de abril de 1998 lo indicó la corporación:

«..... Consultadas la finalidad buscada por la reforma, como fue la de derogar la prohibición de extraditar nacionales colombianos por nacimiento, la evolución histórica de la institución y los antecedentes que precedieron al Acto Legislativo, no cabe duda para la Sala que la excepción de no retroactividad de la extradición del último inciso del artículo 35 de la Constitución Política sólo hace referencia a ellos, pues como quedó visto, ese fue el espíritu de sus redactores, sin que por nadie se hubiera propuesto ni discutido que se restringiera la extradición de los extranjeros, salvo la limitación ya existente con relación a los delitos políticos, en forma tal que no pueden considerarse incluidas en la disposición personas a quienes no se quiso involucrar y sobre cuya extradición sin restricciones, exceptuados los delitos políticos, siempre ha habido acuerdo y, por lo mismo, permanencia normativa.» (M. P. doctor JORGE CORDOBA POVEDA, rad. 14038).

De tal manera, los extranjeros no están cobijados por el último inciso del artículo 35 de la Carta Política y nunca ha existido en la legislación colombiana el ánimo de restringir en el tiempo su extradición.

Proceso No. 13865

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal

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

Aprobado Acta N°90

Santa Fé de Bogotá, D.C., veintidós (22) de junio de mil novecientos noventa y nueve (1999).

ASUNTO

Se procede a conceptuar sobre la solicitud de extradición del ciudadano italiano Di Cesare Pasquale, elevada por el Gobierno de Italia.

LA SOLICITUD

1° El Gobierno de Italia, por medio de su Embajada en Colombia, el 15 de octubre de 1997 formalizó la solicitud de extradición del ciudadano italiano Di Cesare Paquale, capturado para tal fin según resolución del 28 de agosto del mismo año, expedida por la Fiscalía General de la Nación.

2° La documentación remitida por el Estado italiano que sirve de soporte a la solicitud de extradición de Di Cesare Paquale es la siguiente:

Copias de las sentencias de primera y segunda instancia proferidas por el Tribunal Civil y Penal de Milán y del Tribunal de Segunda Instancia de la misma ciudad, fechadas el 31 de mayo de 1994 y el 12 de enero de 1995, mediante las cuales se condena al señor Di Cesare Paquale a 9 años y 6 meses de reclusión y 51 millones de liras de multa, por el concurso de delitos tipificados en el artículo 73, ordinal 1° del D P R 309 de 1990 (Texto Unico de la ley sobre sustancias estupefacientes), en el año 1993. También se acompaño copia de constancia secretarial de que el Tribunal de Casación mediante ordenanza del 14 de junio 1995 no admitió el recurso formulado por Di Cesare Paquale y Alberto Carlo Garazzini y los condenó solidariamente a pagar las costas.

En la primera providencia en mención se dice:

"Durante la noche entre el 8 y el 9 de junio de 1993, algunos policías de la Brigada Móvil de Piacenza, en colaboración con funcionarios de la Comisaría de Policía de la zona Fiera, arrestaban in flagrante a Pasquale Di Cesare y Carlos Alberto Garazzini, junto a la compiuada Francesca Salaris ...

Durante el control, ordenado en base a algunas informaciones obtenidas mediante la escucha de las llamadas telefónicas recibidas a un teléfono utilizado por Di Cesare, los agentes observaban como Garazzini depositaba una bolsita en el interior del coche, un Jeep Cherochee, matrícula MI 2H3346, que estaba aparcado en la Piazza Bonomelli de Milán.

Algunos minutos después, Di Cesare -que era seguido por otro agente- se presenta allí mismo, con la señorita Salaris, el cual después de haber recogido la bolsita se alejaba con Salaris a bordo de su coche, un Reanult Espace, matrícula MI 5 A0120.

El coche era rápidamente parado y durante el registro convalidado ritualmente por el Ministerio Fiscal -se descubrían en el interior del coche y encima de Salaris 36,114 gramos de heroína- subdivididos en dos bolsitas- ...

Además, Di Cesare tenía en su poder: 600.000 liras en el billetero y unos 2'000.000 de liras aproximadamente enrolladas en el bolsillo trasero de los pantalones.

En el momento del arresto también era registrado Garazzini en poder del cual se encontraban 3 llaves del apartamento situado en Milán en la calle Bagarotti n. 44, escalera N, apartamento considerado por los investigadores -en base a los resultados de las investigaciones iniciadas en el mes de mayo de 1993 y relativas a dichos imputados- el depósito de la droga comercializada habitualmente por Di Cesare, Garazzini y Di Malta.

Así pues, los agentes registraban el apartamento de la calle Babarotti y recuperaban 289,180 gramos de heroína igual a 89,279 g. de sustancia pura, subdivididos en varias bolsitas así como un pequeño peso de precisión y 125 bolsitas de plástico. También se ordenaba el allanamiento de la morada de Garazzini donde eran intervenidos 11'210.000 de liras al contado y la de Di Cesare donde se intervenían 17'730.000 liras al contado."

Además fueron allegados los textos de las normas legales citadas en los fallos indicados en precedencia.

4° Se informó que el requerido Di Cesare Pasquale nació en Milán (Italia) el 17 de junio de 1952, tiene pasaporte N° 476529H expedido por la Questura Di Milano y fue capturado el 28 de agosto de 1997, en Medellín, con fines de extradición.

Alegaciones de las Partes

El defensor de la persona solicitada en extradición luego de efectuar algunos análisis sobre los requisitos establecidos en la normatividad procesal colombiana, llega a la conclusión de su parcial incumplimiento en el caso concreto, pues su representado incurrió en falsedad del pasaporte que uso en Colombia antes de requerírsele por el Estado extranjero y las autoridades patrias deben investigar ese delito. En consecuencia, solicita que el concepto de la corporación se efectúe "invocando la extradición diferida."

Consideraciones de la Corte

1° NORMATIVIDAD. No sobra recordar que el artículo 1° del Acto Legislativo 01 de 1997, modificatorio del artículo 35 de la Constitución Política, no afecta positiva ni negativamente la situación de los extranjeros que se hallen en el territorio nacional porque ahora y antes de su vigencia, la legislación ha permitido y facilitado su extradición, como en providencia del 16 de abril de 1998 lo indicó la corporación:

"... *Consultadas la finalidad buscada por la reforma, como fue la de derogar la prohibición de extraditar nacionales colombianos por nacimien-*

to, la evolución histórica de la institución y los antecedentes que precedieron al Acto Legislativo, no cabe duda para la Sala que la excepción de no retroactividad de la extradición del último inciso del artículo 35 de la Constitución Política sólo hace referencia a ellos, pues como quedó visto, ese fue el espíritu de sus redactores, sin que por nadie se hubiera propuesto ni discutido que se restringiera la extradición de los extranjeros, salvo la limitación ya existente con relación a los delitos políticos, en forma tal que no pueden considerarse incluidas en la disposición personas a quienes no se quiso involucrar y sobre cuya extradición sin restricciones, exceptuados los delitos políticos, siempre ha habido acuerdo y, por lo mismo, permanencia normativa." (M. P. doctor Jorge Córdoba Poveda, rad. 14038).

De tal manera, los extranjeros no están cobijados por el último inciso del artículo 35 de la Carta Política y nunca ha existido en la legislación colombiana el ánimo de restringir en el tiempo su extradición.

Los preceptos legales aplicables al presente asunto figuran en el Capítulo III, Libro V del Código de Procedimiento Penal colombiano, por no existir tratado de extradición con el país requirente, como lo conceptuó el Jefe de la Oficina Jurídica del Ministerio de Relaciones Exteriores, de acuerdo con oficio OJ 054840 del 23 de octubre de 1997.

Según lo previsto en el artículo 558 ibídem, el concepto de la Corte debe fundamentarse en la validez formal de la documentación presentada, la demostración plena de la identidad del solicitado, la doble incriminación y la equivalencia de la providencia proferida en el extranjero.

2° VALIDEZ FORMAL DE LOS DOCUMENTOS APORTADOS. Las copias de los fallos de primera y segunda instancia proferidos por el Tribunal Civil y Penal de Milán y el Tribunal de Segunda Instancia de la misma ciudad, de fechas 31 de mayo de 1994 y el 12 de enero de 1995, mediante las cuales se condenó al señor DI CESARE PASQUALE concuerdan con los originales, según certificaciones que aparecen en el reverso, lo cual es corroborado por el Magistrado del Ministero di Grazia e Giustizia de Italia Eugenio Selvaggi, quien autenticó su firma en el Consulado General de Colombia en Roma.

Las mencionadas providencias fueron traducidas al español por la señora María Concepción García Oliver, funcionaria especializada de dicho Ministerio, según lo certificó el Director del Despacho de Extradiciones.

Como la solicitud de extradición del Di Cesare Pasquale se efectuó por la vía diplomática y la expedición y traducción de los documentos citados fue realizada acatando los ritos y formalidades establecidos para su legalización en la república de Italia, la Corte los tendrá como aptos para servir de prueba.

3° IDENTIFICACION PLENA DEL SOLICITADO EN EXTRADICION. Cotejados los datos suministrados por el Departamento Administrativo de Seguridad, en el informe de la captura, con los que remitió el Gobierno de Italia por la vía diplomática, se colige claramente que se trata del señor Di Cesare Pasquale, de nacionalidad italiana, nacido el 17 de junio de 1952 en Milán. Además dicha persona acepta ser la requerida en extradición. Por lo tanto, no existe duda sobre su verdadera identidad.

4° DOBLE INCRIMINACION. De conformidad con el ordinal 1° del artículo 549 del Código de Procedimiento Penal, la extradición puede concederse cuando el hecho que la motiva esté tipificado como delito en Colombia y reprimido con sanción privativa de la libertad no inferior a 4 años.

El señor Di Cesare Paquale fue condenado por el Tribunal Civil y Penal de Milán por el concurso de delitos tipificados en el artículo 73, ordinal 1°, del D P R 309 de 1990 (Texto Unico de la ley sobre sustancias estupefacientes), el 31 de mayo de 1994, mediante sentencia que está ejecutoriada, según copia de la constancia secretarial de que el Tribunal de Casación por ordenanza del 14 de junio 1995 no admitió el recurso extraordinario formulado por Di Cesare Paquale y Alberto Carlo Garazzini.

Dichos comportamientos también aparecen descritos en la legislación penal colombiana en el artículo 33 de la Ley 30 de 1986, modificado por el artículo 17 de la Ley 365 de 1997, con la denominación de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes, y sancionado con prisión de 1 a 3 años de prisión cuando la cantidad de sustancia derivada de la amapola no supera los 20 gramos, de 4 a 12 años si no excede los 60 gramos y de 6 a 20 años de prisión por cantidades mayores de 60 gramos. Antes de la reforma, la pena era de 4 a 12 años de prisión.

Como los hechos por los cuales la justicia italiana condenó a Di Cesare Paquale, también son punibles en la legislación colombiana y la pena mínima prevista es superior a los 4 años de privación de la libertad, aparece satisfecho el requisito del artículo 549 citado.

5° EQUIVALENCIA DE LA PROVIDENCIA PROFERIDA EN EL EXTRANJERO. Dicho precepto establece que "por lo menos se haya dictado en el exterior resolución de acusación" para que pueda concederse la extradición.

Exigencia que está acreditada en el expediente por haberse allegado copias auténticas de las sentencias de primer y segundo grado proferidas por los Tribunal Civil y Penal y el de Segunda Instancia de Milán, mediante las cuales fue condenado el requerido. Condena que está en firme y cuya trascendencia es superior a la señalada en el artículo en mención.

6° Del cumplimiento de la totalidad de los requisitos previstos en el artículo 549 y del examen de los aspectos estipulados en el artículo 558 del Código de Procedimiento Penal, se concluye que el concepto de la cor-

poración debe ser favorable, sin que pueda pronunciarse sobre la entrega diferida que impetra el defensor porque ello le corresponde al Ministerio de Justicia y del Derecho, según el artículo 560, por ser el facultado para dictar la resolución que conceda o niegue la extradición.

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

RESUELVE:

1° CONCEPTUAR FAVORABLEMENTE sobre la extradición del señor Di Cesare Pasquale, solicitado por el Gobierno de Italia por el concurso de tráfico ilícito de sustancias estupefacientes y psicotrópicas a que fue condenado.

2° Por la Secretaría de la Sala, comuníquese esta determinación, para lo de su cargo, al Fiscal General de la Nación, al igual que al requerido en extradición, a su defensor y el representante del Ministerio Público.

3ª Devolver la actuación al Ministerio de Justicia y del Derecho para los fines pertinentes.

Cópiese, comuníquese y cúmplase.

Jorge Aníbal Gómez Gallego, Fernando E. Arboleda Ripoll, Ricardo Calvete Rangel, Jorge Córdoba Poveda, Carlos Augusto Gálvez Argote, Edgar Lombana Trujillo, Mario Mantilla Nougues, Carlos E. Mejía Escobar, Nilson Pinilla Pinilla.

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

NULIDAD-Omisión de pruebas

En todas las ocasiones que esta Corporación ha tenido oportunidad de referirse a la omisión probatoria como eje central de pretendidas nulidades, ha dejado claro que no basta simplemente comprobar la inexistencia del medio probatorio al interior del proceso adelantado sino que, junto a ello y en procura de la consolidación de la garantía fundamental del debido proceso consagrada constitucionalmente, es preciso que se vea claro cómo por su ausencia el juzgador construyó una sentencia distante de la verdad buscada procesalmente y no encontrada, por lo que consecuencialmente resulta gravemente afectado el sujeto procesal. Es decir, el rompimiento de una realidad procesal por medio de la comprobada existencia de una irregularidad sustancial -omisión probatoria- que obstaculiza al juzgador entrar en posesión de la verdad histórica, de contera favorable al sujeto procesal.

De esta manera, dos son los presupuestos que confluyen en la adecuada formulación y desarrollo del cargo promovido con fundamento en la omisión probatoria: el primero, que éste se encauce por la vía de la causal tercera, fuente propiciadora del restablecimiento del derecho afectado, y la segunda, que el censor dentro de los marcos de la razón, la coherencia, y la sindéresis demuestre cómo sin lugar a dudas de haberse contado con el extrañado medio probatorio otro hubiese sido el sentido del fallo impugnado.

Es este último aspecto el atinente a la trascendencia, que por definición descarta cualquier posibilidad de plantear tesis conjeturales, opinativas o puramente especulativas, en la medida en que si bien es cierto que no en todas las investigaciones aparecen incorporados tantos medios probatorios como para llegar a firmar que no quedó uno solo por practicar, también lo es que la certeza por cuyo conducto el juzgador predica la responsabilidad penal no depende de la cantidad de unidades de información ordenadas y practicadas sino de la entidad demostrativa, de la capacidad suasoria de aquéllas con que cuenta el plexo probatorio, que en caso de ser suficientes para el logro de los fines del proceso, deviene inane cualquier hipótesis contraria pretextada bajo el auspicio de la omisión probatoria.

El instructor no puede ser obligado a lo imposible, como lo estaría cuando después de decretada una prueba su evacuación se ve entorpecida por circunstancias que no alcanza a conjurar en su diligente oficio, y esta razonable omisión deja indemnes las garantías de los sujetos procesales siempre que se cuente con otras probanzas con las cuales se satisfaga el objeto de la investigación señalado en el artículo 334 del C.P.P.

Proceso No. 10689

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal

Magistrado Ponente: Dr. *Jorge Aníbal Gómez Gallego*

Aprobado Acta N° 90

Santa Fe de Bogotá, D.C., veintidós de junio de mil novecientos noventa y nueve.

Vistos

Decide la Corte sobre la demanda de casación presentada por el defensor de la procesada María Isabel Alvarez Ledesma contra la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín el 10 de febrero de 1995, que la condenó como coautora de un delito de homicidio, dos hurtos calificados y agravados, uno consumado y el otro tentado, y porte ilegal de arma de fuego de defensa personal, a la pena principal de 42 años y 6 meses de prisión, más las accesorias de rigor.

Hechos

En la madrugada del 27 de noviembre de 1993, frente a la escuela Perdomo de la ciudad de Medellín, cinco sujetos -dos mujeres y tres hombres- abordaron el taxi conducido por el ciudadano Josué Israel Berrío a quien encañonaron, despojaron de un reloj de pulso, dinero en efectivo y luego colocaron en el baúl del rodante.

Acto seguido, los delincuentes asumieron el control del vehículo y emprendieron la marcha hasta dar con otro automóvil marca Renault 9, del cual también pretendían apoderarse según dialogo escuchado por el impotente chofer del taxi a través de uno de los orificios donde estaban instalados los parlantes, pero al fracasar en su empeño emprendieron la huída no sin antes dar muerte a su conductor Alvaro Restrepo Alvarez.

Actuación Procesal

La Unidad Tercera de Previas de la Fiscalía de Medellín adelantó las averiguaciones que luego permitieron la captura de María Isabel Alvarez Ledesma como copartícipe de los hechos criminosos.

Abierta formalmente la investigación, se escuchó en indagatoria a la capturada a quien se le definió la situación jurídica con medida de aseguramiento de detención por los punibles de homicidio agravado, tentativa de hurto calificado y agravado y porte ilegal de armas, al tiempo que se ordenó la compulsación de copias para que por separado se investigara el hurto del taxi.

Más tarde y por los mismos hechos se capturó a Juan Felipe Parra Valencia, pero mientras éste aceptó los cargos formulados por la Fiscalía, la investigación continuó respecto de María Isabel Alvarez a quien se llamó a juicio por los delitos de homicidio agravado, doble hurto calificado y agravado, uno tentado y el otro consumado, y porte ilegal de armas; no sin antes reasumir el conocimiento de todos los injustos cometidos por los mismos sujetos ese día. La providencia calificatoria fue impugnada, pero el 3 de agosto de 1994 recibió confirmación de la Unidad de Fiscalías delegada ante los Tribunales de Antioquia y Medellín.

Del juicio conoció el Juzgado 9° Penal del Circuito, despacho que profirió sentencia condenatoria en contra de la procesada por los delitos que motivaron la acusación, con excepción del homicidio cuya condena incluyó el Tribunal al conocer del asunto por apelación de la Fiscalía.

La Demanda

Con fundamento en la causal tercera de casación, el impugnante acusa la sentencia de estar viciada de nulidad por la presencia de una irregularidad sustancial conculcatoria del debido proceso, por haberse omitido la práctica de la inspección judicial decretada por la Fiscalía para establecer "*si la versión rendida por el taxista, está dentro de la realidad y no es motivo de ficción o mala fé*", diligencia con la cual la defensa pretendía "*resaltar el ánimo vindicativo del taxista Berrío, cuando manifestó sin respaldo probatorio alguno a fls.12 'ellos mataron a mi hermano '.*"

Y agrega el casacionista que las características y la ubicación de los bafles imposibilitaba al conductor del taxi para ver lo que pasaba a su alrededor, y en todo caso el temor no era fundamento para no asistir a la inspección pues en diferentes ocasiones éste acudió a la práctica de otras pruebas.

Presenta como una maniobra de retaliación el hecho de que el coprocesado Parra Valencia hubiera solicitado una ampliación de indagatoria con el único fin de comprometer en las delincuencias a *María Isabel Alvarez* y por eso "*se infiere que se trataba de una prueba trascendental, que de haber sido practicada, se hubiera podido dar un giro totalmente diverso del resultado del proceso*".

Es así como solicita "*casar el fallo recurrido y declarar en qué estado ha de quedar el proceso*", pues lo considera viciado de nulidad por viola-

ción de los principios de investigación integral e imparcialidad del funcionario en la búsqueda de la prueba.

El Ministerio Público

El Procurador Primero Delegado en lo Penal, al sugerir a la Corte no casar la sentencia impugnada, aduce que la prueba echada de menos por el casacionista no se dejó de practicar por incuria o negligencia del funcionario y menos puede admitirse que ésta tuviese la virtualidad suficiente para variar el fallo censurado.

Con apoyo en la jurisprudencia imperante sobre el tema, afirma que de la actuación procesal se deduce que el ente instructor al sopesar las circunstancias que mediaban, decidió proseguir con la instrucción y al recaudar nuevas probanzas logró corroborar lo dicho por el testigo, por lo que no era preciso insistir en una prueba que difícilmente se hubiera podido llevar a cabo.

Complementa su intervención resaltando la inconsistencia que también tiene el libelo cuando se descubre un ataque al grado de credibilidad dispensado por la judicatura a los testimonios, lo cual no encuadra en la causal aducida por el censor y resulta de extrema dificultad su planteamiento ante la inexistencia de una tarifa legal de pruebas en nuestro régimen.

Consideraciones de la Corte

En todas las ocasiones que esta Corporación ha tenido oportunidad de referirse a la omisión probatoria como eje central de pretendidas nulidades, ha dejado claro que no basta simplemente comprobar la inexistencia del medio probatorio al interior del proceso adelantado sino que, junto a ello y en procura de la consolidación de la garantía fundamental del debido proceso consagrada constitucionalmente, es preciso que se vea claro cómo por su ausencia el juzgador construyó una sentencia distante de la verdad buscada procesalmente y no encontrada, por lo que consecuencialmente resulta gravemente afectado el sujeto procesal. Es decir, el rompimiento de una realidad procesal por medio de la comprobada existencia de una irregularidad sustancial -omisión probatoria- que obstaculiza al juzgador entrar en posesión de la verdad histórica, de contera favorable al sujeto procesal.

De esta manera, dos son los presupuestos que confluyen en la adecuada formulación y desarrollo del cargo promovido con fundamento en la omisión probatoria: el primero, que éste se encauce por la vía de la causal tercera, fuente propiciadora del restablecimiento del derecho afectado, y la segunda, que el censor dentro de los marcos de la razón, la coherencia, y la sindéresis demuestre cómo sin lugar a dudas de haberse

contado con el extrañado medio probatorio otro hubiese sido el sentido del fallo impugnado.

Es este último aspecto el atinente a la trascendencia, que por definición descarta cualquier posibilidad de plantear tesis conjeturales, opinativas o puramente especulativas, en la medida en que si bien es cierto que no en todas las investigaciones aparecen incorporados tantos medios probatorios como para llegar a firmar que no quedó uno solo por practicar, también lo es que la certeza por cuyo conducto el juzgador predica la responsabilidad penal no depende de la cantidad de unidades de información ordenadas y practicadas sino de la entidad demostrativa, de la capacidad suasoria de aquéllas con que cuenta el plexo probatorio, que en caso de ser suficientes para el logro de los fines del proceso, deviene inane cualquier hipótesis contraria pretextada bajo el auspicio de la omisión probatoria.

El instructor no puede ser obligado a lo imposible, como lo estaría cuando después de decretada una prueba su evacuación se ve entorpecida por circunstancias que no alcanza a conjurar en su diligente oficio, y esta razonable omisión deja indemnes las garantías de los sujetos procesales siempre que se cuente con otras probanzas con las cuales se satisfaga el objeto de la investigación señalado en el artículo 334 del C.P.P.

En el caso a estudio, la práctica de la inspección fracasó porque la diligencia estuvo condicionada a la asistencia del taxista esquilmado a efectos de establecer sus condiciones de percepción en el interior del baúl, mas éste, temeroso de su seguridad que ya había visto amenazada no compareció más al proceso tras considerar que era suficiente lo que hasta el momento había aportado como testigo y víctima.

Ahora bien, el casacionista supone que el resultado adverso a los intereses de la procesada obedeció a la no evacuación de la inspección judicial. Empero, tan grave connotación no encuentra respaldo en los propios asertos de la justiciable, pues no desconociéndose que la citada prueba dejó de practicarse aunque por circunstancias ajenas a la voluntad de los funcionarios, la falencia per se *no lleva ínsita la violación de derecho alguno porque la investigación contó con suficientes medios de convicción dadores de certeza sobre la responsabilidad de la procesada, incluida su indagatoria en la que si bien intentó mostrarse ajena a los hechos vitandos, reconoció ser parte del grupo de personas que ocupaban el vehículo que se convirtió en escenario y botín de los mismos, circunstancia esta que a posteriori sirvió de sólido basamento para desentrañar su coautoría impropia.*

Es que a pesar de la frustránea inspección, fue tan claramente establecida la responsabilidad de la acusada que sus propias expresiones, por ser coincidentes en gran parte con la versión del taxista, permitieron conocer el desarrollo de los sucesos y la intervención en ellos de PARRA

Valencia, quien por el peso de la prueba recaudada dentro del proceso terminó aceptando los cargos.

El fallo recurrido es diáfano cuando sobre el punto anota:

"A más de lo anterior, se evidencia en la culminación del episodio sangriento y en las incidencias subsiguientes al mismo una serie de factores circunstanciales que probatoriamente contribuyen a consolidar la coautoría impropia; de veras, se sabe que la acusada una vez cometido el homicidio, huyó con el autor material y los demás compinches y conjuntamente con ellos se mantuvo en la clandestinidad, y ya capturada pretendió desligarse de la coparticipación criminosa de la que sabía le era imposible sustraerse; por eso se obseca en negar la ocurrencia del delito contra la vida, lo mismo que la identidad e individualidad del autor material, sospechosa actitud negativa con la que contribuye a no dudarlo a mantener frente al homicidio la más absoluta impunidad, algo distinto no se puede inferir cuando en su declaración indagatoria dice no saber nada respecto de dicho punible y sus autores, cuando lo cierto es que era conocedora del mismo." (subrayas fuera del texto).

Vistas así las cosas, al rompe se descubre que la base del cargo no es sino el disfraz con que el censor busca ocultar lo realmente pretendido: restarle credibilidad a las pruebas incriminantes, al dicho del taxista por supuesta motivación vindicatoria y al de su compañero de banda quien simplemente robusteció de datos el proceso acerca de la forma como operó aquella noche el grupo transgresor de la ley.

Naturalmente que esta posición del impugnante termina por trastornar el inicial sendero dado a la censura -causal tercera- para indebidamente incursionar en motivos propios de la causal primera en una de las variantes de la violación indirecta (error de derecho por falso juicio de convicción) que, por atacar la valoración probatoria sin existir al efecto una tarifa legal, resulta de imposible éxito.

En síntesis, no explica el censor de qué manera la omisión probatoria pudo afectar garantías de la imputada y mucho menos demostró la incidencia trascendente de la misma en el fallo de condena (art. 308 C.P.P.), siendo imperativo para la Sala reconocer que éste se profirió en un proceso válido, manteniendo incólume la doble presunción de acierto y legalidad con que llegó a esta sede.

La demanda no prospera.

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

RESUELVE:

NO CASAR la sentencia objeto de impugnación.

Cóplese, comuníquese y cúmplase.

Jorge Aníbal Gómez Gallego, Fernando E. Arboleda Ripoll, Ricardo Calvete Rangel, Jorge Córdoba Poveda, Carlos Augusto Gálvez Argote, Edgar Lombana Trujillo, Mario Mantilla Nougues, Carlos E. Mejía Escobar, Nilson Pinilla Pinilla.

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

INCONGRUENCIA DE LA SENTENCIA/ CIRCUNSTANCIAS DE AGRAVACION PUNITIVA

La incongruencia entre la sentencia y la resolución de acusación, que es el reparo presentado, se demuestra confrontando las dos piezas procesales con el fin de establecer si el juez omitió resolver alguno de los cargos, o adicionó la imputación haciendo más gravosa la situación del implicado.

Aunque lo ideal es que en la parte motiva del llamamiento a juicio se indiquen las normas en las que están tipificadas las circunstancias agravantes que se imputan, el hecho de no hacerlo no significa que no hayan sido deducidas, pues ello depende de los términos en que se hubiere concretado la acusación. O lo que es lo mismo, no es el señalamiento del artículo lo que permite que la agravante pueda imponerse en el fallo, ya que ella puede ser atribuida precisando todas sus características, de modo que quede claro para el acusado y no sea sorprendido por la sentencia.

En el caso de circunstancias objetivas como el valor, el lugar, el peso, la edad, etc., la situación es más sencilla, pues basta que queden comprendidas dentro de las circunstancias que especifican los hechos que se imputan para que puedan aplicarse en la sentencia, y en ese caso no tiene cabida la alegación de que no se sabía que ese aspecto formaba parte del cargo.

Proceso No. 11611

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal

Magistrado Ponente: Dr. *Ricardo Calvete Rangel*

Aprobado Acta No. 090

Santa Fe de Bogotá, D.C., junio veintidós de mil novecientos noventa y nueve.

VISTOS

Resuelve la Sala sobre la demanda de casación presentada por el defensor del procesado José Luis Agudelo Pareja, contra la sentencia profe-

rida por el Tribunal Nacional, confirmatoria de la dictada por el Juzgado Regional de Medellín, que condenó al aquí recurrente, como autor de violación a la Ley 30 de 1.986, artículo 33 inciso primero, en concurso con el artículo 43, modificándola al variar la condena de seis (6) años y dos (2) meses de prisión y multa de ocho (8) salarios mínimos mensuales, a cincuenta y ocho (58) meses y veinte (20) días de prisión y veinticinco punto treinta y tres (25.33) salarios mínimos mensuales, al considerarlo cómplice del concurso de infracciones previstas en las normas citadas.

I. Hechos

El Tribunal los resumió así:

"Se tiene conocimiento, que en operativo montado por la fuerza pública por los alrededores de la ciudad de Medellín en búsqueda de capos del narcotráfico, en la finca 'La Laguna' ubicada en la vereda El Boquerón, corregimiento de San Cristóbal, comprensión municipal de Medellín, el 20 de noviembre de 1993 fueron descubiertos en la edificación contigua a la casa principal de la citada heredad elementos precursores para la elaboración de productos estupefacientes, como acetona y otros líquidos combustibles, recipientes, papel filtro, etc., a más de 46 kilos de cocaína pura, y algo más de dos mil gramos de base de coca, siendo capturados por ello, entre otros, el señor José Luis Agudelo Pareja, quien en la mencionada finca desempeñaba funciones de mayordomo"

II. Actuación Procesal

La Fiscalía Regional de Medellín profirió resolución de apertura de instrucción, vinculando mediante indagatoria, entre otros, a José Luis Agudelo Pareja, a quien le resolvió la situación jurídica con medida de aseguramiento consistente en detención preventiva sin beneficio de excarcelación. En dicha resolución se consignó expresamente al referirse a los hechos materia de investigación, que los policiales hallaron, un sofisticado laboratorio para procesamiento de cocaína y entre otros elementos y sustancias químicas, "cuarenta y seis (46) kilos de la prohibida sustancia...".

Previa solicitud del procesado Agudelo Pareja, el 11 de agosto de 1994 se llevó a cabo la diligencia de formulación de cargos, en trámite de sentencia anticipada. En tal oportunidad la Fiscalía le formuló las imputaciones en calidad de coautor delconcurso de delitos descritos en los artículos 33 y 43 de la Ley 30 de 1986. En el acta respectiva y concretamente al referirse a la "TIPICIDAD DEL HECHO", se hizo expresa referencia a lo siguiente: "Se encuentra acreditada con la diligencia de inspección judicial, pesaje, toma de muestras e identificación preliminar de la sustancia

incautada que al ser sometida a la prueba de campo arrojó resultados positivos para sustancia estupefaciente, con un peso neto de 46 kilos un paquete, 1.200 gramos otro y 11.400 gramos un tercero", evidencia procesal corroborada por el experticio técnico practicado por perito idóneo en el cual se concluye que las muestras del material analizado, "efectivamente corresponden a "Cocaína base Clorhidrato". Al finalizar el análisis pertinente se interrogó al procesado en los siguientes términos: "...ACEPTA LOS CARGOS FORMULADOS POR LA FISCALIA en la forma en que han sido consignados en la presente diligencia?. Contestó. "Sí los acepto".

Remitido el Proceso al Juzgado Regional de Medellín, se profirió sentencia de primera instancia, cuyo resultado principal ya se dejó consignado. Apelado este fallo por el defensor del procesado, el Tribunal Nacional lo confirmó, con las modificaciones antes enunciadas.

III. La Demanda

Al amparo de la causal segunda de casación, consagrada en le numeral 2º . Del artículo 220 del C. de P.P. se ataca la sentencia del Tribunal por considerar que no está en consonancia con los cargos formulados en la resolución acusatoria.

Apoyado en el artículo 37 B-2 del C. de P.P. que establece que el acta que contiene los cargos aceptados por el procesado en el caso del artículo 37 equivale a la resolución de acusación. alega el censor que el "Fiscal no formuló el cargo con la inclusión expresa de la circunstancia de agravación punitiva consagrada en el artículo38.3 de la Ley 30 de 1.986, que a la postre le sirvió al sentenciador de primer y segundo grado para incremen tar la pena privativa de la libertad para José Luis Agudelo Pareja en la proporción allí estimada (la mitad)".

El Tribunal con algunas referencias jurisprudenciales estimó que esa omisión, ni es constitutiva de nulidad, ni es motivo para desconocerla en la dosimetría de la pena, atribuyéndole el hecho a un olvido del investigador que no puede constituir fuente de impunidad. Para ello "hace algunas adquisiciones en torno a la estructura del proceso, el conocimiento que de esa circunstancia de agravación pudieron tener los intervinientes procesales y su mención genérica en la exposición de motivos del acta" que recogió la formulación de cargos.

Tales planteamientos no pueden concurrir con igualdad de motivaciones para el caso en estudio, "porque aquí estamos frente a una forma anormal de terminación del proceso, donde el justiciable renuncia a ser juzgado con la plenitud de las formas y se adentra de una vez por todas a la fase de la sentencia, sin que le sea dado después contraponer argumentaciones tendientes a desconocer su responsabilidad y los aspectos fácticos y jurídicos" que aceptó en la diligencia de formulación de cargos.

Por eso no se ajusta a este hecho la conclusión a que llegó el Tribunal, relativa a que, de acuerdo con el numeral 3 del artículo 442, la calificación provisional puede sufrir mutaciones en el juicio para corregir yerros del acusador en el proceso de adecuación típica, o en el caso de prueba sobreviniente que pueda variar las circunstancias del hecho, pero siempre que conserve su núcleo fundamental determinado por el bien jurídico tutelado.

Una vez se aceptan los cargos, fenece para el procesado la posibilidad de aducir y controvertir las pruebas, de conformidad con el artículo446 y ss. del C. de P.P., "y por ello mal podrá exigírsele que responda, punitivamente, por unas circunstancias que ni se le derivaron en el acto de formulación de cargos, ni él pudo aceptar porque no los conoció jurídicamente imputados a él, así jurídicamente se hubiese cabalgado sobre hipótesis delictivas y circunstancias modificadoras conocidas por los sujetos procesales pero que a la postre, como aconteció aquí, no ocuparon el objeto procesal del principal acto calificatorio que debe ser sustento de la sentencia.

La circunstancia de agravación prevista en el numeral 3 del artículo 38 de la Ley 30 de1986 es específica y, por tanto debe estar deducida de manera expresa en la resolución de acusación, "para que el reo pueda conocer de qué va a defenderse y sobre qué va a ser juzgado y condenado, si a ello se llegare", exigencia que si bien ha venido perdiendo fuerza tal como lo expone los criterios jurisprudenciales citados por el Tribunal para el fenecimiento del proceso por la vía ordinaria, creemos que no puede constituir fuerza de interpretación válida y similar para el presente caso en que se terminó el proceso por vía de del artículo 37 del C. de P.P. Solo puede ser condenado por los cargos que aceptó libremente y no por los que fueron adicionados en la sentencia, sin que sea dado anteponer a su procedencia la omisión del investigador, ni la objetividad de la causal ni el conocimiento que de ellos pueda tener el procesado en las fases previas a la formulación de cargos. De esta manera se vulneran los principios de lealtad e igualdad consagrados en los artículos 18 y 20 del C. de P.P.

Cita un fragmento de la sentencia No. SU 327 de la Corte Constitucional, del 27 de julio de 1995, en la que esta Corporación advirtió que:

"La decisión de la Sala de Casación Penal al hacer concurrir con el delito de estafa las circunstancias típicas de agravación (artículo 372-1C. Penal), no obstante no haber sido deducidas en el auto de proceder, por su objetividad evidente y no cuestionamiento en el desarrollo de la causa de la circunstancia específica de agravación endilgada pudo obedecer precisamente a su no inclusión en el auto de llamamiento a juicio proferido por el Juzgado Octavo Superior de Bogotá. LA EVIDENCIA Y OBJETIVIDAD DE

LOS Hechos CONSTITUTIVOS DE LAS CAUSALES ESPECIFICAS DE AGRAVACION NO SON CRITERios SUFICIENTES PARA RELEVAR AL ESTADO DE SU OBLIGACION DE DEMOSTRAR SU OCURRENCIA, NI CAMINO PARA TRASLADAR, DE MANERA SUTIL LA CARGA PROBATORIA AL SINDICADO. SU NO INCLUSION EN EL PLIEGO DE CARGOS LIBERA AL PROCESADO DE TODA OBLIGACION DE DEFENSA, RESPECTO DE LOS MISMOS, POR LO QUE RESULTA DESPROPORCIONADO Y SORPRESIVO FINALMENTE CONDENARLO POR EL DESCUIDO Y NEGLIGENCIA DEL ESTADO AL CONFIGURAR Y FORMALIZAR LA ACUSACION". (Resalta el actor).

Con base en lo anterior, solicita a la Corte casar parcialmente el fallo impugnado, profiriendo el que corresponda, descontando de la pena impuesta lo correspondiente al aumento derivado de la circunstancia de agravación punitiva consagrada en el artículo 38-3 de la Ley 30 de 1986 no invocada en la resolución acusatoria.

IV. Concepto del Ministerio Público

El Procurador Primero Delegado en lo Penal solicita a la Corte no casar la sentencia impugnada, por las siguientes razones:

El legislador ha establecido como exigencia fundamental, atendiendo la estructura formal y conceptual del proceso penal, que la sentencia responda en todas sus partes a los cargos formulados en la resolución de acusación, de manera tal que no se sorprenda al procesado a última hora con un señalamiento nuevo e improbado dentro del plenario cuando ya son mínimas las posibilidades de defensa.

Dicha exigencia o formalidad, en sí misma no constituye una finalidad per se del derecho, es su objetivo el que éste pretende salvarguardar por encima de la finalidad misma, esto es el respeto absoluto a conocer los hechos que se imputan y a defenderse de dicha imputación. No se puede desviar el objetivo del derecho so pretexto de exigir el cumplimiento ciego de una apariencia externa, cuando su sustancia, la que le otorga su razón de ser a aquella, resulta incólume e inalterada, en este caso el derecho a la defensa.

Sólo cuando el desconocimiento del requisito formal haya generado grave y trascendente efecto nocivo al derecho de defensa, es cuando el juzgador debe, de manera inexcusable, decretar la nulidad de lo actuado y entrar a reponer la actuación en forma tal, que se respete e imponga el legítimo derecho del encausado a conocer y rebatir los cargos.

En el caso que nos ocupa, la agravante punitiva que el sentenciador tuvo en cuenta en la sentencia y que de manera expresa no se indicó con su mención normativa en el acta de formulación de cargos, es la prevista en el artículo 38 de la Ley 30 de 1986, que establece el incremento del mínimo de la pena, duplicado, entre otros eventos, cuando la cantidad de

sustancia incautada sea superior a cinco (5) kilos de cocaína o metacualona.

En el expediente se encuentra demostrado, sin discusión alguna que la droga incautada que dio origen a este informativo fue cocaína en cantidad superior a cuarenta y seis kilogramos, veáse para el efecto el informe que rindió el comandante de la policía que llevó a cabo el operativo el 20 de noviembre de 1993, oportunidad en la que fue retenido el aquí sentenciado, así como el dictamen de Química Forense en el que se conceptúa sobre la naturaleza y calidad de la droga incautada.

Lo anterior nos muestra, cómo sin controversia de ninguna especie, por parte de la defensa, desde los orígenes mismos de este proceso se estableció que la droga incautada superaba ampliamente el tope establecido en la precitada norma, con lo cual el proceder delictivo se hacer merecedor a la mayor sanción señalada en ella. Por tanto, dicha circunstancia fue conocida a plenitud por Agudelo Pareja, así como por su defensor lo cual hace indamisible ahora su argumento de haberse lesionado su derecho de defensa al ser deducida la agravante mencionada en la dosificación punitiva.

La omisión en el señalamiento expreso de la agravante prevista en el artículo 38 de la Ley 30 de 1968 en el acta de formulación de cargos, constituye error injustificable del funcionario instructor, pero no obstante ello, en modo alguno dicha impropiedad comporta gravedad y trascendencia tal, en el conocimiento inequívoco que Agudelo Pareja tuvo en el discurrir de este informativo acerca de la conducta a él imputada, como para que válidamente se pueda aceptar que a través de aquélla se conculcaron efectivamente sus garantías defensivas fundamentales.

La calidad y naturaleza de la sustancia ilícita involucrada, constituyen una circunstancia objetiva, indiscutible e indiscutida, como se desprende del hecho de no haberse desplegado esfuerzo alguno por parte de la defensa en tal sentido desde el origen del proceso hasta ahora, actitud explicable en virtud de la contundencia con que ella se halla demostrada. Tal circunstancia corresponde a un aspecto fáctico, demostrado con suficiencia y no a una apreciación o deducción personal del juzgador.

Aceptar las pretensiones del demandante sería facilitar que conductas delictivas demostradas hasta la saciedad quedaran impunes, so pretexto de rendir un culto excesivo e irracional a las formas procesales, dejando de lado la lógica y el derecho sustancia. Por ello resulta inaplicable al presente caso las consideraciones vertidas por la Corte Constitucional en el fallo que pone de presente el actor, pues en el caso objeto de estudio en modo alguno se puede afirmar que el estado se ha relevado de su deber de demostrar la agravante, y mucho menos, que haya invertido la carga de la prueba en contra del justiciable.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. La incongruencia entre la sentencia y la resolución de acusación, que es el reparo presentado, se demuestra confrontando las dos piezas procesales con el fin de establecer si el juez omitió resolver alguno de los cargos, o adicionó la imputación haciendo más gravosa la situación del implicado.

2. Según el demandante, el fiscal no incluyó en el pliego de cargos la circunstancia de agravación punitiva prevista en el numeral tercero del artículo 38 de la Ley 30 de 1986, la cual fue aplicada por los sentenciadores de instancia incrementando la pena.

La disposición citada dice que las penas previstas en los artículos anteriores se duplicaran, entre otros eventos, "Cuando la cantidad incautada sea superior a mil (1.000) kilos si se trata de marihuana; a cien (100) kilos si se trata de marihuana hachis; y a cinco (5) kilos si se trata de cocaína o metacualona.".

3. En el acta de formulación de cargos, al precisar los hechos que fueron aceptados por el implicado, el Fiscal señaló:

"Una vez presente la autoridad en el inmueble allanado, fue hallada la persona que una vez identificada respondió al nombre de José Luis Agudelo Pareja, inspeccionado dicho lugar se encontró también un laboratorio para el procesamiento de alcaloides al igual que determinada cantidad de sustancias de estupefacientes distribuidas en tres paquetes diferentes; uno de 46 kilos, otro de 1.200 gramos y otro de 1.140 gramos de sustancia al parecer de estupefaciente."

Más adelante, al concretar la "TIPICIDAD DEL HECHO" endilgado anotó:

"Se encuentra acreditada con la diligencia de inspección judicial, pesaje, toma de muestras, e identificación preliminar de la sustancia incautada que al ser sometida a la prueba de campo arrojó resultados positivos para sustancia estupefaciente, con un peso neto de 46 kilos un paquete, 1.200 gramos otro, y 1.140 gramos un tercero. La anterior evidencia probatoria es corroborada en el proceso por el experticio técnico practicado por el perito idóneo a las muestras tomadas a esta misma sustancia, conforme al dictamen pericial de fls. 131 del cuaderno de copias, en el cual se concluye que las muestras del material analizado, efectivamente corresponden a "cocaína base clorhidrato", además de otras sustancias como acetona, Metil, Etil Cetona, Permanganato de potasio, éter, carbonato y otros ácidos, que también fueron encontrados en el laboratorio, según, la prueba de campo, inspección judicial e identificación de las sustancias. De modo que por lo que a este aspecto se refiere la prueba, en sentir de ésta oficina delegada ella acredita con suficiencia la materialidad del punible investigado."

Con base en lo anterior el Tribunal en la sentencia recurrida respondió el cuestionamiento del apelante así:

"No obstante el instructor haber omitido mención en el pliego de cargos de la norma que fija el incremento de sanción a propósito del abundante material estupefaciente incautado, evidente resulta que tal circunstancia nunca fue ocultada en el proceso, y antes bien por el contrario, hizo parte de la acusación aunque fuera en forma natural, cuando en el relato de hechos y en el análisis de la tipicidad se puso de relieve insistentemente, que la sustancia cuya tenencia fue génesis de la acusación se halló en tres paquetes con peso neto de 46 kilos, 1200 gramos, y 1400 gramos respectivamente.".

4. Aunque lo ideal es que en la parte motiva del llamamiento a juicio se indiquen las normas en las que están tipificadas las circunstancias agravantes que se imputan, el hecho de no hacerlo no significa que no hayan sido deducidas, pues ello depende de los términos en que se hubiere concretado la acusación. O lo que es lo mismo, no es el señalamiento del artículo lo que permite que la agravante pueda imponerse en el fallo, ya que ella puede ser atribuida precisando todas sus características, de modo que quede claro para el acusado y no sea sorprendido por la sentencia.

En el caso de circunstancias objetivas como el valor, el lugar, el peso, la edad, etc., la situación es más sencilla, pues basta que queden comprendidas dentro de las circunstancias que especifican los hechos que se imputan para que puedan aplicarse en la sentencia, y en ese caso no tiene cabida la alegación de que no se sabía que ese aspecto formaba parte del cargo.

5. En el asunto que ocupa la atención de la Sala, desde la definición de la situación jurídica se le atribuyó al procesado José Luis Agudelo Pareja el haber sido capturado en un laboratorio destinado para el procesamiento de drogas alucinógenas, en donde, entre otras sustancias, fueron hallados cuarenta y seis (46) kilos de cocaína.

En el acta de formulación de cargos, equivalente a la resolución de acusación, no solo se precisó la cantidad de droga incautada al relatar los hechos, sino que al hacer la adecuación típica nuevamente se dejó sentado que la infracción al artículo 33 de la Ley 30 de 1986 se produjo por haber sido encontrada bajo su custodia la sustancia prohibida, en las cantidades ya anotadas.

En esas condiciones, es evidente que el juez al dosificar la pena no podía pasar por alto la agravación ordenada por el artículo 38, pues aunque la norma no fue mencionada, no hay duda de que la circunstancia objetiva que da lugar al incremento punitivo fue imputada con absoluta claridad, y aceptada por el acriminado sin condicionamiento alguno, de

manera que resulta inexplicable que el defensor diga que no fue deducida en la formulación de los cargos, y que el fallo es incongruente.

Las consideraciones anteriores son suficientes para concluir que el reproche debe ser desestimado.

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

RESUELVE:

No casar la sentencia recurrida.

Jorge Aníbal Gómez Gallego, Fernando E. Arboleda Ripoll, Ricardo Calvete Rangel, Jorge Córdoba Poveda, Carlos Augusto Gálvez Argote, Edgar Lombana Trujillo, Mario Mantilla Nougues, Carlos E. Mejía Escobar, Nilson Pinilla Pinilla.

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

VIOLACION INDIRECTA DE LA LEY/ IN DUBIO PRO REO

No basta en casación invocar la aplicación del principio universal del in dubio pro reo, sino que es menester demostrar que en el fallo repudiado el juzgador hizo manifestaciones formales de franca duda y, a pesar de ello, optó por la sentencia condenatoria; o que, por probados errores de hecho y/o de derecho, el sentenciador hizo inferencias de certeza donde no era posible superar la hesitación. En uno y otro caso, además, es preciso invocar la dirección impugnativa pertinente, pues para el primero correspondería la violación directa de la ley sustancial, por falta de aplicación del artículo 445 del Código de Procedimiento Penal; mientras que en el segundo procedería el reparo de violación indirecta.

Proceso No. 12659

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal

Magistrado Ponente: Dr. *Jorge Aníbal Gómez Gallego*

Aprobado Acta N° 90

Santa Fe de Bogotá, D. C., veintidós de junio de mil novecientos noventa y nueve.

VISTOS

Se ha tramitado el recurso extraordinario de casación interpuesto en contra de la sentencia de segundo grado fechada el 8 de septiembre de 1994, por medio de la cual el Tribunal Nacional condenó a los procesados Yamil Castrillón Hernández, Víctor Raúl Hernández Vargas y Víctor León Becerra Chanci, como coautores del injusto de secuestro extorsivo-agravado, y el último, además, por el delito de porte ilegal de arma de fuego de defensa personal.

Obtenido el concepto del Procurador Delegado en lo Penal, la Sala decidirá de fondo la impugnación.

HECHOS Y ACTUACIÓN PROCESAL

El día 11 de septiembre de 1993, al promediar la mañana, fue secuestrado el próspero agricultor *Luis Mario Satizábal Reyes*, cuando se des-

plazaba en su camioneta de placas CAP 694, en dirección a la hacienda "El Encanto" de su propiedad, situada en jurisdicción del municipio de Ginebra (Valle del Cauca). Como el señor *Javier Satizábal Tascón*, hijo de la víctima, momentos antes había advertido presencia de sospechosos en la misma zona, que merodeaban en motocicletas, rápidamente dio aviso a la policía acantonada en el corregimiento Santa Elena del municipio de Cerrito, razón por la cual se desplegó un operativo que, en primer lugar, dio al traste con la libertad de *Yamil Castrillón Hernández*, quien fue sorprendido cuando conducía el vehículo del plagiado en dirección al mencionado corregimiento, y, momentos después, fueron capturados, cerca a la Inspección de Policía de "Tienda Nueva", los individuos *Víctor Raúl Hernández Vargas y Víctor León Becerra Chanci*, quienes se movilizaban en sendas motocicletas marca "Yamaha" DT-125, de color negro, y el segundo, además, portaba una pistola marca "Walter", calibre 7.65 milímetros, con salvoconducto a nombre de la empresa "Continental de Repuestos", firma para la cual adujo que trabajaba como vigilante.

Se obtuvo información que, producido el secuestro, en el interior de la camioneta iban otras personas distintas a su propietario, y que el carro fue visto pasar raudo por el vecindario, escoltado por dos hombres que se movilizaban en motos.

Días después fue hallado el cadáver del señor Satizábal Reyes *al interior de un pinar de propiedad de la empresa Cartón de Colombia, situado en la vereda "Los Medios" del corregimiento Santa Elena y, tras la respectiva necropsia, se estableció que la víctima había fallecido como consecuencia de un infarto al miocardio.*

La Fiscalía Regional Delegada ante el Cuerpo Técnico de Investigación de Cali abrió investigación por estos hechos y, por medio de diligencia de indagatoria, vinculó a los tres capturados, a quienes posteriormente afectó con medida de aseguramiento de detención preventiva por el delito de secuestro extorsivo agravado. El sindicado *Víctor León Becerra Chanci*, adicionalmente, recibió imputación por el hecho punible de porte ilegal de arma de fuego de defensa personal (fs. 21, 22, 29, 43 y 74).

Después de cerrar formalmente la instrucción, la Fiscalía Delegada ante Juez Regional de Cali dictó resolución acusatoria el 19 de junio de 1994. En relación con los tres sindicados determinó que eran coautores del delito de *secuestro extorsivo* previsto en el artículo 1° de la Ley 40 de 1993, agravado por el hecho de haber sobrevenido la muerte de la víctima en cautiverio, de conformidad con el numeral 11 del artículo 3° de la misma ley. El procesado *Becerra Chanci* fue acusado además por porte ilegal de arma de fuego, de acuerdo con el artículo 1° del Decreto 3664 de 1986, adoptado como legislación permanente por el artículo 1° del Decreto 2266 de 1991 (fs. 641).

La resolución acusatoria quedó ejecutoriada el 21 de julio de 1994, razón por la cual el proceso pasó al Juez Regional de Cali, funcionario que

avocó el conocimiento, ordenó algunas pruebas y dictó sentencia el 3 de abril de 1995 (fs. 700, 704, 709, 731 y 911). En el fallo, el juez declara la responsabilidad de los tres (3) acusados por ambos delitos de secuestro extorsivo y porte ilegal de arma de fuego de defensa personal y, en consecuencia, les impone la sanción principal de cuatrocientos ocho (408) meses de prisión y multa por valor de cien (100) salarios mínimos mensuales, a la vez que les irroga la pena accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas por período igual al antes señalado.

La sentencia del Tribunal Nacional confirma la declaración de responsabilidad de los tres (3) acusados por el delito de secuestro extorsivo-agravado, pero, en relación con el punible de porte ilegal de arma de fuego de defensa personal, la revoca parcialmente en favor de los procesados *Yamil Castrillón Hernández y Víctor Raúl Hernández Vargas*, pues ellos no habían sido formalmente acusados por tal infracción. Así entonces, el juzgador de segunda instancia determina que la pena principal para los últimos será de cuatrocientos (400) meses de prisión y multa por valor de noventa (90) salarios mínimos mensuales.

El fallo del Tribunal, igualmente, fija en diez (10) años la pena accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas, en relación con todos los sentenciados, sanción que se había determinado en primera instancia por fuera del límite legal.

Las Demandas de Casación

1. En favor de los procesados Víctor Raúl Hernández Vargas y Víctor León Becerra Chanci. *El defensor propone dos cargos en contra de la sentencia, uno por haberse dictado sentencia en un juicio viciado de nulidad, y el segundo, en razón de una supuesta violación indirecta de la ley sustancial.*

1.1 La nulidad consiste en la violación del debido proceso indicado en los artículos 29 de la Constitución Política y 99 del Código de Procedimiento Penal, y se explica porque el fiscal seccional delegado de la Unidad Antisecuestro de Tuluá, días después de haber recibido el proceso de la Fiscalía Regional con proposición de conflicto negativo de competencia, lo devolvió al mismo funcionario, por medio de auto de sustanciación fechado el 8 de marzo, y como éste aceptó continuar el trámite, se tiene que el primero resolvió por sí solo la controversia, sin sujetarla a los pasos que legalmente se prevén para esta clase de disputas.

Señala el actor que la causal de nulidad es la prevista en el numeral 2° del artículo 304 del C. de P. P., dado que lo señalado es una ostensible irregularidad que afecta el debido proceso.

1.2 El segundo cargo lo nomina como violación indirecta de la ley, en la modalidad de falso juicio de identidad, pues se ha distorsionado el

alcance y contenido de las declaraciones de *José María Brand Higuita y José Aldair Ortega Bautista*, quienes se refirieron a que los supuestos secuestradores se desplazaban en dos motos, una de color blanco con azul y otra de color negro y rojo, señalamiento que no coincide con las características de los vehículos incautados a sus defendidos, ambos de color negro; ni tampoco con el número de ocupantes, pues, según los testimoniantes, los sospechosos eran cuatro (4) y los retenidos fueron sólo dos. Igualmente, la descripción morfológica que estos testigos hacen de los presuntos responsables, no coincide con la que realmente ostentan los procesados, quienes además no fueron capturados en flagrancia.

Aunque el primero de los testigos mencionados adujo estar en capacidad de reconocer a los individuos que se desplazaban en las motos, desafortunadamente no se llevó a cabo la diligencia de reconocimiento en fila de personas.

Ante esa enorme duda, no entiende el accionante cómo se dictó sentencia condenatoria contra sus patrocinados, en actitud que francamente desconoce el principio de presunción de inocencia previsto en el artículo 445 del Código de Procedimiento Penal.

2. En nombre de Yamil Castrillón Hernández. El abogado que presenta esta segunda demanda aduce que lo hace en representación del procesado Castrillón Hernández, como defensor principal, y también como defensor suplente de los otros dos acusados.

2.1 En relación con el procesado *Castrillón Hernández*, la demanda invoca la causal primera de casación, dado que la sentencia es violatoria de una norma de derecho sustancial, por apreciación errónea de la prueba recaudada. Explica que se ha violado el artículo 247 del Código de Procedimiento Penal, en vista de que, si bien está probada la existencia del hecho punible, no ocurre lo mismo con la responsabilidad del acusado.

Argumenta que es equivocada la apreciación de la prueba porque el sentenciador sostiene que su defendido fue capturado en flagrancia, sin reparar que, si bien éste fue privado de la libertad cuando conducía la camioneta de propiedad del secuestrado, no se ha desvirtuado aún su explicación en el sentido de que para esa fecha realizó un viaje con tres pasajeros en el vehículo de servicio público que conducía, pero, una vez llegó a su destino en la hacienda "El Paraíso", situada en el sector donde se produjo el plagio, fue despojado del taxi y obligado a conducir la camioneta de marras con la orden de dejarla en el parque del corregimiento Santa Elena. El hecho de que al día siguiente del secuestro haya sido encontrado su automotor sobre la vía Palmira-Rozo, abandonado y desvalijado, es la prueba de la veracidad del despojo alegado.

De otra parte, no existe prueba de que *Castrillón Hernández* se haya concertado con los otros dos acusados para cometer el delito de secues-

tro, máxime que los testimonios de *Brand Higuita y Ortega Bautista* no tienen la suficiente fuerza persuasiva por las contradicciones en que incurren sobre las características de las motocicletas y tampoco hacen ellos una clara descripción física de quienes las conducían.

Dice que la sentencia de segunda instancia revela duda porque, dentro del propósito de desprestigiar el argumento de que *Castrillón Hernández* fue despojado del taxi y obligado a conducir otro vehículo, replica que debió dirigirse al lugar más cercano para poner en conocimiento de las autoridades el hurto, pero no advierte el Tribunal que precisamente el sitio más próximo al de los hechos era el corregimiento Santa Elena, precisamente hacia donde se dirigía el procesado al mando de la camioneta.

Concluye que, no obstante lo abominable del delito de secuestro, esta angustia no exime a los falladores de darle aplicación al principio del *in dubio pro reo*, tal como debió hacerse en este caso. Agrega que se dejó de practicar prueba tan fundamental como el reconocimiento en fila de personas y, en razón de la duda que genera tal omisión, pretende la casación para que se profiera fallo absolutorio.

2.2 En relación con los procesados *Víctor Raúl Hernández Vargas y Víctor León Becerra Chanci*, el actor demanda la sentencia igualmente por ser violatoria del artículo 247 del Código de Procedimiento Penal, pues no está demostrada su responsabilidad. En efecto, los testimonios de *José María Brand Higuita, Aldair Ortega Bautista y Cornelio Rada Olivera* no suministran características inequívocas de las motocicletas en las cuales se desplazaban los presuntos plagiarios, ni ofrecen los suficientes datos morfológicos de los mismos, así como tampoco se hizo diligencia de reconocimiento en fila de personas, razón por la cual no puede afirmarse que dichos procesados se conocieran desde antes con *Castrillón Hernández* ni de que se hayan concertado para cometer el delito de secuestro.

En cuanto al delito de porte ilegal de arma de fuego, sostiene que está probado cómo el acusado *Becerra Chanci* sí trabajaba para la empresa "Continental de Repuestos" y que el arma de fuego decomisada se la habían asignado en razón de su trabajo.

Concepto del Ministerio Público

Ha conceptuado el Procurador Primero Delegado en lo Penal y expone su criterio en el siguiente orden:

1. En relación con la primera demanda:

1.1 El cargo de nulidad carece de fundamentación, pues el actor no demuestra la causal de invalidez invocada, ni señala de qué manera la presunta irregularidad aducida por él quebrantó realmente la estructura del proceso.

No obstante, el reproche es infundado porque la colisión de competencias, de conformidad con el artículo 97 del C. de P. P., sólo surge en virtud de un enfrentamiento de criterios entre los funcionarios judiciales, bien porque ellos consideran que a cada uno le corresponde conocer del proceso, ora porque se niegan a hacerlo por estimar que no les es propio de su función legal. Así pues, en la resolución del 13 de diciembre de 1993, el fiscal regional de Cali remitió las diligencias por competencia al fiscal seccional antisecuestro de Tuluá, funcionario este que avocó el conocimiento el 9 de febrero de 1994 (fs. 555 y 558). Posteriormente, según resolución del 8 de marzo de 1994, el último funcionario devolvió el proceso al fiscal regional de Cali y simultáneamente le propuso conflicto negativo de competencias, en caso de no aceptar sus planteamientos, pero el instructor requerido asumió de nuevo del conocimiento y, por medio de resolución del 7 de abril del mismo año, ordenó continuar el trámite.

De modo que en la resolución del 13 de diciembre de 1993, el fiscal regional no propuso conflicto de competencias, lógicamente porque aún no existía un criterio discrepante, pues dicha controversia no surge cuando un funcionario judicial estima que el proceso no es de su competencia y lo envía a quien considera que le corresponde, sino que la disputa es completa en el momento en que quien lo recibe manifiesta formalmente su diferencia.

De todos modos, concluye el Procurador, en los planteamientos hechos por ambos funcionarios, en relación con el tema de la competencia, no se menoscabó el debido proceso material sino que, por el contrario, ellos clarificaron a tiempo el punto.

1.2. El Delegado sostiene que no puede ser acogido el reproche relacionado con la violación indirecta de la ley, porque, examinados los testimonios que menciona la demandas, no se aprecia que el juzgador haya tergiversado el contenido objetivo de estas pruebas, ni tampoco que les haya dado un alcance que realmente no tienen, aspectos estos propios del yerro de falso juicio de identidad alegado.

Aunque el testigo *José María Brand Higuita* se refiere a dos motocicletas de colores distintos a los que realmente tienen las que piloteaban los procesados, aspecto en el cual tiene razón el censor, a juicio de los juzgadores tal contradicción es accesoria y no afecta lo sustancial de la imputación. Por lo demás, esta manifestación de los falladores no agrede las reglas de la sana crítica, pues con argumentos válidos apoyados en otras pruebas, ellos llegan a la convicción racional necesaria e inclusive despejan las dudas sobre la supuesta descripción insuficiente que los testigos hicieron de los infractores.

El recurrente se refiere a la distorsión del contenido y el alcance de las pruebas, pero no pasa de la mera enunciación a la demostración de los supuestos yerros del juzgador que, de haber existido, le correspondía determinarlos.

En el fondo, el censor trata de contraponer su personal criterio al análisis y valoración probatorias que hicieron los juzgadores, pero tal modo de proceder no es admisible en sede del recurso extraordinario de casación, ya que el examen racional de las pruebas compete a los jueces (art. 254 C. P. P.) y, cualquier conclusión divergente del censor, no conduce a la casación del fallo, salvo el error de hecho que no se ha demostrado en este caso.

Sostiene el Ministerio Público, con fundamento en la casación del 10 de julio de 1993, que el sentenciador no ha exteriorizado duda y que la consideración subjetiva del impugnante no puede suplir la potestad judicial de conocer y valorar propia del fallador.

Propone entonces la desestimación de ambos cargos de la demanda.

2. Sobre la demanda presentada en favor del procesado *Yamil Castrillón Hernández*, el Delegado dice:

Es incompleto el cargo porque el recurrente no identifica en forma clara y precisa los fundamentos de la causal de impugnación que invoca, ya que se refiere a la violación de la ley sustancial, cita la norma medio (art. 247 C. P. P.), pero no señala la norma esencial supuestamente transgredida, ni determina si ello ocurrió por falta de aplicación o por aplicación indebida. En resumen, el actor no integra la proposición jurídica completa.

El memorial se limita a controvertir la valoración de la prueba que hizo el juzgador, pero no indica los posibles errores de hecho o de derecho en que haya podido incurrir el mismo.

En cuanto a la aplicación del apotegma del *in dubio pro reo*, el Ministerio Público sostiene que los falladores en ningún momento admitieron la existencia de duda, como para decir que la dejaron de aplicar en favor del procesado, sino que, por el contrario, estimaron que la prueba generaba certeza de la responsabilidad del acusado *Castrillón Hernández*.

Propone, igualmente, que se rechace esta censura.

3. Por último, en relación con la demanda presentada por el profesional a título de defensor suplente de los procesados Hernández y Becerra, *el Procurador recomienda que no se tenga en cuenta porque ya el defensor principal había presentado la respectiva impugnación, en relación con cargos que se contestaron oportunamente.*

Consideraciones de la Corte

A. Primera Demanda

A.1 *La supuesta nulidad.* Aunque no es del todo clara la exposición del fundamento de la nulidad, se entiende que como el fiscal seccional de

Tuluá había recibido el proceso del fiscal regional de Cali, por competencia, de una vez se sobreentiende que estaría planteado un conflicto de competencias, y así entonces, cuando aquél decide devolver el expediente al Regional, con esa conducta procesal irregularmente definió la controversia que le correspondía decidir al superior funcional común, porque finalmente el funcionario requerido aceptó volver a conocer el asunto y seguir el trámite.

Pues bien, antes de hacer alguna referencia a la corrección o equivocación del trámite del supuesto conflicto negativo de competencias, debe tenerse presente que dicho incidente no constituye un fin en sí mismo, sino que apenas se erige en un medio para depurar la competencia de los funcionarios judiciales. De este modo, el actor en casación debió indicar cuál fue la incidencia negativa de los presuntos yerros en el trámite del conflicto para la fijación correcta de la competencia, pues sería insensato invalidar una actuación procesal por supuestos desvíos circunstanciales en el rito, cuando no se discutió la facultad del funcionario actuante y, finalmente, las determinaciones fueron adoptadas por quien legalmente estaba habilitado para hacerlo, así no haya intervenido fatalmente el superior funcional común de los fiscales en disputa, ya que no siempre ha lugar a dicha intervención porque, verbigracia, a pesar del conato de controversia, el funcionario retado acepta los argumentos del requirente.

No obstante tampoco tiene razón el recurrente porque, en principio, cuando el fiscal regional le envió el proceso al fiscal seccional, por competencia, el último aceptó sus razones y de una vez asumió el conocimiento, actitud de asentimiento que corta entonces cualquier posibilidad de conflicto y, por ende, también queda conjurada la eventualidad de intervención de un superior funcional común, pues es de la naturaleza de dicha institución la controversia entre dos o más funcionarios judiciales en relación con sus facultades frente a un caso concreto. Posteriormente, cuando el fiscal seccional practica diligencias y decide devolver el expediente al fiscal regional, éste admite sus razonamientos apuntalados en reciente doctrina de la Fiscalía y esta Sala, aprehende de nuevo del conocimiento y entonces tampoco ha lugar a conflicto, siempre en el entendido de que la primera fase ya había sido superada.

Lo curioso es que el demandante, provisto de razones insuficientes, ataca por el supuesto menosprecio de un conflicto de competencias latente, pero ni siquiera ha puesto en duda la competencia de los funcionarios que han decidido en este proceso, cuando ésta sería la razón final de cualquier inquietud sobre el particular.

Se desechará la pretensión de nulidad.

A.2 *El falso juicio de identidad.* En principio, al momento de examinar las formas de la demanda, la Corte la admitió porque el actor llanamente

invocó el contenido de los testimonios de *José María Brand Higuita y José Aldair Ortega Bautista*, el primero de los cuales adujo expresamente que cuatro de los sospechosos se movilizaban en dos motocicletas DT, una de color blanco con azul, y la otra negra combinada con rojo; razón por la cual la contradicción era obvia al establecer que los capturados *Hernández Vargas y Becerra Chanci* se transportaban en sendos aparatos de color únicamente negro y que solamente lo hacían ellos sin más acompañantes.

Sin embargo, como ahora se trata de decidir de fondo el asunto, obviamente se ha acudido al texto exacto de la sentencia para ver de comprobar que el Tribunal Nacional no soslayó la señalada inconsistencia de uno de los testigos, por el contrario, la resaltó y posteriormente la evaluó dentro del conjunto de pruebas y datos de información que obran en el proceso, como corresponde a un sistema jurídico de examen racional de los medios de convicción, con el fin de apuntalar la conclusión de que se trataba de una imprecisión de uno solo de los testimonios que, vista en el contexto conformado con los demás, no tiene la fuerza exculpatoria que pretende la demanda (arts. 254 y 294 C. P. P.).

Dijo el ad quem:

"Los señores José María Brand H., Aldair Ortega, Cornelio Rada Olivera y Julián Satizábal Tascón, hacen referencia a las dos motocicletas que escoltaban el vehículo en que transportaban al secuestrado. Si bien el dicho del primero de ellos presenta una contradicción respecto al color de una de las motos, pues dice que una de ella es blanca y se retuvieron dos negras, las afirmaciones uniformes de los demás testigos, personas estas que laboraban en la zona en la que se desarrolló el plagio o que por otros motivos percibieron los hechos observando a los delincuentes en su comisión, permiten entender la decisión del a quo de conferir credibilidad a los testimonios de los citados y de utilizar los argumentos para dictar su sentencia.

"Los testimonios referidos, son ratificados plenamente por las declaraciones de los agentes de policía José Damián Vallecilla, William Chara Mejía y Leonel Banguero Carabalí (fs. 505, 506 y 510), quienes son enfáticos en afirmar que la información difundida apenas ocurrido el secuestro, a las Estaciones de Policía de los alrededores, señalaba que dos motos negras habían sido utilizadas en la comisión del reato, y es precisamente la prontitud con que se suministró esa información y la rapidez de reacción de la fuerza pública en la búsqueda del plagiado, la que descarta que el color de las motocicletas usadas en el delito sea diferente al negro, color que tienen las motos de los hoy condenados.

"Por ello, la convicción del juzgador de primera instancia sobre la participación de Hernández Vargas y Becerra Chanci en los hechos investigados, es un hecho lógico deducido consecuentemente, que no encuentra

reparo alguno de la Sala" (Cuaderno 2ª instancia, fs. 17 y 18. Se ha subrayado).

Ahora bien, dentro del mismo cargo por falso juicio de identidad, el actor se refiere a discrepancias testimoniales entre el número de sospechosos que transitaban en motocicleta (4) y el de capturados en esa actividad (2), e igualmente a la supuesta incongruencia en el señalamiento de las características físicas de los imputados; pero ninguna de estas observaciones significa que el Tribunal haya distorsionado el contenido de dichas pruebas, sino sólo que ellas mismas son portadoras de contradicción, lo cual pone en evidencia el deseo del demandante de confrontar su propia perspectiva valorativa con la que hicieron los juzgadores de instancia, aspecto que no puede atenderse en casación, salvo que demuestre el error notorio y trascendental de los funcionarios en la evaluación de las pruebas.

Dentro de la misma censura, el actor echa de menos la diligencia de reconocimiento en fila de personas, como para significar que sin ella no podía construirse la certeza y se imponía una declaración de duda, pero tal inclinación no sólo abandona el camino escogido para demostrar una tergiversación del contenido de las pruebas, sino que tampoco enseña la incidencia de tal medio de convicción en el conjunto probatorio considerado por el Tribunal, como para llegar a trastornar el sentido de la sentencia condenatoria dictada.

También en este contexto se ha referido el censor a una "enorme duda", tal vez emergente de la positiva recepción de sus dos planteamientos anteriores, pero, como se ha dicho, él no ha demostrado los errores de hecho cometidos por el Tribunal y que le pudieran dar pábulo a la incertidumbre, razón por la cual queda sin rumbo procesal definido la pregonada "duda".

No prospera el error de hecho pretendido.

B. Segunda Demanda

B.1 Para defender en casación al procesado *Yamil Castrillón Hernández*, el abogado acude a la causal primera de casación, en la modalidad de violación indirecta de la ley. Pretende señalar vacíos en la argumentación probatoria de las instancias, tales como que su defendido no fue sorprendido en flagrancia, supuesto que no se ha desvirtuado su explicación sobre la presencia en el lugar de los hechos y el dato de haber sido capturado cuando conducía la camioneta en la cual fue secuestrada la víctima.

Sin embargo, en lo que se refiere a la captura en flagrancia del procesado *Castrillón Hernández* y las explicaciones del sorprendido, el Tribunal expresó:

"Respecto de la afirmación del defensor de que ninguno de los encartados fue capturado en flagrancia, advierte la Sala que al menos el

procesado Yamil Castrillón Hernández sí lo fue, pues se le sorprendió en posesión del vehículo perteneciente al secuestrado, al igual que con unos lentes forrados con cinta aislante utilizados para que el plagiado no se percatara del lugar a donde era conducido (fs. 41), circunstancia que se ajusta a las previsiones del artículo 370 del Código de Procedimiento Penal" (fs. 19).

Más adelante agrega:

"No se convence la Sala del presunto atraco del que fue objeto Castrillón Hernández, pues si ello fue así, apoyado en su conocimiento de la zona, debió buscar llegar al pueblo más cercano para dar cuenta del hurto del que fue objeto, y no simplemente cumplir las indicaciones que le diera la banda de delincuentes, y terminar conduciendo con pasmosa tranquilidad el automotor del secuestrado. Si bien se encontró el taxi desvalijado, no hubo en el expediente prueba que permitiera arribar al convencimiento de que hubo una insuperable coacción ajena, y por el contrario, al folio 486 se encuentra la declaración del señor José María Brand Higuita, digna de confianza por su cercanía al lugar del plagio y por el conocimiento del automotor del secuestrado, en la que expuso que una de las cuatro personas que se desplazaban en las dos motocicletas era la que después conducía la camioneta de propiedad de su vecino Saltzábal Reyes Reyes, hecho este que denota la confianza con el resto de los delincuentes, y que es contrario a lo manifestado por CASTRILLÓN HERNÁNDEZ de que fue trasladado directamente de su taxi a la camioneta que debía conducir (fs. 24)" -fs. 21 y 22. Subrayas fuera de texto-.

De modo que, constatada la existencia de estos razonamientos en la sentencia atacada, las cosas se invierten, porque la motivación sobre el tema de la flagrancia fue completa en el fallo y la falencia se nota ahora en la presentación del cargo, pues, en contra de la regla lógica de la razón suficiente, el actor no trajo a colación lo dicho por el Tribunal, por lo menos para intentar mostrar que se trataba de juicios absolutamente desasidos de la realidad probatoria y, por ende, ajenos a la sana crítica. Lo que se advierte en el censor es el propósito de aprovechar el recurso extraordinario para rediscutir lo que en su argumentación no le alcanzó para persuadir a los jueces de instancia, tendencia completamente extraña a la casación que se limita a unas causales específicas y que tengan estricta relación con la legalidad del fallo de segunda instancia.

Ahora bien, las observaciones sobre los testimonios de *José María Brand Higuita y José Aldair Ortega Bautista*, hechas en tono de falso juicio de identidad, ya fueron respondidas en el estudio de igual reproche involucrado en la demanda anterior.

De otra parte, razón asiste al Procurador cuando señala la deficiencia del cargo en la medida que carece de la cita de las normas sustanciales supuestamente transgredidas, al igual que de una referencia al sentido

de dicha violación. Tampoco se evidencia en el contenido de la sentencia una expresión de duda sobre la actitud en la que fue sorprendido *Castrillón Hernández*, como lo pretexta el demandante, pues todo lo que hace el juzgador es reafirmar el estado de flagrancia a través del desprestigio de las inverosímiles explicaciones del acusado sobre el despojo de su vehículo y la supuesta compulsión ajena para operar otro.

Por último, no basta en casación invocar la aplicación del principio universal del *in dubio pro reo*, sino que es menester demostrar que en el fallo repudiado el juzgador hizo manifestaciones formales de franca duda y, a pesar de ello, optó por la sentencia condenatoria; o que, por probados errores de hecho y/o de derecho, el sentenciador hizo inferencias de certeza donde no era posible superar la hesitación. En uno y otro caso, además, es preciso invocar la dirección impugnativa pertinente, pues para el primero correspondería la violación directa de la ley sustancial, por falta de aplicación del artículo 445 del Código de Procedimiento Penal; mientras que en el segundo procedería el reparo de violación indirecta.

No es viable este cargo.

B.2 Una reflexión final: en esta misma demanda se hacen reproches en favor de los otros dos procesados, pero, como bien lo advierte el Ministerio Público, tal papel ya había sido cumplido por el defensor principal de ambos en la primera demanda y no podría tolerarse la intervención simultánea de dos defensores en la misma oportunidad procesal (C. P. P., art. 144, inciso 3°).

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, 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 E. Arboleda Ripoll, Ricardo Calvete Rangel, Jorge Córdoba Poveda, Carlos Augusto Gálvez Argote, Edgar Lombana Trujillo, Mario Mantilla Nougues, Carlos E. Mejía Escobar, Nilson Pinilla Pinilla.

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

NARCOTRAFICO/ COMPETENCIA

Ya en anterior oportunidad la Sala mediante providencia del 24 de junio de 1994, con ponencia del Magistrado Dr. Dídimo Páez Velandia, se pronunció sobre los factores de competencia que inquietan al Señor Procurador Delegado. En esa ocasión el Tribunal Superior de Cartagena le propuso colisión negativa de competencia al Tribunal Nacional por considerar que el artículo 9o. de la Ley 81 de 1993 le atribuye a los jueces regionales el conocimiento de los delitos derivados del cultivo, producción, procesamiento, conservación o venta de amapola o su látex o de la heroína, sin consideración de la cantidad de sustancia.

Por su parte el Tribunal Nacional no aceptó la competencia con el argumento que a la justicia regional únicamente le compete conocer de los comportamiento antes señalados y no de otras conductas relacionadas con esa clase de sustancias, como el porte, transporte, financiación o suministro, de las que deben conocer los jueces de circuito.

La Corte, previo examen del contenido de la norma, advirtió que para asignar la competencia a los jueces regionales el legislador tuvo en cuenta: en el numeral 1o. la naturaleza y cantidad de sustancia; en el 2o., además de los anteriores, la índole de la conducta sancionada (que se trate de laboratorio, almacene, transporte, venda o use); en el tercero, refiriéndose a la Ley 30, la actividad comportamental (artículo 35), la calidad del agente (artículo 39), los elementos empleados (artículo 43), la pluralidad de conductas y de agentes (artículo 44) y «la naturaleza de la sustancia (amapola o su látex o heroína)».

De ahí, se dijo, que si al fijar esa competencia la ley alude a «de los que se deriven del cultivo, producción, procesamiento, conservación o venta de la amapola o su látex o de la heroína», es para condicionar el conocimiento a factores relacionados con esa sustancia, toda vez que la expresión «derivar» significa originarse una cosa de otra, sacar una cosa de otra, conducir, llevar una cosa y, en ese caso, «nunca podrá pensarse en el porte, si previamente a él no ha habido

un cultivo, producción o procesamiento, ya que no habría ninguna razón lógica, jurídica, política o filosófica para que el legislador hubiera dejado fuera de la competencia de la justicia regional conductas parejas a aquellas, con relación a la amapola, su látex o la heroína, como transportar, suministrar, pues ni en una ni otra ha hecho distingo de cantidad para su diferenciación».

Se recordó en dicha ocasión que el tratamiento especial de las conductas relacionadas con la heroína, prescindiendo de la cantidad, se debe a los mayores estragos que causa en la sociedad debido a su alto grado de toxicidad, por lo que el criterio mayoritario del Tribunal Nacional parece obedecer a:

«la confusión que tiene sobre la técnica jurídica que emplea el legislador cuando se encuentra en la labor de elevar a delito determinada conducta, a cuando de fijar competencias se trata. En la primera y en desarrollo del principio nullum crimen, nulla poena sine lege, debe dejar plasmado en forma abstracta, pero con todas sus circunstancias, el comportamiento humano al que le da el carácter de criminoso; en la segunda, en cambio, decide qué funcionario quedará a cargo del juzgamiento de la infracción en su género, como cuando determina la competencia en el Juez del Circuito para conocer del punible de homicidio sin individualizar su especie, pero de igual modo, atendiendo a las circunstancias modales, a la condición de la víctima, etc., puede hacer que ese ilícito sea juzgado por un funcionario judicial especial, como cuando dispone en el artículo 9 5 de la Ley 81 de 1993 que el homicidio agravado por el numeral 8o. del artículo 324 del C. P. sea del conocimiento del juez Regional, sin que deba entrar a precisar la noción de homicidio».

Así pues, concluye la Corte asignándole la competencia a la justicia regional, dado que razones científicas y de política criminal llevaron al legislador a atribuirle el conocimiento de los delitos relacionados con la heroína, en ese caso.

Proceso No. 10411

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal

Magistrado Ponente, Dr. *Edgar Lombana Trujillo*

Aprobado por Acta No.90

Santa Fe de Bogotá, D.C., veintidós (22) de junio de mil novecientos noventa y nueve (1999).

VISTOS

Decide la Sala el recurso extraordinario de casación interpuesto por el defensor de la procesada María Encarnación Peña de Osorio en contra del

fallo del 29 de septiembre de 1994, mediante el cual el Tribunal Nacional revocó la sentencia absolutoria que había proferido un Juez Regional de Bogotá, la condenó y le impuso como pena principal 4 años de prisión, sin derecho a la ejecución condicional de la pena, y multa de 10 salarios mínimos y como accesoria la interdicción de derechos y funciones públicas por el mismo tiempo, por infracción al artículo 33 primer inciso de la Ley 30 de 1986.

Hechos y Actuación Procesal

Advertida la Fiscalía Veintidós, con sede en Pitalito (Huila), del expendio de estupefacientes en las viviendas 6 37 y 6 43 de la Calle 16 de esa población, ordenó su allanamiento y registro simultáneos, para lo cual solicitó la colaboración de la Fiscalía Veintitrés, a la que le correspondió cumplir esa diligencia el 13 de noviembre de 1992 en el primero de dichos inmuebles, donde logró incautar 10,7 gramos netos de morfina que la señora María Encarnación Peña de Osorio tenía guardada en su seno dentro de una bolsa plástica. Además, en una de las habitaciones fueron halladas algunas prendas y distintivos de uso privativo de la policía, valnitlas calibres 38 y 7.62, cartuchos 9 m.m. y 7.62 y dos «percutidores».

Ese mismo despacho ordenó la apertura de la investigación e indagó a la sindicada y luego remitió las diligencias a la Secretaría común para su asignación, correspondiéndole a la Fiscalía Veinticinco adelantar la instrucción del proceso que inició con la resolución de situación jurídica de la indagada el 1o. de diciembre de 1992, mediante la cual le impuso medida de aseguramiento de detención preventiva, concediéndole la libertad provisional, y ordenó que las prendas de uso privativo de la fuerza pública fueran remitidas con copias de lo actuado a la Fiscalía Regional con sede en Neiva. Posteriormente aclaró que la investigación a su cargo se continuaba únicamente por infracción a la Ley 30 de 1996.

Por iniciativa de la procesada el Juzgado Primero Penal del Circuito accedió a señalar fecha para la audiencia especial prevista en el artículo 37 del Código de Procedimiento Penal, pero el desistimiento de la solicitante impidió que se cumpliera dicho trámite.

Clausurada la investigación, la Fiscalía Veinticinco profirió el 8 de junio de 1993 resolución acusatoria en contra de María Encarnación Peña, le revocó la libertad provisional y solicitó a la Secretaría de Educación del Huila la suspensión del cargo docente que desempeñaba. Contra dicho proveído interpuso el defensor los recursos de reposición y en subsidio el de apelación, denegado el primero, un nuevo defensor desistió de la alzada y la Fiscalía aceptó el desistimiento.

Ejecutoriada la acusación, el Juzgado Primero Penal del Circuito de Pitalito avocó el conocimiento de la causa, ordenó la práctica de las prue-

bas solicitadas por los sujetos procesales y presidió la audiencia pública, pero a cambio de proferir la sentencia decretó la nulidad de lo actuado, a partir del auto que fijó fecha para la audiencia, por considerar que se trataba de un derivado de la amapola y en ese caso por disposición del artículo 9o. de la Ley 81 de 1993 le correspondía conocer a un Juez Regional.

Uno de los Juzgados Regionales de Bogotá aceptó los argumentos del Circuito y avocó el conocimiento para proferir la sentencia absolutoria del 25 de marzo de 1994 que al ser consultada revocó el Tribunal Nacional en la forma antes señalada, decisión que impugnó en casación el nuevo defensor de la sentenciada.

La Demanda

Primer cargo. Al amparo de la causal primera de casación, prevista en el artículo 220 1 del Código de Procedimiento Penal, aduce el libelista la violación indirecta de la ley sustancial, inicialmente por error manifiesto de hecho consistente en el falso juicio de identidad en que, según dice, incurrió el Tribunal Nacional al hacer la apreciación probatoria de la diligencia de inspección judicial, desfigurándola en su dimensión objetiva; sin embargo, más adelante agrega «al aceptarse la existencia del falso juicio de identidad en relación a la citada inspección judicial, se configura el error manifiesto de derecho» si se tiene en cuenta que el estupefaciente fue hallado en un inmueble distinto del allanado, de manera que la prueba indiciaria de autoría «se produjo con error manifiesto de derecho por falso juicio de legalidad, al apreciarse en la sentencia un medio probatorio nulo de pleno derecho», lo que condujo a la vulneración de los artículos 29 de la Constitución, 246, 247, 248, 259, 260, 264, 267, 270, 271, 300, 301, 302 y 303 del Código de Procedimiento Penal y a la aplicación indebida de los artículos 33 primer inciso de la Ley 30 de 1986 y 42 del Código Penal.

Funda el reproche en el hecho de que a pesar de estar referida la información de la Unidad Investigativa de la Fiscalía a las residencias 6 37 y 6 43 de la calle 16 y de haberse establecido en posterior diligencia de inspección judicial que María Encarnación Peña residía en el No. 6 39 (segundo piso) y no en el 6 37 (primer piso), el juzgador de segunda instancia equivocadamente dice que dicha inspección dejó en claro que la residencia 6 37 se compone de dos pisos, el segundo de los cuales habita la encartada.

Además, Ceneth Pulido (residente en el primer piso) afirma en declaración rendida en la audiencia pública, que encontró en la ropa de Edilson García una papeleta y la lanzó hacia la parte de arriba de la casa en el momento de los allanamientos. Es decir, coinciden la información sobre venta de estupefacientes y la deponente en que la sustancia ilícita estaba en el inmueble No. 6 37, la que por la razón informada fue a parar al

segundo piso donde la encontró la sindicada, sin que supiera de que se trataba, pero como sospechó que podía ser algún estupefaciente que le habían mandado colocar o que llevaban los que entraron, la guardó en el «brasier» para evitar problemas.

La Fiscalía, sin haber recibido información de que María Encarnación Peña traficara con droga y sin ser su residencia la No. 6 37, registró de su morada en forma ilegal, ya que en ese lugar no concurrían las exigencias del artículo 343 del Código de Procedimiento Penal que autoriza esa clase de diligencias, por lo que se violó el artículo 29 de la constitución que en el inciso final prescribe «es nula, de pleno derecho la prueba obtenida con violación del debido proceso».

Pero no solamente se registró una vivienda distinta de la establecida en la orden de allanamiento, sinó que, además, se afirma en el acta que Encarnación fue informada de la diligencia, cuando lo cierto es que ella estaba de visita donde su hermana y cuando llegó «las autoridades se encontraban en su inmueble revolcándolo todo, incluso denunció la desaparición de elementos de su propiedad».

Más, pese a la nulidad de pleno derecho, fué condenada sin tener en cuenta que por disposición del artículo 246 del Código de Procedimiento Penal la prueba debe ser legal, regular y oportunamente aducida y ésta no lo fue, configurándose el error manifiesto de derecho por falso juicio de legalidad. Así mismo la nulidad afecta el dictamen sobre la sustancia porque no se puede valorar lo que por ley no existe, de ahí el desconocimiento de los mencionados artículos 300, 301, 302, 303, 264, 267, 270 y 271. Tampoco se atendieron los presupuestos para condenar que establece el artículo 247, pues la prueba en que se funda la sentencia es nula de pleno derecho.

La equivocada apreciación de la inspección judicial, con la que se demostraba que el allanamiento se practicó en un inmueble distinto del señalado en la orden previa, configura el error de hecho por falso juicio de identidad y, a su vez, aceptado éste «conduce a otro, porque entonces también hubo error manifiesto de derecho, por falso juicio de legalidad al apreciarse pruebas que jurídicamente no tienen eficacia, como es la indiciaria de la droga incautada y su experticio». Tales errores llevaron al Tribunal a aplicar indebidamente el artículo 33 primer inciso de la Ley 30 de 1986 por cuanto los hechos procesalmente reconocidos no coinciden con los condicionantes del precepto.

Segundo cargo. En forma subsidiaria acusa la sentencia «por violación indirecta de la ley sustancial al incurrir el sentenciador en evidentes y trascendentes errores de hecho en la apreciación probatoria (falsos juicios de existencia e identidad)» que dieron lugar a la vulneración de los artículos 246, 247, 254, 294, 300, 301, 302, 303 del Procedimiento, 5, 36 y 33 primer inciso de la Ley 30 de 1986 y 42 del Código Penal.

Según eso, el sentenciador supuso la existencia del dolo sin tener prueba que permita deducir ese grado de culpabilidad, razón por la que el juzgador de primera instancia absolvió a la sindicada, «nunca se estableció en forma fehaciente que su conducta fuera dolosa»; lo que determina un falso juicio de existencia probatoria consistente en suponer el medio de prueba y no analizar debidamente tan importante elemento del delito.

Desde luego, no es tarea fácil desentrañar el aspecto subjetivo del hecho punible, como lo reconoce la doctrina y la propia Corte en sentencia del 28 de noviembre de 1989 con ponencia del Magistrado Dr. Edgar Saavedra Rojas (algunos de cuyos partes transcribe), pero no por eso puede omitirse la demostración de la culpabilidad que en este caso se dedujo sin que el juzgador la hubiese establecido en forma clara y precisa; lo que no implica una prueba especial, sino que «sobre la existencia de este punto se reflexiona la forma como surge diáfanamente, esta forma llamada culpabilidad, porque aceptar que nada se diga, en torno al conocer y querer que implica el comportamiento doloso, equivale velada o abiertamente a aceptar la presunción del dolo», forma de responsabilidad objetiva repudiada por la Constitución y la ley.

Como en la sentencia del Tribunal no existe tan importante elemento de juicio, es evidente el error de hecho por suposición de la prueba relacionada con la culpabilidad.

Tercer cargo. Igualmente planteado en forma subsidiaria, afirma el casacionista, al amparo de la causal tercera de casación prevista en el artículo 220 del Código de Procedimiento Penal, que la sentencia se dictó en un juicio viciado de nulidad por irregularidades sustanciales.

Pues, en contra de la inviolabilidad del domicilio pregonada por la Constitución y la ley penal, la vivienda de María Encarnación Peña fue allanada sin orden previa emanada de la Fiscalía y sin que allí concurrieran las circunstancias del artículo 343 que autorizan esa clase de procedimiento. Diligencia que, además, sirvió de base para abrirle investigación y llamarla a rendir indagatoria, a pesar de la «nulidad de pleno de derecho» que afecta toda la actuación posterior por desconocimiento del artículo 29 de la Constitución.

A la par de las irregularidades sustanciales, se violó el derecho de defensa de la procesada por no ordenar nuevamente el Juez Regional la recepción del testimonio de Ceneth Pulido Camacho, prueba que había sido oportunamente solicitada por el defensor y practicada por el Juez de Circuito durante la audiencia pública, pero que resultó afectada por la nulidad que decretó con posterioridad, privando así a la procesada de la oportunidad de demostrar su inocencia, pues la declarante había asumido directamente su responsabilidad.

También cuando el Secretario del Juzgado envió al Tribunal Nacional el proceso en una supuesta consulta de la sentencia absolutoria que el

Juez no ordenó, por lo que el ad quem carecía de competencia para proferir el fallo de segunda instancia. Situación en la que igualmente se ve comprometida la garantía del debido proceso.

Además, como consecuencia de la violación del derecho de defensa, ni la procesada ni su defensor pudieron abundar en argumentos relativos a la inculpabilidad y, por si fuera poco, el tribunal en forma contradictoria cuestionó la legalidad de la declaración de Cenelh Pulido, olvidándose que estaba afectada por la nulidad, y la valoró, llegando al absurdo de ordenar que se le investigue por el delito de falso testimonio por haber declarado hechos que distorsionan la diligencia de allanamiento.

Consecuente con sus planteamientos, solicita finalmente el casacionista que, de prosperar el primero o el segundo cargo, se case la sentencia del ad quem y se dicte el fallo de reemplazo o, en su defecto, se decrete la nulidad con base en el tercer cargo.

Concepto del Ministerio Público

Luego de solicitar el Señor Procurador Tercero Delegado en lo Penal la desestimación de la demanda de casación, propone que oficiosamente se case la sentencia por existir falta de competencia de la justicia regional que se torna en irregularidad insaneable.

1. En atención al principio de prioridad se ocupa inicialmente del tercer cargo y dentro de éste de lo relacionado con la orden de allanamiento que, según el casacionista, no cobijaba el inmueble No. 6 39 de la Calle 16, hecho que en criterio de la Delegada no está demostrado y se presta para diversas interpretaciones.

Así, por ejemplo, la nomenclatura (6 37 y 6 43) consignada en la orden de allanamiento sugiere que se trataba de dos puertas seguidas y el acta respectiva informa que la fiscalía comisionada se trasladó al No. 6 37 de la calle 16 «segundo piso», donde la señora María Encarnación Peña de Osorio fue enterada de la diligencia, sin que hubiera manifestado reparo u oposición a su cumplimiento. Por su parte, una de las fotografías tomadas en la posterior diligencia de inspección judicial muestra que mientras la placa 6 37 es troquelada, la 6 39 presenta rasgos irregulares que pueden obedecer al hecho de que haya sido elaborada en forma manual; lo que permite inferir que «no existió irregularidad alguna en la práctica de la diligencia de allanamiento. La orden se expidió legalmente y cobijó, indudablemente, al inmueble demarcado con el número 6 37, el que consta de dos plantas en una de las cuales la segunda residía la sindicada en poder de quien se halló la sustancia incautada».

Es más, la fiscalía que practicó el registro no dejó constancia de circunstancias que le hubieran impedido cumplir la diligencia, tampoco de la supuesta independencia entre los dos pisos de la edificación que le

permitiera deducirse la existencia de viviendas separadas, ni razones de inconformidad de quien atendió la diligencia. De manera que lo consignado en el acta de allanamiento corresponde a la realidad del momento en que, seguramente, no existía sino la nomenclatura allí consignada. Es decir, el ingreso de las autoridades fue al segundo piso de la edificación correspondiente al No. 6 37, ahora distinguido con el No. 6 39, sin que entonces existiera signo alguno de que se trataba de distintos inmuebles, por el contrario el acta revela que el ingreso se efectuó al predio 6 37, segundo piso. De ahí surge la hipótesis de que la placa con el número 6 39 pudo ser colocada posteriormente.

Una segunda interpretación es la planteada por el censor sobre la nulidad de la diligencia de allanamiento por contravenir la garantía constitucional de inviolabilidad del domicilio, que surge de la prevalencia que le quiere dar a la diligencia de inspección judicial, a través de la cual se demuestra la existencia de dos nomenclatura (6 37 y 6 39) en distintas puertas del mismo inmueble. A esto habría que agregar la decidida voluntad de distorsionar la verdad en el acta de allanamiento para hacer aparecer la vivienda allanada con un número que no le corresponde, todo lo cual coincide con la afirmación de la procesada en la diligencia de compromiso de «que va a residir en la calle 16 No. 6 39».

Sin embargo, esta posición «requiere de un esfuerzo dialéctico a través del cual se expongan las razones por las cuales la evidencia de los documentos oficiales (acta de allanamiento) debe ceder ante las conclusiones analíticas del expositor y cuales podrían ser los fundamentos legales y probatorios que avalarían tal tipo de conclusiones», idea que no comparte el Ministerio Público por considerar determinante el contenido de la diligencia que corresponde a la orden impartida, de modo que no hay manifiesta oposición ni irregularidad alguna que permita sugerir la ilícita violación del domicilio.

La pretendida irregularidad sustancial no depende de la objetividad de las diligencias, sino de la postura intelectual asumida por la censura frente a las constancias procesales, con desconocimiento de la presunción de verdad y autenticidad que caracteriza los documentos expedidos por funcionarios públicos, lo que no es posible sin antes comprobar la falsedad, ya sea involuntaria o deliberada. De manera que mientras el acta de allanamiento no sea rebatida con prueba que infirme su contenido, no se puede aceptar la violación del derecho constitucional a la intimidad domiciliaria, descartándose así el motivo de nulidad.

Además, «el demandante no demostró, como es debido en el ámbito de un recurso dispositivo, la existencia de la irregularidad sustancial denunciada, su relación con las demás pruebas que presume afectadas de la misma nulidad, ni la trascendencia que ella pudo tener en el contenido de la sentencia impugnada».

Respecto de la posible violación del derecho de defensa, en cuanto la declaración de Ceneth Pulido Camacho que refiere el hallazgo de una papeleta en la ropa de Edilson García la que lanzó hacia el segundo piso , no fue ordenada nuevamente por el sentenciador de primer grado para reponer su contenido afectado por la nulidad declarada por el circuito, el planteamiento se muestra carente de razón toda vez que, de acuerdo con los principios que rigen la materia, la declaración la nulidad afecta únicamente el acto irregular y los que de éste dependan en razón de su contenido sustancial, lo que permite establecer los efectos invalidantes a partir del contenido de la providencia que la decreta, desde luego con la posibilidad de preservar la legalidad de los que no cobija el motivo de anulación; como sucede en este caso donde el juzgado Primero Penal del Circuito precisó (auto del 18 de noviembre de 1993) que la nulidad no afectaría más que algunas piezas procesales, dado que «las diligencias adelantadas dentro de la etapa del juicio se sujetaron cabalmente a las reglamentaciones jurídicas vigentes para la época de su tramitación», por lo que la ineficacia se predica solamente de la audiencia pública y de la resolución del asunto por falta de competencia, más no del testimonio allí recibido.

Tan cierto es que así lo entendieron los intervinientes en el proceso: la defensa al tomar esa declaración como sustento de la solicitud de cesación de procedimiento y las instancias al tener en cuenta su contenido en las decisiones adoptadas. De modo que si la nulidad no afectó la declaración de Ceneth Pulido y su práctica se ajustó a las previsiones legales, además de haber sido oportunamente apreciada, no se ve de que forma pudieron afectarse los derechos de la imputada.

En relación con la consulta de la sentencia de primer grado, así el juez no haya dejado consignado en la decisión ese trámite, lo que debe acatarse es la disposición legal que la ordena, pues el grado jurisdiccional de consulta no depende de frases sacramentales que lo dispongan sino de la regulación expresa que para eventos de esta naturaleza contempla el artículo 29 de la Ley 81 de 1991 (modificador del artículo 206 del Decreto 2700 de 1991) con indicación de las decisiones que necesariamente deben ser consultadas, dentro de las que se encuentran las sentencias que no sean anticipadas, proferidas por los jueces regionales.

Asegura igualmente el demandante que tanto a la procesada como a su defensor se les impidió abundar en argumentos relativos a la inculpabilidad, lo que habría ocasionado un vicio de nulidad por violación del derecho de defensa; sin embargo, no indica cuáles fueron las oportunidades ni la forma en que eso ocurrió, por lo que el cargo carece de la sustentación clara y precisa de los motivos determinantes de la irregularidad y de la necesaria demostración de su incidencia en el fallo, requisitos indispensables para su consideración. Además, encuentra la Delegada que a los sujetos procesales se les dio la posibilidad de intervenir durante todo el proceso en forma adecuada, ya enterando al funcionario

competente de los argumentos y pruebas que pretendían hacer valer, ora interponiendo los recursos que estimaron convenientes. Más, si la alusión es a la extensión de los escritos «la defensa no depende de la mayor o menor amplitud de los memoriales, sino de las oportunidades que se hayan tenido a través de la actuación para oponerse libremente a la actividad acusadora o juzgadora del estado y al ejercicio que de ellas se haya hecho».

Así mismo, el agregado final sobre la valoración que hizo el sentenciador del testimonio de Ceneth Pulido y la orden para que se investigue el posible delito de falso testimonio, se muestra carente del adecuado desarrollo que demandan los cargos en casación y constituye una reiteración de las proposiciones basadas en la inexistencia de la prueba.

2. El primer cargo en concepto de la Delegada fracasa al confundir el casacionista nociones esenciales sobre el error alegado, pues, si lo inicialmente planteado es un falso juicio de identidad consistente en la desfiguración objetiva de la inspección judicial, practicada por el Juzgado Primero Penal del Circuito el 14 de septiembre de 1993, y a renglón seguido considera que éste configura un error de derecho por falso juicio de legalidad al apreciar un medio de prueba nulo (la orden de allanamiento que autorizaba el ingreso a un lugar distinto del allanado), la sustentación del reproche tendría que cumplir exigencias de diverso origen, lo que no solo evidencian el desconocimiento de la técnica, sino que desvirtúa la pretensión del cargo, ya que no es posible presentar en forma simultánea, bajo un solo cargo y respecto de una mismas prueba, errores de hecho y de derecho que por naturaleza son excluyentes.

Pues, al acusar la distorsión de una prueba demostrativa de determinado hecho se parte de la base que el medio probatorio fue legalmente aducido al proceso y que la valoración se hizo de conformidad con los postulados de la sana crítica, sin que respecto de su existencia haya habido suposición u omisión.

Además, como el recurso de casación no cuenta con período probatorio ni autoriza la adición de los cargos propuestos en la demanda, éstos deben elaborarse ciñéndose a principios generales de lógica y derecho que permitan demostrar en forma clara y precisa los yerros en que incurrió el juzgador y las violaciones de la ley derivadas de esos desaciertos. Aspecto fundamental que omitió la censura al proponer, de entrada, en un solo cargos errores excluyentes que impiden a la Corte tomar partido por uno de ellos, pues el principio de limitación que rige el recurso extraordinario le impide sustituir al recurrente en esa escogencia. Así pues, la falta de técnica aconseja la desestimación del cargo.

3. El enunciado del segundo cargo aparenta alguna claridad, pero en el desarrollo del mismo el censor desvía el camino «al no indicar cuáles fueron las pruebas que distorsionó el sentenciador en su expresión, o

aquellas que omitió o de las que supuso su existencia mediante un razonamiento que varió y afectó la situación del procesado», limitándose a señalar que supuso la existencia del dolo, sin demostrar como se realizó esa suposición o en que aparte de la sentencia se incurrió en esa falencia.

Tampoco hizo referencia el casacionista a la sentencia impugnada, conformándose con exponer únicamente sus puntos de vista, sin verificar los argumentos en que fundó el Tribunal la culpabilidad de la procesada al lograr desentrañar los elementos intelectuales, afectivos y volitivos que libremente le permitieron incurrir en el delito. Lo que se advierte «cuando el sentenciador resalta apartes de la diligencia de inspección judicial y en especial la actitud que tomó la señora PEÑA DE OSORIO luego de la requisa al serle hallada la sustancia alucinógena y la explicación que ofrece para justificar su porte, con lo que se evidencia que tenía pleno conocimiento sobre la ilicitud de su comportamiento y de ahí el ocultamiento en esa parte del cuerpo y la angustia ante el procedimiento, porque no le era ajeno que estaba obrando fuera de la ley». Por eso, la falta de demostración del cargo impone su desestimación.

4. Pese a su desfavorable concepto sobre la demanda, el Señor Procurador Delegado propone la casación oficiosa de la sentencia al considerar que *el proceso no era de competencia de la justicia regional.*

Por disposición del artículo 71 3 del Decreto 2700 de 1991, modificado por el artículo 9o. de la Ley 81 de 1993, los jueces regionales conocen de los delitos descritos en los artículos 35, 39, 43 y 44 de la Ley 30 de 1986 «y de los que se deriven del cultivo, producción, procesamiento, conservación o venta de amapola o de su látex o de la heroína» (resalta la Delegada).

Como no hay duda que la sustancia incautada (morfina) es un derivado de la amapola y que la conducta reprochada a la sindicada tanto en la acusación como en la sentencia fue la de «portar» o «llevar consigo», comportamiento que no aparece relacionado dentro de los descritos por la norma en mención, ni se puede asimilar a la idea de conservación, debió darse aplicación al artículo 72 1 (literal c) del Código de Procedimiento Penal que asigna el juzgamiento de los delitos que no estén atribuidos a otra autoridad a los jueces penales del circuito, más aún si, como aquí ocurre, la cantidad de droga no permite establecer la equivalencia a que se refiere el aparte final del artículo 71 1, ibidem.

El equivocado encausamiento provino de la decisión del Juez Primero Penal del Circuito (auto del 18 de noviembre de 1993), compartida por el Regional que avocó el conocimiento, que creyó haber perdido la competencia por no existir en la disposición transcrita (artículo 9o. de la Ley 81 de 1993) parámetros diferenciadores de la cantidad de sustancia; es decir, para dichos funcionarios todo delito que tenga que ver con la amapola es de competencia de los jueces regionales, sin tener en cuenta la descripción restrictiva de la norma que le indica a la justicia regional que sola-

mente tiene competencia cuando el imputado cultiva, produce, procesa, vende o conserva amapola, su látex o la heroína.

Desde luego, no se puede admitir la identificación de los vocablos porte y conservación, toda vez que la ley les asigna contenidos diferenciables, el primero implica llevar consigo, el «llevar o traer» que señala el diccionario de la Real Académica de la Lengua, tener en poder con el ánimo de transportar, utilizar o consumir; mientras conservar es todo lo contrario, «mantener una cosa o cuidar de su permanencia», actividad que implica una relación duradera con la cosa a fin de preservarla de su desgaste o pérdida. De modo que «el hallar la droga en el cuerpo del incriminado no puede calificarse más que como porte o la conducta de llevar consigo, no la de conservar».

Tampoco se puede afirmar que la competencia es la indicada en el numeral 1o. del mencionado artículo, pues además de estar condicionada a la cantidad incautada, se refiere a sustancias, plantas o semillas de marihuana, hachís, metacualona, cocaína o sus derivados, sin mención específica de la morfina ni de determinadas cantidades de esta sustancia. Así mismo, no se puede considerar como «cantidad equivalente» a cualquiera de las allí relacionadas los 10,7 gramos incautados.

En conclusión, como la infracción a las normas de competencia acarrea una nulidad insaneable prevista en el artículo 304 del Código de Procedimiento Penal, se impone la anulación oficiosa de lo actuado por la justicia regional con el fin de que el expediente regrese al Juez Primero Penal del Circuito de Pitalito que es el competente.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

Tercer cargo. Nulidad:

1. Conforme al principio de prioridad corresponde analizar en primer lugar lo relacionado con las irregularidades insaneables que pregonan la Procuraduría y el censor, pues de prosperar la causal de nulidad fundamentada en dichas irregularidades, el examen de las causales "de fondo" (violación indirecta), o encaminadas a demostrar la inocencia de la acusada, devendría inane.

En seguida se examinará la pluralidad de vicios que el demandante señala como integrantes de este cargo de nulidad aunque la Sala no debe dejar pasar por alto que, dentro del rigorismo propio del recurso extraordinario de casación, cada uno de tales "vicios" debió ser sustento de un correlativo cargo, autonomía e independencia que el actor desconoce al unificar todas las falencias en un único reproche.

1.1. Ya en anterior oportunidad la Sala mediante providencia del 24 de junio de 1994, con ponencia del Magistrado Dr. Dídimo Páez Velandia, se pronunció sobre los factores de competencia que inquietan al Señor

Procurador Delegado. En esa ocasión el Tribunal Superior de Cartagena le propuso colisión negativa de competencia al Tribunal Nacional por considerar que el artículo 9o. de la Ley 81 de 1993 le atribuye a los jueces regionales el conocimiento de los delitos derivados del cultivo, producción, procesamiento, conservación o venta de amapola o su látex o de la heroína, sin consideración de la cantidad de sustancia.

Por su parte el Tribunal Nacional no aceptó la competencia con el argumento que a la justicia regional únicamente le compete conocer de los comportamiento antes señalados y no de otras conductas relacionadas con esa clase de sustancias, como el porte, transporte, financiación o suministro, de las que deben conocer los jueces de circuito.

La Corte, previo examen del contenido de la norma, advirtió que para asignar la competencia a los jueces regionales el legislador tuvo en cuenta: en el numeral 1o. la naturaleza y cantidad de sustancia; en el 2o., además de los anteriores, la índole de la conducta sancionada (que se trate de laboratorio, almacene, transporte, venda o use); en el tercero, refiriéndose a la Ley 30, la actividad comportamental (artículo 35), la calidad del agente (artículo 39), los elementos empleados (artículo 43), la pluralidad de conductas y de agentes (artículo 44) y *«la naturaleza de la sustancia (amapola o su látex o heroína)»*.

De ahí, se dijo, que si al fijar esa competencia la ley alude a «de los que se deriven del cultivo, producción, procesamiento, conservación o venta de la amapola o su látex o de la heroína», es para condicionar el conocimiento a factores relacionados con esa sustancia, toda vez que la expresión «derivar» significa originarse una cosa de otra, sacar una cosa de otra, conducir, llevar una cosa y, en ese caso, «nunca podrá pensarse en el porte, si previamente a él no ha habido un cultivo, producción o procesamiento, ya que no habría ninguna razón lógica, jurídica, política o filosófica para que el legislador hubiera dejado fuera de la competencia de la justicia regional conductas parejas a aquellas, con relación a la amapola, su látex o la heroína, como transportar, suministrar, pues ni en una ni otra ha hecho distingo de cantidad para su diferenciación».

Se recordó en dicha ocasión que el tratamiento especial de las conductas relacionadas con la heroína, prescindiendo de la cantidad, se debe a los mayores estragos que causa en la sociedad debido a su alto grado de toxicidad, por lo que el criterio mayoritario del Tribunal Nacional parece obedecer a:

«la confusión que tiene sobre la técnica jurídica que emplea el legislador cuando se encuentra en la labor de elevar a delito determinada conducta, a cuando de fijar competencias se trata. En la primera y en desarrollo del principio nullum crimen, nulla poena sine lege, debe dejar plasmado en forma abstracta, pero con todas sus circunstancias, el comportamiento humano al que le da el carácter de criminoso; en la segunda, en cambio, deci-

de qué funcionario quedará a cargo del juzgamiento de la infracción en su género, como cuando determina la competencia en el Juez del Circuito para conocer del punible de homicidio sin individualizar su especie, pero de igual modo, atendiendo a las circunstancias modales, a la condición de la víctima, etc., puede hacer que ese ilícito sea juzgado por un funcionario judicial especial, como cuando dispone en el artículo 9 5 de la Ley 81 de 1993 que el homicidio agravado por el numeral 8o. del artículo 324 del C. P. sea del conocimiento del juez Regional, sin que deba entrar a precisar la noción de homicidio».

Así pues, concluye la Corte asignándole la competencia a la justicia regional, dado que razones científicas y de política criminal llevaron al legislador a atribuirle el conocimiento de los delitos relacionados con la heroína, en ese caso.

Bastan tan precisos argumentos para desechar la propuesta de la nulidad oficiosa de la Procuraduría que acoge la tesis entonces expuesta por el Tribunal Nacional.

1.2. La "ilegalidad" de la diligencia de allanamiento, por referirse a la validez de una prueba, tiene su marco propio de alegación dentro de la causal primera, cuerpo segundo prevista en el artículo 220 del Código de Procedimiento Penal, y no dentro de la causal tercera de nulidad que propone el actor. En efecto: tal "ilegalidad" de la referida diligencia debe aducirse como un error de derecho por falso juicio de legalidad, debiendo demostrar el censor que en la práctica de la misma se obviaron o infringieron requisitos sustanciales para la validez de la prueba, a más de también demostrar cuál fue la incidencia de ésta en la parte resolutiva del fallo que declara responsable al procesado.

Como nada de ello observó aquí el actor, el mencionado reproche deviene inestudiable.

1.3. Réplica semejante merece el reparo sobre el hecho de que el Juez Regional no ordenó que se recibiera nuevamente el testimonio de María Ceneth Pulido Camacho, dada la nulidad que posteriormente se decretó, pues como este cargo mira igualmente a la validez de dicha prueba, como se dijo en el punto anterior, tal cosa debió alegarse como yerro de derecho por falso juicio de legalidad y complementarse el reproche con la INCIDENCIA anteriormente dicha.

En estas condiciones también este reproche no merece más que tal contestación por parte de la Corte.

1.4. Tampoco es cierto que la consulta de la sentencia de primer grado se haya surtido por iniciativa del Secretario de los Juzgados Regionales, pues el último renglón de la parte resolutiva de la sentencia absolutoria del 25 de marzo de 1994 dice «COPIESE, NOTIFIQUESE Y CONSULTESE» (fl. 218), sin que exista razón para pensar que esa orden

debió ser motivada, toda vez que es por disposición de la ley (artículo 206 del C. de P.P. modificado por el artículo 29 de la Ley 81 de 1993) y no por discrecionalidad del juez que se debe agotar el grado jurisdiccional de consulta de las providencias de primera instancia allí mencionadas, siempre que se trate de delitos de conocimiento de los fiscales y jueces regionales, y éste lo es, como ha quedado establecido.

1.5. Ahora, no se ve cómo pudo haberse impedido que la defensa «abundara en argumentos» si no se advierte transgresión alguna de los términos y oportunidades legalmente establecidos para alegar, ya que lo primero que hizo el Juez Regional, al avocar el conocimiento del proceso, fue ordenar que se le diera el trámite adecuado, esto es, que el expediente quedara en Secretaría a disposición de las partes «por el término común de ocho días a fin de que presenten sus alegatos de conclusión» (auto del 29 de diciembre de 1993 que fue notificado), surtiéndose el traslado en la forma y tiempo debidos (fl. 195). Igual proceder observó el Tribunal al disponer por auto del 26 de agosto de 1994 la fijación en lista por 8 días con ese mismo fin, que es el término establecido por el artículo 213 segundo inciso del Código de Procedimiento Penal (modificado por el artículo 30 de la Ley 81 de 1993) para el trámite previo a la decisión de segunda instancia.

Primer cargo. Violación indirecta:

2. Este cargo encierra una contradicción, pues no se puede reclamar el verdadero alcance de la significación objetiva de determinada prueba y, en forma simultánea *dentro del mismo cargo*, afirmar su invalidez o inexistencia; notorio desacierto en que incurre el libelista al proponer como coetáneo del error de hecho por falso juicio de identidad con un error *de derecho* por falso juicio de legalidad.

Es criterio reiterado de la Sala que «los errores de hecho y de derecho no pueden aducirse simultáneamente en un mismo cargo y en relación con una misma prueba, porque su naturaleza los hace incompatibles. En esas condiciones la censura no puede ni siquiera responderse porque en virtud del principio de limitación a la Corte le está vedado hacer una selección entre las dos clases de error aducidas, pues es de competencia exclusiva del demandante». (Sentencia de casación del 31 de marzo de 1993, Magistrado Ponente Dr. Guillermo Duque Ruiz).

Esta "mezcla" de motivos de casación dentro de un mismo cargo, en esencia impide el estudio mismo, pero no obstante conviene hacer ver que, además, el censor no demostró de qué forma la inspección judicial del 14 de septiembre de 1993 revela las condiciones existentes 10 meses atrás que le hubieran permitido a la Fiscalía llegar al convencimiento de que se trataba de distintos domicilios, toda vez que, como ya se dijo, la apariencia externa del inmueble y su comunicación interna llevan a pesar que se trata de una vivienda de dos plantas, tanto que la misma diligencia

de inspección así lo establece cuando refiere «es una construcción de ladrillo, de dos plantas, la cual se encuentra pintada de blanco». Más aún si la Fiscalía pudo acceder a los dos pisos del inmueble con el solo ingreso por la puerta distinguida con el número 6 37, pues en el acta de allanamiento no consta que para pasar de uno a otro hubiera tenido que hacerlo regresando a la calle para entrar por otra puerta.

El cargo no prospera.

Segundo cargo. Violación indirecta:

Suerte pareja corre el segundo cargo, ya que estando la sentencia del Tribunal revestida de las presunciones de acierto y legalidad no es posible desvirtuar su certeza jurídica con argumentos que únicamente revelan la personal apreciación del impugnante. Es necesario, cuando del falso juicio de existencia se trata, demostrar la forma en que el sentenciador apreció una prueba imaginaria o ignoró aquella cuya existencia y validez son indiscutibles. Más, como aquí le bastó al casacionista afirmar que el Tribunal había supuesto la existencia del dolo, sin decir en que consistió la apreciación indebida de los elementos de juicio en que basó su aserto el ad quem (acta de allanamiento y diligencia de indagatoria en este caso), o el desconocimiento de las evidencias que pudieran haber revelado la inexistencia de tan fundamental requisito, no hay forma de que la Corte pueda suplir las anotadas deficiencias si se tiene en cuenta, nuevamente, que en materia de casación su actividad está regida por el principio de limitación previsto en el artículo 228 del Código de Procedimiento Penal.

El cargo no prospera y la sentencia, entonces, no se casará.

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 por el defensor de María Encarnación Peña de Osorio.

Cópiese, entérese, devuélvase y cúmplase.

Jorge Aníbal Gómez Gallego, Fernando E. Arboleda Ripoll, Ricardo Calvete Rangel, Jorge Córdoba Poveda, Carlos Augusto Gálvez Argote, Edgar Lombana Trujillo, Mario Montilla Nougues, Carlos E. Mejía Escobar, Nilson Pinilla Pinilla.

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

REO AUSENTE/ CAPTURA/ INDAGATORIA

Habiendo optado por la renuencia, el declarado ausente, una vez se presente ante la autoridad judicial o sea capturado, asume el proceso en el estado en que se encuentre, sin que pueda retrotraerse la actuación para brindarle de nuevo oportunidades que fueron atendidas con su defensor oficioso. Aunque la indagatoria, en principio, es allegable en cualquier momento, su recepción no puede resquebrajar el desarrollo armónico del proceso, ni socavar sus estructuras.

No obstante que el artículo 352 del Código de Procedimiento Penal no señala una ocasión específica para su acopio, existen otros preceptos que establecen unas directrices, como la recepción inmediata si la persona se presenta ante el fiscal con ese fin y no existe orden de captura en su contra (art. 381), o a la mayor brevedad posible dentro de los tres días siguientes a aquél en que haya sido puesta a disposición del fiscal (art. 386), preceptos que deben concatenarse con aquél que consagra plazos para definirle la situación jurídica, según que se le haya declarado ausente, esté en libertad o capturada (art. 387), pues el proceso como un todo armónico y garantizador brinda las oportunidades de defensa de las imputaciones que se le hacen, para que posteriormente el Estado emita el pronunciamiento respectivo.

Cuando el acusado no es ubicado para escucharle en indagatoria, se le emplaza, declara ausente y le es designado un defensor de oficio. De esa manera queda vinculado legalmente al proceso, el cual no ha de paralizarse en espera de la concurrencia de alguien que no acude a ejercer su defensa material.

Así como la instrucción o el juicio no han de suspenderse, tampoco es posible retrotraer la actuación para retornar a etapas ya superadas, ni otorgar nuevas oportunidades al sindicado contumaz, quien precisamente las dejó vencer. Lo contrario iría en contra del postulado de la preclusión de los pasos procesales y fomentaría desigualdad entre las partes, en oposición a lo previsto en el artículo 20 del

Código de Procedimiento Penal y en el artículo 13 de la Constitución Política.

La captura de un procesado en tales condiciones, no significa cambio en su actitud, ni que a pesar de estar ya vinculado al proceso deba inmediatamente recibírsele indagatoria, cuya recepción pudo ser solicitada por él, con lo cual demostraría un cambio de postura, y sería viable dependiendo de la fase en que esté el proceso, ya que puede suceder que sea impracticable por la específica situación procedimental, o que se haya agotado la instancia, o esté en trámite un recurso vertical. Además, la aprehensión no obedece a la necesidad de virlo, sino a otras razones, como hacer efectiva la detención o la condena.

Proceso No. 12435

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal

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

Aprobado Acta Nº 90

Santa Fe de Bogotá, D. C., veintidós (22) de junio de mil novecientos noventa y nueve (1999).

ASUNTO

Se procede a resolver el recurso de casación interpuesto por el representante judicial del sindicado Jorge Eliécer Rodríguez Orejuela, contra la sentencia proferida por el Tribunal Nacional que confirmó la emanada de un Juzgado Regional de Santa Fe de Bogotá, que lo condenó por un concurso de falsedades en documento público y conservación ilegal de arma de uso privativo de las Fuerzas Armadas.

HECHOS

El 28 de octubre de 1988, en un retén instalado por el Ejército Nacional en la calle 5ª con carrera 82 de Cali, fue capturado Jorge Eliécer Rodríguez Orejuela cuando portaba los salvoconductos falsos de una pistola marca Star, un revólver Smith Wesson y una pistola ametralladora automática Ingram; esta última arma fue hallada posteriormente en las oficinas de Inversiones Rodríguez y Rodríguez SCS, ubicadas en la carrera 5ª Nº 38-02 de dicha ciudad.

ANTECEDENTES PROCESALES

El Juzgado Primero de Orden Público efectuó una indagación preliminar y escuchó en versión a Jorge Eliécer Rodríguez Orejuela. Posterior-

mente abrió investigación, emplazó y declaró ausentes a dicha persona y a su cónyuge María Luisa Rodríguez de Rodríguez, a quien se abstuvo de imponerle medida de aseguramiento al tiempo que ordenó la detención preventiva de aquél.

Cerrada la fase instructiva, el 13 de diciembre de 1993 fue precluida la investigación a favor de la señora, mientras que a Jorge Eliécer Rodríguez Orejuela se le dictó resolución de acusación por falsedad material de particular en documentos públicos y uso de los mismos, en concurso con conservación de arma de fuego de uso privativo de las Fuerzas Armadas (fs. 213 y Ss., cd. 2), providencia que fue confirmada el 27 de junio de 1994 por un Fiscal Delegado ante el Tribunal Nacional (fs. 309 y Ss., ib.).

Correspondió a un Juez Regional de Cali adelantar el juicio, que por cambio de radicación fue trasladado a Bogotá. El 14 de agosto de 1995 fue condenado a 55 meses de prisión y de interdicción de derechos y funciones públicas, por las falsedades de particular en documentos públicos agravadas por el uso e infracción al artículo 2° del Decreto 3664 de 1986, en concurso (fs. 102 y Ss., cd. 3).

Apelada la sentencia por el defensor, el 22 de abril de 1996 fue confirmada por el Tribunal Nacional, decisión también impugnada por dicho sujeto procesal, de la manera que ahora se decide.

La Demanda de Casación

Al amparo de las causales primera y tercera consagradas en el artículo 220 del Código de Procedimiento Penal, son formulados los cargos contra la sentencia condenatoria, así:

CARGO PRINCIPAL: Nulidad de lo actuado a partir de la captura del procesado, al haberse dictado sentencia en un juicio viciado de nulidad, por no brindársele la oportunidad de ejercer el derecho de defensa material, según los artículos 1° y 304-2 del Código de Procedimiento Penal, pues se omitió oírlo en indagatoria, a pesar de habérsele capturado y puesto a disposición de la autoridad judicial antes de dictarse sentencia de primera instancia. De esta manera ataca el censor los argumentos expuestos por el ad quem para justificar la no recepción de indagatoria al sindicado:

"a) Se pretende sustituir el derecho de defensa material: ser oído en forma libre y personal respecto de los hechos investigados, por una forma de vinculación procesal: la declaración de persona ausente y el emplazamiento;

b) Se desconoce flagrantemente el imperativo mandato constitucional de no poder condenar a una persona sin antes ser (personalmente) OIDA y VENCIDA en un juicio, al menos en tanto esto haya sido posible en el curso del proceso, como en este caso lo fue;

c) Se confunde el derecho que tiene el sindicado de guardar silencio respecto de los hechos investigados durante la práctica de la diligencia de indagatoria ... con la omisión del funcionario judicial de cumplir la obligación de citarlo para cumplir dicha diligencia ... es distinto que, una vez citado a indagatoria ... el sindicado pueda, como su prerrogativa constitucional y legal dentro de la diligencia, guardar silencio ...

d) ... Las garantías que durante el proceso se le dieron a los defensores en el ejercicio del derecho de defensa técnica no pueden suplir ni sustituir la falta de defensa material, ni mucho menos la propia diligencia de indagatoria (fls. 1 y 2 del salvamento). Justamente en ello estriba la diferencia entre defensa material y la técnica ...

e) Al argumentar la Sala que 'resulta imposible violentar los términos procesales' para escuchar en diligencia de indagatoria al procesado, se está quebrantando flagrantemente el principio constitucional que justamente ordena lo contrario ... y se está infringiendo sobre todo, el artículo 352 del C. de P. P., que preceptúa a quién se le debe recibir declaración indagatoria sin distinguir en cuanto a la etapa procesal, lo que ha de entenderse en el sentido que obliga a recibirla en cualquier estadio del proceso, en tanto no se haya proferido sentencia ...

f) Se pretende por el sentenciador que durante la etapa de juzgamiento se puede prescindir de la diligencia de indagatoria cuando los funcionarios judiciales no la consideren 'necesaria como medio de prueba'. Con ello, como se observa, se pretende reducir la diligencia de indagatoria de simple medio de prueba, desconociendo así su verdadera naturaleza de medio de defensa (material) del sindicado ..."

De otra parte, sostiene que la declaración de ausencia es instancia excepcional y extrema de que se vale el legislador para procurar la garantía del derecho de defensa del sindicado, la cual dura hasta cuando ya la puede ejercer directamente. De ahí que una vez se hace presente, es una obligación del funcionario judicial, cualquiera que sea el estado del proceso, restablecer la defensa en cabeza de su titular mediante el llamamiento a injurada, como primer y principal acto de defensa material.

Anota que no se trata de vincular otra vez a quien ya lo estaba, sino conferir la garantía de defensa material al que no ha podido tener oportunidad procesal de ejercerla a través de la indagatoria.

Aduce que la versión libre y espontánea no redime la obligatoriedad de la indagatoria, por ser una diligencia efectuada antes de la formulación de los cargos procesales y no puede tenerse como una oportunidad de descargos en el proceso penal propiamente dicho, pues al preexistir a los cargos, pretende que éstos no se formulen y que no es un medio de defensa material.

Por último, expresa que el artículo 352 del Código de Procedimiento Penal no hace distinción en cuanto a etapas procesales y la indagatoria debe recibirse en cualquier estado del proceso.

Lo anterior lo lleva a solicitar se declare la nulidad de lo actuado desde la captura del sindicado, retornando al periodo probatorio.

PRIMER CARGO SUBSIDIARIO: Violación indirecta de la ley sustancial, por falso juicio de identidad al tergiversarse el sentido y alcance de una prueba y pretender la demostración de un interés particular del sindicado en la obtención de unas armas y sus salvoconductos, para demostrar la calidad de determinador en la falsificación de documento público, en cuyo trámite se había contratado un "mandatario experto". Dicho error llevó a la aplicación indebida de los artículos 220 y 222 del Código Penal.

Sostiene que hubo relación contractual entre Jorge Elécer Rodríguez Orejuela y el tramitador Eduardo Muñoz para que le consiguiera los salvoconductos, pero no de cualquier manera sino lícitamente. No ataca el hecho indicador de tener interés en la obtención de las armas y los documentos respectivos, sino la inferencia realizada por el juzgador, la cual desborda los postulados de la lógica y la experiencia.

Dice que el Tribunal dedujo que el sindicado era el único que poseía ese interés, lo cual no es así porque también lo tenían los sucesivos "mandatarios" y cualquier otro intermediario al que ellos hubieran acudido. Se trata de un indicio no unívoco, ni vehemente, ni necesario. De ese interés el juzgador coligió con desacierto que Rodríguez Orejuela determinó a Muñoz o a cualquier otra persona para obtener ilegalmente las armas y los salvoconductos

En el análisis probatorio influyó más los apellidos Rodríguez Orejuela en contra de su defendido que la realidad probatoria, pues "la experiencia no permite afirmar que todo el que se interese en un asunto posea al mismo tiempo interés en lograr el objetivo incluso de modo ilegal, pues entre las dos cosas existe una distancia considerable que se puede salvar por los prejuicios (supuestos) que rodean, por ejemplo, a determinados apellidos y familias en un momento dado". La responsabilidad penal no sería personal sino familiar y fue capturado simplemente, como declara uno de los policiales, por ser hermano de Gilberto y Miguel Rodríguez Orejuela.

Considera que el sindicado fue condenado con base en una posibilidad de participación en el delito, sin certeza de culpabilidad, porque no hay prueba del acuerdo previo con el autor de la falsedad, la existencia de relaciones con los falsificadores ni cualquier otro aspecto fáctico que atado al primer hecho indicador, permitiera deducir, por medio de cadena de inferencias, su real participación y responsabilidad.

Anota que "se estimó de manera hipertrófica un indicio de interés en la tenencia del arma y del documento y se perdieron de vista otros tópicos que, de haberse valorado adecuadamente, hubieran conducido la investigación y el propio juicio a un desenlace jurídico en sentido contrario, pues los autos revelan la existencia de otros factores decisivos que, aunque se han ventilado en el juicio, no fueron tenidos en cuenta por el ad quem al momento de proferir su fallo".

Así, continúa el recurrente, no se logró establecer quién o quiénes fueron los que real y materialmente falsificaron el documento. No se tuvo en cuenta la colaboración del sindicado al señalar dónde estaban las armas, indicio desincriminador y prueba de su buena fe. Contra el inculpado y su familia existían graves amenazas por parte de Pablo Escobar, las cuales eran suficientes para justificar la obtención de las armas, sin que tal interés sea anormal o ilícito. Para la fecha de los hechos no tenía orden de captura, pero el ad quem ratificó que estaba en entredicho, lo que refuerza el error en que se fundamentó.

Por lo anterior solicita casar la sentencia impugnada y, en su lugar, absolver al procesado de las infracciones previstas en los artículos 220 y 222 del Código Penal.

SEGUNDO CARGO SUBSIDIARIO: El censor endilga violación indirecta de la ley sustancial, debido a falso juicio de existencia por suposición, que llevó a la aplicación indebida de los artículos 2° y 202 del Código Penal.

Estima que el fallador supuso plena prueba para condenar por el porte del arma de fuego, al pretender "la existencia de una prueba que demuestra participación del sindicado en grado de determinador de la falsedad del salvoconducto de un arma, prueba que supuestamente demuestra al mismo tiempo la materialidad del delito de porte ilegal de armas de uso privativo de las fuerzas militares y la culpabilidad con que el acusado supuestamente lo cometió (artículo 2° del Decreto 3664 de 1986) ... cuando no es cierto que obre en el proceso prueba alguna que de manera incontrovertible y fuera de toda duda razonable demuestre la participación del incriminado de autos, a ningún título, en la falsificación del salvoconducto que amparaba el arma que entregara voluntariamente a las autoridades".

Señala que el juzgador primero dio por probado el hecho falso de que era perseguido por las autoridades y, por lo tanto, estaba en imposibilidad de tramitar, personalmente o por interpuesta persona, los salvoconductos, y de allí dedujo la calidad de determinador de los documentos falsos. Sobre esa falsa conclusión, edifica la prueba única de responsabilidad del delito de porte ilegal de dicha arma.

Considera que de esta manera el fallador infiere una falsa conclusión, que extrae de un hecho indicador inexistente y da por demostrado aquello que debía comprobar por los medios ordinarios de prueba.

Por lo anterior, solicita casar la sentencia recurrida y, en su lugar, absolver al procesado de la infracción al artículo 2° del Decreto 3664 del 1986.

CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

En cuanto al *cargo de nulidad*, el Procurador Primero Delegado en lo Penal estima que la demanda no está llamada a prosperar, porque el sindicado no fue oído en injurada al haber sido capturado cuando había precluido el momento para decretar y practicar pruebas durante el juicio y, si bien la indagatoria es un medio de defensa, debe ser ejercido dentro de los términos legales.

Al procesado Rodríguez Orejuela no fue posible capturarlo en su oportunidad, por lo cual fue vinculado mediante declaratoria de persona ausente: aprehendido después de la citación para sentencia, el procesado ni el defensor pidieron la injurada, o sea, demostraron falta de interés en su realización. No se podía ilegalmente prorrogar un término procesal, sólo porque el sindicado no quería colaborar con la justicia ni ejercer la defensa material, a la que había renunciado deliberadamente.

La omisión no obedeció a un acto arbitrario del funcionario ni a desconocimiento de los derechos defensivos y el procesado tuvo amplia ocasión de comparecer, que voluntariamente desaprovechó.

Con relación al *primer cargo subsidiario*, el agente del Ministerio Público sostiene que también debe ser desechado, porque el censor pretende acreditar a la vez la falta de tipicidad de la conducta y la inculpabilidad del procesado, con lo cual viola el principio de no contradicción, pues al hablar de culpabilidad se debe aceptar la tipicidad.

Señala que la versión rendida por el sindicado demuestra que sabía cuáles eran los trámites establecidos para obtener los salvoconductos y, por lo tanto, no puede alegar que desconocía que debía concurrir personalmente. A ello se une el interés en adquirir las armas y los documentos, por lo cual instó a su consecución.

Dice que los argumentos del demandante son una réplica a lo expresado por el juzgador y no pasan de ser consideraciones particulares de la prueba en oposición a lo manifestado por el fallador, lo cual no es de recibo a esta altura procesal. Los reclamos resultan intrascendentes frente a las pruebas incriminatorias, consistentes no solo en el indicio que refiere el impugnante sino en documentos, inspecciones judiciales, prueba pericial, testimonios y otros indicios, como los de mala justificación y capacidad para delinquir, demostrándose dolo en la conducta del sindicado.

Respecto del *segundo cargo subsidiario*, el Procurador Primero Delegado en lo Penal conceptúa que tampoco debe prosperar, porque el delito

contra la seguridad pública imputado es de mera conducta y aparece claro que la conservación de armas y municiones se hizo con inobservancia de la preceptiva administrativa; una de aquéllas es la de marca Ingram, que según la prueba técnica es privativa de las Fuerzas Militares.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

CARGO PRINCIPAL: El censor no cuestiona que su representado hubiera sido declarado persona ausente y se le designara un defensor de oficio, sino que después de su captura no fue escuchado en indagatoria.

A pesar de ser cierto que la injurada es muy importante oportunidad para ejercer la defensa, al poder el sindicado explicar su conducta y surgir de allí la posibilidad de acopiar pruebas tendientes a excluir, justificar o atenuar su responsabilidad en los hechos endilgados, no puede perderse de vista la actitud adoptada por el investigado, quien pudo atender los llamados de la administración de justicia, en una acción que sabía estaba cursando, pero prefirió colocarse en contumacia, lo cual incidió ineludiblemente, de acuerdo con la normatividad respectiva, en el desarrollo del proceso y en la forma de ejercer sus garantías, en un régimen que le ha dado prelación a la defensa técnica sobre lo material.

Habiendo optado por la renuencia, el declarado ausente, una vez se presente ante la autoridad judicial o sea capturado, asume el proceso en el estado en que se encuentre, sin que pueda retrotraerse la actuación para brindarle de nuevo oportunidades que fueron atendidas con su defensor oficioso. Aunque la indagatoria, en principio, es allegable en cualquier momento, su recepción no puede resquebrajar el desarrollo armónico del proceso, ni socavar sus estructuras.

No obstante que el artículo 352 del Código de Procedimiento Penal no señala una ocasión específica para su acopio, existen otros preceptos que establecen unas directrices, como la recepción inmediata si la persona se presenta ante el fiscal con ese fin y no existe orden de captura en su contra (art. 381), o a la mayor brevedad posible dentro de los tres días siguientes a aquél en que haya sido puesta a disposición del fiscal (art. 386), preceptos que deben concatenarse con aquél que consagra plazos para definirle la situación jurídica, según que se le haya declarado ausente, esté en libertad o capturada (art. 387), pues el proceso como un todo armónico y garantizador brinda las oportunidades de defensa de las imputaciones que se le hacen, para que posteriormente el Estado emita el pronunciamiento respectivo.

Cuando el acusado no es ubicado para escucharle en indagatoria, se le emplaza, declara ausente y le es designado un defensor de oficio. De esa manera queda vinculado legalmente al proceso, el cual no ha de paralizarse en espera de la concurrencia de alguien que no acude a ejercer su defensa material.

Así como la instrucción o el juicio no han de suspenderse, tampoco es posible retrotraer la actuación para retornar a etapas ya superadas, ni otorgar nuevas oportunidades al sindicado contumaz, quien precisamente las dejó vencer. Lo contrario iría en contra del postulado de la preclusión de los pasos procesales y fomentaría desigualdad entre las partes, en oposición a lo previsto en el artículo 20 del Código de Procedimiento Penal y en el artículo 13 de la Constitución Política.

La captura de un procesado en tales condiciones, no significa cambio en su actitud, ni que a pesar de estar ya vinculado al proceso deba inmediatamente recibírsele indagatoria, cuya recepción pudo ser solicitada por él, con lo cual demostraría un cambio de postura, y sería viable dependiendo de la fase en que esté el proceso, ya que puede suceder que sea impracticable por la específica situación procedimental, o que se haya agotado la instancia, o esté en trámite un recurso vertical. Además, la aprehensión no obedece a la necesidad de oírlo, sino a otras razones, como hacer efectiva la detención o la condena.

En el caso concreto, como lo reconoce el recurrente, el procesado fue capturado con posterioridad al auto que citó para sentencia, o sea, vencidas las oportunidades que tenía para ser vinculado mediante indagatoria y el período probatorio del juicio, las cuales dejó fenecer debido a su rebeldía para comparecer y ejercer su defensa material, sin que la ley establezca que aprehendido el contumaz deba imperiosamente recibírsele injurada y, por lo tanto, haya de retrotraerse la actuación o anular parcialmente un proceso adelantado de conformidad con la preceptiva legal.

No puede olvidarse que la orden de captura librada en este proceso, no tenía por finalidad su vinculación mediante indagatoria, sino hacer efectiva la medida de aseguramiento de detención obrante en su contra; al superarse aquella fase tiempo atrás, cuando fue declarado ausente ante su renuencia a ser oído en injurada, voluntariamente se privó de ejercitar por ese medio su defensa material y optó proseguir únicamente con la defensa técnica.

Además, el dicho de Jorge Eliécer Rodríguez Orejuela sobre los hechos investigados es conocido, porque rindió versión libre en donde, al contrario de lo expresado por el censor, pudo ejercer su defensa material y fue así como suministró datos tendientes a que su actuar no fuera de momento considerado como delito y proporcionó los nombres y apellidos de los tramitadores que le entregaron los salvoconductos. Tal versión fue vertida para evitar que se abriera investigación, como señala el recurrente, pero también para defenderse de las imputaciones que se le realizaban y que los hechos en que incurrió no fueran tenidos como infracciones a la ley penal. Ese aspecto fáctico fue posteriormente aducido por los sucesivos defensores para sostener la ausencia de culpabilidad.

De esa manera, su relato produjo efectos procesales y probatorios y tal forma de ejercicio de la defensa material pudo incidir en la contuma-

cia, pues el sindicado ya no estaría interesado en volver a señalar cómo acontecieron los hechos, al haber sentado las bases suficientes que permitía a la defensa, así fuera de oficio, efectuar la labor que le incumbía.

Por todo lo anterior y como no se observa que la administración de justicia hubiera impedido ejercitar el derecho de defensa material, aún después de la captura del enjuiciado, el reproche no está llamado a prosperar.

PRIMER CARGO SUBSIDIARIO: El impugnante considera que el juzgador incurrió en un error de hecho al efectuar deducciones del interés que tenía el sindicado en obtener las armas y los salvoconductos, inferencias que riñen con la experiencia y la lógica, de un interés que no sólo tenía él sino los intermediarios y no es unívoco ni ilícito.

Por el contrario, la Corte estima acertada la inferencia del Tribunal al considerar ese interés como un indicio contra el determinador, porque a pesar de que los tramitadores podían tenerlo también, su deseo de conseguir los documentos surgió de quien los contrató, ya que no obraban por su propia iniciativa sino impulsados por el propietario de las armas, que aspiraba a contar con la supuesta licencia de autoridad competente. Se trata de intereses convergentes, ya que los gestores pretendían cumplir el pacto que reportaba beneficios a todas las partes y el Tribunal resaltó esa circunstancia concurrente en el obrar de JJorge Eliécer Rodríguez Orejuela, siendo sobre él que se adelantaba el juicio.

El convenio aconteció, pero no en las circunstancias ni con las características señaladas por el censor, pues se trató de un contrato ilícito, como lo indicó el ad quem. Resulta además contradictorio que el recurrente al inicio de la sustentación del reproche acepte su existencia, pero al final lo niegue como vínculo demostrativo de la calidad de determinador de su asistido.

De otra parte, el interés no fue la única prueba en que se fundó la sentencia condenatoria, ni exclusivamente de allí el juzgador infirió el dolo con el cual obró el acusado. La sentencia recurrida dice:

"... él no podía pedir que se los consiguieran lícitamente, porque sabía que se requería su presencia y que no debía utilizar gestores, ya que había llenado formularios donde aparecía esa regla y nunca los había entregado, puesto que fueron encontrados en un allanamiento posterior."

En tales formularios aparece, en el evento de personas naturales, que se debe allegar una fotografía, el anterior permiso, pasado judicial vigente y la presentación del arma; para las personas jurídicas, con excepción del pasado judicial y la fotografía, se debía también acompañar autorización escrita y registro de la Cámara de Comercio.

Además, el procesado tenía desde 1981 un revólver adquirido legalmente. No se equivoca el Tribunal al sostener que hay pruebas demostra-

tivas de que el sindicado conocía los requisitos establecidos para la revalidación de los salvoconductos, exigencias que fueron eludidas por el acusado: no existe prueba que hubiera entregado los formularios, una vez firmados y con la presentación personal exigida por el artículo 90 del Decreto 1663 de 1979, ni presentado las armas, ni el certificado judicial, ni el de constitución y gerencia de inversiones Rodríguez Rodríguez S C S.

El censor no tiene en cuenta que el sindicado no obró por error ni bajo la creencia de que los documentos en mención eran auténticos. Le fue incautado el salvoconducto de la pistola ametralladora Ingram, con vigencia de dos años contados a partir del 4 de agosto de 1988 y se allegó copia autenticada de otro permiso del 19 de agosto de 1988 para la misma arma, pero no expedido por el comandante del Batallón Palacé sino presuntamente por el Jefe del Estado Mayor de la Brigada Tres.

La sentencia condenatoria no se edificó exclusivamente en el interés que tenía el procesado de dar la apariencia de que las armas estaban amparadas legalmente, ni en la posesión de la pistola ametralladora automática y de los salvoconductos, al contrario de lo que sostiene el recurrente. Allí se indica que por tal gestión se pagó un valor excesivo. Se cancelaron $40.000 por el de la automática y $50.000 por los del revólver y la pistola Star, para un total de $90.000, valores de hace más de una década, elevados para un trámite normal, que inducen a concluir que la erogación se efectuó con el fin de obtener los documentos ilegalmente, pues no fue la remuneración generosa de un pudiente, quien a sus escoltas les pagaba el salario mínimo de $32.559 en 1989.

Con relación a la prueba indirecta, en el fallo recurrido aparece lo siguiente:

"Se puede establecer como indicio, la tendencia delictiva a incurrir en conductas similares; en la resolución donde se desata el recurso de reposición contra la detención proferida por la Fiscalía, dentro del Proceso 17.141, y que forma parte de este expediente, consta cómo Jorge Eliécer Rodríguez Orejuela portaba, al momento de su segunda captura, una licencia de conducción falsa. Se podrá aceptar, dentro del proceso cuya sentencia revisa esta Sala, la tesis de la defensa en el sentido de que Rodríguez no tenía conocimiento de la falsedad de los documentos aportados, cuando portaba otro de las mismas características en la segunda oportunidad?"

El juzgador hace referencia al denominado indicio de la capacidad moral para delinquir, concurrente en ese caso junto con otras pruebas, que el censor no atacó y permanecen incólumes, medios de convicción que deben ser valorados en su conjunto, como lo hizo la judicatura, y no aisladamente y refuerzan la inferencia realizada por el ad quem del interés que tenía el sindicado de dar la apariencia de que las armas poseídas estaban amparadas legalmente, cuando en realidad no era así.

El recurrente no pudo desvirtuar las conclusiones a las que llegó el fallador, consistentes en que el caudal probatorio demuestra que el procesado determinó a otro para la consecución de los tres salvoconductos falsos, que portaba cuando fue retenido por el Ejército Nacional. La demanda se limita a criticar una de las inferencias realizadas con base indiciaria, sin lograr demostrar yerro del juzgador en esa deducción, ni censurar las pruebas restantes que sirvieron de fundamento al fallo condenatorio.

Este reproche tampoco está llamado a prosperar.

SEGUNDO CARGO SUBSIDIARIO: El impugnante estima que la sentencia condenatoria por la conservación del arma de fuego incautada, se fundó en prueba inexistente al edificarse sobre el papel de determinador del sindicado, el cual no está demostrado.

La formulación de este reproche resulta consecuencia del anterior y de igual manera la improsperidad de aquél lleva a desechar éste, pues prácticamente hay comunidad de prueba. La falsedad del salvoconducto deviene en inescindible nexo como elemento del tipo penal del artículo 202 del Código Penal, al refrendar la ausencia de permiso de autoridad competente, que si hubiera sido auténtico y su expedición lícita, la conducta no configuraría este delito.

Según la inspección judicial a los archivos del Departamento de Control de Comercio de Armas, Municiones y Explosivos, no aparece que el arma de uso privativo de la fuerza pública le hubiera sido vendida al sindicado, resultando además claro que no fue adquirida legalmente.

Conjugado ésto con la respuesta al cargo antecedente, es ostensible, tal como fue asumido en las instancias, que Jorge Eliécer Rodríguez Orejuela tenía conocimiento de que el salvoconducto respectivo era falso, siendo él quien determinó a otro a su obtención, en su interés de fingir el permiso para conservar un arma de la que era ilegal poseedor. Así lo reiteran, además, el convenio celebrado para algo realizable personalmente y el elevado precio de la gestión.

El Tribunal encontró apropiadamente demostrado, no solo que el acusado intervino en la falsificación en calidad de determinador, sino que a sabiendas de que carecía de permiso genuino de autoridad competente conservaba una pistola ametralladora, que de acuerdo con el dictamen respectivo es automática y, por lo tanto, de uso privativo de las Fuerzas Armadas.

No es que el juzgador haya incurrido en el error de suponer alguna prueba, sino que el impugnante critica la apreciación que de una de ellas efectuó el Tribunal y se desentiende de las otras, sobre las cuales se consolidó la sentencia condenatoria.

Esa crítica infundada e incompleta no permite quebrar el fallo y, por el contrario, la solidez de los medios de convicción allegados y apropiadamente evaluados por el juzgador, imponen mantener la sentencia recurrida.

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

RESUELVE:

NO CASAR la sentencia condenatoria objeto de impugnación.

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

Jorge Aníbal Gómez Gallego, Fernando E. Arboleda Ripoll, Ricardo Calvete Rangel, Jorge Córdoba Poveda, Carlos Augusto Gálvez Argote, Edgar Lombana Trujillo, Mario Mantilla Nougues, Carlos E. Mejía Escobar, Nilson Pinilla Pinilla.

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

PENA-Dosificación

Para efectos de graduar la pena que corresponda al infractor por el delito cometido, deben relacionarse necesariamente los artículos 61 y 67 del Código Penal, pues las circunstancias de agravación y atenuación son apenas uno de los varios criterios establecidos en la ley para la dosificación. Al lado de ellos se encuentran otros factores, como son la gravedad y modalidades del hecho punible, el grado de culpabilidad, y la personalidad del agente, y tratándose de tentativa la aproximación al momento consumativo.

El artículo 67 que determina la aplicación de mínimos y máximos, enseña que solo podrá imponerse el máximo de la pena cuando concurran únicamente circunstancias de agravación punitiva, y el mínimo cuando concurran exclusivamente circunstancias de atenuación, «sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 61».

La claridad de estos preceptos permite concluir que la fijación del mínimo de la pena opera cuando solamente concurran circunstancias de atenuación punitiva (artículo 64), siempre que no se presenten otros factores de los que enuncia el artículo 61 como determinantes de incremento punitivo.

Proceso No. 10870

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal

Magistrado Ponente: Dr. *Ricardo Calvete Rangel*

Aprobado Acta No. 090

Santa Fe De Bogotá, D.C., junio veintidós de mil novecientos noventa y nueve.

VISTOS

Procede la Corte a resolver la demanda de casación presentada por el defensor del procesado Julián Parra Britto, contra la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Santa Fe de Bogotá, confirmatoria de la dictada por el Juzgado Sesenta y Nueve Penal del Circuito de esta misma ciu-

dad, que condenó al aquí recurrente por infracción al artículo 33 de la Ley 30 de 1.986, a la pena principal de cuarenta (40) meses de prisión y multa de quince (15) salarios mínimos mensuales, con la única modificación de reducir la multa a diez (10) salarios mínimos mensuales.

I. Hechos

La Sentencia de primera instancia los relató así:

Se tiene que por informaciones telefónicas anónimas de recibidas en la Dirección Antinarcóticos de la Dijin se procedió a obtener autorización legal para realizar allanamiento en la habitación 104 del Hotel Sabana, ubicado en la calle 13 Nro.5-23 de esta capital, operativo policial que arrojó como resultado positivo la INCAUTACION de 34 CAPSULAS elaboradas con dedos de guantes para cirugía, en las cuales se contenía COCAINA, y además, la aprehensión del señor Julián Parra Britto, ocupante de la habitación y quien se dedicaba al parecer a la tarea de ingerir las mencionadas cápsulas. Este procedimiento se realizó el día miércoles 5 de Octubre hacia las diez de la mañana".

II. Actuación Procesal

La Unidad Especial Permanente de la Fiscalía Seccional 188 Delegada ante la Sijin profirió resolución de apertura de instrucción, vinculando a la investigación mediante indagatoria a Julián Parra Britto y Benjamín Farfán Valencia.

La Fiscalía Delegada Regional de la Unidad de Narcotráfico de Santa Fe de Bogotá dictó medida de aseguramiento consistente en detención preventiva contra los indagados, por infracción al artículo 33 de la Ley 30 de 1986.

El 9 de diciembre de 1994, ante la Fiscalía Seccional No. 241 de la Unidad Segunda de Delitos Varios, el procesado Julian Parra Britto suscribió acta de terminación anticipada del proceso, (artículo 37 C.P.P.), en la cual aceptó el cargo que se le imputó como infractor al artículo 33 de la Ley 30 de 1986. Por auto de la misma fecha se ordenó continuar la investigación -en el cuaderno de copias- respecto del otro sindicado Benjamín Farfán Valencia, quien no se acogió al citado procedimiento.

El Juzgado Sesenta y Nueve Penal del Circuito de Santa Fe de Bogotá, profirió sentencia condenatoria contra Parra Britto por el cargo aceptado, imponiéndole además de la pena principal anteriormente reseñada, la accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas por un término igual al de la pena principal -cuarenta meses-. Se abstuvo de condenarlo al pago de perjuicios, y le negó la condena de ejecución condicional.

Apelado el fallo de primer grado, el Tribunal Superior de Santa Fe de Bogotá lo confirmó, con la única modificación de reducir la pena de multa a un equivalente de diez salarios mínimos mensuales.

III. La Demanda

Al amparo de la causal primera de casación contenida en el artículo 220 del Código de Procedimiento Penal, el actor acusa la sentencia de segunda instancia por violación indirecta de la ley sustancial, "por errores de hecho en la apreciación de las pruebas".

El Tribunal incurrió en doble error de hecho así: a) no tiene en cuenta la buena conducta anterior del procesado, lo que impidió el reconocimiento de la circunstancia de menor peligrosidad descrita en el numeral 1º del artículo 64 del C.P. La prueba en tal sentido fue ignorada. Ello determinó la no aplicación del mínimo. B) supervaloró, exageró y por ende distorsionó la cantidad de cocaína que, si bien apenas alcanzó los 252.5 gramos, sin embargo ello permitió que "de un jalón" el juzgador de segundo grado partiera y fijara la punibilidad en 5 años de prisión, para luego sí reducir la tercera parte y dejarla en definitiva en 40 meses como pena principal.

Al excluir toda atenuación, la sentencia violó indirectamente el artículo 61 del C.P., en cuanto esta norma obliga al juzgador a graduar la sanción teniendo en cuenta, entre otros criterios, las circunstancias de menor peligrosidad que acompañan al infractor, y violó indirectamente el numeral 1º del artículo 64 del mismo estatuto punitivo, al dejar de reconocer una situación establecida.

Se refiere a las "pruebas ignoradas" así:

"1) Julián Parra Brito (sic), quien desde su captura, así haya sido en flagrancia, confesó su comportamiento delictivo y explicó las razones de su comportamiento pero agregó que se vio obligado a ello, a servir de medio de transporte del alcaloide por su mala situación económica y por tener a su progenitora enferma, y dio detalles sobre quienes lo contrataron para llevar esa sustancia -ellos sí conocedores de sofisticada infraestructura, propia de carteles de la droga-, y expresó no tener antecedentes personales, penales, ni judiciales. Y en esto no existe prueba alguna que lo desvirtúe.

"2) Por lo demás ninguna prueba existe en relación con antecedentes penales, judiciales o de Policía que vengan a controvertir lo por él afirmado, que desde luego merece toda credibilidad, tanto más cuanto que, tratándose de sentencia anticipada y ello haya impedido que positivamente y con otras pruebas se haya establecido estos asertos, precisamente por la terminación anticipada del proceso, que es bien tanto para la administración de justicia, como para el procesado, sobreviene carencia de carga de la pruc-

ba, y en sentir de la defensa, lo afirmado (sic) por el confesante, no importa la flagrancia, y si no está desvirtuado, deviene estar por establecido. Y resulta inexplicable que el juzgado de segundo grado lo haya omitido, incurriendo por ende en error de hecho consiguiente".

El fallo supervaloró, exageró y por ende distorsionó la cantidad de 252.5 gramos de cocaína incautados en poder del procesado Parra Britto "en tenencia", y sin embargo el juzgador de segundo grado fincó en esa cantidad la gravedad y modalidad del hecho punible, y "de un jalón" elevó la pena de un mínimo de 48 meses (art. 33 Ley 30/86) a 60 meses de prisión, es decir en un año más del mínimo lo que es manifiestamente injusto, cuando los narcotraficantes de los carteles -con infraestructura ellos sí- están en tenencia, transportan o almacenan toneladas de coca y es precisamente lo que causa no solo hilaridad sino desconfianza por el común de las gentes del pueblo, que hasta razón tienen al afirmar que la justicia es para los de abajo.

Fue distorsionada la prueba relacionada con "el acta de diligencia de pesaje" del alcaloide incautado, en el cual consta que las 40 cápsulas tienen un peso neto de doscientos cincuenta y dos punto cinco (252.5) gramos. "Entonces, al concluir el juzgador de segundo grado que no es factible partir de la pena mínima, pues que ella será para las cantidades cercanas a los 100 gramos y que la pena se ha de aumentar a medida de que se aleje de ese límite, al fijar entonces esa pena en 60 meses, superando en 12, los 48 meses del mínimo del art. 33 de la Ley 30 de 1986, está superando en mucho la punibilidad que el caso merece, habida cuenta de la cantidad de cocaína incautada a Julián Parra Britto y se hace el fallo impugnado manifiestamente injusto".

Existiendo una circunstancia de atenuación punitiva que no fue tenida en cuenta por el juzgador de segundo grado, y al haberse supervalorado o distorsionado la prueba y por ende la cantidad de 252.5 gramos de cocaína, con incidencia en la gravedad y modalidad del hecho punible "en su calidad de cantidad", con una trascendencia que no cabe, el fallo impugnado debe casarse parcialmente, para ajustar la punibilidad a los hechos probados en el proceso, aplicando la atenuación o reducción de la pena a los límites fijados en el artículo 61 del C.P., que ha de aplicarse debidamente reduciendo la pena impuesta, habida cuenta del reconocimiento de la circunstancia de atenuación punitiva de la buena conducta anterior y a la justa trascendencia de la cantidad de 252.5 gramos de la sustancia.

IV. Concepto del Ministerio Público

El Procurador Primero Delegado en lo Penal solicita a la Corte no casar la sentencia impugnada, ya que el cargo no está llamado a prosperar por las siguientes razones:

El recurrente no señala la manera como el sentenciador distorsionó o tergiversó el contenido objetivo del dictamen pericial mencionado, o que se le hubiera dado al mismo un sentido o alcance diferente al que tiene. Revisados los fallos de instancia, se observa que los juzgadores no variaron el sentido de la experticia que obra a folio 33, pues esta fue tomada con exactitud en toda su esencia y contenido. Así mismo, no tiene respaldo legal la presente falta de consideración de la prueba alusiva a la buena conducta anterior del acusado.

La pena principal impuesta al procesado se ajusta a la legalidad. Conforme a los artículos 61 y 67 del C.P., en el caso sub judice -como bien lo anota el fallador de segundo grado- no se puede partir de la sanción mínima de cuatro años de prisión señalada para la infracción investigada, dadas la gravedad y modalidad del hecho punible. En el fallo de primera instancia con razón se expresa, que no puede tomar como punto de partida el mínimo de la sanción fijada para la ilicitud, por concurrir contra el acusado las circunstancias de agravación punitiva contenidas en los numerales 4º y 10º del art. 66 del C.P.

V. Consideraciones de la Corte

Estima el actor que la sentencia del Tribunal violó en forma indirecta los artículos 61 y 64 numeral 1º del Código Penal, al haber incurrido en un doble error de hecho en la apreciación de las pruebas.

1° El censor considera que el Tribunal omitió tener en cuenta la buena conducta anterior del procesado, lo que "determinó la no aplicación del mínimo de la pena". Lo anterior significa que lo que está planteado es un falso juicio de existencia, que como pasa a verse, no tuvo ocurrencia en este caso.

Reiteradamente la Sala ha manifestado que cuando los fallos de primera y segunda instancia se profieren en un mismo sentido, las dos sentencias constituyen una unidad inescindible, y en consecuencia para que el ataque prospere debe estar encaminado a desvirtuar los fundamentos expuestos en una y otra providencia.

Revisada la decisión del Juez de primera instancia, se advierte que dentro de ella, al contrario de lo que afirma el libelista, no fue ignorada la conducta anterior del procesado. Al respecto el Juez Sesenta y Nueve del Circuito de Santa Fe de Bogotá manifestó:

"No se partirá del mínimo porque no obstante presumirse su buena conducta anterior, existen algunas circunstancias de agravación punitiva como la preparación ponderada del delito, la cual se inicia en la ciudad de Pereira con toda una infraestructura que pasando por la ciudad capital, colmará su objetivo en las ciudades españolas. También al haber cometido el hecho para obtener o asegurar para sí o para otra persona el producto, el prove-

cho, el precio y la impunidad en la suerte de no haber sido descubierto. Amen de haber hecho más nocivas las consecuencias del hecho punible al disponer su cuerpo, su organismo a destinaciones ilícitas con grave riesgo de afectar la salud propia y luego la de las víctimas consumidoras de la letal sustancia. Es por ello que la pena será de CINCO (5) AÑOS DE PRISION y MULTA DE QUINCE SALARRIOS MINIMOS..."

Ante lo visto ha de concluirse que no solamente carece de fundamento la presunta falta de consideración de la buena conducta anterior del acusado, que efectivamente fue materia de presunción por parte del sentenciador de primera instancia, sino que tampoco le asiste razón cuando pretende hacer creer que tal omisión fue la causa para que no se partiera de la pena mínima impuesta para la infracción investigada, cuando lo cierto es que ello obedeció a que se consideró que concurrían en contra del acusado circunstancias de agravación punitiva que ni siquiera fueron materia de ataque en la demanda.

2ª En lo que tiene que ver con el error de hecho cometido por una supuesta "tergiversación" del acta del pesaje de la sustancia de cocaína incautada al procesado, el planteamiento es equivocado.

Si bien es cierto que en principio podría pensarse que el censor orienta su reproche dentro de un falso juicio de identidad, también lo es que en ningún momento determina en qué consistió la tergiversación o distorsión del mismo, y contrariamente enfila su inconformidad en señalar que "al concluir el juzgador de segundo grado que no es factible partir de la pena mínima, puesto que ella será para las cantidades cercanas a 100 gramos y que la pena se ha de aumentar a medida que se aleje de este límite, al fijar entonces esa pena en 60 meses superando en 12, los 48 meses del mínimo del artículo 33 de la Ley 30 de 1986, está superando en mucho la punibilidad que el caso merece, habida cuenta de la cantidad de cocaína incautada a Julián Parra Britto y se hace el fallo impugnado manifiestamente injusto"

Es evidente que el actor en este punto se limita a enfrentar el criterio del juzgador con su simple apreciación personal, de manera que no demuestra la existencia de ningún error, únicamente, desde su particular punto de vista, estima que la pena es muy alta para lo que él cree que merece su poderdante, práctica que no tiene ninguna posibilidad de prosperidad en casación.

Al respecto le asiste razón al Ministerio Público, cuando dice que de la revisión de los fallos de instancia se observa que los juzgadores en manera alguna variaron el sentido de la diligencia de pesaje que obra a folio 33 del proceso, pues esta fue tomada en toda su esencia y contenido, esto es, en cuanto a la clase de estupefaciente y su "peso neto" de DOSCIENTOS CINCUENTA Y DOS PUNTO CINCO gramos (252.5).

3º Para efectos de graduar la pena que corresponda al infractor por el delito cometido, deben relacionarse necesariamente los artículos 61 y 67 del Código Penal, pues las circunstancias de agravación y atenuación son apenas uno de los varios criterios establecidos en la ley para la dosificación. Al lado de ellos se encuentran otros factores, como son la gravedad y modalidades del hecho punible, el grado de culpabilidad, y la personalidad del agente, y tratándose de tentativa la aproximación al momento consumativo.

El artículo 67 que determina la aplicación de mínimos y máximos, enseña que solo podrá imponerse el máximo de la pena cuando concurran únicamente circunstancias de agravación punitiva, y el mínimo cuando concurran exclusivamente circunstancias de atenuación, "sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 61".

La claridad de estos preceptos permite concluir que la fijación del mínimo de la pena opera cuando solamente concurran circunstancias de atenuación punitiva (artículo 64), siempre que no se presenten otros factores de los que enuncia el artículo 61 como determinantes de incremento punitivo.

En el presente caso, el Tribunal estimó con acierto que atendiendo a la gravedad y modalidades del hecho no se debía partir del mínimo de cuatro años consagrado en el artículo 33 de la Ley 30 de 1986, sino de cinco años, determinación que respeta los marcos normativos, así como también la disminución que a partir de allí se efectuó por acogerse a la terminación anticipada del proceso, pues en nada contravienc la facultad discrecional de la que legalmente goza el juzgador al momento de dosificar la pena.

En síntesis, formuló el impugnante un reparo por dos errores de hecho que no logró demostrar, y en la sustención manifiesta que no está de acuerdo con la tasación de la pena porque según su parecer "está superando en mucho la punibilidad que el caso merece", olvidando que el recurso de casación no es para limitarse a decir que no se está de acuerdo con la decisión del juzgador, sino para acreditar la ilegalidad del fallo.

El cargo no prospera, pues carece por completo de fundamento.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, 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, Fernando E. Arboleda Ripoll, Ricardo Calvete Rangel, Jorge Córdoba Poveda, Carlos Augusto Gálvez Argote, Edgar Lombana Trujillo, Mario Mantilla Nougues, Carlos E. Mejía Escobar, Nilson Pinilla Pinilla.

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

VIOLACION DIRECTA DE LA LEY/ APLICACION INDEBIDA DE LA LEY/ INTERPRETACION ERRONEA DE LA LEY

De tiempo atrás la Corte de manera pacífica ha venido reiterando que la causal primera de casación en su modalidad de violación directa de la ley sustancial, en cualquiera de sus formas -falta de aplicación, aplicación indebida o errónea interpretación- constituye un debate de puro derecho frente al que el casacionista está en la imperiosa obligación de demostrar la transgresión de una norma, que por ende reclama el restablecimiento de la legalidad del fallo.

Este presupuesto explica por qué, tratándose de la mencionada modalidad de ataque, los censores no pueden ni deben enrutar sus apreciaciones en el contexto del reproche probatorio sino prestar anuencia a la forma como fueron considerados los hechos y valoradas las pruebas por el fallador, de quien tan sólo se censura su labor sobre las normas del derecho positivo.

Proceso No. 10938

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal

Magistrado Ponente: Dr. *Jorge Aníbal Gómez Gallego*

Aprobado Acta N° 90

Santa Fe de Bogotá, D.C, veintidós de junio de mil novecientos noventa y nueve.

VISTOS

Entra la Corte a decidir el recuso extraordinario de casación interpuesto y debidamente sustentado por los defensores de los procesados Edwin Alfredo Gómez Téllez y William Oliverio Nivia Pinto contra la sentencia del Tribunal Superior de Santa Fe de Bogotá, que el 15 de marzo de 1995 los declaró responsables de los delitos de hurto calificado y agravado en concurso con homicidio agravado, ambos en la modalidad de tentados, imponiéndoles a cada uno la pena de 21 años de prisión más la accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas por un lapso de 10 años.

ANTECEDENTES Y ACTUACIÓN PROCESAL

En la madrugada del 18 de febrero de 1994, luego de haber abandonado la Wiskería "Hamallana" ubicada en la diagonal 48 N° 51- 51 sur de esta ciudad, Ismael Espitia Martínez fue abordado por los sujetos William Oliverio Nivia y Edwin Alfredo Gómez Téllez quienes, al ver frustrado el propósito de despojarlo de sus pertenencias, lo persiguieron dándole alcance en la puerta del establecimiento donde momentos antes se encontraba y allí le propinaron 4 heridas con arma punzante, emprendiendo luego la fuga.

De la investigación en un comienzo conoció el Juzgado 16 Penal Municipal de Bogotá, despacho ante el cual los capturados NIVIA y GOMEZ rindieron indagatoria, siendo luego afectados con detención preventiva por los injustos de homicidio agravado y hurto calificado y agravado, ambos en el grado de tentativa, por lo que las diligencias fueron enviadas por competencia a la Fiscalía.

Una vez completó la investigación y cerró el ciclo de instrucción, el Fiscal 103 Seccional calificó el sumario con resolución de acusación para ambos procesados, medida que al ser apelada confirmó íntegralmente la Unidad de Fiscalía Delegada ante los Tribunales Superiores de Santa Fe de Bogotá y Cundinamarca el 27 de julio de 1994.

La etapa del juicio corrió a cargo del Juzgado 34 Penal del Circuito de esta ciudad, despacho que profirió condena en contra de los acusados por el punible de hurto calificado y agravado en el grado de tentativa, a tiempo que los absolvió por el homicidio imperfecto, decisión que al ser revisada por la impugnación que contra ella interpusieron el Fiscal y el defensor fue parcialmente revocada por el Tribunal para condenarlos también por el homicidio tentado, en fallo calendado el 15 de marzo de 1995 que ahora es objeto del recurso extraordinario.

LAS DEMANDAS DE CASACIÓN

1. La demanda presentada en favor de Edwin Alfredo Gómez Téllez

Cargo único. Causal de nulidad.

El censor *alega una nulidad por falta de competencia originada en los* "errores de hecho en que incurrió la Fiscalía...que entendió como un delito de homicidio en grado de tentativa, cuando en realidad se trató de un delito de lesiones personales".

Es así como glosa cada una de las razones tenidas en cuenta por el Tribunal para condenar, señalando que la ubicación de las heridas es simplemente la consecuencia del forcejeo sostenido entre víctima y victimario, tal como lo expresó el ofendido sin que el ad-quem le diera sentido real en este punto a su declaración, toda vez que *"el cuerpo de la víctima*

tenía mucha movilidad y estaba interfiriendo la acción del agresor...incidiendo en la dirección del arma", la cual no fue utilizada para matar sino para consumar el hurto frente a la oposición que hizo la víctima, pues de lo contrario fácil hubiera sido atacarlo por la espalda.

En cuanto al arma, precisa, no fue encontrada como tampoco demostradas la trayectoria y profundidad de las heridas según el dictamen, *"por tanto la Fiscalía supuso que existía prueba que le demostraba la idoneidad del arma para matar, pero el proceso apunta en sentido completamente diferente"*.

En punto a la conclusión de que el agresor suspendió la acción por los gritos de las mujeres del establecimiento, afirma, fue una equivocación de la Fiscalía, fruto de la anormal apreciación del testimonio de la víctima quien por su estado de alicoramiento y de cansancio en el momento de los hechos dejó algunas circunstancias importantes sin suficiente claridad, siendo éstas con las que el ente acusador afianzó el juicio errado de apreciación.

De esta manera, asegura, hay contradicciones en el testimonio del ofendido, como la referente a la posición del acompañante del agresor material, dilema que debió resolverse con la aplicación del *in dubio pro reo* y no admitiendo *"como si la víctima estuviera inmovilizada"*.

Suma a lo anterior que el investigador formuló una pregunta capciosa al haber guiado al testigo a afirmar que por la presencia de las mujeres del establecimiento el agresor suspendió la acción. Y reprocha a la Fiscalía la suposición en torno a la capacidad delincuencial de los procesados, cuando de las pruebas surge de ellos su dedicación a labores lícitas.

Aclara que no obstante concretar la censura dirigida al punto donde se originó la nulidad del proceso, no puede callar que el Tribunal descartó la conclusión vertida en el experticio médico emitido después de la calificación del sumario, en el sentido de que las lesiones *"no tienen la calidad de mortales"*, lo cual le hubiera permitido desvirtuar las afirmaciones de la Fiscalía, las mismas que equivocadamente lo llevaron a imponer la condena.

Y agrega: *"Pero esa prueba fue eludida acudiendo al testimonio del ofendido principalmente, el cual es contradictorio en cuanto a las circunstancias que le permitieron al H. Tribunal adecuar la conducta al delito de homicidio"*, nota de la que se vale para rematar el texto solicitando la declaración de nulidad del proceso a partir de la resolución de acusación inclusive y la puesta en libertad del procesado.

2. La demanda presentada en favor de William Oliverio Nivia Pinto.

Cargo único. Violación directa.

El censor, previa aceptación de los hechos que declaró probados el juzgador, opina que éste ha debido concluir en la atipicidad de la conduc-

ta relacionada con la tentativa de homicidio, como consecuencia de la falta de algunos de los requisitos del elemento amplificador del tipo.

Desmiente los actos inequívocamente dirigidos a la materialización del homicidio sobre la base de que "*no hubo dolo de consumación*", y echa de menos el elemento subjetivo de la conducta visto a través de la levedad de las heridas que debieron ser producidas sin fuerza y de manera suave, que en todo caso si traducían el querer de los procesados de "*obtener cualquier resultado*", tal fenómeno es conocido por la doctrina como "*dolo alternativo*" e implica que si el daño que realizaron los procesados fue apenas sobre la integridad personal ese sería el teóricamente imputable, pero como no ocurrió así, entonces la única solución es absolverlos.

Convencido de su propuesta, el censor insiste en que la conducta "*no estuvo inequívocamente dirigida a la consumación de un homicidio*", y mientras el Tribunal reconoció la intención de matar, el juzgado "*partiendo de los mismos hechos y con argumentos respetables, llegó a la conclusión contraria*".

Respecto del comportamiento del acusado, asevera que no tenía la idoneidad suficiente para producir un homicidio, aún aceptando que matar hubiera sido el fin perseguido por el agente, pues el arma no encontrada "*era inapta para matar*", en la medida en que no es explicable por qué, si fueron cuatro y ubicadas en zona de alta vulnerabilidad, las heridas apenas produjeron un resultado leve, superficial, sin secuelas y con incapacidad de apenas 18 días. De admitir la capacidad del arma para matar, afirma el recurrente, no fue utilizada con la suficiente fuerza para ese propósito, por lo que en uno y otro caso "*estaríamos en presencia de una tentativa imposible*" que pone al descubierto la aplicación indebida de los artículos 323, 324-2 y 22 del Código Penal.

Es así como exora la casación del fallo para que en su lugar se disponga que el procesado debe responder sólo por tentativa de hurto calificado y agravado, haciendo las reducciones punitivas del caso.

Concepto del Ministerio Público

Con el criterio de que ninguno de los cargos propuestos en las demandas está llamado a prosperar, el Procurador Segundo Delegado en lo Penal sugiere que no sea casada la sentencia. En sustento de su apreciación expone:

1. En cuanto a la causal de nulidad, dice que no obstante haber sido acertadamente escogida la vía de ataque, el censor no avocó la discusión de los extremos contradictorios -tentativa de homicidio agravado y lesiones personales agravadas- sino que partió de la base de un delito cuya mención no se hizo en el calificatorio -homicidio simple- "y ello traduce en error fatal de cara a la viabilidad del reproche, pues, en virtud del principio de

limitación, la H. Corte no puede adentrarse en la discusión de un supuesto calificatorio que de entrada se parte desconocido por el demandante".

2. De la demanda formulada por camino de la violación directa de la ley sustancial, afirma el Procurador Delegado que aquélla no consulta los lineamientos técnicos requeridos para un adecuado ataque en casación, habida cuenta que así el censor diga aceptar los hechos y la valoración dispensada a los medios probatorios por el juzgador, otra cosa es lo que ocurre en el desarrollo del cargo pues allí aparece una controversia sobre éstos y áquella, a tal punto que "*el censor es reiterativo en sus inconformidades, respecto a los hechos y en especial a la situación probatoria dada por el Tribunal*".

De otro lado, la censura se centra en la discusión del *nomen iuris* de la infracción, tema cuyo escenario es la causal tercera, tornando contradictorio el cargo inicialmente propuesto, además de falto de una proposición jurídica completa si es que se atiende como factor del reproche la indebida aplicación del dispositivo que prevé la tentativa, ya que sobre las normas que supuestamente se dejaron de aplicar -las relativas a las lesiones personales- no dice nada.

Consideraciones de la Corte

1. La demanda presentada en favor de Edwin Alfredo Gómez Téllez.

Cargo único. Causal de nulidad.

En efecto, esta falencia permite determinar la imposibilidad de sacar avante una censura cuando no constata la realidad procesal, pues si lo que se pretende en el caso es poner en claro que el delito cometido fue el de lesiones personales, no el de homicidio agravado en grado de tentativa, era apenas razonable que el libelista hubiera tenido en cuenta todas las circunstancias que sirvieron de apoyo al funcionario para concluir en la supuesta errónea calificación, es decir, referirse *in integrum* al delito por el cual fue acusado el procesado para así hacer más coherente el ataque y al interior de éste propiciar la diáfana demostración del por qué no existe el homicidio agravado tentado sino otro, por ejemplo el de lesiones agravadas sugerido por el Delegado, o el de lesiones simples porque bien podría demostrar el censor que la agravación tampoco se da.

Así, el recurrente atina en la selección de la causal pero no en su desarrollo comoquiera que, además de lo que se viene de advertir, no llega a la cabal demostración de los supuestos errores de hecho que acusa, porque no para mientes en aquello que eventualmente pudo constituir el error del funcionario calificador para no aceptar probatoriamente que los procesados habían cometido el delito de lesiones personales, sino que parte de una personal apreciación de los medios de convicción con el afán de revestir el caso de unas circunstancias que favorecieran su punto de vista.

En este orden, cuando intenta descartar que las heridas podían ocasionar la muerte y que la agresión fue interrumpida por la presencia de personas que antes se encontraban en el establecimiento con la víctima, a través de lo que correspondería a un falso juicio de identidad sobre el testimonio del perjudicado -porque no lo dice expresamente- termina pretendiendo hacer prevalecer su particular criterio sobre el que tuvo en su momento el fiscal, sin que tal postura sea válida frente al recurso extraordinario en el que la libre apreciación de las pruebas por parte del funcionario forma parte crucial de las providencias que a fuerza de estar fundadas en pruebas legal, regular y oportunamente allegadas a la actuación, como lo dispone el artículo 246 del C.P.P., gozan de la doble presunción de acierto y legalidad.

Y esta incorrección se repite cuando se aduce la inidoneidad del arma, habida cuenta que lejos de mostrar cómo por un error el calificador determinó la potencialidad letal del instrumento, lo que hace es resguardarse bajo el poco convincente argumento de que al no haberse recuperado éste, no quedaba otro camino de convicción para deducir si era o no apto para matar.

Pero el dislate aumenta en la medida en que el censor se vale del testimonio de la víctima para predicar un supuesto estado de duda que debió ser resuelto a favor del procesado, cuando dice:

" No es que el testigo no sea creible (sic), sino que el "shock" producido por el aleve ataque a su integridad y las otras causas anotadas anteriormente modificaron algunas circunstancias, quedando claras algunas, borrosas otras, y algunas olvidadas definitivamente. Lo grave es que en esas circunstancias no claras se afianzó la Fiscalía llegando a un juicio errado de convicción y echando por la borda el in dubio pro reo".

Un tal planteamiento da al traste con cualquier posibilidad de éxito para la pretensión del libelista dado que el estado de hesitación no faculta al funcionario para trasladar la imputación de una conducta a otra, pues sería tanto como aceptar un juego irresponsable del juicio de tipicidad en el que la tarea del funcionario consiste precisamente en adecuar con exactitud el comportamiento del sujeto en una cualquiera de las abstractas descripciones dadas por el legislador, lo que supone certeza.

De esta manera, clara se ve la distracción en que incurre el casacionista, quien llega al punto de reprochar al sentenciador de segundo grado un no demostrado falso juicio de existencia por omisión respecto de un dictamen pericial, del que dice *"desvirtuó las afirmaciones de la fiscalía que las heridas sufridas por el ofendido podían causar la muerte y que el arma era idónea para matar"*, sin siquiera ofrecer un dato mínimo que hilvane el cargo con la novísima propuesta, como tampoco otro cualquiera indicativo de la forma como la prueba echada de menos tenía la incidencia de

derruir las conclusiones del fallador acerca de la responsabilidad de los procesados por el delito que intenta desestimar.

En este orden de ideas, ausente la demostración de la existencia y trascendencia de los errores en que se funda el reproche, la consecuencia obligada es la improsperidad del cargo.

2. La demanda presentada en favor de William Oliverio Nivia Pinto.

Cargo único. Violación directa.

De tiempo atrás la Corte de manera pacífica ha venido reiterando que la causal primera de casación en su modalidad de violación directa de la ley sustancial, en cualquiera de sus formas -falta de aplicación, aplicación indebida o errónea interpretación- constituye un debate de puro derecho frente al que el casacionista está en la imperiosa obligación de demostrar la transgresión de una norma, que por ende reclama el restablecimiento de la legalidad del fallo.

Este presupuesto explica por qué, tratándose de la mencionada modalidad de ataque, los censores no pueden ni deben enrutar sus apreciaciones en el contexto del reproche probatorio sino prestar anuencia a la forma como fueron considerados los hechos y valoradas las pruebas por el fallador, de quien tan sólo se censura su labor sobre las normas del derecho positivo.

Este preliminar apunte permite declarar el acierto del libelista al proponer la vía directa de ataque como camino propicio al logro del reconocimiento de la atipicidad.

No obstante el tino en la proposición, el planteamiento no alcanza para concretar el específico cometido en el caso a estudio, porque si bien es cierto reclama la absolución para el procesado con fundamento en la supuesta falta de tipicidad del comportamiento por el cual fue acusado, paralelamente reconoce que el resultado de la conducta fue el de unas lesiones personales, con lo cual el censor está indirectamente proponiendo que hubo al interior del proceso una supuesta indebida denominación jurídica de la infracción, anomalía procesal atacable en sede extraordinaria de manera diversa a la que aquí proyecta el actor.

En efecto, sobre este tema la Corte ha previsto que la solución es retrotraer la actuación al momento de la calificación, o de la clausura del sumario dependiendo del funcionario que tenga competencia para reponerla; sendero que en casación sólo ofrece por técnica la causal tercera, así tenga que desarrollarse la censura por los derroteros de la causal primera, esto es demostrando la existencia de errores de hecho o de derecho que desviaron al funcionario para determinar la adecuada fórmula del *nomen iuris*.

Al respecto, entre otros pronunciamientos, ha dicho la Corporación:

"El error en la denominación jurídica del hecho, ha dicho insistentemente la Corte, constituye un atentado al debido proceso. Por esta razón, cuando el ataque en esta sede involucra la denominación genérica del delito, lo indicado es plantear el cargo al amparo de la causal tercera, con el fin de que la actuación pueda retrotraerse al momento de la calificación, o de la clausura del sumario, según el caso, dependiendo de si el funcionario que formuló la acusación es o no competente para reponerla, y se proceda a un nuevo enjuiciamiento a partir de la tipicidad correcta.

En un tal supuesto, sin embargo, el desarrollo del cargo debe hacerse conforme a las directrices de orden técnico propias de la causal primera, con señalamiento de los desaciertos de carácter jurídico o de apreciación probatoria que determinaron la indebida calificación de la conducta, pues el error, aún cuando con repercusiones en la validez del proceso y por ende susceptible de ser alegado por la vía de la causal tercera, sigue siendo de naturaleza in iudicando. Es uno de los pocos casos en los cuales, a pesar de tratarse de un error de juicio, el ataque no puede formularse al amparo de la causal primera, como sería lo indicado, sino de la tercera, precisamente porque la Corte no podría entrar a dictar fallo de sustitución" (5 de noviembre de 1997. M.P. Fernando Arboleda Ripoll. Proceso 9952).

Así las cosas, independiente a que el censor al interior de la censura hubiera podido cometer otras incorrecciones como las que anota el Procurador en su concepto, a las que bastaría añadir que el aspecto subjetivo de la conducta no exige un medio de prueba específico por regir en nuestro sistema el principio de la libertad probatoria de acuerdo con el cual cualquier medio de convicción es idóneo para la demostración de los diversos aspectos que interesan a la investigación, lo que se evidencia es el desvertebramiento del cargo con afectación inmediata de la técnica propia del extraordinario recurso, pues no otra cosa se desprende de admitir el libelo que se daba otra tipicidad con el resultado, pues *"como el que se obtuvo fue el de simples lesiones personales, es el único que, teóricamente, se podría imputar a los acusados, tan solo que como no fue por el que se les acusó, la única solución es absolverlos".*

Por lo anterior habrá de desestimarse el cargo.

En mérito a lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, 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 Augusto Gálvez Argote, Edgar

Lombana Trujillo, Mario Mantilla Nougues, Carlos E. Mejía Escobar, Nilson Pinilla Pinilla.

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

SENTENCIA-Legalidad

El tema central de la casación, que se circunscribe al estudio de la legalidad de la sentencia, pone en evidencia lo inane que resulta el escrito con el que a manera de demanda pretende su autor oponer las propias consideraciones personales en contra de las más autorizadas vertidas por el juez; de ahí que en sistemas procesales como el nuestro, la presunción de acierto y legalidad de las sentencias no sufra mella cuando es atacada con la simple pretensión de desconocer la libre apreciación de las pruebas con que cuenta el dispensador de justicia para arribar a la decisión con que formalmente termina el proceso penal.

Proceso No. 11208

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal

Magistrado Ponente: Dr. *Jorge Aníbal Gómez Gallego*

Aprobado Acta No. 90

Santa Fe de Bogotá, D.C, veintidós de junio de mil novecientos noventa y nueve.

VISTOS

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de esta ciudad, mediante sentencia del 26 de mayo de 1995 condenó a Jhon Alejandro Gómez y a Nelson Arturo Moreno por el delito de acceso carnal violento, en concurso homogéneo: al primero como coautor le impuso la pena de 3 años de prisión, a tiempo que al segundo como cómplice le aplicó 20 meses de prisión.

Contra este pronunciamiento el defensor de ambos condenados interpuso el recurso extraordinario de casación, dentro de cuyo trámite rindió concepto el Ministerio Público habilitando a la Corte para resolver lo pertinente.

HECHOS

En la madrugada del 5 de junio de 1993, cerca al parque El Salitre de esta ciudad, dentro de un bus de servicio urbano en el cual se encontra-

ban varias personas tomando licor, Luz Dary Perdomo resultó accedida carnalmente contra su voluntad por Héctor Rodríguez Porras, John Alejandro Gómez Moreno, Nelson Arturo Moreno Quevedo y un menor conocido con el mote del *"ratón"*.

Después del violento ayuntamiento carnal, la mujer fue abandonada en el puente de la avenida 68 con calle 68, lugar de donde de inmediato se dirigió a denunciar lo ocurrido a la autoridad.

ACTUACIÓN PROCESAL

Practicadas algunas diligencias tendientes al esclarecimiento de los hechos, la Fiscalía 26 de la Unidad Tercera de Investigación Previa y Permanente de esta ciudad ordenó la apertura de la instrucción y la vinculación de los comprometidos, los cuales después de indagados fueron afectados con medida de aseguramiento de detención preventiva el 28 de septiembre de 1993.

Dentro del ciclo de la investigación Héctor Rodríguez solicitó audiencia especial, diligencia que concluyó con su condena mientras que respecto de los demás justiciables continuó el iter procesal con el cierre de la instrucción y la posterior calificación del sumario con resolución acusatoria del 25 de julio de 1994, merced a la cual fueron llamados a juicio como coautores del injusto contra la libertad sexual y la dignidad humana.

En firme aquella determinación, el Juzgado 22 Penal del Circuito adelantó la causa que dio como resultado la condena de los acriminados, según se dejó anotado en precedencia.

LA DEMANDA DE CASACIÓN

Con base en la causal primera de casación, el censor promueve el ataque por una supuesta *"VIOLACION INDIRECTA DE LA LEY SUSTANCIAL, por hallarse plenamente establecida una violación del régimen probatorio del proceso"*, resultante de la evidente tergiversación de las pruebas y que llevó al Juzgador a dar por probado el aspecto subjetivo del delito cuando ello no es así.

En orden a sustentar estas aseveraciones, resalta de la siguiente manera lo que se da en llamar errores *in iudicando*:

1. Que se le hubiera dado total crédito a las declaraciones de la ofendida cuando su relato se encuentra desmentido por los procesados, de tal suerte que no comparte la tesis acusatoria del Tribunal pues Nelson Arturo Moreno, de quien se afirma despojó de las ropas a la víctima pero no la penetró, intervino pero sometido por las amenazas de Héctor sin que le quedara alternativa diferente a actuar *"a fin de evitar cualquier atentado en su integridad física"*, razón por la que no se le puede responsabilizar como cómplice.

Tampoco se puede predicar coautoría del comportamiento de Jhon Alejandro Gómez, porque si accedió en dos oportunidades a la mujer fue como consecuencia de la autorización de Héctor quien manifestó que a aquélla se le pagaría por el favor; o por las amenazas vertidas por éste, que era amante de la dama, coqueta, casquivana y complaciente de muchos.

2. Las injuradas de los procesados no pueden ser fundamento del fallo porque adolecen de contradicciones, lo cual deja en claro que no existió acuerdo entre los sujetos para tomar ventaja, por el contrario, hay hechos que permiten ver cómo ninguna forma de autoría les cabe en la medida en que, por ejemplo, respecto a Nelson Arturo, su versión es avalada por la misma ofendida en el sentido de que no la copuló y estuvo siempre sometido a las amenazas de Héctor con una varilla, sin que en momento alguno se produjera disparo de arma de fuego, ya que ninguno de los presentes en el escenario de los hechos se encontraba armado y *"además, siendo Héctor novio o ex-novio de Luz Dary y haber tenido, con ella relaciones sexuales...no era necesario emplear la fuerza..."* y si Héctor y Jhon la accedieron fue porque ella lo consintió, por amor o por dinero.

3. No es acertada la postura del Tribunal en cuanto a que la voluntad de la víctima fue franqueada, porque sobre el hecho hay dos hipótesis: una, que Héctor con amenazas obligó a los otros procesados a acceder la, y la otra, que él mismo había convenido pagarle dinero a cambio de la práctica sexual colectiva.

4. No puede fraccionarse el contenido de las versiones de Gómez ni de MORENO para tomar como válido lo único que interese al sentenciador, incluída dentro de esto la aceptación de cargos de parte de Héctor Rodríguez, toda vez que su petición de terminación anticipada del proceso tuvo como fuente la rebaja de pena, ya que existían en su contra otros antecedentes de igual jaez, lo que no desvirtúa las aseveraciones de los otros procesados que cuentan con suficiente respaldo en otras pruebas.

Con lo anterior, asevera el censor, "si bien hay certeza sobre la faz objetiva... no existe CERTEZA sobre que mis protegidos... hubiesen actuado el primero como COAUTOR y el segundo en su calidad de COMPLICE, puesto que no hay prueba o evidencia directa o *indirecta* de que ellos sean Autores o partícipes de la conducta punible investigada. Por lo tanto se impone una ABSOLUCIÓN."

Con estos argumentos solicita la casación del fallo y el proferimiento de uno de reemplazo.

CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

Convencido de los desaciertos técnicos que por doquier se encuentran en la demanda, el Procurador Primero Delegado en lo Penal sugiere a esta

Corte no casar la sentencia impugnada, criterio que deriva de la forma como el censor critica el análisis probatorio hecho por el Tribunal, intentando en vano sustituir los bien fundados argumentos expuestos por el juzgador en la sentencia, los cuales son reflejo de una adecuada, lógica y razonable tarea de estudio sobre los hechos indicadores que abrieron paso a una inferencia lógica y a la conclusión de condena, sin que el demandante se percatara de ello, limitando su libelo a consideraciones personales y subjetivas.

Con tal premisa, recuerda la necesaria apreciación en conjunto que de las pruebas debe hacer el Juez, lo que no fue advertido por el actor y "ni siquiera llegó a consultar los argumentos centrales del fallo de condena", *en el que no solamente se hizo referencia a las excusas suministradas por los procesados sino a todos los elementos de convicción que* "comprometieron la responsabilidad de Jhon Alejandro Gómez Moreno y Nelson Arturo Moreno Quevedo".

Hubo un manejo correcto de la prueba indiciaria, múltiple, grave, concordante y convergente, sin asomo de error alguno, en la medida en que cada uno de los independientes elementos, relacionados entre sí, convergieron *"al unísono a una sola conclusión de responsabilidad"*.

Este hecho deja al descubierto la improsperidad de los reproches referenciados por el libelista, a quien no le era suficiente para sacar avante la censura relacionar algunas pruebas como motivo del error de hecho, sino *"la obligación de examinar las que tuvo en cuenta la sentencia, y extraer de ellas su ineficiencia ostensible en relación directa con el fallo"*, para hacer posible la presentación de la nueva visión del panorama procesal en procura de una decisión contraria a la tomada por el juzgador.

Con tal perspectiva, el Procurador Delegado puntualiza que lo atacado por el censor en su escrito es la valoración dada por el Juzgador a los testimonios y a la inferencia lógica a la que arribó en la construcción del indicio, lo cual resulta inaceptable en casación, recurso que no reabre el debate cerrado en las instancias ni faculta a los recurrentes para discutir el valor dispensado a las pruebas, cuyo examen no se encuentra sometido a tarifa legal.

Consideraciones de la Corte

El tema central de la casación, que se circunscribe al estudio de la legalidad de la sentencia, pone en evidencia lo inane que resulta el escrito con el que a manera de demanda pretende su autor oponer las propias consideraciones personales en contra de las más autorizadas vertidas por el juez; de ahí que en sistemas procesales como el nuestro, la presunción de acierto y legalidad de las sentencias no sufra mella cuando es atacada con la simple pretensión de desconocer la libre apreciación de las pruebas

con que cuenta el dispensador de justicia para arribar a la decisión con que formalmente termina el proceso penal.

Lo anterior permite a la Corte determinar la ineptitud del texto propuesto como sustento de los indemostrados errores que el censor achaca al examen realizado por el Tribunal sobre las pruebas y que lo llevaron a declarar la responsabilidad de los procesados en el delito de acceso carnal imputado en la acusación.

Cada una de las propuestas del recurrente, diferente a destacar los supuestos errores de hecho cometidos por el Tribunal en el examen probatorio, se centra en la inaceptable estrategia de sugerir una diferente apreciación de algunas de las unidades de investigación que condujeron a sus pupilos a ser declarados coautor y cómplice del indicado punible, lo que deviene en el desconocimiento absoluto de la soberanía del Juzgador para darle a las pruebas una valoración dependiente del grado de convicción que cada una de ellas le ofrenda, previo uso de la lógica y de la razón, con miras a entrar en posesión de la verdad, máxima aspiración de la inteligencia que lleva a la certeza.

Es así como el impugnante cuando se apuntala en los gráciles conceptos desde los cuales proyecta sus reparos no hace otra cosa que oponer, sin peso, su comprensible inconformidad con el material probatorio justipreciado por el fallador por el solo prurito de estar en contravía de sus intereses procesales.

Es que afirmaciones tales como: que no merece credibilidad la versión suministrada por la ofendida en sus diferentes apariciones procesales -reparo N° 1-; que no pueden constituir elemento de juicio para el fallo las injuradas de los procesados -reparo N° 2-; que los justiciables actuaron compelidos por la amenaza o simplemente como disfrute de un servicio sexual previamente pagado -reparo N° 3-; o que la suerte procesal de quien se acogió a la terminación anticipada en ningún caso tenía relación con la de los otros acusados; no permiten siquiera vislumbrar la comisión de un error fáctico por parte del sentenciador, como lo pretende el demandante, pues de vieja data se conoce que un tal yerro, en la modalidad de falso juicio de identidad sugerida por el libelista, sólo tendrá vocación de prosperidad en la medida en que el actor asuma la ineludible carga de mostrar cómo las pruebas fueron desarraigadas de sus auténticos y genuinos contenidos en el fallo atacado, poniéndolas a decir lo que su prístino sentido material no revela; o cómo fueron estimadas con absoluto desconocimiento de la racionalidad, pretermitiendo los postulados de la lógica, de la ciencia o las reglas de la experiencia.

Así las cosas, el trabajo del demandante no se ajusta a los requerimientos técnicos de la casación, como tampoco el análisis de la Delegada consulta el real fundamento de la sentencia, ya que el Tribunal no llegó al establecimiento de la responsabilidad penal de los procesados fincado en

prueba indirecta, indiciaria o circunstancial, sino a través de la valoración de pruebas directas que en su conjunto llevaron a la judicatura a declarar a los acusados incursos en el atropello sexual, uno como autor y el otro como cómplice.

El Tribunal después de sopesar las dos versiones que sobre los hechos se llevaron al proceso, desestimó la de los procesados dando crédito a la de la ofendida, esta última respaldada por otros elementos de convicción como la experticia médica que demostró el acceso carnal violento y la lesión que le quedó en la región frontal.

Equivocado estuvo también el casacionista al limitar su actividad a una inalcanzable demostración de que no se había acreditado el aspecto subjetivo en la conducta de los sentenciados, recurriendo a un método tan inocuo en casación como el de oponerse al criterio del Juzgador sin argumentos que demuestren error alguno verdaderamente trascendente en la fundamentación del fallo.

Lo anterior es suficiente para sostener que prevalece la concepción del Tribunal en punto a que fueron mentirosas las deposiciones de los encartados, que en ningún momento hubo compra de favor sexual, y que en todo caso, a diferencia de lo planteado por el censor, la aceptación de cargos del cosindicado Héctor Rodríguez Porras no es algo separable de la reconstrucción histórica de los acontecimientos que se pretende en una investigación penal, pues si bien es cierto que una tal postura suscita el rompimiento de la unidad procesal, no lo es menos que dicho fenómeno deja a salvo la posibilidad de hilvanar sus consecuencias probatorias con las que resulten compatibles con la situación fáctica de quienes también fueron coprotagonistas de los mismos hechos constitutivos de delito.

Claro se ve, entonces, que la sentencia goza de los atributos -no ya de la simple presunción- de acierto y legalidad, pues no sólo fue certera la asignación de responsabilidad como coautor del injusto a Gómez Moreno, quien reconoció su concurso en el hecho, sino también la de Moreno Quevedo como cómplice del mismo pues con su actuar creó la condición previa al delito -despojar del pantalón a la víctima sin accederla- desplazándose a la periferia del suceso respecto del cual el dominio absoluto estuvo a cargo de los otros copartícipes que efectivamente accedieron carnalmente a la mujer, quien no por tener supuestamente en duda su reputación podía quedar desamparada por la ley penal, toda vez que tratándose de un atropello contra la libertad sexual el ilícito es predicable sin distingos de la condición moral de la víctima, axioma de arraigo constitucional, como que por mandato del artículo 13 de la Carta Fundamental todos los colombianos nacen libres e iguales ante la ley.

El cargo no prospera.

En mérito a lo expuesto, LA Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, 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 Gomez Gallego, Fernando E. Arboleda Ripoll, Ricardo Calvete Rangel, Jorge Córdoba Poveda, Carlos Augusto Galvez Argote, Edgar Lombana Trujillo, Mario Mantilla Nougues, Carlos E. Mejia Escobar, Nilson Pinilla Pinilla.

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

RECURSO DE HECHO

El artículo 207 del Código de Procedimiento Penal consagra el recurso de hecho, para cuando el funcionario judicial deniega la apelación formulada contra una providencia de primera instancia (art. 202 ibídem), para lo cual el recurrente deberá interponerlo dentro del término de ejecutoria del auto mediante el cual se haya denegado. También establece aquel precepto que «El mismo recurso procede contra la providencia que deniegue la casación».

A su vez el artículo 208 de dicho estatuto procedimental dispone que, negado el recurso de apelación o el de casación, el interesado solicitará copia de la providencia impugnada y de las demás piezas pertinentes, las cuales se compulsarán y enviarán inmediatamente al superior, lo que en efecto fue cumplido en este caso.

Además, constituye obligación ineludible del impugnante sustentar el recurso con la expresión de sus fundamentos, dentro de los tres días siguientes al recibo de las copias, so pena de ser desechada la impugnación (art. 209 ib.).

Proceso No. 15275

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal

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

Aprobado Acta N° 95

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

ASUNTO

Se procede a resolver el recurso de hecho formulado por el apoderado judicial del tercero incidental Jesús María Villamizar Ortiz, contra la providencia del Tribunal Superior de Bucaramanga que no le concedió el recurso extraordinario de casación.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

El artículo 207 del Código de Procedimiento Penal consagra el recurso de hecho, para cuando el funcionario judicial deniega la apelación formulada contra una providencia de primera instancia (art. 202 ibídem), para lo cual el recurrente deberá interponerlo dentro del término de ejecutoria del auto mediante el cual se haya denegado. También establece aquel precepto que "El mismo recurso procede contra la providencia que deniegue la casación".

A su vez el artículo 208 de dicho estatuto procedimental dispone que, negado el recurso de apelación o el de casación, el interesado solicitará copia de la providencia impugnada y de las demás piezas pertinentes, las cuales se compulsarán y enviarán inmediatamente al superior, lo que en efecto fue cumplido en este caso.

Además, constituye obligación ineludible del impugnante sustentar el recurso con la expresión de sus fundamentos, dentro de los tres días siguientes al recibo de las copias, so pena de ser desechada la impugnación (art. 209 ib.).

Según informe de la Secretaría, en el traslado al recurrente para que presentara la sustentación no se realizó ésta, que tampoco había sido efectuada en la interposición del recurso, limitada a la formulación escueta y a la solicitud de expedición de las copias, "de conformidad con lo establecido en los artículos 207 y 208 del C. P. P".

Esto inhibe a la Corte para pronunciarse sobre la procedencia o no de la impugnación extraordinaria dirigida contra la sentencia de segundo grado y lleva a desechar el recurso de hecho interpuesto en la forma referida.

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

RESUELVE:

DESECHAR el recurso de hecho interpuesto por el apoderado del tercero incidental Jesús María Villamizar Ortiz contra el auto del 17 de noviembre de 1998, mediante el cual la Sala Penal del Tribunal Superior de Bucaramanga denegó la impugnación extraordinaria de casación.

Cópiese, comuníquese y remítase al despacho judicial correspondiente, para su allegamiento al respectivo expediente.

Cúmplase.

Jorge Aníbal Gómez Gallego, Fernando E. Arboleda Ripoll, Ricardo Calvete Rangel, Jorge Córdoba Poveda, Carlos Augusto Gálvez Argote, Edgar Lombana Trujillo, Mario Mantilla Nougues, Carlos E. Mejía Escobar, Nilson Pinilla Pinilla.

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

ESTAFA-Como fraude colectivo/ **DELITO MASA**

El artículo 356 del C.P. no excluye de su tipicidad la eventualidad de que el sujeto activo del delito realice múltiples y repetitivos actos para la obtención de un solo propósito defraudador que se mantiene y materializa en el tiempo con fraccionados logros, lo que se infiere de la modalidad conductual descrita en la norma como «manteniendo a otro en error», pues es una manera efectiva de proseguir con lo que está haciendo, dado que con tales actos a la postre obtiene no despertar alarma en su víctima, que entonces permanece a su merced para su oscuro propósito por el tiempo que él así lo quiera.

La interpretación de la norma tipificadora del delito de estafa no puede dejar de lado el dilatado alcance que subyace en su contenido, que consulta razones de política criminal tendientes al justo tratamiento de la problemática penal enfrentada a la realidad social y delictiva, que en numerosos casos se manifiesta con la sutileza y audacia de iguales o similares características a las que conforman el caso en examen. Por esta misma razón la jurisprudencia de la Corte ha venido ampliando su criterio hermenéutico en relación con el tipo penal del delito de estafa cuando el mismo sujeto activo lo comete contra múltiples ofendidos en lo que ha venido conociéndose doctrinariamente como fraude colectivo o delito masa (Sents. 27 de septiembre 95 M.P.Dr.Páez Velandia y 3 de diciembre 96 M.P. Dr. Gálvez Argote).

Cuando el sujeto activo del delito realiza a lo largo del tiempo y en detrimento patrimonial de la misma persona plurales actos artificiosos o engañosos reveladores de una voluntad orientada a ese ilícito propósito que se revela asumido como finalidad absoluta, incurre en una sola acción delictiva de estafa cometida mediante múltiples actos artificiosos o engañosos de ejecución, con los que mantiene el error de la víctima.

El engaño es único y también único es el dolo en estos casos, porque la materialización de cada acto no disgrega el todo de la acción, en cuanto lo único que cada uno revela es que el sujeto prosigue en su empeño principal y único.

Proceso No. 12591

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal

Magistrado Ponente: Dr. *Mario Maruilla Nougues*

Aprobado Acta No.095

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

Decide la Corte el recurso de casación interpuesto contra la sentencia dictada el 18 de julio de 1996 por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, mediante la cual, con parcial modificación de la de primera instancia, condena a Carlos Adolfo Rojas Cruz, a la pena principal de veintiocho meses y diez días de prisión y a la accesoria correspondiente, como responsable del concurso de delitos de falsedad en documento privado y estafa.

HECHOS Y ACTUACIÓN PROCESAL

Reseña la sentencia de segunda instancia los hechos que fueron materia de la investigación y que ocurrieron en el municipio de Yumbo, así: «Se evidenciaron en el mes de agosto de mil novecientos noventa cuando al realizar una revisión de auditoría en la empresa 'Dispapeles S.A.' se constató la existencia de facturas adulteradas por fotocopiado, donde se incluían valores no causados y otras impresas con sellos falsos. Una vez establecido los punibles consumados, se investigó y determinó que el responsable de los mismos era el señor Carlos Adolfo Rojas, quien se desempeñaba como mensajero de la empresa.». (fls. 208 y ss.).

Vinculado a la investigación el sindicado fue comprometido en juicio mediante resolución de acusación dictada el 28 de abril de 1994 que cobró ejecutoria el 1o. de julio de 1994 (fl.s 94-107 y 131 cd. ppl.) por el delito de falsedad en documento privado (art. 221 C.P.) en concurso con el de estafa agravado por la cuantía.

Culminado el rito del juico el fallador de la primera insancia -26 Penal del Circuito-, profirió sentencia de condena bajo el entendido de que se trató de un doble concurso de hechos punibles tanto de falsedad como de estafa. Inconforme el Ministerio Público, el Procurador 84 Judicial Penal, apeló en relación exclusivamente con el delito contra el patrimonio económico (fls. 194 y ss.). Al desatar el recurso, el Tribunal Superior del Distrito reformó parcialmente el fallo a quo en el sentido de declarar que se trató de un solo delito de estafa con múltiples actos de ejecución (fls. 208 y ss), mediante la sentencia que ha sido recurrida en casación por el mismo funcionario del Ministerio Público.

LA DEMANDA

Basado en la causal 3a. del artículo 220 del C. de P.P. afirma el censor que la sentencia se dictó en un juicio viciado de nulidad, por falta de

competencia del funcionario judicial, porque la conducta contra el patrimonio económico realizada por el procesado constituyó un concurso homogéneo y sucesivo de contravenciones, cuyo conocimiento corresponde a los inspectores penales de policía, para el caso, del municipio de Yumbo, domicilio de la firma afectada.

Explica que la figura jurídica del delito continuado fue abolida de la legislación penal patria e instaurada la figura del concurso prevista en el artículo 26 del C.P. para penalizar la pluralidad de acciones «con respecto al caso de la homogeneidad», y tras discurrir ampliamente sobre el tema con auxilio de eminentes doctrinantes, analizando un ejemplo propuesto de hurto, concluye que solo es posible aceptar la existencia de un único hecho punible fraccionado «por las circunstancias que concurren al acontecimiento, y las personales del autor» cuando :

«desde un principio revela el dolo del autor de lograr la totalidad de lo propuesto, que en otras condiciones ... también lo puede conseguir de una vez, siempre a través de acciones repetidas ... Pero para llegar a esta conclusión es necesario comprobar mediante elementos externos u objetivos, que el autor de la acción tenía toda la programación definida, y porque, además, estaba a su alcance físicamente culminar con esa programación. Si este elemento de la proyección de la acción del autor del delito no se comprueba, la acción única debe ser excluida y deberán considerarse tantos delitos o hechos punibles, como acciones realizados.».

Matizando su tesis con ejemplos que considera apropiados, mas adelante puntualiza:

«Por lo visto, sólo se podrá hablar de unidad de acción cuando el propósito del actor trascienda en busca de un resultado mayor al acto inicial, pero proyectado sobre unos límites precisos y determinados, única forma para hablar de un sólo dolo en toda la actuación ilícita. Porque si en la repetición de unos hechos punibles, el autor deja su intención o propósito a eventualidades, prosperidad, o idoneidad de cada uno de ellos, nunca podrá hablarse de la unidad de acción, ni mucho menos de un sólo dolo para todo el comportamiento delictuoso, pues a medida que cada actuación le reporte éxito, nace en el agente la intención de repetir el hecho, y así tiene su acabado, constituyéndose en un concurso homogéneo y sucesivo de delitos, o como en este proceso, de contravenciones, y concurriendo el dolo independiente para cada uno de ellos.».

Adaptando su criterio al caso concreto, considera que no hubo unidad de acción en el comportamiento del procesado porque:

«si para realizar el engaño, tenía que falsificar un documento, y de acuerdo con las pretensiones, así también sería el provecho ilícito. Y agotada la etapa de la constitución del engaño, que era la falsificación documental, el uso del documento perfeccionaba el delito contra la fe pública y el delito de estafa, cuya cuantía se desprendía del mismo medio documental.».

De tal manera, con la falsificación de cada uno de los documentos y su uso, «se agotaban los hechos punibles de la falsedad y de la estafa», pues no se ve que el procesado «pretendiera, al comenzar la ejecución de los hechos punibles, falsificar un número determinado de facturas, y mucho menos de apoderarse de la suma total estafada»; y como, la «intención dañina se agotaba en cada confección de los documentos falsos y su reporte dinerario fraudulento», y éste, como estafa solo en dos ocasiones llegó a algo menos de $133.000, lo que le permite concluir que se trató del concurso contravencional que planteó desde el comienzo de su alegación, del que debe conocer la autoridad de policía de conformidad con la Ley 23 de 1991, porque la cuantía de cada uno de los hechos, para la época en que sucedieron ni siquiera llegó a los diez (10) salarios mínimos legales mensuales imperantes entonces.

En apoyo de su demanda afirma que mediante sentencia del 13 de septiembre de 1995, que transcribe en lo fundamental, y también a instancia suya, la Corte aceptó su tesis y accedió a casar una sentencia. Ante idénticas razones de hecho, la solución en este caso deberá ser la misma. Para terminar, formula la petición de casación parcial, que en su sentir deberá reducir la pena en la proporción que lo autoriza la condena únicamente por el concurso de falsedades en documento privado.

El Ministerio Público

El señor Procurador Segundo Delegado en lo Penal se muestra en desacuerdo con la pretensión casacional, que aunque basada en un antecedente jurisprudencial del 13 de septiembre de 1995, con votación mayoritaria nacido a instancia del mismo funcionario demandante, estima inatendible, pues considera que el criterio de la Corte en torno al tema de la censura debe ser revisado.

Recuerda que el C.P. de 1936 en su artículo 32 contemplaba la figura del delito continuado con marcada y decisiva orientación causalista, pero que en la «moderna concepción», de tendencia preventiva, incluso en el derecho penal, ha de mirarse la acción «como una voluntad dirigida a la consecución de fines íntegros» y tener claridad sobre lo ocurrido «para saber si se trata de una sola acción delictiva (unidad de designio criminoso) desarrollada en varios actos, o un concurso de acciones homogéneas, autónomas, finales, independientes».

Haciendo eco del salvamento de voto a la providencia citada por el demandante, advierte que en el delito de estafa la obtención del provecho ilícito puede conseguirse mediante una o mediante varias maniobras engañosas respecto de una o de varias personas y que siendo una sola, el despojo patrimonial puede presentarse de una sola vez o «poco a poco», manifestándose en todo caso, por la obtención de provecho ilícito en per-

juicio patrimonial ajeno. De tal manera, cuanto el agente resuelve mediante un mismo método o maniobra engañosa, apropiarse de «una determinada cantidad de dinero, obedeciendo a un mismo plan preconcebido», necesariamente debe colegirse que «la acción para este tipo de desviaciones es final ... y en tal caso la unidad de designio determina la ocurrencia de un sólo y único delito.».

No es necesariamente cierto, ni es exigencia normativa, «que el autor delimite previamente y de modo específico una determinada cantidad de dinero ... y agote su designio por entregas ... pues la unidad teleológica de acción no depende» de una delimitación cuantitativa de la suma a estafa ... sino de la acción cualificada de los fines. Cuando el propósito es apropiarse del dinero de la víctima, en la cuantía que se logre, bajo el mismo plan propuesto, habrá unidad de designio y acción unitaria.

Cuando, como en el caso demandado, el acusado admite «haber cometido el delito falsificando unas firmas para poder cubrir las necesidades económicas» y de ese modo obtuvo progresivas cantidades de dinero en detrimento patrimonial del patrono, es claro que no hay un propósito escindido manifiesto por cada apropiación, sino un propósito de esquilmar al patrono cuanto dinero pueda; «la cantidad determinada previamente no es pues, el factor que determine la univocidad de la acción», el delito és uno. En apoyo de su postura transcribe parte del salvamento de voto al pronunciamiento jurisprudencial y afirma que asistió la razón al Tribunal en las reflexiones que le sirvieron de base a su decisión cuyos fundamentos fácticos rememora, a renglón seguido señalar como base de su pensamiento el criterio plasmado por la Corte en sentencia del 3 de diciembre de 1996 en la se reconoció como delito único de estafa el cometido por un solo sujeto respecto de múltiples afectados.

Consideraciones de la Corte

Asiste la razón al señor Procurador Delegado en los motivos que aduce para oponerse a la solicitud de casación, pues en verdad, como lo afirma, el caso en estudio revela que la conducta realizada por el procesado no fue un concurso de contravenciones de estafa, sino un solo delito de estafa con plurales actos ejecutivos en perjuicio de un mismo ofendido.

El artículo 356 del C.P. no excluye de su tipicidad la eventualidad de que el sujeto activo del delito realice múltiples y repetitivos actos para la obtención de un solo propósito defraudador que se mantiene y materializa en el tiempo con fraccionados logros, lo que se infiere de la modalidad conductual descrita en la norma como «manteniendo a otro en error», pues es una manera efectiva de proseguir con lo que está haciendo, dado que con tales actos a la postre obtiene no despertar alarma en su víctima, que entonces permanece a su merced para su oscuro propósito por el tiempo que él así lo quiera.

La interpretación de la norma tipificadora del delito de estafa no puede dejar de lado el dilatado alcance que subyace en su contenido, que consulta razones de política criminal tendientes al justo tratamiento de la problemática penal enfrentada a la realidad social y delictiva, que en numerosos casos se manifiesta con la sutileza y audacia de iguales o similares características a las que conforman el caso en examen. Por esta misma razón la jurisprudencia de la Corte ha venido ampliando su criterio hermenéutico en relación con el tipo penal del delito de estafa cuando el mismo sujeto activo lo comete contra múltiples ofendidos en lo que ha venido conociéndose doctrinariamente como fraude colectivo o delito masa (Sents. 27 de septiembre 95 M.P.Dr.Páez Velandia y 3 de diciembre 96 M.P. Dr. Gálvez Argote).

Cuando el sujeto activo del delito realiza a lo largo del tiempo y en detrimento patrimonial de la misma persona plurales actos artificiosos o engañosos reveladores de una voluntad orientada a ese ilícito propósito que se revela asumido como finalidad absoluta, incurre en una sola acción delictiva de estafa cometida mediante múltiples actos artificiosos o engañosos de ejecución, con los que mantiene el error de la víctima.

El engaño es único y también único es el dolo en estos casos, porque la materialización de cada acto no disgrega el todo de la acción, en cuanto lo único que cada uno revela es que el sujeto prosigue en su empeño principal y único.

Presupuesto de la decisión a tomar es la atención a los hechos que fueron investigados y respecto de los cuales se expidió el fallo acusado. Ellos evidencian los elementos estructurales del delito juzgado.

Durante el lapso aproximado de nueve meses -diciembre de 1989 o enero de 1990 a agosto de 1990 (fls. 2 y 9, 16v.)-, el procesado, que se desempeñaba como mensajero de la firma «Dispapeles S. A.» en el municipio de Yumbo, falsificó facturas de esa empresa y de «almacenes o de proveedores de partes y repuestos para el funcionamiento de la maquinaria y de utilería de la oficina» para lo cual mandó a hacer sellos y fotocopiar papelería, documentos éstos con los cuales obtenía de su patrono el desembolso de sumas mayores a las debidas, apropiándose de los excedentes, en procedimiento que él mismo así detalla:

«*En realidad como mi señora no trabaja y el sueldo no me alcanzaba para el sustento entonces por eso se me ocurrió pues sacar unos dineros a través de esta forma ... y constaba en que yo salía a hacer una compra de algún material y por ejemplo compraba algo que costara mil novecientos ochenta entonces le colocaba una boliita ... al uno y quedaba como nueve, así sucesivamente hasta la fecha en que fui liquidado*».

«...

«Como decía al principio esto lo hice por motivos económicos que necesitaba urgente ya que se encontraba urgente (sic) la hija y ya tenía principios de bronquitis y acosado por deudas que tenía por un préstamo de $60.000 ... y una deuda de un juego de alcoba y una nevera ... y además en cuestión de comida y el alquiler de una pieza ...». (fl. 16 v.).

El relato indica que el procesado consciente de sus recursos económicos por el escaso salario que devengaba y siendo el único proveedor del núcleo familiar, optó por aumentar sus ingresos con el reiterado comportamiento de apropiarse de los dineros de la empresa para la cual laboraba valiéndose de artificios de los cuales da cuenta el proceso.

La modalidad empleada para cometer el delito revela claramente que ejecutó múltiples actos en desarrollo de una acción reveladora de una voluntad única con una finalidad específica prevista desde el inicio de la acción -el incremento patrimonial indebido-, situación que no se puede desconocer.

En apoyo de su pensamiento, el funcionario demandante trae a colación una providencia del 13 de septiembre de 1995 (G. J. T. CCXXIX vol. II), en la que por Sala mayoritaria aceptó la Corte la ocurrencia de un concurso de contravenciones de estafa en un proceso en que también él actuó como demandante.

Cabe anotar, que si bien el caso tratado, guarda una aparente similitud con el que es hoy materia de estudio, la realidad es que el acontecer fáctico presenta circunstancias vinculantes diferentes que imponen un tratamiento diverso en punto de establecer la unidad de fin como es la relación laboral que fue determinante en este caso a diferencia de aquel en el que se trató de un contratista que ocasionalmente realizaba trabajos para ella y que en diversas oportunidades falsificó constancias de trabajos no realizados para adelantar los cobros indebidos.

De tal manera, fuerza es precisar que el cargo no prospera.

En mérito, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal en Sala de Casación Penal, oído y acogido el concepto del Ministerio Público, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

NO CASAR la sentencia recurrida. En firme, DEVUELVASE el expediente al Tribunal de origen.

Cópiese y cúmplase.

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

Lombana Trujillo, Mario Montilla Nougues, Carlos E. Mejía Escobar, Nilson Pinilla Pinilla.

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

HOMICIDIO CULPOSO/ INDICIO

1.- Es que una mínima consideración de prudencia conduce a entender que los límites de velocidad, como máximos permitidos por la ley, no son autorizaciones que permitan ignorar criterios o factores que deben valorarse para definir la velocidad a que se marcha: La nocturnidad, la iluminación de la vía, su amplitud o estrechez, la proximidad de automotores que circulen en sentido contrario, la existencia de zonas pobladas o de vías adyacentes, son todos elementos que los artículos 109 y 138 del mismo Código de Tránsito, y un razonable buen juicio, alertan como exigencias para la reducción de la velocidad. Y, por tanto, su ignorancia, revela falta de cuidado en la actividad de conducir.*

Ni los reglamentos, ni las señalizaciones del tráfico, son siempre suficientes como para predicarse agotados en ellos la medida del deber de cuidado. Esta clase de actividad está enfrentado de manera constante múltiples circunstancias peligrosas para los bienes jurídicos, que deben poderse sortear. Precisamente por ello es riesgosa y exige desarrollar ciertas habilidades y un actuar que considere, como regla indeclinable, que nada que incremente dicho riesgo es jurídicamente permitido.

2.- Cuando se está ante los denominados indicios de las huellas materiales del delito debe considerarse que cada vestigio, es decir, cada uno de los efectos producidos por el hecho que se averigua,

---

* Art.109 -Toda persona que tome parte en el tránsito como conductor o como peatón, deberá comportarse en forma que no incomode, perjudique o afecte a las demás y deberá conocer y cumplir las normas de tránsito que le sean aplicables, así como obedecer las indicaciones que le den las autoridades de tráusito. Además observará las señales de tránsito que determine el Instituto Nacional de Transporte y Tránsito.

Art. 138. Los conductores deberán disminuir la velocidad en los siguientes casos:

En los lugares de concentración de personas.2.- Cuando se reduzcan las condiciones de visibilidad. 3.- Cuando transiten cerca de las aceras. 4.- Cuando se corra el riesgo de salpicar a peatones o edificaciones.5.- Cuando las señales de tránsito así lo ordenen. Parágrafo. En los casos anteriores, la velocidad máxima permitida será de treinta 30 kilómetros por hora.

constituye un hecho indicador de la inferencia. Por tanto no contraría la regla de la indivisibilidad la multiplicidad de huellas sobre diversos objetos (las personas y el automotor) como sí la infringiría, en cambio, dividir como indicios separados cada una de las huellas dejadas en el mismo objeto. Bien señala Ellero que bajo cierto aspecto, los indicios, son efectos de los cuales pueden inferirse las causas, y por ello «el conjunto de los efectos, considerado entonces como uno, determina la unidad de la causa o bien la especialidad del indicio»[**]. Sólo que no es la cantidad lo que les otorga su fuerza probatoria, sino su mayor o menor capacidad de señalar como causa probable el hecho inferido porque es de su clase y su relación con el hecho de donde surge su capacidad para producir certeza. Eso, precisamente, es lo que explica la regla del artículo 303 del Código de Procedimiento Penal para que sean apreciados en conjunto, y que corresponda a una máxima lógica incorporada a la legislación.

Proceso No. 11187

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal

Magistrado Ponente: Dr. *Carlos E. Mejía Escobar*

Aprobado Acta No. 95

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

VISTOS

Se pronuncia la Sala acerca del recurso de casación presentado por el defensor del procesado Jorge Federico Martínez Sánchez, contra la sentencia proferida el treinta de julio de mil novecientos noventa y cinco por el Tribunal Superior de Cundinamarca que lo condenó, como autor responsable del delito de homicidio culposo, en concurso, a la pena principal de treinta y seis (36) meses de prisión, multa por valor de dos mil pesos y suspensión en el ejercicio de conducir por el lapso de dos años, así como a la accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas por tiempo igual a la pena principal y al pago de daños y perjuicios.

HECHOS Y ACTUACIÓN PROCESAL

El día primero de julio de mil novecientos noventa y uno, hacia las ocho y treinta de la noche, aproximadamente, en el sitio denominado "El Copial", en la vía que de Anapoima conduce a la localidad de Apulo (Cundinamarca), dos personas fueron arrolladas por el vehículo marca Toyota de placas AK 2936 que conducía el señor Jorge Federico Martínez Sánchez.

[**] PIETRO ELLERO, Tratado de la Prueba en materia criminal. Pag. 106.

Las víctimas fueron identificadas como Inocencio Parra Jiménez y su menor hijo Edgar Orlando Parra Briceño, quienes se encontraban en el carril contrario al que circulaba el citado automotor.

El arrollamiento de las víctimas se produjo sobre una curva y a consecuencia de ello sufrieron graves destrozos en sus cuerpos. Igualmente el impacto del campero Toyota, al chocar contra el barranco le ocasionó daños externos de consideración.

El entonces Juzgado sesenta y ocho de Instrucción Criminal ordenó la apertura de investigación -auto cabeza de proceso- etapa dentro de la cual se practicaron numerosas pruebas, admitió las respectivas demandas de constitución de parte civil a nombre de la señora Nubia Viallabón Parra y sus hijos y Cármen Alicia Briceño Parra, ésta en representación de sus menores hijos. Igualmente vinculó mediante indagatoria al conductor del vehículo, señor Martínez Sánchez, a quien el juzgado instructor le dictó medida de aseguramiento de detención preventiva el quince de noviembre de mil novecientos noventa y uno.

Perfeccionada la etapa instructiva, se declaró cerrada y el mérito del sumario se calificó, en una primera oportunidad, el diez de febrero de mil novecientos noventa y dos con resolución acusatoria en contra del imputado, contra la cual se interpusieron los recursos de reposición y en subsidio de apelación. La Unidad de Fiscalía Delegada ante los Tribunales de Bogotá y Cundinamarca, al desatar el recurso de alzada revocó la decisión, dejó sin valor el auto que declaró cerrada la investigación para adecuarla al nuevo Código de Procedimiento Penal que había entrado en vigencia y seguir adelante con la investigación.

El trece de noviembre de mil novecientos noventa y tres, la Unidad de Fiscalía de la Mesa (C/marca) declaró cerrada la investigación y el treinta de marzo de mil novecientos noventa y cuatro calificó el mérito del sumario con preclusión de investigación en favor de José Federico Martínez Sánchez. La decisión fue apelada por la apoderada de la parte civil de la señora Carmen Alicia Briceño Blanco, y la Fiscalía Delegada ante los Tribunales de Bogotá y Cundinamarca decidió revocarla para en su lugar proferir resolución acusatoria contra el señor Martínez Sánchez por el delito de homicidio culposo, agravado y en concurso homogéneo, mediante providencia del veintinueve de junio de mil novecientos noventa y cuatro en la que también le impuso medida de aseguramiento de detención preventiva, sin beneficio de excarcelación.

El diecisiete de agosto de mil novecientos noventa y cuatro el Juzgado Penal del Circuito de la Mesa asumió el conocimiento del asunto, dispuso el traslado de las partes por el término de ley, decretó la práctica de pruebas y llevó a cabo, en su momento, la diligencia de audiencia pública. Mediante providencia del veinte de abril de mil novecientos noventa y cinco dictó sentencia en la que condenó al procesado Martínez Sánchez a

la pena principal de treinta y seis meses de prisión, como autor del delito de homicidio culposo, en concurso; ordenó el pago de multa por valor de dos mil pesos, suspensión "de la licencia de conducción" por dos años, así como a la accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas por periodo igual a la pena principal, el pago de daños y perjuicios y le concedió el subrogado de la condena de ejecución condicional.

Apelada la decisión, el Tribunal Superior de Cundinamarca, en providencia del treinta de julio de mil novecientos noventa y cinco la confirmó en su integridad, con la aclaración de que la suspensión era en el ejercicio de conducir - no de la licencia - por el lapso determinado en la sentencia y que la pena accesoria era por el periodo igual al de la pena privativa de la libertad.

Contra esta decisión se interpuso el recurso de casación que se procede a desatar.

SÍNTESIS DE LA SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA

1. Comienza el Tribunal Superior de Cundinamarca por advertir que la sentencia de primer grado contiene una serie de imprecisiones, contradicciones e incongruencias con la resolución de acusación, pero que pese a ello, se debe confirmar la resolución de condena en ella contenida.

2. Descarta toda posibilidad de entrar a realizar de manera detenida valoración alguna o disquisiciones profundas, acerca de la existencia del caso fortuito, ante la indubitable evidencia de que los hechos habían sido determinados por una acción del procesado "que era previsible y violatoria, además del deber de cuidado que le era exigible en el desarrollo de la actividad de conducción".

3. Descarta igualmente la posibilidad de que el hecho haya ocurrido debido a que el procesado perdió el control del automotor, como lo manifestó en la indagatoria que rindió mes y medio después de ocurrido el accidente, y que la sustentó en dos aspectos que se pueden concretar en:

- La sorpresiva aparición de un taxi sobre su carril al salir de la curva y que se le fue encima.

- El golpe que le dio el taxi en la llanta izquierda y que le hizo perder el control, siguiendo en marcha hacia la vía contraria hasta el sitio donde fue a volcarse.

Adujo como datos adicionales de la defensa:

- Que conducía a una velocidad de 60 o máximo 70 Kms por hora.

- Que no se dio cuenta en ese momento de haber arropellado a alguien. Y,

- Que los ocupantes del taxi se bajaron a buscarle pelea y en seguida se acercaron a verlo herido.

4. Para esa colegiatura esa tesis se constituyó en un mero recurso defensivo. Al respecto se refiere la circunstancia de que pese a que el procesado iba acompañado de una persona y delante de él otros acompañantes que se desplazaban en un Renault 4, el único que avala la aparición del taxi es el conductor del Renault 4, Enrique Monraz Muñoz, el conductor de dicho vehículo; los demás solo avalan el estruendo originado por el volcamiento y las palabras de ambos conductores en cuanto que el taxi le había dado al campero, y en cuanto a que le atribuyeron a aquel exceso de velocidad.

5. Para esa colegiatura, el dicho de ambos conductores de que fueron embestidos por el taxi a la salida de la curva, desconoce el principio de ubicuidad.

6. Al respecto indica que si en ese sitio donde fue chocado el campero, estuvo el Renault a punto de ser acometido por el taxi, la posterior colisión con el campero atendida la distancia que lo separaba con éste y la velocidad del taxi, tuvo que darse antes de la curva y en esas circunstancias Monraz no pudo percibir la colisión por impedírselo la curva.

7. Además, que el impacto del campero con el taxi no se compadecía con el trayecto recorrido y su destino final.

8. Se dice en la sentencia que la hipótesis referida por el procesado no encuentra respaldo con los demás elementos probatorios aportados al proceso, como fueron las diligencias de inspección, así como las de carácter pericial e indiciario.

9. Aclara esa colegiatura que la muerte de Ignacio Parra Jiménez y Edgar Orlando Parra Briceño, se concreta en la culpa que es determinada por la imprudencia y la violación de los reglamentos por parte del procesado, factores determinantes de la culpabilidad culposa que se le atribuye, y no por la impericia de la que habló el fallador de primer grado, aspecto que de manera incorrecta estructuró en circunstancias ajenas a esa figura, como la ingesta de alcohol y la falta de atención, amén de admitir la experiencia del conductor al referir las posibilidades que tuvo de esquivar el taxi y que sustentó en la negligencia, deducida de meras hipótesis, porque inclusive para el fallador era dudosa la existencia del taxi.

10. Persiste para el Tribunal, pese a los errores del a quo, el exceso de velocidad del campero como única circunstancia determinante del descontrol y posterior arrollamiento de las víctimas; exceso que traduce imprudencia y violación de los reglamentos, consignados en la resolución de acusación.

11. El exceso lo estima acreditado por la concurrencia de los siguientes elementos:

a) El efecto del impacto en los cuerpos, probado con el las actas de levantamiento de los cadáveres de acuerdo con las cuales, Inocencio Pa-

rra presentó decapitación, encontrándose su cabeza a un metro del cuerpo, múltiples facturas y aplastamiento total del abdómen con expulsión de vísceras. Su hijo, Edgar Orlando sufrió varias fracturas en miembros superiores e inferiores y pared lateral del tórax, ruptura de varios tejidos y salida de vísceras.

b) El aparatoso volcamiento y daños externos del campero al chocar contra el barranco, lo que produjo el doblamiento del bómper, desplazamientos de balancines que soportan los muelles del troque delantero, lo mismo que del amortiguador delantero, hendidura en los guardabarros, rotura del vidrio panorámico delantero, etc.

c) La ubicación del desastre dentro del contexto espacial indicado en el croquis y mapas aportados al proceso.

12. Encuentra desvirtuadas las inferencias del testigo Eduardo Parra, quien no presenció la arremetida del supuesto taxi y afirmó que existía un rayón a lado y lado en el costado izquierdo del taxi.

13. Tal posibilidad fue descartada de plano al unirla con las características del taxi, por ser de menor tamaño y potencia, así como al lugar en que, según el procesado, "presumiblemente" fue golpeado (llanta delantera izquierda). Esas circunstancias, impiden sostener que el campero sufriera y ocasionara semejantes daños y el taxi un simple rayón.

14. Expresa que aunque el procesado no viera la señalización que lo alertaba sobre la existencia de una curva, la cual reconoció visualizar, no le relevaba de disminuir la velocidad al abordarla. Esa exigencia la deriva el fallador, no solo del deber de cuidado que requiere la actividad de conducir vehículos, sino por hacerlo en uno de menor estabilidad, susceptible de perder el control con una alta velocidad, sobre todo en curvas. Por ello reconoce el sentenciado como acertada la tesis del agente policial que levantó el croquis y suscribió el informe.

15. La ingesta de licor del día anterior así como el elevado desgaste de las llantas, apuntan no a sustentar otros factores generadores de la culpa (distintos a la imprudencia) sino a reforzarla, edificada en el exceso de velocidad. Esto, porque limitan la capacidad de reacción en este tipo de contingencias. Como nota adicional, se apunta en el fallo que la incidencia en el desgaste de las llantas la refiere el tratadista Olano Valderrama, como generadora del fenómeno de "Desbandada".

16. Se descarta, por esa colegiatura, la tesis defensiva de la creación del riesgo por parte de las víctimas, no solo por el alto grado de iniquidad en el entorno de las ocurrencias, sino por lo extravagante e insostenible a la luz de las teorías explicativas de la culpa y las modernas relacionadas con la figura de la imputación objetiva, que explican la causalidad (disminución y elevación del riesgo, el riesgo permitido, el fin de protección de la norma, el principio de insignificancia, la creación de un riesgo jurídica-

mente relevante, la realización del peligro inherente a la acción base y la conducta alternativa conforme a derecho).

Y resulta exagerada para el fallador, porque se ha elaborado en que como las víctimas estaban fuera de la vía de circulación, tal ubicación contribuyó a aumentar el riesgo porque debían actuar en condiciones que los pusieran a salvo del obrar imprudente de algún conductor, y eso es un despropósito.

La Demanda de Casación

Cinco cargos formuló el libelista contra la sentencia del Tribunal que, según él, es violatoria del derecho sustancial, concretamente de los artículos 2º, 5ª, 35 y 37 del Código Penal, a lo cual se llegó por la vía indirecta y que condujo a la declaratoria de responsabilidad por infracción de los artículos 329 y 26 ibídem.

Precisó que el concepto de violación se contrae a la aplicación del artículo 37 en lo que tiene que ver con la deducción de la imprudencia y violación de los reglamentos, como factores generadores de la culpa.

Primer Cargo

Para el libelista, el ad- quem incurrió en un falso juicio de identidad al tener como indicios del exceso de velocidad del vehículo conducido por su representado, el estado en que quedaron los cuerpos de las víctimas y los daños sufridos por el automotor. Frente a lo expresado en la sentencia admite el censor que no existe duda sobre los efectos que según el ad quem tuvieron ocurrencia, pues sobre ellos gravitan pruebas incontrovertibles de que así ocurrieron, como el acta de levantamiento y la diligencia de inspección judicial que se llevó a cabo sobre el vehículo.

Pero, agregó, el juzgador se apartó y traicionó de manera ostensible las reglas de la sana crítica, lo cual entraña una suposición del fundamento lógico de la inferencia, en contra del sentido común y de la justicia, pues un vehículo como el accidentado, campero Toyota, con un peso superior a dos toneladas, incluso a muy poca velocidad, cuyo peso se vé multiplicado por aquella, según las reglas de la física, necesariamente tiene que producir los estragos causados en los cuerpos de las víctimas. La constitución humana, por lo endeble, frente a materiales de gran dureza y peso, especialmente camperos como el Toyota, se ve expuesta con mayor vigor si el vehículo se encuentra en movimiento. Luego entonces, según él, resulta imposible "y por demás temerario" deducir que un vehículo se desplazaba a más de ochenta kilómetros por hora, velocidad permitida para carreteras, según el artículo 148 del Decreto 1344 de 1970. El peso del vehículo y la rudeza del material sobre el cual colisionó, explican los daños sufridos, pero de allí no se puede inferir el exceso de velocidad, esto es su desplazamiento a más de ochenta kilómetros por hora.

Agregó la circunstancia de no existir condiciones anormales o señales especiales de las autoridades que indicaran una menor velocidad para el desplazamiento. Por lo que surge nítido el yerro y solicita sea reconocido, por cuanto el fallador desconoció las reglas de la sana crítica, consagradas en el artículo 300 del C de P.P.

Segundo Cargo

Lo presenta como subsidiario del anterior. Según el casacionista, el criterio para la deducción de responsabilidad del procesado lo constituyó el exceso de velocidad, inferido del estado en que quedaron las víctimas y el automotor, con lo cual se construyeron dos indicios, "dando por supuesta la exigencia de su pluralidad para crear certeza en el juzgador (artículo 303 del C de P.P.)". Por lo tanto, se incurrió nuevamente en falso juicio de identidad en la apreciación del hecho indicador de ambos indicios, pues tales circunstancias se refieren a un mismo hecho indicador - efectos del siniestro - que configuran la unidad de indicios de que trata el artículo 301 del C de P.P., y que fue desconocida.

Tercer Cargo.

Lo hace consistir en un falso juicio de existencia dado que el Tribunal derivó la exigencia de disminución de la velocidad 'por las propias condiciones del vehículo conducido, por poseer una menor estabilidad y ser susceptible de perder el control ante una alta velocidad, sobre todo en las curvas'. Para el censor, con esta afirmación se está suponiendo una circunstancia que no se acredita en prueba alguna, porque, de dónde se extrae que un Toyota sea menos estable y por tanto que ello obligue a su conductor a disminuir la velocidad. Por el contrario, afirma, lo que la experiencia señala es que tales camperos son los carros más estables que existen.

Estimó que se había desconocido el artículo 302 del C de P.P.

Cuarto cargo

Según el libelista, el juzgador incurrió en un falso juicio de identidad, respecto de la circunstancia que señaló para reforzar la imprudencia, esto es, la ingesta de licor del día anterior, reconocida por el procesado, por haberse apartado de las reglas de la sana crítica, "suponiendo el fundamento lógico de la inferencia, en contra del sentido común, criterios científicos y la justicia".

Manifiesta que si bien su representado reconoció haber ingerido alcohol el día anterior a los acontecimientos dijo que había sido hasta las nueve de la noche, por lo tanto, los efectos no podían encontrarse presentes a las ocho y treinta de la noche del día siguiente cuando ocurrió el accidente, ni que por ello su capacidad de reacción en la conducción del vehículo se encontrara limitada. Agrega que el accidente ocurrió veinti-

cuatro horas después de la ingesta de cerveza, según lo manifestó el procesado en su indagatoria, lo que coincide con el testimonio de Monraz y que, según la doctrina que cita al respecto, la sustancia se elimina entre las quince y las veinticuatro horas. Agregó que no cualquier ingesta de alcohol produce deterioro en las sensopercepciones y alteración sicomotora, efectos a partir de los cuales, para estos casos, se construye el indicio de la imprudencia.

Quinto Cargo

En esta ocasión señala el recurrente que el fallador incurrió en un falso juicio de identidad al tergiversar el contenido del hecho indicador demostrado por el dictamen pericial, de encontrarse las llantas del automotor, salvo la trasera izquierda, en un 80% de desgaste, lo que limitó la capacidad de reacción en la maniobra de cortar la curva.

"Es evidente, agrega, que, teniendo por especificaciones las llantas un gravado que no es inferior a un (1) centímetro y encontrándose tres (3) llantas con un 20% del gravado y otra con un 50%, resulta ubicable la conducta del procesado dentro de los marcos de los artículos 40 y 41 literal g) del Código Nacional del Tránsito (modificados por los numerales 27 y 28 del artículo 1º del Decreto 1809 de 1990), toda vez que el artículo 47 ibídem (modificado por el numeral 34 del artículo 1º mencionado) estipula que 'Las llantas deberán contar con un gravado de por lo menos dos (2) milímetros de profundidad', el cual no fue desconocido, pues precisamente ese 20% de servicio de que se habló en el peritazgo, se corresponde con ello".

A su modo de ver, de allí no se infiere imprudencia alguna salvo que se tergiverse el hecho, como lo hizo el Tribunal, pues se puso a decir a la prueba algo que no emerge de ella, con desconocimiento del artículo 300 del Código de Procedimiento Penal.

Solicita el libelista que se reconozcan los yerros enunciados y que en caso de ser admitidos se dicte la sentencia de reemplazo, para lo cual se deben tener en cuenta las siguientes consideraciones:

Que las versiones de Martínez Sánchez y Parra Quijano fueron desestimadas con fundamento en los indicios de culpabilidad deducidos por el ad quem por lo que, con la demostración de los yerros señalados, no hay lugar para negarles valor. Así, la versión sobre la existencia de un taxi que golpeó al Toyota, cobra fuerza, pues de ello también dió cuenta Gabriel Monraz Muñóz "y confirma la presencia de un taxi con golpes en su lado izquierdo y ubicado en vía contraria a la que se dirigía el procesado, un testigo excepcional sin vínculos con los involucrados y con inocultable prestancia de credibilidad, como lo es Eduardo Parra Quijano".

También resulta elocuente el dato acerca del golpe en la llanta delantera, que fue pasado por alto, pero claramente observado por el perito en

la inspección judicial "El amortiguador delantero del lado izquierdo se salió de su sitio en la parte superior", lo que es indicativo de un golpe en la llanta a la que se refiere el procesado para informar el golpe que recibió del taxi.

El exceso de velocidad, según él, también queda descartado al haberse demostrado que adelante del Toyota y a una distancia prudente siempre se mantuvo el conductor del Renault 4, Monraz Muñóz, de lo cual dieron cuenta el procesado, Forero Durán, María Martínez Sánchez y María Ramírez Ramírez. Luego entonces se explica, a partir de la ocurrencia de una situación excepcional como es el golpe de otro carro, que el Toyota perdiera el control. Si su representado hubiese ido a exceso de velocidad, ello también era predicable del Renault y sin embargo, siendo conocida la poca estabilidad de estos vehículos, éste no corrió igual suerte.

Para finalizar, manifestó que del plano del lugar donde ocurrió el hecho, se puede observar que el accidente tuvo ocurrencia prácticamente en la salida de la curva, cuando ya se había tomado una recilínea, momento para el cual ya era imposible plantear la tesis de la desbandada como consecuencia de las fuerzas presentes en una operación de conducción en curvas. Además, era perfectamente visible para Monraz Muñóz, percatarse de la situación porque iba adelante y controlaba visualmente la situación, en la medida en que el taxi que estuvo a punto de colisionarlo y las condiciones de la carretera así lo permitían, conforme se desprende del plano elaborado por el Cuerpo Técnico de la Policía judicial.

Solicita se case el fallo impugnado y en su lugar se profiera absolución.

Concepto de la Procuraduría Segunda Delegado en lo Penal

Estimó esa representación del Ministerio Público, luego del análisis efectuado a cada uno de los cargos, que no se debe casar el fallo impugnado. Así, respecto del primer reproche, señaló que el libelista no precisó si los artículos 2º, 5º, 35 y 37 del C.P y 299 del C de P.P., se violaron por falta de aplicación o aplicación indebida, ni tampoco logró formular la proposición jurídica completa. Luego de reseñar lo que esta Corporación ha manifestado acerca del manejo de la prueba indiciaria, expresó que el censor omitió demostrar cuál ha sido la divergencia entre las deducciones y declaraciones de la sentencia y las que corresponden de acuerdo a la lógica, la ciencia y la experiencia; que el casacionista se limitó a exponer su propio criterio. Además consideró el señor Procurador Delegado que la inferencia lógica realizada por el juzgador al construir el indicio de culpabilidad, producto del exceso de velocidad, deducido del estado en que quedaron los cuerpos de las víctimas, no es una inferencia que se salga de la lógica ni que obedezca a conjeturas.

Recordó además, que los juzgadores de instancia recurrieron a la prueba indiciaria para sustentar el fallo condenatorio, con base en la experticia técnica practicada al vehículo y las necropsias de las víctimas, que vendrían a constituir la plena prueba del hecho indicador y que los llevó a determinar que los hechos tuvieron su origen en el exceso de velocidad con que transitaba el procesado.

Reconoció además que si bien el libelista apuntó bien el sentido de la violación, se quedó corto al no especificar qué normas de carácter sustancial se dejaron de aplicar o se aplicaron indebidamente.

Sobre el segundo reproche recalcó que el fallador jamás ha considerado el estado en que quedaron los cuerpos de las víctimas y el automotor para deducir de allí la existencia de dos indicios. Tales hechos indicadores, agregó, debidamente probados en el proceso, no son más que un mayor soporte tenido en cuenta por el fallador para concluir que el accidente tuvo su origen en el exceso de velocidad.

Además, que el casacionista no tiene claro si lo que pretende atacar es el hecho indicador o la inferencia lógica y en cuanto a la proposición jurídica no indicó el sentido de violación de la norma sustancial puesto que el artículo 303 referido en el libelo, no tiene tal carácter.

Tampoco cumplió el casacionista con los requerimientos técnicos para la demostración del falso juicio de existencia que enunció en la tercera censura. Señaló la Delegada que el censor solo antepone su personal criterio a una apreciación que el ad quem realiza en la motivación del fallo.

Agregó que si en realidad el Tribunal hubiese inventado o supuesto la prueba relativa a la poca estabilidad de los Toyotas y que por ello se pueden volcar fácilmente, es claro que antes de suponerla, lo que está planteando es un criterio inferencial y valorativo de experiencia; que no obstante en este caso aparece irrelevante porque el fallo se encuentra soportado en el factor generador de culpa consistente en la violación a los reglamentos y en la imprudencia del conductor. A su modo de ver, ese argumento lo utilizó el Tribunal para sustentar o argumentar aún más el exceso de velocidad en que se basó para dictar sentencia condenatoria en contra del procesado.

La pretensión del recurrente no encaja en ninguna de las circunstancias en que puede incurrir el fallador por la vía indirecta. En consecuencia no cumplió con el verdadero propósito de este recurso de casación.

Frente al cuarto cargo señaló que el casacionista incurrió una vez más en los mismos errores mencionados. Que aquí es más ostensible si se observa que se refiere a un falso juicio de identidad, cuando en realidad se trataría de un falso juicio de existencia por suposición, debido a que en realidad no existe prueba en el investigativo que llevara al juzgador a

tener como base de la sentencia la ingesta de licor. De allí que no se le haya tenido en cuenta dicha circunstancia agravante.

Y, finalmente, respecto a la quinta censura, estima que en esta nuevamente el libelista se quedó en la formulación; pero, que si llegare a prosperar, hipotéticamente, en nada incidiría para el quebranto de la sentencia, pues ella no está fundamentada en la negligencia que consistiría en no haberle cambiado las llantas al vehículo, sino, en que a pesar de ello, conducía de manera imprudente a una alta velocidad, resultado de la inferencia lógica que hicieran los falladores, al determinar que el accidente tuvo como causa el exceso de velocidad.

CONSIDERACIONES

De la lectura de la demanda de casación que ahora se somete al estudio de la Sala, se desprende que los reparos que se elevan contra los fallos de instancia son el fruto de la apreciación del recurrente, antes que la demostración de error alguno en casación que pueda determinar la ilegalidad de la sentencia.

De allí que como preámbulo del análisis que se debe efectuar a cada uno de los reproches elevados por el casacionista, sea pertinente señalar que la errónea apreciación probatoria requiere, para su demostración, que frente a cada motivo escogido por el demandante, acredite la trascendencia de los elementos de convicción que aduzca como indebidamente apreciados, esto es, que de no haber ocurrido el yerro otro habría sido el resultado de la decisión.

Tratándose del falso juicio de identidad, tipo de error en el que sustenta sus cargos el libelista, excepción hecha del tercero de ellos, es su deber acreditar que el contenido material de la prueba ha sido deformado por virtud del mayor o menor alcance otorgado por el fallador, de tal manera que aprehendió de la misma lo que ella en realidad no demostraba y tal equivocación por ende, altera el sentido de la decisión que resultaba pertinente.

En materia de indicios la situación se hace más compleja: reiterados han sido los pronunciamientos de la Sala en cuanto al ataque en casación de este particular medio de prueba pues, por su misma estructura, se hace imprescindible precisar si la censura se enfila hacia el hecho indicador o hacia la inferencia lógica.

Ninguno de estos parámetros fué respetado por el libelista, quien se limitó a efectuar una exposición crítica acerca de la forma como en su entender debieron analizarse y valorarse los distintos aspectos con los que se muestra inconforme, antes que acreditar los anunciados errores en la apreciación probatoria.

En el primer cargo, asegura que el fallador incurrió en un falso juicio de identidad, al tener como indicios del exceso de velocidad, el estado en que quedaron los cuerpos de las víctimas y los daños sufridos por el automotor. Sin embargo, con un claro propósito de desvirtuar el exceso de velocidad con que conducía el procesado y que el fallador dedujo de las circunstancias ya enunciadas y de las que da cuenta el plenario, concluyó el libelista que ésta no se podía inferir pues el peso del vehículo y la rudeza del material explicaban los daños sufridos.

Pues bien, es un hecho cierto que el Tribunal al referirse a la culpabilidad del procesado, a título de culpa (por imprudencia y violación de los reglamentos) dedujo como factor generante de la misma el exceso de velocidad que infirió de la concurrencia de distintos elementos.

Así se expresó el fallador:

"El exceso de velocidad lo explican suficientemente la concurrencia de los siguientes elementos: los efectos del impacto en los cuerpos arrollados, descritas (sic) en las actas de levantamiento de los cadáveres, de acuerdo con las cuales el señor Inocencio Parra presentó decapitación, encontrándose su cabeza a un metro del cuerpo, múltiples fracturas y aplastamiento total del abdomen con expulsión de vísceras; por su parte, su hijo Edgar Orlando también sufrió varias fracturas en miembros superiores e inferiores y pared lateral del tórax, ruptura de varios tejidos y también registró salida de vísceras. A tan violentos destrozos debe aunarse el aparatoso volcamiento del Toyota y los graves daños externos que sufrió al chocar contra el barranco, dejándolo en pésimas condiciones que le impedían rodar por sí mismo, entre los que se destacan el doblamiento del bómper, desplazamiento de su sitio de los balancines que sujetan los muelles del troque delantero, lo mismo que el amortiguador delantero, hendiduras en los guardabarros, rotura del vidrio panorámico delantero, etc".

Y agregó:

"La magnitud del desastre evidenciado de las comprobaciones precedentes y su ubicación dentro del contexto espacial indicado en el croquis y mapas obrantes en el proceso, confluyen a predicar exceso de velocidad y desvirtúan por completo las afirmaciones sobre la moderada que se dijo observaba el procesado, lo mismo que la inferencia del testigo Eduardo Parra quien no presenció la arremetida por el supuesto taxi pero dijo observar uno que presentaba un rayón de lado a lado en su costado izquierdo, pues los resultados mismos del siniestro, unidos a las características del referido taxi - indiscutiblemente de menor tamaño y potencia - el lugar donde según el procesado "presumiblemente" fue golpeado - llanta izquierda delantera descartan de plano tal posibilidad. Resulta imposible sostener que en tal eventualidad el campero sufriera y ocasionara semejantes daños y el taxi un simple rayón; de ahí también la in-

trascendencia de los reclamos del apelante respecto a la falta de análisis de una supuesta manija del último". (fls 66 y 67 Cdno Tribunal).

En este ejercicio de analizar los hechos y las circunstancias que los rodearon, para determinar el grado de responsabilidad del señor Martínez Sánchez, no se encuentra una inferencia absurda o que desconozca el sentido común del diario acontecer. Todo lo contrario, la misma aparece sensata y racional.

Lo que ocurre es que el libelista vincula impropiamente el concepto de exceso de velocidad con el de la velocidad mayor a 80 Kms por hora, sobre la base de que el hecho sucedió en vía rural y que tal es el promedio máximo autorizado en el Código Nacional de Tránsito. Por eso aduce que si bien es cierto que el peso del vehículo y la rudeza del material sobre el cual colisionó el campero, explican los daños sufridos, es "imposible inferir (de allí) el exceso de velocidad, esto es, su desplazamiento a más de ochenta kilómetros por hora".

No repara entonces en que el concepto de exceso de velocidad viene deducido en la sentencia de segunda instancia no solo para oponerlo al de la velocidad "moderada que se dijo observaba el procesado" sino en relación con el "contexto espacial indicado en el croquis y mapas obrantes en el proceso", para agregar, como fundamento del reproche, que tampoco la ausencia de señalización que alertara sobre el ingreso a una curva lo "relevaba del deber de disminuir la velocidad" al abordarla.

Es que una mínima consideración de prudencia conduce a entender que los límites de velocidad, como máximos permitidos por la ley, no son autorizaciones que permitan ignorar criterios o factores que deben valorarse para definir la velocidad a que se marcha: La nocturnidad, la iluminación de la vía, su amplitud o estrechez, la proximidad de automotores que circulen en sentido contrario, la existencia de zonas pobladas o de vías adyacentes, son todos elementos que los artículos 109 y 138 del mismo Código de Tránsito,[1] y un razonable buen juicio, alertan como exigencias para la reducción de la velocidad. Y, por tanto, su ignorancia, revela falta de cuidado en la actividad de conducir.

---

* Art.109 -Toda persona que tome parte en el tránsito como conductor o como peatón, deberá comportarse en forma que no incomode, perjudique o afecte a las demás y deberá conocer y cumplir las normas de tránsito que le sean aplicables, así como obedecer las indicaciones que le den las autoridades de tránsito. Además observará las señales de tránsito que determine el Instituto Nacional de Transporte y Tránsito.

Art. 138.-Los conductores deberán disminuir la velocidad en los siguientes casos: En los lugares de concentración de personas.2.- Cuando se reduzcan las condiciones de visibilidad. 3.- Cuando transiten cerca de las aceras. 4.- Cuando se corra el riesgo de salpicar a peatones o edificaciones.5.- Cuando las señales de tránsito así lo ordenen. Parágrafo. En los casos anteriores, la velocidad máxima permitida será de treinta 30 kilómetros por hora.

Ni los reglamentos, ni las señalizaciones del tráfico, son siempre suficientes como para predicarse agotados en ellos la medida del deber de cuidado. Esta clase de actividad está enfrentado de manera constante múltiples circunstancias peligrosas para los bienes jurídicos, que deben poderse sortear. Precisamente por ello es riesgosa y exige desarrollar ciertas habilidades y un actuar que considere, como regla indeclinable, que nada que incremente dicho riesgo es jurídicamente permitido. De ahí que, se repita, el debate acá no pueda circunscribirse en la línea en que lo propone el recurrente (el tope de los 80 Kms por hora) sino de cara a las condiciones del momento; la nocturnidad, la deficiente iluminación, la circunstancia de tratarse de un festivo, que aumentaba el volumen del tráfico vehicular, la curvatura de la vía, la presencia de vehículos circulando en sentido contrario, son todos factores que conducen a la Corte a avalar la inferencia del Tribunal en torno a que la velocidad era excesiva para ese momento y que fue la misma, y no otra, la causal del descontrol del campero y, Subsiguientemente del resultado dañoso que con ello se produjo.

El cargo no prospera.

La segunda censura plantea el problema de la indivisibilidad del hecho indicador y, por esa vía, el de su configuración e individualidad. También implica considerar, de alguna manera, el de su denominación y el de su prueba.

Para el censor, a pesar de no haber señalado de manera explícita, el Tribunal construyó un indicio del exceso de velocidad, a partir del estado en que quedaron los cadáveres; y dedujo otro, para dar la idea de pluralidad, del estado en quedó el automotor. El falso juicio de identidad consiste en que ambas circunstancias se refieren a un mismo hecho indicador, los "efectos del siniestro", por lo que configuran la unidad de indicios de que da cuenta el artículo 301 del Código de Procedimiento Penal y que fue desconocida.

Es evidente para la Sala que una reflexión, así presentada, no desarrolla de manera completa el reproche y, por ende, no demuestra la equivocación del sentenciador. Para el casacionista seguramente es demasiado obvio que como ambos hechos son "efectos del siniestro" constituyen un solo indicio. Por eso no avanza en señalar cuál la razón para que ambos factores deban tenerse como circunstancias de un mismo hecho y no como hechos diversos de los que se infiere con grado serio de probabilidad, el exceso de velocidad.

Cuando se está ante los denominados indicios de las huellas materiales del delito debe considerarse que cada vestigio, es decir, cada uno de los efectos producidos por el hecho que se averigua, constituye un hecho indicador de la inferencia. Por tanto no contraría la regla de la indivisibilidad la multiplicidad de huellas sobre diversos objetos (las personas y el automotor) como sí la infringiría, en cambio, dividir como indicios sepa-

dos cada una de las huellas dejadas en el mismo objeto. Bien señala Ellero que bajo cierto aspecto, los indicios, son efectos de los cuales pueden inferirse las causas, y por ello "el conjunto de los efectos, considerado entonces como uno, determina la unidad de la causa o bien la especialidad del indicio"[2]. Sólo que no es la cantidad lo que les otorga su fuerza probatoria, sino su mayor o menor capacidad de señalar como causa probable el hecho inferido porque es de su clase y su relación con el hecho de donde surge su capacidad para producir certeza. Eso, precisamente, es lo que explica la regla del artículo 303 del Código de Procedimiento Penal para que sean apreciados en conjunto, y que corresponda a una máxima lógica incorporada a la legislación.

Los variados y graves daños causados en el automotor al chocar contra el talud permiten inferir la fuerza con que venía impulsado y esto encuentra explicación en la velocidad inapropiada del campero. Los destrozos causados por el automotor en los cuerpos de las víctimas, también revelan dicha velocidad. Pero la unidad de causa a que apuntan no constituye unidad de indicio, ya que se trata de efectos distintos causados por la velocidad sobre objetos distintos.

Es clara la falta de razón del libelista y por tanto, el rechazo del cargo es evidente.

Tampoco se encuentra vocación de prosperidad respecto del tercer cargo. En éste, enuncia un falso juicio de existencia, por su desacuerdo con una de las apreciaciones que el fallador consignó en la sentencia para edificar el exceso de velocidad como única circunstancia determinante del descontrol del campero y posterior arrollamiento de las víctimas, cual es, la "menor estabilidad" de los camperos.

En esta materia aunque al censor le asiste razón en cuanto a que esa precaria estabilidad no está acreditada por prueba alguna (de ahí el falso juicio de existencia por suposición de la prueba) no la tiene en cambio respecto a que los camperos "son los carros más estables que existen" pues ello tampoco está acreditado en el expediente por medio probatorio alguno.

Pero ocurre que el Tribunal apreció finalmente, de manera conjunta ese y otros elementos de juicio, y que los que fueron determinantes de la conclusión de falta de cuidado objetivo no han sido contradichos y por ende, el error, pese a demostrarse, no es trascendente.

Respecto del Cuarto Reproche debe decirse que el libelista continúa con la misma línea argumentativa, y que nuevamente acierta al destacar un error de la sentencia sin que le alcance, en cambio, para desestructurar

[2] PIETRO ELLERO, Tratado de la Prueba en materia criminal Pag. 106.

la conclusión de condena. Así entonces, alega una tergiversación de la prueba, al señalar que el fallador se apartó de las reglas de la sana crítica porque, si bien el procesado aceptó haber ingerido alcohol el día anterior a los acontecimientos, sus efectos no podían encontrarse presentes en el momento en que ocurrió el accidente, y por ello su reacción al conducir no se encontraba limitada.

El Tribunal desechó el estado de alicoramiento del encartado y por tanto no le dedujo la circunstancia de agravación contenida en el artículo 330, numeral 1º del Código Penal. Sin embargo tuvo en cuenta la ingesta de licor del día anterior, aceptada por el procesado, unida al alto grado de desgaste que presentaban las llantas, como circunstancias que limitaron su capacidad de reacción.

Es claro que el objetivo del libelista tiene como propósito desvirtuar el criterio del fallador y a fé que lo consigue en esta materia aunque infortunadamente para sus intereses la consideración del ad quem fue la de suministrar una razón adicional y secundaria, por lo que tampoco el yerro ostenta el carácter de trascendente, ni aislado, ni en conjunto con los demás que acá se reconocen como existentes en el fallo

Otro reparo puede hacerse respecto del quinto cargo, en el que es posible identificar un equivocado manejo de la prueba indiciaria. Esta vez resultó para el censor que se tergiversó el hecho indicador demostrado por el dictamen pericial, respecto a que las llantas presentaban un 80% de desgaste, de lo cual dedujo el fallador que ello había limitado la capacidad de reacción del procesado en la maniobra de cortar la curva. Este es precisamente el motivo de queja del demandante: no el sentido objetivo o material de la prueba, sino la deducción que de ella se plasmó en la sentencia, respecto de la cual no acredita una desacertada apreciación racional, como se esperaba de acuerdo a su planteamiento inicial, sino, la necesidad de que se acojan sus tesis, esto es, que la conducta de su representado es ubicable en los marcos de los artículos 40 y 41 literal g) del Código Nacional de Tránsito, a partir de un hecho no probado como el de que las llantas tienen un "gravado (sic) que no es inferior a un centímetro".

También el Tribunal consideró el desgaste como un factor que reforzara la culpa, edificada en el exceso de velocidad, por limitar "la capacidad de reacción en contingencias como la afrontada por el procesado" (fl. 13 de la sentencia).

El hecho evidenciado del desgaste de las llantas, es en verdad una circunstancia de esa clase y al mismo no se le puede oponer unas normas como las enunciadas, porque en ellas se contienen autorizaciones mínimas de circulación cuya observancia no siempre precave toda posibilidad de incurrir en imprudencia.

En otras palabras, si el desgaste de las llantas de un vehículo converge a dificultar las maniobras de control que sobre el mismo es necesario realizar frente a algunas contingencias, es apenas lógico entender que en tanto dicha causa sea agregada por el autor del hecho, por serle imputable, ello repercute para la consolidación del juicio de imprudencia, independientemente de que la regla de tránsito no la lleve aún al ámbito de lo sancionable.

La inferencia, en este sentido, no es equivocada; y el hecho en que ella se apoya no fue tergiversado porque decididamente se acreditó con el dictamen pericial toda vez que el mismo señaló el porcentaje de desgaste de las llantas del vehículo conducido por el procesado.

Con fundamento en las anteriores consideraciones, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

NO CASAR el fallo impugnado.

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, Mario Montilla Nougues, Carlos E. Mejía Escobar, Nilson Pinilla Pinilla.

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

CASACION/ IMPEDIMENTO-Haber dictado providencia

La casación es un recurso extraordinario que implica un juicio de legalidad a la sentencia como decisión de mérito (errores in iudicando), y como acto culminante de un proceso exento de vicios (errores in procedendo). En la primera hipótesis, la actividad de la Corte como Tribunal de Casación se circunscribe al examen de la declaración del derecho material que el fallo contiene, mientras que en la segunda su actividad comprende el examen de la legalidad de la actuación procesal cumplida en las instancias, y desde luego un juicio sobre su legitimidad, en cuanto presupuestos para la adopción de la sentencia.

En un sistema procesal de configuración piramidal como el nuestro, donde las instancias se suceden en orden jerárquico, y los recursos, incluido el extraordinario de casación, se resuelven por el superior, la situación que viene de ser comentada resulta atípica, con clara dislocación del sistema, en cuanto implica el trastocamiento del orden establecido, y el desconocimiento del principio universal según el cual ningún juez puede serlo de sí mismo.

La revisión de las propias actuaciones solo es posible cuando se trata del ejercicio de mecanismos en la propia instancia, que no implican la intervención de una distinta, como cuando una determinada decisión o actuación debe ser examinada en virtud del recurso de reposición, de solicitud de revocatoria, o de petición de nulidad. Pero en tratándose del examen previsto con la intervención de una instancia distinta, o del juicio de legalidad a través de la casación, donde la Corte se erige en Juez de Jueces, y cuyo objeto, como se dejó visto, lo constituye la actuación instancial, no resulta posible que esto acontezca, porque contraría la razón de ser del esquema de examen funcional jerárquico, que busca asegurar que sea un funcionario distinto y de investidura superior, el que revise la actuación precedente.

Cuando debido a deficiencias o extravíos este orden se quebranta, estableciéndose que un mismo funcionario deba acometer en sede de segunda instancia o de casación el examen de sus actuaciones

cumplidas en instancias inferiores, o de otra índole, el sistema hace crisis, pues la realización material de los fines buscados a través suyo no tendría ocurrencia, tornándose consecuencialmente inoperante.

Esto impone la aplicación de mecanismos de carácter excepcional que posibiliten la recomposición del sistema, permitiendo que opere de manera genuina e imparcial, como los impedimentos, instituto a través del cual el funcionario debe separarse del conocimiento del proceso para que sea otro, de la misma categoría, el encargado de resolver el asunto, manteniéndose de esta manera la incolumidad del régimen instancial.

A diferencia de lo que ocurre en materia de revisión, donde la ley estableció un impedimento especial para obviar situaciones de este tipo y procurar que el examen del proceso por el superior sea real (art.236), en casación no existe norma que imponga a los Magistrados que hayan conocido de la actuación en estadios precedentes, separarse de su conocimiento, lo cual resulta explicable si se toma en cuenta que el recurso de casación no procede contra las sentencias proferidas por la Corte como juez de instancia, y por tal motivo resultaba difícil prever, y por ello darle regulación normativa, que la Sala pudiera verse abocada a revisar en sede extraordinaria la legalidad de sus actuaciones como juez de instrucción o juzgamiento.

Hoy día, debido a la adscripción de competencias a la Corte como Juez en única instancia de procesos contra altos funcionarios del Estado, resulta frecuente que esto suceda, puesto que en virtud de la cláusula contenida en el parágrafo del artículo 235 de la Constitución Nacional, la cesación en el ejercicio del cargo determina la pérdida de fuero cuando la conducta punible no tiene relación con las funciones desempeñadas, y por tanto del conocimiento del asunto por parte de la Sala, debiendo el proceso ser sometido a las reglas generales de competencia, dentro de cuyo trámite puede llegar a interponerse el recurso de casación, del cual inexorablemente ha de conocer la Corte.

De allí que deba acudirse a las causales de impedimento generales consagradas en el procedimiento, en orden a resolver la cuestión planteada, y asegurar que el examen que se pretende del proceso por la vía del recurso extraordinario, se realice por jueces que no participaron en la producción de la actuación combatida.

El artículo 103 del Código de Procedimiento Penal, modificado por el 15 de la ley 81 de 1993, establece en su numeral 6º como causal de impedimento, que el funcionario haya dictado la providencia de cuya revisión se trata, o hubiere participado con carácter vinculante en el proceso objeto de estudio.

Al precisar el alcance de estos dos motivos de inhibición, la Corte ha sostenido que el primero busca evitar que quien ha proferido una decisión pueda llegar a revisarla en segunda instancia o casación, mientras el segundo, mucho más amplio, procura impedir que quien ha actuado con efectos vinculantes en la instrucción o el juzgamiento, aspecto que precisamente motiva la inconformidad del impugnante, pueda después participar en la revisión del proceso en una instancia superior, en reafirmación, respecto de los dos supuestos, del principio que el Juez no puede serlo de su propia actuación.

Proceso No. 15224

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal

Aprobado acta No.95

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

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

Correspondería a la Corte calificar el aspecto formal de la demanda de casación presentada por el defensor del doctor Armando Holguín, si no se advirtiera la presencia de una causal de impedimento que inhabilita para conocer del recurso extraordinario a los Magistrados de la Sala que participaron de la instrucción y calificación de este asunto.

SE CONSIDERA

1. Acorde con lo dispuesto en el artículo 235.3 de la Constitución Nacional, y 68.6 del estatuto procesal penal, la Corte aprehendió el conocimiento del presente asunto en contra del doctor Armando Holguín, en su condición de Senador de la República, y calificó el mérito del sumario el 16 de diciembre de 1996 con resolución acusatoria por el delito de enriquecimiento ilícito de particulares, de conformidad con lo establecido en el artículo 10º del Decreto 2266 de 1991 (fls.54-1 y 1, 117-5).

2. Por auto de 6 de marzo de 1997, la Sala se declaró incompetente para seguir conociendo del proceso, después de haber acreditado la desvinculación definitiva del doctor Armando Holguín del cargo de Senador de la República, a partir del 10 de febrero anterior, y dispuso el envío del expediente a la justicia regional para la continuación del juzgamiento (fls.151-5).

3. Mediante sentencia de 13 de marzo de 1998, un Juzgado Regional de Cali condenó al doctor Holguín a la pena principal de 72 meses de prisión, y multa de $221'662.000.oo, y la accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas por un tiempo igual a la pena privativa de la libertad, conforme a los cargos imputados en la resolución acusatoria (fls.451-6).

4. Apelado este fallo por el defensor del procesado, el Tribunal Nacional, mediante el suyo de 6 de julio de 1998, que ahora es recurrido en casación por la defensa, confirmó la condena, aumentando la pena privativa de la libertad de 72 a 84 meses de prisión, y aclarando que el nombre correcto del procesado es Armando Holguín, y no Armando Holguín Sarria, como aparece registrado en el proceso (fls.13-8).

5. En virtud de una acción de tutela promovida por el procesado contra el Tribunal Nacional por violación del derecho al debido proceso, derivado del desconocimiento del principio de prohibición de la reformatio in pejus, la Sección Segunda del Tribunal Contencioso Administrativo del Valle del Cauca ordenó modificar la sentencia de segundo grado, en el sentido de «confirmar la condena de seis años impuesta por el Juzgado», orden esta que fue acatada por el Tribunal Nacional mediante providencia de 7 de diciembre de 1998 (fls.251, 306-8).

6. La casación es un recurso extraordinario que implica un juicio de legalidad a la sentencia como decisión de mérito (errores in iudicando), y como acto culminante de un proceso excento de vicios (errores in procedendo). En la primera hipótesis, la actividad de la Corte como Tribunal de Casación se circunscribe al examen de la declaración del derecho material que el fallo contiene, mientras que en la segunda su actividad comprende el examen de la legalidad de la actuación procesal cumplida en las instancias, y desde luego un juicio sobre su legitimidad, en cuanto presupuestos para la adopción de la sentencia.

7. Examinada la demanda de casación presentada por el defensor del ex-Senador Armando Holguín, se advierte que la mayor parte de las propuestas de ataque formuladas contra la sentencia impugnada están orientadas a discutir la validez de la actuación de la Sala de Casación Penal como Juez de instrucción y juzgamiento en única instancia, y su competencia (fls.97 a 228-8), situación que implica a la Corte tener que revisar dicha actuación en orden a establecer su legalidad, o lo que es igual, que como Juez de casación deba examinar las decisiones y actuaciones que como Juez de instancia adoptó y cumplió.

8. En un sistema procesal de configuración piramidal como el nuestro, donde las instancias se suceden en orden jerárquico, y los recursos, incluido el extraordinario de casación, se resuelven por el superior, la situación que viene de ser comentada resulta atípica, con clara dislocación del sistema, en cuanto implica el trastocamiento del orden establecido, y el desconocimiento del principio universal según el cual ningún juez puede serlo de sí mismo.

La revisión de las propias actuaciones solo es posible cuando se trata del ejercicio de mecanismos en la propia instancia, que no implican la intervención de una distinta, como cuando una determinada decisión o actuación debe ser examinada en virtud del recurso de reposición, de

solicitud de revocatoria, o de petición de nulidad. Pero en tratándose del examen previsto con la intervención de una instancia distinta, o del juicio de legalidad a través de la casación, donde la Corte se erige en Juez de Jueces, y cuyo objeto, como se dejó visto, lo constituye la actuación instancial, no resulta posible que esto acontezca, porque contraría la razón de ser del esquema de examen funcional jerárquico, que busca asegurar que sea un funcionario distinto y de investidura superior, el que revise la actuación precedente.

Cuando debido a deficiencias o extravíos este orden se quebranta, estableciéndose que un mismo funcionario deba acometer en sede de segunda instancia o de casación el examen de sus actuaciones cumplidas en instancias inferiores, o de otra índole, el sistema hace crisis, pues la realización material de los fines buscados a través suyo no tendría ocurrencia, tornándose consecuencialmente inoperante.

Esto impone la aplicación de mecanismos de carácter excepcional que posibiliten la recomposición del sistema, permitiendo que opere de manera genuina e imparcial, como los impedimentos, instituto a través del cual el funcionario debe separarse del conocimiento del proceso para que sea otro, de la misma categoría, el encargado de resolver el asunto, manteniéndose de esta manera la incolumidad del régimen instancial.

9. A diferencia de lo que ocurre en materia de revisión, donde la ley estableció un impedimento especial para obviar situaciones de este tipo y procurar que el examen del proceso por el superior sea real (art.236), en casación no existe norma que imponga a los Magistrados que hayan conocido de la actuación en estadios precedentes, separarse de su conocimiento, lo cual resulta explicable si se toma en cuenta que el recurso de casación no procede contra las sentencias proferidas por la Corte como juez de instancia, y por tal motivo resultaba difícil prever, y por ello darle regulación normativa, que la Sala pudiera verse abocada a revisar en sede extraordinaria la legalidad de sus actuaciones como juez de instrucción o juzgamiento.

Hoy día, debido a la adscripción de competencias a la Corte como Juez en única instancia de procesos contra altos funcionarios del Estado, resulta frecuente que esto suceda, puesto que en virtud de la claúsula contenida en el parágrafo del artículo 235 de la Constitución Nacional, la cesación en el ejercicio del cargo determina la pérdida de fuero cuando la conducta punible no tiene relación con las funciones desempeñadas, y por tanto del conocimiento del asunto por parte de la Sala, debiendo el proceso ser sometido a las reglas generales de competencia, dentro de cuyo trámite puede llegar a interponerse el recurso de casación, del cual inexorablemente ha de conocer la Corte.

De allí que deba acudirse a las causales de impedimento generales consagradas en el procedimiento, en orden a resolver la cuestión plantea-

da, y asegurar que el examen que se pretende del proceso por la vía del recurso extraordinario, se realice por jueces que no participaron en la producción de la actuación combatida.

10. El artículo 103 del Código de Procedimiento Penal, modificado por el 15 de la ley 81 de 1993, establece en su numeral 6º como causal de impedimento, que el funcionario haya dictado la providencia de cuya revisión se trata, o hubiere participado con carácter vinculante en el proceso objeto de estudio.

Al precisar el alcance de estos dos motivos de inhibición, la Corte ha sostenido que el primero busca evitar que quien ha proferido una decisión pueda llegar a revisarla en segunda instancia o casación, mientras el segundo, mucho más amplio, procura impedir que quien ha actuado con efectos vinculantes en la instrucción o el juzgamiento, aspecto que precisamente motiva la inconformidad del impugnante, pueda después participar en la revisión del proceso en una instancia superior, en reafirmación, respecto de los dos supuestos, del principio que el Juez no puede serlo de su propia actuación.

Para el caso objeto de estudio, la Corte adelantó toda la instrucción del sumario y calificó con resolución acusatoria su mérito, estructurándose, de esta forma, la segunda hipótesis comentada: haber participado dentro del proceso con carácter vinculante. Pero además de ello, la demanda de casación presentada contra la sentencia de segundo grado contiene un buen número de cargos que cuestionan la legalidad de la actuación adelantada por ella, y algunas de sus decisiones, situación que determina que en su condición de Juez de casación tenga que revisarlas, configurándose, también, la primera hipótesis: haber dictado la providencia de cuya revisión se trata.

11. Visto, entonces, que concurre la causal sexta de impedimento prevista en el artículo 103 del estatuto procesal, los Magistrados Fernando Arboleda Ripoll, Ricardo Calvete Rangel, Jorge Córdoba Poveda, Carlos A. Gálvez Argote, Jorge Aníbal Gómez Gallego, Carlos E. Mejía Escobar y Nilson Pinilla Pinilla, nos declaramos impedidos para conocer del trámite y decisión del recurso extraordinario interpuesto en este asunto, por habernos correspondido adelantar la instrucción y calificar su mérito.

Pase el proceso al despacho del Magistrado doctor Edgar Lombana Trujillo para los fines pertinentes.

Cúmplase.

Jorge Aníbal Gómez Gallego, Fernando E. Arboleda Ripoll, Ricardo Calvete Rangel, Jorge Córdoba Poveda, Carlos Augusto Gálvez Argote, Edgar Lombana Trujillo, Mario Mantilla Nougues, Carlos E. Mejía Escobar, Nilson Pinilla Pinilla.

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

CASACION DISCRECIONAL-
Legitimidad para interponer el recurso

1.- El recurso de casación discrecional, ha sido dicho, requiere para su concesión el cumplimiento de precisas exigencias, las cuales deben ser satisfechas por el impugnante a riesgo de que resulte inadmitido. Tales presupuestos, ampliamente desarrollados por la jurisprudencia, son:

1.1.- Que se dirija contra un fallo de segunda instancia, siempre y cuando respecto del mismo no proceda la casación común, sea por razón del órgano que lo profiere, o por el máximo de pena privativa de la libertad establecido en la ley para el delito por el cual se dictó.

1.2.- Que exista legitimación para recurrir, esto es que su interposición provenga del Procurador, su Delegado, o el defensor, quienes podrán actuar de manera conjunta, separada o exclusiva, pero siempre en beneficio de los intereses que como sujetos procesales representan.

1.3.- Que la impugnación -y su fundamentación-, se presente dentro del término de ejecutoria, es decir en los quince (15) días siguientes a su última notificación.

1.4.- Que el impugnante exponga claramente, las razones que tiene para acudir ante la Corte, para que ésta pueda examinar la viabilidad de su petición, pues el pronunciamiento que en ejercicio de su discrecionalidad le compete, ha de estar apoyado en los fines establecidos para el recurso, esto es para «el desarrollo de la jurisprudencia o la garantía de los derechos fundamentales», únicos motivos por los cuales puede ser admitido.

2.- También ha precisado la Sala, que cuando el motivo de impugnación se funde en la violación de un derecho fundamental, es imprescindible su nítida identificación como garantía constitucional, así como el señalamiento de su concreta violación en el respectivo proceso (cfr. Auto mayo 7/96 M. P. Dr. ARBOLEDA RIPOLL).

Cuando se aduce la violación al debido proceso, a propósito de la casación discrecional, es de entenderse que se debe alegar la exis-

tencia de una irregularidad sustancial que afecta su estructura, como podría ser, por vía de ejemplo, la falta de apertura de investigación, la no vinculación del procesado por los mecanismos establecidos para ello, no haber sido definida su situación jurídica, la omisión en proferir la providencia que decreta el cierre de la investigación, desconocer que el sistema se integra por dos ciclos claramente definidos: uno de investigación y otro de juzgamiento: pasar por alto que dentro del juicio han de surtirse dos etapas: una probatoria y otra de debate oral; o, en general y para cualquier tipo de proceso, de formulación de cargos y sentencia, o pretermitir la tramitación de la segunda instancia, si la naturaleza del proceso la admite; o la transgresión manifiesta de los principios de legalidad o culpabilidad.

Proceso No. 15333

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal

Aprobado acta No. 95

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

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

Se pronuncia la Corte sobre la concesión del recurso extraordinario de casación discrecional, interpuesto por el defensor del procesado Hernán Londoño Arias con fundamento en el inciso tercero del artículo 218 del Código de Procedimiento Penal, contra la sentencia emitida el 10 de noviembre de 1998 por el Juzgado Tercero Penal del Circuito de Pereira, confirmatoria de la proferida por el Juzgado Sexto Penal Municipal de la misma ciudad, en la cual se le condenó a doce meses de prisión y multa equivalente a un día de salario mínimo legal por el delito de inasistencia alimentaria.

Antecedentes

El 27 de diciembre de 1996 ante la Unidad Investigativa del C.T.I. con sede en Pereira, la señora Luz Mery López instauró querella penal en contra de Hernán Londoño Arias, por haber incumplido con la obligación alimentaria impuesta en favor de su hijo Jorge Hernán Londoño López mediante sentencia proferida el 9 de junio de 1995, dentro del proceso de filiación extramatrimonial que hizo trámite ante el Juzgado Tercero de Familia de esa ciudad.

Abierta la investigación por la Fiscalía Veintiuno Delegada ante los Juzgados Penales Municipales (fl. 22), y luego de fracasar la audiencia de conciliación (fl. 26) y de recaudarse los testimonios de José Raúl López Arrubla (fl. 32) y de Blanca Lucelly Vanegas Cespedes (fls. 33), se vinculó mediante indagatoria a Hernán Londoño Arias (fls. 34), contra quien defi-

nió su situación jurídica con medida de aseguramiento de caución juratoria (fls. 44 y ss).

Previa clausura del ciclo instructivo (fl. 58), el seis de agosto de mil novecientos noventa y siete en su contra se profirió resolución acusatoria por el delito de inasistencia alimentaria (fls. 67), decisión que adquirió ejecutoria en esa instancia.

Asumido el conocimiento del juicio por el Juzgado Sexto Penal Municipal, luego de recaudar algunas pruebas pedidas por el defensor, se llevó a cabo la vista pública (fls. 108 y ss.) culminándose la instancia con condena al procesado a las penas principales de doce meses de prisión y multa en cuantía de un día de salario mínimo legal, y la accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas por un tiempo igual al de la pena privativa de libertad, como también al pago de los perjuicios morales y materiales ocasionados con el delito, al tiempo que le concedió el subrogado de la condena de ejecución condicional (fls. 124).

Contra la sentencia de primer grado el defensor oportunamente interpuso recurso de apelación, siendo confirmada por el Juzgado Tercero Penal del Circuito, mediante fallo (fls. 159 y ss.) que ahora es objeto del recurso extraordinario de casación.

LAS RAZONES DEL IMPUGNANTE

En oportunidad, ante el ad quem, el defensor elevó petición de concesión del recurso extraordinario de casación discrecional, de conformidad con lo previsto en el inciso tercero del artículo 218 del Código de Procedimiento Penal, en la que denuncia haber sido conculcada la garantía fundamental al debido proceso, establecida por el artículo 29 de la Constitución Política.

Aduce al respecto que fueron transgredidos los artículos 246 y 247 del Código de Procedimiento Penal, pues aunque no trata de cuestionar con el recurso la apreciación probatoria, sí el reconocimiento expreso por los funcionarios sobre la ausencia de la prueba de culpabilidad. Esto lo funda en la siguiente afirmación según dice hecha en la sentencia de segundo grado:

"Es incuestionable que en materia penal corresponde al Estado desentrañar la verdad real, desarrollando in integrum el principio de la investigación integral, pero ese postulado tampoco autoriza a los sujetos procesales, ... a adoptar pasiva actitud frente al allegamiento de pruebas... atribuyéndole a la hora de nona todas las falencias visualizadas en la tramitación a una paquidérmica gestión de los funcionarios judiciales, brillante apotegma para justificar su propia inercia".

Considera también que la sentencia hace afirmaciones contrarias a la realidad puesto que da a entender que la defensa ha alegado la invalidez del fallo civil de paternidad, lo que no es cierto.

Del mismo modo, en la resolución acusatoria la Fiscalía "también confiesa la falta de prueba de la culpabilidad", con lo cual incurre en "violación a las formas estatuidas para el proceso".

En el acápite que denomina "Investigación integral", anuncia que durante la instrucción, y sin que ningún medio de prueba diera lugar a ello, la Fiscalía dispuso oficiar a la FES y a la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos y, no obstante que esta última entidad dio respuesta favorable al procesado, dicho medio no fue valorado por el organismo investigador "guardando absoluto silencio sobre ella".

Se queja igualmente que la Fiscalía no hubiese citado a declarar a la esposa e hijas del procesado "para que explicaran todo lo pertinente, especialmente sobre asuntos patrimoniales de su padre y esposo", pese a que en la indagatoria figura la dirección y nombre de cada cual, transgrediéndose de esta forma lo dispuesto por el artículo 362 del C.P.P.

En la sentencia de segunda instancia, se toman en cuenta como testigos quienes hacen afirmaciones aparentemente indefinidas y con base en ellas se condenó al procesado por la presunta capacidad económica de los familiares o los amigos de aquél.

Retomando el tema relacionado con la solicitud probatoria a la Fes y la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos, sostiene el impugnante que "se violó innecesariamente la publicidad" por no saberse quién informó a la fiscalía que allí podría encontrarse la prueba sobre la capacidad económica del sindicado, toda vez que eso no lo menciona el expediente, y la prueba tampoco fue ordenada pues se pidió directamente casi que con sigilo. Entonces, si la información la suministró a la fiscalía uno de los testigos de cargo, o la propia denunciante, pregunta "¿Qué hubiere sucedido si en eso consistía su creencia de que Hernán Londoño es un hombre pudiente de negocios? ¿Si en ello consistía la razón de su dicho?. Y , si bien la sentencia de segunda instancia en el resumen de la impugnación registró el reparo en ese sentido hecho por la defensa, omitió hacer cualquier consideración al respecto.

Estima que la sentencia de segundo grado transgredió el "mandato de imparcialidad" por no haberle asignado ningún valor probatorio a la prueba sobre capacidad económica del procesado, constituida por el informe procedente de la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de La Dorada, con lo cual se violó el artículo 254 del C. de P. P. y, la Fiscalía, por su parte, desconoció el artículo 249 ejusdem, al no mencionar en la resolución de acusación esa misma prueba, que recaudó con tanto celo.

Correspondiéndole al estado la carga de probar que el sindicado es responsable del delito que se le atribuye, mientras esa prueba no se produzca, debe amparársele con la presunción de inocencia, por la imposibilidad lógica de demostrar una negación indefinida como lo es no haber

delinquido, según ha sido esto reconocido por la jurisprudencia de la Corte, en criterio que se ajusta al caso concreto en el cual la defensa del sindicado solo puede consistir en sostener que no tiene recursos económicos propios, ni bienes, ni empleo.

Por esto, a su modo de ver al procesado se le endilgó responsabilidad objetiva toda vez que el fallo de segunda instancia saltó del hecho de que existiera un hijo menor, y que éste no hubiera recibido alimentos de su padre, a la confirmación de la condena pretermitiendo la prueba sobre la capacidad económica.

Finalmente se refiere a la crítica de la sentencia sobre la voluntad del procesado de consignar algunas sumas de dinero para evitar el proceso penal, pues a su criterio lo sucedido fue que la demandante logró, por la vía penal, conseguir que el procesado le entregara unos dineros que obtuvo por la generosidad de otras personas (fls. 174 y ss.).

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

1. El recurso de casación discrecional, ha sido dicho, requiere para su concesión el cumplimiento de precisas exigencias, las cuales deben ser satisfechas por el impugnante a riesgo de que resulte inadmitido. Tales presupuestos, ampliamente desarrollados por la jurisprudencia, son:

1.1. Que se dirija contra un fallo de segunda instancia, siempre y cuando respecto del mismo no proceda la casación común, sea por razón del órgano que lo profiere, o por el máximo de pena privativa de la libertad establecido en la ley para el delito por el cual se dictó.

1.2. Que exista legitimación para recurrir, esto es que su interposición provenga del Procurador, su Delegado, o el defensor, quienes podrán actuar de manera conjunta, separada o exclusiva, pero siempre en beneficio de los intereses que como sujetos procesales representan.

1.3. Que la impugnación -y su fundamentación-, se presente dentro del término de ejecutoria, es decir en los quince (15) días siguientes a su última notificación.

1.4. Que el impugnante exponga claramente, las razones que tiene para acudir ante la Corte, para que ésta pueda examinar la viabilidad de su pedido, pues el pronunciamiento que en ejercicio de su discrecionalidad le compete, ha de estar apoyado en los fines establecidos para el recurso, esto es para «el desarrollo de la jurisprudencia o la garantía de los derechos fundamentales», únicos motivos por los cuales puede ser admitido.

2. También ha precisado la Sala, que cuando el motivo de impugnación se funde en la violación de un derecho fundamental, es imprescindible su nítida identificación como garantía constitucional, así como el señalamiento de su concreta violación en el respectivo proceso (cfr. Auto mayo 7/96 M. P. Dr. Arboleda Ripoll).

3. En el caso propuesto, encuentra la Sala que la única vía de procedencia es la impugnación excepcional por cuanto la circunstancia de provenir la sentencia de segundo grado de un Juzgado Penal del Circuito, impide recurrir en casación común.

También se advierte que el recurso fue interpuesto oportunamente por el defensor quien, como se anotó, tiene facultad para demandar la intervención de la Corte, de donde surge que estos presupuestos se encuentran satisfechos.

En la fundamentación del recurso, se observa, sin embargo, que el motivo expuesto, relativo a la transgresión del debido proceso como garantía fundamental, no aparece evidenciado.

Cuando se aduce la violación al debido proceso, a propósito de la casación discrecional, es de entenderse que se debe alegar la existencia de una irregularidad sustancial que afecta su estructura, como podría ser, por vía de ejemplo, la falta de apertura de investigación, la no vinculación del procesado por los mecanismos establecidos para ello, no haber sido definida su situación jurídica, la omisión en proferir la providencia que decreta el cierre de la investigación, desconocer que el sistema se integra por dos ciclos claramente definidos: uno de investigación y otro de juzgamiento; pasar por alto que dentro del juicio han de surtirse dos etapas: una probatoria y otra de debate oral; o, en general y para cualquier tipo de proceso, de formulación de cargos y sentencia, o pretermitir la tramitación de la segunda instancia, si la naturaleza del proceso la admite; o la transgresión manifiesta de los principios de legalidad o culpabilidad.

Nada de esto evidencia el libelo impugnatorio pues si bien expresamente en él menciona que con la solicitud no se persigue cuestionar la apreciación probatoria realizada por los juzgadores, este finalmente es el derrotero que se cumple a lo largo del discurso con que se fundamenta.

De ahí la repetida referencia a la ausencia de prueba sobre la culpabilidad, la forma como fueron allegadas al proceso las certificaciones provenientes de la FES y la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos, el mérito persuasivo otorgado en el fallo a quienes declararon sobre la capacidad económica del procesado, y la afirmación de habérsele atribuido una responsabilidad objetiva, todo lo cual es muestra elocuente de lo aquí dicho.

En relación con los documentos provenientes de la FES y la Oficina de Registro, ha de decirse, además, que mientras de una parte se cuestiona la validez de su aducción, seguidamente de modo contradictorio el impugnante se queja de no haber sido considerados, sin lograr saberse en últimas a cuál de esos aspectos se refiere el reproche, los que por ser

excluyentes, no pueden ser alegados simultáneamente a menos de contradecir las reglas de la lógica.

Y cuando en el memorial se menciona la transgresión al principio de investigación integral por no haberse escuchado la declaración de la esposa e hijas del procesado, nada se informa sobre qué hubieren podido aportar ellas a la investigación, ni cómo de haberse recibido sus testimonios habrían conducido a los juzgadores a adoptar una solución sustancialmente distinta y favorable al procesado, lo cual, por supuesto, le quita toda seriedad a la propuesta impugnatoria.

Además, en lugar de ceñirse estrictamente el impugnante a lo que la providencia ameritada dice de manera objetiva, en transgresión del principio de lealtad, de obligatorio seguimiento por los intervinientes en la actuación, la cercena para ponerla a decir lo que no dice: mientras en el libelo se afirma que la sentencia reconoce expresamente la ausencia de prueba sobre la culpabilidad, al leerla se encuentra que su contexto dice relación con algo totalmente distinto como es la censura por la actitud de pasividad adoptada por la defensa:

"Es incuestionable que en materia penal corresponde al Estado desentrañar la verdad real, desarrollando in integrum el principio de la investigación integral, pero ese postulado tampoco autoriza a los sujetos procesales, especialmente a la defensa a adoptar pasiva actitud frente al allegamiento de pruebas tendientes a demostrar ya la inocencia del reo o cualquiera otra circunstancia menos gravosa de la situación jurídico procesal. Aquí tanto procesado como defensor asumieron el fácil papel de simples espectadores en los resultados de la investigación, atribuyéndole a la hora de nona todas las falencias visualizadas en la tramitación a una paquidérmica gestión de los funcionarios judiciales, brillante apotegma para justificar su propia inercia".

Para rematar el cúmulo de consideraciones, contrarias a la objetividad con que debe proponerse el recurso al que se acude, en el libelo se destaca el criterio particular sobre el alcance y sentido de la consignación de dineros por el procesado en favor de la denunciante, sin relación ninguna con el motivo por el que demanda la concesión del medio extraordinario de impugnación que invoca.

Entonces, como el motivo de casación discrecional invocado por el recurrente no logra hacerse evidente en la actuación, es de concluirse que la propuesta quedó en su solo enunciado por no concretar ninguna de las eventualidades de transgresión al debido proceso, que, como se anotó, pueden presentarse. Por esto, la solución que se impone adoptar es su rechazo y la devolución del expediente al Juzgado de origen.

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

RESUELVE:

RECHAZAR el recurso extraordinario de casación discrecional intentado por el defensor del procesado HERNAN LONDOÑO ARIAS, dentro del presente asunto.

Devuélvase el expediente al Juzgado de origen.

Notifíquese y cúmplase.

Jorge Aníbal Gomez Gallego, Fernando E. Arboleda Ripoll, Ricardo Calvete Rangel, Jorge Córdoba Poveda, Carlos Augusto Galvez Argote, Edgar Lombana Trujillo, Mario Mantilla Nougues, Carlos E. Mejía Escobar, Nilson Pinilla Pinilla.

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

LIBERTAD CONDICIONAL

Presupuesto del subrogado de la libertad condicional es que el juez realice una evaluación acerca de la necesidad o no de proseguir el tratamiento penitenciario, de acuerdo con las pautas señaladas por el mencionado artículo 72, dentro de las cuales se encuentra un análisis favorable de readaptación social fundado en la personalidad, la conducta en el establecimiento carcelario y los antecedentes de todo orden.

Tales presupuestos deben servir de norte para verificar la tan anhelada «readaptación social», por lo que el incumplimiento de uno de ellos o su no satisfacción desvirtúa de plano la viabilidad para la concesión del subrogado.

En estas condiciones, pueden catalogarse los presupuestos señalados en la citada norma, como de orden comportamental previo y concomitante a la privación de la libertad. Con relación al primero dentro del que se incluye la personalidad, es necesario valorar las manifestaciones que reflejan las motivaciones internas delimitadoras de la misma.

Proceso No. 15245

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal

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

Aprobada acta Nº 95

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

VISTOS

Resuelve la Sala la petición de libertad provisional formulada por el procesado Luis Hernando Peralta Novoa, quien se encuentra recluido en la Colonia Penal de Oriente de Acacías (Meta).

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

1.- Solicita el procesado su libertad condicional, entendida como libertad provisional, por cuanto considera que los requisitos de que trata el artículo 72 del C.P. se encuentran reunidos a satisfacción, dado el cumplimiento de las dos terceras partes de la pena y que ha logrado la resocialización en virtud del excelente comportamiento mostrado en el centro carcelario en el que se encuentra.

2.- Conforme se encuentra dirigida la solicitud de libertad, se procederá a su estudio de la siguiente forma:

La citada disposición se refiere al cumplimiento de dos factores: el objetivo, contar hasta el momento de la solicitud con, por lo menos, las dos terceras partes de la pena; y el subjetivo, atinente a que de un estudio de la personalidad del sentenciado, de su comportamiento en prisión y de los antecedentes de todo orden, pueda concluirse que se ha readaptado socialmente.

Así las cosas, Luis Hernando Peralta Novoa fue condenado por el Juzgado Noveno Penal del Circuito de Santa Fe de Bogotá, en sentencia anticipada del 20 de enero de 1.998, a la pena principal de 40 meses de prisión, como responsable del delito de hurto calificado y agravado, sanción que fue confirmada integralmente por el Tribunal Superior de esta misma ciudad, en decisión del 24 de marzo de 1.998, y que ahora es objeto del recurso extraordinario de casación.

Los hechos por los que se condenó al peticionario, tal como se desprende de la actuación y de las decisiones de fondo en él contenidas, acaecieron cuando el procesado y otro sujeto penetraron en horas de la noche en un almacén de ropa infantil, ubicado en la zona de Chapinero, y luego de violentar las rejas que protegían el local, romper sus vidrios y bloquear el sistema de seguridad, procedieron a saquear el lugar, logrando sustraer mercancía avaluada en treinta millones de pesos.

3.- Con relación a los cómputos de cumplimiento de pena se tiene un total de 21 meses de descuento físico, pues su privación efectiva de libertad tuvo lugar el 30 de septiembre de 1.997.

Por concepto de rebaja de pena por trabajo y estudio realizados en el centro penitenciario, según la ley 65 de 1.993, y de conformidad con los certificados que para el efecto se allegan, se ha hecho acreedor a 1896 horas por lo primero, equivalentes a 118 días; y de 690 horas, equivalentes a 57 días, por lo segundo, para un total de descuento de 5 meses y 25 días.

Lo anterior arroja un cumplimiento de pena de 26 meses y 25 días, superior a las dos terceras partes de la condena, pues este guarismo equivale a 26 meses y 20 días.

En cuanto al factor subjetivo, tenemos lo siguiente:

Presupuesto del subrogado de la libertad condicional es que el Juez realice una evaluación acerca de la necesidad o no de proseguir el tratamiento penitenciario, de acuerdo con las pautas señaladas por el mencionado artículo 72, dentro de las cuales se encuentra un análisis favorable de readaptación social fundado en la personalidad, la conducta en el establecimiento carcelario y los antecedentes de todo orden.

Tales presupuestos deben servir de norte para verificar la tan anhelada «readaptación social», por lo que el incumplimiento de uno de ellos o su no satisfacción desvirtúa de plano la viabilidad para la concesión del subrogado.

En estas condiciones, pueden catalogarse los presupuestos señalados en la citada norma, como de orden comportamental previo y concomitante a la privación de la libertad. Con relación al primero dentro del que se incluye la personalidad, es necesario valorar las manifestaciones que reflejan las motivaciones internas delimitadoras de la misma.

La realización de conductas en circunstancias que comportan una notable conmoción y daño particular y social, como la relatada en la introducción de esta determinación, muestran un radical apartamiento de los límites y restricciones de la vida en comunidad, en una manifestación de frialdad e irrespeto absoluto por los derechos de los demás, siendo ello revelador de una personalidad excluida del pronóstico favorable que posibilite el subrogado de la libertad condicional.

Así pues, al no darse las exigencias que la ley determina para que pueda concederse la libertad provisional demandada, la petición será resuelta adversamente.

Advirtiéndose que ésto no debe desmotivar la labor de trabajo o estudio que se realice en los centros penitenciarios, o el buen comportamiento que se muestre en los mismos, ya que ello por sí sólo se encuentra premiado con las rebajas de pena que establece la ley, pero con la absoluta claridad que por sí solos no bastan para un diagnóstico-pronóstico, sobre la necesidad del cumplimiento total de la pena y de que debe continuar el tratamiento penitenciario.

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

RESUELVE:

NEGAR al procesado Luis Hernando Peralta Novoa la libertad provisional solicitada, en razón a las anteriores consideraciones

Notifíquese y cúmplase.

Jorge Aníbal Gomez Gallego, Fernando E. Arboleda Ripoll, Ricardo Calvete Rangel, Jorge Córdoba Poveda, Carlos Augusto Galvez Argote, Edgar Lombana Trujillo, Mario Mantilla Nougues, Carlos E. Mejía Escobar, Nilson Pinilla Pinilla.

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

REBELION/ CASACION-
Procedencia, decisiones interlocutorias/ SENTENCIA

El hecho de que en el mismo proveído formalmente entendido se haya decidido el objeto final de la acción penal profiriéndose el fallo respectivo respecto de los acusados y, asimismo, declarado la nulidad de lo actuado en relación con el delito de rebelión, al igual que con los de secuestro extorsivo agravado y concierto para secuestrar, esto no está significando que analizado el acto desde el punto de vista del contenido su naturaleza permanezca igual para las dos clases de decisiones tomadas, pues la que declara la invalidez en ningún momento puede equipararse a un fallo, sólo se trata de una decisión motivada de carácter interlocutorio que si bien resuelve un aspecto sustancial del proceso como es su propia legalidad, lo cual precisamente le da esta naturaleza, no del pronunciamiento por medio del cual, el juez competente, una vez agotado el procedimiento previamente establecido por la ley, decide finalmente la acción penal con efectos de cosa juzgada, formal mientras se surten los recursos a que hubiere lugar y material, una vez decididos.

En este caso, entonces, al haber incluido el Tribunal las dos clases de decisiones en el mismo acto, es claro que la declaratoria de nulidad respecto al delito de rebelión no forma parte de la sentencia y por ende, no podía ser recurrida en casación, toda vez que este recurso extraordinario por disposición del artículo 218 del Código de Procedimiento Penal, únicamente procede contra las sentencias de segunda instancia dictadas por el Tribunal Nacional, los Tribunales Superiores de Distrito Judicial y el Tribunal Penal Militar, o en el caso de la casación excepcional contra la sentencias proferidas en segunda instancia por los Juzgados Penales del Circuito, no contra las decisiones de simple naturaleza interlocutoria como la reseñada, como tampoco contra las Resoluciones acusatorias, como igualmente lo trata de enfocar el demandante, pues por más que en ella se formulen los cargos base de la sentencia en ningún momento puede equipararse, ya que precisamente el hecho de corresponder a su acto antecedente sustentado en diversas exigencias formales y probatorias, menores desde luego, necesariamente excluye tan inusitada posibilidad.

Proceso No. 12663

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal

Magistrado Ponente: Dr. *Carlos Augusto Gálvez Argote*

Aprobado Acta No. 98

Santa Fe de Bogotá,D.C., Junio treinta de mil novecientos noventa y nueve.

VISTOS

Rota la unidad procesal en virtud del trámite de sentencia anticipada que se dispuso en relación con el procesado Héctor Fabio Meneses Artunduaga, en este expediente un Juzgado Regional de esta ciudad condenó en primera instancia a Carlos Andrés Rivera Meneses y Ruperto Rivera Meneses a la pena principal de 40 años de prisión y multa del equivalente a 150 salarios mínimos legales mensuales, como coautores responsables de los delitos de secuestro extorsivo agravado, concierto para secuestrar, rebelión, porte y conservación de armas de uso privativo de las Fuerzas Militares y de defensa personal, como también a Nidia Calderón Claros a la pena principal de 66 meses de prisión y multa de 100 salarios mínimos mensuales por la rebelión y el porte ilegal de armas de defensa personal, con la aclaración de que respecto del delito contra el Régimen Constitucional, éste fue objeto de investigación y fallo en este proceso solo por efectos de conexidad procesal, pues se trata de hechos ajenos a los referidos con el secuestro, el concierto para secuestrar y el porte y conservación de armas también decididos en este caso.

Apelada esta decisión por el Fiscal Regional que adelantó la investigación, para quien, "en justicia", no procede en este caso la aplicación de la Ley 40 de 1.993, si se tiene en cuenta que tan sólo llevaba un día de vigencia para cuando se consumaron los hechos; mientras que para los defensores de los procesados, quienes también impugnaron con igual recurso el fallo de primer grado, se imponía la declaratoria de nulidad de lo actuado respecto de los Rivera Meneses, por estar subsumido el porte de armas en el delito de rebelión y la absolución para Nidia Calderón Claros por "no haber cometido delito alguno", el Tribunal Nacional, una vez advirtió que igualmente procedería en ejercicio del grado jurisdiccional de consulta a que estaba sometido el fallo de primer grado, decidió revisarlo integralmente mediante decisión del 12 de septiembre de 1.995, observando que si bien respecto de la audiencia especial verificada a petición del defensor de los implicados Rivera Meneses y Nidia Calderón Claros el 3 de diciembre de 1.993, el Fiscal Regional que conoció de ella la declaró "sin efectos" por no haberse llegado a acuerdo alguno en razón de lo confuso de las respuestas dadas frente a los cargos que les fueron formulados, era lo cierto que respecto del delito de rebelión sí existía una tal

admisión de responsabilidad y por tanto, habiéndose "vulnerado así el debido proceso", se imponía declarar la nulidad de lo actuado, como en efecto lo decidió, dejando el proceso por ese delito en estado de proferirse por separado la sentencia parcial respectiva.

Igualmente, y bajo el entendimiento de que no obstante haberse formulado la acusación por los delitos de secuestro extorsivo y concierto para secuestrar con base en lo dispuesto en los artículos 6o. del Decreto 2.790 de 1.990 y 270 del Código Penal, se les condenó como infractores de los artículos 1o. y 5o. de la Ley 40 de 1.993, también se declaró la invalidez de lo diligenciado para que se procediera a la nueva y correcta calificación del sumario por estos hechos punibles, habida cuenta de que lo correcto era acusar con amparo en la última Ley en cita, pues el plagio se terminó de consumar bajo su vigencia.

En estas condiciones, terminó el ad quem condenando a los incriminados únicamente por infracción a los artículos 1o. y 2o. del Decreto 3.664 de 1.986, imponiéndoles la pena principal de 66 meses de prisión y la accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas por igual lapso, a cada uno, siendo impugnada extraordinariamente la decisión por los defensores de los tres procesados, no obstante que solo fue sustentado el recurso respecto de Carlos Andrés Rivera Meneses, al cual se contrae el presente fallo.

Hechos y Actuación Procesal

El 11 de diciembre de 1.992, cuando el ciudadano Juan Guillermo Cano Sanz visitaba la Hacienda Miravalle propiedad de su familia en el Municipio de Alvarado (Tolima), fue interceptado por tres hombres jóvenes que adujeron pertenecer a la «Coordinadora Nacional Guerrillera», quienes lo llevaron hacia las montañas en condición de secuestrado. A los pocos días, gracias a dos informantes que posteriormente declararon en la investigación bajo reserva de identidad, logró conocerse que el plagio había sido perpetrado por un grupo de individuos integrantes de una bien conformada organización dedicada al secuestro, ex militantes de las FARC, disponiéndose el allanamiento de la casa ubicada en la Calle 9a. No. 1-53 del Barrio Gaviota en la ciudad de Ibagué, en donde fueron incautados 2 fusiles R-15, 1 fusil G-3, 1 carabina, 2 subametralladoras Uzi, 2 pistolas calibres 9mm. y 380, 1 revolver Llama 38 largo, 4 granadas y múltiples proveedores y cartuchos para distintas armas, elementos todos cuya conservación y almacenaje era atribuible a los numerosos miembros de la banda delictiva. Atendiendo a los informes suministrados y a las conversaciones que se mantuvieron por parte de la familia Cano Sanz con los captores, el 21 de enero de 1.993, después de labores de inteligencia y de concertarse la entrega de 70 millones de pesos, a la altura de la carrera 19 con calle 65 de esta ciudad y cuando iban en el mismo carro para recibir

el rescate, armados, se produjo la captura de Ruperto y Carlos Andrés Rivera Meneses, Nidia Calderón Claros y Héctor Fabio Meneses Artunduaga, último de los cuales al ser interrogado sobre el secuestro del ciudadano Cano Sanz, aceptó tenerlo cautivo, solicitando un radio de comunicaciones de alta frecuencia para conversar con quienes en esos momentos lo sometían a vigilancia, a quienes les dio la orden de liberarlo en forma inmediata, hecho que efectivamente se produjo esa misma noche en el Municipio de Guataquí, Departamento de Cundinamarca.

A partir de los informes preliminares rendidos por el Grupo de Inteligencia de la Policía del Tolima, relacionados con el secuestro del ciudadano Cano Sanz, el 15 de diciembre de 1.992 la Fiscalía Regional, Unidad Sijín, inició la respectiva investigación previa, obteniéndose información por parte de una persona bajo reserva de identidad, que llevó a las autoridades policivas a allanar y registrar la vivienda ubicada en la calle 9a. No. 1-53, en donde fue hallado abundante armamento de largo y corto alcance, sobre el cual se efectuó con posterioridad la respectiva inspección judicial y peritaje.

Acorde con lo dispuesto por el artículo 293 del Código de Procedimiento Penal, se escuchó el testimonio de quien para dichos efectos adoptó el seudónimo de Pilar Gómez Valderrama, quien narró en particular detalle que Eberto Garcés Artunduaga era el jefe de una organización dedicada al secuestro a nivel nacional, quien se había asociado con un grupo de ex integrantes de la guerrilla, a cuyo cargo estuvo el secuestro del señor Cano Sanz, suministrando al propio tiempo información exacta relacionada con los diversos plagios que son atribuibles a la misma banda y algunos de los delitos de igual naturaleza que se tenían planeados, como también los alias e identidad de parte de sus miembros y los lugares del territorio nacional en donde podían ser encontrados.

Remitidas las diligencias a la Unidad de Terrorismo de la Regional de esta capital, el 6 de enero de 1.993 se profirió la respectiva resolución de apertura de instrucción. Habiendo sido capturados por la Unidad Antiextorsión y Secuestro los individuos Héctor Fabio Meneses Artunduaga, Nidia Calderón Claros, Ruperto y Carlos Andrés Rivera Meneses, tal y como se detalla en los diversos informes suscritos por el Comandante Teniente Coronel Luis Gonzaga Enciso Barón, fueron vinculados mediante indagatoria.

En desarrollo de dicha diligencia, Meneses Artunduaga explicó haber sido «comandante del 13 frente de la FARC», perteneciendo a la guerrilla entre 1.977 a 1.990, cuando se retiró junto con «quince o veinte muchachos» y algunos de sus familiares, entre los que estaban «Ruperto y Carlos Andrés». Por su parte, Ruperto Rivera manifestó haber integrado durante 9 años el mismo frente del cual su tío fue comandante, hasta el año de 1.990 cuando se retiró llevándose consigo «una platica, trece mi-

llones de pesos», época para la cual su «hermano ya había salido». Finalmente, Carlos Andrés Rivera Meneses, expresó también haber sido miembro de la guerrilla, de donde desertó por razones de salud antes de que lo hicieran sus parientes y si bien de dicha militancia no obtuvo nada, precisó, que cuando se salió Ruperto «dijo que tenía una plata guardada, que era de allá, hablamos y fuimos y la sacamos para nosotros, más o menos eran como trece millones de pesos, me di de cuenta (sic) que mi tío sacó una plata y unas armas no se qué clase, ni qué cantidad».

El 5 de febrero de 1.993, se resolvió la situación jurídica de los vinculados con la imposición de medida de aseguramiento consistente en detención preventiva por los delitos de secuestro extorsivo agravado, rebelión, porte ilegal de armas y utilización de uniformes y prendas de uso privativo de las Fuerzas Militares.

Proseguida la investigación y allegados, entre otros, los testimonios del plagiado Juan Guillermo Cano Sanz, el del Comandante del Grupo UNASE con sede en esta ciudad, Teniente Coronel Luis Gonzaga Enciso Barón, quienes dieron cuenta de lo vivido y actuado por cada uno de ellos y el del testigo con identidad reservada que fue enfático en afirmar que los procesados hacían parte de la banda de secuestradores, e inclusive en determinar el protagonismo que tuvo "Carlos Andrés Rivera Meneses" al momento de ejecutarse el secuestro, como que fue quien manejó el vehículo de propiedad de la víctima cuando fue plagiada, habiéndose concurrido al campamento donde estuvo privado de la libertad a Cano Sanz hasta el 30 de diciembre de 1.992, a solicitud del defensor de los procesados Rivera Meneses y Calderón Claros, el 7 de diciembre de 1.993, acorde con el artículo 37 A del Código de Procedimiento Penal se llevó a efecto la ya referida diligencia de audiencia especial, la que hubo de proseguir el día 20 posterior por haberse suspendido, con las incidencias también ya precisadas al inicio de este fallo con el fin de ilustrar la razón de ser de la decisión del Tribunal.

Acto seguido y "ante la falta de acuerdo", el 25 de febrero de 1.994 se cerró parcialmente la investigación en relación con estos procesados, calificándose su mérito el 30 de mayo siguiente por una Fiscalía Regional de esta capital, con resolución acusatoria por los delitos de secuestro extorsivo agravado, concierto para secuestrar (artículos 6o. del Decreto 2.790 de 1.990 y 270 del Código Penal), rebelión (artículo 1o. del Decreto 1.857 de 1.989) y porte y conservación de armas de fuego de uso privativo y defensa personal (artículos 1o. y 2o. del Decreto 3.664 de 1.986), la cual cobró ejecutoria el primero de julio del mismo año.

Entre tanto y en curso la etapa del juicio, en la investigación que por efectos del rompimiento de la unidad procesal adelantaba una Fiscalía de la Unidad Antiextorsión y Secuestro contra Héctor Fabio Meneses

Artunduaga, Ancízar Cetina Valderrama, Mariela Rivas Meneses y Noél Meneses Artunduaga, ante la improsperidad de una terminación anticipada del proceso, se solicitó a favor de éstos y de los procesados Rivera Meneses y Calderón Claros la preclusión de la investigación con base en la Ley 104 de 1.993, aduciéndose la pertenencia de estos últimos a la Corriente de Renovación Socialista, siendo negada por resolución fechada el 23 de septiembre de 1.994.

En estas condiciones, ordenada la práctica de algunas pruebas y habiéndose citado para sentencia, se volvió a insistir sobre la inaplicabilidad de la citada Ley 104, siendo postergado su estudio para el momento en que se profiriera el fallo. Así, finalmente, se profirieron las sentencias de primera y segunda instancia en los términos señalados en precedencia.

La Demanda

En el único cargo que propone el censor contra la sentencia impugnada, la acusa de ser violatoria en forma directa por falta de aplicación del artículo 1o. del Decreto 1.857 de 1.989 (convertido en legislación permanente por el artículo 8o. del Decreto 2.266 de 1.991), por cuanto al regular esta disposición el delito de rebelión, precisamente uno de los que le fueran imputados a su representado Carlos Andrés Rivera Meneses, los de porte ilegal de armas de fuego de uso privativo de las Fuerzas Armadas y de defensa personal, quedan subsumidos en aquél, toda vez que al referirse la rebelión al empleo de armas como elemento de la conducta que describe, debe entenderse que «esta figura observe (sic) o subsume las dos infracciones relacionadas con el porte de armas», pues, de lo contrario se quebrantaría el principio de non bis in ídem, de conformidad con el cual «no se puede penar dos veces un acto ilícito cuando es producto de una misma intención, de un obrar dirigido a un fin, aunque aparentemente ataque dos bienes jurídicos protegidos por diferentes normas penales».

Siendo, entonces, requisito necesario para que se tipifique el delito de rebelión el empleo de armas, «es obvio que su autor las porte o conserve», sin que sea jurídicamente posible separar este hecho para configurar de manera independiente el delito de porte ilegal de armas descrito en el Decreto 3.664 de 1.986, y si así se procede, como ha sucedido en este caso, es evidente que el Tribunal Nacional "inobservó el artículo 1o. del Decreto 1.857 de 1.989" al proferir el fallo condenatorio en contra de su defendido, no obstante que la acusación lo fue por rebelión, como lo confesó insistentemente.

Por tanto, y «Con base en las peticiones del artículo 229 del Código de Procedimiento Penal», solicita de la Corte casar la sentencia recurrida para que en su lugar se absuelva a su representado.

CONCEPTO DEL PROCURADOR TERCERO DELEGADO EN LO PENAL

Para el representante del Ministerio Público, siendo que en su propia indagatoria Carlos Andrés Rivera Meneses, si bien reconoció haber pertenecido a una facción del grupo rebelde de las FARC, expresó igualmente que a partir del año de 1.991 abandonó las acciones rebeldes, debe rechazarse la pretensión de su defensor, pues los delitos de secuestro y porte ilegal de armas que se le han atribuido guardan perfecta autonomía con el de rebelión, pues las actividades al margen de la ley realizadas dan lugar a imputaciones completamente diferentes y con consecuencias también diversas, pues, por el propio reconocimiento de los capturados logró establecerse que habían pertenecido a un frente de las FARC, pero, al mismo tiempo, que habían desertado de ese movimiento insurgente para integrar una banda de delincuencia común dedicada al secuestro y la extorsión.

Además, agrega, los delitos de porte y conservación ilegal de armas de fuego que les fueron imputados corresponden a las del material bélico hallado en poder de éstos al momento de ser aprehendidos y a aquellas recuperadas en la diligencia de allanamiento, esto es, a hechos ajenos y posteriores a la militancia guerrillera, cuando ya habían abandonado voluntariamente esa actividad rebelde.

De otra parte, explica el Delegado, en la sentencia el Tribunal no hizo referencia a los comportamientos realizados por el acusado como rebelde, toda vez que en relación con los delitos de rebelión, secuestro extorsivo y concierto para secuestrar se declaró la nulidad de lo actuado, razón por la cual mal podría haberse vulnerado por falta de aplicación la norma que describe la rebelión, y muy seguramente, aclara, cuando se continúe con la actuación procesal y se profiera sentencia, deberá el juzgador ocuparse de los portes de armas en que hayan podido incurrir los procesados como miembros de un grupo subversivo.

Por tanto y dado que se está en presencia de comportamientos diferentes, realizados en momentos también diversos, cada uno con sus características propias, no se presenta desconocimiento alguno del principio de non bis in ídem, siendo desacertado afirmar, como lo hace el demandante, que el Tribunal hubiese dejado de aplicar la norma referida a la rebelión, pues, la aplicada es la que corresponde, concluye el representante del Ministerio Público: de ahí que el cargo no deba prosperar, como finalmente solicita lo decida la Corte.

CONSIDERACIONES

1. Sostiene el demandante, que el Tribunal vulneró en forma directa, por falta de aplicación, el artículo 1o. del Decreto 1.857 de 1.989 (modificatorio del artículo 125 del Estatuto Punitivo) si se tiene en cuenta

que la descripción típica que del delito de rebelión hace dicho supuesto de hecho, al contener un elemento modal propio para la realización de la conducta rebelde como es el referido al «empleo de las armas», que deben encaminarse al definido propósito de «derrocar el Gobierno Nacional, o suprimir o modificar el régimen constitucional o legal vigente», no posibilita que se impute concursalmente el delito de porte ilegal de armas de uso privativo de las Fuerzas Militares y de defensa personal que a su turno prevén los artículos 1o. y 2o. del Decreto 3.664 de 1.986, adoptados como legislación permanente por el artículo 1o. del Decreto 2.266 de 1.991, conforme se hiciera en la sentencia, desconociéndose la acusación.

2. Formulada así la censura, y por descontado el desacierto técnico inicial en que incurre al no precisar la fuente normativa en que apoya la causal sustento del ataque, pues ello por sí solo no es óbice para el rechazo del libelo, como que en su desarrollo no deja duda de que lo es por el cuerpo primero de la causal primera del artículo 220 del Código de Procedimiento Penal por falta de aplicación de la ley sustancial, es evidente la improsperidad del cargo, ya que la condena impuesta por el Tribunal Nacional al procesado Carlos Andrés Rivera Meneses lo fue, exclusivamente, por los delitos de porte y conservación de armas de fuego de uso privativo de las Fuerzas Armadas y de defensa personal, más no por el de rebelión, por el cual, junto con los punibles de secuestro extorsivo y concierto para secuestrar, se declaró la nulidad de lo actuado, es decir, que no fue objeto del fallo la delincuencia atentatoria contra el régimen constitucional, de donde el planteamiento referido a la falta de aplicación de las normas que tipifican el delito político es por completo desacertado.

3. Este desatino del demandante parte, a no dudarlo, de la confusión en que incurre respecto de la naturaleza jurídica de los actos procesales y específicamente de la sentencia, habida cuenta que, el hecho de que en el mismo proveído formalmente entendido se haya decidido el objeto final de la acción penal profiriéndose el fallo respectivo respecto de los acusados y, asimismo, declarado la nulidad de lo actuado en relación con el delito de rebelión, al igual que con los de secuestro extorsivo agravado y concierto para secuestrar, esto no está significando que analizado el acto desde el punto de vista del contenido su naturaleza permanezca igual para las dos clases de decisiones tomadas, pues la que declara la invalidez en ningún momento puede equipararse a un fallo, sólo se trata de una decisión motivada de carácter interlocutorio que si bien resuelve un aspecto sustancial del proceso como es su propia legalidad, lo cual precisamente le da esta naturaleza, no del pronunciamiento por medio del cual, el juez competente, una vez agotado el procedimiento previamente establecido por la ley, decide finalmente la acción penal con efectos de cosa juzgada, formal mientras de surten los recursos a que hubiere lugar y material, una vez decididos.

4. En este caso, entonces, al haber incluido el Tribunal las dos clases de decisiones en el mismo acto, es claro que la declaratoria de nulidad respecto al delito de rebelión no forma parte de la sentencia y por ende, no podía ser recurrida en casación, toda vez que este recurso extraordinario por disposición del artículo 218 del Código de Procedimiento Penal, únicamente procede contra las sentencias de segunda instancia dictadas por el Tribunal Nacional, los Tribunales Superiores de Distrito Judicial y el Tribunal Penal Militar, o en el caso de la casación excepcional contra la sentencias proferidas en segunda instancia por los Juzgados Penales del Circuito, no contra las decisiones de simple naturaleza interlocutória como la reseñada, como tampoco contra las Resoluciones acusatorias, como igualmente lo trata de enfocar el demandante, pues por más que en ella se formulen los cargos base de la sentencia en ningún momento puede equi pararse, ya que precisamente el hecho de corresponder a su acto antecedente sustentado en diversas exigencias formales y probatorias, menores desde luego, necesariamente excluye tan inusitada posibilidad.

5. Se impone, en consecuencia, el rechazo del cargo, debiendo quedar claro, que además de la improcedencia de la censura por la carencia de objeto de ataque, el delito de rebelión investigado y por el cual se formuló la acusación y posteriormente el Tribunal Nacional declaró la invalidez del fallo de primera instancia, que el demandante pretende sofisticamente relacionar con el porte y conservación de armas por el cual fue condenado su defendido, no ha sido atribuido dentro del contexto temporal, modal ni circunstancial de los hechos tipificadores del secuestro, el concierto para la comisión del mismo delito ni del referido con las armas, por cuanto se refieren a hechos anteriores y desprendidos causalmente de estos, como que corresponden a la época en que afirmó el propio procesado pertenececía, junto con otros de los incriminados, a las FARC y no a los ejecutados en el desarrollo del plagio.

6. No obstante, y ante el énfasis del censor en el sentido de que en este proceso se ha violado el non bis in ídem y que la Corte no puede pasar por alto este hecho, pertinente resulta para la Sala observar, como lo apunta el Ministerio Público, que un tal planteamiento resulta verdaderamente insostenible si se lo confronta con el decurso de los hechos juzgados como delictivos en esta investigación, pues precisamente escrutando el devenir fáctico logra inmediata constatación que si bien en estas diligencias se investigaron delitos comunes junto con delitos políticos, esto se hizo bajo la algunas veces discutida concepción de conexidad procesal o probatoria, pero en el claro entendido de que unos y otros tienen perfecta independencia y autonomía típicas.

7. Este proceso se inició por el delito de secuestro extorsivo en razón del plagio de que fuera víctima el ciudadano Juan Guillermo Cano Sanz el 12 de diciembre de 1.992. A través de la distinta labor probatoria adelan-

tada logró establecerse que en la realización del mismo habían intervenido un grupo de ex militantes de la guerrilla de las FARC quienes después de desertar constituyeron una organización bien armada para cometer delitos de secuestro y extorsión. En razón de las pesquisas cumplidas se produjo un allanamiento en el barrio Gaviota de la ciudad de Ibagué en donde fue incautado abundante material bélico de uso privativo de las Fuerzas Armadas y de defensa personal perteneciente a la referida banda. Como integrantes de tal agrupación dedicada al delito, a su turno, en esta ciudad fueron capturados cuando se dirigían a recibir la suma de 70 millones de pesos por parte de los familiares del cautivo a Héctor Fabio Meneses Artunduaga, Nidia Calderón Claros, Ruperto y Carlos Andrés Rivera Meneses, encontrando en su poder nuevas armas.

8. Libres de apremio, en términos sustancialmente idénticos, los tres hombres aprehendidos manifestaron en su indagatoria haber pertenecido al frente 13 de las autodenominadas FARC, hasta el año de 1.990, cuando desertaron. En relación con este hecho el propio Carlos Andrés Rivera Meneses señaló en forma clara que junto con su hermano Ruperto al momento de abandonar la actividad subversiva habían tomado «más o menos como trece millones de pesos», al igual que armamento de distinta clase, elementos y dinero que eran de dominio de la organización rebelde.

9. A partir de dicho momento, se dedicaron a actividades delictivas completamente ajenas a aquéllas que presuponen el ideal de sustitución de un régimen político por otro, es decir, que como consecuencia del voluntario abandono de dicha finalidad rebelde y la consiguiente pérdida de la propia condición de delincuentes políticos, los hechos al margen de la ley realizados una vez desvinculados de la organización, armada, no pueden tener por parte del Estado un tratamiento distinto que el de infracciones penales comunes.

10. Y, si bien para la consecución de sus finalidades delictivas comunes, como el secuestro y la extorsión, se utilizaron armas de distinta naturaleza y características, la imputación del porte y conservación de ellas, careciendo por completo, como ya se dijo, del menor nexo con el hecho de su antigua vinculación subversiva con las FARC, no puede ahora, claro está, pretenderse que esta conducta sea absorbida por el referido delito de rebelión, no solamente porque viene a ser ejecutada cuando han transcurrido tantos años después de abandonar la guerrilla, sino porque resultan ajenas por completo a la lucha ideológica que es propia de la contienda política a través de las armas y que encuentra ostensible distanciamiento con el común delinquir, tanto desde un punto de vista teleológico, sociológico, ideológico, histórico y necesariamente jurídico, conforme se clarificó desde el mismo momento en que se les resolvió la situación jurídica, luego en la resolución acusatoria (fl.213 del cdno.4.) y finalmente,

en las sentencias de primera instancia (fls 455. cdno.4.) y de segunda (fl. 40 del cdno. del Trib. Nal.).

Por tanto, y siendo que en este caso no solo ostenta la demanda yerros en la formulación de cargo aducido de suyo suficientes para su desestimación, sino que el aspecto que trasciende al mismo carece de razón jurídica, imperativo es para la Sala no casar 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:

No casar la sentencia recurrida.

Cópiese, devuélvase el expediente al Tribunal de origen y cúmplase.

Jorge Aníbal Gómez Gallego, Fernando E. Arboleda Ripoll, Ricardo Calvete Rangel, Jorge Córdoba Poveda, Carlos Augusto Gálvez Argote, Edgar Lombana Trujillo, Mario Manrique Nougues, Carlos E. Mejía Escobar, Nilson Pinilla Pinilla.

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

INDICE TEMATICO DE SENTENCIAS PUBLICADAS

Pág.

ACCION DE REVISION-Prescripción 252
ACLARACION DE VOTO 118
ACTOS DE FEROCIDAD Y BARBARIE 121
ANTECEDENTES 266
APELACION-Sustentación 12
APLICACION INDEBIDA DE LA LEY 435
AUDIENCIA ESPECIAL 351
BENEFICIO ADMINISTRATIVO 293
CAPTURA 414
CASACION DISCRECIONAL 20
CASACION DISCRECIONAL-Legitimidad para interponer el recurso 485
CASACION DISCRECIONAL Requisitos 85
CASACION DISCRECIONAL-Requisitos 90
CASACION 479
CASACION-Procedencia, decisiones interlocutorias 497
CAUSALIDAD 138
CIRCUNSTANCIAS DE AGRAVACION PUNITIVA 377
CIRCUNSTANCIAS GENERICAS DE AGRAVACION PUNITIVA 222
CIRCUNSTANCIAS GENERICAS DE AGRAVACION PUNITIVA 295
COEXISTENCIA NORMATIVA 182
COLABORACION EFICAZ 222
COLISION DE COMPETENCIA-Funcionarios instructores 74
COMPETENCIA A PREVENCION 96
COMPETENCIA 398

Pág.

CONCIERTO PARA DELINQUIR 182
CONCUSION 222
DEFENSA TECNICA 295
DELITO MASA 453
DELITOS CONTRA E. PATRIMONIO ECONOMICO 100
DETENCION DOMICILIARIA 222
DETENCION DOMICILIARIA 271
ESTAFA-Como fraude colectivo 458
EXTINCION DE LA ACCION 145
EXTINCION DE LA PENA 145
EXTRADICION 364
Hechos 124
HOMICIDIO CULPOSO 461
HOMICIDIO 138
IMPEDIMENTO-Haber dictado providencia 479
IN DUBIO PRO REO 279
IN DUBIO PRO REO 386
INCONGRUENCIA DE LA SENTENCIA 100
INCONGRUENCIA DE LA SENTENCIA 377
INDAGATORIA 414
INDEMNIZACION 7
INDICIO 461
INDIGENA-Fuero 295
INFORME POLICIVO 319
INFORME 23
INTERPRETACION ERRONEA DE LA LEY 435
JUSTICIA REGIONAL 293
LEGALIDAD DE LA PENA 168
LESIONES PERSONALES CONTRA FUNCIONARIO PUBLICO 74
LIBERT AD CONDICIONAL 493
LIBERTAD POR PENA CUMPLIDA 92
LIBERTAD PROVISIONAL 266
LIBERTAD Y SENTENCIA CONDENATORIA-Subrogado de la condena de ejecución condicional (Art.198 C. de P.P.) 222

Pág.

LIBERTAD Y SENTENCIA CONDENATORIA-Subrogado de la condena de ejecución condicional (Art. 198 C. de P.P.) 271
MANDATO CIVIL-Fallecimiento del poderdante 145
NARCOTRAFICO 398
NARCOTRAFIÇO-Incautar 23
NULIDAD 319
NULIDAD 334
NULIDAD-Causales 237
NULIDAD-Omisión de pruebas 370
PENA-Dosificación 427
POLICIA JUDICIAL 196
PRINCIPIO DE INSTRUMENTALIDAD 319
Proceso PENAL 295
PRUEBA 150
PRUEBA 196
REBELION 497
RECURSO DE HECHO 451
RECURSOS 12
RECURSOS 222
REO AUSENTE 414
REPARACION DEL DAÑO 7
RESOLUCION DE ACUSACION 334
SALVAMENTO PARCIAL DE VOTO 329
SALVAMENTO PARCIAL DE VOTO 333
SALVAMENTO PARCIAL DE VOTO 347
SANA CRITICA 150
SANA CRITICA 168
SANA CRITICA 23
SANA CRITICA 257
SANA CRITICA-Excepción 121
SENTENCIA ANTICIPADA 351
SENTENCIA ANTICIPADA 222
SENTENCIA ANTICIPADA-Interés para recurrir 212
SENTENCIA 497
SENTENCIA-Legalidad 444

Pág.

SUBROGADO PENAL 148
TERCERO CIVILMENTE RESPONSABLE 150
TERMINACION ANTICIPADA DEL PROCESO 100
TERMINACION ANTICIPADA DEL Proceso 212
TERMINACION ANTICIPADA DEL Proceso 222
TERMINACION ANTICIPADA DEL Proceso 295
TERMINACION ANTICIPADA DEL Proceso 351
TESTIGO 23
TESTIMONIO 150
TESTIMONIO-Reserva de identidad 121
TESTIMONIO-Retractación 279
TRANSITO DE LEGISLACION 182
VIGENCIA DE LA LEY-Ley 40 de 1993 art. 15 148
VIOLACION DIRECTA DE LA LEY 435
VIOLACION INDIRECTA DE LA LEY 279
VIOLACION INDIRECTA DE LA LEY 386

INDICE SENTENCIAS PUBLICADAS

Pág.

INDEMNIZACION/ REPARACION DEL DAÑO. A pesar de que los perjudicados con el delito no podían desistir expresamente de la acción penal -que en este caso no está sujeta a querella- y que la reparación integral no provino directamente del procesado, dichas eventualidades no se encuentran previstas como condición legal para declarar extinguida la acción penal por la vía del artículo 39 del Código de Procedimiento Penal.

Basta simplemente la satisfacción económica a la víctima del hecho punible o a los perjudicados con el mismo, para que proceda la preclusión de la investigación o la cesación del procedimiento según sea la etapa procesal en la que se produzca la reparación integral.

Esto en consideración a que el contenido de la institución es estrictamente económico y de allí que cuando quien indemnice no sea el procesado sino cualquier otra persona (obligada o no a hacerlo en virtud de la ley o cualquier clase de título), dicha indemnización no imposibilita la aplicación de la norma que se comenta a excepción de la póliza de seguro en tanto la causa del pago deriva de un negocio jurídico de naturaleza diversa, como se explicó en decisión reciente.*. Magistrado Ponente Dr. CARLOS EDUARDO MEJIA ESCOBAR. Auto Casación. Fecha: 25/05/1999. Decisión: Declara extinguida la acción penal y la civil por reparación integral. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial. Ciudad: Cali. Procesado: OCHOA LOPEZ, OSCAR. Delitos: Homicidio culposo. Proceso: 13900. Publicada: Si.

Véase también en Internet: www.fij.edu.co 7

RECURSOS/ APELACION-Sustentación. Si bien el artículo 195 del C. de P.P. establece que los recursos ordinarios se interpondrán por escrito, salvo disposición en contrario, el aparte final de una

---

*.- *Providencia del 16 de diciembre de 1998. M.P. Dr. Carlos Gálvez Argote.*

Pág.

norma posterior, el artículo 196-B -que también menciona el peticionario-, regulador de «la sustentación del recurso de apelación interpuesto contra sentencia», establece que «la manifestación de sustentación oral o escrita debe hacerse al momento de interponer el recurso»: y si en el caso presente, como se ha dicho, al interponer el recurso el funcionario apelante manifestó que lo sustentaría por escrito y así lo hizo, lo único que dentro de la legalidad podía el Juéz a quo, era concederlo, abriendo así paso a la competencia del superior jerárquico para asumir el conocimiento del fallo.

No se abrogó el ad quem la competencia que estaba llamado a ejercer, sino que la asumió conforme le correspondía y era su deber.

La claridad de los preceptos que regulan la apelación de la sentencia y su sustentación cuando de un solo apelante que expresa su propósito de sustentar por escrito se trata, no admite duda, y la intelección de ellos no requiere especiales esfuerzos dialécticos, pues basta que se precise «en el momento de interponer el recurso» la manera como se realizará la sustentación, y habiendo procedido así el apelante, fuerza es concluir que los términos de la solicitud descubren un simple pretexto del peticionario para prolongar el trámite procesal cuando afirma que el tema requiere desarrollo jurisprudencial a partir del artículo 195 del C. de P.P., cuando el caso concreto se halla regido por esta y otras disposiciones concordantes, como son los artículos 196 B, parte final del primer inciso y 196-A, que con precisión indican el procedimiento aplicable.

Pero además no sobra advertir que ya la jurisprudencia de esta Sala se ha ocupado de interpretar la normatividad reguladora de la apelación de la sentencia, sentando un criterio menos pegado a la exégesis del que algunos profesionales del derecho han querido atribuir a la manifestación de la forma en que se llevará a cabo la sustentación exigida por el último aparte del primer inciso del artículo 196 B del C. de P.P..

Es así como en proveído del 12 de noviembre de 1998, se dijo:

«La cita normativa de soporte argumental para el señor defensor, ciertamente contempla el deber del apelante de manifestar si la sustentación será oral o escrita; mas, también es verdad, que el inciso tercero del mismo artículo 196-B del C. de P. resta fuerza a ese imperativo en relación con la manifestación de que la sustentación se hará por escrito y se la concede a la que se pretenda realizar oralmente,. al punto de que, en el evento de ser varios los apelantes, con uno solo de ellos que manifieste el pro-

Pág.

pósito de apelar en forma oral, el recurso debe concederse inmediatamente y no se aplica respecto de los demás -es de entenderse que se refiere a los que manifestaron que sustentarían por escrito-, el procedimiento propio de esta forma -artículo 196-A C. de P.P.».

Este mismo criterio fue ratificado con fecha 9 de abril del año que transcurre:

«El artículo 196-B del C. de P. P., incluído en el procedimiento penal con la Ley 81 de 1993 aportó la novedad de la sustentación oral cuando se apela la sentencia, manteniendo la tradicional sustentación escrita, y si bien ordena que al momento de interponerse el recurso se diga por el apelante de qué manera va a sustentarlo, establece como única causa que enerva los traslados previstos en el artículo 196-A en la primera instancia, la manifestación de que la sustentación se hará en forma oral, caso en el cual el recurso se concede inmediatamente y no se realizan los referidos traslados.

De tal manera, la misma disposición permite interpretar que si no existe advertencia en tal sentido, los traslados deben llevarse a cabo, como en efecto sucedió; y si la sustentación se presenta en oportunidad, debe concederse el recurso».

Y renglones adelante:

«Si el apelante no expresó cómo sustentaría el recurso, no podía el Juzgado declarar la deserción que reclama el defensor, pues esta opera solo para los casos en que la sustentación no se realiza.».

Forzoso colegir entonces por lo atinente a la competencia del juez que profirió la sentencia de segundo grado, la falta de causa de la solicitud en estudio.

Ahora bien; el peticionario, luego de extensas reflexiones tendientes a poner de resalto la incursión del fallador de segundo grado en errores de apreciación de la prueba de indicios que dice, fue la única que sirvió de fundamento a la sentencia y asegurar que la estructuración de la misma estuvo signada de «falsos juicios de existencia, de legalidad y de identidad» con transgresión del artículo 246 del C. de P.P., buscando tardíamente -pues solo ya finalizando su discurso incluye el comentario- estructurar la causal especial para interponer la casación del tercer inciso del artículo 218 de ese estatuto, dice considerar insuficiente el desarrollo jurisprudencial en relación con este medio de prueba, y por lo tanto merecedor de un nuevo pronunciamiento de carácter jurisprudencial.

Pág.

Ha sido constante y reiterado el criterio de la Corte sobre lo taxativo de los motivos señalados en la Ley para conceder el recurso de casación excepcional del inciso tercero del artículo 218 del C. de P.P.. Así se pronunció la Corporación, en ocasión anterior: «El carácter excepcional del recurso de casación contemplado en el tercer inciso del artículo 218 del C. de P.P. cobija de manera excluyente a las especiales causales por las cuales autoriza a la Corte a concederlo, no pudiendo ésta, según el principio de limitación extender su potestad de eventual juez extraordinario a causales distintas de las autorizadas, sea que se presenten por el recurrente en forma expresa o bajo argumentaciones que igual conducen a esa falta de identidad». (auto 12 de noviembre de 1998, Rad. 14.981, M.P.Dr. Páez Velandia). Magistrado Ponente Dr. DIDIMO PAEZ VELANDIA. Casación Discrecional. Fecha: 25/05/1999. Decisión: No concede el recurso de casación. Procedencia: Juzgado 1° Penal del Circuito. Ciudad: Ibagué. Procesado: PELAEZ LOZANO, EVER. Delitos: Tentativa de extorsión. Proceso: 15569. Publicada: Si.

Véase también en Internet: www.flj.edu.co 12

CASACION DISCRECIONAL. Como de tiempo atrás lo ha precisado la jurisprudencia de la Sala y deviene del natural entendimiento de la norma citada, es preciso que el recurrente exprese dentro del término de ejecutoria de la sentencia (artículo 223 del Código de Procedimiento Penal) los motivos que imponen la concesión del recurso, advirtiendo y demostrando, que se hace necesario el desarrollo de algún tema jurisprudencial o, por el contrario, si lo que se pretende es la garantía de los derechos fundamentales, deberá identificar con claridad y precisión cuál o cuáles fueron los derechos fundamentales violados y cuál la forma de la violación que hace necesaria la revisión extraordinaria de un fallo al que por naturaleza no le correspondería tal forma de control. Magistrado Ponente Dr. CARLOS EDUARDO MEJIA ESCOBAR. Casación Discrecional. Fecha: 25/05/1999. Decisión: No concede el recurso de casación excepcional. Procedencia: Juzgado Segundo Penal del Circuito. Ciudad: Ibagué. Procesado: ISAZA, OCTAVIO. Delitos: Lesiones personales culposas. Proceso: 15540. Publicada: Si.

Véase también en Internet: www.flj.edu.co 20

TESTIGO/ INFORME/ SANA CRITICA/ NARCOTRAFICO-Incautar. Las reglas de la experiencia, la lógica y la ciencia, enseñan de acuerdo con el primero:

Pág.

«...que la coincidencia de las declaraciones de un mismo testigo son una excelente prueba de veracidad».

«...que el valor moral del testigo es el primero y principal elemento para evaluar la sinceridad de su dicho».

Que «...condición fundamental de un buen testigo es que no esté interesado material o moralmente en el proceso».

Debe advertirse, en primer lugar, que no puede identificarse un «informe de inteligencia» con una versión, como lo hacen el demandante y el Procurador Delegado, para proceder acto seguido a examinar en igualdad de condiciones el contenido de él con el de un testimonio rendido ante el funcionario instructor con el lleno de las formalidades legales.

El informe es sólo eso.

Se trata de una relación de hechos escuchados por un funcionario en una entrevista extraproceso y luego escritos en un documento, previo un proceso natural de subjetivización de la información recibida que por sí mismo hace que no exista plena correspondencia o identidad entre lo dicho por el informante con lo finalmente redactado por el receptor de los datos aportados por el supuesto colaborador.

El margen de errores o inexactitudes en dichas condiciones es significativo, pues en ese tipo de actuaciones no se preserva la fidedignidad ni la espontaneidad de la fuente de prueba, sino que el relato irremediablemente queda expuesto al tamiz de los prejuicios y errores de quien realiza el informe.

Lo precedente no sucede frente a relatos formalmente hechos ante la autoridad, como es el caso de la versión, la indagatoria o el testimonio.

Los requisitos legales a que están sometidos esos actos procesales, mediante los cuales se recopila información pertinente para la investigación, tienen como una de sus finalidades el cumplimiento riguroso del denominado principio de la naturalidad de la prueba, entendido en su acepción de consignar fielmente las respuestas de la persona que declara, como lo imponen la lógica y el último inciso del artículo 292 del Código de Procedimiento Penal.

La sana crítica es el límite de la soberanía con la cual cuenta el juzgador en su tarea de apreciación probatoria en el sistema procesal colombiano y tal es la razón para que resulte marginal al recurso de casación la valoración que realice con sujeción a las reglas que la gobiernan, que no son otras que el examen reflexivo, razonable y lógico de los medios demostrativos, en la vía de los principios de la ciencia y sin desatender las máximas de la expe-

riencia, es decir las formas como usual y reiteradamente tienen ocurrencia las cosas por efecto de las costumbres sociales.

Plantear un desbordamiento de la sana crítica en casación, entonces, hace imprescindible precisar la regla transgredida, demostrar que se trata de una regla y determinarla en cuanto a si es de ciencia, lógica o experiencia, señalando obviamente cómo de no haberse incurrido en la irregularidad otro habría sido el sentido del fallo, lo cual implica el ejercicio de confrontar los términos de la sentencia.

No puede aceptarse como regla que cuando un testigo atribuye un mismo hecho en oportunidades distintas a autores diferentes, no merece ningún tipo de credibilidad. Ese pensamiento mecánico es no solamente ilógico sino que resultaría funesto para la investigación criminal.

Sólo piénsese en que bastaría lograr a través de la amenaza o del dinero un cambio de relato como el señalado, para que no se le atribuya al testigo ningún tipo de credibilidad.

No es una regla, entonces, que ante un cambio fundamental en las versiones de un mismo declarante, éste deba ser desechado completamente.

La regla ante una circunstancia así es que el testigo resulta sospechoso y que es indispensable por lo tanto escudriñar y analizar con suma rigurosidad las causas de la inconcordancia, en aras de determinar en dónde mintió y en dónde no lo hizo.

Nunca el simple hecho de la variación, entonces, es una razón para el descrédito total y definitivo de las distintas afirmaciones del testigo.

Debe señalar la Sala, como ya fue expresado, que si el testigo varía el contenido de una declaración en una intervención posterior, o se retracta de lo dicho, ello en manera alguna traduce que la totalidad de sus afirmaciones deban ser descartadas.

No se trata de una regla de la lógica, la ciencia o la experiencia, en consecuencia, que cuando un declarante se retracta, todo lo dicho en sus distintas intervenciones pierda eficacia demostrativa. La retractación –como se dijo– no destruye las afirmaciones precedentes. Por ende, ante un relato inicial y uno siguiente que lo niega, el papel del juzgador es intentar establecer cuándo el testigo dijo la verdad y en la labor es lógico el examen de los motivos que en cada caso condujeron a sostener ciertas circunstancias, sin perder de vista en ningún momento el conjunto probatorio, lo cual es fundamental para establecer qué manifestaciones del testigo son verosímiles.

Pág.

La lógica final del recurrente es que si no existió incautación de cocaína de acuerdo con la prueba documental omitida, no era viable deducirle a su representado la agravante del numeral 3º del artículo 38 de la ley 30 de 1986, la cual establece como condición para poder duplicar las penas que «la cantidad incautada» de cocaína sea superior a 5 kilos.

Ya la Sala en otra oportunidad se refirió a una interpretación similar y le dio los alcances pertinentes a la noción de cantidad incautada. En esta ocasión se reafirma la posición jurisprudencial, encontrándola como suficiente para responder a la inquietud del impugnante.

Dijo la Corte:

«.....la ley no puede interpretarse aislando las expresiones de su contexto, esto es, que para el caso concreto, toda la labor crítica interpretativa recaiga sobre la definición del verbo 'incautar', como si se tratara de una expresión suelta dentro del texto y sistemática legal, ya que lo que interesa en la función hermenéutica es buscar el sentido de la norma y no la de las expresiones independientemente consideradas.

Así, lo primero que corresponde determinar es la razón de ser del numeral 3º del artículo 38 de la ley 30 de 1986, esto es, que se trata de una circunstancia agravante de la pena del tipo básico descrito en el artículo 33 y que como tal dispone el aumento de la pena por la cantidad de droga o sustancia constitutiva del objeto material del delito.

«Esto significa que el verbo incautar objeto de la censura, si se tomare aisladamente, no sería aplicable a todos aquellos eventos en que se probare la existencia del corpus delicti, no obstante que haya desaparecido su materia posteriormente, o a aquellas hipótesis típicas de que trata el referido artículo 33 como la de 'financiación', o inclusive en punto de los sujetos determinadores, o en el caso de la venta en el cual la sustancia, una vez hecha la negociación, se encuentra en poder del adquirente, quien pudo haberla consumido, etc.

«Trátase en consecuencia, de que en la sistemática de la ley, el 'incautar' no es nada menos que una típica imprecisión legislativa, que no obvia el encuentro de su real sentido, el cual no es otro que el de especificar un incremento de la pena cuando la droga objeto del delito exceda las cantidades previstas en el artículo 38-3 del estatuto nacional de estupefacientes».

(Sentencia de diciembre 10 de 1997. M.P. Dr. Dídimo Páez Velandia). Magistrado Ponente Dr. CARLOS EDUARDO MEJIA ESCOBAR.

Pág.

Sentencia Casación. Fecha: 25/05/1999. Decisión: No Casa. Procedencia: Tribunal. Ciudad: Nacional. Procesado: VARGAS VARGAS, LEONIDAS. Delitos: Violación a la Ley 30/86, Enriquecimiento ilícito, Testaferrato. Proceso: 12885. Publicada: Sí.

Véase también en Internet: www.fij.edu.co 23

COLISION DE COMPETENCIA-Funcionarios instructores/ LESIONES PERSONALES CONTRA FUNCIONARIO PUBLICO. Es claro que si durante la instrucción se presentà un conflicto de competencias entre funcionarios instructores, dirimido en su momento por la autoridad encargada de ello, su decisión y fundamentos no pueden ser posteriormente cuestionados y desconocidos, menos aún cuando no se ha presentado dentro del proceso circunstancia de ninguna índole que eventualmente pudiese permitir un análisis y conclusiones diferentes a las ya clara y razonablemente descritas.

Con relación a la calificación que se le dio a la conducta, es decir, de lesiones personales contra funcionario público, está prevista en norma especial que mantiene su vigencia (decreto legislativo 099, artículo 1°), pues fue elevado a legislación permanente por el artículo 12 del decreto extraordinario 2266 del mismo año.

Basta con observar que con la expedición de la Ley 40 de 1993, el legislador quiso simplemente realizar un ajuste a las sanciones previstas en los tipos penales correspondientes, es decir, para el aumento de penas, preceptuando en su artículo 29 con relación al artículo 323 del Código Penal (Decreto 100 de 1980) «El que matare a otro incurrirá en prisión de veinticinco (25) a cuarenta (40) años»; y respecto del artículo 324 ibidem, en su artículo 30 dispone que «La pena será de cuarenta (40) a sesenta (60) años de prisión, si el hecho descrito en el artículo anterior se cometiere:...», creando una nueva circunstancia de agravación en el numeral 8° (los demás no sufrieron modificación de ninguna índole), es decir, «Con fines terroristas, en desarrollo de actividades terroristas o en persona que sea o hubiese sido servidor público, periodista, candidato a cargo de elección popular, dirigente comunitario, sindical, político o religioso; miembro de la fuerza pública; profesor universitario, agente diplomático o consular al servicio de la Nación o acreditado ante ella, por causa o por motivo de sus cargos o dignidades o por razón del ejercicio de sus funciones, o en cualquier habitante del territorio nacional por sus creencias u opiniones políticas; o en sus parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil», textos que por su claridad no autoriza al intérprete

Pág.

para que intente ni su extensión ni su limitación bajo el pretexto de hallarles su sentido.

Es cierto que el artículo 339 del mismo estatuto para los efectos de la agravación de las lesiones personales, remite a las circunstancias específicas del artículo 324, pero las circunscribe a que «Cuando con los hechos descritos en los artículos anteriores concurra alguna de las circunstancias señaladas en el artículo 324, las respectivas penas se aumentarán de una tercera parte a la mitad», es decir, las lesiones personales contempladas en los artículos 332 a 338 del Código Penal, pero de ninguna manera la preceptiva puede afectar tipos especiales o que con la introducción de una circunstancia agravante, de hecho deba entenderse que las disposiciones especiales han quedado tácitamente derogadas.

Menos aún, que por tratarse de unas lesiones sin consecuencias y menores a los treinta (30) días de incapacidad como ocurre en el presente caso, con desconocimiento de la normatividad especial, se concluya que la circunstancia agravante del numeral 8° del artículo 324 del Código Penal, solamente puede comportar un aumento de la sanción como lo dispone el artículo 339 ibídem, con relación a la pena prevista para ellas, las que de conformidad con la Ley 23 de 1991 pasaron a ser contravención especial (artículo 1°, numeral 9°), modificado por el artículo 16 de la Ley 228 de 1995.

Tal interpretación resulta francamente un despropósito jurídico.

En conclusión, tratándose de lesiones personales de las previstas en el Decreto Legislativo 099, artículo 1° de 1991 (elevado a legislación permanente por el artículo 12 del decreto extraordinario 2266 del mismo año), no cabe duda que la competencia para conocer de este asunto radica en los Jueces Regionales conforme a lo previsto en el artículo 71, numeral 4° del Código de Procedimiento Penal (artículo 9° de la Ley 81 de 1993). Magistrado Ponente Dr. DIDIMO PAEZ VELANDIA. Auto Colisión de Competencias. Fecha: 25/05/1999. Decisión: Dirime conflicto en el sentido de atribuir competencia al. Juzgado Regional de Medellín. Procedencia: Juzgado Penal de Circuito. Ciudad: Riosucio (Caldas). Procesado: RUBIO SEPULVEDA, ANIBAL. Delitos: Lesiones personales, Hurto calificado y agravado, Porte de. armas de defensa personal, Secuestro. Proceso: 15236. Publicada: Si.

Véase también en Internet: www.fij.edu.co 74

CASACION DISCRECIONAL-Requisitos. De acuerdo con el artículo 224 del Código de Procedimiento Penal, el despacho que haya

Pág.

proferido la sentencia, dentro de los tres (3) días siguientes al vencimiento del término para recurrir, decidirá si concede o deniega la casación común.

Esta última opción la tiene el funcionario cuando el fallo, objetivamente, no sea susceptible de la impugnación extraordinaria, conforme con el artículo 218, inciso 1° idem, decisión que debe adoptar por medio de auto de sustanciación especial o notificable, en relación con la cual procede el recurso de hecho (arts. 186 y 207 *ibídem*).

Nótese que la eventual decisión de denegar el recurso de casación común no es exclusiva de los tribunales, sino que también corresponde a los juzgados de segunda instancia, cuando aquella impugnación se proponga por fuera de los requisitos objetivos y concurrentes señalados en el mencionado artículo 218, inciso 1°.

Con razón la norma del artículo 224, de manera abierta y no restringida, dice que la resolución sobre la procedencia de la casación debe tomarla «quien haya proferido la sentencia» y, para abundar en la mayor racionalidad de esa facultad radicada también en los juzgados de circuito, el ordenamiento procesal penal consagra la posibilidad de interponer el recurso de hecho en contra de dicha decisión.

Sólo en el caso de la modalidad discrecional, los juzgados de circuito o los tribunales carecen de esa potestad inicial de evaluar la procedencia o improcedencia del recurso de casación, pues allí la competencia radica exclusivamente en la Corte, siempre y cuando el escrito insinúe, por lo menos, los motivos que legalmente condicionan el impulso de la institución.

No es que tales despachos deban evaluar, de una vez, la sustentación orientada a los fines de la casación discrecional, sino que sólo pueden desprenderse de su facultad cuando algo sugiera que la pretensión es la de dicha figura excepcional, mas no porque el impugnante se equivoque radicalmente al optar por un recurso extraordinario notoriamente improcedente.

Así pues, aunque el recurrente es el procesado, sujeto procesal en relación con el cual se acostumbra alguna amplitud en el entendimiento de sus peticiones, para el caso de la casación discrecional, por lo menos, el interesado debe hacer alguna mención, así sea por medio del lenguaje de lo meramente fáctico, que sugiera el propósito de que se le proteja un derecho fundamental violado en las instancias o la necesidad de ambientar jurisprudencialmente un tema aún no tratado o deficientemente considerado en los antecedentes de la Corte.

Pág.

El orden lógico frente a una petición escueta de «casación», o por medio de términos similares, sería que el juzgador de segunda instancia se pronunciara sobre la procedencia o improcedencia del recurso extraordinario, conforme con el artículo 224 del C. de P. P., siempre que no haya manifestaciones adicionales que indiquen la búsqueda de la casación discrecional, así sea en el lenguaje profano de los procesados, aunque un eventual exceso o una equivocada apreciación en esta última materia bien podría removerse por la vía del recurso de hecho.

El contexto de justificación es diferente para aquellos casos en que el procesado equivocadamente escribe «apelo», al momento de la notificación de una sentencia de segunda instancia proferida por un Tribunal, en relación con delitos cuya sanción máxima es igual o superior a seis (6) años, pues en estas eventualidades corriente y directamente, por disposición de la ley, procede el recurso de casación y, como esa sería la única vía de impugnación que le queda al agraviado, lo sensato es entender de ese modo aquella antitécnica expresión.

En los eventos de fallos de segunda instancia dictados por los juzgados de circuito, o de los que profieren los tribunales por delitos cuya pena máxima no alcanza el requerimiento legal, por el contrario, lo corriente es que no proceda el recurso de casación y no podría declararse que indefectiblemente lo que se quiere es la casación discrecional, salvo expresiones que así lo sugieran.

Con las aclaraciones vistas, los jueces o tribunales de segunda instancia no deben remitir a la Corte solicitudes tan abiertas, pues primero han de intentar sobre ellas el examen preliminar previsto en el artículo 224 del C. de P. P., salvo que adviertan referencias que justifiquen la intervención extraordinaria y excepcional de esta Corporación. Magistrado Ponente Dr. JORGE ANIBAL GOMEZ GALLEGO. Casación Discrecional. Fecha: 25/05/1999. Decisión: Se abstiene de hacer pronunciamiento sobre el recurso de. casación discrecional. Procedencia: Juzgado 44 Penal del Circuito. Ciudad: Santa Fe de Bogotá. Procesado: RODRIGUEZ VARGAS, JOSE MIGUEL FERNANDO ALVARO. Delitos: Hurto calificado y agravado. Proceso: 15675. Publicada: Si.

Véase también en Internet: www.flj.edu.co 85

CASACION DISCRECIONAL-Requisitos. La Sala de Casación Penal, en reiterados pronunciamientos, ha sostenido que al momento de recurrir la sentencia de segundo grado por vía de la casación excepcional, es requisito fundamental, entre otros, la exposición

Fé.

de los motivos de inconformidad, toda vez que es la única manera de saber si procede o no la concesión de la misma, teniendo en cuenta que la ley la estableció bajo dos únicas hipótesis: el desarrollo de la jurisprudencia y la protección de las garantías fundamentales, que a juicio del actor hayan sido transgredidas por el sentenciador. Magistrado Ponente Dr. JORGE E. CORDOBA POVEDA. Casación Discrecional. Fecha: 25/05/1999. Decisión: No concede el recurso de casación discrecional. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial. Ciudad: Santa Fe de Bogotá. Procesado: PRECIADO ARBELAEZ, ALEJANDRO ALBERTO. Delitos: Fraude procesal. Proceso: 15751. Publicada: Si.
Véase también en Internet: www.flj.edu.co 90

LIBERTAD POR PENA CUMPLIDA. Si bien es cierto que la Corte se encuentra legalmente facultada para conceder la libertad provisional en tanto se de la hipótesis prevista en la norma antes referida, esto es cuando el procesado hubiere sufrido en detención preventiva un tiempo igual al que mereciere como pena privativa de la libertad, no menos lo es que tal potestad no se extiende a declarar un supuesto de hecho que aún no se encuentra caracterizado por la firmeza que deviene de la ejecutoria de las providencias judiciales, como tampoco puede conducir a declarar los efectos previstos en el artículo 71 del Código Penal pues es patente que el período de prueba, como ya se afirmó dentro de este mismo proceso en auto de octubre 22 de 1.998, sólo puede computarse a partir de aquel momento en que se verifique dicha ejecutoria.

Dada sin embargo la confusión que evidencia el solicitante frente a estos fenómenos procesales conviene precisar que uno es el extintivo previsto en el artículo 71 del Código Penal derivado del acatamiento, durante un período de prueba, a una serie de obligaciones contraídas correlativamente a la concesión del subrogado de la condena de ejecución condicional y otro totalmente diferente el purgar la pena que se hubiere impuesto en la sentencia, pues mientras aquel tiene por fundamento precisamente la suspensión de la ejecución del fallo éste implica el efectivo descuento de la sanción, resultando por tanto contradictorio afirmar y con base en ello solicitar declaración de cumplimiento de un castigo aduciendo vencimiento de un período de prueba.

En ese orden además, la consideración de pena cumplida según las previsiones del citado artículo 415 del Código de Procedimiento Penal, supone que el procesado ha permanecido en detención un tiempo igual al que se hubiere fijado como privación de libertad en las instancias. Magistrado Ponente Dr. CARLOS A. GAL-

Pág.

VEZ ARGOTE. Auto Casación. Fecha: 25/05/1999. Decisión: Se abstiene de emitir pronunciamiento en relación con la solicitud que sobre declaración de pena cumplida formula el defensor. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial. Ciudad: Santa Fe de Bogotá. Procesado: VARON GIRALDO, ARTURO. Delitos: Estafa. Proceso: 14637. Publicada: Si.

Véase también en Internet: www.fij.edu.co 92

COMPETENCIA A PREVENCION. En atención a la complejidad del marco espacial en que se habría desarrollado la conducta investigada, deviene aplicable la previsión del artículo 80 del Código de Procedimiento Penal, que establece la «*competencia a prevención*» para aquellos eventos en que «*el hecho punible se haya realizado en varios sitios*», fijándola en «*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*». (Resaltó la Sala). En punto a este tipo de divergencias conviene recordar la teleología que inspira la preceptiva legal de la «*competencia a prevención*», cual es precisamente evitar que los funcionarios judiciales se distraigan en discusiones incidentales de este tipo, surgidas de la indeterminación del lugar de consumación del hecho punible, pues con tal proceder desvían el objeto central de su actuación, cual es, según el artículo 228 de la Constitución Política, la efectividad del derecho sustancial. Magistrado Ponente Dr. FERNANDO ARBOLEDA RIPOLL. Auto Colisión de Competencias. Fecha: 25/05/1999. Decisión: Adscribe competencia al Juzgado octavo Penal Municipal de. Medellín. Procedencia: Juzgado Tercero Penal Municipal. Ciudad: Tunja. Procesado: SANABRIA BUENAHORA, RICARDO. Procesado: VILLEGAS, MANUEL. Procesado: VELEZ, CARLOS. Delitos: Estafa. Proceso: 15319. Publicada: Si.

Véase también en Internet: www.fij.edu.co 96

INCONGRUENCIA DE LA SENTENCIA/ DELITOS CONTRA EL PATRIMONIO ECONOMICO/ TERMINACION ANTICIPADA DEL PROCESO. Teniendo en cuenta que la consonancia hace relación a que la sentencia no puede sancionar por hechos diferentes a los endilgados en la acusación, ni por una denominación jurídica distinta, ni por agravantes modificadoras de la punibilidad no imputadas expresamente, ni por agravantes no modificadoras de la punibilidad que requieran valoración y que no fueron advertidas en el llamamiento a juicio, ni desconociendo circunstancias de atenuación reconocidas, no hay duda de que en este caso el

fallo recurrido es incongruente, pues dado el punible imputado, la cantidad apropiada se identifica con el objeto material de los peculados, de ahí que tenía que ser fijada desde la formulación de los cargos, sin que en el juicio pueda ser cambiada como equivocadamente lo sugiere el Fiscal de segunda instancia.

Expresado de otra manera, en los delitos en los que la conducta punible es la apropiación de dinero, en el pliego de cargos se debe precisar su monto, pues al no hacerlo se deja sin concretar el objeto material, que como se sabe es elemento del tipo y pieza fundamental de la imputación, cuya individualización no puede dejarse para la etapa del juicio, de modo que las pruebas que en ese sentido se soliciten son inconducentes.

Con mayor razón tratándose de un concurso homogéneo con conductas sucesivas, pues si lo que se cree es que además de las imputadas hubo otras apropiaciones que no quedaron comprendidas en el proceso, lo indicado es compulsar copias para que se investiguen por separado, pero no agregar su valor a lo endilgado en el llamamiento a juicio.

Ahora bien, es oportuno hacer la siguiente diferenciación: si lo apropiado es una cosa mueble distinta al dinero, lo importante es que en la acusación se individualice y se le aprecie económicamente para efectos de deducir las circunstancias agravantes que con base en ese factor se imputan, de suerte que no haya ninguna duda sobre lo que constituye el objeto material del ilícito, pero su valor definitivo puede ser debatido durante el juicio, y será el juez quien finalmente diga a cuánto asciende.

En los casos en que el proceso esté en la fase del sumario es indispensable la presencia del sindicado a la audiencia de formulación de cargos, la cual se hace atendiendo a su solicitud, y como aún no hay resolución de acusación, esa es la oportunidad que él tiene para conocer la imputación que le hace el fiscal, y para decidir si la acepta o no, de manera que si no concurre no hay audiencia.

Además, el funcionario podría decretar la ampliación de indagatoria, lo cual, como es obvio, exige la presencia del implicado. Magistrado Ponente Dr. RICARDO CALVETE RANGEL. Sentencia Casación. Fecha: 27/05/1999. Decisión: Casa parcial y en su lugar deja vigente la pena impuesta en la. sentencia de primera instancia. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial. Ciudad: Bucaramanga. Procesado: CORNEJO DE BECERRA, MARIA HELENA. Procesado: PINEDA TRIANA, YAQUELINE. Delitos: Peculado por apropiación, Falsedad en documento público,.

Pág.

Falsedad en documento privado. Proceso: 11162. Publicada: SI. Aclaración de voto Dr. NILSON PINILLA PINILLA -.
Véase también en Internet: www.fij.edu.co 100

TESTIMONIO-Reserva de identidad /SANA CRITICA-Excepción / ACTOS DE FEROCIDAD Y BARBARIE. Como excepción a la sana crítica, el estatuto procesal en el inciso segundo del artículo 247 establece que en los procesos adelantados por los jueces regionales no se podrá dictar sentencia condenatoria con fundamento único en uno o varios testimonios de personas con reserva de identidad.

Esta corporación en providencia de fecha 25 de septiembre de 1996, expresó que «Son actos de ferocidad y barbarie los que reprueba el derecho internacional humanitario o derecho de gentes, precisamente por evidenciar la crueldad innecesaria en los procedimientos y en los medios utilizados, o por comportar hostilidad, padecimientos, atemorización y exposición a daños también innecesarios a los niños, mujeres, personas débiles o impotentes, y en general a la población civil que se afectó con semejante explosión en un populoso barrio...» (Rad. 12.051, M. P. Dr. Jorge Aníbal Gómez Gallego).

En el caso concreto, el medio utilizado, artefacto explosivo, llevó implícito el resultado de causar temor en los habitantes de San Vicente de Chucurí.

Los tornillos y otros elementos de hierro contenidos en la bomba para aumentar su poder destructivo, expelidos con el estallido, estuvieron destinados a agravar las heridas y aumentar los padecimientos de las víctimas afectadas con la explosión, lo cual torna bárbaro el acto.

Circunstancias que impiden la aplicación de la eximente de pena que consagraba el artículo 127 del Código Penal a los delitos señalados por el impugnante, incluido el delito contra la fe publica que simplemente menciona y no explica cómo pudo haber sido cometido durante el desarrollo de los hechos que denominó combate.

No cabe duda que los Protocolos I y II, adicionales a los Convenios de Ginebra, ratificados por el Estado, son de obligatorio cumplimiento en los conflictos armados internacionales e internos.

A pesar de que tienden a la protección de las eventuales víctimas, el recurrente de manera confusa aduce su inaplicación por el juzgador, no para favorecerlas sino pretendiendo que los homicidios y las lesiones inferidas a las personas civiles sean considerados como culposos.

Pág.

La Corte en la citada providencia de 25 de septiembre de 1996, sobre la aplicación de derecho internacional humanitario indicó:

«Es que del reconocimiento de la guerra o de los conflictos armados como una realidad y, por ende, del altruista propósito de sujetar a los combatientes a unas reglas que limiten sus métodos y medios de acción, con el fin de proteger a la persona humana, no se sigue alegremente que el derecho internacional humanitario legitima la guerra o la existencia de los conflictos armados o de grupos insurrectos o la recurrencia a formas inhumanas de ataque o a potentes instrumentos de desolación por parte de las asociaciones armadas irregulares, porque, a mas de reducir los estragos de las confrontaciones bélicas, dicho ordenamiento, fruto de los pactos internaciones y de la conciencia de la humanidad, apunta estratégicamente a lo que Kant definió elocuentemente como el modo de «hacer la guerra según principios tales que sea siempre posible salir de ese estado natural y entrar en un estado jurídico» («Principios metafísicos del derecho», pág. 190).

Sólo con el compromiso de los enfrentados en el conflicto, tanto los irregulares como la fuerza pública, de humanizar la terrible confrontación bélica, de evitar las crueldades innecesarias en las operaciones militares de uno u otro bando, para que no siga acreciendo el rencor y el deseo de venganza, se conserva la esperanza de la paz en la república y de la reconciliación entre los opositores armados.».

Como acertadamente anota el Procurador Delegado en lo Penal, los invocados artículos 43-2, 51 y 57 del Protocolo I se refieren a los conflictos armados internacionales; la lucha por derrumbar el sistema y tratar de tomarse violentamente el poder estatal e implantar un nuevo orden por parte del E. L. N., no tienen ese carácter. Magistrado Ponente Dr. NILSON PINILLA PINILLA. Sentencia Casación. Fecha: 27/05/1999. Decisión: No Casa. Procedencia: Tribunal. Ciudad: Nacional. Procesado: ATUESTA LOPEZ, ALONSO. Delitos: Lesiones personales, Uso de documento público falso,. Rebelión, Homicidio, Terrorismo. Proceso: 12661. Publicada: Si.

Véase también en Internet: www.flj.edu.co 121

CAUSALIDAD/ HOMICIDIO. La problemática generada por la aplicación del principio de causalidad contemplado en el artículo 21 del Código Penal, sufrió modificación en Colombia con la supresión de la previsión específica del llamado homicidio concausal en el Código Penal de 1980 (Decreto 100), circunscribiéndose la controversia a dos hipótesis: existencia real de la causa determi-

Pág.

nante del hecho punible, atribuible a la acción u omisión del agente, o de la concausa que por sí sola sea suficiente o idónea para producir el resultado dañino, evento en el cual desaparecería o tendría una materialización diferente el hecho punible como tal, en concreto. Magistrado Ponente Dr. NILSON PINILLA PINILLA. Casación Discrecional. Fecha: 27/05/1999. Decisión: No acepta el recurso de casación excepcional. Procedencia: Juzgado 6° Penal del Circuito. Ciudad: Palmira. Procesado: SOLIS BANGUERO, JESUS EGIDIO. Delitos: Lesiones personales culposas. Proceso: 12869. Publicada: Si.

Véase también en Internet: www.fij.edu.co 138

MANDATO CIVIL-Fallecimiento del poderdante/ EXTINCION DE LA PENA/ EXTINCION DE LA ACCION. 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.».

Aunque el peticionario solicita a la Sala «declarar la extinción de la pena», por el fallecimiento de su defendido, resulta apropiado a la técnica jurídica declarar la extinción de la acción penal y cesar el procedimiento, con todas las consecuencias que tal determinación conlleva, puesto que la extinción de la pena se reserva para la hipótesis en que la sentencia ya se encuentre ejecutoriada al producirse el deceso del condenado. Magistrado Ponente Dr. EDGAR LOMBANA TRUJILLO. Auto Casación. Fecha: 27/05/1999. Decisión: Declara extinguida la acción penal por muerte. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial. Ciudad: Valledupar. Procesado: VANEGAS ORTEGA, EFRAIN ENRIQUE. Delitos: Falsedad material de particular en doc. púb., Estafa. Proceso: 14313. Publicada: Si.

Véase también en Internet: www.fij.edu.co 145

SUBROGADO PENAL /VIGENCIA DE LA LEY-Ley 40 de 1993 art. 15. La Corte debe precisar, en primer lugar, que la sentencia no está ejecutoriada todavía y por tal razón la pretensión del procesado debe entenderse como de libertad provisional por conducto del artículo 415-2 del Código de Procedimiento Penal.

Pág.

Es verdad, en segundo lugar, que la prohibición absoluta de libertad condicional a que hacía referencia el artículo 15 de la ley 40 de 1993 no se encuentra vigente.

La totalidad de hechos punibles son actualmente susceptibles del subrogado (o de la libertad provisional por esa vía), en los términos del artículo 1º de la ley 415 de 1997.

Lo que no es cierto es que a partir de esta norma baste cumplir en unos casos los dos tercios de la pena y en los demás las tres quintas partes para hacerse acreedor a la libertad, como parece plantearlo (...).

La mencionada disposición incluyó un nuevo artículo (el 72 A) en el Código Penal y con éste un nuevo régimen de libertad condicional, que coexiste con el del 72 del mismo estatuto.

Bajo el régimen del artículo 72 A basta haber descontado de la pena sus 3/5 partes y no tener orden de captura vigente, para que surja a favor del condenado o procesado el derecho al subrogado penal o a la excarcelación.

El mismo no es aplicable, sin embargo, frente a los delitos relacionados en la disposición, entre los que se cuentan el apoderamiento y desvío de aeronaves (art. 4º del decreto 2266 de 1991) y el hurto calificado, dos de los hechos punibles por los cuales resultó condenado el acusado.

En relación con éstos, como lo precisa la norma con suma claridad, opera el régimen del artículo 72 del Código Penal, lo cual significa que para la procedencia del subrogado o de la libertad provisional se requiere no sólo haber descontado las dos terceras partes de la pena, sino el juicio positivo de readaptación social realizado por el funcionario judicial a partir de la personalidad del procesado, su conducta carcelaria y sus antecedentes de todo orden. Magistrado Ponente Dr. CARLOS EDUARDO MEJIA ESCOBAR. Casación -Libertad-. Fecha: 31/05/1999. Decisión: No concede libertad provisional. Procesado: ROJAS SIERRA, WILLIAM ALFREDO. Proceso: 10245. Publicada: Si.

Véase también en Internet: www.fij.edu.co 148

PRUEBA/ SANA CRITICA/ TESTIMONIO/ TERCERO CIVILMENTE RESPONSABLE. 1. En el sistema de tarifa legal las pruebas tienen un valor inalterable, independiente del criterio del juez, quien se limita a aplicar la ley a los casos particulares.

Es en este sistema en el que se afirma que «Dos testigos hábiles que concuerden en el hecho y sus circunstancias de modo, tiempo y lugar, forman plena prueba ...», y, por ende, que uno sólo no tiene tal valor.

Pág.

En cambio en el método de la sana crítica, el fallador goza de libertad para apreciar los medios de prueba, sólo limitada por la ciencia, la lógica y la experiencia.

Aquí su convicción la forma de manera libre pero racional, debiendo, por tanto, expresar si un determinado medio le merece o no credibilidad y por qué.

Por lo mismo, un sólo testigo «purgado de vicios, ostenta capacidad de llevar al convencimiento del juzgador sobre la responsabilidad del acusado», como lo ha expresado la Sala*.

En el primer sistema, cuando se desconoce la norma que tarifa la fuerza persuasiva del medio, se incurre en error de derecho por falso juicio de convicción, el que es extraño al método de la sana crítica.

Como quiera que el testimonio en nuestro actual sistema procesal no tiene un valor tarifado, sino que su apreciación se deja al razonado criterio del juzgador, quien goza de facultad para otorgarle o no credibilidad, atendiendo los principios de la ciencia, la lógica y la experiencia, la simple discrepancia sobre aquella no puede estructurar desatino demandable a través de la casación.

Por lo tanto, el yerro sólo puede emerger de la ostensible contradicción entre la valoración del sentenciador y las reglas de la sana crítica, pero no de la discrepancia entre la estimación judicial y la del censor.

2. Como reiteradamente lo ha sostenido la Sala, el plazo para vincular al tercero civilmente responsable fenece cuando el proceso queda a disposición de las partes, de conformidad con el artículo 446 del Código de Procedimiento Penal, pues si se llama con posterioridad, se le sorprende y limitan grandemente sus derechos procesales, por cuanto que a esa altura de la causa han precluido las oportunidades para pedir y controvertir las pruebas.

Puede ser involucrado aun iniciándose el juicio, siempre que tenga la oportunidad plena de solicitar, allegar y contradecir las pruebas y de preparar debidamente su defensa para que así se equilibre en los mismos derechos y facultades de cualquier sujeto procesal, pues de no ser así se le vulnera el debido proceso y el derecho de defensa**.

---

*. *Véase casación marzo 9/95, M.P. Dr. Carlos Eduardo Mejía Escobar.*

**. *Véanse casación 10.260, junio 17/97, M.P. Dr. Nilson E. Pinilla Pinilla y 10.728, marzo 17/99, M. P. Dr. Carlos Augusto Gálvez, entre otras.*

Pág.

En este asunto, si bien es cierto que la demanda de constitución de parte civil se admitió el 23 de junio de 1993, cuando el proceso se encontraba en su etapa instructiva, sin embargo al tercero civilmente responsable sólo se le vinculó hasta el 27 de febrero de 1995, vencido el traslado de que trata el artículo 446 y pocos días antes de la celebración de la audiencia pública, en la cual tampoco intervino por no haber sido notificado.

Así mismo, el juez de primera instancia absolvió al procesado, por lo cual no podía pronunciarse sobre los perjuicios.

El Tribunal lo condenó penal y civilmente, pero nada dijo sobre el tercero civilmente responsable, de lo que se infiere que al percatarse que la vinculación había sido extemporánea y violatoria del debido proceso y del derecho de defensa, la consideró inexistente.

Conforme al art. 218 del C. de P. P, el recurso de casación sólo procede contra sentencias de segunda instancia, es decir, contra las decisiones que se tomen en la misma.

Sobre la responsabilidad del tercero civilmente responsable no hubo decisión, esto es, no hay sentencia y, por lo mismo, el cargo carece de objeto, por lo que debe ser desestimado.

Por otra parte, una de las finalidades de la casación es la de garantizar los derechos fundamentales debidos a las personas que intervienen en la actuación penal, objetivo que si prospera el reproche, no sólo no se cumpliría sino que, por el contrario, como en situación semejante lo sostuvo la Sala, «se cometería una nueva violación contra las garantías de los terceros, pues no solamente se les vinculó tardíamente, sino que además resultarían condenados sorpresivamente en la sentencia de casación sin haber sido definida su responsabilidad en las dos instancias previas, con lo cual también se les desconocería la posibilidad de interponer recursos contra la condena, inobservando el debido proceso aplicable al caso»***. Magistrado Ponente Dr. JORGE E. CORDOBA POVEDA. Sentencia Casación. Fecha: 01/06/1999. Decisión: No Casa. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial. Ciudad: Ibagué. Procesado: SORIANO AGUIRRE, HUGO ALVARO. Delitos: Homicidio culposo. Proceso: 12538. Publicada: SI.

Véase también en Internet: www.flj.edu.co 150

SANA CRITICA/ LEGALIDAD DE LA PENA. Atendiéndose a la premisa contenida en el artículo 254 del Código de Procedimiento Penal, en cuanto a la observancia de las reglas de la sana crítica y

***. *Auto de febrero 4/98, casación 13.860. M.P. Dr. Ricardo Calvete Rangel.*

Pág.

el examen conjunto del haz probatorio, por cualquiera de los medios de prueba legalmente reconocidos el Juez bien puede dar por establecidos los hechos y circunstancias del delito, la responsabilidad del procesado y la naturaleza y cuantía de los perjuicios, según previene el artículo 253 ídem al instituir en nuestro ordenamiento jurídico el sistema de libertad probatoria en materia penal.

De ahí que la Sala persista en reiterar cómo dentro de ese sistema de libre apreciación racional le está vedado al casacionista, para los fines de desarrollar y fundamentar el cargo, conducirse bajo los parámetros de unas instancias ya superadas, por cuanto lo que se trata en esta sede de impugnación extraordinaria es romper un fallo que arriba ungido con el doble atributo de acierto y legalidad, cometido que sólo se logra en la medida en que se pueda demostrar de manera coherente, clara y puntual, los vicios de actividad o de juicio en que incurrió el juzgador de turno, así como su influencia nociva en los resultados del respectivo pronunciamiento al punto que, de no haberse presentado tales anomalías, otras muy distintas hubiesen sido las conclusiones de la determinación atacada.

Se entiende violada la legalidad de la pena cuando al individualizarse la sanción el juez no respeta el marco punitivo en sus límites mínimo o máximo señalados en la respectiva disposición penal sustantiva.

Y en tratándose de concurso de hechos punibles, la dosimetría depende del art. 26 del C.P., según el cual el infractor quedará sometido al precepto que apareja *«la pena más grave, aumentada hasta en otro tanto»*. Magistrado Ponente Dr. JORGE ANIBAL GOMEZ GALLEGO. Sentencia Casación. Fecha: 02/06/1999. Decisión: Desestima la demanda, casa parcial y de oficio, modifica, pena. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial. Ciudad: Ibagué. Procesado: MORALES, JAIR. Delitos: Tentativa de homicidio. Porte de armas de defensa personal. Proceso: 10958. Publicada: Si.

Véase también en Internet: www.fij.edu.co 168

TRANSITO DE LEGISLACION/ COEXISTENCIA NORMATIVA/ CONCIERTO PARA DELINQUIR. Como acertadamente lo dijo el Ministerio Público, no sólo la demandante no es clara en sus fundamentaciones jurídicas, como que salta a la vista la poca claridad que tiene en torno a la diferenciación de los conceptos de «tránsito legislativo» y «coexistencia normativa», sino que tampoco le asiste razón, lo que torna imprósperа la censura.

Pág.

En efecto, resulta conveniente recordar que se está frente a un caso de paralelismo normativo, toda vez que para la época de los hechos coexistían tipos penales que, aun cuando tenían el mismo nomen juris y elementos comunes, poseían otros que permitían distinguirlos, siendo los del Decreto 180 de 1988 de mayor riqueza descriptiva que los de la legislación ordinaria y exigiendo, en general, la finalidad terrorista.

Consideró el legislador excepcional que cuando el sujeto agente dirigía su acción a provocar o mantener en estado de zozobra o terror a la población o a un sector de ella, ó realizaba comportamientos que afectaban gravemente la seguridad y tranquilidad públicas, debía ser sancionado con mayor drasticidad, por lo que creó paralelamente a la legislación común unos tipos penales, entre los cuales el artículo 7° del Decreto 180 de 1988, y un procedimiento especial, conforme a las facultades que le concedía el artículo 121 de la Constitución Política vigente para la época.

Por lo tanto, es claro que se expidieron, mediante el llamado «Estatuto para la Defensa de la Democracia» (decreto 180/88), normas que sin derogar las del Código Penal, sancionaban más gravemente determinados comportamientos, particularmente por la finalidad terrorista perseguida.

Tal ocurrió no sólo con el concierto para delinquir sino con otros reatos como el incendio de medio transporte, el homicidio, el secuestro, la extorsión, etc.

En otros términos, en esa época, afloraron dos clases de delincuencia, que dadas sus características, requerían diferente tratamiento: la común, prevista en las leyes ordinarias; y aquella que buscaba desestabilizar las instituciones democráticas y que afectaba gravemente la tranquilidad y la seguridad pública, para cuya represión se dictó el decreto 180 de 1988, que preveía severas sanciones.

En consecuencia, se estaba en presencia de una coexistencia normativa y no de un tránsito legislativo, por lo cual no era aplicable el principio de favorabilidad.

Más aún, ni aceptando, en gracia de discusión, la sucesión de leyes en el tiempo y, por ende, que el artículo 7° del Decreto 180/88 derogó el 186 del Código Penal, sería aplicable esta última disposición, pues aquél entró a regir el 27 de enero de 1988 y el concierto para delinquir se prolongó después de esa fecha, de modo que ningún conflicto de leyes en el tiempo podría presentarse.

Pág.

Contrario sensu es lo acontecido con la expedición de la Ley 365 del 21 de febrero de 1997, normatividad que en su artículo 8° recogió en un solo tipo penal los conciertos para delinquir previstos en los artículos 186 del Código Penal y 7° del Decreto 180 de 1988, evento que constituye un claro ejemplo de sucesión de leyes o tránsito legislativo, pero que no es aplicable en este caso, por cuanto no es precepto que resulte más favorable a los intereses jurídicos del procesado, en razón al quantum punitivo. Magistrado Ponente Dr. JORGE E. CORDOBA POVEDA. Sentencia Casación. Fecha: 02/06/1999. Decisión: Desestima la demanda, casa parcial y de oficio en el sentido, de suprimir agravantes, declara prescripción por unos delitos,, reduce pena principal. Procedencia: Tribunal. Ciudad: Nacional. Procesado: BEDOYA ESCOBAR, ALCIDES DE JESUS. Delitos: Concierto para delinquir. Proceso: 14301. Publicada: Si.

Véase también en Internet: www.fij.edu.co 182

PRUEBA/ POLICIA JUDICIAL. en lo pertinente a que no se le permitió intervenir en la práctica de pruebas, lo cual deja enunciado más no desarrollado el casacionista, suficiente es con recordar que este proceso se tramitó conforme a lo previsto en el Decreto 2.790 de 1.990 que dispone en el artículo 20, modificado por el Decreto 099 de 1.991, adoptado como legislación permanente por el artículo 4º del Decreto 2.271 de 1.991, que «la controversia del material probatorio se adelantará durante la etapa del juicio.

La Policía Judicial practicará las pruebas, o incorporará al expediente las que se pongan a su disposición y que considere pertinentes, sin expedir acto que así lo ordene, y a su realización sólo podrá asistir el agente del Ministerio Público...» (resalta la Corte), disposición que, a su turno, fue declarada exequible por la Corte Constitucional en sentencia C-093 de 1.993, entendiendo que durante la instrucción la controversia de la prueba bien puede ejercerse por medio de la solicitud de pruebas, la posibilidad de conocer las decisiones que en tal sentido se tomen con la consecuente oportunidad para recurrirlas, etc. Magistrado Ponente Dr. CARLOS A. GALVEZ ARGOTE. Sentencia Casación. Fecha: 02/06/1999. Decisión: No Casa. Procedencia: Tribunal. Ciudad: Nacional. Procesado: QUIROZ HERNANDEZ, EBERTO. Delitos: Porte de armas de defensa personal. Homicidio. Proceso: 13437. Publicada: Si.

Véase también en Internet: www.fij.edu.co 196

TERMINACION ANTICIPADA DEL PROCESO/ SENTENCIA ANTICIPADA-Interés para recurrir. 1. Siendo el interés para recurrir un

indiscutible presupuesto para el legítimo ejercicio de la impugnación, en tanto se concibe como condición procesal indispensable en el propósito de controvertir válidamente una decisión judicial en las oportunidades y por las razones previamente señaladas en la ley, bien se trate de los recursos ordinarios o el extraordinario de casación, imperativo es observar en primer término su concurrencia, debiéndose constatar para dicho efecto, de una parte, que sólo puede servir al cometido de reparar un perjuicio o agravio que se le haya ocasionado al inconforme y complementariamente, en algunos casos, que el objeto del reparo no esté excluído como motivo de ataque.

2. Ese estudio debe en primer orden acometer la Corte en el caso *sub judice*, como quiera que la sentencia impugnada extraordinariamente fue proferida en forma anticipada, esto es, con sujeción a lo dispuesto por los artículos 37 y 37B del Código de Procedimiento Penal, tomando como fundamento y origen la libre y voluntaria determinación del procesado de aceptar los cargos formulados en su contra por la Fiscalía, de donde las posibilidades para discrepar de ella deben sujetarse a aquellos aspectos expresamente indicados en el numeral cuarto del referido artículo 37B, esto es, sólo en relación con la dosificación de la pena, el subrogado de la condena de ejecución condicional y la extinción del dominio sobre bienes.

3. Por ello y dada la naturaleza de esta clase de sentencias, la jurisprudencia de la Sala ha sostenido en teleológica interpretación del instituto, que las limitaciones frente a las posibilidades de ataque de los fallos proferidos anticipadamente, son de la misma manera predicables del recurso extraordinario, sede ante la cual, además de las exigencias de técnica comunes a cualquier demanda casacional, el objeto de la inconformidad está por igual condicionado a aquellos expresos y particulares aspectos, en razón a las consecuencias jurídicas que se derivan para el procesado de la voluntaria e incondicional aceptación de los cargos, en tanto no se produzca la vulneración de las garantías fundamentales, pues por tal postura obtiene como contrapartida el derecho a una reducción de la pena que le corresponde por el delito objeto de imputación, la que dependiendo de la oportunidad, será de una tercera o una sexta parte.

4. Es por su naturaleza y características, que los temas que son susceptibles de debate corresponden a aspectos que en principio escapan al objeto mismo del acuerdo, pues por constituir decisión equivalente a la resolución acusatoria, cuando se lleva a cabo antes del cierre investigativo, la formulación de cargos debe

Pág.

contener esencialmente los requisitos exigidos por el artículo 442 del Código de Procedimiento Penal para el proferimiento de aquélla, tales como la narración suscinta de los hechos, la indicación y evaluación de las pruebas allegadas a la investigación y la calificación jurídica con el señalamiento del capítulo dentro del título correspondiente del Código Penal; pues cuando ésta se efectúa una vez proferida la resolución calificatoria como consecuencia del trámite ordinario del proceso, la ley ha dispuesto que la aceptación de los cargos dice forzosa relación a aquéllos que fueron imputados en la propia acusación, lo que igualmente comprende además de la adecuación típica del delito, la necesaria valoración de las pruebas que permiten individualizar las circunstancias en que el hecho se cometió y la responsabilidad del procesado.

5. Entonces, los aspectos recurribles son aquellos que por su naturaleza decisoria corresponde definir exclusivamente al Juez, pues la oportunidad para hacerlo no es otra que al momento de dictar sentencia, como sucede, precisamente, con la dosificación punitiva, el subrogado de la condena de ejecución condicional y la extinción del dominio sobre bienes, por lo cual la aceptación de responsabilidad por parte del procesado lo es por los hechos y las circunstancias en que se cometió el delito, bajo la denominación típica que la ley les ha dado, de donde corresponde al Fiscal delimitar los cargos con la mayor precisión en cuanto a las circunstancias agravantes y aminorantes. Magistrado Ponente Dr. CARLOS A. GALVEZ ARGOTE. Sentencia Casación. Fecha: 02/06/1999. Decisión: No Casa. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial. Ciudad: Pasto. Recurrente: CHUCUA ESTRADA, MARIO ENRIQUE. Delitos: Homicidio. Proceso: 10109. Publicada: Si.

Véase también en Internet: www.fij.cdu.co 212

TERMINACION ANTICIPADA DEL PROCESO/ SENTENCIA ANTICIPADA/ RECURSOS/ CONCUSION/ CIRCUNSTANCIAS GENERICAS DE AGRAVACION PUNITIVA/ COLABORACION EFICAZ/ LIBERTAD Y SENTENCIA CONDENATORIA-Subrogado de la condena de ejecución condicional (Art. 198 C. de P.P.)/ DETENCION DOMICILIARIA. De acuerdo con el artículo 37B del Código de Procedimiento Penal, modificado por el artículo 12 de la ley 365 de 1997, en el trámite de sentencia anticipada el interés para recurrir, si el impugnante es el procesado o su defensor, se circunscribe a los temas de la dosificación punitiva, el subrogado de la condena de ejecución condicional y la extinción del dominio sobre bienes. Se trata de preservar lo que tiene de convencional esta forma especial de terminación del proceso, pues, limitada la impugna-

ción a dichas materias, se evitan las retractaciones caprichosas, sin perjuicio obviamente del ejercicio real de las garantías fundamentales.

A partir de esta premisa, se analizará, en primer lugar, el proceso de cuantificación de la pena realizado por el Tribunal.

En efecto, el juzgador partió acertadamente de la consideración del texto del artículo 67 del Código Penal, en la medida que la acusación contempló expresamente la circunstancia de atenuación por la buena conducta anterior del procesado, pero también incluyó el factor agravante basado en la posición distinguida que el infractor ocupaba en la sociedad por su ilustración, poder, cargo, oficio o ministerio (arts. 64-1 y 66-11 idem).

Así pues, conforme con la mencionada regla de tasación punitiva, no era posible imponer el mínimo de la sanción, porque no concurrían exclusivamente circunstancias de atenuación, sino que también se había deducido un relevante factor de agravación.

Es indiscutible que los jueces de la República ostentan un cargo y poder que, si se usan torcidamente, pueden facilitar enormemente determinadas tareas delictivas que se propongan y, en razón de ello, procedería la agravante prevista en el numeral 11 del artículo 66 del Código Penal.

La mencionada circunstancia de agravación, en tanto exija juicios de valor para su establecimiento y cabal reproche, debe evidenciarse fáctica y jurídicamente en el texto de la resolución acusatoria o en la equivalente acta de cargos, ya que no se trata de un mero factor objetivo de medición judicial de la pena o de algo que fenomenológicamente se pueda constatar sin discusiones razonables, pues de otra manera no podría considerarse dicho elemento como ingrediente de dosificación de la pena en la sentencia (Cfr. sent. Casación 22 de julio de 1998, M. P. *Carlos Mejía Escobar*).

Correlativamente, si tal exteriorización se hizo cumplidamente en el acta de formulación de cargos, y se cuenta además con la aceptación expresa del procesado, no puede pretextarse ahora, como motivo de impugnación del fallo, un presunto desajuste en la ponderación de la pena para desconocer olímpicamente su existencia, pues ello daría entrada a una retractación tardía e improcedente de lo aceptado en la respectiva diligencia de terminación anticipada del proceso.

Ahora bien, es cierto que el artículo 140 del Código Penal exige la condición de servidor público como componente típico del delito

de concusión, además que los jueces tienen tal calidad, pero, si se quiere justificar la doble imposición con efectos punitivos, una es la causa para deducir la tipicidad básica como presupuesto de la pena y otra diferente la que se requiere para situar la agravante de la misma.

En efecto, el proceso de adecuación típica del delito de concusión exige el abuso de la condición básica de servidor público o de la función, pero, dentro de la gama de servidores oficiales, existen algunos que se destacan en la sociedad por el cargo mismo, el poder, el oficio o el ministerio que ejercen, posiciones que entonces tienen un mayor grado de exigibilidad, en el sentido de proteger y abstenerse de violar la vida, honra, bienes, creencias y demás derechos y libertades de las personas, porque obviamente tal situación privilegiada del actor cuenta para facilitar la comisión del delito, aunque para su realización baste la sola condición oficial.

Es claro que el juez ejerce un papel nuclear y sustentador en el Estado de Derecho, por cuanto a él se confía finalmente la solución imparcial de los conflictos sociales, razón por la cual si él aprovecha su investidura o función para delinquir obviamente irroga un mayor daño social porque, amén de agredir bienes jurídicos, rompe la independencia y la jurisdiccionalidad que son dos preciados valores institucionalmente dispuestos para enfrentar el choque social.

Por ello, la Corte ha entendido que no existe violación del principio de ne bis in idem cuando en relación con los jueces, como especial clasificación de los servidores públicos, por la misión protagónica que el Estado les encomienda, se pone a funcionar doblemente la calidad, primero como presupuesto de la pena y después como justificación de un incremento de la misma.

Ha dicho la Sala:

«Es verdad que para ser sujeto activo del delito de enriquecimiento ilícito se necesita ser empleado oficial, pero este requisito se satisface cuando el agente se encuentra dentro de una cualquiera de las hipótesis previstas en el artículo 63 del Código Penal, y es obvio que todas ellas, si bien dan al sujeto la calidad de empleado oficial, no son equivalentes y bien puede hacerse distinciones entre ellas por factores de jerarquía, representación social, respeto y admiración que merecen de los asociados y grados de responsabilidad que frente a ese mismo conglomerado social se exigen.

«Lo anterior están indicando que en presencia de esa inmensa gama de empleados oficiales, todos posibles sujetos activos de los

Pág.

delitos de responsabilidad, es perfectamente factible deducir la circunstancia de agravación punitiva en comento (ord. 11, del art. 66) en relación con algunos de ellos por su preeminencia respecto de los demás.

Y entre estos empleados oficiales se encuentran, indudablemente, los jueces, quienes por su propia función están obligados, como los que más, a obedecer la ley, aquella misma ley por cuyo incumplimiento sancionan a otros.

Es obvio que el delito cometido por un juez, así sea de aquellos ilícitos de los que sólo pueden ser sujeto activo los empleados oficiales, produce un gravísimo impacto negativo en la sociedad, lo cual justifica ampliamente un incremento punitivo por lo que él representa ante la sociedad» (Sentencia de noviembre 21 de 1990. M. P. *Guillermo Duque Ruiz*). Conforme con el artículo 61 del Código Penal y a tono con la idea regulativa del derecho penal de acto, recibida en el ordenamiento jurídico colombiano (Const. Pol., art. 29), el mínimo de cuarenta y ocho (48) meses de prisión previsto en el artículo 140 Estatuto de las penas sí podía incrementarse en dos (2) meses por la circunstancia de agravación señalada, para obtener así un parcial punitivo de cincuenta (50) meses de prisión, que sería la sanción correspondiente al delito más grave, habida cuenta que se presenta un concurso homogéneo de hechos punibles de concusión cometidos antes y después de la modificación plasmada en el artículo 21 de la Ley 190 de 1995, pues para los primeros se prevé como principal la pena de prisión de dos (2) a seis (6) años, mientras que para los segundos se dispone prisión de cuatro (4) a ocho (8) años.

Así entonces, de acuerdo con la regla práctica del artículo 26 del Código Penal -que pretende ahora ignorar el apelante-, aquella sanción básica podía incrementarse hasta en otro tanto, proporción que sensatamente fijó el *a quo* en 24 meses de prisión, habida consideración de que eran dos los concurrentes comportamientos delictivos de la misma índole, y sin olvidar que la pena independiente para cada uno de ellos oscilaría entre 2 y 6 años de prisión, por haberse cometido ambos antes de la vigencia del artículo 21 citado.

Por último, como legalmente es fija la detracción de la tercera parte de la pena, por el sometimiento a sentencia anticipada, el cómputo exacto sobre 74 meses sería de 24 meses y 20 días, lo cual significa que la pena privativa de la libertad sería de 49 meses y 10 días de prisión, sentido en el cual se modificará el fallo (art. 37 C. P. P.).

Pág.

Se aclarará también, como aspecto legal que en nada desmejora la situación del apelante único, que la interdicción de derechos y funciones públicas, al igual que la multa, también se previeron como penas principales en el artículo 140 del Código Penal, al lado de la prisión.

Desde luego que tal cantidad de punición, por desbordar el límite objetivo previsto en el artículo 68 del Código, no da lugar a otras consideraciones para entender que estuvo bien negado el sustituto de la condena de ejecución condicional.

El segundo punto de inconformidad se refiere a la detención domiciliaria durante la ejecución de la condena, figura excepcional prevista en el artículo 369A del Código de Procedimiento Penal, modificado por el artículo 44 de la Ley 81 de 1993.

Si el procesado aspiraba a dicho beneficio, simultáneamente con la petición de sentencia anticipada debió poner de presente la colaboración eficaz que supuestamente lo hacía acreedor al mismo, con el fin de que el fiscal tramitara unificadamente ambas pretensiones conforme con lo dispuesto en el artículo 37 del Estatuto Procesal Penal (artículo 369C, inciso final).

Los beneficios por colaboración eficaz no pueden acordarse sola mente con el juez, de espaldas al papel y la responsabilidad que debe compartir la Fiscalía en dicho trámite, máxime si cuando se intentó la sentencia anticipada el proceso aún se hallaba en la fase instructiva.

De otra parte, las actitudes y criterios que dan lugar a una colaboración eficaz no sólo deben ajustarse a las descripciones de los respectivos literales del artículo 369A, sino que una primera calificación del hecho como tal correspondería al fiscal, antes de cualquier intervención del juez.

Así entonces, la petición de beneficios por colaboración eficaz es extemporánea y, en cuanto a la pretensión en sí, la Corte advierte legal la decisión del Tribunal de revocar la detención domiciliaria que se había dispuesto como medida de aseguramiento privilegiada, antes de que se dictara la sentencia de primer grado, pues, proferida ésta, la situación de libertad del procesado se rige por los efectos de la concesión o negación del subrogado de la condena de ejecución condicional, porque se entiende que con su ejecutoria comienza el período de ejecución de la pena o de su suspensión.

Ahora bien, el cumplimiento de las providencias sobre la libertad y detención, por sí solas o como consecuencia de la negación del subrogado, tienen un desarrollo diferente, según que la persona

se encuentre privada de la libertad o goce de excarcelación regularmente decretada, pues, en uno u otro caso, se aplicarán los incisos primero y segundo del artículo 198 del Código de Procedimiento Penal, respectivamente.

Así, en este caso el Tribunal negó el subrogado, pero el procesado se hallaba privado de libertad (aunque en detención domiciliaria), razón por la cual las consecuencias deben regularse por el inciso 1° del artículo 198 y no por el apartado 2°.

De modo que la revocatoria de la detención domiciliaria, con el fin de convertirla en privación de la libertad en un centro carcelario, es una medida de cumplimiento inmediato, porque el citado precepto se refiere escuetamente a la **detención**, que en el sistema procesal penal colombiano y sin que surjan dificultades de aplicación por su distinta naturaleza, comprende tanto la **detención preventiva** como la **domiciliaria** (C. P. P., arts. 396 y 397).

Cosa distinta ocurre si en el curso de la actuación el procesado disfruta de excarcelación ordenada por el fiscal con base en los requisitos de la condena condicional, pero el juez, con juicio contrario, niega el subrogado al momento de la sentencia, caso en el cual ahí sí la **captura** sólo podrá ordenarse una vez ejecutoriada la sentencia, como lo indica la primera parte del inciso 2° del artículo 198.

Mas si lo que se había decretado antes era la detención sin excarcelación con fundamento en las exigencias de dicho sustituto, pero después se produjo la libertad por cualquiera otra causa, la negación del subrogado en la sentencia genera efecto inmediato.

De otro lado, si tal es la regulación ordinaria de la detención domiciliaria, resulta inapropiado invocar analogía *in bonam partem* para prolongarla durante la ejecución de la sentencia, pues, se repite, ésta es una figura excepcional que debe sujetarse a los requerimientos, competencias y trámites de los beneficios por colaboración eficaz, y, además, como se deja visto, la figura común de la detención domiciliaria no ostenta vacíos en su reglamentación sino que, por su naturaleza jurídica preventiva, sencillamente termina con el proferimiento del fallo de primer grado, según se ha reiterado por la Sala desde la providencia del 9 de noviembre de 1993 (M. P. *Gustavo Gómez Velásquez*). Magistrado Ponente Dr. JORGE ANIBAL GOMEZ GALLEGO. Sentencia Segunda Instancia. Fecha: 02/06/1999. Decisión: Confirma ordinal primero de la sentencia, confirma ordinales, segundo y quinto, adiciona a la sentencia. Procedencia: Tribunal Superior del Dis-

Pág.

trito Judicial. Ciudad: Tunja. Procesado: MEJIA ESTUPIÑAN, JULIO ROBERTO. Delitos: Concusión. Proceso: 14123. Publicada: SI.

Véase también en Internet: www.fij.edu.co 222

NULIDAD-Causales. En vigencia de la Constitución Política de 1.886 y del Decreto- Ley 409 de 1.971, en cuyo artículo 210 se hacía una enunciación casuística y por lo mismo limitada de las causales de nulidad en materia procesal penal, la doctrina jurisprudencial de la Corte respondiendo a la necesidad jurídica de «mantener purificado el sistema procedimental», creó una categoría especial de los motivos que podrían dar lugar a la invalidación de un proceso con fundamento en el artículo 26 de la Constitución Nacional bajo la denominación de nulidades supralegales.

Por ello y con el fin de regular bajo una mayor comprensión el instituto de las nulidades, el Decreto 0050 de 1.987 consagró en el artículo 305, en tres grandes espectros, aquellas hipótesis atentatorias contra las formas propias del juicio o contra las garantías que se deben a los distintos sujetos intervinientes en el proceso penal, al igual que se consagró en el artículo 304 del Decreto 2.700 de 1.991, cuando ya estaba en vigencia la nueva Carta Política expedida en el mismo año y bajo cuyo expreso mandato se profirió dicho Estatuto que corresponde al actual Código de Procedimiento Penal, de donde la referencia a la especial y cualificada clase de nulidades como constitucionales, carece hoy por hoy de justificación en cuanto pretenda significarse con tal calificativo el mismo fenómeno de invalidez ya recogido en la Ley Procesal, lo cual por supuesto no implica desconocer, pues por el contrario se impone afirmarlo, la fuente y límite que constituye la Carta Política del Estado respecto del ordenamiento legal y por ende, frente al caso concreto, respecto de las nulidades, hasta el punto de que en relación con ellas la técnica casacional no se opone a la exigencia formal en su invocación para entender como debidamente formulado un cargo por violación a uno de estos derechos fundamentales amparado en el desconocimiento de la norma Superior, bien omitiendo la precisión del precepto legal o confundiendo una con otra normatividad, pues siendo que los derechos y garantías que sustentan y tutelan el proceso penal están predeterminados por «la norma de normas», de donde la exigencia formal debe necesariamente decaer ante la invocación del mandato fundamental, pues es su contenido material el que realmente señala el sentido del derecho protegido y garantizado, debiendo partir de allí el horizonte de proyección hermenéutico

Pág.

de la disposición que lo formaliza, conforme queda corroborado legislativamente al imponérsele a la Corte de Casación el imperativo de anular oficiosamente el fallo, cuando establezca el desconocimiento procesal de algún derecho o garantía fundamental, conforme se dispone en el artículo 228 del Código de Procedimiento Penal.

Bajo este supuesto conceptual, entonces, es claro que las indistintas referencias que hace el casacionista respecto al artículo 29 de la Carta Política y al 304 de la Ley Procesal, como disposiciones violadas por el fallador de segundo grado al proferir la sentencia recurrida, hasta el punto de colegir que su pedimento no se sustenta en el desconocimiento de la ley sino de la Constitución, la cual se habría infringido, siendo tal fenómeno el que demanda en casación, no impiden a la Corte estudiar de fondo la censura.

Pero, desde luego, un tal planteamiento no puede confundirse con la práctica omisión de la formulación de la censura especificando el derecho o la garantía violada, si se aspira a obtener una respuesta de la Corte en punto de lo demandado, pues esencialmente diversa resulta respecto de las nulidades la no exigencia estricta de la formalidad en comento con la no formulación del cargo en el que sea evidente el reproche constitucional que se hace, pues siendo, como es sabido, rogativo este recurso extraordinario necesariamente la función declarativa de la Corte no puede promoverse sin la claridad debida en la formulación del ataque.

Y tampoco, puede entenderse que con una tal amplitud y so pretexto de recuperar el contenido material de las normas constitucionales se proponga indiferentemente cualquier clase de argumentación, bien para que bajo un mal entendido de la oficiosidad proceda la Corporación de encontrar una presunta nulidad o para que lejos de las funciones regladas que la Constitución y la Ley le otorga, las desborde aparentando una supuesta vulneración de los derechos fundamentales, ya que, de una parte, la oficiosidad no puede ser el resultado de una previa petición en ese sentido, pues de ser así se estaría precisamente actuando contra ella, en la medida en que la decisión procesalmente oficiosa tiene su origen exclusivo en el ejercicio del poder-deber del ius puniendi por parte del Estado y no en la resolución de una mal formulada pretensión; y de otra, la respuesta casacional, al igual que sucede respecto de toda la actividad jurisdiccional, está restringida en los Estados de Derecho por los límites previamente establecidos por la Constitución y la Ley respecto de su competencia que

Pág.

fija el ámbito de «lo que debe conocer», y en cuanto a las decisiones de la relación procesal, a la aplicación de las normas reguladoras de ese objeto por decidir, toda vez que el principio de «unidad jurídica» en ninguna forma implica la unificación o mejor, la confusión, en una incoherente amalgama de todos los fenómenos fácticos y jurídicos que se puedan presentar para que desconociendo la autonomía de las jurisdicciones y la división de competencias, las decida un mismo ente judicial, habida cuenta, de que una tal insultada aspiración estaría permitiendo precisamente lo contrario a lo que parece aspira el demandante, esto es, que resquebrajaría el Estado de Derecho en lugar de preservarlo.

En el fondo, la pretensión del impugnante, que dicho sea en verdad, corresponde sustancialmente a la misma argumentación que se presentara en una de las demandas de quienes accionaron ante la Corte Constitucional para impetrar la inexequibilidad de los artículos 3º, 4º, 5º y 6º del Decreto 2.271 de 1.991, precisamente por medio del cual se adoptaron como legislación permanente los Decretos legislativos 1.199 de 1.987, 474 de 1.988, 2.790 de 1.990, 099, 390 y 1.676 de 1.991 (la del expediente D-061, en la cual también se cuestionaba la falta de publicidad de esta clase de procesos, la problemática de la contradicción probatoria y puntualmente, la práctica de las pruebas por la Policía Judicial con la sola asistencia del agente del Ministerio Público), que acumulada a otras acciones fueron decididas negativamente al ser declaradas constitucionales todas estas disposiciones en el fallo C-033/93, se concreta en la petición que le hace a la Corte, por intermedio de esta Sala, para que deje de aplicar los Decretos 2.790 de 1.990, 099 y 2.271 de 1.991, bajo el genérico fundamento de que al contrariar los referidos Tratados se violan los artículos 93 y 29 Superiores, desconoce la propia Carta Política, además de la Ley de Procedimiento Penal, dado que si bien el control de constitucionalidad que reconoce la Ley Fundamental continúa siendo difuso, como sucedía en imperio de la Constitución anterior, ninguna duda existe respecto a que originariamente lo ejerce la Corte Constitucional, bien por vía automática o mediante el ejercicio de la acción pública de constitucionalidad, y que excepcionalmente, esto es, cuando su exequibilidad no ha sido declarada por dicha Corte o por el Consejo de Estado, en los casos de su competencia, debe hacerlo el funcionario a quien le corresponda aplicar la Ley, como sería el caso del Juez, recurriendo a la «excepción de inconstitucionalidad», cuando observe que una específica norma positiva de categoría inferior a la constitucional la contradice abiertamente, caso en el cual debe abs-

tenerse de aplicarla para que impere la norma Superior, pero nunca por la vía de hecho a que se refiere el casacionista, es decir, que sin ninguna otra consideración, se deje de aplicar bajo el argumento de contrariedad con el ordenamiento internacional.

En este caso, los decretos 2.790 de 1.990, 099 y 2.271 de 1.991, que entiende el demandante son desconocedores del derecho de defensa y del debido proceso, como igualmente sucedió con toda la normatividad reguladora de la Legislación de Orden Público, hasta llegar a las disposiciones ahora criticadas por inconstitucionales, esto es, los Decretos Nos. 1.631 de 1.987, 180, 181, 182, 333 y 474 de 1.988, como los Nos. 1.895 y 185 de 1.989, y el No. 2.187 de 1.990, que se constituyen en el antecedente inmediato del Estatuto para la Defensa de la Justicia, recogido en el Decreto 2.790 del 20 de noviembre de 1.990, fueron sometidos a revisión automática de constitucionalidad por la Sala Plena de la Corte Suprema, específicamente este último en sentencia 48 del 11 de abril de 1.991, como también lo fue el Decreto 390 que modificó al anterior y al 099, a través de la sentencia 56 del 16 de mayo de 1.991; pudiéndose constatar de la misma manera que prácticamente en su integral contenido, a través del fallo fechado el 27 de febrero de 1.993 (C-093) la Corte Constitucional sometió a estudio la exequibilidad del Decreto 2.271 de 1.991, mediante el cual, como se sabe, al no ser improbado por la Comisión Especial el gobierno nacional convirtió en legislación permanente aquella normatividad de excepción, recogiendo casi en su totalidad el contenido de los referidos Decretos 099 y 390 de ese mismo año, como también siendo claro que dicha Corporación valoró la constitucionalidad de distintas de las normas de ese cuerpo normativo que fueran demandadas, a través de las sentencias C-427, C-541 y C-683 del 12 de septiembre, 16 de octubre y 5 de diciembre de 1.996, respectivamente.

Declaradas exequibles, entonces, estas disposiciones por la Corte Constitucional, y por descartada la posibilidad de recurrir a la excepción de inconstitucionalidad por el efecto erga omnes de dicha declaratoria, como igualmente lo reconoce el demandante, la pretendida «inobservancia directa de la ley» que propone, se torna inusitada si se tiene en cuenta que como la misma Corte Constitucional lo ha reiterado, el control de exequibilidad se cumple en aplicación del denominado «bloque de constitucionalidad», de conformidad con el cual la confrontación de la ley con la Carta Política implica también la revisión de los Tratados internacionales de que trata el artículo 93 del Ordenamiento Superior, inte-

Pág.

grándose como una unidad jerarquizada a igual nivel, que por lo mismo, excluye, de acuerdo con esta sistemática, admitir la existencia de normas supraconstitucionales.

Así, y ante la exequibilidad del inciso segundo del artículo 20 del Decreto 2.790 de 1.990 y el 13 del Decreto 390 de 1.991, una vez incorporados como legislación permanente, en los cuales se dispone la exclusiva intervención del Ministerio Público en las pruebas a que se refiere el censor y a la no consagración de la audiencia pública en esta clase de procesos, C-093/93 y C-427/96, fallos en los cuales se dejó claro cómo, si bien en el artículo 228 de la Constitución Política se dispone que «La administración de justicia es función pública» y «Sus decisiones son independientes», también se señala que «Las actuaciones serán públicas y permanentes con las excepciones que establezca la ley», de donde el hecho de no disponerse la celebración de audiencia pública en los procesos adelantados por la justicia regional no puede tenerse como desconocedor de ningún canon superior y menos aún la Convención Americana de Derechos Humanos, en cuyo Capítulo II dedicado a los «Derechos Civiles y Políticos», artículo 8 sobre «Garantías Judiciales», numeral 5, se dispone que, « El proceso penal debe ser público, salvo en lo que sea necesario para preservar los intereses de la justicia», argumento que ha servido para explicar justificativamente el carácter especial de estas normas, más aún, cuando como también lo ha afirmado la Corte Constitucional, en aquellos eventos en que se presentase una real contrariedad entre los preceptos de los tratados y la normatividad interna, la aplicación de esta última que podría eventualmente generar efectos para el Estado en el ámbito internacional, no puede entenderse como enervante para los jueces en la sujeción al derecho nacional, pues, como lo han reconocido «la doctrina y la jurisprudencia internacionales», «la supremacía de los tratados sobre los ordenamientos internos de los Estados no implica la invalidación automática de las normas internas contrarias a los compromisos internacionales, por cuanto, para los ordenamientos nacionales y para los jueces nacionales, esas disposiciones internas pueden seguir teniendo plena validez y eficacia, por lo cual son aplicables.

Lo que sucede es que si los jueces aplican esas normas contrarias a un tratado, entonces eventualmente pueden comprometer la responsabilidad internacional del Estado en cuestión» (C-400, de 10 de agosto de 1.998). Magistrado Ponente Dr. CARLOS A. GALVEZ ARGOTE. Sentencia Casación. Fecha: 03/06/1999. Decisión: No Casa. Procedencia: Tribunal. Ciudad: Nacional. Proce-

Pág.

sado: GUERRERO LOBERA, MARTHA CECILIA. Delitos: Violación a la Ley 30/86. Proceso: 10143. Publicada: Sí.

Véase también en Internet: www.fij.edu.co 237

ACCION DE REVISION-Prescripción. La demanda de revisión que no se adecúe con los parámetros que la misma ley ha establecido en el artículo 234 del Código de Procedimiento Penal, no podrá ser admitida, pues es inaceptable que so pretexto de la excepcional acción, se pretenda reabrir un debate probatorio, ya finiquitado en las instancias, al punto de culminar con la expedición de decisiones que al haber hecho tránsito a cosa juzgada son inamovibles y permanecen tuteladas por la certeza de intangibilidad.

En punto de la causal invocada, esto es el numeral 2° del artículo 232 del Código de Procedimiento Penal, la Sala ha sido reiterativa en que para su postulación el hecho jurídico de la prescripción de la acción, (resultante de la verificación de un término calculado a partir del máximo de la pena imponible), debe emerger diáfana y exclusivamente de los hechos y pruebas conocidos, estudiados, controvertidos y valorados en las instancias.

Cabe rememorar lo expresado por la Sala en la sentencia del 5 de marzo de 1996, proferida al resolver la revisión número. 8336, (M.P. Dr. Carlos E. Mejía Escobar): « En segundo término ha de precisarse que el motivo de ésta acción, al tenor de lo dispuesto en la causal 2ª del artículo 232 del C.P.P., no permite cuestionar aspectos inherentes a la adecuación típica, la forma de culpabilidad o participación; las circunstancias de hecho o cualquier otro elemento que pudiese incidir sobre la punibilidad de la conducta.

La Revisión, en este sentido, no puede derivar en un nuevo juicio crítico sobre lo declarado en el proceso y por ende la prescripción que se alegue es aquella que surja de los hechos y del derecho tal como fueron considerados dentro del proceso.».

Cuando el artículo 80 del Código Penal estipula que para efectos de la prescripción se tendrán en cuenta las circunstancias de atenuación y agravación concurrentes, está haciendo remisión únicamente a las circunstancias específicas, adecuadas al caso concreto para aminorar o agravar la pena, y no así a las genéricas, cuya función es servir de parámetro referencial al juez para discurrir entre el mínimo y el máximo contemplado como sanción para el tipo de que se trate, como lo indica el artículo 67 ibidem.

De modo que, al aducir ahora unas causales de atenuación punitiva para lograr, derivado de su particular y unilateral manera de analizar la cuestión, el cómputo del tiempo requerido para la

Pág.

prescripción de la acción, incurrió en un grave error de argumentación, que de no advertirse implicaría a la Sala el devenir en fallador de instancia para analizar la viabilidad o no de reconocer una rebaja adicional de pena por virtud de aquellas, supuesto éste último a todas luces impertinente a las atribuciones de la Sala en sede de revisión. Magistrado Ponente Dr. EDGAR LOMBANA TRUJILLO. Acción de Revisión. Fecha: 08/06/1999. Decisión: Reconoce personería, inadmite la demanda de revisión. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial. Ciudad: Santa Fe de Bogotá. Procesado: SALAMANCA MEDINA, JOSE GILBERTO. Delitos: Estafa. Proceso: 15029. Publicada: Si.

Véase también en Internet: www.fij.edu.co 252

SANA CRITICA. De esta manera, la acusación se queda reducida a la inconformidad del actor con la valoración que los jueces le dieron, en conjunto, a la prueba pericial, hipótesis que se enmarca dentro del llamado error de derecho por falso juicio de convicción inadmisible en esta sede, bajo la sola consideración que el legislador le ha concedido al juez penal para evaluar el acervo probatorio, dentro de un sistema no sujeto a tarifa (art.254 C.P.P.), y si bien también cabría plantear violación al sistema de la sana crítica, el censor tampoco lo aduce.

Este principio procesal impide que de esa actividad intelectiva surja una transgresión a la ley, en la medida en que en ausencia de encasillamientos normativos sobre el particular valor de cada medio, resulta imposible la violación de mandatos inexistentes.

Tratándose de la labor intelectual y valorativa del raciocinio del juzgador, el ataque al fallo de segundo grado es impropio, porque esta vía de impugnación no admite la «corrección» de las valoraciones cumplidas por los sentenciadores, las cuales vienen precedidas de la doble presunción de legalidad y acierto. Magistrado Ponente Dr. EDGAR LOMBANA TRUJILLO. Sentencia Casación. Fecha: 09/06/1999. Decisión: No Casa. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial. Ciudad: Cali. Procesado: SANCHEZ PEREZ, BERNARDO. Delitos: Homicidio. Proceso: 10031. Publicada: Si.

Véase también en Internet: www.fij.edu.co 257

LIBERTAD PROVISIONAL/ ANTECEDENTES. Precisó la Sala en las ya citadas oportunidades que,

«....siendo de obligatoria referencia el estudio de los «antecedentes de todo orden» que pueda registrar el acusado y que en particular han de revelarse al interior del expediente, no cumpliría la judicatura su función si se mostrase ajena a la necesidad

Pág.

de consultarlos, lo que la obliga a tomar particular interés en el análisis conjunto de los rasgos de personalidad y antecedentes individuales, familiares y sociales de comportamiento, con miras a determinar si ha operado en realidad una rehabilitación y por lo mismo un cambio en los factores que condujeron a la comisión del delito y justificaron la imposición de pena, para animar a la cesación de su efectivo cumplimiento, o si por el contrario esas condiciones permanecen invariables o constituyen todavía un factor de riesgo que interfiera para el reacomodamiento social del procesado con provecho tanto para la comunidad como para él mismo, caso éste último en el que se tendría que mantener su estatus de interno».

«Lo anterior, por consiguiente, '...impide que sobre la sola base de unas bondadosas referencias personales pueda operar esa valoración integral, y sobre todo prescindiendo de las condiciones bajo las cuales se llegó a cometer la infracción juzgada, porque jamás podrá equipararse esta valoración para los casos de un delito pasional u ocasional, con las que se refieren a un delito cuya comisión ha implicado el montaje de una verdadera empresa que no desaparece por el solo hecho de la entrega o captura de uno o algunos de sus integrantes, dado que en éste último caso, es responsabilidad del juez ante la ley y la comunidad, la de tomar certeza y contar con garantía en cuanto aquella organización preparada para la actividad ilícita haya desaparecido real y radicalmente, o distanciado por lo menos e irrevocablemente de su actividad al sentenciado, ya que de otro modo, flaco servicio se le prestaría a la sociedad y al cumplimiento de los fines de la pena, con simplemente anticipar la posibilidad de que el sentenciado se reincorpore a aquel ambiente y retome aquellos medios y propósitos que lo habían llevado a la comisión de su infracción'.».

«Ya la Sala en casos similares ha puntualizado y ahora reitera su criterio, según el cual '.....con el complejo montaje de una actividad de producción, comercialización y exportación de sustancias estupefacientes que involucran la actividad de todo un grupo muy bien seleccionado, organizado y disciplinado de individuos que en sus diversas escalas se dedican al cultivo de las plantas, a la recolección de las cosechas, luego al proceso de elaboración e industrialización de los productos vedados, posteriormente a su almacenamiento y transporte y por último a su distribución y mercadeo, sin descontar -se infiere de la prolongación de esa actividad en el tiempo- el compromiso de autoridades corruptas'.».

Pág.

«Tan complejas organizaciones y actividades, elaboradas y cuidadosamente concebidas y ejecutadas, es racionalmente comprensible que tengan hundidas profundamente sus raíces, sin que hagan fácil, por lo mismo, su desmonte y desvertebramiento, circunstanciando, obviamente, dentro del análisis de esos «antecedentes de todo orden» la complejidad que representa en casos como el presente la valoración del pronóstico de que se hiciera cita en un inicio» (auto del 16 de marzo de 1995 - Mag. ponente Dr. Juan Manuel Torres Fresneda)». Magistrado Ponente Dr. MARIO MANTILLA NOUGUES. Casación -Libertad-. Fecha: 09/06/1999. Decisión: Niega nuevamente libertad provisional. Procedencia: Tribunal. Ciudad: Nacional. Procesado: PATIÑO CONCOTE, JUAN DIEGO. Delitos: Violación a la Ley 30/86. Proceso: 12509. Publicada: Sí.

Véase también en Internet: www.flj.edu.co 266

LIBERTAD Y SENTENCIA CONDENATORIA-Subrogado de la condena de ejecución condicional (Art.198 C. de P.P.) / DETENCION DOMICILIARIA. Es lo primero precisar que efectivamente tiene razón el procesado cuando manifiesta que por estar pendiente la decisión sobre el recurso extraordinario de casación que interpusiera su defensor contra el fallo de segunda instancia no tiene la calidad de condenado sino de procesado detenido preventivamente, sin embargo ello no significa que el cumplimiento de la revocatoria de la detención domiciliaria quede diferida hasta cuando la sentencia se encuentre en firme, pues de conformidad con lo dispuesto en el artículo «las providencias relativas a la libertad y detención y las que ordenan medidas preventivas se cumplirán de inmediato.

Si se niega el subrogado de la condena de ejecución condicional, la captura solo podrá ordenarse cuando se encuentre en firme la sentencia, salvo que durante el proceso se hubiere proferido medida de aseguramiento de detención sin excarcelación».

Lo anterior significa que siendo la detención domiciliaria una medida sustitutiva de la detención preventiva, no es equiparable a la excarcelación, pues lo que implica es que la privación de la libertad se cumple en el domicilio del procesado y no en un centro de reclusión, de ahí que, la jurisprudencia de la Sala haya sostenido que cuando el acusado se encuentra en dicha situación y en la sentencia se le niega el subrogado de la suspensión condicional de la ejecución de la condena, su internamiento en un establecimiento carcelario es de cumplimiento inmediato, ya que por no mediar excarcelación no se difiere su materialización hasta que cobre ejecutoria la decisión de condena, como que la

única excepción a ello, y en eso es clara la ley, lo es cuando ha mediado excarcelación, como ya ampliamente se dijo en auto del 10 de marzo de 1.998:

«1. La regla general es que las decisiones judiciales sólo pueden ejecutarse o cumplirse una vez ejecutoriadas. Es lo que se infiere de la correlación lógica de los artículos 197 y 198 del Código de Procedimiento Penal, el primero referido a la «*ejecutoria de las providencias*», como presupuesto de su ejecución, y el segundo atinente al «*cumplimiento inmediato*» de las determinaciones «relativas a la libertad y detención y las que ordenan medidas preventivas», como excepción a la regla. De todas maneras, la relación condicional entre «ejecutoria» y «ejecución o cumplimiento» es más nítida y directa en la previsión del artículo 334 del Código de Procedimiento Civil.

2. El artículo 198 contiene una cadena de salvedades, cuyo entendimiento cabal sólo puede lograrse si se busca el significado de cada una de sus partes y, sobre todo, si se descubre la relación de las parte entre sí.

Por obra del primer inciso de la disposición, se tiene que las decisiones sobre libertad y detención, como excepción a la regla de la exigencia previa de la ejecutoria, se cumplirán de inmediato (primer eslabón).

3. Mas si lo que ocurre es que se dicta sentencia condenatoria, en primera o segunda instancia (la norma no distingue), y «se niega el subrogado de la condena de ejecución condicional, *la captura* sólo podrá ordenarse cuando se encuentre en firme la sentencia...».

Es decir, en caso de negación del sustituto, se hace otra distinción pero para regresar a la regla general de la ejecutoria previa a la ejecución (segundo eslabón).

4. Sin embargo, a continuación se introduce otra limitación dentro del contexto de la ejecución de la captura a que daría lugar la negación del subrogado.

La lectura de este inciso segundo del artículo 198 es la siguiente: negado el sustituto, la privación de la libertad sólo podrá ordenarse una vez en firme la sentencia; pero, si en el curso del proceso se había dictado medida de aseguramiento de detención sin excarcelación, fundado este último matiz en el no cumplimiento del requisito objetivo del subrogado o en las prohibiciones expresas de la respectiva causal de libertad (C. P. P., arts. 415-1 y 417), la captura podrá ordenarse de inmediato (tercer eslabón).

Pág.

La expresión «*sin excarcelación*» tiene necesariamente que referirse a la que se funda en la anticipación del sustituto penal de la suspensión de la condena, como que ese es el tema traído a colación por la primera parte del mencionado inciso 2°, pues, según lo recomienda el artículo 30 del Código Civil, «el contexto de la ley servirá para ilustrar el sentido de cada una de las partes, de manera que haya entre todas ellas la debida correspondencia y armonía» (M.P. Dr. Jorge Aníbal Gómez Gallego). Magistrado Ponente Dr. CARLOS A. GALVEZ ARGOTE. Casación Libertad-Reposición. Fecha: 10/06/1999. Decisión: No repone auto que negó libertad... Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial. Ciudad: Santa Fe de Bogotá. Procesado: SANCHEZ ALFONSO, JAIME ENRIQUE. Proceso: 15736. Publicada: Si.

Véase también en Internet: www.flj.edu.co 271

VIOLACION INDIRECTA DE LA LEY/ IN DUBIO PRO REO/ TESTIMONIO-Retractación. 1.- Reiteradamente ha sido dicho por la Corte que cuando se plantea violación indirecta de la ley sustancial, por inaplicación del artículo 445 del estatuto procesal penal, que consagra el principio in dubio pro reo, se impone para el casacionista la obligación de demostrar que en el proceso existe duda probatoria sobre la materialidad del hecho punible o la responsabilidad del acusado, y que los juzgadores de instancia dejaron de reconocerla y de aplicar las consecuencias jurídicas correspondientes, en razón a errores de hecho o de derecho en la apreciación de los elementos de prueba.

En tratándose de errores de facto, debe ser precisado si la equivocación se presenta por omisión o suposición de una determinada prueba (de existencia), por distorsión de su contenido fáctico (de identidad), o por desconocimiento de las reglas de la sana crítica en la valoración racional de su mérito; y, en tratándose de errores de derecho, si provienen de la apreciación de pruebas que no cumplen los requisitos legales de incorporación al proceso, o cumpliéndolos han sido desestimadas porque el juzgador considera que no los reúne (falsos juicios de legalidad), o del desconocimiento de normas que regulan su valor o eficacia probatorias (falsos juicios de convicción).

Finalmente corresponde acreditar la incidencia del yerro en la parte dispositiva del fallo, lo cual presupone un estudio globalizado de la prueba con inclusión o exclusión, según cada caso, de las que no fueron apreciadas, o lo fueron indebidamente, y una valoración objetiva de su mérito, en orden a demostrar que de ellas no surge la certeza de la materialidad del hecho, o la responsabilidad del procesado, como equivocadamente lo declararon los

Pág.

juzgadores de instancia en el fallo, sino a un estado de duda razonable que debe ser resuelto en la forma prevista en el mencionado artículo 445 del Código de Procedimiento Penal.

2.- La retractación, ha sido dicho por la Corte, no destruye per se lo afirmado por el testigo arrepentido en sus declaraciones precedentes, ni torna verdad apodíctica lo dicho en sus nuevas intervenciones.

«En esta materia, como en todo lo que atañe a la credibilidad del testimonio, hay que emprender un trabajo analítico de comparación y nunca de eliminación, a fin de establecer en cuáles de las distintas y opuestas versiones, el testigo dijo la verdad.

Quien se retracta de su dicho ha de tener un motivo para hacerlo, el cual podrá consistir ordinariamente en un reato de conciencia, que lo induce a relatar las cosas como sucedieron, o en un interés propio o ajeno que lo lleva a negar lo que sí percibió.

De suerte que la retractación solo podrá admitirse cuando obedece a un acto espontáneo y sincero de quien lo hace y siempre que lo expuesto a última hora por el sujeto sea verosímil y acorde con las demás comprobaciones del proceso» (Cfr.

Casación de abril 21/55 y noviembre 9/93, entre otras). Magistrado Ponente Dr. FERNANDO ARBOLEDA RIPOLL. Sentencia Casación. Fecha: 15/06/1999. Decisión: No Casa. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial. Ciudad: Cali. Procesado: ANGULO SANCHEZ, WILLIAM. Delitos: Tentativa de homicidio, Porte de armas de defensa personal. Proceso: 10547. Publicada: Si.

Véase también en Internet: www.lij.edu.co 279

JUSTICIA REGIONAL/ BENEFICIO ADMINISTRATIVO. Como se trata de un delito de competencia de la justicia regional, para el cual, conforme al artículo 150 de la ley 65 de 1993, no proceden los beneficios administrativos, se hace innecesario pronunciarse sobre la redención de pena, pues ésta sólo tendría por objeto establecer si sumado el tiempo de reclusión física con el descuento por trabajo y estudio se cumple la tercera parte de la pena impuesta para poder acceder al permiso de 72 horas para salir del establecimiento carcelario, el cual, por tratarse de un beneficio administrativo para un punible de competencia de la justicia regional, sería improcedente. Magistrado Ponente Dr. JORGE E. CORDOBA POVEDA. Auto Casación. Fecha: 15/06/1999. Decisión: Se abstiene de reconocer redención de pena. Procedencia: Tribunal. Ciudad: Nacional. Procesado: BEDOYA ESCOBAR, ALCIDES DE JESUS. Delitos: Concierto para delinquir. Proceso: 14301. Publicada: Si.

Pág.

Véase también en Internet: www.fij.edu.co 293

INDIGENA-Fuero/ DEFENSA TECNICA/ PROCESO PENAL/ TERMINACION ANTICIPADA DEL PROCESO/ CIRCUNSTANCIAS GENERICAS DE AGRAVACION PUNITIVA. 1.- En el entendimiento que lo planteado por el procesado repercutiría en la competencia, enfrentando las jurisdicciones especial indígena y ordinaria, resulta imprescindible, antes de entrar a decidir el recurso, consultar las directrices que han venido siendo establecidas por el texto y la doctrina constitucional sobre la materia, en orden a determinar si la jurisdicción ordinaria carece de competencia para conocer de este asunto.

Algunas de las pautas interpretativas respecto al punto aparecen desarrolladas en la sentencia No.T-496/96, reiterada por la 523/97, que por su razonabilidad y en cuanto guardan estrecha relación con el caso analizado, resulta pertinente reproducir:

"... del reconocimiento constitucional de las jurisdicciones especiales se deriva el derecho de los miembros de las comunidades indígenas a un fuero.

En efecto, se concede el derecho a ser juzgado por sus propias autoridades, conforme a sus normas y procedimientos, dentro de su ámbito territorial, en aras de garantizar el respeto por la particular cosmovisión del individuo.

«Sin embargo, esto no significa que siempre que esté involucrado un aborigen en una conducta reprochable, la jurisdicción indígena es competente para conocer del hecho.

El fuero indígena tiene límites que se concretarán dependiendo de las circunstancias de cada caso.

Por ahora, debemos señalar, que en la noción de fuero indígena se conjugan dos elementos: uno de carácter personal, con el que se pretende señalar que el individuo debe ser juzgado de acuerdo con las normas y autoridades de su propia comunidad, y uno de carácter geográfico, que permite que cada comunidad pueda juzgar las conductas que tengan ocurrencia dentro de su territorio, de acuerdo con sus propias normas.

La distinción es importante, porque algunas veces, se atiende al fuero personal, o al fuero territorial, indistintamente, para determinar la competencia.

Debe reiterarse, entonces, que la coordinación entre este tipo de fueros corresponde a las circunstancias particulares de cada caso.

«En efecto, la solución puede variar si la acción típica es cometida por miembros de pueblos indígenas dentro de su territorio, o

si un indígena, de manera individual, incurre en ella afectando a quien no es miembro de su comunidad por fuera del ámbito geográfico del resguardo.

En el primero (sic) caso, en virtud de consideraciones territoriales y personales, las autoridades indígenas son las llamadas a ejercer la función jurisdiccional; pero en el segundo, el Juez puede enfrentar múltiples situaciones no solucionables razonablemente mediante una regla general de territorialidad.

Por ejemplo:

«a. Cuando la conducta del indígena solo es sancionada por el ordenamiento nacional, en principio, los jueces de la república son los competentes para conocer del caso; pero como se encuentran ante un individuo de otra comunidad cultural, tienen el deber de determinar si el sujeto agresor entendía, al momento de cometer el ilícito, que su conducta era realmente negativa, para efectos de reconocerle, o no, el derecho al fuero.

En este orden de ideas, las autoridades nacionales pueden encontrarse ante un indígena que de manera accidental entró en relación con una persona de otra comunidad, y que por su particular cosmovisión, no le era dable entender que su conducta en otro ordenamiento era considerada reprochable; o, por el contrario, enfrentar un sujeto que por su especial relación con la comunidad mayoritaria conocía el carácter perjudicial del hecho, sancionado por el ordenamiento jurídico nacional.

En el primer caso, el intérprete deberá considerar devolver al individuo a su entorno cultural, en aras de preservar su especial conciencia étnica; en el segundo, la sanción, en principio, estará determinada por el sistema jurídico nacional.

«b. En el caso de que la conducta sea sancionada en ambos ordenamientos, es claro que la diferencia de racionalidades no influye en la comprensión de tal actuar como perjudicial.

Sin embargo, el intérprete deberá tomar en cuenta la conciencia étnica del sujeto y el grado de aislamiento de la cultura a la que pertenece, para determinar si es conveniente que el indígena sea juzgado y sancionado de acuerdo con el sistema jurídico nacional, o si debe ser devuelto a su comunidad para que sea juzgado por sus propias autoridades, de acuerdo con sus normas y procedimientos.

«No es cierto, entonces, como lo afirma..

que la actividad de las jurisdicciones indígenas esté condicionada a que 'hayan ocurrido los hechos dentro de su ámbito territorial'.

Pág.

Como se ve, las posibilidades de solución son múltiples y atendiendo a las condiciones particulares de cada caso, las comunidades indígenas podrán también entrar a evaluar la conducta de un indígena que entró en contacto con un miembro de otra comunidad por fuera del territorio.

En otras palabras, no sólo el lugar donde ocurrieron los hechos es relevante para definir la competencia, si no que se deben tener en cuenta las culturas involucradas, el grado de aislamiento o integración del sujeto frente a la cultura mayoritaria, la afectación del individuo frente a la sanción, etc.

La función del juez consistirá entonces en armonizar las diferentes circunstancias de manera que la solución sea razonable».

De acuerdo con estos parámetros, se tiene que el fuero indígena, entendido como el derecho que los miembros de las comunidades aborígenes tienen a ser juzgados por sus propias autoridades, dentro de su ámbito territorial, y de conformidad con las normas y procedimientos establecidos por ellas (art.246 C.N.), no surge de la sola circunstancia de ostentar el procesado la condición de indígena, como parece entenderlo el memorialista.

Además de este factor, debe analizarse el lugar de ocurrencia de los hechos, en orden a determinar si se trata de un conflicto interno o externo, y en este último caso, las condiciones personales del indígena, su grado de culturización, conciencia étnica, distanciamiento del grupo, compenetración con la sociedad dominante, entre otros, a efecto de establecer si estaba en condiciones de comprender el carácter prohibitivo de su comportamiento.

La jurisdicción indígena procura preservar la diversidad étnica y cultural a partir del respeto de las normas, valores, costumbres e instituciones pertenecientes a los grupos indígenas dentro de su órbita territorial, siempre que no sean contrarios al ordenamiento jurídico nacional, y de proteger a quienes siendo sus miembros, se ven comprometidos en actos delictivos externos al grupo, debido a su particular forma de entender el mundo, con miras a no procurar su desarraigo del seno de la comunidad a que pertenecen, con todo lo que ello implica tanto para el colectivo como para el sujeto.

2.- El derecho a la defensa técnica implica desde luego que el inculpado cuente con asistencia profesional durante todo el proceso, y que sea continua y permanente, pues no de otra manera puede garantizarse a plenitud el derecho de contradicción, pero eso no significa que si en un determinado momento procesal ha dejado de tenerla, la actuación así cumplida, o la subsiguiente, advengan por ese solo motivo ineficaces.

Pág.

Habrá que determinar, en cada caso, si el derecho de defensa resultó realmente comprometido por razón de la irregularidad, pues de no haberlo sido, ninguna razón válida podría sustentar la anulación de lo actuado.

La Corte ha venido sosteniendo que cuando la informalidad es corregida oportunamente, de suerte que el defensor pueda ejercer adecuadamente los actos defensivos que pudieron haber sido realizados durante el tiempo que el procesado careció de asistencia profesional, como acontece, por ejemplo, cuando la irregularidad se presenta en la etapa del sumario, y el abogado designado para corregirla tiene la oportunidad de pedir pruebas o de controvertir las allegadas en las condiciones mencionadas, debe entenderse que el derecho no ha sido conculcado, puesto que ningún sentido tendría invalidar el proceso para que la defensa profesional vuelva a tener una oportunidad que ya le fue concedida, con la que contó (Cfr. Cas. Mayo 27 de 1999, Mag. Pte. Dr. Calvete Rangel).

3.- El proceso penal, como todo proceso, se rige por un orden, una secuencia progresiva o gradual, que abarca diferentes estancos o compartimientos, dentro de los cuales deben ser realizados determinadas actuaciones o ejercerse determinados derechos, siendo de carácter preclusivo.

El funcionario judicial no puede revertir el procedimiento o adelantarlo para acceder a peticiones inoportunas de las partes, ni entremezclar dentro de un determinado estadio procesal actuaciones ajenas al mismo, sin desconocer con ello el debido proceso.

Suspender, por tanto, la notificación de la resolución de acusación para acceder a la solicitud de ampliación de indagatoria presentada por el procesado, como lo sugiere el casacionista, resultaba abiertamente improcedente, si se da en considerar que la investigación ya había sido clausurada, y que solo hasta la etapa del juicio era posible practicar nuevas pruebas.

4.- La audiencia o diligencia de formulación y aceptación de cargos en la fase del sumario, tiene por objeto formalizar la acusación, y cumplir, para todos los efectos legales, los fines de la resolución acusatoria, como se desprende del contenido del numeral 2º del artículo 37B del Código de Procedimiento Penal, modificado por los artículos 5º de la ley 81 de 1993, y 12 de la ley 365 de 1997.

En el juicio, este trámite deja de tener sentido, por haber sido dictada ya la resolución acusatoria, y no tener el procesado posi-

Pág.

bilidad de apartarse de los cargos formulados en ella si pretende acogerse a los beneficios del instituto de la sentencia anticipada.

De allí que en estos eventos, baste la manifestación expresa del procesado en el sentido de que accpta los cargos contenidos en la resolución de acusación, para que resulte legítimo el proferimiento de la sentencia anticipada, como aconteció en el caso sub judice (Cfr. Casación No.11162 de mayo 27 de 1999, Mag. Ptc. Dr. Calvete Rangel).

5.- Sobre la posibilidad legal de poder deducir al procesado en la sentencia circunstancias genéricas de agravación punitiva, no determinadas en la resolución de acusación, la doctrina de la Corte ha venido sosteniendo que en tratándose de circunstancias de naturaleza objetiva, es decir de aquellas cuya presencia se constata del solo contenido fáctico de la conducta, su omisión no impide que sean deducidas en la sentencia, en cuanto sus elementos configurantes emergen de los hechos, o del contenido de la resolución de acusación.

Pero, en tratándose de circunstancias de carácter subjetivo, entendidas por tales aquellas que se establecen mediante la elaboración de juicios de valor, deben ser incluídas e identificadas de manera expresa en la resolución acusatoria, para que puedan servir de sustento de un incremento punitivo en caso de condena (Cfr. Sentencia Unica Instancia de julio 22 de 1998, Magistrado Ponente doctor Mejía Escobar; Casación de mayo 11 de 1999, Magistrado Ponente Dr. Arboleda Ripoll, entre otras). Magistrado Ponente Dr. FERNANDO ARBOLEDA RIPOLL. Sentencia Casación. Fecha: 15/06/1999. Decisión: Desestima la demanda, casa parcial y de oficio, fija pena. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial. Ciudad: Villavicencio. Procesado: POLOCHE VERA, CESAR JULIO. Delitos: Lesiones personales, Homicidio agravado. Proceso: 12043. Publicada: Si.

Véase también en Internet: www.flj.edu.co 295

NULIDAD/ PRINCIPIO DE INSTRUMENTALIDAD/ INFORME POLICIVO. Uno de los principios que rigen la invocación y declaratoria de la nulidad es el de instrumentalidad (art. 308.1 del C. de P.P.), según el cual, las formas no son un fin en sí mismas, sino simples instrumentos, medios, para asegurar a los sujetos procesales el respeto a sus derechos, en forma tal que si se cumple el objeto para el cual estaba destinado el acto, es absolutamente innecesario e improcedente decretar la nulidad.

Es necesario aclararle al recurrente que el señalamiento que se hizo a los capturados como autores de los hurtos cometidos en el

Pág.

Barrio (...) de la capital de la República, por parte de algunos testigos, es diligencia perfectamente válida, autónomamente considerada, pues se trataba de personas que acababan de ser aprehendidas, siendo necesario ponerlas a la vista de quienes fueron sus víctimas o presenciaron los hechos, para que manifestaran si se trataba o no de los autores y así evitar la sindicación de personas inocentes.

Como lo ha sostenido la Sala, no sería razonable exigir el cumplimiento de formalismos que, en ese instante, eran de imposible observancia, lo que no obstaba para que el señalamiento hecho fuera recogido a través del informe policivo y del testimonio de las personas que lo efectuaron, fuera tenido como medio de convicción y apreciado conforme a las reglas de la sana crítica.

(Casación N°10.106, septiembre 2/98. M. P. Dr. Jorge E. Córdoba Poveda). Magistrado Ponente Dr. JORGE E. CORDOBA POVEDA. Sentencia Casación. Fecha: 17/06/1999. Decisión: No Casa. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial. Ciudad: Santa Fe de Bogotá. Procesado: NARANJO, JUAN CARLOS. Procesado: TOVAR MIRANDA, YESID. Delitos: Lesiones personales, Hurto calificado, Concierto para delinquir. Proceso: 10718. Publicada: SI. Salvamento Parcial de Voto Dr. CARLOS A. GALVEZ ARGOTE - . Salvamento Parcial de Voto Dr. EDGAR LOMBANA TRUJILLO -.

Véase también en Internet: www.fij.edu.co 319

NULIDAD/ RESOLUCION DE ACUSACION. Si bien los hechos materia de ambos procesos fueron encuadrados, en lo concerniente a la vulneración contra la fe pública, en normas diferentes, no lo es menos que corresponden a preceptos del mismo título y capítulo (Código Penal, Libro II, Título VI, Capítulo III), además de ser producto del estudio razonado e interpretación de distintos funcionarios y estar contenidas las últimas imputaciones en la diligencia de formulación y aceptación de cargos en la etapa instructiva, en la cual no se evidenciaban errores trascendentes que impidieran el proferimiento subsiguiente de un fallo anticipado, situación diferente de lo ocurrido con los primeros sucesos calificados mediante resolución acusatoria.

En tales condiciones, de conformidad con lo que ha analizado la Sala en anteriores oportunidades, por ejemplo en sentencia de fecha 4 de febrero del año en curso, radicación N° 10918, M. P. Jorge Aníbal Gómez Gallego, esa simple disparidad de criterios no conlleva una declaratoria de nulidad:

«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 en el 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., 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.». Magistrado Ponente Dr. NILSON PINILLA PINILLA. Sentencia Casación. Fecha: 17/06/1999. Decisión: No Casa. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial. Ciudad: Santa Fe de Bogotá. Procesado: RODRIGUEZ VASQUEZ, GERMAN. Delitos: Uso de documento público falso. Falsedad material de. particular en doc. púb., Tentativa de estafa. Proceso: 10790. Publicada: SI. Salvamento Parcial de Voto Dr. CARLOS EDUARDO MEJIA ESCOBAR -.

Véase también en Internet: www.fij.edu.co 334

Pág.

TERMINACION ANTICIPADA DEL PROCESO / SENTENCIA ANTICIPADA/ AUDIENCIA ESPECIAL. En cuanto a la observación del Procurador en el sentido de que la Fiscalía creyó equivocadamente aplicar la figura de la audiencia especial, cuando la diligencia que se llevó a cabo fue la de sentencia anticipada, es importante advertir que así se haya solicitado la «audiencia especial», nada impide que el procesado termine aceptando la totalidad de los cargos, pues si él considera que están correctamente formulados puede tomar esa decisión.

En el caso que nos ocupa el imputado aceptó la responsabilidad en cuanto al delito de hurto calificado y agravado, y la negó sobre el porte ilegal de armas, de ahí que se optara por romper la unidad procesal para que ese punible se continuara investigando por separado, tal como lo establece el numeral 3 del artículo 37 B, aplicable en los casos de los artículos 37 y 37 A del estatuto procesal.

El numeral 2º del artículo 37 B ibídem, dice textualmente: «Equivalencia a la resolución de acusación.

El acta que contiene los cargos aceptados por el procesado en el caso del artículo 37 o el acta que contiene el acuerdo a que se refiere el artículo 37 A, son equivalentes a la resolución de acusación».

Al decir que las actas son «equivalentes» está admitiendo que formalmente no tienen que ser exactamente iguales a la resolución de acusación, y es obvio que sea así, pues no es necesario que se realice evaluación de las pruebas, ni tampoco contendrá respuesta a la alegaciones de las partes por sustracción de materia.

Pero lo que sí indica esa expresión es que las actas tienen igual valor, eficacia, aptitud, que la resolución de acusación, de modo que la sentencia debe ser dictada en consonancia con los cargos allí atribuidos al acriminado, de lo contrario es violatoria del debido proceso.

Pero para que la congruencia pueda observarse, es indispensable que tanto la imputación fáctica como la jurídica de lo acaecido contengan todos los elementos necesarios para que no haya ninguna duda sobre cuáles son los delitos, (conducta típica, antijurídica, y culpable), y las circunstancias agravantes que el fiscal le atribuye al acusado; las atenuantes no tienen problema porque el juez puede reconocerlas en la sentencia.

Teniendo en cuenta que el acta de formulación de cargos contra (...) fue redactada exactamente en los mismos términos de la de

Pág.

(...), y por lo tanto adolece de las mismas fallas, resulta necesario acudir al artículo 243 del Código de Procedimiento Penal, que permite la aplicación extensiva de la decisión a los no recurrentes, según el caso, pues de lo contrario la sentencia quedaría vigente respecto de él, entrañando una ostensible contradicción.

Magistrado Ponente Dr. RICARDO CALVETE RANGEL. Sentencia Casación. Fecha: 22/06/1999. Decisión: Casa, decreta nulidad a partir del acta de formulación de. cargos. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial. Ciudad: Barranquilla. Procesado: DEL CASTILLO CABRERA, DIEGO MARCEL. Delitos: Hurto calificado y agravado. Proceso: 10774. Publicada: Si.

Véase también en Internet: www.flj.edu.co 351

EXTRADICION. No sobra recordar que el artículo 1° del Acto Legislativo 01 de 1997, modificatorio del artículo 35 de la Constitución Política, no afecta positiva ni negativamente la situación de los extranjeros que se hallen en el territorio nacional porque ahora y antes de su vigencia, la legislación ha permitido y facilitado su extradición, como en providencia del 16 de abril de 1998 lo indicó la corporación:

«..... Consultadas la finalidad buscada por la reforma, como fue la de derogar la prohibición de extraditar nacionales colombianos por nacimiento, la evolución histórica de la institución y los antecedentes que precedieron al Acto Legislativo, no cabe duda para la Sala que la excepción de no retroactividad de la extradición del último inciso del artículo 35 de la Constitución Política sólo hace referencia a ellos, pues como quedó visto, ese fue el espíritu de sus redactores, sin que por nadie se hubiera propuesto ni discutido que se restringiera la extradición de los extranjeros, salvo la limitación ya existente con relación a los delitos políticos, en forma tal que no pueden considerarse incluidas en la disposición personas a quienes no se quiso involucrar y sobre cuya extradición sin restricciones, exceptuados los delitos políticos, siempre ha habido acuerdo y, por lo mismo, permanencia normativa.» (M. P. doctor JORGE CORDOBA POVEDA, rad. 14038).

De tal manera, los extranjeros no están cobijados por el último inciso del artículo 35 de la Carta Política y nunca ha existido en la legislación colombiana el ánimo de restringir en el tiempo su extradición. Magistrado Ponente Dr. NILSON PINILLA PINILLA. Extradición. Fecha: 22/06/1999. Decisión: Conceptúa favorablemente. Procedencia: Gobierno. Ciudad: Italia. Procesado: PASQUALE, DI CESARE. Proceso: 13865. Publicada: Si.

Pág.

Véase también en Internet: www.fij.edu.co 364

NULIDAD-Omisión de pruebas. En todas las ocasiones que esta Corporación ha tenido oportunidad de referirse a la omisión probatoria como eje central de pretendidas nulidades, ha dejado claro que no basta simplemente comprobar la inexistencia del medio probatorio al interior del proceso adelantado sino que, junto a ello y en procura de la consolidación de la garantía fundamental del debido proceso consagrada constitucionalmente, es preciso que se vea claro cómo por su ausencia el juzgador construyó una sentencia distante de la verdad buscada procesalmente y no encontrada, por lo que consecuencialmente resulta gravemente afectado el sujeto procesal.

Es decir, el rompimiento de una realidad procesal por medio de la comprobada existencia de una irregularidad sustancial -omisión probatoria- que obstaculiza al juzgador entrar en posesión de la verdad histórica, de contera favorable al sujeto procesal.

De esta manera, dos son los presupuestos que confluyen en la adecuada formulación y desarrollo del cargo promovido con fundamento en la omisión probatoria: el primero, que éste se encauce por la vía de la causal tercera, fuente propiciadora del restablecimiento del derecho afectado, y la segunda, que el censor dentro de los marcos de la razón, la coherencia, y la sindéresis demuestre cómo sin lugar a dudas de haberse contado con el extrañado medio probatorio otro hubiese sido el sentido del fallo impugnado.

Es este último aspecto el atinente a la trascendencia, que por definición descarta cualquier posibilidad de plantear tesis conjeturales, opinativas o puramente especulativas, en la medida en que si bien es cierto que no en todas las investigaciones aparecen incorporados tantos medios probatorios como para llegar a firmar que no quedó uno solo por practicar, también lo es que la certeza por cuyo conducto el juzgador predica la responsabilidad penal no depende de la cantidad de unidades de información ordenadas y practicadas sino de la entidad demostrativa, de la capacidad suasoria de aquéllas con que cuenta el plexo probatorio, que en caso de ser suficientes para el logro de los fines del proceso, deviene inane cualquier hipótesis contraria pretextada bajo el auspicio de la omisión probatoria.

El instructor no puede ser obligado a lo imposible, como lo estaría cuando después de decretada una prueba su evacuación se ve entorpecida por circunstancias que no alcanza a conjurar en su diligente oficio, y esta razonable omisión deja indemnes las ga-

rantías de los sujetos procesales siempre que se cuente con otras probanzas con las cuales se satisfaga el objeto de la investigación señalado en el artículo 334 del C.P.P. Magistrado Ponente Dr. JORGE ANIBAL GOMEZ GALLEGO. Sentencia Casación. Fecha: 22/06/1999. Decisión: No Casa. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial. Ciudad: Medellín. Procesado: ALVAREZ LEDESMA, MARIA ISABEL. Delitos: Hurto calificado y agravado, Porte de armas de defensa. personal, Homicidio, Tentativa de hurto calificado y agravado. Proceso: 10689. Publicada: Si.

Véase también en Internet: www.fij.edu.co 270

INCONGRUENCIA DE LA SENTENCIA/ CIRCUNSTANCIAS DE AGRAVACION PUNITIVA. La incongruencia entre la sentencia y la resolución de acusación, que es el reparo presentado, se demuestra confrontando las dos piezas procesales con el fin de establecer si el juez omitió resolver alguno de los cargos, o adicionó la imputación haciendo más gravosa la situación del implicado.

Aunque lo ideal es que en la parte motiva del llamamiento a juicio se indiquen las normas en las que están tipificadas las circunstancias agravantes que se imputan, el hecho de no hacerlo no significa que no hayan sido deducidas, pues ello depende de los términos en que se hubiere concretado la acusación.

O lo que es lo mismo, no es el señalamiento del artículo lo que permite que la agravante pueda imponerse en el fallo, ya que ella puede ser atribuida precisando todas sus características, de modo que quede claro para el acusado y no sea sorprendido por la sentencia.

En el caso de circunstancias objetivas como el valor, el lugar, el peso, la edad, etc., la situación es más sencilla, pues basta que queden comprendidas dentro de las circunstancias que especifican los hechos que se imputan para que puedan aplicarse en la sentencia, y en ese caso no tiene cabida la alegación de que no se sabía que ese aspecto formaba parte del cargo. Magistrado Ponente Dr. RICARDO CALVETE RANGEL. Sentencia Casación. Fecha: 22/06/1999. Decisión: No Casa. Procedencia: Tribunal. Ciudad: Nacional. Procesado: AGUDELO PAREJA, JOSE LUIS. Delitos: Violación a la Ley 30/86. Proceso: 11611. Publicada: Si.

Véase también en Internet: www.fij.edu.co 377

VIOLACION INDIRECTA DE LA LEY/ IN DUBIO PRO REO. No basta en casación invocar la aplicación del principio universal del *in dubio pro reo*, sino que es menester demostrar que en el fallo repudiado el juzgador hizo manifestaciones formales de franca

Pág.

duda y, a pesar de ello, optó por la sentencia condenatoria; o que, por probados errores de hecho y/o de derecho, el sentenciador hizo inferencias de certeza donde no era posible superar la hesitación.

En uno y otro caso, además, es preciso invocar la dirección impugnativa pertinente, pues para el primero correspondería la violación directa de la ley sustancial, por falta de aplicación del artículo 445 del Código de Procedimiento Penal; mientras que en el segundo procedería el reparo de violación indirecta. Magistrado Ponente Dr. JORGE ANIBAL GOMEZ GALLEGO. Sentencia Casación. Fecha: 22/06/1999. Decisión: No Casa. Procedencia: Tribunal. Ciudad: Nacional. Procesado: CASTRILLON HERNANDEZ, YAMIL. Procesado: HERNANDEZ VARGAS, VICTOR RAUL. Procesado: BECERRA CHANCI, VICTOR LEON. Delitos: Secuestro extorsivo. Proceso: 12658. Publicada: SI.

Véase también en Internet: www.flj.edu.co 386

NARCOTRAFICO/ COMPETENCIA. Ya en anterior oportunidad la Sala mediante providencia del 21 de junio de 1994, con ponencia del Magistrado Dr. Dídimo Páez Velandia, se pronunció sobre los factores de competencia que inquietan al Señor Procurador Delegado. En esa ocasión el Tribunal Superior de Cartagena le propuso colisión negativa de competencia al Tribunal Nacional por considerar que el artículo 9o. de la Ley 81 de 1993 le atribuye a los jueces regionales el conocimiento de los delitos derivados del cultivo, producción, procesamiento, conservación o venta de amapola o su látex o de la heroína, sin consideración de la cantidad de sustancia.

Por su parte el Tribunal Nacional no aceptó la competencia con el argumento que a la justicia regional únicamente le compete conocer de los comportamiento antes señalados y no de otras conductas relacionadas con esa clase de sustancias, como el porte, transporte, financiación o suministro, de las que deben conocer los jueces de circuito.

La Corte, previo examen del contenido de la norma, advirtió que para asignar la competencia a los jueces regionales el legislador tuvo en cuenta: en el numeral 1o. la naturaleza y cantidad de sustancia; en el 2o., además de los anteriores, la índole de la conducta sancionada (que se trate de laboratorio, almacene, transporte, venda o use); en el tercero, refiriéndose a la Ley 30, la actividad comportamental (artículo 35), la calidad del agente (artículo 39), los elementos empleados (artículo 43), la pluralidad de conductas y de agentes (artículo 44) y «la naturaleza de la sustancia (amapola o su látex o heroína)».

Pág.

De ahí, se dijo, que si al fijar esa competencia la ley alude a «de los que se deriven del cultivo, producción, procesamiento, conservación o venta de la amapola o su látex o de la heroína», es para condicionar el conocimiento a factores relacionados con esa sustancia, toda vez que la expresión «derivar» significa originarse una cosa de otra, sacar una cosa de otra, conducir, llevar una cosa y, en ese caso, «nunca podrá pensarse en el porte, si previamente a él no ha habido un cultivo, producción o procesamiento, ya que no habría ninguna razón lógica, jurídica, política o filosófica para que el legislador hubiera dejado fuera de la competencia de la justicia regional conductas parejas a aquellas, con relación a la amapola, su látex o la heroína, como transportar, suministrar, pues ni en una ni otra ha hecho distingo de cantidad para su diferenciación».

Se recordó en dicha ocasión que el tratamiento especial de las conductas relacionadas con la heroína, prescindiendo de la cantidad, se debe a los mayores estragos que causa en la sociedad debido a su alto grado de toxicidad, por lo que el criterio mayoritario del Tribunal Nacional parece obedecer a: «la confusión que tiene sobre la técnica jurídica que emplea el legislador cuando se encuentra en la labor de elevar a delito determinada conducta, a cuando de fijar competencias se trata.

En la primera y en desarrollo del principio nullum crimen, nulla poena sine lege, debe dejar plasmado en forma abstracta, pero con todas sus circunstancias, el comportamiento humano al que le da el carácter de criminoso; en la segunda, en cambio, decide qué funcionario quedará a cargo del juzgamiento de la infracción en su género, como cuando determina la competencia en el Juez del Circuito para conocer del punible de homicidio sin individualizar su especie, pero de igual modo, atendiendo a las circunstancias modales, a la condición de la víctima, etc., puede hacer que ese ilícito sea juzgado por un funcionario judicial especial, como cuando dispone en el artículo 9 5 de la Ley 81 de 1993 que el homicidio agravado por el numeral 8o. del artículo 324 del C. P. sea del conocimiento del juez Regional, sin que deba entrar a precisar la noción de homicidio».

Así pues, concluye la Corte asignándole la competencia a la justicia regional, dado que razones científicas y de política criminal llevaron al legislador a atribuirle el conocimiento de los delitos relacionados con la heroína, en ese caso, Magistrado Ponente Dr. EDGAR LOMBANA TRUJILLO. Sentencia Casación. Fecha: 22/06/1999. Decisión: No Casa. Procedencia: Tribunal. Ciudad: Na-

Pág.

cional. Recurrente: PEÑA DE OSORIO, MARIA ENCARNACIÓN. Delitos: Violación a la Ley 30/86. Proceso: 10411. Publicada: Si.

Véase también en Internet: www.fij.edu.co 398

REO AUSENTE/ CAPTURA/ INDAGATORIA. Habiendo optado por la renuencia, el declarado ausente, una vez se presente ante la autoridad judicial o sea capturado, asume el proceso en el estado en que se encuentre, sin que pueda retrotraerse la actuación para brindarle de nuevo oportunidades que fueron atendidas con su defensor oficioso.

Aunque la indagatoria, en principio, es allegable en cualquier momento, su recepción no puede resquebrajar el desarrollo armónico del proceso, ni socavar sus estructuras.

No obstante que el artículo 352 del Código de Procedimiento Penal no señala una ocasión específica para su acopio, existen otros preceptos que establecen unas directrices, como la recepción inmediata si la persona se presenta ante el fiscal con ese fin y no existe orden de captura en su contra (art. 381), o a la mayor brevedad posible dentro de los tres días siguientes a aquél en que haya sido puesta a disposición del fiscal (art. 386), preceptos que deben concatenarse con aquél que consagra plazos para definirle la situación jurídica, según que se le haya declarado ausente, esté en libertad o capturada (art. 387), pues el proceso como un todo armónico y garantizador brinda las oportunidades de defensa de las imputaciones que se le hacen, para que posteriormente el Estado emita el pronunciamiento respectivo.

Cuando el acusado no es ubicado para escucharle en indagatoria, se le emplaza, declara ausente y le es designado un defensor de oficio.

De esa manera queda vinculado legalmente al proceso, el cual no ha de paralizarse en espera de la concurrencia de alguien que no acude a ejercer su defensa material.

Así como la instrucción o el juicio no han de suspenderse, tampoco es posible retrotraer la actuación para retornar a etapas ya superadas, ni otorgar nuevas oportunidades al sindicado contumaz, quien precisamente las dejó vencer.

Lo contrario iría en contra del postulado de la preclusión de los pasos procesales y fomentaría desigualdad entre las partes, en oposición a lo previsto en el artículo 20 del Código de Procedimiento Penal y en el artículo 13 de la Constitución Política.

La captura de un procesado en tales condiciones, no significa cambio en su actitud, ni que a pesar de estar ya vinculado al

proceso deba inmediatamente recibírsele indagatoria, cuya recepción pudo ser solicitada por él, con lo cual demostraría un cambio de postura, y sería viable dependiendo de la fase en que esté el proceso, ya que puede suceder que sea impracticable por la específica situación procedimental, o que se haya agotado la instancia, o esté en trámite un recurso vertical.

Además, la aprehensión no obedece a la necesidad de oírlo, sino a otras razones, como hacer efectiva la detención o la condena. Magistrado Ponente Dr. NILSON PINILLA PINILLA. Sentencia Casación. Fecha: 22/06/1999. Decisión: No Casa. Procedencia: Tribunal. Ciudad: Nacional. Procesado: RODRIGUEZ OREJUELA, JORGE ELIECER. Delitos: Falsedad en documento público, Conservación ilegal de. armas de uso privativo. Proceso: 12435. Publicada: Si.

Véase también en Internet: www.fij.edu.co 414

PENA-Dosificación. Para efectos de graduar la pena que corresponda al infractor por el delito cometido, deben relacionarse necesariamente los artículos 61 y 67 del Código Penal, pues las circunstancias de agravación y atenuación son apenas uno de los varios criterios establecidos en la ley para la dosificación.

Al lado de ellos se encuentran otros factores, como son la gravedad y modalidades del hecho punible, el grado de culpabilidad, y la personalidad del agente, y tratándose de tentativa la aproximación al momento consumativo.

El artículo 67 que determina la aplicación de mínimos y máximos, enseña que solo podrá imponerse el máximo de la pena cuando concurran únicamente circunstancias de agravación punitiva, y el mínimo cuando concurran exclusivamente circunstancias de atenuación, «sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 61».

La claridad de estos preceptos permite concluir que la fijación del mínimo de la pena opera cuando solamente concurran circunstancias de atenuación punitiva (artículo 64), siempre que no se presenten otros factores de los que enuncia el artículo 61 como determinantes de incremento punitivo.

Magistrado Ponente Dr. RICARDO CALVETE RANGEL. Sentencia Casación. Fecha: 22/06/1999. Decisión: No Casa. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial. Ciudad: Santa Fe de Bogotá. Procesado: PARRA BRITTO, JULIAN. Delitos: Violación a la Ley 30/86. Proceso: 10870. Publicada: Si.

Véase también en Internet: www.fij.edu.co 427

Pág.

VIOLACION DIRECTA DE LA LEY/ APLICACION INDEBIDA DE LA LEY/ INTERPRETACION ERRONEA DE LA LEY. De tiempo atrás la Corte de manera pacífica ha venido reiterando que la causal primera de casación en su modalidad de violación directa de la ley sustancial, en cualquiera de sus formas -falta de aplicación, aplicación indebida o errónea interpretación- constituye un debate de puro derecho frente al que el casacionista está en la imperiosa obligación de demostrar la transgresión de una norma, que por ende reclama el restablecimiento de la legalidad del fallo.

Este presupuesto explica por qué, tratándose de la mencionada modalidad de ataque, los censores no pueden ni deben enrutar sus apreciaciones en el contexto del reproche probatorio sino prestar anuencia a la forma como fueron considerados los hechos y valoradas las pruebas por el fallador, de quien tan sólo se censura su labor sobre las normas del derecho positivo.

Magistrado Ponente Dr. JORGE ANIBAL GOMEZ GALLEGO. Sentencia Casación. Fecha: 22/06/1999. Decisión: No Casa. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial. Ciudad: Santa Fe de Bogotá. Procesado: GOMEZ TELLEZ, EDWIN ALFREDO. Procesado: NIVIA PINTO, WILLIAM OLIVERIO. Delitos: Tentativa de hurto calificado y agravado, Tentativa de. homicidio agravado. Proceso: 10938. Publicada: Si.

Véase también en Internet: www.flj.edu.co 435

SENTENCIA-Legalidad. El tema central de la casación, que se circunscribe al estudio de la legalidad de la sentencia, pone en evidencia lo inane que resulta el escrito con el que a manera de demanda pretende su autor oponer las propias consideraciones personales en contra de las más autorizadas vertidas por el juez; de ahí que en sistemas procesales como el nuestro, la presunción de acierto y legalidad de las sentencias no sufra mella cuando es atacada con la simple pretensión de desconocer la libre apreciación de las pruebas con que cuenta el dispensador de justicia para arribar a la decisión con que formalmente termina el proceso penal.

Magistrado Ponente Dr. JORGE ANIBAL GOMEZ GALLEGO. Sentencia Casación. Fecha: 22/06/1999. Decisión: No Casa. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial. Ciudad: Santa Fe de Bogotá. Procesado: GOMEZ, JHON ALEJANDRO. Procesado: MORENO, NELSON ARTURO. Delitos: Acceso carnal violento. Proceso: 11208. Publicada: Si.

Véase también en Internet: www.flj.edu.co 444

Pág.

RECURSO DE HECHO. El artículo 207 del Código de Procedimiento Penal consagra el recurso de hecho, para cuando el funcionario judicial deniega la apelación formulada contra una providencia de primera instancia (art. 202 ibidem), para lo cual el recurrente deberá interponerlo dentro del término de ejecutoria del auto mediante el cual se haya denegado.

También establece aquel precepto que «El mismo recurso procede contra la providencia que deniegue la casación».

A su vez el artículo 208 de dicho estatuto procedimental dispone que, negado el recurso de apelación o el de casación, el interesado solicitará copia de la providencia impugnada y de las demás piezas pertinentes, las cuales se compulsarán y enviarán inmediatamente al superior, lo que en efecto fue cumplido en este caso.

Además, constituye obligación ineludible del impugnante sustentar el recurso con la expresión de sus fundamentos, dentro de los tres días siguientes al recibo de las copias, so pena de ser desechada la impugnación (art. 209 ib.).

Magistrado Ponente Dr. NILSON PINILLA PINILLA. Recurso de Hecho. Fecha: 29/06/1999. Decisión: Desecha el recurso de hecho. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial. Ciudad: Bucaramanga. Procesado: LEAL DIAZ, RUTH. Proceso: 15275. Publicada: Si.

Véase también en Internet: www.flj.edu.co 451

ESTAFA-Como fraude colectivo/ DELITO MASA. El artículo 356 del C.P. no excluye de su tipicidad la eventualidad de que el sujeto activo del delito realice múltiples y repetitivos actos para la obtención de un solo propósito defraudador que se mantiene y materializa en el tiempo con fraccionados logros, lo que se infiere de la modalidad conductual descrita en la norma como «manteniendo a otro en error», pues es una manera efectiva de proseguir con lo que está haciendo, dado que con tales actos a la postre obtiene no despertar alarma en su víctima, que entonces permanece a su merced para su oscuro propósito por el tiempo que él así lo quiera.

La interpretación de la norma tipificadora del delito de estafa no puede dejar de lado el dilatado alcance que subyace en su contenido, que consulta razones de política criminal tendientes al justo tratamiento de la problemática penal enfrentada a la realidad social y delictiva, que en numerosos casos se manifiesta con la sutileza y audacia de iguales o similares características a las que conforman el caso en examen.

Pág.

Por esta misma razón la jurisprudencia de la Corte ha venido ampliando su criterio hermenéutico en relación con el tipo penal del delito de estafa cuando el mismo sujeto activo lo comete contra múltiples ofendidos en lo que ha venido conociéndose doctrinariamente como fraude colectivo o delito masa (Sents. 27 de septiembre 95 M.P.Dr.Páez Velandia y 3 de diciembre 96 M.P. Dr. Gálvez Argote).

Cuando el sujeto activo del delito realiza a lo largo del tiempo y en detrimento patrimonial de la misma persona plurales actos artificiosos o engañosos reveladores de una voluntad orientada a ese ilícito propósito que se revela asumido como finalidad absoluta, incurre en una sola acción delictiva de estafa cometida mediante múltiples actos artificiosos o engañosos de ejecución, con los que mantiene el error de la víctima.

El engaño es único y también único es el dolo en estos casos, porque la materialización de cada acto no disgrega el todo de la acción, en cuanto lo único que cada uno revela es que el sujeto prosigue en su empeño principal y único.

Magistrado Ponente Dr. MARIO MANTILLA NOUGUES. Sentencia Casación. Fecha: 29/06/1999. Decisión: No Casa. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial. Ciudad: Cali. Procesado: ROJAS CRUZ, CARLOS ADOLFO. Delitos: Estafa, Falsedad en documento privado. Proceso: 12591. Publicada: SI.

Véase también en Internet: www.flj.edu.co 453

HOMICIDIO CULPOSO/ INDICIO. 1.- Es que una mínima consideración de prudencia conduce a entender que los límites de velocidad, como máximos permitidos por la ley, no son autorizaciones que permitan ignorar criterios o factores que deben valorarse para definir la velocidad a que se marcha: La nocturnidad, la iluminación de la vía, su amplitud o estrechez, la proximidad de automotores que circulen en sentido contrario, la existencia de zonas pobladas o de vías adyacentes, son todos elementos que los artículos 109 y 138 del mismo Código de Tránsito,* y un razo-

*.-Art.109 -Toda persona que tome parte en el tránsito como conductor o como peatón, deberá comportarse en forma que no incomode, perjudique o afecte a las demás y deberá conocer y cumplir las normas de tránsito que le sean aplicables, así como obedecer las indicaciones que le den las autoridades de tránsito.

Además observará las señales de tránsito que determine el Instituto Nacional de Transporte y Tránsito.

Art. 138.-Los conductores deberán disminuir la velocidad en los siguientes casos:.

nable buen juicio, alertan como exigencias para la reducción de la velocidad.

Y, por tanto, su ignorancia, revela falta de cuidado en la actividad de conducir.

Ni los reglamentos, ni las señalizaciones del tráfico, son siempre suficientes como para predicarse agotados en ellos la medida del deber de cuidado.

Esta clase de actividad está enfrentado de manera constante múltiples circunstancias peligrosas para los bienes jurídicos, que deben poderse sortear.

Precisamente por ello es riesgosa y exige desarrollar ciertas habilidades y un actuar que considere, como regla indeclinable, que nada que incremente dicho riesgo es jurídicamente permitido.

2.- Cuando se está ante los denominados indicios de las huellas materiales del delito debe considerarse que cada vestigio, es decir, cada uno de los efectos producidos por el hecho que se averigua, constituye un hecho indicador de la inferencia.

Por tanto no contraría la regla de la indivisibilidad la multiplicidad de huellas sobre diversos objetos (las personas y el automotor) como sí la infringiría, en cambio, dividir como indicios separados cada una de las huellas dejadas en el mismo objeto.

Bien señala Ellero que bajo cierto aspecto, los indicios, son efectos de los cuales pueden inferirse las causas, y por ello «el conjunto de los efectos, considerado entonces como uno, determina la unidad de la causa o bien la especialidad del indicio»**.

Sólo que no es la cantidad lo que les otorga su fuerza probatoria, sino su mayor o menor capacidad de señalar como causa probable el hecho inferido porque es de su clase y su relación con el hecho de donde surge su capacidad para producir certeza.

Eso, precisamente, es lo que explica la regla del artículo 303 del Código de Procedimiento Penal para que sean apreciados en con-

---

En los lugares de concentración de personas.2. Cuando se reduzcan las condiciones de visibilidad.

3.- Cuando transiten cerca de las aceras.

4.- Cuando se corra el riesgo de salpicar a peatones o edificaciones.5.- Cuando las señales de tránsito así lo ordenen.

Parágrafo.

En los casos anteriores, la velocidad máxima permitida será de treinta 30 kilómetros por hora.

**.- PIETRO ELLERO, Tratado de la Prueba en materia criminal. Pag. 106.

Pág.

junto, y que corresponda a una máxima lógica incorporada a la legislación.

Magistrado Ponente Dr. CARLOS EDUARDO MEJIA ESCOBAR. Sentencia Casación. Fecha: 29/06/1999. Decisión: No Casa. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial. Ciudad: Cundinamarca. Procesado: MARTINEZ SANCHEZ, JORGE FEDERICO. Delitos: Homicidio culposo. Proceso: 11187. Publicada: Si. Véase también en Internet: www.fij.edu.co 461

CASACION/ IMPEDIMENTO-Haber dictado providencia. La casación es un recurso extraordinario que implica un juicio de legalidad a la sentencia como decisión de mérito (errores in iudicando), y como acto culminante de un proceso excento de vicios (errores in procedendo).

En la primera hipótesis, la actividad de la Corte como Tribunal de Casación se circunscribe al examen de la declaración del derecho material que el fallo contiene, mientras que en la segunda su actividad comprende el examen de la legalidad de la actuación procesal cumplida en las instancias, y desde luego un juicio sobre su legitimidad, en cuanto presupuestos para la adopción de la sentencia.

En un sistema procesal de configuración piramidal como el nuestro, donde las instancias se suceden en orden jerárquico, y los recursos, incluido el extraordinario de casación, se resuelven por el superior, la situación que viene de ser comentada resulta atípica, con clara dislocación del sistema, en cuanto implica el trastocamiento del orden establecido, y el desconocimiento del principio universal según el cual ningún juez puede serlo de sí mismo.

La revisión de las propias actuaciones solo es posible cuando se trata del ejercicio de mecanismos en la propia instancia, que no implican la intervención de una distinta, como cuando una determinada decisión o actuación debe ser examinada en virtud del recurso de reposición, de solicitud de revocatoria, o de petición de nulidad.

Pero en tratándose del examen previsto con la intervención de una instancia distinta, o del juicio de legalidad a través de la casación, donde la Corte se erige en Juez de Jueces, y cuyo objeto, como se dejó visto, lo constituye la actuación instancial, no resulta posible que esto acontezca, porque contraría la razón de ser del esquema de examen funcional jerárquico, que busca asegurar que sea un funcionario distinto y de investidura superior, el que revise la actuación precedente.

Pág.

Cuando debido a deficiencias o extravíos este orden se quebranta, estableciéndose que un mismo funcionario deba acometer en sede de segunda instancia o de casación el examen de sus actuaciones cumplidas en instancias inferiores, o de otra índole, el sistema hace crisis, pues la realización material de los fines buscados a través suyo no tendría ocurrencia, tornándose consecuencialmente inoperante.

Esto impone la aplicación de mecanismos de carácter excepcional que posibiliten la recomposición del sistema, permitiendo que opere de manera genuina e imparcial, como los impedimentos, instituto a través del cual el funcionario debe separarse del conocimiento del proceso para que sea otro, de la misma categoría, el encargado de resolver el asunto, manteniéndose de esta manera la incolumidad del régimen instancial.

A diferencia de lo que ocurre en materia de revisión, donde la ley estableció un impedimento especial para obviar situaciones de este tipo y procurar que el examen del proceso por el superior sea real (art.236), en casación no existe norma que imponga a los Magistrados que hayan conocido de la actuación en estadios precedentes, separarse de su conocimiento, lo cual resulta explicable si se toma en cuenta que el recurso de casación no procede contra las sentencias proferidas por la Corte como juez de instancia, y por tal motivo resultaba difícil prever, y por ello darle regulación normativa, que la Sala pudiera verse abocada a revisar en sede extraordinaria la legalidad de sus actuaciones como juez de instrucción o juzgamiento.

Hoy día, debido a la adscripción de competencias a la Corte como Juez en única instancia de procesos contra altos funcionarios del Estado, resulta frecuente que esto suceda, puesto que en virtud de la cláusula contenida en el parágrafo del artículo 235 de la Constitución Nacional, la cesación en el ejercicio del cargo determina la pérdida de fuero cuando la conducta punible no tiene relación con las funciones desempeñadas, y por tanto del conocimiento del asunto por parte de la Sala, debiendo el proceso ser sometido a las reglas generales de competencia, dentro de cuyo trámite puede llegar a interponerse el recurso de casación, del cual inexorablemente ha de conocer la Corte.

De allí que deba acudirse a las causales de impedimento generales consagradas en el procedimiento, en orden a resolver la cuestión planteada, y asegurar que el examen que se pretende del proceso por la vía del recurso extraordinario, se realice por jueces que no participaron en la producción de la actuación combatida.

Pág.

El artículo 103 del Código de Procedimiento Penal, modificado por el 15 de la ley 81 de 1993, establece en su numeral 6º como causal de impedimento, que el funcionario haya dictado la providencia de cuya revisión se trata, o hubiere participado con carácter vinculante en el proceso objeto de estudio.

Al precisar el alcance de estos dos motivos de inhibición, la Corte ha sostenido que el primero busca evitar que quien ha proferido una decisión pueda llegar a revisarla en segunda instancia o casación, mientras el segundo, mucho más amplio, procura impedir que quien ha actuado con efectos vinculantes en la instrucción o el juzgamiento, aspecto que precisamente motiva la inconformidad del impugnante, pueda después participar en la revisión del proceso en una instancia superior, en reafirmación, respecto de los dos supuestos, del principio que el Juez no puede serlo de su propia actuación. Magistrado Ponente Dr. FERNANDO ARBOLEDA RIPOLL. Auto Casación -Impedimento-. Fecha: 29/06/1999. Procedencia: Tribunal. Ciudad: Nacional. Procesado: HOLGUIN, ARMANDO. Delitos: Enriquecimiento ilícito de particular. Proceso: 15224. Publicada: Si.

Véase también en Internet: www.fij.edu.co 479

CASACION DISCRECIONAL-Legitimidad para interponer el recurso.

1.- El recurso de casación discrecional, ha sido dicho, requiere para su concesión el cumplimiento de precisas exigencias, las cuales deben ser satisfechas por el impugnante a riesgo de que resulte inadmitido.

Tales presupuestos, ampliamente desarrollados por la jurisprudencia, son:

1.1.- Que se dirija contra un fallo de segunda instancia, siempre y cuando respecto del mismo no proceda la casación común, sea por razón del órgano que lo profiere, o por el máximo de pena privativa de la libertad establecido en la ley para el delito por el cual se dictó.

1.2.- Que exista legitimación para recurrir, esto es que su interposición provenga del Procurador, su Delegado, o el defensor, quienes podrán actuar de manera conjunta, separada o exclusiva, pero siempre en beneficio de los intereses que como sujetos procesales representan.

1.3.- Que la impugnación -y su fundamentación-, se presente dentro del término de ejecutoria, es decir en los quince (15) días siguientes a su última notificación.

1.4.- Que el impugnante exponga claramente, las razones que tiene para acudir ante la Corte, para que ésta pueda examinar la

Pág.

viabilidad de su pedido, pues el pronunciamiento que en ejercicio de su discrecionalidad le compete, ha de estar apoyado en los fines establecidos para el recurso, esto es para «el desarrollo de la jurisprudencia o la garantía de los derechos fundamentales», únicos motivos por los cuales puede ser admitido.

2.- También ha precisado la Sala, que cuando el motivo de impugnación se funde en la violación de un derecho fundamental, es imprescindible su nítida identificación como garantía constitucional, así como el señalamiento de su concreta violación en el respectivo proceso (cfr. Auto mayo 7/96 M. P. Dr. ARBOLEDA RIPOLL).

Cuando se aduce la violación al debido proceso, a propósito de la casación discrecional, es de entenderse que se debe alegar la existencia de una irregularidad sustancial que afecta su estructura, como podría ser, por vía de ejemplo, la falta de apertura de investigación, la no vinculación del procesado por los mecanismos establecidos para ello, no haber sido definida su situación jurídica, la omisión en proferir la providencia que decreta el cierre de la investigación, desconocer que el sistema se integra por dos ciclos claramente definidos: uno de investigación y otro de juzgamiento; pasar por alto que dentro del juicio han de surtirse dos etapas: una probatoria y otra de debate oral; o, en general y para cualquier tipo de proceso, de formulación de cargos y sentencia, o preterm itir la tramitación de la segunda instancia, si la naturaleza del proceso la admite; o la transgresión manifiesta de los principios de legalidad o culpabilidad. Magistrado Ponente Dr. FERNANDO ARBOLEDA RIPOLL. Casación Discrecional. Fecha: 29/06/1999. Decisión: Rechaza el recurso extraordinario de casación discrecional. Procedencia: Juzgado 3 Penal del Circuito. Ciudad: Pereira. Procesado: LONDOÑO ARIAS, HERNAN. Delitos: Inasistencia alimentaria. Proceso: 15333. Publicada: Si. Véase también en Internet: www.fij.edu.co 485

LIBERTAD CONDICIONAL. Presupuesto del subrogado de la libertad condicional es que el juez realice una evaluación acerca de la necesidad o no de proseguir el tratamiento penitenciario, de acuerdo con las pautas señaladas por el mencionado artículo 72, dentro de las cuales se encuentra un análisis favorable de readaptación social fundado en la personalidad, la conducta en el establecimiento carcelario y los antecedentes de todo orden.

Tales presupuestos deben servir de norte para verificar la tan anhelada «readaptación social», por lo que el incumplimiento de uno de ellos o su no satisfacción desvirtúa de plano la viabilidad para la concesión del subrogado.

Pág.

En estas condiciones, pueden catalogarse los presupuestos señalados en la citada norma, como de orden comportamental previo y concomitante a la privación de la libertad.

Con relación al primero dentro del que se incluye la personalidad, es necesario valorar las manifestaciones que reflejan las motivaciones internas delimitadoras de la misma. Magistrado Ponente Dr. JORGE E. CORDOBA POVEDA. Casación -Libertad-. Fecha: 29/06/1999. Decisión: Niega libertad provisional. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial. Ciudad: Santa Fe de Bogotá. Procesado: PERALTA NOVOA, LUIS HERNANDO. Delitos: Hurto calificado y agravado. Proceso: 15245. Publicada: SI. Véase también en Internet: www.flj.edu.co 493

REBELION/ CASACION-Procedencia, decisiones interlocutorias/ SENTENCIA. El hecho de que en el mismo proveído formalmente entendido se haya decidido el objeto final de la acción penal profiriéndose el fallo respectivo respecto de los acusados y, asimismo, declarado la nulidad de lo actuado en relación con el delito de rebelión, al igual que con los de secuestro extorsivo agravado y concierto para secuestrar, esto no está significando que analizado el acto desde el punto de vista del contenido su naturaleza permanezca igual para las dos clases de decisiones tomadas, pues la que declara la invalidez en ningún momento puede equipararse a un fallo, sólo se trata de una decisión motivada de carácter interlocutorio que si bien resuelve un aspecto sustancial del proceso como es su propia legalidad, lo cual precisamente le da esta naturaleza, no del pronunciamiento por medio del cual, el juez competente, una vez agotado el procedimiento previamente establecido por la ley, decide finalmente la acción penal con efectos de cosa juzgada, formal mientras de surten los recursos a que hubiere lugar y material, una vez decididos.

En este caso, entonces, al haber incluido el Tribunal las dos clases de decisiones en el mismo acto, es claro que la declaratoria de nulidad respecto al delito de rebelión no forma parte de la sentencia y por ende, no podía ser recurrida en casación, toda vez que este recurso extraordinario por disposición del artículo 218 del Código de Procedimiento Penal, únicamente procede contra las sentencias de segunda instancia dictadas por el Tribunal Nacional, los Tribunales Superiores de Distrito Judicial y el Tribunal Penal Militar, o en el caso de la casación excepcional contra la sentencias proferidas en segunda instancia por los Juzgados Penales del Circuito, no contra las decisiones de simple naturaleza interlocutoria como la reseñada, como tampoco contra las Resoluciones acusatorias, como igualmente lo trata de enfo-

Pág.

car el demandante, pues por más que en ella se formulen los cargos base de la sentencia en ningún momento puede equipararse, ya que precisamente el hecho de corresponder a su acto antecedente sustentado en diversas exigencias formales y probatorias, menores desde luego, necesariamente excluye tan inusitada posibilidad. Magistrado Ponente Dr. CARLOS A. GALVEZ ARGOTE: Sentencia Casación. Fecha: 30/06/1999. Decisión: No Casa. Procedencia: Tribunal. Ciudad: Nacional. Recurrente: RIVERA MENESES, CARLOS ANDRES. No Recurrente: RIVERA MENESES, RUPERTO. No Recurrente: CALDERON CLAROS, NIDIA. Delitos: Porte de armas de defensa personal, Porte de armas de uso privativo de las F.M., Rebelión, Secuestro extorsivo. Proceso: 12663. Publicada: Si.

Véase también en Internet: www.fij.edu.co 497

DECISIONES DE TUTELAS

Si la providencia ha sido seleccionada por la Corte Constitucional para su revisión después de las firmas, en nota, se indicarán el número, la fecha y la decisión allí proferida.

Relatoría.

DEBIDO PROCESO PENAL, DERECHO AL TRABAJO: la sanción accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas no vulnera el derecho al trabajo del sancionado

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal

Magistrado Ponente: Dr. *Dídimo Páez Velandia*

Radicación No. 5131

Aprobado Acta No. 004

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

Por impugnación del abogado José S. Londoño Monsalve, han llegado las presentes diligencias a esta Corporación para conocer de la sentencia de fecha 17 de noviembre de 1998, mediante la cual el Tribunal Superior de Medellín negó por improcedente la tutela de los derechos fundamentales al debido proceso, de defensa, dignidad humana y trabajo y de los principios de favorabilidad y *reformatio in pejus*, presuntamente conculcados por el Fiscal 171 Local de la Unidad de Lesiones Personales y los Juzgados Trece Penal Municipal y Once Penal del Circuito de la misma ciudad, la Aseguradora Grancolombiana S. A. y su intermediaria Occidental de Seguros, dentro del proceso que culminó con sentencia condenatoria en su contra por el delito de lesiones personales culposas.

Fundamentos de la Acción

Afirma el libelista que el 24 de febrero de 1996 cuando regresaba del municipio de San Jerónimo, en el Barrio San Germán en Medellín, tuvo un accidente de tránsito en el que resultaron lesionadas las señoras Fabiola del Socorro López Restrepo y María Eugenia Cardona López, con incapacidades de 70 y 50 días, respectivamente, la primera sin consecuencias y la segunda con deformidad física por amputación del miembro inferior izquierdo.

Que la correspondiente investigación fue iniciada por la Fiscalía 171 Local de la ciudad de Medellín, dictando en su contra resolución de acusación, ordenando que su vehículo quedara en calidad de depósito para

garantizar los posibles perjuicios derivados del accidente, el que según su criterio obedeció a fallas mecánicas por recalentamiento de las pastillas que impidieron que los frenos obraran oportunamente, lo cual no fue de recibo por el citado despacho judicial.

Advierte que las ofendidas desde un principio afirmaron no saber cómo ocurrió el accidente, pero más adelante se pusieron de acuerdo para atribuirlo a un presunto exceso de velocidad, circunstancia que igualmente adujeron ante el tránsito, dependencia que lo declaró contraventor, decisión administrativa que finalmente fue la base de la decisión penal.

Pone de presente que desde hace aproximadamente diez (10) años contrató un seguro contra hurto, daños al vehículo, a terceros, muerte de dos (2) personas en cuantía hasta $30'000.000.oo, además del seguro obligatorio, citándose a las lesionadas a diligencia de conciliación en cuatro oportunidades sin lograrse un acuerdo con la compañía aseguradora, constituyéndose entonces en parte civil, decisión que le fuera notificada a él y a la Compañía Aseguradora Grancolombiana S. A.

Agrega que dicha aseguradora contestó la demanda y propuso excepciones, siendo llamada por él como tercero en garantía. Igualmente que presentando días después el correspondiente reclamo por el siniestro ocurrido, la aseguradora se negó a reconocer la indemnización, aduciendo que el vehículo había sido entregado en depósito y por lo mismo no podía realizarse el traspaso para proceder al pago reclamado, y la Fiscalía, no lo entregaba hasta cuando la Compañía de Seguros no garantizara el pago de la indemnización, optando las demandantes por embargarle su único patrimonio que consiste en un apartamento en el municipio de Envigado.

Dice que luego de un tiempo la Aseguradora Grancolombiana fue declarada en liquidación, y por lo mismo no se hizo más parte en el proceso. Empero, el 22 de diciembre de 1997 le cubrió el valor del vehículo, sin intereses como lo ordena el Código de Comercio, deduciendo valores por comisiones y seguro obligatorio, negándose sistemáticamente a realizar cualquier pago o arreglo con las víctimas.

Coomeva - agrega -, como vendedora del seguro puso todos los obstáculos para el pago de la indemnización por perjuicios materiales, "ya que desde un principio quise cancelarla a las ofendidas y así se lo hice saber a la Juez Trece Penal Municipal y a pesar de que el expediente estaba para fallo, verbalmente solicité una pequeña espera con la intervención de Coomeva, a lo cual la señora Juez se negó en reiteradas oportunidades en forma por demás displicente" (fl. 3).

Afirma que el 9 de julio de 1998 acudió al Juzgado y no se había aún dictado sentencia; al día siguiente por múltiples inconvenientes consigno el dinero, pero cuál sería su sorpresa al constatar que el fallo estaba listo

y con fecha del día anterior, razón por la cual no le fue aceptada la indemnización integral, pues ni siquiera se pronunció al respecto.

Indica que se le condenó al pago de 2.000 gramos oro como indemnización de orden moral; sin que se haya cobijado solidariamente a la Compañía Aseguradora, suspendiéndosele la licencia de conducción por seis (6) meses y como pena accesoria se le impusieron nueve (9) meses de interdicción de funciones públicas, entre otras.

Que apelada la sentencia por ser demasiado onerosa y violar su derecho al trabajo como abogado de profesión, el Juzgado Once Penal del Circuito de Medellín, le pareció que la condena era excesiva y la redujo a 1.000 gramos oro, pero a renglón seguido, ordenó actualizar la indemnización del orden material y su pago indexado, sin hacer pronunciamiento con relación a la compañía aseguradora.

Así las cosas, una de las perjudicadas, a pesar de haber otorgado poder a una abogada para constituirse parte civil dentro del proceso penal, decidió instaurar demanda ordinaria de responsabilidad civil extracontractual, la cual se tramita actualmente en el Juzgado Trece Civil del Circuito de la misma ciudad.

Estima que con tales procedimientos, se le han conculcado no solamente sus derechos fundamentales al debido proceso, de defensa, y dignidad humana, sino también los principios de favorabilidad y *reformatio in pejus*, pues al ser rechazada la apelación de las perjudicadas contra el fallo de primera instancia, por extemporánea, tenía la condición de apelante único y por lo mismo en segunda, no podía el juez hacer más gravosa su situación conforme el mandato del artículo 31 de la Carta Política.

Con invocación de decisiones de la Corte Constitucional, considera viable la presente acción de tutela, pues no admite duda alguna que en su caso se incurrió en vías de hecho que implican la violación de sus derechos, para cuyo restablecimiento demanda que se decrete la nulidad desde la sentencia de primer grado, ordenándose la cesación de procedimiento por indemnización integral y, disponer que la Compañía Aseguradora Grancolombiana en solidaridad con la Occidental de Seguros, cumplan con la póliza No. 2001000 del 18 de enero de 1996, pagando los perjuicios a las perjudicadas, con los intereses consagrados en el Código de Comercio, por no haber pagado el siniestro dentro de los 30 días siguientes a la formal reclamación.

Así mismo, ordenar al Juez Trece Civil del Circuito de Medellín la cancelación del proceso ordinario que allí cursa por demanda de Fabiola del Socorro López, por haber sido ya indemnizada en el referido proceso penal.

EL FALLO RECURRIDO

El Tribunal Superior de Medellín para negar el amparo solicitado por el accionante *José S. Londoño Monsalve*, precisa con relación al derecho al trabajo que "no cabe olvidar que quien realiza un hecho punible se someta a las consecuencias que de él sobrevengan y no puede alegar su dolo o culpa como factor para una protección de un derecho que él mismo se negó".

En cuanto a la exclusión en el fallo condenatorio de la Compañía Aseguradora, no es resorte del juez de tutela por no estar facultado para resolver situaciones litigiosas controvertidas en el proceso, pues se desbordaría su capacidad y se presentaría entonces una ilegítima intromisión en la labor de los jueces ordinarios, convirtiéndose en una especie de tercera instancia o una nueva alternativa penal, lo cual no le está permitido.

Agrega que con relación a los derechos de defensa y al debido proceso por no haberse aplicado el artículo 39 del Código de Procedimiento Penal desde el momento mismo en que el procesado realizó la consignación de los perjuicios ocasionados, "que también conducen al accionante a formular desacuerdo con la reformatio in pejus", no puede dejarse de lado que el juez de segunda instancia estudió el punto con fundamento en criterios de esta Sala de Casación Penal, para entender que la indemnización no había sido integral y, por ende, no operaba la aplicación de la norma invocada.

Indica que la modificación que el Juez de segundo grado hizo con relación a los perjuicios, en manera alguna puede atentar contra el derecho consagrado en el artículo 31 de la Carta Política, ya que "si se mira el dictamen pericial que es aquél que preocupa en grado sumo al accionante para decir que el Juzgado de Segunda Instancia lo condenó más allá de lo legalmente establecido, mírese el razonamiento, pues si al momento del dictamen la víctima llevaba catorce meses y medio sin desempeñar sus labores, en las que devengaba un salario mensual de 266.000.oo, al momento del fallo de segunda instancia, habían transcurrido otros 21 meses, como lo hace ver el Juzgador en la parte motiva de su providencia.." (fl.55).

En cuanto a la fracasada conciliación en el proceso penal, advierte el Tribunal que "si no se llegó a ningún acuerdo como el que establece el artículo 38 del Código de Procedimiento Penal, no compete al funcionario juzgador tomar decisiones en tal sentido, pues lo único que quedaría sería la reparación integral del artículo 39..", remitiéndose a decisión de esta Sala del 29 de Junio de 1998 con ponencia del Magistrado Dr. Jorge Aníbal Gómez Gallego.

Destaca que el medio de defensa judicial fue agotado por el accionante, no puede ahora el amparo solicitado, dado que la Corte Constitucional y

el Tribunal de Medellín reiterativamente han sostenido que dichos medios, no necesariamente deben ser los que puedan utilizarse hacia el futuro, sino también aquellos que se utilizaron y fracasaron o aquellos que, pudiendo utilizarse, por incuria, inercia o descuido de las partes, no se hizo uso de ellos en la debida oportunidad.

Considera que tampoco los funcionarios accionados incurrieron en las llamadas vías de hecho que se invocan, pues para ello tendría que presentarse decisiones contrarias a la Constitución y la ley, con interpretaciones o aplicación arbitraria de las normas, es decir, con abandono del ámbito de la legalidad, para entrar a formar parte de las actuaciones contrarias al Estado de Derecho, lo cual no ocurre en el caso del accionante.

Concluye que "efectivamente fueron razones jurídicas las que llevaron al Juez Penal del Circuito a tomar la decisión que tomó, lo que le quita todo carácter de arbitrariedad o injusticia a su decisión, es decir, no se encuentra en la decisión cuestionada una flagrante y arbitraria violación del debido proceso que conduzca a calificar la actuación dentro de las consignas propias de una vía de hecho, razón por la cual no pueden protegerse los derechos alegados en la presente acción de tutela". (fl. 57).

La Impugnación

Afirma el recurrente con relación al derecho al trabajo, que si bien actualmente no lo tiene, existen posibilidades de obtenerlo como profesional del derecho y que el artículo 86 de la Carta Política protege no solamente su violación, sino también las amenazas de que pueda ser objeto.

Agrega que solicitó la protección de un derecho y que se le dió como respuesta cátedra sobre las consecuencias que se derivan de la realización de un hecho punible, discrepando del criterio expuesto en el fallo recurrido, según el cual el juez de tutela no es competente para resolver lo relacionado con la Compañía Aseguradora, pues, según tiene entendido, ante la violación de derechos fundamentales, para su protección debe ordenar al juez del conocimiento, remediar la omisión palpable de no condenar "a todas las partes sindicadas, demandadas y notificadas" dentro del proceso, pues, si no se le vinculó tal como lo solicitó el Ministerio Público y la Parte Civil, ello es responsabilidad del juez y para ello precisamente fue que se instauró la acción de tutela, es decir, para remediar omisiones o actuaciones que violan o atentan contra el debido proceso y el derecho de defensa.

Considera inaudito que se desconozcan criterios autorizados sobre lo que constituye la indemnización integral y su oportunidad, así como también el principio de la *reformatio in pejus* que desconoció el Juez de segunda instancia.

En cuanto a las vías de hecho, contrariamente al pensamiento del Tribunal, insiste en que el pronunciamiento del *ad-quem* modificando el fallo condenatorio, agravando su situación jurídica en cuanto tiene que ver con los perjuicios, el desconocimiento de la reparación integral al no dar respuesta a su solicitud, no aplicar el principio de favorabilidad, desatender peticiones del Ministerio Público, desconocer a la Compañía Aseguradora dentro del proceso y no declararla solidariamente responsable y la actuación de los funcionarios judiciales contraria a la pulcritud y corrección que deben estar presentes en sus decisiones, son todas vías de hecho y esa la razón para acudir a la acción de amparo de sus derechos fundamentales y que, además, motiva la impugnación del fallo de primer grado.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

Como quiera que la acción está dirigida contra decisiones judiciales adoptadas por los varios funcionarios que conocieron del proceso contra *José S. Londoño Monsalve* en especial la sentencia condenatoria proferida por el Juez Once Penal del Circuito de Medellín, mediante la cual reformó la de primera instancia en cuanto a los perjuicios causados con la infracción, ha de reiterarse una vez más el criterio expuesto por esta Sala en el fallo de fecha 22 de mayo de 1992, con ponencia del Magistrado doctor *Juan Manuel Torres Fresneda*, pues "forzoso se hace recordar que ya al comenzar su vigencia el Decreto 2591 de 1991 las distintas Salas de esta Corte rechazaron la procedencia de la tutela como mecanismo que pudiera desconocer el valor de la cosa juzgada o hubieren siquiera instituido la prevalencia de unos jueces frente a otros, cuando a cada uno le han sido señaladas por la Carta y por la ley sus propias y privativas funciones y competencias, tan solo limitadas como lo dice el artículo 230 superior, por el marco de la ley".

La propia Corte Constitucional y ya con fuerza vinculante *erga omnes* coincidiera más tarde con este pensamiento en su sentencia C-543 de fecha 1° de octubre de 1992, exceptionando apenas el evento de la interposición como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable, y más recientemente mediante providencia del 30 de agosto de 1995 lo reiteró esta Sala de Casación Penal, significando la improcedencia de pedimentos como el que aquí se plantea porque teniendo el recurrente amplitud de medios judiciales para enervar al interior del proceso la decisión que genera su inconformidad, no le es posible someter ese conflicto a la determinación de jueces diferentes del natural.

No obstante lo anterior que sería suficiente para confirmar el fallo impugnado, debe destacar la Corte en primer término que lo que en realidad se advierte es que a pesar de la condición de abogado litigante del accionista, su inicial postura ante la magnitud de los resultados del acci-

dente de tránsito que dio origen a las actuaciones administrativas y judiciales, donde en principio según lo afirma no compareció por tener su residencia fuera de la ciudad de Medellín, le ocasionó un fallo de responsabilidad que, entre otras cosas le fue notificado, dándosele la oportunidad de impugnarlo, solo que sus argumentos no fueron de recibo en la segunda instancia, dándose así la confirmación de la determinación adoptada por las autoridades de tránsito.

Equivocadas resultan las apreciaciones del accionante según las cuales la Juez Trece Penal Municipal de Medellín le negó en forma arbitraria sus solicitudes verbales para que le otorgara un plazo para cumplir con la indemnización debida, dictando el fallo de manera inmediata y con fecha en la cual no se había proferido, omitiendo toda referencia al pago por él efectuado oportunamente.

Debe recordársele que como profesional del derecho sabe perfectamente que toda solicitud de los sujetos procesales al funcionario judicial debe elevarse mediante el correspondiente escrito y no de forma verbal y, si el 9 de julio de 1998 acudió al Juzgado y fue informado que el proceso se hallaba al despacho para fallo (no indica la hora de la información obtenida), bien pudo la Juez antes de concluidas las labores judiciales del mencionado día, pronunciarse en su caso con la sentencia ampliamente reseñada. Por ello, al día siguiente cuando acudió con la constancia de la consignación, se encontró con el fallo condenatorio y mal podía esperar que existiera pronunciamiento sobre la indemnización integral que dice haber realizado.

Debe igualmente resaltarse que mediante el recurso de alzada, el Juzgado Once Penal del Circuito de Medellín al revisar la sentencia de primer grado, hizo expreso pronunciamiento sobre el monto de los perjuicios y de la cancelación de los valores correspondientes al dictamen que obraba en autos, solo que los estimó insuficientes dada la circunstancia que desde la fecha del referido dictamen (noviembre de 1996) hasta el momento de la consignación había transcurrido un período considerable en el que la parte ofendida no recibió indemnización por la incapacidad para trabajar.

Empero, con relación a los perjuicios del orden moral, el accionante guarda silencio, el funcionario ajustó la condena al mandato legal, reduciéndola de 2.000 a 1.000 gramos oro, es decir, dando aplicación al principio de legalidad, no obstante ello reclama airadamente el principio de favorabilidad, cuyo quebranto brilla por su ausencia, así como también la violación de los derechos al debido proceso y de defensa, los cuales dentro del proceso penal ejercitó plenamente, solo que su postura no fue aceptada por los juzgadores de instancia por no corresponder a lo probado dentro del informativo, y como consecuencia de ello, aplicaron estrictamente los mandatos legales a los cuales estaban sujetos conforme a lo previsto en el artículo 230 de la Carta Política.

Finalmente, es claro que los jueces en sus providencias, por estar sujetos exclusivamente a la ley, estaban obligados en el caso concreto a imponer las sanciones previstas por el legislador, entre otras, la accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas por un período igual al de la pena principal, sin que ello viole su derecho al trabajo pues, este como otros tantos derechos fundamentales, no son absolutos ante las limitaciones que la misma constitución y la ley consagran.

La sola expectativa de poder ocupar un cargo público en el futuro, no puede dar lugar al desconocimiento de la mencionada sanción, así como tampoco, por ejemplo, en el caso de los abogados que por sus actuaciones resultan sancionados disciplinariamente con suspensión en el ejercicio profesional, podrán alegar que la sanción que se les impone, por autoridad competente y con las formalidades propias del juicio, se vulnere ese preciso derecho al trabajo que, por lo demás, para su cabal ejercicio, se requiere de ciertas calidades o exigencias legales, sin las cuales no podrá accederse legítimamente a un cargo público que, entre otras cosas, requiere de esa precisa condición y además, la ausencia de inhabilidades (la interdicción de derechos y funciones públicas lo es).

La Ley procesal tiene previstos medios idóneos de defensa al interior del proceso, como presentar pruebas, controvertir las aducidas en su contra, presentar alegatos, impugnar las decisiones que le fueran desfavorables, etc., todo lo cual se cumplió en la actuación cuestionada, sin que pueda acudirse a la acción de tutela so pretexto de que se ha incurrido en vías de hecho que violan derechos fundamentales como el de la dignidad humana que reclama el libelista, pero sin indicar en qué consiste esa vulneración o amenaza. Simplemente, manifiesta su inconformidad con las decisiones judiciales que no accedieron a sus pretensiones.

Menos aún puede pretenderse que en este fallo, la Corte ordene al Juez Civil del Circuito que conoce de la demanda ordinaria de indemnización de perjuicios, al decir del accionante instaurada por Fabiola del Socorro López, la terminación del proceso, cuando lo cierto es que su escrito de amparo no lo incluye como uno de los funcionarios judiciales demandados, ni tampoco menciona las actuaciones u omisiones a él atribuidas que puedan lesionar sus derechos.

Menos podrá la Sala ordenar a la Compañía Aseguradora Grancolombiana S. A., de manera solidaria con Occidental de Seguros, cumplir con las obligaciones que puedan derivarse del contrato de seguros por él indicado, pues ello sería tanto como sustituir a la autoridad competente, con violación eso sí de derechos fundamentales como el debido proceso y el de defensa, lo cual resulta inadmisible.

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

RESUELVE:

1. *Confirmar* la sentencia de fecha diecisiete (17) de noviembre de 1998, mediante la cual el Tribunal Superior de Medellín negó a *José S. Londoño Monsalve* el amparo solicitado de sus derechos fundamentales, por las razones consignadas en precedencia.

2. Remítanse las diligencias a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

3. Notifíquese conforme a las previsiones del artículo 30 del Decreto 2591 de 1991 y cúmplase.

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

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria

LEGITIMACION POR ACTIVA EN TUTELA: carecen de legitimación las personas jurídicas para solicitar la protección de derechos que no les son inmanentes como la tranquilidad y la vida, lo procedente ante estas peticiones es rechazar la demanda

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal

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

Radicación No. 5135

Aprobado Acta N° 04

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

ASUNTO

Por impugnación de la abogada *Mónica Edy Chaparro Ordóñez*, representante judicial de *Indumil*, conoce la Corporación la sentencia de fecha 24 de noviembre de 1998, mediante la cual el Tribunal Superior de Cundinamarca declaró improcedente la tutela de los derechos a la vida, la tranquilidad y la paz de los "ciudadanos y transeúntes del municipio de Sibaté".

FUNDAMENTOS DE LA ACCIÓN

La apoderada de *Indumil* manifestó que la fábrica "*Antonio Ricaurte*", está ubicada en la vía que conduce del casco urbano del municipio de Sibaté a la autopista del sur. La "Industria Militar", a la cual pertenece dicha fábrica, es la propietaria de los terrenos desde 1954, entre los cuales pasa dicha vía, que no ha sido cerrada sino sometida a restricciones que obedecen a razones de seguridad del Estado y de los transeúntes.

Previa petición de un ciudadano sobre la restitución de un bien de uso público, la Alcaldía de Sibaté, mediante Resolución 592 del 24 de mayo de 1997 ordenó a *Indumil* restituir la vía al municipio. Surtida la apelación, la Gobernación confirmó dicho decreto y, posteriormente se cumplió la decisión, con la cual se dio fin al proceso policivo.

El 4 de marzo de 1998, el Gerente de la Industria Militar solicita a la Alcaldía mantener restringida la carretera y el 12 de marzo se niega la petición, remitiéndose al Concejo Municipal.

Considera la accionante que con lo anterior se atenta contra los derechos a la vida, la tranquilidad y la paz, consagrados en los artículos 11 y 22 de la Carta Política, por lo cual acciona contra el Municipio de Sibaté representado por su Alcalde, también mencionando, en principio pero sin el apropiado desarrollo, una amenaza a la seguridad nacional y al mantenimiento del orden público.

El Fallo Impugnado

Con base en la demanda, sus anexos, las declaraciones de *José Remigio Vivas Guevara* (jefe de grupo de proyectos de la fábrica), *Luis Alberto Garzón Rodríguez* (jefe de la dirección de producción), *Hugo Mario Urrea Gómez* (asesor de explosivos), *Roberto Hernández Hernández*, *Nelson Mejía Henao* (gerente), *Ramiro Orlando Ramírez Prieto* (alcalde) e *Idelfonso Garzón* e inspección judicial al lugar, el Tribunal denegó el amparo, luego de amplio análisis, estimando que la obstaculización de las vías quebranta el derecho al uso del espacio público; menciona que si, según la accionante, la vía que atraviesa a *Indumil* es una servidumbre, se cuenta con la acción civil correspondiente para establecer exclusividad.

Destaca también el a quo la existencia de dos retenes a través de los cuales se puede efectuar control sobre el paso de personas y vehículos, y que no se configura un perjuicio irremediable que permita aplicar el amparo como mecanismo transitorio.

La Impugnación

La recurrente sostiene que el Tribunal se preocupó de la protección del derecho de locomoción, pero no se pronunció sobre el prioritario derecho a la vida. Agrega que existe un riesgo inminente por la vibración del terreno ante el paso de vehículos pesados y que "Indumil no busca sino salvaguardar los intereses de la comunidad en general dada la situación de orden público del país" (f. 142), insistiendo en que se tutele el derecho a la vida y la tranquilidad de los habitantes de Sibaté, los trabajadores de la fábrica y los transeúntes.

Consideraciones de la Corte

1ª La acción de tutela es un mecanismo subsidiario y residual, cuya aplicación debe guardar armonía con la normatividad constitucional y legal, que coadyuva a la materialización del estado social de derecho consagrado en la Carta, para así proteger de manera efectiva los derechos fundamentales frente a su comprobada violación o amenaza por las auto-

ridades públicas o por los particulares, en los casos establecidos en la ley, cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que sea ejercida como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

2° Las personas jurídicas ciertamente son titulares de derechos fundamentales, que pueden ser protegidos por medio del amparo constitucional, pero entre ellos no se incluyen aquellos que son inherentes y exclusivos del ser humano, como la vida y la tranquilidad, que reclama sean amparados quien sólo puede actuar en representación de *Indumil*, cuyo representante legal le otorgó poder.

Aunque en la demanda se hace referencia tangencial a que la apertura de la vía perjudica también a la empresa, no precisa cuales son los amenazados derechos fundamentales que en realidad puedan corresponder al ente jurídico, insistiendo probablemente con razón, pero sin facultad, en los riesgos a la vida de los habitantes de Sibaté, los trabajadores y los transeúntes de la vía pública que atraviesa la fábrica, ubicada en zona rural de la localidad.

Se observa además que la apoderada pretende también la protección del derecho colectivo a la paz, que de suyo involucra lo relacionado con la seguridad nacional y el mantenimiento del orden público, que se halla expresamente excluída de la acción de tutela (art. 6-3 D. 2591/91), sin que se adujera la presencia del perjuicio irremediable que podría hacerla viable.

Indumil no es el titular del derecho a la vida de sus trabajadores, aunque obviamente como empleador esté obligado a procurar la seguridad industrial, sobre todo en la realización de una actividad de tan alto riesgo como la fabricación de explosivos.

No puede confundirse el titular de un derecho fundamental con su garante o con el especialmente obligado a respetarlo o protegerlo. *Indumil* ni su representante judicial están legitimados para demandar el amparo de derechos fundamentales que pertenecen a otros y que, como la tranquilidad y la vida, no son inmanentes a los entes jurídicos.

En cuanto a la prevención de accidentes y atentados, que *Indumil* y las autoridades correspondientes están indiscutiblemente obligadas a precaver y deben hacerlo con diligencia pero por los canales apropiados, existen diversos mecanismos, entre ellos la normatización de las medidas recomendadas por los expertos, como prohibir el paso de automotores que puedan generar vibración riesgosa y las otras restricciones que pueden implantar las autoridades locales, mientras se concreta la apremiante acción del mayor nivel ejecutivo dirigida a obtener una solución firme para proteger la seguridad pública.

En lo presente, la falta de legitimación de la actora impone declarar la nulidad de lo actuado, pues el *a quo* no ha debido tramitar una acción sin

personería legítima sobre los derechos ajenos que se aducía amparar. En su lugar se ordenará rechazar la demanda.

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

RESUELVE:

1. Declarar *la nulidad de lo actuado, salvo las pruebas recaudadas, a partir del auto del 10 de noviembre de 1998, mediante el cual el Tribunal Superior de Cundinamarca inició el trámite de la acción instaurada.*

2. Rechazar *la demanda de tutela presentada por la doctora* Mónica Edy Chaparro Ordóñez, *en representación de* Indumil, *por las razones dadas anteriormente.*

3. En firme esta decisión, se devolverá la actuación al Tribunal de origen.

4. Notifíquese de conformidad con lo previsto en el artículo 16 del Decreto 2591 de 1991 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, Dídimo Páez Velandia, Nilson E. Pinilla Pinilla

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria

DERECHO DE ACCESO A LA ADMINISTRACION DE JUSTICIA, DEBIDO PROCESO CONCURSAL: Vulnera el derecho el juez que rechaza la demanda de concordato con base en la exigencia sin fundamento legal de una certificación de estados financieros expedida por la Junta Central de Contadores

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal

Magistrado Ponente: *Dr. Jorge Aníbal Gómez Gallego*

Radicación No. 5168

Aprobado Acta Nro. 04

Santafé de Bogotá D. C., martes diecinueve de enero de mil novecientos noventa y nueve.

VISTOS

Decide la Corte la impugnación presentada por el accionante *Luis Fernando Bretón Angel* contra la sentencia proferida el 23 de noviembre de 1998 por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, por cuyo medio denegó la tutela invocada a efecto de procurar la protección de derechos fundamentales supuestamente violados por el Juzgado Tercero Civil del Circuito de la misma ciudad.

ANTECEDENTES Y CONTENIDO DE LA ACCIÓN

1.- *Luis Fernando Bretón Angel* mediante apoderado, formuló solicitud de *Concordato Preventivo* para ante el Juzgado Civil del Circuito en reparto de la ciudad de Cali. Atribuido el conocimiento del asunto al Juzgado Tercero de la categoría y localidad citadas, por auto del 10 de agosto del año pasado dicho despacho previa la admisión de la demanda ordenó complementar, dentro del término de diez días, la documentación e información soporte de la pretensión, primordialmente la certificación en donde se hiciera constar que el Contador Público que realizó los respectivos balances contables del interesado, se encontraba habilitado para ejercer su profesión.

2.- Mediante auto del primero de septiembre siguiente, el Juzgado del conocimiento decidió *rechazar* la demanda al considerar que la falencia

señalada en el sustanciatorio del 10 de agosto en relación con la facultad para ejercer el cargo de quien informó acerca del estado financiero del actor, no se había subsanado con la constancia que se allegó como quiera que en ella expresamente se consignaba que dicha certificación "*no sirve para acreditar la calidad de Contador Público*".

3.- Inconforme el libelista con la anterior determinación interpuso contra la misma el recurso de reposición, único medio de impugnación posible, advirtiendo que la calidad de Contador Público del mentado profesional se hallaba demostrada desde el preciso momento en que se formuló la petición de concordato preventivo, pues con el escrito de demanda se anexó copia auténtica de la correspondiente Tarjeta Profesional. Sin embargo, el Juzgado se mantuvo en sus treces y mediante auto del 29 de los citados mes y año negó la reposición incoada.

Esa decisión es abiertamente contraria a la ley y como tal constituye una *vía de hecho* que amerita se acceda al amparo constitucional invocado, aduce el accionante, puesto que con ella se conculcan flagrantemente los derechos al debido proceso, a la igualdad y el acceso a la administración de justicia.

El Fallo Impugnado

No obstante admitir el Tribunal de instancia el posible yerro en que se hubiese podido incurrir en la dependencia judicial cuyos pronunciamientos se catalogan como vías de hecho, advierte que "no por existir desviaciones de tipo procedimental o errores de apreciación valorativa, la simple existencia de estos factores de perturbación hace posible que el juez de tutela las subsane a través de la acción impetrada, pues de existir otro mecanismo paralelamente de carácter procedimental ordinario, es allí donde el interesado debe proponer el ejercicio de la defensa y viabilidad de esos derechos fundamentales."

"Por ello para el juez de tutela -prosigue la Colegiatura- no resulta factible extenderse en un previo examen de los aspectos legales procesales para determinar si en el caso sometido a su consideración se presentan situaciones violatorias del debido proceso y de derechos fundamentales, pues se repite para insistir, lo primero que tiene que establecer es el marco de su procedibilidad, ya que dicho examen es el que permite establecer si le resulta jurídicamente viable ingresar al análisis de aquellas circunstancias que el accionante estima le afectan sus derechos constitucionales. Desde esa perspectiva es claro que el juez de tutela no puede avanzar a proteger tales derechos, en presencia de procedimiento judicial que, por razones de orden constitucional y legal, resulta ser el estadio natural para que a su interior se debatan la constitucionalidad y legalidad del quehacer judicial. De ahí que resulte de interés insistir en el sentido que lo primero es determinar la órbita de actuación del juez de

tutela, pues sólo al tener certeza en relación a la procedibilidad de la acción constitucional, le es factible examinar la consistencia o no de las violaciones a derechos fundamentales."

Con base en los argumentos transcritos con antelación, el *a quo* sostiene que en ninguna vía de hecho incurrió la titular del Juzgado cuyas decisiones se cuestionan, porque por parte alguna se vislumbra que haya actuado de mala fe; su decisión de rechazar la solicitud de concordato preventivo fue más bien el producto de "una desafortunada interpretación de la ley, mas nunca de una *vía de hecho* puesto que la falladora en lo civil no quiso en ningún caso desconocer la ley o ponerla a decir un tenor diferente al que contiene, sino que la interpretó con exagerada literalidad."

Y, como tal pronunciamiento "carece del carácter de decisión definitiva -se razona en el fallo impugnado- ya que removidas las falencias que allí se aducen es procesalmente posible presentar de nuevo la demanda de concordato preventivo, tal como lo enseña el artículo 85 del Código de Procedimiento Civil (...)", el Juez Colegiado declaró la improcedencia del amparo constitucional invocado bajo el entendimiento de que con el procedimiento reseñado en último lugar, se superaría en la práctica "*el indudable error apreciativo*" en que incurrió la funcionaria acusada, medio ordinario de defensa judicial aquel con que aún cuenta el accionante para hacer valer sus derechos.

La parte actora mostró su inconformidad con la mentada determinación impugnándola, pero omitió sustentar el recurso de alzada interpuesto.

Consideraciones de la Corte

Como ya ha tenido oportunidad de precisarlo en múltiples ocasiones la Sala, la sustentación de la impugnación en estos eventos por no ser carga legal ni constitucional para las partes en la medida en que dicha exigencia no la consagra la normatividad reguladora de la acción de tutela, la Corte no puede apartarse del conocimiento del respectivo asunto aduciendo como sustento aquella omisión (Art. 86 de la Constitución Política y Decretos 2591 de 1991 y 306 de 1992).

Ahora, si bien la sala no desconoce el carácter excepcional de la acción de tutela siendo que por lo general dicho recurso de amparo no procede contra decisiones judiciales, en el concreto asunto cuyo estudio hoy se acomete encuentra esta Corporación que el yerro de valoración expresamente reconocido por el Tribunal en su fallo respecto de la actuación de la funcionaria acusada al inadmitir la demanda de concordato preventivo propuesta por el actor, es susceptible de ser enmendado por la vía de la tutela en la medida que dicho error se torna trascendente para la aspira-

ción del demandante al obstaculizársele el acceso a la administración de justicia exigiéndosele el cumplimiento de un presupuesto de procedibilidad de la acción pertinente que la ley no prevé.

En efecto, no es cierto que "la certificación de los estados financieros exigida en el art. 97 de la Ley 222 de 1995, no es otra que la expedida por el Presidente y Secretario General de la Junta Central de Contadores en ejercicio de las facultades que les confiere la Ley 145 de 1960 y su Decreto Reglamentario 1462 de 1961 ya señalados (...)", porque, amén de la equivocación en que inclusive incurre la servidora pública en el señalamiento de la legislación sobre la cual soporta su aserto, menester es indicar que aquellas disposiciones en lo que toca con el asunto en cuestión fueron adicionadas por la Ley 43 del 13 de diciembre de 1990. Esta regulación por parte alguna establece que entre las funciones señaladas en el artículo 20 a la Junta Central de Contadores, se halle la de certificar los estados financieros a los que alude la mentada Ley 222 de 1995, como erradamente lo dice en su auto del 29 de septiembre del año anterior la juez acusada, puesto que tan sólo en el ordinal 3° del citado artículo 20 se le dio la facultad al mencionado Órgano de "Expedir, a costa del interesado, la tarjeta profesional y su reglamentación, las certificaciones que legalmente esté facultada para expedir."

Es que, conforme a lo normado en el artículo 11 de la Ley 40 de 1990, "Es función privativa del contador público expresar dictamen profesional e independiente o emitir certificaciones sobre balances generales y otros estados financieros"; y de acuerdo con el segundo aparte del literal b), ordinal 2° del artículo 13, la atribución para "certificar y dictaminar sobre los balances generales y otros estados financieros (...) de personas naturales, jurídicas, de hecho o entidades de creación legal (...)", se confirió a quien tuviese la calidad de Contador Público en "razón de la naturaleza del asunto", calidad que se acredita con la inscripción como tal y la tarjeta profesional expedida por la Junta Central de Contadores (Arts. 1° y 3°).

Pues bien, con base en la reseña normativa que viene de relacionarse y contrariamente a lo sostenido por el a *quo*, la funcionaria accionada puso a decir a las disposiciones citadas lo que su tenor literal por parte alguna contiene. No es un mero yerro de apreciación, de valoración o de interpretación sin relevancia jurídica, puesto que desasida por completo de la realidad fáctica -se ha ignorado a pesar de haberse aportado con el correspondiente libelo, el documento que acredita como Contador Público a quien certificó sobre el estado financiero del actor (Fls. 18)-, de la hermenéutica -el informe sobre dicho estado financiero conforme a la normatividad vigente atrás señalada compete hacerlo a un Contador Público y no a la Junta Central de Contadores (Fls. 39 vto.)- y en fin, de la juridicidad, la juez acusada esgrime como fundamento del rechazo de la solicitud del referido concordato preventivo un presupuesto formal de procedibilidad de la acción que la ley no prevé, como ya se anotó.

En ese orden de ideas, la actuación judicial cuestionada se halla por fuera del marco de la legalidad y al margen de la misma Constitución, como quiera que con ella de alguna manera se entorpece al accionante su acceso a la justicia. No es cierto que al actor le asista otro medio de defensa judicial diverso del amparo constitucional, porque si bien las violaciones o amenazas que se presenten con ocasión del trámite de una acción judicial ordinaria deben ventilarse al interior de la misma, en el presente evento con el aludido rechazo y el agotamiento del único mecanismo de impugnación posible -se negó la reposición incoada-, el demandante dentro de ese específico asunto, que no otro, se advierte, carece de otro instrumento defensivo dado que producido el pronunciamiento atacado, lo que de allí se sigue es su archivo como en definitiva se ordenó.

No es pues intentando el interesado nuevamente la acción, como con argumento simplista lo expone el Tribunal en su fallo, la manera de remediar tan odiosa situación, porque ¿qué tal que con la misma documentación e información otro despacho admita la demanda? Evidentemente se estaría propiciando sobre el mismo asunto decisiones contradictorias que es lo que a toda costa debe evitarse en el campo judicial.

O, de repetirse la actividad judicial que se reprocha con los planteamientos que hoy se cuestionan, o lo que es peor aún, con apoyo en preceptos derogados, como aquí ocurre, sin efectuarse la confrontación normativa que es menester realizar y trastocando por completo el sentido y el tenor literal del dispositivo a aplicar haciéndole decir lo que de él no se colige, con una tal conducta el juez decididamente le impide al demandante obtener una eficaz, pronta y cumplida resolución de su asunto, teniéndose, como se tiene cumplido en el caso objeto de controversia, el requisito formal que la funcionaria cuestionada dice echar de menos. Cuando el sentido de lo estatuido en un precepto normativo es claro, al intérprete le está prohibido desatender su tenor literal so pretexto de consultar su espíritu.

Tampoco es la "*mala fe*" del funcionario público el exclusivo y único factor que permite catalogar su actividad de arbitraria, como se deja entrever en el fallo impugnado, pues, un tal proceder servirá para calificar en su caso la responsabilidad penal o disciplinaria en que hubiese podido incurrir el acusado. Empero, si del conjunto de garantías que protegen al ciudadano sometido a un acto de autoridad en orden a obtener durante el ejercicio del respectivo trámite procesal el reconocimiento de su derecho, aquellas resultaren desconocidas por los irrazonables fundamentos jurídicos salidos de todo contexto legal al punto de avasallar los principios constitucionales amparados por la propia Carta Política, y más aún, si al interior del mismo procedimiento se carece de otros medios defensivos porque en su oportunidad y por expresa disposición normativa ellos se agotaron ante el mismo servidor público que profirió la correspondiente decisión, al accionante no le queda otro camino que acudir al amparo

constitucional para buscar el restablecimiento del derecho fundamental menoscabado o amenazado.

Así pues, es verdad inconcusa que al interior de la acción civil ordinaria intentada por el actor, éste ya no cuenta con instrumento alguno de defensa que le permita lograr su cometido; de igual manera, las bases jurídicas que se esgrimen para rechazar la demanda carecen de todo sello de juridicidad en cuanto que el precepto al cual la Juez se aferra con obstinado ahínco, no corresponde en su contenido al que realmente debió aplicar, amén de que en la actualidad no se encuentra vigente.

Hallando la Sala que en el asunto sometido a su consideración el derecho al acceso a la administración de justicia se encuentra gravemente amenazado, el fallo impugnado habrá de revocarse y en su lugar se concederá el amparo constitucional invocado. Así mismo, en procura del restablecimiento de dicha garantía, se le ordenará a la juez del conocimiento tomar las medidas pertinentes para que de acuerdo con los presupuestos formales exigidos para la admisión de la solicitud de concordato preventivo incoado, se proceda a su estudio sin perjuicio de que el incumplimiento de otro cualquiera de los previstos en la ley, que no al que el rechazo de la demanda alude, adopte la decisión que en derecho corresponda.

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:

1. *Revocar* el fallo de fecha, origen, naturaleza y contenido indicados, conforme a las motivaciones plasmadas en el cuerpo de este proveído y en su lugar, *Tutelar* el derecho fundamental de acceso a la administración de justicia cuya protección reclama el actor mediante el amparo constitucional invocado.

2. Consecuentemente con lo anterior, se *Ordena* a la Juez del conocimiento adopte las medidas pertinentes en procura del restablecimiento del derecho fundamental relacionado con antelación, atendiendo a las motivaciones expuestas en el cuerpo de la presente determinación.

3. Remitir *a la Corte Constitucional lo actuado para su eventual revisión.*

Cópiese, Notifíquese y Cúmplase

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

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria

IMPUGNACION - sustentación. Necesidad de sustentar la impugnación para proceder al estudio de la tutela en segunda instancia

SALVAMENTO DE VOTO

Como en el presente caso no hubo sustentación de la impugnación, el suscrito salva el voto a la providencia que sin dicho requisito revisó la actuación. Las razones son las que se aduje en el caso de la Rad. 404 (M. P. Dr. Guillermo Duque Ruiz):

"1.) El debido proceso es un derecho fundamental que el ordenamiento brinda a quien por cualquier circunstancia deba acudir al Estado en procura de la solución de sus conflictos, como garantía de una recta y cumplida justicia, esto es, para que la ley sustancial sea cabalmente aplicada.

"La Carta Política, en su artículo 29, consagró este derecho no sólo respecto de las actuaciones judiciales, sino además de las administrativas, quedando, por consiguiente, toda actuación oficial que requiera trámite sujeta al debido proceso que la ley le señale, porque la Constitución solamente consagra el derecho pero no dice cuál es el debido proceso en cada caso, defiriendo a la ley ese cometido.

"2.) La competencia, por ser el presupuesto de la actuación, la señala el constituyente en forma genérica y algunas veces específicamente dejando, en el primer caso, la facultad al legislador para desarrollarla pero con sujeción a pautas claramente señaladas, como es el caso del derecho de impugnación (artículo 29) o el de una segunda instancia (artículo 31).

"Al consagrar la acción de tutela, la Constitución señaló como funcionario competente para decidirla a los 'jueces' cuya sentencia, siguiendo los principios referidos en precedencia, está sujeta a impugnación en los términos que la ley señaló.

"3.) El Decreto 2591 de 1991, reglamentario de la acción, consagró en el artículo 31 que "Dentro de los tres días siguientes a su notificación el fallo *podrá ser impugnado* por el Defensor del Pueblo, el solicitante, la autoridad pública o el representante del órgano correspondiente, sin per-

juicio de su cumplimiento inmediato". (Cursiva fuera de texto). O sea, como es obvio, deja a la discreción del interesado apelarlo o no, pues ha de entenderse que con dicho fallo el cometido de la acción se cumplió: tan cierto es, que debe tener cumplimiento inmediato. Cualquier inconformidad que surja, no sólo respecto del solicitante, sino de cualquiera de las personas mencionadas en la norma, deberá hacerse conocer en la forma debida, pues así lo exige el artículo 32 *id.*:

"Presentada debidamente *la impugnación...*" *(Cursiva fuera de texto).*

"Qué es presentar debidamente una impugnación ?

"La Sala mayoritariamente, con apoyo en criterio de la Corte Constitucional, entiende que es "presentarla dentro del término para impugnar"; de lo cual discrepamos respetuosamente porque, en primer término, si ese fuera el querer del legislador hubiese utilizado un adverbio de tiempo como 'oportunamente' y no el de modo que utilizó, para significar precisamente que deben presentarse 'como corresponde o es lícito', que es lo que significa 'lo debido'; y, en segundo lugar, porque es el propio artículo 32, en su inciso segundo, el que le da el verdadero sentido al adverbio utilizado cuando dice: "El juez que conozca de la impugnación, *estudiará el contenido de la misma, cotejándola con* el acervo probatorio y con el fallo" (Cursiva fuera de texto).

"Obsérvese cómo el legislador utilizó dos verbos inequívocos: 'estudiar' que es, según la Real Academia, "Ejercitar el entendimiento para alcanzar o comprender una cosa", es decir, que para que el *ad-quem* pueda comprender la inconformidad del recurrente debe éste consignarla por escrito, o lo que es igual, "presentarla adecuadamente"; y 'cotejar' que significa, según la misma fuente, "comparar una cosa con otra u otras", o sea, que el juez de segunda instancia debe tener a la vista los argumentos del impugnante, el acervo probatorio y los fundamentos de la decisión (la sentencia) para poder *estudiarlos* y decidir en derecho quién tiene la razón; si está de lado del juez, confirmará o, si está de parte del recurrente, revocará, modificará o adicionará el fallo (según lo pedido y lo probado). Es, pues, lo que dice la norma, en la lógica de una interpretación sistemática del estatuto de tutela.

"Es inexacto entonces, afirmar que el estatuto de tutela no exige la sustentación (acabamos de demostrar lo contrario), y también lo es, sostener que para admitirla, sea menester acudir a otros ordenamientos procesales. Es, simplemente el rito debido, que en su sabiduría el legislador estableció; que, si es contrario a los principios que cita el fallo de mayoría, ha debido inaplicarse el precepto pero no desconocerlo o interpretarlo de manera diferente a su claro tenor.

"4.) La Sala mayoritaria hace suyos los argumentos de la Corte Constitucional sobre el particular, los cuales respetamos profundamente por

ser criterios de autoridad, pero discrepamos de ellos con apoyo en el mandato constitucional contenido en el artículo 230, en cuanto tales principios, expresos o teleológicamente deducidos, los respetó el legislador al expedir la reglamentación del artículo 86 de la Constitución Política cuando exigió la sustentación de las impugnaciones a los fallos de tutela de primera instancia.

"En efecto, la sustentación no se opone a la naturaleza preferente y sumaria que la Carta Política exige para accionar la tutela ni con la informalidad que el artículo 14 del Decreto 2591 requiere para la presentación de la solicitud, pues una cosa es *solicitar* o ejercer la acción, pedir se garantice el derecho, y otra distinta es *cuestionar* la negación o el otorgamiento del derecho. Allá, por ser el ciudadano raso el generalmente afectado, está bien que su demanda esté desprovista de tecnicismos, formalidades complejas - no es que no tenga formalidades, pues el art. 14 las exige inequívocamente-, etc.; pero, acá, una vez que el juez por él seleccionado haya decidido la acción, en una providencia que necesariamente ha de ser motivada, elemental resulta que quien no comparta lo allí sostenido y decidido lo impugne, señalando cuál es su inconformidad o los yerros del juez para que el superior los pueda corregir.

"Es que se ha argumentado por la Sala mayoritaria como si solamente fuese el peticionario el impugnante. No, puede serlo cualquiera de los mencionados en el artículo 31 del Decreto y cómo no exigirles a dichas partes, con la ley desde luego, que expresen concretamente las razones de su inconformidad? Y si esto resulta razonable para ello -ya lo dijo la Corte en varias decisiones-, en desarrollo del principio de igualdad ha de serlo también para todos los interesados sin que respecto del solicitante se exija tecnicismo alguno ni mucho menos conocimientos jurídicos, sino solamente que exprese con sus propias palabras las razones de su inconformidad, como lo ha sostenido la Sala en relación con las impugnaciones ordinarias. Eso le da seriedad y responsabilidad a los recurrentes, y exigirlo no puede ser jamás atentado contra el carácter prevalente de la sumariedad de la acción pues, se repite, ésta se agota con el fallo del juez que seleccionó el actor, el cual es de inmediato cumplimiento. La garantía de si hubo acierto o no en la decisión, la establecieron la Constitución y el legislador al disponer su envío a la Corte Constitucional para su eventual revisión (art. 86 C.P. y 31 del Decreto), por ello la remisión es oficiosa desde luego obligatoria en cualquier caso.

"Lo anterior nos lleva así mismo a no compartir el argumento del fallo a este respecto con el que niega la sustentación porque, además de lo dicho en precedencia, la remisión oficiosa a la Corte Constitucional se consagró para unificar el significado y alcance de los derechos fundamentales, para lo cual no se requiere del impulso de las partes.

"5.) Como el impugnante en el caso de la referencia no hizo conocer las razones por las cuales discrepó de lo decidido por el juez que él seleccionó

libremente para que le tutelara su derecho, la impugnación debió ser rechazada y remitirse la actuación a la Corte Constitucional para lo de su cargo".

Enero 26 de 1999

Dídimo Páez Velandia

Magistrado

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria

DEBIDO PROCESO DE FAMILIA, VIA DE HECHO: La vía de hecho debe surgir del análisis objetivo del fallo, no como consecuencia de una subjetiva discrepancia cualitativa y cuantitativa de las pruebas allegadas al proceso de investigación de paternidad/ **SENTENCIA DE TUTELA:** Al juez de tutela no le está permitido ordenar al juez accionado la manera de interpretar y aplicar la ley procesal en cuanto a los términos probatorios, tampoco indicar cuáles son las disposiciones que debe tener en cuenta o cuáles las pruebas que se impone practicar e incluso la forma como las debe apreciar

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal

Magistrado Ponente: *Dr. Carlos Augusto Gálvez Argote*

Radicación No. 5155

Aprobado Acta No. 08

Santafé de Bogotá, D. C., veintiséis de enero de mil novecientos noventa y nueve.

Decide la Sala la impugnación interpuesta por el *Dr. Leovedis Elías Martínez Duran*, Magistrado de la Sala de Familia del Tribunal Superior de Valledupar, contra el fallo de tutela proferido el 19 de noviembre de 1998, por medio del cual una Sala Mayoritaria de decisión penal, amparó los derechos de defensa, debido proceso, buen nombre y a una familia a favor del menor *Jorge Eduardo Gonzalez Guillen*, presuntamente vulnerados por la Sala de Familia de esa mismo cuerpo colegiado.

VISTOS

Actuando en nombre y representación de los derechos fundamentales del su menor hijo, *Jorge Eduardo González Guillen*, la señora *Esnith María González Guillen*, impetró acción de tutela contra la Sala de familia del Tribunal de Valledupar por considerar que en la sentencia por medio de la cual se confirmó la proferida por el Juzgado Segundo Promiscuo Municipal de Familia de esa misma ciudad que negó las pretensiones de la demanda en el proceso de investigación de la paternidad seguido contra *Rigoberto Aníbal Pajeau Torres*, presunto padre biológico del menor, se

vulneraron los derecho a tener un nombre y un apellido, "porque dicho fallo fue proferido sin haberse practicado la prueba básica, que para los casos de Filiación Natural se debe practicar; es decir, que la prueba *Antropoheredobiologica*, no se le practicó al menor ni a ninguna de las partes intervinientes. Así lo deja entrever (sic) la Procuradora Judicial de Familia en el memorial No. 028 de fecha marzo 8 de 1996, dirigido al señor Magistrado Ponente doctor *Leovedis Martinez Duran*", incurriendo con ello en una vía de hecho.

Solicita en consecuencia, que se le ordene a la Sala accionada disponer la práctica de la prueba antropoheredobiólogica, "a fin de determinar de una vez por todas el parentesco entre el señor *Rigoberto Anibal Pajeau Torres* y mi menor hijo *Jorge Eduargo González Guillen*" y que, "una vez practicada dicha prueba, y se constate el parentesco de las partes en consecuencia se ordene la Filiación Natural de mi menor hijo *Jorge Eduardo González Guillen*".

El Fallo

Partiendo del análisis sobre la procedencia de la tutela contra providencias judiciales ante la presencia de las denominadas vías de hecho y la forma como en el proceso de filiación natural adelantado por la accionante contra el señor Rigoberto Pajeau Torres se dejó de practicar la prueba antropoheredobiológica, el Tribunal concedió el amparo solicitado con base en las siguientes consideraciones:

1ª. Si bien, de conformidad con lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 14 de la ley 65 de 1968 se dispuso formalmente la práctica de pruebas por el término de 20 días, no aparece constancia de que a las partes se les haya enterado a fin de que comparecieran a la entidad respectiva para que se les hiciera la prueba antropoheredobiológica, dado que, "solo se constata a folio 58 un auto por el cual se ordena oficiar al Instituto de Bienestar Familiar para que informe en qué lugar y fecha de la Costa Atlántica se encuentra el laboratorio de genética o en su defecto cuándo llegaría, obteniéndose respuesta de esta entidad el día veinticinco (25) de agosto de 1995 al informar que las comisiones (sic) estaban suspendidas hasta nueva orden", precisando de inmediato que:

"...Es evidente que el juzgado de primera instancia con sacrificio de del interés sustancia en juego (que involucra la litis) le dio primacía a las simples formalidades, pues ni siquiera tuvo en cuenta para lograr la práctica de este dictamen, constitutivo de la espina dorsal del asunto litigioso, ampliar el término probatorio o el término de diez días más (inciso 2º. Art. 14 ley 75 de 1968), como tampoco lo dispuesto en el inciso 1 del Art. 180 del C. de P.C., que dice '...Podrán decretarse pruebas de oficio ... y posteriormente, antes de fallar ...'. Aquí no hay dudas, que el juzgador de instancia con su indiferencia y falta de acuciosidad en que lograra la prác-

tica de esta prueba tan esencial, para una solución correcta de la controversia jurídica, quebrantó no solo el principio de la oportunidad sino también el de contradicción y como es lógico los derechos fundamentales al debido proceso y de defensa (Art. 29 de la Carta Política) afectándose con más intensidad los derechos del menor, representados por la parte actora. No obstante, observarse estas falencias o irregularidades que afectan el lógico y natural desenvolvimiento del proceso, la Sala no entrará a hacer un pronunciamiento sobre estos aspectos por cuanto la acción de tutela fue encaminada únicamente contra el fallo de segunda instancia, proferido por la Sala de Familia de este Tribunal, sin embargo a título de antecedente e ilustración histórica lo pone de resalto en esta providencia".

Sin embargo, enfatiza el a *quo*, que si bien se pudiera entender que la actuación de la Sala accionada debió ajustarse a los procedimientos aplicables al trámite de la segunda instancia, tal aserto es "dudoso" porque en el auto por medio del cual se abrió a pruebas por el término de 30 días se hizo alusión a los artículos 180 y 190 del C.P.P., calificándolo de "craso error porque a primera vista se aprecia que el segundo de los cánones se refiere a la prueba de la costumbre mercantil, que nada tiene que ver con los términos probatorios; en cambio es comprensible que la norma jurídica que ha debido invocarse es el Art. 361 *ibídem*, que se refiere a la práctica de pruebas en segunda instancia y como recurso subsiguiente o adicional podía apoyarse, en caso de requerir un término probatorio complementario, en la hermenéutica de los Arts. 180 y 184 del C.P.C., lo que no aconteció en el caso presente".

De inmediato pasa a referirse al hecho de que no obstante que oficiosamente fue decretada la práctica de la prueba antorpoheredobiológica, no se le enteró a las partes ni aún después de que se librara el despacho comisorio No. 001 con destino al laboratorio de genética del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, "aunque sin saberse por qué medio, la señora Esnith González y el menor Jorge Eduardo Gonzáles Guillén, acudieron a la cita el día doce (12) de marzo de 1996 de 9:00 a 10:15 de la mañana, al mencionado laboratorio ...", cita a la que no asistió Aníbal Pavajeau T., demandado en dicho proceso, "sin que hubiera dado explicaciones de su renuencia a comparecer, ya que no obra constancia al respecto, en el expediente, el *ad quem*, profirió sentencia de fecha veintitrés (23) de abril de 1996, confirmando la decisión del Juez Segundo Promiscuo de Familia de octubre cuatro (4) de 1995 ...", negando todas las pretensiones de la demanda, "favoreciendo en cierto modo al contumaz, cuando la misma ley 75 de 1968, Art. 7º, inciso 2º, expresa que la renuencia de los interesados a la práctica de esta prueba será apreciada como un indicio en su contra, según las circunstancias".

Igualmente se desatendieron los escritos presentados el 8 y 26 de marzo de 1996 por el apoderado de la aquí accionante y del defensor de familia, en los que insistían en la práctica de la prueba técnica, atentando contra

los derechos del menor a tener un nombre y una familia, a pesar de que "bien hubiera podido echarse mano de la facultad concedida por el Art. 180 del C.P.C., y ampliar el término probatorio dándole prelación al dictamen pericial que vendría a establecer el nudo de la litis ...".

Así luego de exponer algunas consideraciones sobre los derechos de los niños, concluye el Tribunal que en la actuación surtida en el proceso de filiación natural iniciado por la accionante también se violó el derecho al debido proceso, disponiendo con base en lo dispuesto en el artículo 152-6 del C.P.C. y en jurisprudencia de la Sala Civil y Agraria de esta Corporación sobre las consecuencias procesales de la omisión de la prueba pericial en mención, "la *nulidad* de la actuación procesal surtida en el proceso de filiación natural a que nos hemos referido, a partir inclusive del auto de enero doce (12) de mil novecientos noventa y seis (1996), por el cual se abrió el proceso a pruebas por el término de treinta días (folio 84 del proceso incorporado de filiación natural) por la Sala de Familia de este Tribunal", y previa aclaración en la parte considerativa de que dicha nulidad "extenderá sus efectos no solo a la actuación tramitada por el *ad quem* sino a la que se surtió ante la Sala de Casación Civil y Agraria, como quiera que ésta se limitó a inadmitir la demanda y a declarar desierto el recurso de casación interpuesto por el Defensor de Familia, sin que hubiere entrado a conocer el fondo del asunto".

Frente a esta decisión salvó su voto el Magistrado Alfredo Alfonso Ariza Padilla, por considerar, con base en jurisprudencia de la Corte Constitucional que reproduce, que en este asunto en particular el hecho de que no se hubiese practicado la prueba antropoheredobiológica no constituye fundamento suficiente para sostener la presencia de las denominadas vías de hecho, pues ha debido negarse el amparo solicitado y no anular un proceso que ha hecho tránsito a cosa juzgada, en desmedro de la seguridad jurídica propia de un Estado democrático de derecho en el que las decisiones judiciales gozan de la presunción de acierto y legalidad.

La Impugnación

Inconforme con la decisión mayoritaria de la Sala Penal, el Magistrado Leovedis Elías Martínez Duran, Magistrado Ponente de la Sala de Familia que profirió la decisión anulada por el fallo de tutela, presentó escrito impugnatorio en el que, con sustento en extensa cita de jurisprudencia de la Corte Constitucional sobre el debido proceso, sostiene que el *a quo* pareció entender que el derecho en mención solo es predicable de una de las partes y no de todas las que intervienen en el proceso.

Igualmente, cuestiona las consideraciones del fallo impugnado en torno a la calificación que dio de "craso error" al hecho de que en el auto por medio del cual se abrió a pruebas en segunda instancia el proceso de filiación natural iniciado por la accionante se hubiesen citado los artícu-

los 180 y 190 del C.P.C., y no en el 361 *ibídem*, dado que, en primer lugar tales preceptos -precisando que por un *lapsus calami* se anotó el artículo 180 cuando correspondía el 179 del C.P.C.- son los que regulan el decreto oficioso de pruebas en segunda instancia, y en segundo lugar, porque el artículo 361 citado por la decisión impugnada hace referencia a las pruebas solicitadas a petición de parte, y además, considera que no es función del juez de tutela cuestionar la norma jurídica con base en la cual se ordenó una prueba.

En lo que tiene que ver con la jurisprudencia citada por la Sala Penal del Tribunal para apoyar su tesis de que la decisión a tomar es la nulidad de lo actuado por no haberse practicado la prueba antropoheredobiológica, sostiene el impugnante que el asunto allí tratado era diverso al que fue objeto de esta tutela, precisando a continuación que "la decisión recurrida pierde de vista que la ley señala las oportunidades para declarar las nulidades y su saneamiento ... y que la nulidad debió ser planteada por el interesado en la oportunidad legal para ello y no lo hizo", agregando finalmente que "También pierde de vista el juez de tutela el fundamento de la decisión que puso término al proceso especial de investigación de la paternidad calendada el 23 de abril de 1996, cual fue el haberse producido las relaciones extramatrimoniales entre la madre y el presunto padre por fuera de los términos que señalaba el artículo 92 del C.C., para la época, como presunción de derecho, de manera que la decisión que hoy se impugna lo que busca revivir un proceso legalmente concluido y aplicar de manera retroactiva la decisión de la Corte Constitucional que declaró inexequible la expresión 'de derecho' del citado artículo. (Sentencia C-004 del 22 de enero de 1998)".

Concluye pues, que es la decisión que impugna la que constituye una vía de hecho, como que desconoce que el procedimiento civil es reglado y que sus disposiciones son de orden de público, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 6º. Del C.P.C..

CONSIDERACIONES

1°. Sea lo primero en este asunto, reiterar, que ha sido criterio pacífico y constante de la Corte, aún desde antes de la inconstitucionalidad de los artículos 11, 12 y 40 del Decreto 2591 de 1991, declarada por la Corte Constitucional en sentencia C-543 del 1º de octubre de 1992, que este mecanismo constitucional no procede contra decisiones judiciales, precisamente por la necesidad de proteger la autonomía e independencia de los jueces en sus decisiones (arts. 228 y 230 de la C. Política) que con mayor razón, impera acatar en virtud de los efectos *erga omnes* de la cosa juzgada constitucional.

2º. Además, porque ha sido también abundante la jurisprudencia de esta Corporación y de la Corte Constitucional en el sentido de que no es este mecanismo una instancia alternativa o un recurso adicional de los

que son propios de las instancias, pues no es su finalidad rehacer actuaciones equivocadas o recuperar causas perdidas, ni mucho menos le esta dado al Juez de tutela inmiscuirse en el debate propio del asunto objeto de litigio, o lo que es más grave, anteponer su criterio al del juez natural, desplazándolo de las competencias que le son propias.

2º. Lo anterior, por cuanto resulta no solo sorprendente sino cuestionable que en este asunto la Sala Penal del Tribunal Superior de Valledupar haya removido los efectos de la cosa juzgada en un asunto que culminó por los cauces legales hace ya mucho más de dos años, cuando luego de agotarse las instancias ordinarias se intentó incluso el recurso extraordinario de casación, el cual fue inadmitido por defectos técnicos en la elaboración de la demanda sustentatoria y por ende declarado desierto por auto del 6 de septiembre de 1996 por la Sala de Casación Civil y Agraria, decisión que igualmente advierte el Tribunal queda sin validez alguna por razón de la nulidad decretada en dicha actuación, como consecuencia del amparo de los derechos cuya lesión denunció la accionante, procediendo a la extemporánea e indebida revisión que se hizo del fallo.

3º. Mayor aún es el desatino de la Sala Mayoritaria al declarar la mencionada nulidad con la tesis de que se quebrantaron los derechos a la defensa y debido proceso al entender equivocadamente que por esa razón, en dicho proceso civil se atentó contra los derechos del niño a tener un nombre y familia, cuando la naturaleza del mismo implica la demostración de una situación de hecho que de acreditarse plenamente y declararse así mediante una decisión judicial conlleva la imposición de determinadas obligaciones a la parte demandada y a ahí sí derechos para el menor cuya partenidad se busca, pues con la tesis del Tribunal se estaría partiendo de la presunción de que el demandado en dicho proceso, esto es, el señor Rigoberto Pajeau es el padre del menor y por ello es indispensable la práctica de la prueba antropoheredobiológica desconociendo de paso la valoración probatoria plasmada en una fallo que, como lo sostiene el Magistrado disidente está amparada por la doble presunción de acierto y legalidad.

4º. Además, equivocada también en sus consecuencias resulta la decisión del Tribunal de Valledupar, pues termina imponiéndole a la Sala accionada no solo la forma como debe interpretar y aplicar la ley procesal en cuanto a los términos probatorios de la segunda instancia, sino que igualmente le indica cuáles son las disposiciones que debe tener en cuenta, cuáles las pruebas que se impone practicar e incluso la forma como las debe apreciar, como así deduce de sus consideraciones en torno al hecho de que debió tener como indicio en contra la no comparecencia del demandado a la práctica de la prueba antropoheredobiológica, no obstante que afirma que no se sabe cómo o por qué medios se enteró la demandante quien sí compareció con el niño Jorge Eduardo González Guillén al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar con ese propósito.

5ª. Es que, al fin de cuentas tanto el accionante como el Tribunal, siéndole más criticable tal posición a éste último, han tratado de crear una supuesta vía de hecho que en ninguna forma surge del análisis objetivo del fallo que ahora censuran, sino como consecuencia de una subjetiva discrepancia cualitativa y cuantitativa de las pruebas allegadas al proceso de investigación de la paternidad como al efecto vinculante que tienen en relación a los hechos relacionados en la demanda respectiva, pues lejos de afirmarse categóricamente que la actuación de los funcionarios que conocieron dicho asunto fue caprichosa y arbitraria lo que en realidad hay de por medio son discrepancias en torno al medio de prueba idóneo y eficaz para la demostración de la paternidad y a la oportunidad para ello, pero no que la omisión sea la consecuencia de actitudes caprichosas, o producto de la desidia, echando por la borda la residualidad que caracteriza este mecanismo de protección de derechos fundamentales, pues no solo no se presenta, ni tampoco lo invocó la accionante, la urgencia del amparo ante la necesidad de evitar un perjuicio irremediable, sino que no existe la vulneración de los derechos objeto de protección por esta vía.

Así las cosas, forzoso resulta revocar el fallo impugnado, y en consecuencia denegar por improcedente el amparo solicitado.

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

RESUELVE:

1. *Revocar* en su integridad el fallo impugnado.

2. *Negar* por improcedente el amparo solicitado.

3. Infórmese de lo aquí decidido a la Sala Penal del Tribunal Superior de Valledupar.

4. Ejecutoriada esta providencia, remítase la actuación a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

5. Notifíquese de conformidad con lo dispuesto en el artículo 30 del Decreto 1591 de 1991.

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

DERECHO DE PETICION, COLABORACION CON LA JUSTICIA: La circunstancia de que la norma no establezca un término para responder peticiones sobre beneficios por colaboración no significa que la Fiscalía no esté obligada a responder dentro de un margen razonable, La Corte concede el amparo a una solicitud presentada desde 1994

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal

Magistrado Ponente: *Dr. Ricardo Calvete Rangel*

Radicación No. 5160

Aprobado Acta No. 08

Santa Fe de Bogotá, D. C., Enero veintiséis de mil novecientos noventa y nueve.

VISTOS

Resuelve la Sala la impugnación interpuesta por el accionante contra la providencia del pasado 29 de octubre, mediante la cual el Tribunal Superior de Santa Fe de Bogotá rechazó la acción de tutela promovida para que se protegieran los derechos de petición y debido proceso de *Luis Fernando Córdoba Vélez*, quien acusa al Fiscal General de la Nación de haberlos desconocido.

FUNDAMENTOS DE LA ACCIÓN

1. El peticionario presentó acción de tutela contra el Fiscal General de la Nación, de acuerdo a los siguientes hechos:

1.1. *Luis Fernando Córdoba Vélez* y su apoderado sostuvieron comunicaciones con el Director Regional de Fiscalías con el fin de que aquél prestara colaboración que le permitiera tener derecho a los beneficios de que trata el artículo 369 A del Código de Procedimiento Penal, adicionado por el artículo 44 de la ley 81 de 1993.

1.2. Desde el mes de abril de 1993 *Córdoba Vélez* dio información para la localización de una dinamita y la ubicación del lugar donde vivía *Jairo León Posada Palacios* (alias La Picuda).

1.3. Desde aquél momento el demandante ha venido solicitando pronunciamiento sobre el reconocimiento de la colaboración para efecto de los beneficios a que haya lugar, a través de peticiones que ha dirigido al Fiscal General de la Nación y al Director Regional de Fiscalías, obrantes a los folios 4 a 10 del expediente.

1.4. El demandante sostiene que la Fiscalía ha guardado silencio, generándose con ello una "dilación absurda y gravosa", y han "transcurrido cuatro años largos sin ser posible obtener resultados a las peticiones que se anexan a la presente, creándose la eventualidad para que mi defendido cumpla la totalidad de la pena sin obtener el beneficio a que tiene derecho por la desidia de la fiscalía".

1.5. Se pide al Juez Constitucional ordenar al Fiscal General de la Nación rinda el informe calificatorio de la colaboración eficaz a que se ha hecho referencia.

2. La Fiscalía General de la Nación a través del Director Nacional de Fiscalías, señala que:

2.1. Bajo el radicado 096-96 se está adelantando trámite para la concesión de beneficio por contribución a la justicia a *Luis Fernando Córdoba Vélez*. Este y siete procesados más vinculados al proceso 16.559 hicieron idéntica petición, la cual se encuentra en verificación.

2.2. El Fiscal General de la Nación mediante resolución 096 del 8 de noviembre de 1996 se abstuvo de emitir pronunciamiento de fondo respecto a la colaboración a que hace referencia el demandante, por no existir a esa fecha elementos de juicio necesarios para concluir. Allí mismo se ordenó conformar un equipo de fiscales para impulsar el trámite conforme a los aspectos señalados en la misma resolución.

2.3. Actualmente la averiguación está a cargo de un Fiscal Delegado ante los Jueces Regionales de Santa Fe de Bogotá, el que ha informado que faltan pruebas por evacuar con las que se pretende establecer cada uno de los puntos que tienen relación con el beneficio solicitado.

2.4. Se anotan como inconvenientes en el trámite ágil de las diligencias, la cantidad de procesos, de pruebas por practicar, así como la complejidad de los hechos que deben ser evaluados, pues se vinculan con actividades ilícitas del brazo armado de la organización criminal que lideraba el extinto *Pablo Escobar Gaviria*. Estos factores, sumados a la tarea de verificación de las circunstancias fácticas de los múltiples atentados dinamiteros, la efectiva participación de los agentes delictivos, explican el tiempo que ha durado la actuación y por lo tanto no se puede acusar a la Fiscalía de una morosidad injustificada y de una vulneración al derecho de petición.

2.5. De otra parte debe tenerse en cuenta que el reconocimiento de los beneficios corresponde a una efectiva colaboración, lo cual requiere que

la Fiscalía agote los medios para el establecimiento de aquella, la que sólo se logra mediante la corroboración de lo informado.

3. Se aportaron a las diligencias los informes de fecha 28 de abril y 26 de octubre de 1994 de la Unidad de Terrorismo de la Fiscalía, en los que se afirma que el acá demandante condujo al Bloque de Búsqueda hasta Envigado pudiéndose establecer el lugar donde se encontró dinamita, además señaló a la autoridad el sitio donde vivía *Jairo León Posada Palacios*. Por estos motivos se sugiere el reconocimiento de beneficios por la colaboración prestada.

El Fiscal General de la Nación no acogió los conceptos referidos por incompletos, ya que no se estableció la relación de causa a efecto entre lo informado por el procesado y el avance de las investigaciones a las que se referían aquellas, no se clarificó qué corresponde a corroboración y qué a aporte de hecho nuevo, tampoco se deslindó lo informado con lo que se obtuvo por labores de inteligencia.

El Fallo Impugnado

El Tribunal de instancia negó el amparo solicitado con fundamento en las siguientes consideraciones:

1. Para el *a quo* aunque el actor no lo precisó en la demanda, el derecho fundamental invocado es el de petición, pues la acusación consiste en no haberse resuelto la petición de beneficio por colaboración eficaz.

Si bien es cierto que las autoridades están obligadas a resolver las peticiones de manera pronta, también lo es que es en cada caso particular que se debe examinar el desconocimiento de aquél derecho, teniendo en cuenta la naturaleza de la pretensión y su complejidad.

En el presente asunto la resolución del Fiscal proferida el 8 de noviembre de 1996 no satisface el derecho de petición porque se abstuvo de "emitir un pronunciamiento de fondo", dejándose de resolver la pretensión. Ahora, si bien "resulta insoslayable la demora de la Fiscalía para decidir acerca de los beneficios reclamados por *Córdoba Vélez*", se debe tener en cuenta que la solicitud requiere de toda una investigación para poder decidir, debiéndose establecer el grado de verdad y eficacia de la colaboración para que éste no se convierta en un mecanismo de acceso a rebajas punitivas, a través de la mentira o de verdades a medias, haciendo de la justicia una burla.

Con las anteriores precisiones, el Tribunal señala que no se puede imputar vulneración al derecho fundamental de petición porque el ente acusador para resolver la pretensión debe agotar la investigación y la actividad probatoria requerida.

Se ordenó a la Fiscalía que a pesar de que el artículo 369A no establece un término para el trámite de los beneficios por colaboración eficaz, debe

agilizar la investigación a la mayor brevedad para que se pueda cumplir con una decisión que resulte oportuna a la situación de *Córdoba Vélez*.

LA IMPUGNACIÓN

El demandante y su apoderado impugnaron el fallo de tutela. El primero de los mencionados criticó el proceder de la Fiscalía señalando simplemente que cuando se haga pronunciamiento sobre su situación estará pasado en el cumplimiento de la pena. El abogado no lo sustentó.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

El derecho de petición se encuentra consagrado en el artículo 23 de la Constitución Política y su ejercicio no implica que la administración deba resolver la solicitud en el sentido perseguido por quien la presenta, pues este derecho se satisface cuando se resuelve oportunamente y se comunica la respuesta al interesado.

Como lo tiene establecido la jurisprudencia, la falta de respuesta, la ausencia de notificación acerca de ésta, la respuesta evasiva y la resolución tardía son formas de violación del derecho de petición, susceptibles de amparo a través de la acción de tutela, pues en tales casos se conculca ese derecho fundamental.

En lo concerniente al caso concreto del accionante, le asiste razón al Tribunal al no considerar como respuesta la resolución del 8 de noviembre de 1996, en la cuál el Fiscal se abstuvo de emitir un pronunciamiento de fondo, pero es inexplicable la conclusión contradictoria a que llega, en la que no tutela pero exige a la Fiscalía que "debe resolver la pretensión insoluta a la mayor brevedad, a efectos de que no resulte nugatorio el beneficio impetrado, en el evento de que éste sea concedido".

La Sala no desconoce que para contestar la petición en mención era necesario adelantar diligencias a fin de constatar la veracidad de las informaciones y hacer la evaluación que permitiera tomar una resolución acorde con lo dispuesto en el artículo 369A del estatuto procesal, lo que en principio impedía una respuesta inmediata, pero tal circunstancia no justifica de manera alguna que transcurridos más de cuatro años desde la fecha de su formulación no se haya resuelto la solicitud.

La circunstancia de que la norma no establezca un término no significa que la autoridad no esté obligada a responder dentro de un margen razonable, y no lo es el tiempo que lleva la Fiscalía sin resolver la petición en este caso, pues desde la audiencia especial del primero de marzo de 1994 se hizo énfasis en la necesidad de darle celeridad al trámite de los beneficios, la cual fue recordada en octubre 26 del mismo año por el Fiscal Regional, quien además advierte la posibilidad de que alguno de los solicitantes haya interpuesto tutela.

Como lo señala el condenado, de nada sirve que le resuelvan si tiene o no derecho al beneficio cuando ya haya pagado la pena, pues fue condenado a siete (7) años nueve (9) meses y está detenido desde principios de 1993, aspecto que al parecer no ha sido tenido en cuenta en la dilatada averiguación que hace la Fiscalía.

Así las cosas, se procederá a proteger el derecho de petición, ordenando al Fiscal General de la Nación que en el término máximo de diez días contados a partir de la notificación de esta providencia, resuelva la solicitud formulada por *Luis Fernando Córdoba Vélez.*

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

RESUELVE:

1. Revocar el numeral primero de la parte resolutiva del fallo impugnado.

2. Conceder el amparo del derecho de petición en favor del señor *Luis Fernando Córdoba Vélez,* para lo cual se ordena al *Fiscal General de la Nación,* que en el término máximo de diez días contados a partir de la notificación de este fallo, resuelva la petición a que se ha hecho referencia en esta providencia.

3. En firme esta decisión remítase a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

4. Notifíquese de conformidad con lo dispuesto en el artículo 30 del decreto 2591 de 1991 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

DEBIDO PROCESO PENAL: 1. Si bien es deseable que los hechos punibles conexos se investiguen de manera conjunta, su separada averiguación no puede concebirse como atentatoria de la actuación independientemente adelantada. 2. La conducta de la autoridad accionada que no tomó como denuncia de querella el simple aporte de fotocopias de una queja presentada ante el Comando de Estación, sin manifestación alguna bajo la gravedad del juramento de quien las presentó, no desconoce el derecho al debido proceso. 3. No hay vulneración al debido proceso cuando el juez que se considera incurso en causal de impedimento suspende la decisión sobre un conflicto de competencia planteado

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal

Magistrado Ponente: Dr. Carlos Augusto Gálvez Argote

Radicación No. 5214

Aprobado Acta No. 16

Santafé de Bogotá, D. C., nueve (9) de febrero de mil novecientos noventa y nueve (1999).

VISTOS

Decide la Corte la impugnación interpuesta por las doctoras Neyla Ortíz Acosta y María Helena Blanco Hernández, en su condición de Juezas Penal Municipal de Pacho (Cund.) y Promiscuo Municipal de Villagómez (Cund.), respectivamente, contra el fallo proferido por el Tribunal Superior de Cundinamarca el 10 de diciembre de 1998, que accedió a tutelar en su contra el derecho fundamental al debido proceso de la doctora *Ana Belén Duarte Hernández* dentro del proceso que le fuera adelantado por la contravención especial de lesiones personales.

FUNDAMENTOS DE LA ACCIÓN

Manifiesta la doctora *Duarte Hernández* que el 10 de septiembre de 1997 cuando se desempeñaba como Personera Municipal de Villagómez (Cund.), después de discutir acaloradamente con el Concejal de ese mu-

nicipio Jorge Ordóñez Bravo, se infirieron lesiones recíprocas que determinaron una incapacidad de 5 y 4 días respectivamente. Por estos hechos ante el Juzgado Promiscuo Municipal de la localidad el edil formuló denuncia penal, acudiendo ella por su parte a ponerlos en conocimiento del Comandante de Policía quien remitió copia de esta queja ante esa misma oficina judicial.

El 16 de septiembre posterior la titular del Juzgado Promiscuo Municipal, doctora María Helena Blanco Hernández remitió las diligencias por competencia a la Fiscalía Delegada ante el Tribunal Superior de Santafé de Bogotá y Cundinamarca, quien dispuso por auto del día 22 de ese mismo mes enviar el asunto a la Unidad de Fiscalía Seccional de Pacho, atendiendo a que los hechos imputados a la doctora Duarte Hernández "no se cometieron en ejercicio de sus funciones de Agente del Ministerio Público, sino como Personera Municipal de Villagómez". Esta autoridad, a su turno, estimando que por concurrir un posible delito de injuria independiente de las lesiones la competencia radicaba en la Unidad Local de Fiscalías, mediante decisión del 20 de octubre condujo el proceso a dicha oficina proponiendo de una vez colisión negativa de competencias; al recibir la actuación, la Fiscalía Segunda Delegada ante el Juez Penal Municipal de Pacho, consideró que en realidad no concurría ningún delito sino exclusivamente la contravención, motivo por el cual fue dirigido nuevamente el expediente ante el Juzgado Promiscuo Municipal de Villagómez, al tiempo que le proponía colisión de competencia negativa.

Recibidas las diligencias por la doctora Blanco Hernández, advirtió la existencia de una seria enemistad entre ella y la Personera Duarte Hernández, razón por la cual se declaró impedida, remitiendo finalmente lo actuado ante el Juzgado Penal Municipal de Pacho, el que por reconocer como "válidas" las argumentaciones de la excusada y estimar que era competente, avocó conocimiento del proceso el 28 de enero de 1998 tramitándolo conforme a los preceptos de la Ley 228 de 1995 hasta culminar con fallo del 27 de agosto del año inmediatamente anterior, mediante el cual condenó a la ahora accionante a la pena principal de dos (2) meses de arresto como responsable de la contravención de lesiones personales dolosas, decisión apelada por el defensor pero que al no ser adecuadamente sustentada ameritó que el Juzgado Penal del Circuito de Pacho se abstuviera de desatar el recurso.

Para la accionante, en varias de las actuaciones cumplidas dentro del presente asunto se le ha vulnerado su derecho fundamental al debido proceso. Así, afirma inicialmente que ninguna de las autoridades cumplieron con la obligación legal de dar trámite a la querella que formulara contra el Concejal Ordóñez Bravo; tampoco ni el Fiscal Local de Pacho ni la Juez Promiscua Municipal de Villagómez, adelantaron el incidente de conflicto de competencias suscitado; de otra parte, la investigación cursó exclusivamente contra ella, pese a que obraba el informe policivo y que en

la audiencia preliminar puso de manifiesto que también ella había sido objeto de agresiones, solicitando las pruebas pertinentes para demostrarlo; además, no estuvo presente en la audiencia de juzgamiento ni se desató el recurso de apelación que su defensor oficioso invocó contra el fallo condenatorio.

Solicita, así, se revoquen todas actuaciones viciadas y se ordene dar el trámite legal y constitucional procedente.

FALLO DEL TRIBUNAL

Accede el Tribunal a la tutela del derecho fundamental al debido proceso de la accionante, ordenando su amparo mediante la invalidación de lo actuado y la consiguiente compulsación de copias disciplinarias contra los Jueces Promiscuo Municipal de Villagómez y Penal Municipal de Pacho, doctoras Blanco Hernández y Neyla Ortíz Acosta, con base en las siguientes motivaciones:

En primer término declara probado que efectivamente omitieron las distintas autoridades tramitar la querella formulada contra el Concejal Ordóñez Bravo por la doctora Duarte Hernández, como también proceder a su vinculación, pese a las copias que de ella remitiera el Comandante de la Policía y que la propia accionante adujo a su existencia dentro del proceso que culminó con fallo condenatorio, siéndole en cambio negadas todas las pruebas solicitadas para respaldar su afirmación; también se vulneró el debido proceso, en criterio del *a quo*, en razón de no haberse adelantado la actuación pertinente a la colisión de competencias promovida entre las distintas autoridades que intervinieron en este asunto contravencional, pues la Juez Promiscuo Municipal de Villagómez decidió declararse impedida, por lo que "nunca se trabó la referida colisión", cuando en criterio del Tribunal "ha debido esperar a que el juez del circuito dilucidara quien era el funcionario competente para tramitar y decidir el proceso contravencional y en el evento de que se le asignara a ella el conocimiento si tenía la facultad legal de declararse impedida".

Ahora bien, en relación con el hecho de que la accionante no estuviere presente en la audiencia de juzgamiento, o que tampoco lo hiciese el Ministerio Público, no encuentra ningún reparo pues su concurrencia en dichos actos no es imperativa, como tampoco amerita reparo alguno la notificación del fallo ni el hecho de que el juez de segunda instancia decidiera abstenerse de tramitar la apelación por indebida sustentación del recurso.

IMPUGNACIÓN

Muestra su inconformidad con la decisión del Tribunal la Juez Promiscuo Municipal de Pacho, doctora Neyla Ortíz Acosta, advirtiendo, ini-

cialmente, que ella tomó posesión del cargo el primero de junio de 1998, es decir, cuando se disponía a dar trámite la audiencia de juzgamiento, la cual se cumplió sin desconocer ningún derecho fundamental de la accionante.

Pero además, estima necesario precisar que en ningún momento la doctora Duarte Hernández formuló una querella con los requisitos legales, pues la anotación de su queja, que se ignora quien la hizo, en el libro de población del Comando Local de Policía no puede tomarse por tal, pues carece de los requisitos exigidos por el artículo 17 de la Ley 228 de 1995 en concordancia con el artículo 27 del C. de P.P.

A su turno, la doctora María Helena Blanco Hernández como Juez Promiscuo Municipal de Villagómez, comienza por precisar que en ningún momento al despacho a su cargo fueron remitidas las diligencias contentivas de la denuncia formulada contra el Concejal Ordóñez Bravo por la accionante, pues solamente se allegó una "fotocopia" de la queja elevada ante el Comandante de Policía.

Señala enseguida que en ningún momento ella adelantó un proceso contravencional pues las diligencias se remitieron inicialmente a la Fiscalía Delegada ante los Tribunales de Cundinamarca y Santafé de Bogotá y con posterioridad se declaró impedida para conocer de dicho asunto.

Concretamente en relación con esta última actuación, manifiesta que no comparte la decisión del Tribunal pues la verdad es que la colisión de competencias nunca se trabó. En efecto, es evidente en tal sentido que "De conformidad con el inciso 2° del artículo 99 del C. de P.P... se 'suscita' ese conflicto única y solamente desde el momento mismo en que el funcionario que recibe la solicitud de quien cree tener motivos para 'conocer o no del caso concreto', no acepta esas razones. Antes no, porque sin esa negativa no existe ninguna clase de desacuerdo. En mi caso, no había ninguna razón para remitir el proceso al señor Juez Penal del Circuito de Pacho para que resolviera una inexistente colisión de competencias, porque aún no había sido dicho si se aceptaban o no las razones que el señor Fiscal adujo para abstenerse de conocer del proceso".

Y agrega: "Por lo demás, si debía declararme impedida para tramitar el proceso ¿Cómo podría haberme pronunciado sobre las razones que eventualmente podría tener para aceptar o no la competencia para conocer de un proceso que no podía seguir tramitando en virtud de la existencia de ese impedimento?".

Solicitan las recurrentes, así, se revoque la sentencia impugnada.

CONSIDERACIONES

1. Corresponde en esta oportunidad a la Corte y en esto nuevamente debe enfatizarse, reiterar que la tutela como mecanismo de defensa de los

derechos constitucionales fundamentales no procede contra decisiones judiciales.

Así lo ha reiterado constantemente al estimar que ella no puede servir de medio alternativo para discutir las distintas actuaciones dentro de un proceso en curso, o para cuestionar su legalidad cuando ya ha culminado mediante el proferimiento de un fallo ejecutoriado.

2. La Sala ha precisado e insiste en esta posición que se ajusta a las previsiones de la ley y a los mandatos de la Constitución Política, que reconocer en estos supuestos la viabilidad de la tutela comportaría una inaceptable e indebida injerencia en la labor que por antonomasia corresponde al juez natural y atentaría contra el principio de independencia y autonomía del poder judicial.

3. Así, es bastante claro en este asunto, que mediante la acción constitucional se ha pretendido a la manera de una tercera instancia, que el juez de tutela se pronuncie sin cortapiza alguna sobre la tramitación de un proceso contravencional que ya feneció mediante el dictado de la respectiva sentencia protegida por los efectos propios de la cosa juzgada, pues ni siquiera el recurso de apelación interpuesto fue idóneo ni ameritó por el juez de segunda instancia proceder a desatarlo, siendo estas razones a todas luces suficientes para revocar la decisión del Tribunal que optó por el amparo del derecho fundamental del debido proceso de la querellada en esas diligencias.

4. No obstante, por resultar de suyo desatinados los argumentos expuestos por el Tribunal Superior para acceder a la protección constitucional, nada más imperativo y oportuno que hacer una muy breve referencia a ellos, con miras a que el límite de procedibilidad para la tutela que sirve de razón suficiente en el rechazo en este caso de la acción invocada, no deje latente la duda sobre si los motivos aducidos en la sentencia ahora impugnada gozaban de algún fundamento.

5. Al respecto, dígase en primer orden que con base en el principio de la unidad procesal por cada hecho punible corresponde adelantar una actuación independiente y que solamente en los casos previstos en la ley no es dable su conservación, tal y como se dispone, entre otros preceptos, en el art. 90 del C. de P.P. -modificado por el art. 14 de la Ley 81 de 1993.

Y si bien es deseable que los hechos punibles conexos se investiguen de manera conjunta, su separada averiguación no puede concebirse como atentatoria de la actuación independientemente adelantada, pues los criterios justificadores de *lege ferenda* de unidad de prueba, unidad de decisión y economía procesal, que le han servido de fundamento, no constituyen ni puede dárseles la connotación de presupuestos procesales para el ejercicio de la acción penal que bien puede en consecuencia, adelantarse autónomamente sin la menor tacha de validez.

Por eso, la primera inquietud que asalta en torno a la determinación que se revisa es de dónde surge para el Tribunal el imperativo de anular un proceso contravencional que se adelantó conforme a las normas de procedimiento que lo reglan por la sola circunstancia de no haberse investigado dentro de la misma actuación hechos que, si bien seguramente conexos, bien podían ser averiguados por separado.

6. Pero tratándose de acciones cuyo patrocinio judicial se ha impuesto al sujeto pasivo del hecho punible, salvo aquellos casos en que se afecte el interés público en los cuales podrá formularla el Ministerio Público, es condición de procedibilidad de ella la querella para poder dar inicio al proceso.

En tal sentido, la anotación que se ignora cuál autoridad fue su receptora, dejada en el libro de población del Comando de la Estación Villagómez, sin la gravedad del juramento por parte de la doctora Duarte Hernández, nunca fue tomada por las distintas autoridades que conocieron de la denuncia directamente presentada por Ordóñez Bravo, como constitutiva legalmente de una querella, pues se trataba en estricto sentido de fotocopias de una "queja" por ella presentada y que fueran remitidas por el Comandante Elmer Hernán Tenorio ante el Juzgado Municipal de Villagómez para que hicieran parte de la actuación que en ese despacho se adelantaba. Conocidos los límites a la oficiosidad en materia que es de exclusivo patrocinio por parte de la persona afectada, nunca se le dio trámite como denuncia penal.

7. De nada vale, entonces, que se llame la atención sobre la constancia dejada en la audiencia preliminar por la querellada y acá accionante doctora Duarte Hernández en el sentido de haber puesto de presente que también fue objeto de lesiones por parte del querellante, pues ella misma manifestó a la Juez Penal Municipal de Pacho, que en el Juzgado Promiscuo Municipal de Villagómez se adelantaba proceso similar contra el Concejal Ordóñez Bravo, lo cual no correspondía a la verdad.

Así, en criterio de la Sala, de esta manera, bien entendidas las cosas hay que concluir que, de una parte, no formuló la Personera de Villagómez propiamente una querella que los jueces estuviesen obligados a adelantar y que si en criterio del Tribunal esta sí se presentó adecuadamente, en ningún momento el hecho de no haberse orientado en forma conjunta con la denuncia propuesta por el Concejal Ordóñez Bravo, no puede afectar de nulidad el proceso cursado en virtud de esta última, menos aún cuando dentro de las motivaciones del fallo se valoraron las exculpaciones de la implicada.

8. Tampoco están puestos en razón los argumentos con base en los cuales sostiene el Tribunal que también se vulneró el debido proceso, atinentes a la aducida obligación que se dice tenía la Juez Promiscuo Municipal de Villagómez doctora María Helena Blanco Hernández de tra-

mitar la colisión de competencias propuesta por el Fiscal Segundo Delegado ante el Juez Penal Municipal de Pacho, menos aún cuando da por supuesto en precipitada conclusión, que lo pertinente habría sido negar que fuera competente, única posibilidad de que, como lo sugiere, fuera el Juez Penal del Circuito de Pacho quien desatara el conflicto.

9. Nuevamente, atinadas resultan las motivaciones de la recurrente, en cuanto precisan que concurriendo en ella motivo de impedimento, nada distinto debía hacer de inmediato que pronunciarse en primer término sobre él, ya que así lo dispone el artículo 104 del C. de P.P., esto es "tan pronto se advierta su existencia", pues si cualquier decisión relacionada con la suerte del proceso, incluyendo desde luego la que suponía resolver el conflicto negativo de competencias planteado, podía verse eventualmente afectada en su imparcialidad, era lo jurídicamente acertado manifestar su existencia y remitir el asunto ante quien debía decidir si se sustentaba o no y consecuencialmente, como a la postre sucedió, de encontrar válidas las razones que lo fundaban, entrar a ocuparse del conflicto siempre y cuando entendiese que tampoco residía en él la competencia, no obstante, bien se sabe que la Juez Penal Municipal de Pacho asumió el conocimiento del proceso, es decir, que nunca se suscitó o trabó el conflicto, luego ningún trámite habría sido omitido.

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

RESUELVE:

1. *Revocar* el fallo impugnado, dejando en consecuencia sin efectos las órdenes impartidas para su cumplimiento.

2. En firme esta decisión remítase el asunto a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

3. Notifíquese de conformidad con lo dispuesto en el artículo 30 del Decreto 2591 de 1991 y cúmplase.

Jorge 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

DEBIDO PROCESO PENAL: No se vulnera el derecho al debido proceso con la ausencia de notificación al denunciante de la resolución que ordenó la suspensión de la investigación previa.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal

Magistrado Ponente: *Dr. Jorge Aníbal Gómez Gallego*

Radicación No. 5289

Aprobado Acta Nro. 22

Santafé de Bogotá D. C., jueves dieciocho de febrero de mil novecientos noventa y nueve.

VISTOS

Conoce la Corte la impugnación propuesta por la actual titular de la Fiscalía Seccional 24 de Roldanillo, Valle, contra la sentencia proferida el 7 de diciembre de 1998 por la Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior del Distrito judicial de Buga, por cuyo medio decidió amparar el derecho fundamental al debido proceso presuntamente menoscabado al accionante, *Antonio García Cardona*.

ANTECEDENTES

Refiere el accionante *Cardona García* que con su octogenaria madre, María de Jesús Cardona vda. de García, hoy fallecida, acudió ante la Unidad Seccional de Fiscalía de Roldanillo, Valle, a entablar denuncia criminal desde hace aproximadamente tres años y medio al percatarse que los bienes de su progenitora "*inexplicablemente*" habían cambiado de dueño, cuando lo cierto es que ella ninguna venta ha realizado de los mismos. De tal defraudación patrimonial, para cuya consumación hubo necesidad de atentar contra la fe pública, acusa a su hermana, Margarita García, también extinta, persona demente que utilizó a una amiga, Blanca Ruth Gutiérrez, como "*testaferro*" para las simuladas negociaciones como lo admite ésta en interrogatorio de parte que se le formuló en un Juzgado Civil Municipal de la localidad.

Pues bien, no empece a que ha hecho llegar suficientes pruebas al despacho instructor que amerita la apertura de formal investigación, deja

entrever el actor, dicha oficina, con inusitado retardo, aún no se ha pronunciado acerca de los hechos denunciados colocando así en inminente peligro el derecho a la propiedad de bienes legalmente adquiridos, pues, las herederas de quien mediante suplantación y actos fraudulentos se hizo a esos inmuebles, pretenden hoy lanzarlo instaurando para el efecto el correspondiente proceso civil. La morosidad de la Fiscal para establecer los delitos de estafa y falsedad que vienen de relatarse, violentan el debido proceso, advierte el libelista, derecho fundamental cuyo amparo reclama del Juez Constitucional.

El Fallo Impugnado

Revisada la actividad procesal desplegada con ocasión de la investigación preliminar que con el fin de establecer los hechos presuntamente delictivos noticiados y sus autores ordenó la Fiscal acusada, el Tribunal de instancia halló que, amén de haberse incurrido en dilaciones innecesarias, efectivamente se había suspendido la correspondiente averiguación previa con base en lo establecido en el artículo 326 del Código de Procedimiento Penal, decisión que a juicio de la Colegiatura debió notificársele al hoy actor en tutela conforme a lo establecido en el artículo 202 *ibidem* para que así hubiera tenido la posibilidad de interponer los recursos de ley.

Si el denunciante se encuentra legitimado para recurrir de la resolución inhibitoria de acuerdo con lo estipulado para el efecto en el artículo 327 *ejusdem*, razona el *a quo*, "*mal se le puede negar ese derecho en tratándose de una decisión que como la de suspensión también interfiere en su derecho de acceso a la administración de justicia*". En apoyo de su tesis, cita y transcribe lo que sobre el tema ha expuesto un conocido doctrinante y lo que en materia de notificaciones enseña la Corte Constitucional.

Tal irregularidad conculca el debido proceso, consideró el Tribunal y en aras de su restablecimiento, ordenó la "*notificación de manera inmediata*" de la mentada resolución de suspensión de la investigación preliminar al denunciante, para que pudiera recurrirla si a bien lo tenía. Y, ante la falta de ejecutoria de la misma, igualmente dispuso la anulación de la resolución por cuyo medio se negó dar trámite al memorial-poder presentado por el quejoso y su representante. También previno a la funcionaria accionada para que fuera diligente y se abstuviera de seguir incurriendo en esa clase de dilaciones procesales, para cuyo efecto ordenó compulsar las copias pertinentes para la investigación disciplinaria de rigor.

La Impugnación

Inconforme la parte accionada con la decisión del Tribunal, la impugnó haciendo ver que su determinación estuvo ceñida a la ley por cuanto,

si bien es cierto que las providencias interlocutorias de primera instancia en nuestro ordenamiento procesal deben ser notificadas, no lo es menos que dicho acto debe cumplirse con los "*Sujetos Procesales*", excepto en tratándose de la resolución inhibitoria por disposición expresa del artículo 327 del C. de P. P.

Es su criterio, aduce la funcionaria, que el denunciante para efectos de la notificación del proveído que ordena suspender la investigación preliminar, no es sujeto procesal -el ordenamiento jurídico nuestro no consagra lo contrario- y por consiguiente, no está legitimado para recurrir dicha resolución como sí lo está el agente del Ministerio Público, quien enterado del acto conforme a lo reglado en el citado canon 202, como sujeto procesal omitió interponer recurso alguno cobrando por lo tanto ejecutoria la decisión cuestionada a partir de las 6: 00 de la tarde del 23 de julio del año pasado.

El concepto de que con la mentada resolución se le ha interferido el derecho de acceso a la justicia que tiene el actor, dice la Fiscal acusada no compartirlo, máxime cuando aquél ha tenido oportunidad de actuar en dichas diligencias a tono con lo previsto en el artículo 28 del Estatuto Procesal Penal, no siendo rechazadas y menos dejadas de responder las diferentes peticiones que para el efecto elevó ante el despacho que regenta. Precisamente una de las causas para que la respectiva investigación se hubiera extendido, la ha constituido el caudal de pruebas aportado por el denunciante para establecer la presunta falsedad noticiada, pese a lo cual no se ha podido llegar a una conclusión certera acerca del autor o autores del presunto delito, no obstante las varias pericias grafotécnicas ordenadas.

No ha existido pues, se defiende la Fiscal, violación al debido proceso, la investigación siguió su curso legal y si se suspendió fue porque no rindió sus frutos a pesar del tiempo transcurrido, siendo menester decretar la suspensión criticada. Si los Jueces en sus providencias solo están sujetos al imperio de la ley, mal puede aceptarse la "*interpretación analógica de doctrina*" realizada por el Tribunal en este específico asunto, pues, no le es dable legislar sobre notificaciones y recursos cuando ello se encuentra "*plenamente definido*" en las normas procesales penales. La equidad, la jurisprudencia, los principios generales de derecho y la doctrina son criterios auxiliares de la actividad judicial, cuya interpretación "*no obliga al funcionario*", concluye la impugnante, argumentos con los que aspira a que el fallo de tutela emitido en el asunto *sub examine* sea revocado.

Consideraciones

Precisa advertir que en este asunto se ha amparado un derecho fundamental supuestamente conculcado a través de una decisión judicial, resolución que en sentir de la recurrente se encontraba en firme para el

momento de invocarse la protección del debido proceso cuyas reglas se reputan menoscabadas.

Si por regla general se tiene establecido por la doctrina constitucional que la acción de tutela no procede contra decisiones judiciales, surge entonces la pregunta: ¿La ausencia de notificación de la resolución por medio de la cual la Fiscal Seccional 24 de Roldanillo, Valle, decretó la suspensión de la investigación preliminar iniciada a instancias de la denuncia instaurada por el actor, constituye una *vía de hecho*?

Para una respuesta correcta a tal interrogante es menester examinar las normas que regulan la materia en nuestra Ley Procesal Penal, a fin de establecer si la funcionaria acusada actuó por fuera de los marcos constitucional y legal que haga viable el quebranto argüido, única fuente de la *vía de hecho* en tratándose de decisiones judiciales, como lo tiene establecido la Sala.

Conforme a lo reglado en el Título III del Código de Procedimiento Penal, tienen la calidad de *sujetos procesales*, el Ministerio Público representado en el proceso penal por el Procurador General de la Nación, sus Delegados o Agentes (Art. 131); el Sindicado, quien adquiere dicho carácter con posterioridad a su vinculación al proceso mediante indagatoria o declaratoria de persona ausente (Art. 136); el Defensor (Capítulo V); la Parte Civil (Art. 149); el Tercero Incidental (Art. 150); el Tercero Civilmente responsable (Art. 155); y el Fiscal, sólo para la etapa del juicio de acuerdo con lo normado en el artículo 444 *ibídem*.

Ahora bien, en materia de notificaciones y recursos, los Capítulos V y VI del Título IV del Estatuto Procesal Penal traen una regulación concreta, indicando el Art. 186 que además de las decisiones "*señaladas expresamente en otras disposiciones*", deben ser objeto de notificación las sentencias, las providencias "*interlocutorias*" y las otras determinaciones allí relacionadas -entre las que no se encuentra la que suspende la investigación previa, destaca la Sala-.

Contra las providencias proferidas en un proceso penal, reza el Art. 195, caben los recursos ordinarios de reposición, apelación y de hecho, y la persona legitimada para interponerlos es "*quien tenga interés jurídico*", según las voces del Art. 196, lo cual se predica de "*los sujetos procesales*" para la formulación y trámite de la reposición instaurada contra las "*providencias de sustanciación que deban notificarse y contra las interlocutorias de primera y única instancia*", salvo las excepciones legales (Arts. 199 y 200), y del "*interesado*" para la tramitación del recurso de hecho cuando se le niega la apelación o el recurso extraordinario de casación (Art. 208).

Así mismo, el artículo 202 prescribe que el recurso de apelación procede contra las sentencias y las providencias interlocutorias de primera instancia. "*Salvo disposición en contrario*", y el 204 discrimina las provi-

dencias apelables -sin perjuicio de lo que otros preceptos del Código dispongan para el efecto- entre las cuales relaciona en el ordinal 1° la resolución inhibitoria.

Pues bien, podría argumentarse que con la previsión contenida en el inciso final del artículo 204 cuando dispone que pueden ser objeto de apelación "*Todas las demás providencias, salvo que la ley prevea otra cosa*", como nada se reguló sobre dicho tópico en relación con la resolución que ordena suspender la investigación previa, contra tal providencia cabe el mentado recurso.

Empero, como ya se ha visto, al carecer el denunciante de la calidad de *sujeto procesal* en el proceso penal, único legitimado para recurrir las decisiones judiciales que le atañen; y al no preverse, ni siquiera como excepción, que la susodicha resolución deba notificarse a aquél y menos que contra la misma quepa recurso ordinario alguno, fuerza es concluir que la funcionaria acusada en ninguna *vía de hecho* ha incurrido y por contera con la resolución que profirió, tampoco ha violado las reglas del debido proceso que se dicen menoscabadas, pues su actividad al interior de la investigación previa que adelanta se ha ceñido al marco legal y constitucional en la medida en que como agente de la Fiscalía General de la Nación, en cuya cabeza radica la función de investigar y de acusar, exclusivamente a ella compete valorar el acopio probatorio y decidir cuando están dados los presupuestos fácticos y jurídicos para decretar la suspensión que ordenó, proferir resolución inhibitoria o abrir formal investigación.

"*No puede existir menoscabo alguno del orden jurídico, cuando los funcionarios judiciales en su oficio de administrar justicia valoran la prueba y aplican el derecho frente al caso que se debate, pues, los jueces dentro de la órbita de sus competencias son autónomos e independientes y en sus pronunciamientos sólo están sometidos al imperio de la ley. Ese poder discrecional de interpretación acorde con los principios de la sana crítica, son facultades que se originan en la propia Ley y en la Constitución y por consiguiente, insiste en reiterar la Corte, no cualquier irregularidad procesal cabe catalogarse como vía de hecho. (...)*", precisó la Sala en oportunidad anterior con ponencia de quien aquí funge en similar calidad al desatar la impugnación en el fallo de tutela T-5136 de enero 19 del presente año.

Mal puede imponer el Tribunal de Buga, actuando como juez constitucional, su criterio de interpretación extensiva en la forma como lo hizo en el fallo impugnado, dado que de aceptarlo se estaría permitiendo su injerencia en asuntos de competencia reservadas al exclusivo conocimiento de la autoridad competente, en detrimento de la autonomía e independencia funcionales que rigen la actividad judicial (Arts. 1°, 29, 113, 228, 230 y 249, inciso final de la Carta Política) -la Fiscalía General aunque

goza de autonomía administrativa y presupuestal de la Nación, hace parte de la Rama Judicial -.

El artículo 327 del Código de Procedimiento Penal es claro al prever que sólo en la fase de la investigación previa, quien no tiene la calidad de sujeto procesal, "*el denunciante o querellante*", se encuentra legitimado para recurrir la resolución inhibitoria, lo cual significa que de dicha decisión debe enterársele para que pueda interponer el recurso de apelación, único medio de impugnación que tiene a su alcance. Empero, nada dispuso el legislador acerca de los recursos que caben contra la resolución de suspensión de la investigación previa, estatuyendo apenas en el artículo 326 los requisitos de su procedencia.

Cabría argüirse entonces que con ese aparente vacío legislativo se estaría vulnerando el principio constitucional de la doble instancia (Art. 31 Superior) y el legal que como principio rector establece el artículo 16 del Código de Procedimiento Penal. Sin embargo, ello no es así si se repara que la doble instancia como garantía fundamental se consagró respecto de las sentencias mas no en relación con las providencias interlocutorias, dejando a la ley en cuanto a éstas su reglamentación y el establecimiento de excepciones. Luego, si el Legislador no previó recursos para la resolución que suspende la investigación previa fue porque así lo quiso por su propia voluntad, ya que ninguna otra razón existe para que dentro de esa misma fase pre-procesal se hubiera dispuesto la procedencia de la impugnación para la resolución inhibitoria.

Es más, el principio de contradicción que muy de la mano va con el principio de la doble instancia, sólo se estableció en la etapa previa de la investigación respecto del *imputado* (Art. 7° C. de P.P). Al denunciante en esa misma fase, llámese víctima o perjudicado, únicamente le asiste la facultad de ejercer el derecho de petición "*con el fin de obtener información, o hacer solicitudes específicas*", pudiendo inclusive aportar pruebas, tal como expresamente lo prevé el artículo 28 de la mentada codificación. Por lo tanto, no se ve de qué manera en este asunto la resolución judicial acusada esté interfiriendo con el derecho de acceso a la justicia del actor, obstáculo que sea preciso remover amparando el derecho al debido proceso como lo consideró el Tribunal cuyo fallo se cuestiona.

Se revocará pues el fallo impugnado, en la medida en que el amparo constitucional decretado del debido proceso supuestamente menoscabado por la funcionaria acusada, versó en este asunto sobre la ausencia de notificación al denunciante de la resolución que ordenó la suspensión de la investigación previa.

No obstante, la prevención que se le hace a la Fiscal accionada acerca de que observe un actuar más diligente y la compulsación de copias que en su contra se ordenó para que se le investigue disciplinariamente, quedarán incólumes, habida consideración de la posibilidad que existe en

que haya incurrido en faltas que atentan contra la eficacia de la administración de justicia, prevención que apunta a que se tomen las medidas pertinentes a fin de que esté presta a resolver oportunamente las solicitudes e inquietudes planteadas por el denunciante. Para tal efecto, se enviará copia de esta providencia a la autoridad que esté conociendo de las diligencias disciplinarias.

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:

Revocar el fallo de fecha, origen, naturaleza y contenido indicados, en los términos específicos a los que hace alusión las motivaciones de este proveído.

Remitir a la Corte Constitucional lo actuado para su eventual revisión.

Cópiese, Notifíquese y Cúmplase

Jorge Aníbal Gómez Gallego, Fernando 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

NULIDAD EN TUTELA: Se está ante la nulidad de la actuación en tutela cuando en la sentencia el *a quo* omite pronunciarse respecto de la totalidad de los accionantes

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal

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

Radicación No. 5310

Aprobado Acta N° 24

Santafé de Bogotá. D. C., veintitrés (23) de febrero de mil novecientos noventa y nueve (1999).

ASUNTO

Debido a la impugnación interpuesta por *Sergio Duarte Camargo, Jorge Hernández, Alirio A. Sierra Carreño* y *Miguel A. Quintero* conoce la corporación de la providencia de fecha 28 de enero de 1999, mediante la cual el Tribunal Superior de Cúcuta denegó tutelar el derecho al trabajo.

FUNDAMENTOS DE LA ACCIÓN

Los señores *Sergio Duarte Camargo, Pedro Miguel Blanco Basto, Alirio Alfonso Sierra Carreño, Jorge Hernández Suárez, Lisardo Fandiño, Ramiro López Rojas, Celio Hernández* y otras 27 personas, algunos recluidos en la Penitenciaría La Modelo de Cúcuta, manifiestan que celebraron contrato de trabajo con M. R. B. Ltda. Ingenieros y Arquitectos y no les han pagado el sueldo desde diciembre de 1998.

EL FALLO IMPUGNADO

Con base en la demanda, lo informado por la Directora de la Penitenciaría y sus anexos, el Tribunal de Cúcuta denegó la tutela, porque el 2 de enero de 1999 la compañía le canceló los salarios a los reclusos.

LA IMPUGNACION

Los señores *Sergio Duarte Camargo, Alirio Alfonso Sierra Carreño y Miguel A. Quintero* se limitaron a escribir "apelo" al momento de la notificación del fallo de primera instancia, sin indicar las razones de su disenso.

Por su parte, *Jorge Hernández Suárez* sostiene que sufrió un accidente de trabajo, se le rompió la prótesis dental y *Unimec* no se la ha querido pagar, le deben las horas extras y le quedaron de cancelar $12.000 pesos diarios y únicamente le dieron $7.000 por día.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

La acción de tutela fue instaurada por Sergio Duarte Camargo, Pedro Miguel Blanco Basto, Altrio Alfonso Sierra Carreño, Jorge Hernández, Luis Francisco Granados González, Miguel A. Quintero, Lisardo Fandiño, Ramiro López Rojas, Celio Hernández, Antonio Reyes Castro, Yamil E. Barriosnuevos Rapalino, José Villamayor, José Domingo Hernández, Ciro Alfonso Peñaranda, Benjamin Mejia Beltrán, Juan Antonio Rico, Alexander Orozco, David Carrillo, Rafael Carrillo, Nelson Eduardo Villamizar, Misael Galvis Diaz, Samuel Rodriguez, Herberto Merida Vargas, Luis Fernando Peñaranda, Rosalino Gamboa, José Briceño, William Márquez, José Del Carmen Mazpicon, Jorge Pareja, José Agustin Barreto, Luis Romero, Hernán Hernández, Edgar Antonio Mogollón Parada *y otro con firma ilegible.*

Pero, el Magistrado sustanciador del Tribunal inquirió a la directora del establecimiento carcelario si *Sergio Duarte Camargo, Pedro Miguel Blanco Basto, Altrio Alfonso Sierra Carreño, Jorge Hernández y Miguel Quintero*, "entre otros", tenían relación laboral con M. R. B. Ltda. Ingenieros y Arquitectos. La Directora contestó afirmativamente, de conformidad con lo requerido. Es decir, sin saberse quienes son las personas a las que se refiere la expresión que aparece entre comillas. Situación que se mantiene aún en las consideraciones del fallo del *a quo*, en donde utiliza las mismas palabras y en la parte resolutiva indica que no tutela el derecho al trabajo de *Sergio Duarte Camargo, Pedro Miguel Blanco Basto, Altrio Alfonso Sierra Carreño, Jorge Hernández y Miguel A. Quintero.*

Se observa que no tuvo en cuenta a 29 de los 34 demandantes y obviamente no se pronunció sobre la aducida violación del derecho al trabajo que llevó a éstos a ejercer la acción incoada.

Según el artículo 29 del Decreto 2591 de 1991, la sentencia debe señalar la identificación de los solicitantes y la determinación del derecho respectivo; sin embargo, el Tribunal omitió decidir con relación a la totalidad de los accionantes, así el asunto, origen y circunstancias del quebrantamiento endilgado sea el mismo. Igualmente guardó silencio sobre los derechos invocados por ellos, lo cual significa que el fallo es incompleto, al no comprender la totalidad de los accionantes en una relación jurídica cabal, sin que la Corte pueda entrar a solucionar lo pertinente, porque se apartaría del postulado de la doble instancia y es al *a quo* a quien corresponde hacerlo.

Así surge la imperiosa necesidad de decretar la nulidad de la sentencia impugnada, para que se corrija lo antes referido y el pronunciamiento sea efectuado en forma completa.

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

RESUELVE:

1° *Decretar* la nulidad del fallo impugnado.

2° *Remitir* la actuación al Tribunal de origen para los fines señalados en la parte motiva de esta providencia.

3° Notifíquese de conformidad con lo previsto en el artículo 16 del Decreto 2591 de 1991 y cúmplase.

Jorge Aníbal Gómez Gallego (sin firma), 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 E. Pinilla Pinilla

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria

DEBIDO PROCESO ANTE JUEZ REGIONAL: la falta de comunicación telegráfica al defensor informando sobre el proferimiento de sentencia no desconoce su derecho

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal

Magistrado Ponente: *Dr. Carlos Eduardo Mejía Escobar*

Radicación No. 5326

Aprobado Acta No. 24

Santafé de Bogotá D. C., febrero veintitrés (23) de mil novecientos noventa y nueve (1999).

VISTOS

Resuelve la Sala el recurso de apelación interpuesto por el abogado *Rafael Enrique Martínez Díaz*, en contra de la providencia de diciembre 18 de 1998, mediante la cual la Sala Penal del Tribunal Superior de Santafé de Bogotá no accedió a la demanda de tutela que elevó.

HECHOS Y ACCIÓN DE TUTELA

Adela Contreras Ortega, Luis Antonio Toloza, Francisco Barrios Barbosa y Alexandro Romero Ortega, fueron condenados como autores responsables de secuestro extorsivo por un Juez Regional de Cúcuta.

El doctor *Martínez Díaz*, defensor de los tres primeros, junto con el apoderado del último, apelaron el fallo. El proceso fue remitido al Tribunal Nacional el 5 de noviembre de 1997 y el 11 siguiente la secretaría de esa Corporación lo pasó a despacho para resolver. El proyecto de decisión fue registrado el 3 de diciembre y el 16 del mes y año mencionados se dictó la sentencia de segunda instancia, que resultó confirmatoria de la recurrida.

Al Fiscal y al defensor de *Alexandro Romero Ortega* se les remitió comunicación para que se presentaran al Tribunal a notificarse de la decisión. Pero no sucedió lo mismo con el doctor *Rafael Martínez Díaz*, en cuyo caso la Secretaría dejó expresa constancia el 18 de diciembre de 1997, de que

no se le enviaba citación debido a que no aparecía su dirección dentro del proceso. Tampoco fueron notificados los procesados *Adela Contreras Ortega* y *Luis Antonio Toloza*, quienes se fugaron durante el transcurso del proceso.

Luis Francisco Barrios Barbosa y *Alexandro Romero Ortega* fueron enterados personalmente de la providencia en sus respectivos sitios de reclusión. En el acto de notificación al primero, el cual tuvo lugar el 30 de diciembre de 1997, manifestó que recurría en casación. El defensor de *Romero Ortega* también interpuso dicho recurso y a los dos les fue concedido el 18 de febrero de 1998, en consideración a que lo propusieron dentro de los 15 días siguientes a la ejecutoria de la sentencia, los cuales transcurrieron entre el 26 de enero y el 13 de febrero de 1998.

En el trámite de notificación del auto del 18 de febrero la secretaría del Tribunal Nacional dejó nuevamente una constancia de que no se le enviaba telegrama al doctor *Rafael Martínez Díaz* debido a que no aparecía su dirección en el proceso. Los procesados detenidos fueron notificados personalmente de la determinación.

El 13 de marzo de 1998, según constancia secretarial, comenzaron a correr los 30 días de traslado al procesado *Luis Francisco Barrios Barbosa* para presentar la demanda, con vencimiento el 4 de mayo siguiente. El 30 de marzo del mismo año el doctor *Martínez Díaz* le manifestó a la Presidente del Tribunal Nacional que no era cierto que dentro del proceso no apareciera registrada su dirección, solicitándole en consecuencia que se procediera a surtir debidamente la notificación de la sentencia de segunda instancia. Al siguiente día se resolvió no acceder a la petición, con fundamento en que la ley sólo imponía la notificación personal del fallo al procesado detenido y al Agente del Ministerio Público (art. 188 del C. de P.P.), lo cual traducía que no era obligatoria la remisión de la comunicación al abogado para que concurriera a enterarse de la decisión. En respaldo de esta conclusión trajo a colación el Tribunal la providencia de la Corte del 24 de enero de 1995, en la cual actuó como Ponente el doctor *Edgar Saavedra Rojas*.

El término de traslado para presentar la demanda dispuesto para el procesado *Alexandro Romero* transcurrió entre el 5 de mayo y el 17 de junio de 1998.

El 26 de junio de 1998 el Tribunal declaró desiertos los recursos de casación, en consideración que los impugnantes no presentaron las respectivas demandas.

Con sustento en lo precedente el abogado *Martínez Díaz*, por estimar violado el derecho de debido proceso, presentó acción de tutela en contra del Tribunal Nacional. Afirmó que la constancia secretarial, según la cual su dirección no aparecía dentro del proceso, es falsa. Y resulta que con

base en ella se dejó de cumplir con la obligación de comunicarle el proferimiento de la sentencia, optándose por la notificación por edicto. En tales condiciones, si se tiene en cuenta que tiene su domicilio en la ciudad de Cúcuta, no tenía cómo saber que se había dictado el fallo. Y sólo pudo enterarse que ello había tenido ocurrencia el 30 de marzo de 1998, cuando se le presentó la oportunidad de viajar a Santafé de Bogotá y acudió a la Secretaría del Tribunal Nacional a averiguar sobre el proceso, extrañado por no haber recibido ninguna comunicación. Ese mismo día expresó por escrito su inconformidad, solicitándole al Tribunal que subsanara la irregularidad violatoria del debido proceso y del derecho de defensa. Pero "olímpicamente" dicha Corporación se negó a hacerlo, sin haber ordenado ni siquiera investigar la falsedad en la cual se incurrió.

La irregularidad que plantea, constitutiva a su juicio de una vía de hecho, lo privó de la posibilidad de interponer el recurso de casación, dice el demandante. Y agrega, de otra parte, que las consideraciones suministradas por el Tribunal en el auto de marzo 31 de 1998 fueron equivocadas. Según su criterio la obligación de notificar personalmente al procesado privado de su libertad y al Ministerio Público son insustituibles, al tiempo que los demás sujetos procesales, de acuerdo con el artículo 190 del Código de Procedimiento Penal, cuentan con los tres días siguientes a la citación para concurrir al acto de notificación personal, transcurridos los cuales, si no lo hacen, se les notifica por estado o por edicto, según se trate de auto o sentencia. Estas dos últimas formas de notificación, entonces, son subsidiarias de la personal y eso significa que al no comunicársele el proferimiento de la sentencia se conculcó el debido proceso, privándosele de la posibilidad de interponer el recurso de casación.

Solicita, en conclusión, que el Juez de tutela le ordene al Tribunal Nacional que vuelva a notificar la sentencia.

LA PROVIDENCIA IMPUGNADA Y EL RECURSO

El Tribunal definió, en primer lugar, si resulta o no obligatorio, para notificarles personalmente la sentencia, citar a los sujetos procesales distintos del procesado privado de su libertad y del Agente del Ministerio Público. La respuesta fue negativa y se sustentó en el artículo 323 del Código de Procedimiento Civil, aplicable al proceso penal en virtud del principio de integración, y de acuerdo con el cual basta simplemente que transcurran tres días a partir de la expedición del fallo y que los sujetos procesales distintos de los mencionados no comparezcan, para proceder a la respectiva notificación por edicto. Se apoyó igualmente la primera instancia, citando los apartes pertinentes, en las decisiones de la Corte de julio 5 de 1995 (M.P. Dr. Ricardo Calvete Rangel) y del 17 de septiembre de 1996 (M.P. Dr. Fernando Arboleda Ripoll).

Así las cosas, el Tribunal declaró improcedente la acción de tutela, pues no era obligatorio de acuerdo con la ley remitirle un telegrama de citación al defensor "...por cuanto la ritualidad prevista para la notificación de las sentencias no contempla esa formalidad". En tales circunstancias que la secretaría del Tribunal Nacional haya hecho constar que al abogado no le aparecía dirección dentro del expediente, sin ser ello cierto, "se erige como inane por no representar un efecto dañino real que incidiera en el quebrantamiento del debido proceso y del derecho de defensa ejercido por el acá accionante".

Para la primera instancia, por último, tampoco se incurrió en ninguna irregularidad al no convocar al abogado defensor para que se notificara del auto mediante el cual se dispuso conceder el recurso de casación interpuesto por algunos sujetos procesales, incluido uno de sus clientes. Simplemente porque dicha decisión, de conformidad con el artículo 224 del Código de Procedimiento Penal, no requiere de notificación personal al defensor.

El accionante apeló. Y básicamente, aparte de insistir en los argumentos de la demanda, adujo que el Tribunal no tuvo en cuenta (y tampoco la Corte en las decisiones citadas por el Tribunal) el artículo 457 del Código de Procedimiento Penal, el cual a su parecer señala que todas las providencias dictadas por la justicia regional en la fase del juicio –incluida la sentencia deben notificarse con arreglo al artículo 190 del mismo Código. De acuerdo con tal norma, entonces, en dichos procesos el fallo debe notificarse por estado y era obligatorio en tales condiciones remitirle la comunicación telegráfica informándole que la sentencia se había dictado, circunstancia que al no tener ocurrencia le impidió interponer el recurso de casación contra el fallo de segunda instancia. Estimó el recurrente, por último, que el artículo 457 del Código de Procedimiento Penal es especial, "prima sobre cualquier otro texto legal y no se puede, en consecuencia, acudir a las normas rectoras de integración ya que en los delitos de competencia de los jueces regionales expresamente queda regulada la forma como se tramitarán la notificación y los recursos y es evidente que esa tramitación abarca a las sentencias ... pues el artículo no coloca excepción alguna".

Así las cosas, pide el actor que se revoque la providencia apelada y en su lugar se le ordene al Tribunal Nacional que proceda a subsanar la irregularidad derivada de la indebida notificación de la sentencia.

Consideraciones de la Corte

"Presupuesto fundamental para controvertir el ejercicio de la jurisdicción -dijo la Sala en otra oportunidad-, es el conocimiento de los proveídos a través de los cuales se materializa su actividad. De ahí que el legislador haya previsto la necesidad-garantía de informar a las partes intervinientes

en el proceso penal de aquellas decisiones que por resultar adversas a sus intereses o afectar el decurso de la actuación, son susceptibles de oposición a través de los recursos previstos en la normatividad procesal, permitiendo así el ejercicio del derecho de defensa como garantía integrante del debido proceso.

"Según el artículo 186 del Código de Procedimiento Penal, se deben notificar las providencias de sustanciación notificables, los proveídos interlocutorios y las sentencias. Y el artículo 187 *ejusdem* prevé, como formas de notificación, la personal, por estado, por edicto, por conducta concluyente, y en estrados.

"En el ordenamiento procesal penal actual se regula la notificación personal (arts. 188 y 189) –la cual debe efectuarse necesariamente 'al sindicado que se encuentre privado de la libertad y al Ministerio Público', por estado (art. 190, modificado por la Ley 81 de 1993, art. 25), por conducta concluyente (art. 191) y en estrados (art. 192).

"La notificación por edicto, si bien fue prevista expresamente, no fue regulada en el ordenamiento procesal penal actual, por lo que su procedencia y trámite deben ceñirse a lo previsto en el Código de Procedimiento Civil, por virtud del principio de *integración jurídica*, consagrado expresamente, en el artículo 21, como norma rectora del procedimiento penal.

"Al efecto, el artículo 323 del Código de Procedimiento Civil –modificado por el D.E. 2282 de 1989, art. 1°, num. 152—, señala:

"Art. 323 C. de P. C., modificado D.E. 2282 de 1989, art. 1°, num. 152. Notificación de sentencias por edicto. Las sentencias que no se hayan notificado personalmente dentro de los tres días siguientes a su fecha, se harán saber por medio de edicto que deberá contener: (...)

"El edicto se fijará en un lugar visible de la secretaría por tres días, y en él anotará el secretario las fechas y horas de su fijación y desfijación. El original se agregará al expediente y una copia se conservará en el archivo en orden riguroso de fechas.

"La notificación se entenderá surtida al vencimiento del término de fijación del edicto".

"Interpretando sistemáticamente la normatividad anterior, en el proceso penal se deben notificar por EDICTO las SENTENCIAS 'que no se hayan notificado personalmente dentro de los tres días siguientes a su fecha', lo cual significa que proferido el fallo, se hará necesariamente la notificación personal al procesado 'que se encuentre privado de la libertad y al Ministerio Público' (art. 188 C. de P. P.); y si 'dentro de los tres días siguientes a su fecha', la sentencia no se ha notificado personalmente a los restantes sujetos procesales, se debe notificar por *Edicto* –que debe permanecer fijado durante tres días en un lugar visible de la secretaría.

"Como la notificación se entiende cumplida o agotada el último día de fijación del edicto, la sentencia cobrará ejecutoria el tercer día hábil siguiente, fecha en la cual, de conformidad con el artículo 196 del C. de P. P., vence el término para impugnarla.

(...)

"El envío de comunicación cablegráfica para efectos de la notificación de la sentencia a aquellos sujetos procesales distintos del procesado y el agente del Ministerio Público, constituye una práctica loable al abundar en garantías para efectos del enteramiento a las partes de la decisión final, pero no puede derivarse de esta diligente actividad, la ampliación de los términos de notificación establecidos en la ley, y de la ejecutoria de la sentencia, como en este caso pretende hacerlo el abogado defensor para justificar la tardía interposición de la alzada.

"El impugnante yerra en la invocación que hace del artículo 190 del Código de Procedimiento Penal, pues esta preceptiva –modificada por el art. 25 de la Ley 81 de 1993—, regula un mecanismo de información diferente cual es la notificación por *Estado*, (aplicable supletivamente, cuando no sea posible la notificación personal de las providencias interlocutorias y de sustanciación notificables) y en manera alguna se refiere a la notificación de las *Sentencias*. Estas últimas, como ya se precisó, por virtud del principio de integración jurídica, deben notificarse por *Edicto*, según la expresa regulación hecha por el artículo 323 del Código de Procedimiento Civil, modificado por el D.E. 2282 de 1989, art. 1° num. 152".[1]

Dichas conclusiones las ratifica la Sala. Todas las sentencias en materia penal, incluidas naturalmente las dictadas en procesos de competencia de los Juzgado Regionales, las de casación y las de revisión, deben notificarse por edicto en la forma señalada en el artículo 323 del Código de Procedimiento Civil. Y a ello no se opone el artículo 457 del Código de Procedimiento Penal. Esta norma regula de manera especial el trámite del juicio en los procesos de la denominada justicia regional, el cual presenta algunas diferencias frente al procedimiento ordinario. Así por ejemplo, el término para practicar pruebas es más amplio y no hay lugar a la celebración de la audiencia pública. En reemplazo de ésta se tiene previsto un término para la presentación de alegatos de conclusión, previo el proferimiento de una resolución de convocación a las partes para los presenten, a la cual se le otorgó el carácter de auto de sustanciación, notificable conforme a lo establecido en el artículo 190 del Código de Procedimiento Penal. La remisión que a ésta norma hace el inciso final del comentado artículo 457 tiene que ver, en consecuencia, con la forma de notificación de dicha determinación, como también de las providencias interlocutorias que se dicten durante el juzgamiento.

---

[1] Auto de septiembre 19 de 1996. Dr. Fernando Arboleda Ripoll.

Así las cosas, es claro para la Sala que la notificación de las sentencias que se profieran en los procesos de competencia de los Jueces Regionales, debe hacerse en los términos de los artículos 189 del Código de Procedimiento Penal y 323 del Código de Procedimiento Civil.

En el caso examinado, entonces, no era imperativo comunicarle al accionante telegráficamente que la sentencia se había proferido. Por el contrario, se constituía en una carga procesal suya, en especial cuando había apelado la sentencia del Juez Regional, estar pendiente del trámite de la segunda instancia. El Magistrado Ponente contaba con el término de 10 días para el registro del proyecto y la Sala del Tribunal Nacional con uno igual para adoptar la decisión respectiva. Y si bien es cierto que lo primero tuvo lugar a los 12 días de ingresar el proceso al despacho del Magistrado, también lo es que justo a los 20 días de que ello hubiera sucedido, el 16 de diciembre de 1997, es decir dentro del término legal, el Tribunal expidió el fallo de segunda instancia.

Por lo demás, uno de los defendidos del accionante, *Luis Francisco Barrios Barbosa*, interpuso en el acto de notificación personal de la sentencia del Tribunal Nacional el recurso de casación. Esto sucedió el 30 de diciembre de 1997 y el 13 de marzo de 1998 comenzaron a correr los 30 días dispuestos por la ley para la presentación de la demanda de casación. Vencía la oportunidad, en consecuencia, el 4 de mayo de 1998 y el doctor *Martínez Díaz* se presentó al Tribunal el 30 de marzo del mismo año, fecha en la cual se quejó porque no se le había informado sobre la expedición de la sentencia y pidió que se surtiera debidamente la notificación. Al siguiente día la Corporación no accedió a su solicitud y no obstante, aunque transcurría el término para la presentación de la demanda de casación en representación de *Barrios Barbosa*, lo dejó vencer.

En suma, ninguna irregularidad tuvo ocurrencia en el caso propuesto, por lo que la Sala confirmará la declaración de improcedencia de la acción de tutela.

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

RESUELVE:

1. *Confirmar* la sentencia de diciembre 18 de 1998, mediante la cual la Sala Penal del Tribunal Superior de Santafé de Bogotá declaró improcedente la acción de tutela instaurada por el doctor *Rafael Enrique Martínez Díaz*.

2. Ejecutoriada esta providencia, remítanse las diligencias a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

3. Notifíquese de acuerdo a lo previsto en el artículo 30 del decreto 2591 de 1991.

Cúmplase.

Jorge Aníbal Gómez Gallego (sin firma), 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

REVOCACION DIRECTA, DERECHO DE PETICION: La actuación por medio de la cual se resuelve sobre la revocatoria de actos administrativos se rige en términos y formalidades por la normatividad especial prevista en el Código Contencioso Administrativo, no por la relacionada con el derecho de petición.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal

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

Radicación No. 5313

Aprobado Acta N° 28

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

ASUNTO

Por impugnación interpuesta por el apoderado del accionante *Milton Donado Castro*, conoce la Corte del fallo de fecha 15 de diciembre de 1998, por medio del cual el Tribunal Superior de Santafé de Bogotá, Sala Penal, negó la tutela invocada en protección a sus derechos fundamentales de petición y al debido proceso, presuntamente amenazados por el *Fondo de Pasivo Social de la Empresa Puertos de Colombia -Foncolpuertos-*.

FUNDAMENTOS DE LA ACCIÓN

Manifiesta el actor que a través de la Administración Postal de Barranquilla, el 4 de noviembre de 1998 envió al Director General del Fondo de Pasivo Social de la Empresa Puertos de Colombia, Foncolpuertos, una petición de revocatoria directa de la resolución número 106 de 12 de enero de 1998 por medio de la cual aquella entidad revocó la pensión de sustitución al señor *Milton Donado Castro*, y que a la fecha de presentación de la tutela (2 de diciembre del año anterior) no ha recibido respuesta, omisión que atenta contra sus referidos derechos. Por tanto pide que se ordene a la entidad accionada "dar respuesta a la solicitud presentada en forma inmediata" (f. 2).

El Fallo Impugnado

El Tribunal consideró que con base en la información suministrada por los señores Ferenc Alain Legitime Julio y Jaime H. Torres Bernate, Abogado Asesor de Tutelas y Coordinador de Correspondencia, respectivamente, de Foncolpuertos, en cuanto no han recibido los documentos a que alude el actor, ni el derecho de petición ni debido proceso del señor *Milton Donado Castro* han sido desconocidos por la empresa demandada, pues mal podía o puede dar respuesta pronta y oportuna sobre una petición que no ha llegado a su conocimiento. Además, estimó el *a quo* que "la petición a que alude el actor, está sometida a términos, que son los fijados por la ley, dentro de los cuales deben cumplirse todos los actos que son propios de los procesos, para garantía de las acciones y para asegurar los derechos de las partes." (f. 32).

La Impugnación

El apoderado del actor pide que el fallo que se acaba de comentar sea revocado, y en su lugar se profiera otro que ampare los derechos de petición y al debido proceso de su representado.

En sustento de lo anterior, asevera el recurrente que según averiguaciones que adelantó en las oficinas de la Administración Postal Nacional, "la correspondencia" por él enviada a través de correo certificado fue recibida por Foncolpuertos, de manera que no se puede aceptar la disculpa ofrecida por la mencionada entidad, en el sentido de que no ha dado respuesta porque no recibió la petición, aspecto este que dice se puede comprobar en las oficinas de Adpostal.

Consideraciones de la Corte

Si bien el Fondo de Pasivo Social de la Empresa Puertos de Colombia, Foncolpuertos, informó al Tribunal que, revisado su sistema de registro de correspondencia, no encontró la petición elevada por el señor *Milton Donado Castro* por intermedio de apoderado, al notificarse del inicio del trámite de la tutela, acto que incluyó copia de la solicitud de amparo y sus anexos, conoció que aquélla tiene que ver con la revocatoria directa de un acto administrativo.

En relación con el procedimiento para la revocatoria de actos de carácter particular y concreto, establece el artículo 74 del Código Contencioso Administrativo lo siguiente: "Para proceder a la revocación de actos de carácter particular y concreto se adelantará la actuación administrativa en la forma prevista en los artículos 28 y concordantes de este código."

De conformidad con los artículos 14, 18, 28, 34 y 35 *ibidem*, la autoridad encargada de resolver sobre la revocatoria de actos administrativos

debe citar a quienes puedan estar interesados en el resultado de la decisión, a efectos de que tengan oportunidad de hacerse parte en la actuación en defensa de sus derechos, pedir pruebas y el funcionario podrá decretar, además, las que de oficio considere pertinentes, dando la oportunidad en todo caso a los interesados para que presenten sus alegatos, y con base en las pruebas e informes acopiados, tomará la decisión correspondiente.

Se trata entonces del debido proceso que al efecto señala el Código Contencioso Administrativo, luego frente a esta clase de actuaciones no es dable acudir a los términos y formalidades que la ley tiene establecidos en relación con el derecho de petición.

Así las cosas, enterada como está la entidad accionada del objeto de la pretensión formulada por el señor *Milton Donado Castro*, que como ya se vió tiene relación con la revocatoria directa de un acto administrativo, han de cumplirse los actos que la ley tiene previstos en garantía del debido proceso y de los derechos de las partes, actuación que no se puede soslayar por vía de tutela según plantea el accionante al pedir que se ordene una respuesta "en forma inmediata".

Con estas precisiones, hizo bien el Tribunal al negar el amparo pedido. Se confirmará el fallo impugnado.

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

RESUELVE:

1° *Confirmar* el fallo materia de impugnación.

2° Ejecutoriada esta providencia, remítanse las diligencias a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

3° Notifíquese de conformidad con lo previsto en el artículo 30 del Decreto 2591 de 1991 y cúmplase.

Jorge 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, Dídimo Páez Velandia, Nilson E. Pinilla Pinilla.

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria

DEBIDO PROCESO ANTE FISCAL REGIONAL: No hay norma alguna que establezca que las decisiones de liberación están sometidas al grado jurisdiccional de consulta. Así entonces, la decisión que se consulta en este caso es la de preclusión de la investigación, decidida la cual el accionante, eventualmente, podrá solicitar la liberación incondicional, que no la provisional que solicita. No se está ante un desconocimiento del derecho al debido proceso del reo.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal

Magistrado Ponente: *Dr. Carlos E. Mejía Escobar*

Radicación No. 5386

Aprobado Acta No. 41

Santa Fe de Bogotá D. C., veinticuatro (24) de marzo de mil novecientos noventa y nueve (1999).

VISTOS

Decide la Sala la impugnación presentada por la accionante *Myriam Tabares Hernández*, en contra del fallo proferido el 11 de febrero de 1999 por la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali (Valle), por medio del cual negó la acción de tutela invocada en contra de una Fiscalía Regional de la misma ciudad.

FUNDAMENTO DE LA ACCIÓN

La señora *Myriam Tabares Hernández*, detenida en el centro de reclusión de mujeres "Villa Cristina" de Armenia (Quindío), presentó acción de tutela en contra de una Fiscalía Regional de Cali, a la que señala responsable de la violación de su derecho fundamental a la igualdad.

Explica la accionante que actualmente se encuentra vinculada a un proceso penal en la Fiscalía Regional de Cali, como consecuencia del hallazgo de un laboratorio para el procesamiento de cocaína en terrenos de su esposo, actuación dentro de la cual se ha dictado en su favor preclusión

de la instrucción y no obstante ello, se le negó la libertad provisional al diferirse su liberación para cuando se haya surtido el grado jurisdiccional de la consulta.

Por lo anterior estima violado el derecho fundamental a la igualdad, pues considera caprichosa la aplicación que se hace del parágrafo del artículo 415 del Código de Procedimiento Penal, que en su sentir debió ser objeto de excepción de inconstitucionalidad con fundamento en el artículo 4° de la Constitución Política.

Agrega que como no existe un término para la decisión de la consulta, deberá seguir privada de la libertad con detrimento de sus derechos fundamentales y cita que en la actuación No. 14824 adelantada en la misma Fiscalía Regional a Diana Patricia Cardona, se le concedió la libertad provisional una vez decretada la preclusión y antes de tramitarse el grado jurisdiccional de la consulta.

Adicionalmente a lo anterior, agrega que como su defensor interpuso recurso de apelación contra la resolución, exactamente en cuanto hace al punto de negar la libertad provisional, al ser apelante único y el recurso limitarse a un aspecto concreto, su situación se torna inmodificable.

Advierte finalmente que ha agotado todos los otros medios de defensa judicial, pues ha interpuesto una acción de habeas corpus, ha hecho la impugnación referida y le "advirtió" como medida cautelar, al interponer el recurso, a la Fiscal sobre el error en que estaba incurriendo.

Fallo de Primera Instancia

La Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali (Valle), mediante fallo del 11 de febrero de 1999 negó la acción de tutela por no existir ningún derecho fundamental violado por parte de la Fiscalía Regional accionada, por cuanto su actuación se ajusta al contenido de la ley que señala el grado jurisdiccional de la consulta para las decisiones de liberación.

La Impugnación

El fallo fue impugnado por la accionante, aunque sin señalar las razones de su disentimiento.

Consideraciones de la Corte

1.- Como ya lo ha sostenido la Corte en diversas oportunidades, la falta de sustentación de la impugnación no deviene en causal que inhiba a la Corporación de resolver el recurso así presentado de manera tan precaria, pues la interpretación sistemática de la norma dentro de la institución de la tutela como mecanismo de protección urgente de un derecho fundamental aconseja preferir como sustancial la simple manifestación del des-

acuerdo, sobre lo procedimental de la expresión de las razones de esa confutación, ya que sólo de esta manera se logran los propósitos del Estado Social de Derecho que propende la Constitución que actualmente nos rige.

2.- La Corte Suprema de Justicia con fundamento en la Constitución y la ley ha venido destacando la improcedencia de la acción de tutela para modificar decisiones que han sido adoptadas dentro de un proceso judicial.

La vía natural que el Estado ha establecido para la protección de los derechos constitucionales y legales de sus asociados es el proceso; es al interior de tal mecanismo estatal que debe plantearse la protección de los derechos, fundamentales o no, de cada una de las partes involucradas en él. El Juez competente para cada caso específico está dotado por la Constitución y la Ley de los más diversos instrumentos de protección de los derechos y está, ante todo, legitimado para dispensar a cada quien el disfrute del derecho que le corresponda, o para imponer la pena a que haya lugar, ya sea que se trate de conflictos entre particulares; entre estos y el Estado o del simple ejercicio del poder sancionador de éste.

3.- La utilización de la acción de tutela con vocación de reemplazo de los procesos judiciales es extraña a la naturaleza constitucional de tal instrumento de protección de los derechos fundamentales de las personas, naturales o jurídicas.

En el caso concreto de la acción que propone la señora *Tabares Hernández*, se pretende la modificación de una decisión de la Fiscalía Regional de Cali, que si bien tiene protuberantes defectos técnicos y conceptuales que desdicen del nivel de calidad esperado de una decisión judicial que decide sobre la libertad de las personas, contiene una interpretación de la ley que corresponde a su texto, por lo que debe inscribirse dentro del principio constitucional de la autonomía e independencia que la Carta garantiza a los funcionarios judiciales en la definición de los problemas jurídicos de su competencia.

Ese principio constitucional es precisamente el que impide al Juez de tutela o cualquier otro extraño a la naturaleza del hecho a invadir órbitas de competencia ajenas, pues las discrepancias interpretativas o las diferencias de valoración probatoria deben discutirse al interior de cada proceso a través de la utilización de las acciones y recursos que resulten procedentes para cada asunto en concreto.

Ahora, en cuanto hace a la supuesta inconstitucionalidad manifiesta del parágrafo del artículo 415 del Código de Procedimiento Penal, tal petición es totalmente improcedente habida cuenta que sobre tal disposición normativa ya hubo decisión de constitucionalidad que hace tránsito

a cosa juzgada y tiene efectos *erga omnes*, tal como lo señala expresamente el artículo 48 de la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia.

En efecto, mediante sentencia C-394 del 8 de septiembre de 1994 de la Corte Constitucional, en la que se retomaron los argumentos expuestos por esa misma Corporación en la sentencia C-301 del 2 de agosto de 1993, se declaró ajustado a la Constitución tanto el parágrafo del artículo 415 del Código de Procedimiento Penal, como el parágrafo transitorio que habían sido reformados por la Ley 81 de 1993, por lo que decidido tal asunto, la norma es constitucional y no cabe por parte de ninguna autoridad de la República su inaplicación por vía de excepción.

Finalmente debe aclararse al Tribunal que ninguna norma del Código de Procedimiento Penal "afirma que las decisiones de liberación que sean proferidas deben quedar sometidas al grado jurisdiccional de consulta" (fundamento jurídico 2 del fallo impugnado, folio 51) pues lo que los textos legales pertinentes y específicamente el artículo 206 del Código de Procedimiento señala es que "en los delitos de conocimiento de los fiscales y jueces regionales, son consultables cuando no se interponga recurso alguno, la providencia mediante la cual se ordena la cesación de procedimiento, la preclusión de la investigación, la providencia que ordena la devolución a particulares de bienes de imputado o sindicado presuntamente provenientes de la ejecución del hecho punible o que sea objeto material del mismo y las sentencias que no sean anticipadas".

Lo consultable es entonces, en este caso concreto, la decisión preclusiva y decidido tal grado jurisdiccional por el Fiscal *ad quem*, sin modificación de la providencia que precluye, lo procedente es la liberación incondicional del reo, pues la provisional solo procede, en esta clase de asuntos, exclusivamente por las razones que anota el parágrafo del artículo 415 del Código de procedimiento Penal, entre las cuales no está la del ordinal 3° de la misma norma, que es "cuando se dicte en primera instancia, preclusión de la investigación, cesación de procedimiento o sentencia absolutoria".

Es por las anteriores razones que la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

1. *Confirmar* la sentencia del 11 de febrero de 1999 proferida por la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali (Valle).

2. En firme esta decisión remítanse las diligencias a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

Notifíquese y cúmplase.

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

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria

Nota de Relatoría: Véase salvamento de voto publicado con la sentencia 5168 del 19 de enero de 1999 del Dr. Dídimo Páez Velandia.

DEBIDO PROCESO PENAL: desconoce el derecho el juez cuando notifica la resolución de acusación a los sujetos procesales por estado sin haber surtido previamente la citación telegráfica prevista en el artículo 190 del Código de Procedimiento Penal

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal

Magistrado Ponente: *Dr. Edgar Lombana Trujillo*

Radicación No. 5400

Aprobado Acta No. 45

Santafé de Bogotá, D. C., seis (6) de abril de mil novecientos noventa y nueve (1999).

Por impugnación del accionado, doctor *Jose Ramiro Renglfo Calem*, Fiscal Cuarto Delegado ante el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Buga, revisa la Sala el fallo de febrero 16 último, mediante el cual dicha Corporación tuteló los derechos al debido proceso, a la defensa, al acceso a la Justicia y el de contradicción, los cuales estiman violados los procesados, Sargento Viceprimero de la Policía Nacional *Gustavo Castro González* y patrullero de la misma institución, *Jhon Jerson Jordan Viveros*, ambos actualmente detenidos en el Centro de Reclusión del Departamento de Policía - Valle.

ANTECEDENTES

En escrito dirigido a la Sala Penal del referido Tribunal cuenta el apoderado de los accionantes Castro y Jordán que los defensores de éstos apelaron la resolución acusatoria que se les profirió por el delito de homicidio, pero el Fiscal Cuarto accionado se abstuvo de conocer dicha impugnación "argumentado que la sustentación se hizo de manera extemporánea" (ll. 3), providencia "cuya notificación debía surtirse dentro de los parámetros del artículo 186 del Código de Procedimiento Penal, tampoco fue notificada y su ejecutoria tal como se desprende del informe secretarial se surtió dentro de la ritualidad contemplada en el artículo 197, norma que no era aplicable al caso vulnerándose nuevamente garantías procesales inseparables del debido proceso".

Agrega que el Fiscal accionado violó entonces el debido proceso, pues en vez de contabilizar correctamente y de manera personal los términos, se atuvo a una constancia secretarial, que, como ha dicho esta Sala (mayo 8 de 1997, M.P. Dr. Fernando Arboleda Ripoll), "no tiene poder vinculante" y, en este caso, transgredió los artículos 188, 189 y 190 del Código de Procedimiento Penal.

Hace el apoderado la contabilización respectiva de los términos, concluye que no fue extemporánea la sustentación del recurso, cita varios libros de Procedimiento Penal sobre la manera de hacer las notificaciones (fls. 4 y 5), precisa que el proveído demandado "conlleva una vía de hecho" (fl. 5) y sobre la forma de notificar vuelve con una cita de esta Sala en sede de tutela (nov. 29 de 1994, M.P. Dr. Guillermo Duque Ruiz).

Solicita que se admita el amparo y que se ordene a la Fiscalía accionada resolver el recurso de apelación en referencia y aclara que, "a pesar de que la irregularidad planteada podría ser invocada dentro de la etapa del juicio y en el período de preparación de audiencia como causal de nulidad" (fl. 6), la actuación atacada causa un perjuicio irremediable, pues con ella se está impidiendo nada menos que "el acceso a la segunda instancia" y a una probable libertad o mejoramiento de la situación de sus poderdantes.

Jura que por estos hechos no ha presentado otra demanda de tutela y adjunta la documentación que estima pertinente (fls. 7 a 97).

Actuación y Pruebas

Admitida la demanda, los interesados fueron enterados y se practicó inspección judicial en el referido proceso penal por homicidio (fls. 99 a 112).

La Providencia Impugnada

Habla la misma del debido proceso, cita a la Corte Constitucional, se refiere al derecho de defensa y anota que "lo cierto es que cuando se restringe el acceso a la segunda instancia, y por ende el derecho de impugnación que hace parte del llamado derecho de defensa, ello es causal de nulidad, la cual debe ser declarada por el funcionario competente" (fl. 117).

Cita las decisiones de esta Sala fechadas en julio 5 de 1976 y marzo 17 de 1987 (MM. PP. Dres. Luis Enrique Romero Soto y Guillermo Duque Ruiz), en las cuales "se ordena corregir el error y desatar el recurso que equivocadamente se consideró extemporáneo y no sustentado en su oportunidad legal" y concreta que la resolución acusatoria de la Fiscalía 33 de

Tuluá es de fecha diciembre 9 de 1998 y en esta misma se notificó a los procesados Castro y Jordán, lo cual indica, de conformidad con el artículo 190 del Código de Procedimiento Penal, "que si la notificación personal se hizo el nueve (9), y al parecer según observamos a folio 76 el telegrama de citación es de fecha 10 de diciembre de 1998, los tres días empezarían a correr a partir del 11 de diciembre, nunca el mismo (10), puesto que sería un absurdo que a alguien le empezara a correr un término, el mismo día cuando un acto de esos pudo haberse ejecutado a las 5:30 de la tarde con claros perjuicios para sus intereses" (fl. 118), se apoya en los artículos 21 de dicho código ("principio de integración") y 120 del Código de Procedimiento Civil, según el cual "todo término empezará a correr desde el día siguiente al de la notificación de la providencia que lo conceda".

Cita nuevamente un tratado de Derecho Procesal Penal (Dres. Jaime Bernal Cuéllar y Eduardo Montealegre Lynett) y deduce que "el '*Estado*' al ser fijado el día 15 estaba quitándole 1 día del Término Legal a que tiene derecho los sujetos procesales respectivos" (fl. 119) y concluye:

"Existen constancias procesales debidamente verificadas, de que el doctor *Murillo* y la doctora *Vinazco* interpusieron el recurso de apelación el 16 de diciembre en horas de la tarde (fls. 74 y 75), luego, fue bien interpuesto el recurso, es decir, dentro del término, pero si este término de ejecutoria empezaba a correr a partir del 18 los días 21 y 22 de diciembre, por consiguiente el término del artículo 196 adicionado por la ley 81 de 1993 art. 26 debía empezar a correr a partir del día 23 y no 22 como dejó constancia la asistente judicial según puede constatarse a folio 508 del expediente y 107 de esta tutela (ver fotocopia folio cit.). (fls 119 infra y 120).

Dice que, entonces, "por esa mala interpretación de los términos se consideró extemporánea la interposición del recurso y la Fiscalía se abstuvo de "conocer el recurso de apelación" con clara violación de los principios atrás mencionados". (fl. 120).

Dispuso entonces que el Juez 3º. Penal del Circuito de Tuluá devuelva inmediatamente el proceso a la Fiscalía Delegada objeto de esta acción constitucional, a fin de que ésta "mulite" la decisión demandada y conozca del recurso de apelación, para lo cual le fijó 24 horas contadas a partir del recibo del expediente.

La Impugnación

Dice el accionado Fiscal: "no es cierto que el suscrito haya incurrido en vía de hecho judicial que tenga origen en la vulneración de los derechos fundamentales de manera grave o inminente por cuanto las constancias dejadas por la asistente judicial encargada de las notificaciones están acorde con lo ordenado en los artículos 440 y 190 del Código de Procedimiento Penal modificados, en su orden, por los arts. 59 y 25 de la Ley 81 de 1993" (fl. 126).

Agrega que notificada personalmente la resolución acusatoria a los procesados y al Ministerio Público, "no existía ya obligación alguna de notificar también personalmente a los defensores, pues, solo era necesario dejar una constancia secretarial del acceso al expediente de los mismos durante los tres días hábiles siguientes a la última notificación (Dic. 9), es decir 10, 11 y 14, y fijar el estado el día 15, tal como se hizo, por no requerirse de telegrama ni de comunicación alguna pues esta exigencia solo se requiere en tratándose de notificación personal, pero, si se enviaron los mensajes como aconteció en el presente caso el 10 de diciembre no quiere decir, como lo interpreta en forma restringida la Sala de Tutela, que los términos automáticamente se prorrogan un día más por lo que ampararon el supuesto derecho fundamental violado" (fl. 127).

Cita la sentencia de tutela de noviembre 29 de 1994, de la cual fue ponente en esta Sala el doctor Guillermo Duque Ruiz y el auto de septiembre 19 de 1996, en el cual hizo lo propio el doctor Fernando Arboleda Ripoll (fls. 128 a 130), y precisa que por esa debida interpretación del artículo 190 del Código de Procedimiento Penal (mod. Art. 25 ley 81/93), "éste servidor no tuvo en cuenta para el cómputo de términos los telegramas enviados el 10 de diciembre de 1998 a los sujetos procesales diferentes a los procesados y Ministerio Público, a quienes se les notificó personalmente el vocatorio a juicio el día anterior a la fecha citada". (fl. 131).

Finalmente, y refiriéndose los "accionantes" (fl. 131 *infra*.), les atribuye a éstos "negligencia, falta de compromiso con la gestión a ellos encomendado e iniciativa pues bien pudieron enviar el escrito vía fax y no acudir como lo hicieron erróneamente a una dependencia judicial de la ciudad de Cali a colocar una nota de presentación. Siendo así las cosas, en el presente caso, no se ha verificado agravio alguno al derecho fundamental del debido proceso por las razones argüidas por los demandantes. En consecuencia, solicito, respetuosamente, a los señores Magistrados de la Honorable Corte Suprema de Justicia revocar el fallo de primera instancia" (fl. 132).

Consideraciones de la Sala

1.- Como en este caso es objeto de la demanda de tutela el auto de enero 25 último, mediante el cual el Fiscal Cuarto Delegado ante el Tribunal de Guadalajara de Buga se abstuvo de conocer del proveído acusatorio emanado de la Fiscalía 33 Delegada ante los Juzgados Penales del Circuito de dicha ciudad, es obligatorio reiterar lo que pacífica y únicamente viene diciendo esta Sala sobre la improcedencia de la acción de tutela contra decisiones judiciales:

'Forzoso es recordar que ya al comenzar su vigencia el decreto 2591 de 1991, las distintas Salas de esta Corte rechazaron la procedencia de la tutela como mecanismo que pudiera desconocer el valor de la cosa juzga-

da o hubiera sido siquiera instituida la prevalencia de unos jueces frente a otros, cuando a cada uno le han sido señaladas por la Carta y por la ley sus propias y privativas funciones y competencias, tan solo limitadas, como lo dice el artículo 230 superior, por el marco de la ley, siendo del caso señalar, por vía de ejemplo, la providencia que en la tutela 152 de mayo 22 de 1992 emitió esta Sala de Casación con ponencia de quien aquí cumple lo propio'.

De lo anterior cabe resaltar que la índole meramente subsidiaria y residual de dicha acción constitucional (arts. 86 C.N. y 6 1 dto. 2591 de 1991), no permite operar de manera alternativa ni adicional para invadir - ahí sí inconstitucionalmente - las regladas funciones del respectivo juez que tenga a su conocimiento el proceso donde se haya producido la actuación censurada por el accionante en tutela, a todo lo cual se suma "el principio universal de la cosa juzgada (art. 94 C.N.), los principios constitucionales expresos de las dos instancias (art. 31 C.N.), el carácter instrumental para la paz, la correcta administración de justicia (art. 96-6 y 7 C.N.) y del sometimiento de los jueces únicamente al imperio de la ley (art. 230 id.)", como se precisó en la mencionada sentencia de tutela número 152.

Es que si alguien se siente agraviado por una actuación judicial, "el medio judicial de defensa" de que dispone es justamente el ejercicio de los recursos y prerrogativas legales *dentro del mismo proceso en que se dio dicha actuación que no se comparte*, pues es allí donde, de preferencia, están llamadas a su protección las garantías constitucionales. Esto, claro está con la única excepción de que mediante la acción de tutela se pretenda conjurar un perjuicio irremediable proveniente de una ostensible arbitrariedad del funcionario judicial que, así, incurriría en lo que se ha dado en denominar "vías de hecho".

Este criterio, como se sabe, ha sido compartido por la Corte Constitucional desde que, mediante sentencia C-543 de octubre 1° de 1992, declaró la inexequibilidad de los artículos 40, 11 y 12 del decreto 2591 de 1991, e insistido por esta Sala de Casación Penal (entre otras, en sentencia de agosto 30 de 1995, M.P. Dr. Nilson Pinilla Pinilla).

2.- En seguida se verá, si efectivamente, al abstenerse la Fiscalía Delegada ante el Tribunal de Tuluá, de desatar la impugnación contra la resolución acusatoria proferida contra Gustavo Castro González y Jhon Jerson Jordán, soslayó la normatividad procesal respectiva y, por tanto, incurrió en lo que se ha dado por llamar una "vía de hecho".

Pues bien: la referida resolución exhibe fecha diciembre 9 de 1998 (fl. 9) y se notificó ese mismo día, personalmente, a los mencionados procesados y al Ministerio Público (fls. 64 y 104), procediéndose el día subsiguiente (10) a remitir los telegramas a los respectivos defensores (fls. 71 a 73), dando así cumplimiento al artículo 190 del Código de Procedimiento

Penal (mod. art. 25 ley 81 de 1993) y el 15 de dicho mes se fijó el estado correspondiente (fl. 64), a partir del 16 (día en que por escrito apelaron los defensores, (fls. 74 y 75)). Se contaron los tres días para que los sujetos procesales recurrieran (art. 196 id.). Y se tuvo como vencimiento de dicho término el 21, por lo que, a tenor del referido artículo 190, el traslado de 5 días para que los apelantes sustentaran partió del 22 y precluyó el 29, todo ésto teniendo en cuenta que el día 17 es de vacancia judicial y que el 25 fue feriado.

La sustentación respectiva tiene sello de presentación personal de diciembre 29 de 1998 ante la Unidad Segunda Seccional de Delitos contra el Patrimonio Económico de Cali, y abajo del respectivo folio aparece en manuscrito "recibido Fiscalía 33 Dic. 30 de 1998 3:50 p.m., y una rúbrica ilegible (fls. 97 y 105).

De dicha presentación personal hecha en Cali, y recibida en Tuluá el 30 de diciembre, dedujo el Fiscal Cuarto accionado que "no habilitaba ni extendía caprichosamente los términos para la sustentación del recurso de apelación previstos en el artículo 196 A del C. de P. Penal puesto que al acudir, por vía de integración (art. 21 *ibidem*), al inciso segundo del art. 107 del Código de Procedimiento Civil, modificado por el art. 1º. Num. 56 del D.E. 2282 de 1989, en armonía con el art. 84 de la misma obra: "La presentación personal de los escritos que la requieran, deberá hacerse en la forma y con los efectos indicados para la demanda en el art. 84". Por su parte, la parte final del inciso primero del art. 84 es del siguiente tenor: "... *para efectos procesales, se considerará presentada* el día en que se reciba en el despacho de su destino". (El resaltado no pertenece al texto), (fl. 69).

El fallo impugnado estima que de acuerdo al citado artículo 190, si los telegramas enviados a los defensores para efectos de notificación tienen fecha diciembre 10, de conformidad con los artículos 21 ("integración") del Código de Procedimiento Penal y 120 (todo término empezará a correr desde el día siguiente al de la notificación de la providencia que lo condena") del Código de Procedimiento Civil, de donde se desprende que los 3 días de que habla dicho artículo 190 vencían el 16, y no el 15, fecha en que se fijó el estado, "quitándole un (1) día del término legal a que tienen derecho los sujetos procesales respectivos" (fl. 119).

Sostiene, pues, que al realizarse válidamente la última notificación el nombrado día 16, el término de 3 días para recurrir venció el 22 (el 17 es de vacancia judicial, se repite) y el término de 5 días para sustentar corría a partir del 23, y no del 22, como consideró el Fiscal Cuarto demandado, cuenta ésta que fija en el día 30 el vencimiento para sustentar la apelación, fecha en la que efectivamente el escrito fue recibido en la Fiscalía acusadora.

En tales condiciones dice la providencia recurrida que al escribir la asistente judicial de la Fiscalía 33 Delegada ante los Jueces Penales del

Circuito de Tuluá, que el "traslado de los 5 días para el apelante" empezaba a correr el día 22 de diciembre (fl. 107), incurrió en error y éste fue hecho suyo por el Fiscal Cuarto demandado al considerar la sustentación extemporánea.

A ello replicó el impugnante que, por una parte, los telegramas se enviaron a los defensores el día 10, sin que ello quiera decir, "como lo interpreta en forma restringida la Sala de Tutela, que los términos automáticamente se prorrogan un día más" (fl. 127) y, por otro lado, que, de conformidad con el artículo 440 del Código de Procedimiento Penal (mod. Art. 59 ley 81/93), "notificada personalmente la resolución de acusación al procesado o a su defensor, los demás sujetos procesales se notificarán por estado", y tal cosa fue lo que se hizo el 25 de diciembre, por lo cual para la contabilización de los términos "este servidor no tuvo en cuenta los telegramas enviados el 10 de diciembre de 1998" (fl. 131).

- Vistas las posturas jurídicas que el accionado y el fallador de primera instancia esgrimen en el presente caso, debe precisar esta Sala:

El multicitado artículo 190 consagra en lo pertinente una directriz general para la procedencia de la "notificación por estado", exigiendo que antes de que éste se fije debe enviarse telegrama a los sujetos procesales a quienes no obliga la notificación personal (art. 188 C.P.P.) y que, en caso de no comparecer, 3 días después de dicha citación se coloca el estado.

Entonces, que el artículo 440 del Código de procedimiento Penal disponga que "notificada personalmente la resolución de acusación al procesado o a su defensor, los demás sujetos procesales se notificarán por estado" de todos modos exige que *previamente a esta supletoria clase de notificación*, se cumpla con las citaciones telegráficas mencionadas, porque lo deseable en nuestro estatuto procedimental penal es que las notificaciones logran hacerse personalmente. Así, pues, hay que agotar primero el referido trámite para que dicho propósito se cumpla.

Entonces, el Fiscal Cuarto accionado no podía, como replicó, ignorar el envío de telegramas y estimar que, pasados los 3 días de la notificación personal (10, 11 y 14 de diciembre) procedía notificar por estado el 15, y, como advierte el fallo impugnado, si los telegramas en cuestión los envió la Fiscalía 33 el 10 de diciembre, para efectos de la notificación el término empezó a correr el 11 subsiguiente, por lo que si los 3 días se agotaban el 15, el estado debería fijarse entonces el 16, mas, como se dijo, este día los defensores presentaron el escrito de apelación, no habiendo ya la necesidad de la notificación por estado y corriendo el respectivo término a partir del día 18 con vencimiento el 22 (17 día de vacancia), razón por la cual la afirmación del a quo de que los 5 días para sustentar comenzaban el 23 y vencían el 30 no merezca objeción alguna por parte de esta Sala.

Que la notificación hecha telegráficamente se cuenta a partir del día siguiente (11 de diciembre y no desde el 10), es una consideración que

igualmente encuentra apoyo en el artículo 120 del Código de Procedimiento Civil (aplicable por integración: art. 21 C.P.P.), según el cual "todo término empezará a correr desde el día siguiente al de la notificación de la providencia que lo conceda".

En suma, como los defensores presentaron el escrito de sustentación en término (el día 30 en que éste se vencía), el Fiscal Cuarto Delegado violó el debido proceso al decidir que esa carga procesal era extemporánea y, en consecuencia, al abstenerse de revisar la resolución apelada, *dejó sin segunda instancia la providencia apelada y violó así los artículos 29 y 31 de la Carta Política.*

Esas las razones para que la providencia que se impugnó merezca la aprobación en esta instancia, siendo dable anotar que la decisión que tome el accionado Fiscal Cuarto ante el Tribunal, no deberá ser dentro de las 24 horas fijadas en el fallo que se revisa (parte considerativa - fl. 120), contadas a partir del recibo del fallo de tutela, sino que para dicho efecto el funcionario podrá tomarse el término legal estipulado para decisión en segunda instancia.

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

RESUELVE:

1-. *Confirmar*, la providencia impugnada, con la aclaración hecha al final de este proveído.

2-. Notifíquese de conformidad con el artículo 30 del Decreto 2591 de 1991.

3-. Ejecutoriada la presente decisión, remítase a la Corte Constitucional, para su eventual revisión.

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, Didimo Páez Velandia, Nilson E. Pinilla Pinilla

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria

IMPUGNACION-Sustentación/ DERECHO AL BUEN NOMBRE: Las declaraciones en donde se critica públicamente la gestión de los servidores públicos no son susceptibles de revisión mediante tutela, por no ser éste el escenario propicio para evaluar y calificar el desempeño de los funcionarios públicos en sus cargos

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal

Magistrado Ponente: Dr. *Carlos Eduardo Mejía Escobar*

Radicación No. 5442

Aprobado Acta No. 56

Santafé de Bogotá D. C., veinte (20) de abril de mil novecientos noventa y nueve (1999).

VISTOS

Resuelve la Sala el recurso de apelación interpuesto por el señor *Eduardo Henry Salas* contra la sentencia de febrero 19 de 1999, mediante la cual el Tribunal Superior de Santafé de Bogotá no accedió a la demanda de tutela que elevó en contra del Gerente General del Incora.

LA ACCIÓN DE TUTELA

La honra y el buen nombre fueron los derechos fundamentales cuya protección demandó el accionante. Dijo que en agosto de 1996 fue designado Director Regional del Incora en el departamento del Chocó, cargo que desempeñó hasta el 2 de diciembre de 1998 debido a que renunció.

Relaciona algunos logros que consiguió durante los 2 años y 3 meses en los que estuvo al frente del cargo, sintiéndose sorprendido en consecuencia cuando el 12 de diciembre de 1998, en la página 8ª de El Tiempo, salió una información titulada "purga por ineficiencia en el Incora", en la cual aparecen manifestaciones del Gerente General del Incora que estima lesivas de los derechos anotados, "no sólo como hombre público, sino como padre de familia, amigo y hermano". Según la nota periodística, en abierto ataque a su gestión, expresó el funcionario que lo separó del cargo por ineficiente y desordenado, lo cual es contrario a la realidad.

A su juicio "el Gerente General del Incora, antes de suministrarle al diario El Tiempo las desafortunadas declaraciones posteriormente publicadas debió adelantar la correspondiente investigación con el objeto de determinar si efectivamente existe en la Regional Chocó atraso en los programas encomendados y desorden administrativo en sus dependencias".

Solicita, entonces, que el Juez de tutela le ordene al servidor público que restablezca sus derechos a la honra y al buen nombre, "...utilizando el mismo procedimiento con el que enlodó..." su buen nombre. "Subsidiariamente, en aras a garantizar el derecho fundamental a la igualdad, se ordene adelantar la correspondiente visita administrativa para que se establezca lo deleznable de las declaraciones...".

La información de prensa fue allegada en fotocopia por el demandante y en lo esencial, según señaló el doctor *Rodrigo Villalba Mosquera*, Gerente General del Incora, corresponde a sus declaraciones. Y fue dicha la evaluación la que sirvió de base para declarar insubsistente al Gerente Regional, puntualizó en el oficio 2061 del 16 de febrero de 1999, a través del cual respondió a algunos interrogantes que le formuló el Tribunal.

La Sentencia y el Recurso

Para el Tribunal Superior de Santafé de Bogotá las declaraciones entregadas a la prensa por el doctor *Villalba Mosquera*, mediante las cuales explicó entre otras cosas los motivos que lo impulsaron a remover a varios de los Gerentes Regionales de la institución, "...envuelven una opinión genérica sobre la insatisfacción que la gestión desarrollada por el accionante al frente de la regional de la entidad en el departamento del Chocó le había generado, siendo uno de los motivos centrales para que se le desvinculara a través de la declaratoria de insubsistencia.

"Bajo esos presupuestos —sigue el Tribunal— es indudable que las aseveraciones que hizo ..., no se enderezaron a socavar, sin ninguna fórmula de juicio, los derechos constitucionales del demandante, a los que hace alusión en el escrito de tutela.

"No se ha mancillado el buen nombre del actor con esas declaraciones. Por eso, pretender, como lo quiere el accionante, que se imparta una orden al funcionario accionado para que obre conforme a su designio, no implicaría más que coartarle el derecho a expresar sus convicciones acerca del resultado de una gestión de uno de los funcionarios subordinados en el Instituto y la necesidad de introducir los cambios para alcanzar las metas propuestas por el nuevo Gobierno.

"Tampoco se ha producido —finaliza el Tribunal— el conculcamiento del derecho a la igualdad en contra del demandante de la tutela, por cuanto con las aseveraciones que hizo el Gerente General del Incora no se ad-

vierte que se haya prodigado un tratamiento discriminatorio o desigual al accionante frente a otras personas que se encontraran en una situación semejante".

Con sustento en los anteriores argumentos fue declarada improcedente la acción de tutela. Y, sin ninguna fundamentación, el ciudadano demandante impugnó el fallo a través del recurso de apelación.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

Lo expresado a la prensa por el Gerente General del Incora en relación con la gestión del accionante al frente de la Regional del Chocó no le conculcó a éste ningún derecho constitucional que deba amparársele a través de la tutela. Los servidores públicos, en especial quienes desempeñan cargos de dirección o de cierto nivel de importancia dentro del Estado, están expuestos no sólo al escrutinio y críticas de la comunidad sino igualmente de los trabajadores al interior de la entidad, de los superiores jerárquicos y sobretodo de los nuevos cuadros de administración que se establecen por efecto del cambio en su manejo o por cualquier otra circunstancia. Ello es inevitable y resultaría absurdo que ante cada crítica pudiera acudirse a la acción de tutela para juzgar pareceres como el del demandado, pues en tales circunstancias el mecanismo de control constitucional terminaría convertido en un escenario para evaluar y calificar el desempeño de los funcionarios públicos en sus cargos.

Eso constituiría un desatino, como lo es igualmente la solicitud del actor. Pretender que el Juez constitucional acopie información sobre su trabajo y lo pondere para definir si fue o no eficiente, si cumplió o no con las metas trazadas o si se caracterizó su administración o no por el desorden, para finalmente determinar si los cuestionamientos hechos públicamente y que estima lesivos de su buen nombre se encuentran o no sustentados en la realidad, es sencillamente imposible.

No es necesario abundar en razones, entonces, para concluir que la acción de tutela es completamente improcedente. El funcionario demandado recopiló las informaciones del caso y llegó a las conclusiones que le expresó a la prensa y las mismas, aparte de descalificar la gestión del accionante, no fueron atentatorias de su honra. Como se dijo, se trata de críticas consustanciales al ejercicio de una actividad pública que nadie puede impedir que se produzcan y menos a través de la tutela, a condición naturalmente que se hagan dentro de términos de razonabilidad, que fue lo que sucedió en el caso examinado y en consideración a lo cual, igualmente, carece de toda importancia que el Gerente General diga que el accionante fue declarado insubsistente y que éste sostenga que renunció al cargo.

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

RESUELVE:

1. *Confirmar* la sentencia de febrero 19 de 1999, mediante la cual el Tribunal Superior de Santafé de Bogotá declaró improcedente la acción de tutela instaurada por el ciudadano *Eduardo Henry Salas*.

2. Ejecutoriada esta providencia, remítanse las diligencias a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

3. Notifíquese de acuerdo a lo previsto en el artículo 30 del decreto 2591 de 1991.

Cúmplase.

Jorge 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 (Salvo Voto), Nilson Pinilla Pinilla.

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

Nota de Relatoría: Véase salvamento de voto publicado con la sentencia 5168 del 19 de enero de 1999 del Dr. Dídimo Páez Velandia.

SEGURIDAD SOCIAL, ARP: 1. Ante el acaecimiento del accidente de trabajo, la empleada tiene derecho a las prestaciones asistenciales señaladas en el artículo 5º del decreto 1295 de 1994, las que debe prestar la EPS a la que se encuentra afiliado el accidentado, con cargo a la ARP, independientemente, del tiempo de cotización y sin que sea procedente disponer la repetición contra el FOSYGA. 2. El ISS no puede excusarse para realizar la cirugía en la desafiliación de la trabajadora, por desvinculación laboral, pues, el riesgo, la dolencia y el tratamiento prescrito, fue realizado y diagnosticado en vigencia de la afiliación.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal

Magistrado Ponente: *Dr. Carlos E. Mejía Escobar*

Radicación No. 5447

Aprobado Acta No. 56

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

VISTOS

Decide la Sala la impugnación presentada por el Instituto del Seguro Social en contra del fallo proferido el 2 de marzo de 1999 por la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Fe de Bogotá D. C., por medio del cual concedió la tutela del derecho fundamental a la salud y a la vida de la accionante *Juliana Parra Suaterna*.

FUNDAMENTO DE LA ACCIÓN

La señora *Juliana Parra Suaterna* formuló acción de tutela en contra del Instituto de los Seguros Sociales y la empresa Bolívar Bolo Club, en procura de protección de sus derechos fundamentales a la salud, la vida, la dignidad humana, la seguridad social, el trabajo, mínimo vital, a la igualdad y el principio de solidaridad.

La accionante relata que mantuvo relación laboral con la empresa Bolívar Bolo Club, en desarrollo de la cual sufrió un accidente de trabajo el

7 de febrero de 1998, lo que le ocasionó lesión traumática en el hombro derecho que requiere de reducción quirúrgica.

Señala que a raíz del accidente fue atendida en consulta externa en el hospital de la Hortua y en el hospital "San Juan de Dios, donde se le recomendó la cirugía, sin que hasta la fecha el Instituto de los Seguros Sociales haya emitido la orden o haya entregado respuesta a la solicitud de programación de dicha cirugía.

Agrega que fue despedida de su trabajo sin justa causa y se le ha suspendido el servicio médico, por lo que encuentra violados sus derechos fundamentales razón por la cual solicita que el fallo de tutela ordene a su ex empleador el reintegro y al Instituto de los Seguros Sociales la autorización y práctica de la cirugía.

Fallo de Primera Instancia

La Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Fe de Bogotá D. C., concedió la tutela de los derechos fundamentales a la salud y a la vida, bajo el presupuesto de que la relación contractual existente entre una EPS y un afiliado garantiza atención dentro de los tres meses siguientes al retiro del empleo, por lo que estima que para la época del fallo la accionante podía reclamar que se le diera atención médica.

Con fundamento en el artículo 20 del decreto 2591 de 1991, otorga presunción de veracidad a lo afirmado por la accionante respecto de la necesidad de la cirugía y de la mora del ISS para autorizarla, la que además encuentra no solo garantizadora de su derecho a la salud, sino del derecho a la vida pues le permite el restablecimiento de sus facultades físicas para la consecución de un empleo, por lo que finaliza ordenando al Instituto accionado que programe la realización de la cirugía de la accionante, al tiempo que declara improcedente la acción respecto del ex empleador Bolívar Bolo Club.

La Impugnación

1.- El fallo fue impugnado por la Gerente del ISS Seccional Cundinamarca, quien se opone a la decisión judicial por considerar que a la EPS Instituto de los Seguros Sociales no le corresponde atender a la accionante *Juliana Parra Suaterna* por cuanto el empleador se encontraba en mora en el pago mensual de los aportes y adicionalmente señala que la EPS nunca fue notificada del accidente de trabajo en los términos del artículo 62 del Decreto 1295 de 1994.

Indica que el período de protección laboral al afiliado es de 4 semanas más, contadas a partir de la fecha de la desafiliación, siempre y cuando lleve por lo menos 6 meses de afiliación o de 3 meses cuando el período de afiliación sea de 5 años o más, por lo que estima que el ISS no debería

brindar cobertura a la señora *Parra Suaterna* que figura allí afiliada desde el 5 de mayo de 1997 y solo hasta el mes de octubre de 1998, no obstante lo cual y en cumplimiento del fallo de tutela se ordenó la realización de la cirugía artroscópica.

En consecuencia solicita a la Corte que revoque el fallo o que en caso de confirmarlo ordene el recobro de los gastos de la intervención al Fondo de Solidaridad y Garantías (*Fosyga*).

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

1.- La impugnación planteada por la EPS - Instituto de los Seguros Sociales hace referencia exclusivamente a la excusa legal que dice tener esa institución para sustraerse a la obligación de practicar la cirugía a la accionante *Juliana Parra Suaterna*, por presunta mora del empleador en el pago de los aportes de salud y superación del lapso de protección.

2.- Si bien es cierto que el derecho a la salud solo tiene el carácter de fundamental en la medida en que de su desatención pueda comprobarse un peligro actual para el derecho a la vida, que sí es fundamental, el concepto de vida no puede limitarse a la existencia de las funciones vitales, sino al mantenimiento en condiciones de dignidad de tal derecho fundamental, que, a no dudarlo, incluye la capacidad laboral como elemento necesario para garantizar la subsistencia vital.

Como en este caso concreto, la afectación del derecho a la salud por la falta de atención médica genera incapacidad laboral de la accionante, por esa vía debe considerarse procedente la acción impetrada por la señora *Parra Suaterna*.

3.- En este orden de ideas, las razones de impugnación esgrimidas por el Seguro Social no están llamadas a prosperar, como no lo está tampoco la solicitud de autorización para repetir en contra del Fondo de Solidaridad y Garantías.

En primer lugar, encuentra la Corte que a pesar de lo afirmado por la impugnante sobre la presunta mora del empleador en el pago de los aportes, aparece a folio 24 copia del formato de autoliquidación mensual de aportes al sistema de seguridad social integral con el que se cancela el 8 de febrero de 1999 en el banco Colpatria el período de cotización correspondiente al primer mes de tal año y en el cuaderno anexo aparecen los pagos correspondientes a los restantes meses de 1998 en cuyo listado de cotizantes se incluye a la señora *Juliana Parra Suaterna*.

Así mismo, se encuentra abundante documentación clínica que da cuenta de la atención médica en el ISS a la accionante durante los meses de octubre y noviembre de 1998 (folios 7 a 12), lo que indica la vigencia del carnet de afiliación para la época, hecho que no se compadece con la presunta mora del empleador que reporta el sistema del ISS.

Así mismo, resulta incompatible el dato de vigencia de afiliación reportado por el ISS, que lo señala a partir del ciclo 97-06, mientras que fotocopia del carnet de cotizante de la señora *Juliana Parra Suaterna* (folio 23) indica que lo es desde el 1 de enero de 1994, lo que le otorga exactamente una antigüedad de cotizante de 5 años y por tanto ubicable dentro de la situación del parágrafo del artículo 25 del decreto 1938 de 1994 en cuanto dispone que cuando el usuario lleve cinco (5) años o más de afiliación continua a una misma Entidad Promotora de Salud, tendrá derecho a un período de protección laboral de hasta tres (3) meses, lapso que se cumpliría en mayo 3, si se tiene en cuenta la fecha del despido que fue el 3 de febrero de 1999. (folio 22).

4.- Pero independientemente del tiempo de cotización, es lo cierto que los quebrantos de salud de la señora *Parra* provienen de un accidente de trabajo oportunamente reportado a la entidad administradora de riesgos profesionales ARP Alfa (folios 33 a 35), por lo que una vez realizado el riesgo amparado, la trabajadora tiene derecho a las prestaciones asistenciales señaladas en el artículo 5° del decreto 1295 de 1994, que debe prestar la EPS a la que se encuentra afiliado el accidentado, con cargo a la entidad administradora de riesgos profesionales.

Esa precisa razón legal es la que impone la confirmación plena del fallo y la desestimación de la petición de la impugnante de que se le autorice repetir en contra del *Fosyga*, pues tal fondo no tiene por que solidarizarse con una obligación que no le corresponde, habida cuenta que el hecho que la genera es un accidente de trabajo que debe ser cubierto por la ARP Alfa a la que se encontraba afiliada la trabajadora y a la que se reportó en legal forma la realización del riesgo amparado.

Adicionalmente debe advertirse al ISS que no puede excusarse de la realización de la cirugía en la desafiliación de la trabajadora, pues el riesgo, la dolencia que el generó y el tratamiento prescrito fue realizado y diagnosticado en vigencia de la afiliación. Es que no puede desconocerse que entre la ocurrencia del accidente (7 de febrero de 1998) y el despido de la trabajadora (3 de febrero de 1999) transcurrió un año, sin que durante tal tiempo se le programara la cirugía que se solicita en el documento visible a folio 20 y que en el folio 10, en la consulta del 11 de diciembre de 1998 se define como artroscopia en hombro derecho, en la que el anestesista entrega concepto favorable para la programación quirúrgica.

Surge entonces que la no realización de la cirugía fue únicamente por razones imputables al ISS, sin que pueda excusarse de sus obligaciones asistenciales por el simple transcurso del tiempo pues semejante comportamiento genera desequilibrio en un sistema de seguridad social que se fundamenta en el pago de la cotización por parte del afiliado y en la prestación *oportuna* de los servicios asistenciales por parte de la EPS correspondiente.

Es por las anteriores razones que La Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

1°.- *Confirmar* la sentencia de tutela del 2 de marzo de 1999 proferida por la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Fe de Bogotá D. C.

2°.- En firme esta decisión remítanse las diligencias a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

Notifíquese y Cúmplase

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

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria

CESACION DE LA ACTUACION IMPUGNADA, DEBIDO PROCESO DE TUTELA: La decisión que decreta la cesación de la actuación impugnada sólo es susceptible del recurso de reposición.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal

Magistrado Ponente: *Dr. Edgar Lombana Trujillo*

Radicación No. 5522

Aprobado Acta No. 56

Santafé de Bogotá, D. C., veinte (20) de abril de mil novecientos noventa y nueve (1999)

Mediante auto de marzo 26 último el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santafé de Bogotá declaró terminada esta actuación y decretó la cesación de la misma, la cual fue promovida para tutelar los derechos a la vida, la educación, la igualdad, la seguridad social y la integridad física, derechos que se afirman violados por *Acerías Paz del Río S.A.*

Dicha decisión fue impugnada por el accionante *José Ariel Dueñas Reyes.*

SE CONSIDERA

1.- Al fundamentar la acción Dueñas Reyes dice que la empresa demandada le adeuda las mesadas pensionales correspondientes a los meses de enero y febrero último, "como tampoco ha cancelado el valor de la mesada adicional legal que debería haber cancelado en diciembre de 1998" (fl. 2).

2.- Admitida la demanda la accionada demostró que "el 18 de marzo en curso se consignó el valor debido al reclamante" (fl. 14), y adjuntó en copia la documentación que respalda un pago por $11.407.255.

3.- En tales condiciones el auto por medio del cual el Tribunal, con base en el artículo 26 del decreto 2591 de 1991, declaró terminada la actuación y cesó la misma (fl. 24) sólo era susceptible del recurso de reposición, pues las impugnaciones revisables por la segunda instancia únicamente son los fallos, es decir las decisiones que resuelven sobre el fondo de lo demandado (arts. 31 y 32 dto. cit).

Esta Sala, pues, se abstendrá de revisar el ameritado auto.

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

RESUELVE:

1-. *Abstenerse* de revisar la providencia impugnada.

2-. *Notifíquese* de conformidad con el artículo 16 del decreto 2591 de 1991.

Cópiese 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, Didimo Páez Velandia, Nilson E. Pinilla Pinilla.

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria

DEBIDO PROCESO DE TUTELA: Se está ante nulidad insaneable en el trámite de tutela cuando el funcionario comisionado para la práctica de una prueba no cumple con el objeto de ésta. En el presente caso, el comisionado. no realizó lo pertinente para establecer si en realidad existían los pagos preferenciales que la accionante plantea como desconocedores de sus derechos fundamentales

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal

Magistrado Ponente: *Dr. Edgar Lombana Trujillo*

Radicación No. 5456

Aprobado Acta No. 60

Santafé de Bogotá D. C., veintisiete (27) de abril de mil novecientos noventa y nueve (1999).

La accionante, arquitecta *Clara Inés Sierra Gamarra*, impugnó el fallo de febrero 18 último, mediante el cual el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Marta negó la acción de tutela promovida para proteger el derecho a la igualdad, que se estima violado por Enrique Alvarez García y José Luis Bermúdez, Alcalde y Tesorero del municipio de Fundación, respectivamente.

La Sala, pues, resuelve lo pertinente.

ANTECEDENTES

En escrito dirigido a la Sala Penal de dicha Corporación cuenta la accionante que trabajó como Secretaria de Obras Públicas del referido municipio desde el 21 de agosto de 1997 hasta el 2 de enero de 1998, sin que haya recibido salario ni prestaciones sociales por dicho concepto, no obstante a otras personas que se encuentran en sus mismas condiciones sí se les ha cancelado lo pertinente, por lo cual considera que los accionados han violado el derecho a la igualdad previsto en el artículo 13 de la Carta Política.

Dice que "la administración anterior" (los accionados son funcionarios que se desempeñan a partir del año en curso) le giró dos cheques: uno por concepto de viáticos ($754.074.oo) y otro ($1'508.148.oo) "por concepto de sueldos, sin que se me especificara a qué meses laborados correspondían, siendo esta la única asignación que recibí durante el tiempo laborado" (fl. 1).

Agrega que no obstante su insistencia, ninguno de esos cheques le ha sido pagado, diciendo la Administración Municipal "que sí me va a pagar pero hay que esperar ... que debemos demandar, que cuando los condene la Justicia ellos pagan".

Cuenta que es una persona de 25 años de edad que mantiene su familia, "que en la actualidad tiene su casa y su finca hipotecada a punto de ser rematada", y aclara que si bien procede la respectiva demanda contra la Administración, ella carece de medios económicos para pagar un abogado (fl. 2), y pide una inspección judicial para establecer que "a muchísimas de las personas que hacían parte de la Administración Pabón Pérez se les ha cancelado lo que se les adeudaba, sin embargo conmigo ellos se han mostrado renuentes a hacerlo, cuando yo tengo los mismos derechos que los demás, y se quejan de "si ha habido para pagarles a unos debe haber para pagarme a mí" (fl. 3 supra.).

Jura que por estos mismo hechos no ha presentado otra demanda y pide que aceptado el amparo, "ordenar que en un término prudencial se me cancele todo lo que se me adeuda y se me coloque en igualdad de condiciones en relación con los demás empleados del municipio" (fl. 4).

Adjuntó los documentos con los cuales pretende apoyar su demanda (fls. 5 a 10).

ACTUACIÓN Y PRUEBAS

Admitida la demanda, por intermedio de comisionado se enteró de ello a los interesados y se practicó inspección judicial en la Alcaldía de Fundación, siendo conveniente anotar que ninguno de los accionados respondió al escrito de amparo (fls. 11 a 24). También rindió declaración la accionante (fl. 25).

LA PROVIDENCIA IMPUGNADA

La misma transcribe apartes de una sentencia de la Corte Constitucional (T-212/99, M.P. Dr. Fabio Morón Díaz), la cual dice el Tribunal que corresponde a "un caso similar" al presente (fl. 32), y que trata sobre "la cancelación tardía de salarios", que formalmente debe hacerse "ante las instancias judiciales ordinarias", pero en casos excepcionales admite la acción de tutela, como cuando se da "la puesta en riesgo de las condicio-

nes dignas y justas de que trata el art. 25 C.P. y la remuneración mínima vital contenida en el artículo 53 de la Carta".

Luego de dicha transcripción concluyó que "resulta improcedente conceder la acción de tutela ante la omisión del municipio demandado, en cuanto hace a la cancelación de la suma adeudada a la arquitecta *Dra. Clara Ines Sierra Gamarra*, por concepto de sueldos atrasados, por no llenarse los requisitos de la remuneración mínima vital contenida en el art. 53 de la Constitución Nacional". (fl. 33 *infra*.).

La Impugnación

Reitera la accionante que "estoy solicitando es el derecho a la igualdad" (fl. 37) y repite los nombres de las personas a quienes afirma la Administración Municipal les ha pagado no obstante hallarse en iguales condiciones a la suyas, y agrega:

"Honorables Magistrados, impugno esta tutela que al practicarse la inspección judicial, no se tuvo en cuenta lo solicitado por mi tutela en el título *Medios y Pruebas*, ya que solicite que esta Honorable Sala, fuera muy cuidadosa ya que los señores de la Administración Municipal de Fundación solo muestran una parte de lo solicitado y otro lo esconden, para que no se den cuenta que han pagado cantidad de cuentas, contratos, prestación de servicios, nominas de la Administración *Pabón Pérez*.

Vemos sin mayor esfuerzo con plena prueba, de una manera fehaciente, que no dejan dudas que estos señores de la Administración solamente mostraron en la inspección judicial lo que a ellos les convenía y no lo que les solicite es decir las cuentas que pagaron de los señores antes enunciados, violándose los medios probatorios solicitados, por eso pido muy respetuosamente a los Honorables Magistrados que se oficie a la Tesorería de la Alcaldía de Fundación si le han cancelado a los señores que mencione, por que este es el fin de la Tutela y no los que ellos acomodan a su manera.

Para no ser extensa esta impugnación ya que los Honorables Magistrados solamente hablaron de un mínimo vital y de otras cosas que no llega al momento de pronunciarse, por que específicamente mi Tutela no era para emolumentos o prestaciones sino que le pagaron a esas personas y reitero esto Honorables Magistrados, de que se oficie a la Tesorería de la Alcaldía de Fundación si efectivamente a esas personas ya les cancelaron (sic).

La jurisprudencia nos enseña el principio de la igualdad se traduce en el derecho a que no se instauren excepciones o privilegios, que exceptúen a unos individuos de lo que se concede a otros en idénticas circunstancias, por eso solicito que se revoque el fallo de esa Tutela y se me conceda el amparo del derecho a la igualdad." (fls. 37 y 38).

CONSIDERACIONES DE LA SALA

La accionante fue muy clara al fundamentar su amparo en la violación al derecho de igualdad (art. 13 C. N.) derivada de que la Administración Municipal de Fundación la ha discriminado al no pagarle sus salarios y prestaciones sociales, cuando "sé que a muchas personas que tenían deudas de la administración pasada se les ha pagado. Relaciono a continuación algunas de ellas: Jhony de la Rosa Cruz, director de la Casa de la Cultura, adición pasada; Javier Brieva, Taller Industrial El Carmen, José Luis Ariza Vivero; Angel Toralbo; Martha Fontalvo; Oswaldo de el Valle: Teo S.S. y/o Gil Meza: Carmen Hurtado; Distribución Cantillo" (fl. 2).

Y, consecuentemente, pidió al Tribunal que mediante inspección judicial verificara dichos pagos preferentes.

Pero el funcionario comisionado para dicho efecto, Juzgado Penal del Circuito de Fundación *no cumplió con dicho cometido*, sino se contentó con la explicación dada por *el accionado* tesorero José Luis Bermúdez de que "no hay archivos de las nóminas correspondientes a los meses indicados" (fl. 16 *infra*.), habiendo debido realizar lo pertinente para encontrar esos archivos de verdad recientes o de otro modo determinar si a las personas relacionadas por la accionante (y a otras más) se les había cancelado y si las mismas se encontraban en igual situación que aquélla.

Siguiendo igual línea equivocada el Tribunal de Santa Marta centró su fallo en "la cancelación tardía de los salarios" y se apoyó en una jurisprudencia constitucional sobre el tema, sin reparar que *éste resulta enteramente ajeno al caso planteado expresa y exclusivamente por la arquitecta actora:* el ya citado derecho a la igualdad, el cual, no ha sido investigado ni, por tanto, materia del fallo impugnado, como entre otras cosas lo afirma razonadamente dicha dama en su impugnación.

Esa flagrante y sustancial omisión comporta inexorablemente un atentado al debido proceso, de observancia en todas las actuaciones judiciales (art. 29 C.N.) y que conducirá a la declaratoria de nulidad insaneable (art. 145 C.P.C.) a partir del auto admisorio de la demanda (fl. 11), a fin de que se proceda a investigar y a decidir sobre la problemática explícitamente reiterada por la demandante, nulidad que no afecta las pruebas que se practicaron conforme a la ley.

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

RESUELVE:

1. *Declarar la Nulidad* de lo actuado por el Tribunal *a quo* a partir del auto mediante el cual se admitió la presente demanda de tutela, a fin de que se proceda de conformidad con lo dicho en la parte considerativa.

2.- Notifíquese de conformidad con le artículo 16 del decreto 2591 de 1991, devuélvase al Tribunal de origen.

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, Didimo Páez Velandia, Nilson Pinilla Pinilla.

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria

DERECHO A LA VIDA Y A LA INTEGRIDAD PERSONAL, EPS: Ante situaciones donde el accionante padece una enfermedad que atenta contra su calidad de vida, hay razón para la intervención constitucional. En especial, si injustificadamente la realización de la cirugía, recomendada por el propio ISS, no ha sido autorizada, ni dispuesto lo económicamente necesario para llevarla a cabo

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal

Magistrado Ponente: *Dr. Jorge Córdoba Poveda*

Radicación No. 5467

Aprobado Acta No. 60

Santafé de Bogotá D. C., veintisiete (27) de abril de mil novecientos noventa y nueve (1999).

VISTOS

Por impugnación del accionante *Víctor Alfonso Caro Bermúdez*, han llegado las presentes diligencias a la Corporación, para conocer de la sentencia de fecha 9 de marzo de 1999, mediante la cual la Sala Penal del Tribunal Superior de Santafé de Bogotá negó la tutela de los derechos fundamentales a la salud, la vida, la dignidad humana y la igualdad, presuntamente vulnerados por el Instituto de Seguro Social.

ANTECEDENTES Y FUNDAMENTOS DE LA ACCIÓN

1.- El actor recurre a este mecanismo extraordinario de protección de los derechos constitucionales, con el objeto de que se le efectúe la intervención quirúrgica y la cirugía plástica que requiere, como consecuencia de la operación que se le practicara, consistente en colesistectomía biliar con colocación de tubo en T y pancreatectomía distal del 80%, lo cual generó un serio deterioro de su pared abdominal que ilustra con las historias clínicas y con fotografías.

Tal procedimiento, dice, es urgente, no sólo por la apariencia estética tan desmejorada, sino por cuanto previene riesgos de infección.

Refiere el actor que se le recluyó inicialmente en la Clínica San Pedro Claver, pero luego de tres días se le dio de alta sin que se le hubiese practicado. Con posterioridad, el 14 de septiembre de 1998, fue trasladado al Hospital Militar con el objeto de que se le efectuara la reconstrucción abdominal, en razón del convenio existente con esta institución, pero allí tampoco se le realizó, por falta de autorización del ISS.

Con base en lo anterior, demanda la prosperidad de su pretensión a fin de que se le intervenga quirúrgicamente.

2.- En el curso de este trámite, el Gerente de la E.P.S. Seccional Cundinamarca y D. C. del Seguro Social hace llegar escrito (folio 79) en el que informa que se libró la correspondiente autorización y en consecuencia se procedió a "... expedir la remisión para la especialidad de cirugía plástica ...", anexando copia -ilegible y completamente borrosa, por demás- en la que dice está la "autorización" para que el Hospital Militar realice "el procedimiento".

3.- Ante esta comprobación documental, y haciendo falta únicamente la fecha en que se llevará a cabo la operación, que se deja a criterio de las directivas del Hospital Militar, estimó el *a quo* que se habían satisfecho las expectativas que el libelista tenía al momento de interponer la presente demanda de tutela.

Por ello, ante la falta de objeto y de conformidad con el artículo 26 del Decreto 2591 de 1991, resuelve negarla.

4.- Inconforme con el fallo, el actor decide recurrirlo, argumentando que su verdadero pretendido no es que se le remita al Hospital Militar para la "valoración" de cirugía plástica de reconstrucción abdominal, sino que necesita es que se autorice definitivamente la operación.

Por ello, reclama la tutela de sus derechos, ya que cree que el Tribunal de primera instancia se equivocó.

La Corte Considera

El mecanismo constitucional de protección de los derechos fundamentales de las personas, que nos ocupa, está sometido a una serie de pautas y presupuestos de procedibilidad que no pueden ser soslayados por los jueces constitucionales y dentro de los que se deben mirar no sólo los de orden legal sino los que emanan de su propia naturaleza de medio extraordinario de protección.

Es así como la decisión del Tribunal de desestimar la tutela por carencia de objeto hubiera sido acertada, si fuera cierto que se emitió la orden reclamada por el peticionario, pero, infortunadamente, ello no es así.

En efecto, la información suministrada por el Gerente Seccional del ISS se refiere a una autorización, pero de " ... remisión para la especiali-

dad de cirugía plástica ...", como justificada y airadamente lo reclama el apelante, siendo que lo requerido no es la remisión para valoración, sino la orden para que se le practique la operación que al unísono se ha señalado como necesaria y recomendable por los galenos del ISS.

Tan es así que no se ha emitido la orden requerida para ejecutar la operación, que en los escritos presentados por el Director General del Hospital Militar (folio 70) y el Subdirector Científico (folio 71), calendados el pasado 4 de marzo, se advierte que no sólo se requiere, como consecuencia del convenio de adscripción suscrito con el ISS-Seccional Cundinamarca y Santafé de Bogotá, la correspondiente autorización, sino la "consabida" *reserva presupuestal*, las cuales no han sido aportadas por la entidad demandada.

Es decir, hay razón para la intervención constitucional, como quiera que la pretendida realización de la cirugía, recomendada por el propio ISS, no ha sido autorizada ni dispuesto lo económicamente necesario para llevarla a cabo, en tratándose de una situación que tiene connotaciones mediatas frente al derecho a la vida e inmediatas con relación a la calidad de la misma, en condiciones de dignidad.

Razones suficientes para revocar el fallo motivo de censura, para en su lugar tutelar los derechos constitucionales invocados por el actor, ordenándose, en consecuencia, que en el término de las 48 horas siguientes al conocimiento de esta determinación, el Gerente de la E.P.S. Seccional Cundinamarca y D.C. del Instituto de Seguro Social, realice todas las diligencias tendientes a lograr la autorización, incluyendo la reserva presupuestal, para que se proceda a intervenir quirúrgicamente, tal como lo recomendó la Junta Quirúrgica de Cirugía General, al paciente *Víctor Alfonso Caro*.

Del cumplimiento se mantendrá informado al Tribunal de primera instancia.

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

RESUELVE:

1.- *Revocar* el fallo objeto de impugnación, para en su lugar tutelar los derechos constitucionales invocados por el actor, ordenándose, en consecuencia, que en el término de las 48 horas siguientes al conocimiento de esta determinación, el Gerente de la E.P.S. Seccional Cundinamarca y D. C. del Instituto de Seguro Social, realice todas las diligencias tendientes a lograr la autorización, incluyendo la reserva presupuestal, para que se proceda a realizar la operación recomendada por la Junta Quirúrgica de Cirugía General, al paciente *Víctor Alfonso Caro*.

2.- En firme esta decisión remítase el asunto a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

3.- Notifíquese de conformidad con lo dispuesto en el artículo 30 del decreto 2591 de 1991.

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 E. Pinilla Pinilla.

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria

DERECHOS DE NATURALEZA LEGAL O CONTRACTUAL. DERECHO A VIVIENDA: Carece de connotación de fundamental el derecho a obtener modificaciones en el sistema de financiación de UPAC pactado entre las partes. El deudor cuenta con medios idóneos para reducir los intereses pactados en el contrato de mutuo. La tutela es improcedente

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal

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

Radicación No. 5471

Aprobada Acta Nº 60

Santafé de Bogotá, D. C., veintisiete (27) de abril de mil novecientos noventa y nueve (1999).

VISTOS

Decide la Sala la impugnación que presenta el apoderado del accionante *John Jairo Estrada Betancur* contra la sentencia de fecha 12 de marzo del presente año, por medio de la cual el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santafé de Bogotá denegó la tutela impetrada en contra del Banco Central Hipotecario, por supuesta violación del derecho constitucional a la vivienda.

ANTECEDENTES Y FUNDAMENTOS DE LA ACCIÓN

1.- Demanda el actor, a través de apoderado judicial, la protección de su derecho constitucional a poseer una vivienda digna, toda vez que en el año de 1991 adquirió un crédito hipotecario con el sistema de UPAC en la mencionada entidad crediticia, con lo que compró un bien inmueble en el que en la actualidad reside con su familia.

Aduce que de conformidad con el pagaré suscrito y con las normas que señalan los límites y parámetros para el cobro de las cuotas de amortización, se le está liquidando con una tasa no estipulada inicialmente, pues las cuotas se calculan con base en un interés efectivo, cuando lo debe ser con base en tasa de valor nominal.

Ello, en resumidas cuentas, significa que terminará pagando el crédito no en los quince años pactados sino en treinta, por lo que ha ofrecido entregar su inmueble en dación en pago al Banco, cosa que se le ha negado, pues la entidad argumenta que el bien inmueble no cubre el valor de la deuda.

Por ello, acude al juez de tutela con el objeto de que se proteja su patrimonio de vivienda y el de su familia, ordenándose, consecuencialmente, que le reliquiden las cuotas que ha pagado con exceso de intereses por las tasas efectivas, debiéndose abonar los saldos a su favor al pago de la deuda.

2.- El Tribunal Superior de Santafé de Bogotá niega la tutela solicitada, advirtiendo que se trata de un mecanismo residual y subsidiario para la protección de los derechos fundamentales de los ciudadanos, que no puede suplantar los mecanismos ordinarios y legalmente establecidos para la solución de los conflictos.

Situación que en este caso sería posible poner en conocimiento de la jurisdicción civil para obtener la reliquidación del crédito si a ello hubiese lugar.

Así mismo, acota el *a quo*, cuando el derecho que se reclama como lesionado no posee la condición de fundamental, ya que el derecho a la vivienda no es de los que se puedan considerar como individuales ni esenciales al ser humano, la tutela no es el mecanismo procedente para su protección.

3.- Por medio de escrito, el apoderado del actor recurre la decisión, aseverando que el sistema UPAC es la mayor muestra de cobro injusto de un crédito destinado a la más loable misión de los colombianos, cual es el de adquirir vivienda propia.

Así pues, acepta que si bien es cierto se cuenta con un mecanismo para la protección invocada por vía de tutela, no es "protección suficiente", por lo que el deudor se encuentra en absoluto desamparo, además de que se está exigiendo implícitamente que los numerosos deudores del sistema UPAC, "impotentes ante este sistema voraz", causen un colapso mayúsculo a la administración de justicia al acudir ante los jueces a reclamar la nueva liquidación.

Consideraciones de la Corte

La decisión objeto de censura se confirmará por las siguientes razones:

Si bien es cierto la acción de tutela se ha creado para garantizar de manera inmediata la protección de los derechos fundamentales en casos de flagrante o manifiesta violación o amenaza por autoridad pública o, excepcionalmente, por los particulares, no puede tomarse como la pana-

cea para la solución de todos los problemas o diferencias que surjan en las relaciones jurídicas de los ciudadanos.

Es así como no se puede esperar, so pretexto de su carácter sumario y preferente, que se convierta en patente de corso para que se traspasen los límites propios de las actuaciones judiciales.

En efecto, como lo señaló el *a quo*, fue instaurada como mecanismo de protección de los derechos fundamentales, pero no como acción omnímoda ni principal ni, por ende, supletoria de los cánones ordinarios para la solución de los conflictos entre el Estado y los particulares o entre éstos.

De ahí que el numeral primero del artículo 6° del Decreto 2591 de 1991, hubiera señalado como causal de improcedencia de la misma la existencia de otro mecanismo de defensa judicial.

En el caso concreto, se cuenta con los mecanismos civiles para reclamar la protección derivada de una forma de contratación civil, como lo es el mutuo con intereses, pudiéndose demandar la reducción de los intereses que el accionante pretende por esta vía, posibilidad que en el escrito de impugnación acepta expresamente.

Así pues, un pronunciamiento por parte del juez constitucional no sería otra cosa que una indebida intromisión en la órbita del juez natural que la ley no autoriza.

De otra parte, es del caso señalar que los derechos fundamentales guardan absoluta relación con la individualidad del hombre, con su esencia, razón de ser y condiciones de vida. Por ello han sido catalogados igualmente como garantías individuales. A *contrario sensu*, derechos de contenido patrimonial o económico, como el que claramente invoca el accionante, resultado no directo del respeto del ser humano sino de las relaciones entre coasociados y sus reglas sociales y jurídicas, no pueden ser objeto de protección por vía de la tutela. En algunos casos se ha aceptado que por su íntima relación con derechos fundamentales, verbi gracia, la vida, dignidad, igualdad, etc., pueda entrar el juez constitucional en su protección. Sin embargo, éste no es el caso.

En fin, la pretendida afectación del derecho a la vivienda, que alega el actor, por el cobro que en la actualidad se le hace por el sistema de financiación en UPAC, no solamente puede ser defendido por otro medio idóneo diferente a la tutela, sino que carece de la connotación de fundamental.

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

RESUELVE:

1.- *Confirmar* el fallo impugnado.

2.- Ejecutoriada esta determinación, remítase el proceso a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

3.- Notifíquese de conformidad con lo dispuesto en el artículo 30 del decreto 2591 de 1991.

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 E. Pinilla Pinilla.

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria

MATERNIDAD, SEGURIDAD SOCIAL, SISBEN: El régimen de seguridad social reguló entre otros, lo atinente a la atención en salud como servicio público y de interés general a la población pobre y vulnerable. La mujer en estado de embarazo, que carece de capacidad de pago debe ser atendida por las Entidades Estatales prestatarias del servicio público esencial de la salud o por las privadas, con quienes el Estado haya contratado para dicho efecto. En consecuencia, se concede el amparo y se ordena al Hospital, en su calidad de Empresa Social del Estado, prestar la atención médica pertinente o remitir a la paciente, dada su condición de persona vinculada al sistema de seguridad social, a la entidad de salud que corresponda.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal

Magistrado Ponente: *Dr. Jorge Aníbal Gómez Gallego*

Radicación No. 5493

Aprobado Acta Nro. 63

Santafé de Bogotá D. C., cuatro de mayo de mil novecientos noventa y nueve.

VISTOS

Por impugnación de la accionante, *Erika Peláez*, conoce la Corte del fallo proferido el 10 de marzo de 1999 por el Tribunal Superior de Santafé de Bogotá, por cuyo medio denegó la acción de tutela invocada para la protección de los derechos constitucionales fundamentales a la salud en conexidad con la vida, la dignidad humana, la seguridad social, la igualdad y los derechos de la criatura que está por nacer, presuntamente violados por el Hospital El Tunal.

FUNDAMENTOS DE LA ACCIÓN

Afirma la parte actora que como beneficiaria del Sistema de Seguridad Social en Salud, recibió atención médica desde 1989, aproximadamente,

hasta 1997, año este último en el que su madre como afiliada del ISS dejó de cotizar. Por carencia de recursos económicos no pudo seguir estudiando, menos ha logrado hacerse a un empleo, refiere, y no empece a los esfuerzos desplegados para conseguir que un médico de alguna entidad Estatal la atienda dado su estado de gravidez, en especial los galenos del Hospital "El Tunal" ubicado en el sector en donde ella reside, su pretensión ha resultado vana porque aún aparece en pantalla como si perteneciera al sistema de salud del nivel IV, lo cual le impide acceder a los beneficios que la ley consagra para quienes su condición pecuniaria no les permite costear los gastos que una tal situación como la suya demanda; para colmo, agrega la actora, amén de ser soltera el padre del *nasciturus* ningún apoyo le brinda.

La tutela es la única solución viable a su problema, sostiene la accionante, como quiera que así en el momento del parto ingrese por urgencias y reciba adecuada y esmerada atención, de seguro al ser dada de alta deberá sufragar el costo total del procedimiento hospitalario dispensado, lo que no se halla a su alcance habida consideración de su precariedad económica. Como derechos constitucionales fundamentales vulnerados estima los de la salud en conexidad con la vida, seguridad social e igualdad, los principios de la dignidad humana y solidaridad y los derechos del que está por nacer.

El Fallo Impugnado

Escuchadas las explicaciones que acerca de la cuestión planteada suministró el Hospital "El Tunal", primordialmente la atinente a que como Empresa Social del Estado del nivel III le está prohibido asumir los costos que un determinado tratamiento demande en personas inscritas en el Sistema de Seguridad Social en Salud del nivel IV, que es el caso que aquí se ventila, el Tribunal estimó que la institución accionada ningún derecho constitucional fundamental le ha conculcado a la quejosa y así lo declaró al considerar improcedente el amparo incoado, puesto que en sentir de la Colegiatura la negativa del citado centro asistencial para atender los controles de embarazo y el futuro parto de *Erika Peláez* de manera gratuita, encuentra sustento normativo en las disposiciones contenidas en el Decreto 2357 de 1995.

Es al Instituto del Seguro Social donde primeramente debe acudir la demandante en solicitud de que sea "*borrada*" del sistema, razona el fallador, ya que ella no goza de la calidad de beneficiaria y tampoco es cotizante: una vez obtenido lo anterior bien puede dirigirse al *Sisben* en procura de ser inscrita entre quienes tienen derecho a hacer parte del régimen subsidiado del Sistema de Seguridad Social en Salud, dadas las condiciones en que dice estar, para así poder obtener los frutos de una tal afiliación. Inclusive aclara la entidad demandada que para requerir de los

servicios del mentado hospital, la paciente debe comprobar el grado de complejidad que pueda revestir su asunto; entre tanto nada puede hacer la institución, pues es la misma ley la que así lo prevé.

La Impugnación

Precisamente por su "*precaria situación económica*" y por no haberle sido posible que por intermedio del *Sisben* se le prestara atención médica, acudió a la tutela como medio para obtener "*protección a la maternidad y a los derechos del que está por nacer*", aduce la impugnante como fundamento de su pretensión; sin embargo, a pesar de las constancias que aportó para demostrar que su madre ya no es cotizante del Seguro Social y por consiguiente ella -la actora- no es beneficiaria, la entidad accionada prestó oídos sordos a sus ruegos, pues como Empresa Social del Estado está en la obligación de proporcionar el servicio de salud a quienes bajo sus particulares condiciones así lo requieran. No se puede tolerar, arguye, que "*ante el apremio de un individuo de recibir atención médica para conservar su existencia y la de su bebé que está por nacer, se antepongan intereses de carácter económico, o una disposición de carácter legal*". Y, para acreditar lo que en su sentir constituye el argumento toral de su aspiración que hace viable el amparo de los derechos constitucionales fundamentales reputados quebrantados, allegó con el escrito de sustentación de la impugnación una certificación del ISS acerca del "*retiro de los sistemas de salud y pensión*" de quien como afiliada -su madre- la tuvo como beneficiaria del Sistema de Seguridad Social en Salud, con lo cual pretende la libelista se revoque el fallo cuestionado y se acceda al recurso de amparo incoado.

Consideraciones

Para los efectos de la decisión que debe tomar la Sala en el presente asunto, ante todo conviene precisar que la pretensión de la accionante está encaminada a que se le proteja el derecho a la salud que en conexidad con el de la vida aspira, como ciudadana Colombiana que es, en unión con la criatura que está por nacer.

Ahora, hecha esa primera advertencia igualmente se hace imprescindible puntualizar conforme con los principios de eficiencia, universalidad, solidaridad, integridad, unidad y participación que rigen nuestro Sistema de Seguridad Social Integral -Ley 100 de diciembre 23 de 1993-, a qué personas del territorio Nacional cobija el Sistema General de Seguridad Social en Salud.

De acuerdo con lo establecido en el artículo 157 de la mentada legislación, existen dos tipos de *participantes* del mencionado Sistema: A) Los *afiliados* propiamente tal, ya sea que pertenezcan al régimen contributivo o al subsidiado y, B) Las *personas vinculadas al sistema* que son aquellas

"*que por motivos de incapacidad de pago y mientras logran ser beneficiarios del régimen subsidiado tendrán derecho a los servicios de atención de salud que presten las instituciones públicas y aquellas privadas que tengan contrato con el Estado*".

El Decreto 806 de abril 30 de 1998 que reglamentó la afiliación al Régimen de Seguridad Social en Salud y reguló lo atinente a la prestación de sus beneficios como servicio público esencial y de interés general, en sus artículos 32 y 33 reprodujo en su esencia el contenido normativo del citado artículo 157 de la Ley 100/93 en relación con *los vinculados al sistema* que, como población pobre y vulnerable, insiste en repetir el dispositivo 33 aludido, "*tendrán acceso a los servicios de salud que prestan las instituciones públicas y aquellas privadas que tengan contrato con el Estado para el efecto, de conformidad con la capacidad de oferta de estas instituciones y de acuerdo con las cuotas de recuperación vigentes (...)*".

Pues bien, conforme con la normatividad transcrita y de acuerdo con la situación fáctica que de manera particular presenta la actora como presupuesto de su pretensión, no existe incertidumbre alguna acerca de la obligación que les asiste a las entidades Estatales prestatarias del servicio público esencial de la salud o a las privadas con quienes el Estado haya contratado para dicho efecto, de proporcionarle a la paciente de autos la asistencia médica básica y los demás beneficios complementarios que de ella se deriven en consideración a su estado de gestación, puesto que, a falta de demostración en contrario, se trata de una persona que carece de capacidad de pago, es decir, hace parte de la población más pobre y vulnerable del país en los términos en que lo concibe la pluricitada Ley de Seguridad Social.

Luego entonces, establecidas como se tienen en estas diligencias tales circunstancias y acreditado como aparece en los momentos actuales con la certificación reciente expedida por el ISS acerca del "*retiro de los sistemas de Salud y Pensión*" de quien como cotizante tenía a la actora como beneficiaria (Fls. 30), la negativa de cualquiera de las instituciones que prestan el susodicho servicio público esencial en brindarle la atención médica que requiere *Erika Peláez* bajo las condiciones planteadas en su queja, constituye una flagrante vulneración de los derechos constitucionales fundamentales cuya protección reclama, con grave amenaza para su vida y la del ser que está por nacer.

En ese orden de ideas, el amparo constitucional invocado se impone como único medio cierto y eficaz para procurar el restablecimiento de las garantías conculcadas y conjurar el daño que pueda concretarse en las que se hallan en inminente riesgo. Es que, como lo viene decantando la jurisprudencia constitucional, en un Estado Social de Derecho como el nuestro correlativamente al deber que tiene toda persona de velar por su salud y la de su comunidad, le corresponde al propio Estado asegurar su

cumplimiento implementando y suministrando de manera especifica los respectivos servicios y prestaciones en materia de salud, primordialmente a los "*sectores o grupos humanos que por su situación de marginalidad, discriminación o sus condiciones económicas; sociales o culturales, requieren de la especial atención o apoyo del Estado*".

Conforme con las argumentaciones precedentes y en orden a proteger los derechos a la salud, dignidad humana, seguridad social y a la igualdad vulnerados a la accionante y que, en conexidad con el de la vida de la futura madre y de la criatura que está por nacer se encuentra amenazado, previa revocatoria del fallo impugnado se le ordenará al Hospital El Tunal que como Empresa Social del Estado evalúe las condiciones en que se halla quien por medio del presente procedimiento preferente y sumario reclama sus servicios, y si es del caso le preste la atención médica pertinente habida cuenta del estado de preñez que presenta, o la remita a la entidad de salud que corresponda dada su condición de *persona vinculada* al Sistema de Seguridad Social en Salud, en los términos concebidos en el artículo 157 del la Ley 100 de 1993 y demás normatividad concordante, como con antelación se precisó.

No obstante lo anterior, la accionante debe gestionar su vinculación al régimen subsidiado, cuya inscripción debe solicitar por anticipado al Sistema de Información para la Identificación de Beneficiarios de Subsidios -*Sisben*-, a fin de precaver futuros tropiezos como de los que hoy se queja.

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:

1°.- *Revocar* el fallo de fecha, origen, naturaleza y contenido indicados, conforme con las motivaciones plasmadas en el cuerpo de este proveído.

2°.- *Tutelar* los derechos a la salud, dignidad humana, seguridad social y a la igualdad vulnerados a la accionante y que, en conexidad con el de la vida de la futura madre y de la criatura que está por nacer igualmente se encuentra amenazado. En consecuencia, en los términos plasmados en las consideraciones de esta providencia y bajo las condiciones allí previstas, *Ordénase* al Hospital El Tunal atender a la actora *Erika Peláez* dentro de un lapso improrrogable de 48 horas contadas a partir de la notificación de este proveído. Para el efecto, líbrense los oficios pertinentes.

3°.- *Remitir* a la Corte Constitucional lo actuado para su eventual revisión.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

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

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria

DERECHO A LA LIBERTAD PERSONAL, DEBIDO PROCESO PENAL: 1. Ningún reparo amerita la circunstancia de que habiéndose materializado finalmente la libertad, en cumplimiento de orden de captura vigente, de nuevo se hubiese producido para el accionante la privación de ella. Si existiese algún reparo desde el punto de vista de su legalidad, su protección tendría que ejercerse ante la propia autoridad judicial que conoce del proceso penal o impetrando la acción pública de habeas corpus. 2. Unos son los efectos que se producen como consecuencia de actuaciones irreglamentarias o ilegales desde el punto de vista disciplinario o penal, esto es, las investigaciones a que se puede ver avocada la autoridad que en un momento determinado provoca la vulneración de derechos fundamentales y otros muy distintos aquellos que se presentan para el juez de tutela en relación con situaciones jurídicamente consolidadas, pues en relación con éstas no le es dado adoptar decisión alguna

Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Penal

Magistrado Ponente: *Dr. Carlos Augusto Gálvez Argote*

Radicación No. 5537

Aprobado Acta No. 71

Santafé de Bogotá, D. C., dieciocho (18) de mayo de mil novecientos noventa y nueve (1999).

VISTOS

Decide la Corte sobre la impugnación interpuesta por el abogado Ramiro Castro Gerardino, en representación de *Jhon Harold Saavedra Páez*, contra la sentencia del Tribunal Superior de esta capital fechada el 26 de marzo del año en curso, por medio de la cual negó por improcedente la tutela interpuesta contra el Comandante de la Estación Segunda de Policía del sector de chapinero, en protección de sus derechos fundamentales al debido proceso y libertad.

FUNDAMENTOS DE LA ACCIÓN

Narra el accionante que el señor *Saavedra Páez*, fue privado de la libertad el día 7 de febrero del año en curso y conducido a la Estación Segunda de Policía con miras a verificar si le aparecían antecedentes; el 12 de febrero siguiente y como quiera que se habría impetrado acción de habeas corpus, el Juzgado 74 Penal Municipal dispuso su inmediata libertad, al tiempo que remitió copias de sendos faxes remitidos por la Fiscalía 97 Seccional de Cali y el Juzgado Sexto Penal del Circuito de la misma ciudad en donde le aparecen requerimientos por dichas autoridades.

El 17 de febrero se solicitó al Juzgado 74 que ordenara hacer efectiva la libertad, pues todavía permanecía privado de ella en la Estación de Policía, insistiéndose al día siguiente en el que se acudiera además ante la Unidad Permanente de Derechos Humanos, sin obtener respuesta favorable.

El día 22 posterior, el Juzgado 74 Penal Municipal advirtió al Comandante de Policía T.C. Marcial Santander Morales que cualquier medida posterior al día 7 de ese mes era ineficaz, y dispuso la compulsación de copias ante la Justicia Penal Militar por "abuso de autoridad, fraude a resolución judicial y prolongación ilícita de la libertad (sic)", ante lo cual el Comandante respondió que contaba con la respectiva orden de captura proferida por el Juzgado Sexto Penal del Circuito de Cali y no podía conceder la liberación.

Al día siguiente "se ejecutó un ardid contra mi mandante", agrega el actor, consistente en liberarlo para enseguida a través de un operativo predeterminado volver a capturarlo, actuaciones todas que estima han sido ilegales y que hacen absolutamente viable el amparo, situación ante la cual solicita al juez de tutela proceda a ordenar su inmediata libertad.

EL FALLO DEL TRIBUNAL

Pone de presente el Tribunal que si bien el accionante fue privado de la libertad y luego liberado en virtud de la decisión de habeas corpus emitida por el Juzgado 74 Penal Municipal, al existir en su contra medida de aseguramiento desde el 15 de mayo de 1996 y la correspondiente orden de captura ordenada por el Juzgado Sexto Penal del Circuito de la ciudad de Cali, no puede admitirse que el hecho de su captura haya sido desconocedor del debido proceso.

Ahora, en relación con el derecho fundamental de la libertad, corresponde al accionante lograrla dentro del proceso penal al que se encuentra vinculado o a través del habeas corpus, pues al juez de tutela, en las actuales circunstancias no le es dado intervenir, razones por las cuales se declara la improcedencia de la acción acá promovida.

IMPUGNACIÓN

Reitera el apoderado del procesado *Saavedra Páez*, que la acción de habeas corpus se presentó en razón de haber existido una prolongación ilícita de la privación de la libertad y que no podía en manera alguna ignorarse la decisión del Juzgado 74 Penal Municipal, aduciendo unas órdenes de captura expedidas dos años atrás y si dicha información llegó a la Estación de Policía por fuera de las 36 horas máximas de retención inexorablemente ha debido ser liberado.

Califica de "artera actuación" el proceder por parte del Comandante de la Policía, cuando después de insistírsele por parte del Juzgado 74 Penal Municipal sobre la decisión de liberar al retenido, optó el día 23 por simular que lo dejaba en libertad, pero disponiendo que personal bajo su mando lo capturara en forma prácticamente inmediata, aduciendo la misma orden de captura recibida desde el 12 de febrero anterior, pese a que ya el referido juez le advertía que todo acto restrictivo de la libertad posterior al 7 de febrero estaba "viciado de ineficacia constitucional".

En el caso concreto, enfatiza en que a *Saavedra Páez*, nunca le fue restablecido su derecho fundamental a la libertad, pues la liberación que se dispuso fue aparente ya que de inmediato se produjo su captura, de donde es indiscutible que el Comandante Policial incurrió en unas típicas vías de hecho, a raíz de las cuales en ningún momento se ha salvaguardado el derecho constitucional a la libertad que le fuera quebrantado.

Solicita revocar la decisión recurrida y en su lugar amparara los derechos de *Saavedra Páez*, vulnerados por las autoridades policivas.

CONSIDERACIONES

1. Concretamente es la libertad individual el derecho que ha invocado el apoderado judicial de *Jhon Harold Saavedra Páez* como vulnerado por el Comandante de la Estación Segunda de Policía de Chapinero T.C. Marcial Santander Morales, bajo el entendido de que no obstante ordenársele el día 12 de febrero su liberación por parte del Juzgado 74 Penal Municipal en virtud de la prosperidad del ejercicio de la acción de habeas corpus, ésta no se produjo sino hasta el día 23 en que, previo el montaje de un operativo, se lo retuvo de inmediato nuevamente para hacer valer una orden de captura emitida dos años atrás por el Juzgado Sexto Penal del Circuito de la ciudad de Cali.

2. La acción de tutela, imprescindible es recordarlo, únicamente procede en aquellos eventos en que dentro del ordenamiento jurídico no se cuenta con mecanismos para la defensa de los distintos derechos fundamentales, ella no procede, en consecuencia, cuando pese a existir idóneos instrumentos de protección a través de su ejercicio no se colman las expectativas de amparo buscadas.

3. Respecto del derecho constitucional a la libertad el propio artículo 6o. del Decreto 2591 de 1991, dentro del cual se señalaron las "*Causales de improcedencia de la tutela*", en el numeral 2 dispuso como una de ellas "Cuando para proteger el derecho se pueda invocar el recurso de habeas corpus".

4. En el caso *sub judice*, el accionante acudió a este instrumento de amparo del derecho a la libertad de conformidad con la expedita actuación prevista en los artículos 430 y ss del Código de Procedimiento Penal, obteniendo decisión favorable por parte del Juzgado 74 Penal Municipal de esta ciudad que encontró fundada la solicitud, disponiendo la inmediata libertad de *Saavedra Páez* por auto del 12 de febrero del corriente año.

5. No obstante y como quiera que el propio Juzgado 74 remitiera sendos faxes en los que constaban las órdenes de captura expedidas por la Fiscalía 97 Seccional y el Juzgado Sexto Penal del Circuito de la ciudad de Cali, el Comandante de la Estación Segunda de Policía se negó en principio a liberarlo, accediendo a ello exclusivamente hasta el día 23 de ese mismo mes, en el que una vez concedida la libertad fue de nuevo aprehendido en razón de las referidas órdenes de captura.

6. Así las cosas, razón asistiría en principio al accionante en considerar que la orden emitida por el Juez 74 Penal Municipal, que era de inmediato e indiscutible cumplimiento en virtud de la prosperidad en el ejercicio de la acción pública de habeas corpus intentada, no fue acatada por el Comandante de la Estación de Policía y en tal sentido acertada habría sido consecuencialmente la determinación de dicho juez de compulsar copias ante la Justicia Penal Militar con miras a que se investigaran eventuales conductas al margen de la ley en que se haya podido incurrir, máxime cuando la libertad únicamente se concedió hasta el día 23 de febrero.

7. No obstante, ningún reparo amerita la circunstancia de que habiéndose finalmente materializado la libertad, en cumplimiento de orden de captura vigente, de nuevo se hubiese producido la privación de ella para *Saavedra Páez*, toda vez que hoy por hoy ningún reparo ameritaría dicha condición y si alguno existiese desde el punto de vista de su legalidad, su protección tendría que ejercerse ante la propia autoridad judicial que conoce del proceso penal o impetrando nuevamente la acción pública de habeas corpus.

8. Por último, pertinente es aclarar que unos son los efectos que se producen a consecuencia de actuaciones irreglamentarias o ilegales desde el punto de vista disciplinario o penal, esto es las investigaciones a que se puede ver avocada la autoridad que en un momento determinado provoca la vulneración de derechos fundamentales y otros muy distintos aquellos que se presentan para el juez de tutela en relación con situaciones jurídicamente consolidadas, pues en relación con éstas no le es dado adoptar decisión alguna, toda vez que, como sucede en este caso, aun cuando

se manifieste inconformidad con el procedimiento empleado una vez se produjo la liberación de *Saavedra Páez*, para hacer efectiva su captura, lo cierto es que legalmente ella está vigente y su ejecución es un imperativo para las autoridades de policía dentro del territorio del país.

Lo brevemente considerado conduce a la Sala a confirmar la sentencia recurrida.

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

RESUELVE:

1. *Confirmar* la sentencia impugnada.

2. Ejecutoriada esta decisión, remítanse las diligencias a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

3. Notifíquese de conformidad con lo previsto en el artículo 30 del Decreto 2591 de 1991.

Jorge 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

REGIMEN PRESTACIONAL, PRESUPUESTO NACIONAL: Si la apropiación presupuestal no se ha destinado y asignado al respectivo ente que distribuye los dineros, en este particular caso, para el pago de prestaciones sociales de empleados del municipio, no es posible que el juez de tutela, u otra autoridad pueda afectar el presupuesto en ese sentido

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal

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

Radicación No. 5556

Aprobado acta N° 76

Santafé de Bogotá D. C., veinticinco (25) de mayo de mil novecientos noventa y nueve (1999).

VISTOS

Decide la Sala la impugnación que presenta el accionante *Giovani Rodríguez Zabaleta* contra la decisión del pasado 9 de abril, por medio de la cual el Tribunal Superior de Barranquilla negó la tutela del derecho a la igualdad presuntamente vulnerado por la Alcaldía de Soledad (Atlántico).

ANTECEDENTES Y FUNDAMENTOS DE LA ACCIÓN

1.- Demanda el accionante la protección del derecho fundamental a la igualdad, pues manifiesta que luego de laborar para el Municipio de Soledad, se le liquidaron y ordenó el pago de sus prestaciones sociales, tales como cesantías, primas y vacaciones, mediante Resolución 0602 del 18 de agosto de 1998, proferida por la Alcaldía Municipal, y hasta la fecha no se ha procedido a su efectiva cancelación.

Pero su verdadera inconformidad la centra en que a otros dos empleados, Wilson Donado y Carlos Arturo Yañes, "injustificada" y "arbitrariamente" se procedió a la cancelación de esas mismas prestaciones, lo cual viola flagrantemente su derecho a la igualdad

Por ello, demanda del juez constitucional la orden para la cancelación efectiva de lo ordenado en la Resolución 0602, no sin antes poner de

presente los pagos que se han hecho desde agosto de 1998 a marzo de 1999, para llegar a la conclusión de que en su caso se está cometiendo una grave "discriminación".

2.- Considera la Corporación de primera instancia que podría declararse la improsperidad de la petición de tutela por la existencia de otro mecanismo de defensa judicial, ante la presencia de la acción ejecutiva, de no encontrar que existen otras razones que desvirtúan la existencia de una lesión al derecho constitucional a la igualdad.

En efecto, dice el Tribunal que las situaciones de los trabajadores frente a los que se parangona el actor, no son comparables a su caso, pues el primero presentó solicitud con anterioridad, lográndose que la apropiación presupuestal quedara radicada para el presente año, lo cual no aconteció en su caso, pues quedó diferida para el año próximo. Y con relación al segundo, no puede sostenerse que la naturaleza del pago sea la misma, en la medida que lo que se pagó fue su salario, representado en horas extras por dominicales y festivos que no se habían cancelado.

IMPUGNACIÓN

3.- Inconforme con la determinación, el peticionario la recurre, acudiendo a los mismos argumentos plasmados en el inicial escrito, insistiendo en que se trató de una falta de disposición de la alcaldía, toda vez que no entiende cómo ante el orden de radicación de las solicitudes, ante una misma apropiación presupuestal, existan algunas que saltan el turno y se cancelan primero que otras anteriores.

Critica igualmente que la administración municipal a sabiendas de que se producía una desvinculación, no efectuara los trámites pertinentes para obtener la correspondiente apropiación presupuestal y así solucionar los inconvenientes que se han presentado en el pago de las acreencias laborales.

Por tales motivos, solicita la revocatoria de la decisión de primera instancia.

LA CORTE CONSIDERA

La Sala no encuentra reparo a las razones de la negativa para acceder a que por vía de tutela se cancelen las cesantías y demás prestaciones laborales del accionante.

En efecto, dos son los aspectos que acertadamente fueron tratados en el fallo materia de impugnación.

El primero, atinente a la existencia de otro mecanismo de defensa judicial, como lo es la posibilidad de iniciar las acciones correspondientes a fin de obtener la efectivización de la resolución por medio de la cual se ordenó

la cancelación de las prestaciones sociales del empleado, obligación pecuniaria clara, actual y exigible que se reconoció en la resolución ya conocida.

Sin embargo, frente a la violación del derecho a la igualdad, que se entremezcla como motivo de reproche por este sendero, resulta que las situaciones comparadas no son similares a la del actor, pues, como lo analizó el Tribunal, con relación a *Wilson Donado* se estableció que los conceptos reclamados hacían referencia a una deuda interna del municipio por horas extras, recargos nocturnos, dominicales y festivos a que el empleado tenía derecho, los cuales, por ser salario, debían ser cancelados preferentemente.

Frente a *Carlos Yañes Payares* se tiene que si bien es cierto que la resolución de reconocimiento de las prestaciones sociales es posterior a la del actor, su desvinculación como empleado del municipio aconteció con anterioridad, lo cual generaba la necesidad de que se le cancelara primeramente, y, además, los dineros para sufragar el pago se incluyeron en la vigencia fiscal de 1999, lo que no aconteció con el solicitante.

A lo anterior se debe agregar que al tenor del sistema democrático que nos rige, cimentado en la independencia y autonomía de las distintas ramas del poder público, el juez constitucional no se puede convertir en ordenador del gasto, el cual está sometido a una particular reglamentación, tal como emana de lo previsto por los artículos 151, 345 y 349 de la Constitución Política.

El manejo del tesoro público, reglamentado por la ley 111 de 1996, es ilustrado, entre otros principios, por el de legalidad, no pudiendo ser modificado, adicionado o complementado el gasto por vías distintas a las señaladas expresamente en sus disposiciones.

Además, los actos administrativos que afectan apropiaciones presupuestales deben contar con el "certificado de disponibilidad" previo, que garantiza la existencia de la apropiación suficiente para atender el gasto y que evita que los recursos sean desviados del fin preestablecido, so pena de incurrir en responsabilidad personal (arts. 86 de la ley 38 de 1989, 49 de la ley 179 de 1994, 71 de la ley 111 de 1986).

Si la apropiación presupuestal no se ha destinado y asignado al respectivo ente que distribuye los dineros, en este particular caso para el pago de prestaciones sociales de empleados del municipio de Soledad (Atlántico), no es posible que el juez de tutela, u otra autoridad pueda afectar el presupuesto en ese sentido, pues el pago de obligaciones a cargo del Estado debe ajustarse a las previsiones presupuestales.

Vista entonces la imposibilidad e inconveniencia de permitir la eventual injerencia en el manejo del tesoro público, mal puede la acción de tutela servir de pilar para crear excepciones a la regla general y, por ende,

para ordenar el pago de cesantías y prestaciones sociales, lo cual atentaría contra la independencia y autonomía de las distintas ramas del poder público.

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

RESUELVE:

1. *Confirmar* la sentencia objeto de impugnación.

2. Ejecutoriada esta determinación remítase el proceso a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

3. *Notifíquese* de conformidad con lo dispuesto en el artículo 30 del decreto 2591 de 1991.

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 E. Pinilla Pinilla.

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria

DEBIDO PROCESO PENAL, PRINCIPIO DE FAVORABILIDAD: En el marco de diversos criterios jurídicos entre el Tribunal Superior y el Fiscal delegado ante esa Corporación, no procede hablar de 'favorabilidad' pues tal concepto concierne únicamente a tránsitos de leyes. Tampoco es procedente la tutela para dirimir divergencias conceptuales propias de las disciplinas jurídicas y que aquí no se exhiben como resquebrajadoras de un debido proceso ni de la jerarquía correspondiente a las instancias

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal

Magistrado Ponente: *Dr. Edgar Lombana Trujillo*

Radicación 5564

Aprobado Acta No. 76

Santafé de Bogotá, D. C., veinticinco (25) de mayo de mil novecientos noventa y nueve (1999).

VISTOS

Por impugnación del accionado Fiscal Segundo Delegado ante el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira, revisa la Sala el fallo de abril 16 último, mediante el cual dicha Corporación, en Sala de conjueces, tuteló el derecho al debido proceso, el cual se consideró violado al procesado *Alvaro Ramos Cardona*.

ANTECEDENTES

Cuenta el demandante que con base en la denuncia que por el delito de lesiones personales le formuló Liliana Hernández Hernández, se inició el proceso respectivo, el 20 de marzo de 1998 la Fiscalía 25 Seccional de Dosquebradas lo acusó por el delito de tentativa de homicidio y el 24 de agosto el Juzgado Penal del Circuito de dicho municipio lo absolvió y dispuso la expedición de copias para continuar investigando el referido delito de lesiones personales.

El fiscal acusador apeló el fallo y el Tribunal compartió con el *a quo* que la conducta no entrañaba un delito de homicidio en grado de tentativa sino de lesiones personales, pero discrepó de la absolución y, en cambio, decretó la nulidad de lo actuado a partir de la resolución que dispuso el cierre investigativo (fl. 2 *infra*.).

Añade que el Fiscal Séptimo Local de Dosquebradas procedió a clausurar la instrucción y lo enjuició por el delito de lesiones personales, ordenando su captura y privándolo efectivamente de su libertad, (fl. 3 *supra*.), decisión apelada por su defensor y que fue desatada por el Fiscal Segundo Delegado ante el Tribunal "contra todos los presupuestos constitucionales y legales", puesto que:

1. Declaró la nulidad a partir, inclusive, del cierre investigativo y ordenó remitir el expediente a la Fiscalía Delegada ante los Juzgados Penales del Circuito "para que allí se califique el mérito del sumario por tratarse de un atentado *Contra la Vida*".

2. Dispuso la expedición de copias para investigar por falso testimonio a los testigos Nicolás Alberto Saavedra Escobar y Freddy Almanza Cárdenas.

"Como consecuencia de todo lo anterior -prosigue el accionante- estuve privado de mi libertad por espacio de 10 meses, sujeto al criterio de las distintas instancias Judiciales que aún discuten si el hecho por el que se procede corresponde a un homicidio tentado o a unas lesiones personales dolosas" (fl. cit.).

Argumenta que el delito que realmente se tipifica es el de lesiones personales, y que de todos modos tal tipicidad no puede estar jamás "al arbitrio del juzgador"(fl. 4), y ejemplifica tal "capricho judicial" con el curso que ha tenido el proceso desde que primero estuvo en una Inspección de Policía y añade:

"La decisión del señor Fiscal Delegado Ante el Honorable Tribunal, con meridiana claridad se observa, va en contra del derecho Constitucional al Debido proceso, a la libertad individual, a la presunción de inocencia, al principio del Juez natural, a las máximas jurídicas del non bis in idem y del in dubio pro reo, y al derecho de tener una *certeza jurídica* de la cual pueda dimanar, conociendo el por qué se me investiga y Juzga, un derecho de defensa adecuado a la adecuación típica que en realidad corresponda" (fl. cit. infra.).

Habla del derecho de defensa, de "la mora judicial" (fl. 5) y solicita:

1. Ordenar a la Fiscalía 25 Delegada ante los Juzgados Penales del Circuito "no cumplir" con la referida decisión del Fiscal Segundo Delegado ante el Tribunal, hasta que se profiera el fallo de tutela.

2. Decir en dicho proveído que se ha violado el derecho al debido proceso y "a tener una certeza jurídica" y, en consecuencia, "tomar las medidas

que en derecho, justicia y equidad correspondan" (fl. 6), y jura que por estos mismos hechos no ha presentado otra demanda.

ACTUACIÓN Y PRUEBAS

Luego de aceptados varios impedimentos (el Tribunal había conocido en segunda instancia de dicho proceso penal) y de admitida la acción, se enteró de ellos a las partes y se practicó en el respectivo proceso penal inspección judicial (fls. 9 a 43).

LA PROVIDENCIA IMPUGNADA

Se lee en la misma que "se tomará una decisión que ampare los derechos y garantías procesales y constitucionales establecidas en favor del sindicado a fin de ejercer y salvaguardar su derecho de defensa; para que no sufra quebranto alguno el derecho a ser informado de la naturaleza y causa de la acusación y no se le esté variando la calificación de acuerdo al criterio del funcionario de conocimiento; para que no sufra quebranto alguno su derecho a que se le apliquen los principios de legalidad y favorabilidad penal, para que permanezca incólume su presunción de inocencia, el derecho a un juicio público y sin dilaciones injustificadas, el derecho a no ser enjuiciado dos veces por el mismo hecho y o por la misma causa" (fl. 58).

Anota que "habría que concluir, entonces, en casos como éste, que desaparecería la segunda instancia, y eso sería absurdo" (fl. 59), y recuerda al afecto que esa misma Corporación, en auto de septiembre 30, consideró que el delito era de lesiones personales y no tentativa de homicidio y precisa que la Fiscalía accionada, cuando revisó por apelación la resolución acusatoria contra el aquí accionante, tenía competencia únicamente para pronunciarse "sobre los aspectos impugnados", que eran la negativa de libertad provisional y que se decretara la nulidad a partir, inclusive, del cierre investigativo, a fin de que se practicara una inspección judicial (fl. 61) y afirma que el procesado *Ramos Correa* tiene derecho a "una recta, pronta y cumplida administración de justicia" (fl. 63), que aquí no se ha observado.

Concluye que la Fiscalía 25 Delegada ante el Juzgado Penal del Circuito de Dosquebradas "no debe cumplir" con lo ordenado por la Fiscalía accionada en auto de 26 de febrero último, y también ordenó devolver el proceso a la Fiscalía 7ª Local "para que conceda nuevamente el recurso de apelación enviando lo actuado ante las Fiscalías Delegadas ante el Tribunal Superior para que conozcan el proceso únicamente en lo que fue objeto de impugnación" (fl. 64).

En esos términos, pues, tuteló el derecho al debido proceso.

La impugnación

Sustenta el accionado "Fiscal Dos ante el Tribunal Superior" que, en primer término el fallo impugnado "carece de fundamentación" en lo que concierne a la improcedencia de la acción de tutela contra decisiones judiciales (fl. 79) y anota que si bien la decisión en segunda instancia por él proferida carece de recursos "una vez obedecida la resolución de esta instancia por el inferior, cualquiera que sea el sentido de la calificación, como se advirtió, reviven las posibilidades de recurrir, o de sustentar una nulidad" (fl. 80).

Anota "la peligrosa equivocación" en que incurre el fallo al considerar todavía que los fiscales "emiten conceptos" y extraer de ello que "la Fiscalía no puede romper la jerarquía que tiene el Tribunal Superior" (fl. 81 infra.), y reitera que él se limitó a cumplir con sus funciones de segunda instancia, así hubiere discrepado de la tesis esgrimida por dicha Corporación, y hace énfasis en que es a la Fiscalía a quien le compete constitucional y legalmente "la dirección del proceso penal en su etapa sumarial".

Afirma que en momento alguno en dicha oportunidad de segunda instancia él violó el artículo 217 del Código de Procedimiento Penal, ya que le competía "revisar todo el proceso" (fl. 85).

Finalmente estima que el fallo no motiva por qué encuentra violados los derechos de defensa, a ser informado de la acusación, a la legalidad, a la favorabilidad, a la presunción de inocencia y a no ser enjuiciado dos veces.

Pide entonces a esta Corte "dejar sin efectos la sentencia de tutela recurrida".

Consideraciones de la Sala

1. Aparte de otras equivocaciones que luego se dirán, de seguro que la más importante de ellas es el haber olvidado el Tribunal *a quo* lo que esta Sala de Casación viene diciendo unánimemente sobre la improcedencia de la acción de tutela contra las decisiones judiciales, como es la de febrero 26 último aquí demandada:

'Forzoso es recordar que ya al comenzar su vigencia el decreto 2591 de 1991, las distintas Salas de esta Corte rechazaron la procedencia de la tutela como mecanismo que pudiera desconocer el valor de la cosa juzgada o hubiera sido siquiera instituida la prevalencia de unos jueces frente a otros, cuando a cada uno le han sido señaladas por la Carta y por la ley sus propias y privativas funciones y competencias, tan solo limitadas, como lo dice el artículo 230 superior, por el marco de la ley, siendo del caso señalar, por vía de ejemplo, la providencia que en la tutela 152 de mayo 22 de 1992 emitió esta Sala de Casación con ponencia de quien aquí cumple lo propio'.

De lo anterior cabe resaltar que la índole meramente subsidiaria y residual de dicha acción constitucional (arts. 86 C.N. y 6-1 dto. 2591 de 1991), no permite operar de manera alternativa ni adicional para invadir - ahí sí inconstitucionalmente - las regladas funciones del respectivo juez que tenga a su conocimiento el proceso donde se haya producido la actuación censurada por el accionante en tutela, a todo lo cual se suma "el principio universal de la cosa juzgada (art. 94 C.N.), los principios constitucionales expresos de las dos instancias (art. 31 C.N.), el carácter instrumental para la paz, la correcta administración de justicia (art. 96-6 y 7 C.N.) y del sometimiento de los jueces únicamente al imperio de la ley (art. 230 id.)", como se precisó en la mencionada sentencia de tutela número 152.

Es que si alguien se siente agraviado por una actuación judicial, "el medio judicial de defensa" de que dispone es justamente el ejercicio de los recursos y prerrogativas legales *dentro del mismo proceso en que se dio dicha actuación que no se comparte*, pues es allí donde, de preferencia, están llamadas a su protección las garantías constitucionales. Esto, claro está con la única excepción de que mediante la acción de tutela se pretenda conjurar un perjuicio irremediable proveniente de una ostensible arbitrariedad del funcionario judicial que, así, incurriría en lo que se ha dado en denominar "vías de hecho".

Este criterio, como se sabe, ha sido compartido por la Corte Constitucional desde que, mediante sentencia C-543 de octubre 1° de 1992, declaró la inexequibilidad de los artículos 40, 11 y 12 del decreto 2591 de 1991, e insistido por esta Sala de Casación Penal (entre otras, en sentencia de agosto 30 de 1995, M.P. Dr. Nilson Pinilla Pinilla).

2. Que en este caso *ostensiblemente no existe esa "vía de hecho"* lo demuestra lo siguiente:

- El 30 de octubre de 1997 Liliana Hernández Hernández formuló denuncia contra Alvaro Ramos Cardona por el delito de lesiones personales en José Robinson Cañaveral Marín, actuación cumplida en la Inspección Segunda de Policía Permanente del municipio de Dosquebradas y en la cual afirmó la quejosa que el imputado causó a José Robinson en el brazo derecho dos heridas con arma de fuego.

- El 31 de octubre el diligenciamiento fue enviado al Juzgado Penal Municipal de dicho municipio y la investigación se abrió "por el trámite contravencional establecido en el art. 21 de la ley 228 de 1995" (fl. 40), pero como el dictamen médico-legal luego recibido arrojó una incapacidad de 70 días, el expediente se remitió por competencia a la Unidad de Fiscalías Locales de Dosquebradas y se avocó conocimiento el 4 de diciembre por parte de la Fiscalía 8ª, que de la declaración del lesionado dedujo que los hechos tipificaban un delito de homicidio tentado y las diligencias fueron enviadas a la Unidad de Fiscalías Delegada ante los Jueces Penales del Circuito del mencionado municipio, correspondiéndo-

le a la Fiscalía 25 que dispuso la captura del denunciado, la que se hizo efectiva el 23 de diciembre.

Indagado Ramos Cardona se decidió su detención preventiva y mediante resolución de marzo 20 de 1998 se le acusó por tentativa de homicidio.

-El Juzgado Penal del Circuito de Dosquebradas celebró audiencia pública y por medio de sentencia fechada el 24 de agosto absolvió al procesado por tentativa de homicidio y ordenó la expedición de copias para que se adelantara el proceso por el delito de lesiones personales, decretándose allí mismo la libertad del implicado, decisión que apeló el referido Fiscal 25, y el Tribunal, mediante proveído de septiembre 30 de 1998, consideró que efectivamente no había tentativa de homicidio, pero que absolver por dicho delito y, tratándose de un mismo hecho, expedir copias para seguir el sumario por el delito de lesiones personales, no era procedente, pues se violaría el principio de 'non bis in idem'. Decretó entonces la nulidad por errónea calificación (C.P.P. art. 304-2) a partir, inclusive, del cierre de investigación y dispuso la remisión del expediente a reparto de las Fiscalías Locales, correspondiéndole a la 7ª, que procedió a cerrar la investigación y a calificar éste con acusación por el delito de lesiones personales. Así mismo ordenó la captura de Ramos Cardona, la que se obtuvo en enero 14 del año en curso.

- El defensor del acusado apeló la negativa de libertad provisional contenida en dicha providencia calificatoria y la Fiscalía Segunda Delegada ante el Tribunal Superior de Pereira, mediante resolución de febrero 26 de 1999, consideró que el sumario estaba mal calificado, ya que el hecho tipificaba un delito de homicidio tentado, y no de lesiones personales, por lo cual decretó la nulidad a partir, inclusive, del cierre de la investigación y ordenó que el expediente regresara a las Fiscalías Delegadas ante los Jueces Penales del Circuito de Dosquebradas. En ese mismo proveído se dispuso la expedición de copias para investigar por falso testimonio a dos testigos y se precisó que contra el mismo no procedía recurso alguno (fl. 42 infra.). El 3 de marzo la referida Fiscalía 25 Delegada concedió al sindicado la libertad provisional.

-De la sustancial reseña hecha de verdad que no se desprende atentado alguno al debido proceso que entrañe la "vía de hecho" en cuestión, porque, en definitiva, se trata es de una diferencia jurídica con respecto a la norma legal que tipifica el comportamiento imputado a Ramos Cardona. *Al respecto y cumpliendo como funcionarios de segunda instancia, la Sala Penal del Tribunal consideró que se tipificaba un delito de lesiones personales, mientras que la Fiscalía Segunda Delegada ante dicha Corporación, estimó que se encaraba un homicidio en grado de tentativa.*

Esas divergencias conceptuales son propias de las disciplinas jurídicas y aquí no se exhiben como resquebrajadoras de un debido proceso ni de la jerarquía correspondiente a las instancias, pues en dicho sentido la Sala Penal del Tribunal y la Fiscalía accionada son autónomas y se en-

cuentran al mismo nivel, sin que, por tanto, entre ellas no quepa predicar grado alguno de subordinación, pues la Fiscalía dirige la instrucción de los asuntos penales, correspondiéndole a los jueces y Tribunales el conocimiento de la etapa del juicio, como dice la Carta Política en sus artículos 250 y siguientes y lo desarrolla el Código de Procedimiento Penal en su Capítulo I, Título III del Libro I.

Para dirimir dichas y no poco frecuentes divergencias jurídicas, está el mecanismo de colisión de competencias previsto en los artículos 97 y siguientes del Código preciado, mas encierra ciertamente un abuso e indebida intromisión en los procesos *pretender zanjar tales normales diferencias jurídicas a través de la acción constitucional de tutela, cuyos verdaderos alcances y naturaleza quedaron explicados en la cita jurisprudencial inicialmente hecha en esta parte considerativa.*

Tampoco en el marco de dichos diversos criterios jurídicos procede hablar de "favorabilidad", como lo hace el fallo aquí impugnado, pues tal concepto concierne únicamente a tránsitos de leyes.

Los conjueces *a quo* no deben asombrarse de que no existan recursos contra la accionada decisión del Fiscal Segundo Delegado, pues las decisiones de segunda instancia son inimpugnables y quedan ejecutoriadas una vez las suscriba el funcionario que las profiera(art. 197 C.P.P.), debiéndose aclarar al fallo impugnado que la decisión que aquí se ataca en tutela tiene el carácter de interlocutoria.

Por último, tampoco violó el fiscal demandado el artículo 217 del Código de Procedimiento Penal (mod. art. 34 ley 81 de 1993), pues en su referida resolución de febrero 26 no se pronunció sobre el fondo de lo controvertido en apelación, sino que se limitó a decretar una nulidad por estimar que al calificarse erróneamente la instrucción, se había atentado contra el debido proceso, proceder que puede ser objeto de disentimiento jurídico, pero que desde punto de vista alguno pueda calificarse de "ilegal".

De lo expuesto se desprende la revocatoria del fallo impugnado, pues no incurrió el fiscal accionado en "vía de hecho" que pueda entrañar una violación al derecho fundamental del debido proceso(art. 29 C.N.).

Se negará, en su lugar, la tutela y se dispondrá que el respectivo proceso penal quede en el estado en que se hallaba antes de ser promovida la misma.

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

RESUELVE:

1. *Revocar* la providencia impugnada y, en su lugar, *Niega* la acción de tutela promovida contra el Fiscal Segundo Delegado ante el Tribunal Su-

perior del Distrito Judicial de Pereira, quien en su decisión demandada no violó el derecho al debido proceso.

2.- *Notificar*, esta providencia de conformidad con el artículo 30 del Decreto 2591 de 1991.

3.- *Remitir*, las diligencias a la Corte Constitucional, una vez en firme esta providencia para su eventual revisión.

Jorge Aníbal Gómez Gallego, Fernando E. 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

DERECHO DE DEFENSA, DEBIDO PROCESO PENAL: Es procedente la tutela cuando el juzgador de primera instancia desconoce el principio constitucional de legalidad en su sentencia al aplicar al imputado una sanción con base en circunstancias de agravación punitiva no deducidas de la resolución acusatoria. La decisión así proferida por el accionado indiscutiblemente violó el debido proceso y, además, el derecho a la defensa, pues el defensor actuó como acusador, generándose evidentemente vías de hecho. Se compulsan copias para que si el Consejo Superior de la Judicatura lo considera, adelante investigación disciplinaria contra el defensor de oficio.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal

Magistrado Ponente: *Dr. Dídimo Páez Velandia*

Radicación No. 5566

Aprobado Acta No. 076

Santafé de Bogotá, D. C., veinticinco (25) de mayo de mil novecientos noventa y nueve (1999).

Por impugnación del apoderado del accionante *Jesús Antonio Reyes*, quien se halla privado de su libertad en la Cárcel del Distrito Judicial de Valledupar, han llegado las presentes diligencias a esta Corporación para conocer de la sentencia de fecha 24 de marzo del corriente año, mediante la cual el Tribunal Superior de dicha ciudad negó la tutela de los derechos fundamentales al debido proceso y a la defensa, presuntamente conculcados por la Fiscalía Sexta de la Unidad Especializada y Juzgado Tercero Penal del Circuito de Valledupar que conocieron del proceso por homicidio que se adelantó en su contra y que concluyó con fallo condenatorio.

FUNDAMENTOS DE LA ACCIÓN

Indica el libelista que a su representado se le violaron sus derechos al debido proceso y a la defensa, en virtud a que fue emplazado y declarado persona ausente sin hallarse plenamente identificado y que el edicto co-

rrespondiente, no permaneció fijado por el término de cinco (5) días como lo manda la ley, designándosele como defensor de oficio al doctor Raúl Ramírez R. quien no ejerció el encargo por hallarse inhabilitado para ello como consta en autos, optándose por nombrarle al señor Francisco Corrales, pero posteriormente quien tomó posesión fue Hugo Francisco Corrales Merlano, persona diferente a la inicialmente designada.

Agrega que no existe dentro del expediente prueba de que dichas personas tengan la condición de abogados titulados e inscritos y menos la calidad de ciudadanos colombianos, siéndole resuelta su situación jurídica con medida de aseguramiento de detención preventiva sin que su poderdante haya tenido conocimiento de todas esas vicisitudes que en su contra se desarrollaban.

Indica que fue tal la celeridad de la instrucción, que una vez ejecutoriada la decisión antes referida se procedió al cierre de investigación y en ningún momento existió intervención del defensor oficioso, calificándose su mérito con resolución de acusación precisamente por la falta de defensa técnica, siendo lo más sorprendente lo ocurrido en la diligencia de audiencia pública "...cuando el defensor de oficio agravó la adecuación típica dada por la Fiscalía de homicidio simple por la de homicidio agravado y condenó al enjuiciado antes del fallo de primera instancia, al afirmar que estaban dados todos los requisitos para que el juzgado profiriera sentencia condenatoria" (fl. 2).

Finalmente, transcribe apartes de la sentencia proferida por esta Sala de Casación el 23 de noviembre de 1995 dentro del proceso No. 9.968 (*Magistrado Ponente* Dr. Ricardo Calvete Rangel), la que considera se ajusta en todo al caso de su representado en cuanto a la violación de su derecho a la defensa técnica, para concluir que la acción debe prosperar en guarda de los derechos invocados y además "a la vida, a la honra, a la libertad, al reconocimiento de la dignidad humana, etcétera" (fl. 7), sin que respecto de éstos últimos haya hecho referencia en los hechos y menos precisado los motivos de su violación por parte de los funcionarios accionados.

El Fallo Recurrido

Para negar el amparo solicitado el Tribunal de Valledupar, advierte en primer término que de tiempo atrás esa Colegiatura siguiendo el criterio de la Sala de Casación Civil de esta Corporación en materia de tutela, dado su carácter accesorio y residual que comporta dicha acción, no está llamada a utilizarse para suplir las acciones ordinarias de protección y garantía señaladas en la ley, por cuanto en el inciso 3° del artículo 86 de la Carta Política se dispone de manera perentoria que no procederá cuando el afectado disponga de otros medios de defensa judicial.

Agrega que "...el procedimiento de la acción de tutela, como vía de control constitucional a la actuación de la autoridad pública, debe utilizarse

como mecanismo extremo, como última ratio, cuando ya no tengan operatividad otros procedimientos legales que le permitan al supuesto afectado, con la violación o amenaza de su derecho fundamental, hacer valer frente al Estado sus legítimos intereses que tutela la Carta Política, porque si existen otros recursos judiciales, lo lógico es que esperen éstos, cuando quiera que el derecho de amparo por vía de tutela no puede instrumentarse, en estrados judiciales, como si se tratara de otra instancia, con desplazamientos de las acciones ordinarias de protección a los derechos reclamados".

Considera el *a-quo* que "no está llamada a prosperar la acción de tutela incoada por el condenado *Jesús Antonio Reyes*, a través de representante judicial, porque con ella se estaría supliendo, en primer término, la vía especial de la acción de revisión (propia de la justicia ordinaria), que procede en materia penal contra las sentencias debidamente ejecutoriadas, según lo consigna el Art. 232 del C. P. P.; pues se observa que en el proceso, objeto de este mecanismo preferente y residual, el accionante no ha recurrido a este otro medio de defensa judicial de su interés jurídico, como parte supuestamente afectada con la decisión materia de su inconformidad".

Se refiere en concreto a la actuación cumplida en el asunto seguido contra el accionante, para concluir que no existió violación al debido proceso pues el trámite se cumplió conforme a la ley. Tampoco su derecho de defensa le fue conculcado, "porque *Jesús Antonio Reyes* siempre estuvo representado por un defensor de oficio, en el transcurso del proceso, desde el momento en que se le declaró persona ausente, en el asunto penal que investigó la Fiscalía Sexta Unidad Especializada Seccional de Valledupar, que si bien no fue muy solícito en el desempeño de su encargo, tal vez por estrategia de defensa, puesto que el peso probatorio que obra en el proceso en contra de *Reyes* es contundente y determinante de su responsabilidad; no obstante, como puede verse en el paginario procesal intervino en la audiencia pública, en la cual frente a la fuerza probatoria emanada de los testimonios en contra de su defendido, no encontró argumentos valederos para desvirtuarla, con el simple juego de palabras o el razonamiento teórico, porque las testificaciones allegadas estuvieron orientadas a responsabilizar indubitablemente a *Reyes* por la comisión del hecho de sangre, en que perdiera la vida *Luis Francisco Jaimes Velandia*, sin soslayarse que la defensa tuvo interés y así lo manifestó en la audiencia pública de juzgamiento que se aplicara el mínimo de la pena a su defendido, no obstante ser el homicidio un delito grave" (fl. 26 y 27).

La Impugnación

El recurrente estima que el primer reparo que tiene que hacer al fallo del Tribunal de Valledupar, consiste en que la acción de revisión a que

alude, en el caso concreto resulta improcedente por no amoldarse ninguna de las causales a lo acontecido en el asunto seguido contra su poderdante, razón por la cual acudió al amparo de tutela que es el único camino que le queda para la protección de sus derechos fundamentales.

Critica también la aseveración consistente en que se cumplió el debido proceso, basándose en una simple constancia secretarial sin advertir que los términos se cumplen no en virtud de esas anotaciones, sino del efectivo cumplimiento de las prerrogativas procesales. Acepta que su representado pudo ser individualizado procesalmente antes del emplazamiento, pero no así plenamente identificado por que ni siquiera se mencionó su documento de identificación en el Edicto, preguntándose entonces qué ocurriría con aquellas personas con homónimos?.

Respecto a la falta de defensa técnica, estima que ninguna estrategia puede ser aceptada, pues ella es sinónimo de contrainterrogar, alegar, aportar pruebas y en especial comporta el deber de cuidar o velar por los intereses del procesado en el discurrir procesal, más no como ocurrió con el defensor de oficio que al menos debió en la audiencia pública coadyuvar la posición de la fiscalía sobre la calificación del delito como de homicidio simple y no como lo hizo para solicitar condena por homicidio agravado.

Finalmente extraña que el Tribunal nada dijo sobre la designación del defensor de oficio y la posesión de otro diferente, menos sobre la prueba de la condición de abogado titulado de quien actuó como defensor oficioso y más trascendental resulta su omisión de referirse a la jurisprudencia de esta Sala citada en la demanda de tutela, que resultaba aplicable al caso concreto por su similitud con el problema allí planteado.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

El apoderado para demandar la protección de los derechos fundamentales al debido proceso y a la defensa técnica, lo que cuestiona es la actuación de los funcionarios que tuvieron a su conocimiento el proceso por homicidio seguido contra su representado *Jesús Antonio Reyes* y en especial el pronunciamiento final del Juez 3° Penal del Circuito de Valledupar que lo condenó por dicha infracción.

Es preciso recordarle al recurrente que para corregir los actos irregulares que eventualmente pueden presentarse en el desarrollo del proceso penal, para la garantía de los derechos de los sujetos procesales, se han previsto al interior del mismo los mecanismos y oportunidades que el Código de Procedimiento Penal consagra para cada caso en particular. Esa la razón de los pronunciamientos de esta Sala en sede de casación como el citado en su demanda.

Tampoco puede ahora pretender que el juez de tutela acepte sus planteamientos sobre el rito procesal cumplido y que según él lleva a la indis-

cutible violación del derecho a la defensa técnica, con la finalidad de que se reabra un debate ya concluido para desvirtuar aquellas pruebas que en su momento fueron decretadas y realizadas conforme al criterio del funcionario judicial de turno.

Sin embargo, de las copias del proceso por homicidio que se siguió a *Jesús Antonio Reyes*, puede concluirse sin duda alguna que las apreciaciones del aquí apoderado en su mayoría resultan equivocadas, pues el autor del homicidio en la persona de Luis Francisco Jaimes Velandia, fue plenamente individualizado e identificado por los testigos presenciales del hecho y mediante copia de la tarjeta alfabética suministrada por la Registraduría del Estado Civil y correspondiente al No. 12.723.130 de Valledupar (fl. 47).

Desde el mismo momento de los acontecimientos ocurridos en la noche del 6 de junio de 1993, el autor material desapareció del lugar y como quiera que no se logró su captura para escucharlo en indagatoria, por auto del 26 de julio de 1993 se ordenó su emplazamiento conforme a lo previsto en el artículo 356 del Código de Procedimiento Penal, es decir, por edicto que permanecería fijado en lugar público de la Secretaría por el término de cinco días (fl. 53).

Así se procedió por cuanto *Jesús Antonio Reyes*, se reitera, se hallaba debidamente individualizado e identificado, dejándose constancia expresa de haberse fijado el edicto respectivo por cinco (5) días, contados a partir del dos (2) de agosto a las 8:00 a. m., término que expiró sin que hubiese comparecido al proceso, tal como lo informó el nueve (9) de los citados mes y año el Jefe de la Secretaría Común de la Unidad Especializada Seccional de Valledupar, constancia que se presume verídica pues en manera alguna fue tachada de falsa o cuestionada en su debido momento (fl. 55).

En providencia de fecha 14 de septiembre de 1993, la Fiscalía declaró persona ausente a *Jesús Antonio Reyes* identificado con la cédula de ciudadanía No. 12.723.130 de Valledupar, natural de El Cármen N. De Santander y de 36 años para el momento, es decir, la misma persona que se halla ahora privada de su libertad y que otorgó poder al doctor *Giovanni Francisco Rodríguez Jiménez* para que lo representara en estas diligencias. Se le designó defensor al doctor *Raúl Ramírez Ramírez* (fl. 57), comunicándosele que debía tomar posesión del cargo (fl. 61).

Como quiera que el citado profesional para ese momento desempeñaba un cargo público en la Contraloría Departamental del Cesar, fue sustituido por la Fiscalía mediante proveído del 9 de noviembre de 1993 (fl. 62), nombrándose al doctor *Francisco Corrales*, a quien se le comunicó la designación mediante oficio No. 4242 del once (11) siguiente (fl. 64).

El citado doctor Francisco Corrales Meriano fue legalmente posesionado el dieciocho de los citados mes y año (fl. 67), sin que pueda aceptar-

se las glosas que el aquí recurrente hace en el sentido de que procesalmente no se halla acreditado que dicho defensor tenga la condición de abogado titulado y tampoco ser ciudadano colombiano en ejercicio.

Por mandato del artículo 438 del Código de Procedimiento Penal, en ningún caso podrá cerrarse la investigación si no se ha resuelto la situación jurídica del imputado. Entonces, si el Fiscal instructor una vez declaró persona ausente a *Jesús Antonio Reyes*, designándole defensor de oficio y posesionado éste, le resolvió al imputado su situación jurídica, en manera alguna el cierre de investigación decretado podría vulnerar el debido proceso o el derecho de defensa.

En lo que sí le asiste razón al recurrente, es en que frente a la determinación de la pena, se desconoció la calificación dada a la conducta imputada a su representado, lo cual no puede remediarse mediante el ejercicio de la acción de revisión, como equivocadamente lo indicó el *a-quo*.

En efecto, mediante proveído del 4 de marzo de 1994, la Fiscalía Sexta de la Unidad Especializada de Valledupar, resolvió la situación jurídica de *Jesús Antonio Reyes*, con medida de aseguramiento de detención preventiva sin beneficio de excarcelación, consignando expresamente que como autor del homicidio en investigación, punible descrito "...en el Código Penal Colombiano en el libro II Título XIII, como delito contra la vida y la integridad personal, Capítulo I artículo 323, modificado por la Ley 40 de 1993, bajo la denominación genérica de *Homicidio*. Con pena de Prisión de 25 a 40 años" (fl. 73 - Cuad. anexo).

Sin que haya existido actuación distinta a la de notificación de la citada Resolución y de las comunicaciones a los organismos de seguridad del Estado para obtener la captura de Jesús Antonio Reyes, por auto del 17 del mismo mes y año, fue clausurada la investigación y se calificó su mérito con Resolución de Acusación de fecha 21 de abril siguiente y ejecutoriada a comienzos del mes de mayo siguiente (fl. 92), en la que también expresamente se consignó por la misma funcionaria en el capítulo de la "Calificación Jurídica", que el hecho punible imputado era el de Homicidio previsto en el artículo 323 del Código Penal y sancionado con pena de prisión de 25 a 40 años (fl. 88 id.)

En diligencia de Audiencia Pública celebrada el 8 de noviembre de 1994 (fl. 108 y ss.), la Fiscal como conclusión de su intervención demandó un fallo condenatorio "...de conformidad al pliego de cargos" (fl. 110), que como se sabe, lo fue por homicidio simplemente voluntario.

Por su parte el Defensor inicia su discurso advirtiendo que "...me dispongo a cumplir la sagrada misión de la defensa del señor *Jesús Antonio Reyes*, a quien se le imputa el delito de homicidio agravado...", intervención que en todo su contexto más parece de un apoderado de la parte civil o del ente acusador, que no de quien representa los intereses del procesado.

De su intervención se destaca:

"...se encontraban *Jesús Antonio Reyes* el victimario y la víctima de apellidos *Jaimes Velandia*, cuando fue por efecto de los tragos agredido sin justificación alguna, ni existir el más mínimo o sutil móvil mi defendido atacó a *Velandia* a *Jaime* (sic) *Velandia* hundiendo un puñal que acostumbraba a usar afectando la región del mesogastrio con una herida cortopunzante interesándole el sistema circulatorio hasta el punto que hubo parálisis hemodinámica y choque hipobolémico que condujo a la muerte casi que a la hora de haberse sucedido la agresión, la defensa ha estado buscando de qué prueba agarrarse para realizar el ennoblecimiento de esta causa, pero desgraciadamente todos los requisitos de los artículos 442 y 445 del C. de P. P., así como los exigidos por el artículo 2°, 3° y 4° y 61 del Código Penal para que el Juzgado profiera una sentencia condenatoria que la defensa no la pide sino entiéndase bien la acepta,

...sino que siendo el proceso un conjunto de pruebas no obstante no hay una sola que favorezca al procesado pues todos los testimonios son verosímiles y contextes en afirmar que la agresión fue con un fin gratuito y de los concurrentes los que no alcanzaron a ver porque se fueron a acostar antes de las ocho de la noche aseguran que *Jesús Antonio Reyes* andaba armado, el uso del arma es un indicio grave porque era una fiesta Nacional en donde se celebraba un agasajo de parte de su patrono y no existía al menos en ese momento ofensa verbal o de hecho que justificara la muerte de *Jaimes Velandia* pues ese señor ni siquiera reconoce en el plenario que hubiera abierto la boca ni para bien ni para mal, es decir, este es un vil asesinato del cual me daría pena hacer más odiosa la intervención porque según el principio general el que afirma aprueba, y la defensa no tiene cómo probar que existiera la legítima defensa o que mi cliente hubiera actuado por una ofensa contra el honor o contra su patrimonio económico o contra su propia vida, sino que algún demonio tendría mi cliente sediento de sangre que lo poseía y lo animaba para cometer ese hecho escalofriante, es más él anunció que tenía que matar a alguien en la Helenita, es decir que el homicidio por ese aspecto tiene carácter de asesinato pues se nota que fue ponderado ya que él salió al pueblo y regresó pudiendo guardar esa puñaleta en su casa, para regresar al escenario inerme como estaban sus compañeros, porque el calificativo de sapo tampoco se sabe a ciencia cierta a quién atribuírsele, ninguno dice que allí se le hubiese dicho sapo, sino el victimario quien afirma que él tenía que matar a alguien en la Helenita porque a su persona lo tenían como sapo, entre otras cosas el sapo es un animal inofensivo que no tiene que justificar que alguien mate a otro, con estos fundamentos suplico que no se le ponga el máximo de la pena sino el mínimo de la pena porque realmente el homicidio fue grave....." (fl. 110 y 111 - Cuad. Anexo).

Intervenciones de tal naturaleza, no pueden pasar desapercibidas para la Sala y por lo mismo, se ordenará compulsar copias con destino al Con-

sejo Seccional de la Judicatura de Valledupar (Cesar), para que, si lo estima pertinente, adelante la correspondiente averiguación disciplinaria contra el doctor *Hugo Francisco Corrales Meriano*.

Con base en el pedimento del defensor, en forma inexplicable e inconsulta con el pliego de cargos el Juzgado Tercero Penal del Circuito de Valledupar, dictó sentencia condenatoria contra *Reyes* el 22 del mismo mes y año, condenándolo a la pena de cuarenta (40) años de prisión, deduciéndole dos causales de agravación punitiva no contempladas en la Resolución de Acusación, de las que requieren señalamiento con juicio de valoración allí, bajo las siguientes consideraciones:

"De análoga manera el comportamiento del imputado resulta *Culpable*, a título de *Dolo*, debido a que éste conoció y quiso desde un principio el hecho ilícito, pudiendo perfectamente haber obrado de otra manera. Lo anterior se desprende perfectamente de las circunstancias anteriores, concomitantes y posteriores que rodearon al hecho punible ya que como vimos se extrae de los autos que el victimario llegó amenazando de muerte a los presentes en la escena del crimen y anunciando que era capaz de matar a alguien en la Helenita para que no lo trataran de sapo, lo que demuestra, además, que el motivo que lo llevó al acometimiento del punible lo fue totalmente abyecto o fútil, lo cual unido a que atacó a la víctima en situación de indefensión, pues ésta última en ningún momento se había metido con él, 'ni para bien ni para mal' como lo indica el mismo defensor, y por lo tanto nunca pensó que el homicida lo iba a agredir, y conocedor, así mismo, el agresor que su víctima se encontraba en ese estado de indefensión, sin portar arma de ninguna clase, ni nada, todo ello conduce a determinar que el homicidio cometido por *Jesús Antonio Reyes*, y por el cual fue acusado por la Fiscalía Sexta Unidad Especializada ya referida, tiene circunstancias de agravación punitiva, concretamente previstas como tal en los numerales 4 y 7 del artículo 324 del Código Penal..." (fl. 121).

Frente a esa situación gravemente anómala, la tutela interpuesta por el apoderado de *Jesús Antonio Reyes*, resulta procedente por la comprobación objetiva de la ostensible vía de hecho en que incurrió el Juzgador de primera instancia en su sentencia, al desconocer de manera manifiesta, que nadie puede discutir, el principio constitucional de legalidad en cuanto que aplicó al imputado una sanción con base en dos circunstancias de agravación punitiva no deducidas en la acusación, de las que ameritan análisis valorativo en ésta, se reitera, con lo cual indiscutiblemente se violó el debido proceso y, además, su derecho a la defensa, pues el defensor actuó como acusador, generándose evidentemente vías de hecho.

No le era dable al *a-quo* negar el amparo solicitado con el simple argumento de que el actor aún disponía de medios o vías judiciales idóneos para la garantía de los derechos reclamados, como la acción de revisión,

lo cual resulta inexacto como ya se dijo en principio, pues no tiene dentro de las causales que la hacen viable (art. 232 del C. de P.P.), aquella que permita corregir un error de la naturaleza del comentado, el cual tampoco tiene previsión legal que lo haga enmendable por el Juzgado de Ejecución de Penas.

Es claro entonces que *Jesús Antonio Reyes* no tenía medio judicial diferente a la acción de tutela ante la palmaria y gravísima vía de hecho denunciada por su apoderado. En consecuencia, se revocará el fallo recurrido para ordenar al Juez Tercero Penal del Circuito de Valledupar que dentro del término improrrogable de tres (3) días, proceda al restablecimiento de los derechos fundamentales conculcados y reconocidos en este fallo de tutela, desde la intervención del defensor en la audiencia pública.

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

RESUELVE:

1° *Revocar* la sentencia de fecha veinticuatro (24) de marzo del corriente año, mediante la cual el Tribunal Superior de Valledupar negó a *Jesús Antonio Reyes* la tutela de los derechos fundamentales al debido proceso y a la defensa invocados por su apoderado.

2° *Tutelar* los citados derechos fundamentales en favor del mencionado procesado, por las razones consignadas en precedencia y desde la intervención del defensor en la audiencia pública.

Para hacer efectivo el goce de los mismos, se ordena al Juez Tercero Penal del Circuito de Valledupar que dentro del término improrrogable de tres (3) días contados a partir del momento en que se le notifique este fallo, proceda a tomar las determinaciones judiciales correspondientes a fin de garantizar los derechos fundamentales aquí tutelados.

3° Con destino al Consejo Seccional de la Judicatura de Valledupar (Cesar), se compulsará copia de este fallo y de la actuación cumplida en el proceso penal seguido contra *Jesús Antonio Reyes*, desde la diligencia de posesión del defensor (fl. 67) hasta la sentencia que se profirió, inclusive (fl. 129).

4° Remítanse las diligencias a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

5° Notifíquese personalmente al Juez Tercero Penal del Circuito de Valledupar, para lo cual se comisiona al Magistrado *Adalberto Márquez Fuentes* de la Sala Penal del Tribunal Superior de la misma ciudad, enviándole copia de este fallo. A los demás sujetos procesales, conforme a lo previsto en el artículo 30 del Decreto 2591 de 1991 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

LEGITIMACION POR ACTIVA EN TUTELA, SINDICATO, DEBIDO PROCESO DE TUTELA: carece de legitimación el representante legal del sindicato para impetrar el amparo de los derechos a la salud y seguridad social de los trabajadores sindicalizados. Presente esta situación en el caso de estudio, la Corte declara la nulidad de lo actuado, para en su lugar rechazar la tutela

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal

Magistrado Ponente: *Dr. Carlos Augusto Gálvez Argote*

Radicación No. 5571

Aprobado Acta No. 76

Santafé de Bogotá, D. C., veinticinco (25) de mayo de mil novecientos noventa y nueve (1999).

VISTOS

Se pronuncia la Corte sobre la apelación interpuesta por *Libardo Muñoz Muñoz* quien obra como representante legal de los Trabajadores del *Sintraemsdes* -Sindicato de Trabajadores y Empleados de Servicio Públicos Autónomos e Institutos Descentralizados de Colombia-, contra la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Cartagena el 5 de abril del año en curso, mediante la cual le fue amparado el derecho de petición, negando por improcedente la tutela al derecho a la seguridad social de los servidores del Acueducto Regional de Arjona, Turbaco y Turbana, presuntamente vulnerados por el Gerente General de este ente territorial doctor Gustavo Guardo González.

FUNDAMENTOS DE LA ACCIÓN

Sostiene el accionante que el 15 de febrero del año en curso, sin que hasta la fecha se hubiese dado respuesta, como presidente del *Sintraemsdes* junto con todos los miembros de la Junta Directiva, solicitaron al doctor Gustavo Guardo González como Gerente General del Acueducto Regional Arjona, Turbaco y Turbana, adoptara las medidas pertinentes a fin de que se les garantizara el derecho a la seguridad social,

pues a pesar de que la Empresa "no ha dejado de descontarle al trabajador la cuota parte de ley para la protección en salud y pensión", y encontrarse los empleados afiliados al ISS, Saludcoop y Unimec, hace varios meses que no les son expedidos los respectivos carnés y tampoco se les presta atención médica por dichas entidades.

Afirma igualmente que la Empresa aduce carecer de dineros para costear la prestación de este servicio, pero se ignora en donde se encuentran los dineros correspondientes, poniéndose en riesgo al propio grupo familiar al no suministrarle seguridad social y aun cuando últimamente se ha optado por la contratación de algunos médicos particulares y la adquisición de drogas para ser distribuirlas por aquellos, con esto no se satisface desde luego riesgos como el de invalidez, vejez y muerte, entre otros.

Solicita, en consecuencia, el amparo de sus derechos fundamentales de petición y seguridad social.

FALLO IMPUGNADO

Para el Tribunal, ciertamente en su condición de Presidente de *Sintraemsdes*, Seccional Arjona, el señor *Libardo Muñoz Muñoz* habría solicitado al gerente doctor Gustavo Guardo González en escrito a él presentado el 15 de febrero del año en curso, le diera respuesta a algunas inquietudes relacionadas con la seguridad social de los empleados, sin que hasta la fecha la misma se hubiese producido, de donde surge evidente el menoscabo del derecho de petición que procede a proteger imponiendo un término de 48 horas para que se de contestación a las inquietudes que en representación de los trabajadores le fueran formuladas.

Ahora, en relación con el derecho a la seguridad social, cuya solicitud de amparo ningún reparo merece si se tiene en cuenta que en casos como el presente resulta conexo con el derecho a la vida, es claro que, en efecto, el patrono de los trabajadores de la Empresa de Acueducto Regional ha incumplido con las obligaciones de cancelar los respectivos aportes a las diferentes E.P.S. con las que se encuentran afiliados, lo que ha traído como consecuencia la suspensión en la prestación de los respectivos servicios. Sin embargo, en el caso concreto no se observa que los trabajadores hubiesen quedado sin servicio médico, como lo probó el accionado y lo admite el propio actor, en la medida en que médicos particulares han prestado el mismo y se les ha suministrado las drogas que han requerido, medida que en verdad ha sido transitoria pues consta igualmente que se ha entrado en conversaciones con el ISS para convenir una forma de pago, de donde no se presentaría vulneración alguna de los derechos a la seguridad social y la vida de los servidores de la Empresa, negando consecuentemente la tutela, con la prevención al gerente doctor Guardo González, para que en lo sucesivo "no repita el comportamiento omisivo respecto de los aportes a las diferentes E.P.S. y concrete los convenios de pago con todas ellas".

La Impugnación

Para el impugnante no puede admitirse que los argumentos aducidos por el accionado hayan tenido eco en el Tribunal, en la medida en que el propio gerente reconoce que no se ha dado cumplimiento a lo ordenado en el sistema general de salud ni en materia de riesgos profesionales, pues evidentemente la prestación de dicho servicio no se puede bajo ningún pretexto diferir a médicos particulares como se ha hecho en este caso, razón suficiente para solicitar se revoque el fallo impugnado en lo relativo al derecho a la seguridad social que efectivamente viene siendo objeto de vulneración.

Consideraciones

1. Ejercido el derecho de petición por el presidente del Sindicato de Trabajadores y Empleados de Servicio Públicos Autónomos e Institutos Descentralizados de Colombia, *Sintraemsdes*, Libardo Muñoz Muñoz, quien directamente junto con los miembros de la Junta Directiva de esa agremiación, desde el 15 de febrero del año en curso, elevaron al gerente general del Acueducto Regional de Arjona, Turbaco y Turbana, doctor Gustavo Guardo González, solicitud escrita en la cual se le manifestaban algunas inquietudes relacionadas con el hecho de haber descuidado el pago de los aportes a las diferentes E.P.S., dejando expuestos a los trabajadores sin la prestación del servicio de salud y en la que se reclama una pronta respuesta y solución al problema planteado y siendo que, en efecto, a la misma no se habría dado contestación, acertadamente en criterio de la Sala, el Tribunal de instancia accedió a tutelar ese derecho fundamental del actor, imponiendo al accionado que en el término de 48 horas a la notificación del fallo absolviera las inquietudes propuestas.

2. También se ocupó el *a quo* de lo concerniente con la eventual vulneración de los derechos a la seguridad social y salud de los asociados, asumiendo, pues nada se dijo sobre el particular, que el Presidente del *Sintraemsdes* quien expresó obraba "en representación del colectivo de los trabajadores afiliados a '*Sintraemsdes*', Seccional Arjona", que laboraban en el Acueducto municipal, podía legítimamente representar en este caso a esas personas naturales.

3. Al respecto debe en primer término precisarse que si bien no admite discusión el hecho de que el sindicato está legitimado para el ejercicio de la acción de tutela en aquellos casos en que deba acudir a este mecanismo para la protección de los propios derechos fundamentales que como persona jurídica tiene y de los que derivados de esta relación corresponden a los asociados, respecto de las personas naturales el mecanismo constitucional protector de derechos sólo es viable siempre que las conductas activa u omisiva imputables a la autoridad pública como vulneradoras de derechos, tengan directa relación con el propio reconoci-

miento y respeto como organización agremiada o indirectamente se deriven del ejercicio de los derechos como trabajadores y asociados al sindicato.

4. No obstante, cuando la esencialidad de la protección demandada gira alrededor de la tutela de los derechos fundamentales de las personas naturales, aun cuando se encuentren asociadas pero es ajena a la vinculación sindical y se trata solamente de buscar correctivos a conflictos que bien pueden derivarse del desarrollo mismo del contrato de trabajo o de la relación laboral, estos, en unos casos, corresponderá ser dilucidados por la justicia ordinaria especializada en esa materia y en otros, respecto de los cuales sea procedente la tutela, deberá directamente actuar el interesado, pues la representación que la ley le otorga al presidente de la organización sindical se encuentra claramente delimitada dentro de los linderos señalados en precedencia.

5. En este caso, como quiera que la intervención del accionante como presidente del *Sintraemsdes*, lo ha sido para procurar el amparo de derechos tales como el de la salud y seguridad social de trabajadores sindicalizados, pero en relación con los cuales no resulta viable la promoción de la tutela por comprometer una situación ajena al poder de representación legal radicado en cabeza de este dignatario, correspondía directamente su ejercicio a las personas naturales, pues además, el solicitante no ha aducido que esté agenciando derechos ajenos, que en todo caso no sería viable pues nada permite considerar que los titulares de ellos no estuvieren en condiciones de promoverlos por sí mismos.

6. En consecuencia, no mereciendo ningún reparo la tutela que al derecho de petición decidiera el a quo, como quiera que la vulneración del mismo por parte del gerente accionado quedó demostrada dentro de esta actuación, la misma será confirmada.

En su lugar, no encontrándose legitimado el actor para impetrar el amparo de los derechos a la salud y seguridad social de los trabajadores sindicalizados, por este particular aspecto, entonces, se declarará la nulidad parcial de todo lo actuado, para en su lugar rechazar la tutela.

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

RESUELVE:

1. *Declarar* la nulidad parcial de lo actuado respecto de la actuación adelantada por el Tribunal frente a los derechos a la salud y seguridad social de los trabajadores sindicalizados, en relación con lo cual carecía de personería para actuar el accionante.

2. Rechazar la demanda de tutela en lo que atañe al aspecto referido en el numeral anterior.

3. Confirmar en lo demás la sentencia impugnada.

4. Notifíquese de conformidad con lo previsto en el Artículo 30 del Decreto 2591 de 1991 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, Dídimo Páez Velandia, Nilson Pinilla Pinilla.

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria

DERECHO DE PETICION, DERECHO A LA DIGNIDAD: La sistemática interpretación de los artículos 5º, 6º, 12avo y 14avo del Código Contencioso Administrativo establece el deber que tienen los funcionarios públicos, en este caso el fiscal de notificar la decisión que resuelva la petición formulada por un tercero. La falta de información sobre la existencia de respuesta desconoce los derechos fundamentales del peticionario

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal

Magistrado Ponente: *Dr. Carlos E. Mejía Escobar*

Radicación No. 5611

Aprobado Acta No. 79

Santa Fe de Bogotá D. C., primero (1) de junio de mil novecientos noventa y nueve (1999).

Vistos

Decide la Sala la impugnación presentada por el accionante Javier Roa Salazar en contra del fallo proferido el 19 de abril de 1999 por la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Neiva (Huila), por medio del cual declaró improcedente la acción de tutela invocada en contra del Fiscal 14 Especializado de esa ciudad por la presunta violación del derecho fundamental de petición.

Fundamento de la Acción

El doctor Javier Roa Salazar presentó acción de tutela en contra del Fiscal 14 Especializado de Neiva (Huila) a quien señala responsable de la violación del derecho fundamental de petición, por no haber respondido una solicitud suya en el sentido de que certificará si para la fecha existían actuaciones en su contra en la Fiscalía a cargo del accionado.

Al escrito se agregó copia de la petición dirigida al Fiscal 14 Especializado en la que incluye la dirección y el número telefónico para efecto de notificaciones.

FALLO DE PRIMERA INSTANCIA

La Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Neiva (Huila), mediante fallo del 19 de abril de 1999 declaró improcedente la acción de tutela invocada por el actor, por cuanto consideró que el Fiscal accionado si dio respuesta oportuna a la petición, concluyendo tal cosa de las fechas de dos certificaciones expedidas, las mismas que permanecieron en el despacho a disposición del petente.

No encuentra el Tribunal que sea contrario a derecho la omisión en notificar al peticionario del contenido de la respuesta, pues estima que era deber de aquél permanecer atento a la respuesta, pues no se trataba de un acto de carácter judicial de obligatoria notificación.

LA IMPUGNACIÓN

El fallo fue impugnado por el accionante, quien dedica la totalidad de la sustentación del recurso a señalar la necesidad de la notificación de los actos administrativos, explicando, con abundantes citas jurisprudenciales y legales, la importancia de tal actuación como fundamento del principio de publicidad que como principio orientador de las actuaciones de la administración contiene el artículo 3° del Código Contencioso Administrativo.

Además señala que la respuesta entregada por el Fiscal 14 especializado no es suficiente con respecto a la petición hecha y que de no haber mediado la presentación de esta acción de tutela, jamás se habría enterado de la respuesta, agregando que se presentó en la Secretaría común de la Unidad de Fiscalías a la que pertenece el Fiscal Accionado, en donde nada se le informó acerca de su petición.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

1.- Como premisa necesaria de la decisión que se adoptará es necesario reiterar el carácter fundamental del derecho de petición que consagra el artículo 23 de la Constitución Política, habida cuenta de su inclusión como tal en el capítulo I del título II que contiene la enumeración de los derechos de tal naturaleza.

Ese derecho no solo es fundamental por su definición constitucional como tal, sino porque su existencia es absolutamente necesaria en un Estado que como el colombiano ha adoptado una forma de organización "democrática, participativa y pluralista" (Artículo 1 de la Constitución Política), perspectiva dentro de la cual la facultad que le asiste a todos los ciudadanos para presentar peticiones respetuosas ante las autoridades, no es otra cosa que un adecuado ejercicio de participación ciudadana en los asuntos de la administración como órgano transparente sujeto al co-

nocimiento y al control público, con las excepciones legales y constitucionales de reserva.

2.- En este orden de ideas, la petición presentada por el accionante Javier Roa Salazar ante el Fiscal 14 Especializado de Neiva se inscribe dentro del ejercicio del derecho de petición (folio 8) pues se ha dirigido a una autoridad pública y contiene una solicitud respetuosa de una información concreta.

Aparece así mismo reconocido por el Fiscal 14 Seccional de la Unidad Delegada ante los Jueces Penales del Circuito de Neiva (Huila) que se limitó a firmar dos constancias, una con fecha del 18 de marzo de 1999, en la que señalaba la inexistencia de actuaciones en la Fiscalía a su cargo en contra del peticionario, y otra el día siguiente, corrigiendo la anterior, en la que anotó la existencia de una actuación, de lo que nunca informó al solicitante, pues, a su juicio, "(...) siempre quien hace la solicitud debe estar atento a conocer qué se ha decidido, lo que no ha hecho el accionante hasta la fecha" (folio 12).

Si se tiene en cuenta que dicha explicación es entregada por el señor Fiscal el 12 de abril de 1999, resulta evidente que tal época frente a la de la solicitud (5 de marzo de 1999) supera el término legal de respuesta que el artículo 6° del Código Contencioso Administrativo señala como lapso máximo para el efecto.

3.- Ahora bien, tanto el Fiscal accionado como la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Neiva estiman que no está dentro de los deberes del Funcionario público, ante quien se invoca la petición, la notificación de la decisión y es frente a ese punto en concreto que el impugnante manifiesta su disenso de la decisión del Tribunal pues tal fue el fundamento jurídico principal para declarar la improcedencia de la acción de tutela.

4.- Una interpretación como la que hacen el Fiscal accionado y el Tribunal, desnaturaliza el carácter democrático del derecho de petición al reducir el deber del Funcionario Público al simple formalismo de elaborar una respuesta con prescindencia del derecho que le asiste al peticionario de conocerla, bajo la excusa de no estar dentro de sus deberes funcionales el de informar al solicitante acerca de la existencia de la misma.

Tan estrecha interpretación de los deberes del servidor público, desconoce claros preceptos legales que interpretados sistemáticamente llevan a concluir indubitablemente que la administración y en este caso el Servicio Público de Administración de Justicia, tiene el deber de indicarle al peticionario sobre la existencia de la respuesta. Al efecto basta únicamente la lectura del artículo 5° del Código Contencioso Administrativo que impone como requisito para la presentación de la petición escrita "la indicación del documento de identidad y de la dirección", señalándose en normas

siguientes que el objeto de la exigencia de tal requisito es precisamente el de informar al peticionario sobre, por ejemplo, la imposibilidad de responderle dentro del término legal (artículo 6°); la insuficiencia de la documentación presentada (artículo 12) o el enteramiento del contenido de la decisión a terceros determinados (artículo 14).

Adicionalmente a lo anterior, la falta de información al peticionario sobre la existencia de la respuesta, cuando en la petición se han anotado los datos personales y domiciliarios necesarios para el efecto, resulta violatorio del principio fundamental del respeto de la dignidad humana pues desconoce al usuario del servicio público como sujeto de derechos.

Así mismo la acitud del Fiscal 14 Seccional de Neiva, que prohija el Tribunal, es directamente violatoria del principio, también fundamental, de efectividad de los principios, derechos y deberes que consagra la Constitución, pues una respuesta de la que no se entera al usuario que solicita el dato hace nugatorio el ejercicio del derecho de petición al restringir su ámbito de conocimiento exclusivamente al círculo del Funcionario emisor de la información, desnaturalizando completamente el objeto de tal derecho que es precisamente el de permitir el acceso de los ciudadanos a la información.

No obsta en contra de tal interpretación el reconocimiento de una carga razonable en cabeza del usuario para averiguar por el resultado de su gestión, pero la diligencia que debe asistir al particular no exime al servidor público de sus responsabilidades.

5.- Sin embargo de lo expuesto y habida cuenta que en el documento remitido por la Fiscalía 14 Especializada de Neiva (folio 14) aparece anotado que se entregaron las certificaciones que aparecen a folios 15 y 16, no se amparará el derecho de petición por cuanto esa respuesta es suficiente y por tanto finiquita la violación del derecho fundamental cuya protección se solicitaba, aunque se prevendrá a la autoridad para evitar la repetición de la misma omisión.

Igualmente se mantiene esa decisión frente al reclamo del impugnante por la insuficiencia de esa respuesta, pues contrastado su contenido, visible a folio 16, con la petición del folio 8, aquella responde adecuadamente al contenido del cuestionario en cuanto aquel se limitó a la averiguación sobre la existencia de investigaciones previas o preliminares en contra del actor y a la obtención de certificación sobre la clase de diligencias en su contra, a lo que el Fiscal 14 Especializado respondió señalando la existencia de una investigación concreta y advirtió que "esta (es) la única investigación vigente en este despacho", forma de respuesta adecuada al interrogante planteado.

Es por las anteriores razones que La Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

1°.- *Confirmar*, por las razones anotadas en la parte motiva, la sentencia del 19 de abril de 1999 proferida por la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Neiva (Huila) y *Prevenir* al Fiscal 14 Seccional de la Unidad Delegada ante los Juzgados Penales del Circuito de la misma ciudad para que en futuras actuaciones evite repetir la omisión de informar al peticionario acerca de la existencia de la respuesta al derecho de petición.

2°.- En firme esta decisión remítanse las diligencias a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

Notifíquese y Cúmplase

Jorge Aníbal Gómez Gallego, Fernando Arboleda Ripoll, Ricardo Calvete Rangel, Jorge E. Córdoba Poveda, Carlos A. Gálvez Argote, Edgar Lombana Trujillo, Mario Mantilla Nougues, Carlos E. Mejía Escobar, Nilson Pinilla Pinilla.

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria

DERECHO A LA EDUCACION, EXCEPCION DE INCONSTITUCIONALIDAD: La exigencia para autorizar la matrícula consistente en demostrar la compra de material didáctico en el establecimiento universitario, desconoce el artículo 4º de la Constitución Política y vulnera el derecho a la educación del accionante/ **SENTENCIA DE TUTELA:** es excesiva la sentencia cuando sin que así se haya solicitado así en las pretensiones se ordena al accionado el otorgamiento de créditos para matrícula.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal

Magistrado Ponente: *Dr. Ricardo Calvete Rangel*

Radicación No. 5645

Aprobado Acta No. 84

Santafé de Bogotá, D.C., nueve (9) de junio de mil novecientos noventa y nueve (1999).

VISTOS

Se resuelve la impugnación interpuesta por la apoderada de Betty Gongora Pedraza, *rectora de la* Universidad Abierta y a Distancia, *UNAD, contra la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Tolima, mediante la cual se concedió la acción de tutela instaurada por* Adriana Marcela Reinoso Palma.

FUNDAMENTOS DE LA ACCIÓN

1. La demandante cursó tercer semestre en la Facultad de Psicología Social Comunitaria en la Universidad Nacional Abierta y a Distancia en Ibagué.

2. La entidad accionada certificó:

2.1. La demandante para cursar cuarto semestre debe cancelar por concepto de matrícula $321.000 y por textos $186.500, anotando que el aumento porcentual de aquella había sido del 11.45%.

2.2. Es obligación para los estudiantes comprar los textos que se ofrecen para el programa de estudios en el centro de educación, pues es un requisito exigido por la facultad para que el educando pueda "contextualizar, entender y avanzar en sus logros", a más de ello al suscribir el contrato de matrícula se le informa ampliamente sobre esta circunstancia y adquiere ese compromiso, el que está expresamente señalado en el formulario.

2.3. El Coordinador de la facultad constató que la peticionaria no es estudiante por no haberse matriculado ni acogido a la opción de prórroga mediante firma de acta de compromiso para adquirir la calidad de asistente.

2.4. El Consejo Directivo de la UNAD en sesión del 1° de marzo de 1999 acordó ampliar el plazo para el pago de la matrícula hasta el 17 de abril del año en curso, haciendo la advertencia que en este caso a los estudiantes los "tutores están impedidos de recibir y calificarles trabajos a los estudiantes hasta tanto no hayan cancelado la matrícula y textos"

3. La demandante acusa a la Universidad Nacional Abierta y a Distancia y al Director del CRERAD en Ibagué de desconocerle sus derechos a la educación, acceso a la cultura, libre desarrollo de la personalidad, igualdad, libertad de aprendizaje e investigación, porque a pesar de la difícil situación económica por la que atraviesa se ha hecho un desmesurado aumento en la matrícula y además, no se le autoriza el trámite de aquella sin el pago de los textos que se exigen para cursar el semestre correspondiente.

La Sentencia del Tribunal

Las reclamaciones de la tutelante fueron aceptadas con las siguientes razones:

La situación que se debe examinar es si la obligación de comprar los textos para el IV semestre de Psicología Social y Comunitaria en la Universidad, impuesta por la UNAD, desconoce los derechos fundamentales de la demandante.

En verdad que a los estudiantes se les impone la obligación de adquirir los materiales de estudio en el propio centro educativo, constituyendo ello una carga económica que vulnera el derecho fundamental a la educación, pues le impone trabas para su normal desarrollo.

El aumento de las matrículas en sí no fue excesivo pues estuvo en el orden del 11.45% en relación con los costos del semestre anterior, lo que es justo en consideración a los valores que demanda el mantenimiento del establecimiento universitario para garantizar una educación eficiente y de alto nivel académico. De tal forma que con ello no se quebranta el derecho a la igualdad.

Como está "demostrada la imposibilidad de *Adriana Marcela Retnoso Palma* de pagar en su totalidad el costo de la matrícula", la Universidad debe diferir dicho pago mediante un crédito respaldado con un pagaré que suscribirá la interesada por el valor correspondiente. Se ordenó a la accionada autorizar la matrícula extraordinaria sin que implique mayores costos y sin exigirse la copia de textos y material didáctico en el mismo centro de educación.

La Impugnación

La impugnante presentó como argumentos de su inconformidad contra la sentencia de primera instancia, los siguientes:

Las organizaciones de educación superior que ofrecen programas con metodología a distancia tienen procesos autodirigidos e individualizados en el aprendizaje, por lo que es necesario que se adquieran los materiales básicos, los cuales son esenciales en el aprendizaje en ese sistema educativo. Advierte además la recurrente que la Universidad cobra unos derechos de matrícula muy bajos y no tiene el sistema de crédito educativo.

Consideraciones

1. Con base en el artículo 86 de la C.N. hay que admitir que el Juez Constitucional está facultado para controlar los actos arbitrarios que se susciten con ocasión del ejercicio de los derechos y deberes que tienen las partes en el contrato educativo, siempre que se afecten los derechos fundamentales.

2. El artículo 122 de la Ley 30 de 1992, autoriza a los centros de educación superior a fijar los costos de inscripción, matrícula, habilitaciones, cursos especiales o permanentes, derechos de grado, expedición de certificados o constancias, servicio médico asistencial y otros derechos "complementarios" que no podrán exceder del 20% del valor de la matrícula.

3. El principio de la autonomía universitaria y el ejercicio de las facultades que otorga la citada ley a las autoridades escolares no son de carácter absoluto, pues aquellas en sus determinaciones deben siempre acatar los mandatos superiores, de lo contrario podrían desconocer derechos fundamentales, como el de la educación, el cual supone la oportunidad de acceder a los conocimientos que le permitan a la persona alcanzar el pleno desarrollo de su personalidad.

4. La naturaleza del derecho a la educación obliga a rechazar las prácticas que conducen a obstaculizar el acceso a ella, cualquiera que sea la forma adoptada, como cuando se impone una obligación como la cuestio-

nada en la demanda por el actor, pues en ese caso tal determinación no promueve los valores culturales, la calidad de la educación, la adecuada formación, la libre investigación y la diversidad conceptual. En consecuencia dicha condición resulta desproporcionada en el caso en examen con los fines que son de la esencia de dicho derecho.

5. En el presente caso la Universidad no autoriza el trámite de la matrícula si no se paga el material correspondiente a las asignaturas a cursar, según órdenes impartidas por la Rectora del establecimiento en cumplimiento a lo dispuesto por el Consejo Directivo en sesión del 1 de marzo de 1999.

Los textos requeridos tratan temas que se pueden localizar fácilmente en el comercio, con alumnos, bibliotecas, librerías, ya que corresponden a los Enfoques Teóricos de Psicología, Procesos Psicológicos Básicos, Psicología Transcultural, y La ciencia y el Científico III. Por este motivo pierde su razón de ser el argumento de la Universidad, pues si se pueden conseguir por otros medios diferentes no existe razón válida para exigir a la estudiante la compra de los textos en el mismo establecimiento y menos elevar tal exigencia a la categoría de requisito para autorizar la matrícula del semestre, por lo que las órdenes impartidas por la Universidad en tal sentido son opuestas al artículo 4 de la C.N.

6. Para la Sala no hay duda que las autoridades escolares que actuaron del modo que se ha dicho lo hicieron de manera arbitraria e irregular, no obraron acorde con las normas constitucionales en mención, vulnerando el derecho a la educación de la peticionaria.

7. En la sentencia de primera instancia se conminó a la accionada a otorgar un crédito a la peticionaria por el valor correspondiente a la matrícula, con el argumento de que estaba "demostrada la imposibilidad" de pagar la totalidad del costo de la matrícula. Esta determinación es censurada por la impugnante aduciendo en su favor la autonomía universitaria y la ausencia de sistema de crédito educativo en la Universidad para los estudiantes.

El juez de tutela en sus decisiones debe pronunciarse sobre las pretensiones del actor, entrando a decidir con base en las pruebas recolectadas en la actuación, y en situaciones como la presente, acatando el artículo 67 de la Carta Política que establece la autonomía Universitaria, pues con base en ella los Establecimientos de Educación Superior tienen derecho a regirse por sus propios estatutos, siempre que éstos no sean contrarios al ordenamiento jurídico.

En el capítulo cuarto de la demanda se hace referencia a las pretensiones, las que el fallador transcribió en la sentencia, no encontrándose entre aquellas la petición de otorgamiento de crédito para el pago de la matrícula. Además, si bien es cierto que la accionante habló de encontrarse en

difícil situación económica, también lo es que en el expediente de tutela no existe prueba que demuestre dicha aseveración, ni la "imposibilidad" de pago a que hizo referencia la sentencia recurrida. Aún teniendo por cierto el argumento de la actora o del Tribunal, tampoco se comprobó que la vulneración de los derechos fundamentales fuese consecuencia de hecho ni atribuible a la conducta de la accionada. Luego la determinación del Tribunal que ordenó el crédito para la matrícula de la demandante carece de respaldo probatorio y es excesiva, por lo que esa orden deberá ser revocada.

8. La Sala confirmará parcialmente el numeral primero de la parte resolutiva del fallo impugnado, por lo dicho en los numerales anteriores.

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

RESUELVE:

1. Confirmar parcialmente el numeral primero de la parte resolutiva del fallo impugnado, revocándose la orden impartida de "otorgársele un crédito racional y diferido mediante la suscripción de un pagaré que garantice el valor de la matrícula", por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

2. En firme esta decisión remítase a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

3. Notifíquese de conformidad con el artículo 30 del decreto 2591 de 1991 y cúmplase.

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

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria

DEBIDO PROCESO DE TUTELA, NULIDAD EN TUTELA: se está ante una causal de nulidad cuando no se informa a la parte accionada sobre la totalidad de derechos enlistados por el demandante como vulnerados. En estos casos, no opera la presunción establecida en el artículo 20 del decreto 2591 de 1991

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal

Magistrado Ponente: *Dr. Carlos Augusto Gálvez Argote*

Radicación No. 5647

Aprobado Acta No. 84

Santafé de Bogotá, D.C., nueve (9) de junio de mil novecientos noventa y nueve (1999).

VISTOS

Desata la Corte el recurso de apelación interpuesto por la señora *Ismera Yaneth Suarez Loaiza*, quien obra como presidenta de la Junta de Acción Comunal del barrio Las Malvinas de la ciudad de Santa Marta, contra el fallo del Tribunal Superior de esa capital fechado el 16 de abril del año en curso, por medio del cual le fue amparado el derecho fundamental de petición presunamente vulnerado por la Directora del Departamento Administrativo de Salud Distrital, doctora Ana María Diazgranados Guido.

FUNDAMENTOS DE LA ACCIÓN

Explica la accionante que el día 21 de enero del año en curso mediante escrito dirigido a la Directora del Departamento Administrativo de Salud Distrital, doctora Ana María Diazgranados Guido, se le solicitó el nombramiento de un médico de planta o permanente en el puesto de salud de Las Malvinas, en razón a las más de 4.000 personas que el mismo debe cubrir y de la atención que para la comunidad especialmente los niños debe prestar, sin que hubiese dado respuesta alguna, con lo cual se están poniendo en riesgo los derechos fundamentales de los niños, petición, igualdad y salud, acorde con los artículos 44, 23, 13 y 49 de la Constitución Política.

Llamada a concretar las aspiraciones perseguidas a través de la tutela, la accionante manifestó que si bien el puesto de salud contaba siempre con un médico en el horario de la mañana, cada día llegaba un galeno diferente, cuando lo pretendido es un médico estable. Puso de presente además, que en dicho puesto no se cuenta con ningún elemento para trabajar, como tampoco se cuenta con servicio de ambulancia, que el servicio es precario pues se atiende a los moradores de los barrios Ocho de Febrero, Villa U, Villa del Carmen, Simón Bolívar, Villa del Río, Villa del mar, entre otros.

Reconoció que si bien como lo sostuvo la accionada no se anotó en el escrito presentado ante la Dirección del Departamento Administrativo de Salud Distrital la dirección de la sede de la Junta de Acción Comunal, ello no obstaba para que se les hubiese dado respuesta toda vez que la misma era conocida en la propia Secretaría de Desarrollo Comunitario, en donde incluso se conocía cuál era el teléfono de la sede.

Fallo Impugnado

Referido exclusivamente al derecho de petición, advierte el Tribunal cómo en la respuesta dada por la accionada se expresa que efectivamente la solicitud remitida por los directivos de la Junta de Acción Comunal del barrio Las Malvinas fue contestada el 17 de febrero del año en curso -aportando su fotocopia al expediente y enterándose de su contenido a la señora Suárez Loaiza-, solo que no se habría remitido copia de ella a los interesados por ser desconocida su dirección y tampoco haberse anotado en el escrito, razón por la cual dicha contestación habría sido publicada en la cartelera de la Institución.

En estas condiciones, para el *a quo* al contrastar la excusa manifestada por la doctora Ana María Díazgranados Guido con las afirmaciones de la señora Suárez Loaiza, se comprende que la aducida respuesta "no existió", lo cual asegura "se infiere, precisamente por su inasistencia a la cita formulada para escucharla en declaración, y sin que se hubiese tomado el trabajo de excusarse tal y como lo indican elementales normas del trato social".

En consecuencia y en el entendido de que no se habría dado respuesta a la petición formulada por los miembros de la Junta de Acción Comunal del Barrio Las Malvinas, ampara el derecho consagrado en el artículo 23 de la Carta Política.

La Impugnación

En sustento del recurso de apelación interpuesto, manifiesta la accionante que en el fallo de primera instancia no se dio plena respuesta sobre todos los derechos fundamentales vulnerados, limitándose el *a quo*

exclusivamente al de petición, en relación con el cual, por lo demás, asegura no haberse cumplido la orden del Tribunal por parte de la accionada, cuando la verdad es que se adujeron además como vulnerados el derecho a la igualdad, los derechos de los niños y la salud.

CONSIDERACIONES

1. Razón asiste a la impugnante en tanto advierte que no obstante haber sustentado la vulneración de diversos derechos fundamentales tales como el de igualdad, petición, salud y en general los derechos de los niños en la comunidad habitante del barrio Las Malvinas en la ciudad de Santa Marta, por parte de la Secretaria de Salud Distrital doctora Ana María Díazgranados Guido, el Tribunal exclusivamente se ocupó del tema referido al de petición, toda vez que en verdad resulta claro frente al caso la autonomía que como objeto de protección tienen las diferentes garantías principales cuyo quebranto se afirma, circunstancia ante la cual se ameritaba un pronunciamiento en relación con ellos.

2. En efecto, ya en varias oportunidades ha precisado la Sala que hacen parte de las garantías de los sujetos intervinientes en el trámite de la acción de tutela, el imperativo de que el juez constitucional se pronuncie en relación con todos y cada uno de los derechos cuya protección se pretende.

3. De manera exclusiva, el Tribunal de instancia se ocupó sobre el derecho de petición resolviendo favorablemente su amparo, en aparente aplicación del artículo 20 del Decreto 2591 de 1991 y considerando que no obstante dar respuesta a la tutela impetrada en su contra en relación con la limitada comunicación que sobre tal derecho le fuera hecha, la doctora Díazgranados Guido no habría acudido ante esa colegiatura a rendir declaración, pero sin atender en manera alguna a los demás derechos que involucrara en la demanda de tutela la peticionaria y en relación con los cuales, en consecuencia, tampoco habría sido interrogada la accionada, proceder este que se observa contrario al debido proceso estatuido en la propia Constitución Política y cuya corrección corresponde a la Corte declarando para el efecto la nulidad de la sentencia de primer grado calendada el pasado 16 de abril del año en curso.

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

RESUELVE:

1º *Declarar la Nulidad* de la sentencia de fecha dieciséis (16) de abril del año en curso, mediante la cual el Tribunal Superior de Santa Marta tuteló el derecho de petición de la señora *Ismera Yaneth Suarez Loaiza* fallo impugnado.

2º Devolver las diligencias al Tribunal de origen para que se proceda de acuerdo con lo señalado en la parte motiva.

3. Notifíquese de conformidad con lo dispuesto en el artículo 16 del Decreto 2591 de 1991 y cúmplase.

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

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria

IMPEDIMENTO EN TUTELA, DEBIDO PROCESO DE TUTELA: La calidad que ostenta el Magistrado Ponente de Presidente de la Junta Administrativa de la Universidad accionada es una circunstancia de incuestionable fundamento para admitir el impedimento por el funcionario.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal

Magistrado Ponente: *Dr. Carlos Augusto Gálvez Argote*

Radicación No. 5743

Arobado Acta No.84

Santafé de Bogotá, D.C., nueve (9) de junio de mil novecientos noventa y nueve (1999).

VISTOS

Conforme lo estatuye el artículo 106 del Código de Procedimiento Penal, se pronuncia la Sala de plano sobre la manifestación de impedimento expresada por el doctor *Adalberto Marquez Fuentes*, Magistrado de la Sala Penal del Tribunal Superior de Valledupar.

ANTECEDENTES

Contra el rector de la Universidad Popular del Cesar, doctor Roberto Daza Suárez y los Concejos Académico y de la Facultad de Ingenierías y Tecnologías de la misma, el estudiante Samir Gámez Hoyos interpuso acción de tutela sobre la base de estimar que le han sido vulnerados sus derechos constitucionales fundamentales de petición, igualdad y educación.

Explicó el accionante que cursó primer semestre de Ingeniería Agro Industrial en el referido centro docente habiendo desaprobado las asignaturas de química general y técnicas de la comunicación, teniendo que habilitar una de ellas y repetir la otra. No obstante, cuando fue a solicitar su orden de matrícula, le apareció como materia perdida, además, dibujo técnico, cuando en realidad esto "se debió a un error del profesor Vicente Mendoza Hinojosa..., quien utilizando una metodología poco ortodoxa (sic),

para calificarnos, omitió relacionar las tres evaluaciones que me correspondían por período".

Adelantado el trámite de la acción de amparo en la primera instancia, el Juzgado Cuarto Penal del Circuito de Valledupar negó la tutela impetrada en decisión del 12 de mayo del año en curso, estimando que con base en el principio de autonomía universitaria que en este caso se impone, no le es dable al Juez de tutela entrar a cuestionar los estatutos de la Universidad Popular del Cesar, máxime cuando se carece de cualquier sustento probatorio para establecer si existió o no error por parte de ese claustro y además, ya habría fenecido el término reglamentario que tenía el estudiante para alegarlo.

Impugnada esta decisión por el estudiante, correspondió la ponencia en segunda instancia al Magistrado doctor Adalberto Márquez Fuentes, quien por auto del día 24 de ese mismo mes se declaró impedido para desatar el recurso aduciendo las causales primera y cuarta del artículo 103 del Código de Procedimiento Penal; aquélla dijo se sustenta en el hecho de ser actualmente Presidente del Consejo Superior de la Universidad Popular del Cesar, razón suficiente para tener "un interés de carácter académico-administrativo en favor de dicho centro de Educación Superior", lo cual, explicó, "como es natural, puede sesgar mi ánimo para proceder con sindéresis, independencia e imparcialidad en el examen de este asunto" y la última con el argumento de que ese mismo compromiso existente con el Centro de Educación Superior, hace que pueda "tener la condición de contraparte del estudiante que incoó la acción de tutela en contra de la Universidad".

Para los demás integrantes de la Sala de decisión, por auto del 26 de mayo posterior declararon que los dos motivos aducidos por el doctor Márquez Fuentes para separarse del conocimiento de este asunto no concurren.

Así, respecto del primero, niegan el impedimento sobre la base de que la acción de tutela se ha dirigido contra el Rector y los Concejos Académicos y de la Facultad de Ingeniería, por lo que correspondería eventualmente a estas autoridades proceder al restablecimiento de los derechos, sin que una determinación sobre el particular pudiese llegar a comprometer al Consejo Superior de la Universidad que no fue demandado. Pero menos aún se admite la causal cuarta pues como ya se advirtió, al no estarse accionando contra el referido Consejo Superior mal puede afirmarse que el funcionario excusado es contraparte del accionante en este proceso.

Consideraciones

1. Se han entendido los impedimentos como aquellas circunstancias personales que hacen susceptible al funcionario judicial de ser alterado

en su imparcialidad y por ende que concurren como motivos enervantes de su actividad y ejercicio del cargo, al extremo de hacerle imperativo por mandato legal la necesidad de separarse del conocimiento en un particular evento, según las causales señaladas en la ley.

2. Así, entre los motivos que se imponen a los administradores de justicia en el campo penal para dicha declaratoria de inhibición, ha consagrado el artículo 103 del Código de Procedimiento Penal doce causales, cuya aplicación corresponde dentro del trámite de tutela por integración expresa que de ellas hace a esta actuación el artículo 39 del Decreto 2591 de 1991.

La primera, en el mismo orden en que ha sido invocada por el Magistrado que se ha excusado de intervenir en la segunda instancia como ponente dentro de este trámite de tutela, dice relación a que el funcionario judicial tenga algún interés en el proceso, causal que en el caso *sub júdice* se concreta en que el Magistrado doctor *Márquez Fuentes* ostenta en la actualidad la condición de Presidente del Consejo Superior de la Universidad Popular del Cesar, claustro de enseñanza superior contra el cual el estudiante Samir Gámez Hoyos a accionado a través del mecanismo consagrado por el artículo 86 Constitucional.

3. Categóricamente, respaldado en los documentos que hacen la acreditación correspondiente, ha manifestado el señor Magistrado *Márquez Fuentes* que al ser integrante del Consejo Superior Universitario como máximo órgano de dirección y gobierno de la Universidad Popular del Cesar, siente afectado el ponderado y equilibrado juicio que debe tener para desatar la segunda instancia, en razón de mediar tal estrecha vinculación con la entidad educativa accionada. A su turno, para sus dos compañeros de Sala ello no lo inhabilita para conocer de la tutela, en el entendido de que el Magistrado excusado no ha sido sujeto demandado a través de este mecanismo protector de derechos y no le correspondería adoptar ninguna decisión frente a la violación de derechos que se afirma.

4. Dentro de este contexto, el criterio de la Corte que se opone al parecer manifestado por los señores Magistrados que en la instancia rechazaron el impedimento, es el de que el fenómeno debe ser valorado de distinta manera sin que para su estudio sea menester tomar en cuenta que el Magistrado doctor *Márquez Fuentes* no hubiese sido directamente demandado como integrante del Consejo Universitario, o que no le corresponda al interior del claustro entrar a resolver el conflicto suscitado, pues si se le hubiese vinculado al asunto de tutela el motivo de la inhibición se sustentaría en otra de las causales del citado artículo 103, sin que esta circunstancia sirva de respuesta para desechar la existencia del primer motivo aducido inicialmente en procura de ser relevado del conocimiento de este asunto.

5. Precisamente en relación con la primera causal del artículo 103 en comento, surge en el caso *sub júdice* la comprobación del elemento obje-

tivo que por sus características sustenta el requisito relacionado con la existencia de un interés en el proceso que bien puede calificarse acá de específico, personal y concreto, como que es comprensible que no pueda el señor Magistrado *Márquez Fuentes* eludir la condición de miembro integrante de la Universidad Popular del Cesar, como presidente de su principal órgano decisorio, para sobreponerse a esa cualificada circunstancia y el compromiso que en la relación de cuerpo se tiene con este ente educativo, en cual resulta inherente a esa vinculación y resolver en relación con un asunto que involucra la vulneración de derechos constitucionales fundamentales imputados a este centro de enseñanza superior, en la medida en que no se está frente a una situación hipotética sino de indiscutible y real configuración, respecto de la cual la expresión negativa del propio funcionario debe primar por tener un incuestionable fundamento en un fenómeno de comprobada existencia, de donde para la Corte es imperioso por lo fundado aceptar el impedimento dentro de este contexto expresado.

6. Y, si bien basta la concurrencia de esta causal para que prospere el impedimento manifestado, en relación con la cuarta que también adujera el doctor Márquez Fuentes, la misma no se presenta y en ello sí asiste razón a la decisión que la niega por parte de los señores Magistrados del Tribunal, pues evidentemente la pugnacidad de intereses que en algún momento pueden existir entre el actor estudiante Samir Gámez Hoyos y el funcionario judicial que se ha excusado de conocer de este asunto, justifica plenamente su separación del mismo por acreditar así demostrada la primera causal del artículo 103 en cita, pero en manera alguna porque de tal contraposición se entienda estructurada esta nueva causal en la medida en que la calidad de contraparte implica la existencia de una relación jurídico procesal que, desde luego, en manera alguna es predicable en el evento objeto de esta decisión.

En consecuencia, se separará al señor Magistrado doctor *Adalberto Márquez Fuentes* del conocimiento de la acción de tutela presentada por Samir Gámez Hoyos, debiéndose devolver el expediente a la Sala remitente, con miras a que la misma se integre debidamente.

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

RESUELVE:

1° *Aceptar el impedimento* manifestado por el *Doctor Adalberto Márquez Fuentes* y en consecuencia separarlo del conocimiento de la acción de tutela promovida por Samir Gámez Hoyos.

2. Devuélvase el expediente a la Sala remitente a fin de que proceda de conformidad con lo señalado en la parte motiva de esta decisión.

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, Mario Mantilla Nougues, Carlos Eduardo Mejía Escobar Nilson Pinilla Pinilla.

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria

DERECHO DE PETICION EN ENTIDADES PARTICULARES, CESACION DE LA ACTUACION IMPUGNADA: Se vulnera el derecho de petición cuando no se informa al peticionario sobre el sentido de la respuesta. La comunicación enviada al juez de tutela de ninguna manera puede suplir el deber que tiene la entidad de dar respuesta a las solicitudes respetuosas que le eleven particulares

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal

Magistrado Ponente: *Dr. Ricardo Calvete Rangel*

Radicación No. 5667

Aprobado Acta No. 86

Santa Fe de Bogotá, D.C., quince (15) de junio de mil novecientos noventa y nueve (1999).

VISTOS

La Sala resuelve el recurso interpuesto por Homero Clavijo Soto contra la sentencia proferida por la Sala Penal del Tribunal Superior de Ibagué, mediante la cual se denegó la tutela interpuesta por el recurrente contra la Federación Nacional de Cafeteros y El Comité de Cafeteros del Tolima, a quienes acusa de haberle desconocido el derecho fundamental de petición.

FUNDAMENTOS DE LA ACCIÓN

1. El demandante aduce como argumentos de su pretensión:

1.1. Laboró para la Federación Nacional de Cafeteros y/o Comité Departamental de Cafeteros del Tolima desde el 28 de agosto de 1961 hasta el 26 de febrero de 1992.

1.2. Ha solicitado a las entidades accionadas en noviembre de 1996, julio, octubre, noviembre y diciembre de 1998 que le expidan certificación sobre tiempo de servicios, cargo desempeñado, salario devengado y los valores cancelados en los últimos tres años por concepto de primas o bonificaciones de vacaciones, extralegales, quinquenales, o su valor proporcional.

1.3. El Comité Departamental de Cafeteros Del Tolima le hizo saber al actor en respuesta a los oficios anteriores, que la petición debía hacerse a la Federación Nacional de Cafeteros en Bogotá, por cuanto que la información estaba centralizada en esta capital.

1.4 Han transcurrido más de nueve meses sin que a la fecha se haya obtenido respuesta a la totalidad de las peticiones presentadas, pues no se dijo nada sobre el valor devengado sobre las primas extralegales y bonificaciones, anunciándose que ello es requerido para hacerlo valer en el "reconocimiento y pago de la pensión de jubilación".

1.5. Solicita al juez constitucional se ordene expedir las certificaciones que ha solicitado.

1.6. El tutelante allegó copia de las peticiones, con nota de recibido por su destinatario, así: a) Del 18 de junio de 1998 enviada a la Federación y al Comité; b) Del 26 de octubre de 1998 dirigida a los mismos destinatarios de la anterior, d) Del 8 de octubre de 1998 remitida al Gerente Administrativo de la Federación Nacional de Cafeteros, e) Del 7 de diciembre de 1998, suscrita por el apoderado del accionante.

2. El Jefe de Personal de la Federación Nacional de Cafeteros luego de comunicar acerca de la existencia de un proceso laboral entre el actor y la entidad demandada, donde se pretende hacer valer como pruebas lo que se busca obtener con las peticiones que han dado origen a la presente acción, señala que las solicitudes a que se refiere el actor se han respondido así: a) La solicitud del 18 de junio relacionada con las condiciones del contrato de trabajo se contestó el 21 de septiembre de 1998; b) La petición de fecha octubre 26 de 1998 aparece recibida en correspondencia el 18 de noviembre, se responde con la presentada a nombre de aquél por su apoderado el 7 de diciembre de 1998 (recibida el 5 de enero de 1999), pero con la advertencia que se ha preferido contestarla a través del "juez de tutela", señalándose que "Anexamos copia de la certificación". Estas efectivamente obran a los folios 90 a 92 del expediente, con fechas de elaboración del 9 de abril del presente año; c) Las demás solicitudes e informaciones que se han cruzado el demandante o su apoderado con la accionada, no serán tenidas en cuenta porque sobre ellas no se presentó ninguna reclamación por el petente.

La Sentencia del Tribunal

Las razones por las cuales se denegaron las pretensiones del tutelante, se pueden sintetizar así:

1. Se solicita el amparo al derecho de petición para que se le certifique acerca de sueldos, prestaciones, bonificaciones y demás emolumentos pagados en los últimos años, pero ello no es posible por cuanto que de la contestación de la demanda se evidencia que los requerimientos presentados por el actor "han sido respondidos cabalmente".

2. Además, el accionante adelanta ante el Juez 6º Laboral del Circuito de Santa Fe de Bogotá un proceso contra la accionada, donde solicitó como pruebas los documentos mencionados en sus peticiones, reclamando para ello la práctica de una diligencia de inspección judicial. En consecuencia es allí donde se podrá constatar las irregularidades o la falta de datos a que alude el tutelante en la demanda.

3. Cabe anotarse, que al avocarse el conocimiento de la acción pública el *a quo* advirtió su competencia para fallarla, a pesar de estar dirigida contra la Federación Nacional de Cafeteros de Colombia, pues también se accionaba contra la Cooperativa de Caficultores del Tolima.

La Impugnación

El fallo de tutela fue impugnado por el demandante, sustentando su inconformidad en los siguientes términos:

Sse debe amparar el derecho de petición porque a pesar de ser la accionada una entidad privada, contra ella procede el derecho de petición pues los datos sobre los que se hace la solicitud únicamente los tiene la empresa demandada. De otra parte no tiene por qué relacionarse lo reclamado en la acción de tutela con el proceso laboral que se adelanta.

Consideraciones de la Sala

1. La tutela es una acción subsidiaria y de naturaleza residual, por cuanto es un mecanismo concebido para la protección inmediata de los derechos individuales fundamentales, cuando éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción u omisión de cualquier autoridad pública o de particulares y el ordenamiento jurídico no ofrece al agraviado ninguna otra vía judicial de amparo.

Es evidente que en el presente asunto la acción pública es procedente, pues la entidad accionada es la única que posee los elementos de juicio para responder el derecho de petición presentado por el demandante, situación que se aviene a lo dispuesto en el numeral 4 del artículo 42 del Decreto 2591 de 1991.

2. El derecho de petición se encuentra consagrado en el artículo 23 de la C.N., el cual dispone que toda persona tiene derecho a presentar solicitudes respetuosas a las autoridades por motivos de interés general o particular y a obtener pronta resolución.

El ejercicio de ese derecho se satisface cuando la autoridad resuelve oportunamente al peticionario, sin importar si la solución es positiva o negativa y comunica la respuesta al interesado dentro de los términos establecidos en la ley. Por ello la jurisprudencia considera como formas de violación del derecho de petición la falta de respuesta, la ausencia de notificación de ésta y la resolución tardía.

El derecho de petición del accionante en el presente caso, si bien es cierto que se ha satisfecho con respecto a algunas reclamaciones que ha presentado, también lo es que no ocurre lo mismo con la solicitud de fecha 26 de octubre de 1998 relacionada con la información sobre el pago de primas de vacaciones, bonificaciones y primas extralegales, o quinquenales, pues en este caso concreto, la autoridad demandada sí está desconociendo el derecho de petición, toda vez que a la fecha no le ha comunicado al interesado lo decidido, por lo cual dicho derecho no está satisfecho efectivamente, pues igual da que la administración no conteste la solicitud o que la resuelva sin hacer conocer la decisión.

El Jefe del Departamento de Personal de la Federación de Cafeteros ha informado que la solicitud de fecha octubre 26 de 1998 suscrita por el demandante y la del 7 de diciembre de 1998 firmada por su apoderado, ambas con idéntico contenido, no se han contestado, afirmándose que: "cosa que ha preferido hacer a través de (sic) juez de tutela. Anexamos copia de la certificación" (f-61). Este comportamiento no se ajusta al ordenamiento jurídico y menos al mandato superior, pues a quien debe hacerse conocer la respuesta de su solicitud es al peticionario y hasta la fecha no se le ha comunicado a él lo decidido en los escritos mencionados.

Así las cosas, se procederá a proteger el derecho de petición referido en el párrafo anterior, ordenando a la Federación Nacional de Cafeteros que en el término de cuarenta y ocho horas contadas a partir de la notificación de esta providencia, haga conocer lo resuelto el 9 de abril de 1999 en relación con la petición del demandante y a la cual se ha hecho referencia renglones atrás.

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

RESUELVE:

1. *Revocar parcialmente* el numeral primero de la parte resolutiva del fallo impugnado, para conceder el amparo del derecho de petición en favor del señor *Homero Clavijo Soto*, para lo cual se ordena a la *Federación Nacional de Cafeteros*, a través de su representante, que en el término de cuarenta y ocho (48) horas contadas a partir de la notificación de este fallo, haga conocer al demandante el resultado de su petición de fecha octubre 26 y diciembre 7 de 1998, a la que se ha hecho referencia en la parte motiva de esta providencia.

La entidad accionada informará oportunamente a esta Corporación el cumplimiento de lo ordenado.

2. Se confirma en lo demás la providencia impugnada.

3. En firme esta decisión remítase a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

4. La notificación personal de esta providencia al Representante Legal de la entidad demandada debe hacerse por la Secretaría de la Sala. A los demás sujetos procesales notifíquese de conformidad con lo dispuesto en el artículo 30 del decreto 2591 de 1991 y Cúmplase.

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

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria

DEBIDO PROCESO DISCIPLINARIO: se vulnera el derecho de contradicción cuando se notifica al apoderado de oficio sin intentar surtir la diligencia directamente con el disciplinado, conforme el artículo 88 del Código Disciplinario Unico.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal

Magistrado Ponente: Dr. Edgar Lombana Trujillo

Rdaicación No. 5672

Aprobado Acta No. 86

Santafé de Bogotá, D.C., quince (15) de junio de mil novecientos noventa y nueve (1999).

VISTOS

Por impugnación de uno de los accionados, doctor *Napoleón Jesús Ricardo Alvarez*, revisa el fallo de abril 26 último mediante el cual el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla tuteló los derechos al debido proceso y de acceso a la Justicia, los cuales Juan Francisco Pavajeau Ospino estimó violados por el mencionado Procurador Departamental del Atlántico, la doctora *Olga Lucía Zuluaga Vásquez*, Procuradora Segunda Delegada para la Vigilancia Administrativa, y las empleadas de dicha Procuraduría Departamental *Amparo Isabel Lara Vertel* y *Judith Esther Escorcia Santos*.

ANTECEDENTES

FUNDAMENTOS DE LA ACCIÓN

En escrito dirigido a la Sala Penal del referido Tribunal comienza el accionante por pedir que, concedido el amparo, "se ordene a la Procuraduría General de la Nación para que a través de cualesquiera de los dos funcionarios nombrados se me notifique personalmente la Resolución No. 226 del 17 de noviembre de 1998, dictada en el expediente 071-12110-96, mediante la cual fui sancionado con destitución y con la accesoria de inhabilidad para ejercer funciones públicas por el término de un (1) año.

Lo anterior con el fin de que el suscrito pueda interponer el recurso de apelación con el objeto de agotar la vía gubernativa" (fl.1).

Enseguida cuenta que la nombrada resolución sancionatoria -número 226 de noviembre 17 de 1998-, suscrita por la doctora Olga Lucía Zuluaga Vásquez, Procuradora Segunda Delegada para la Vigilancia Administrativa, no se le notificó personalmente a él, tal como está ordenado al punto 3º de la parte resolutiva, sino solamente a su apoderado, "quien no interpuso recurso alguno contra la citada decisión ni tampoco me avisó o me comunicó sobre la existencia de la misma".

Anota que dicha orden de notificación personal la ratificó el Procurador Departamental del Atlántico, doctor Napoleón Ricardo Alvarez, más tampoco fue cumplida, por lo cual "estimo que se me ha violado el derecho al debido proceso e igualmente el de acceso a la justicia, especialmente este último en cuanto a que, siendo el recurso de apelación obligatorio interponerlo para agotar la vía gubernativa, su omisión en hacerlo, por parte del particular, impide que cualquier ulterior demanda ante la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo sea inadmitida por falta del cumplimiento de ese requisito de procedibilidad" (fl.2).

Jura que por estos mismos hechos no ha presentado otra demanda de tutela y adjunta la documentación que estima pertinente (fls. 2 a 20).

ACTUACIÓN Y PRUEBAS

Aprehendido el conocimiento, se enteró de ello a las partes y se obtuvo la información respectiva (fls. 22 a 56).

LA PROVIDENCIA IMPUGNADA

Luego de referirse a los derechos fundamentales al debido proceso y a la Administración de Justicia, dice la misma que, no obstante los accionados replican que en el trámite de notificación se cumplieron las previsiones contenidas en la ley 200 de 1995 (Código Disciplinario Unico), pues que el apoderado de oficio fue notificado personalmente, la realidad del expediente "enseña lo contrario" (fl.66), pues es evidente que el disciplinado Pavajeau Ospino no fue citado para que se notificara personalmente de la Resolución sancionatoria, como exige el artículo 88 de dicha normatividad, y sólo compareció a la Procuraduría "tratando de aclarar su situación y dándole poder a un profesional del derecho" (fl.68 infra.), cuando había precluido el término para impugnar la Resolución sancionatoria.

Estima que no hay otro medio de defensa judicial para conjurar esta violación de derechos fundamentales, "se trata de un proceso penal disciplinario", al que se le ha puesto fin mediante la nombrada Resolución (fl.69).

Tuteló, pues, y ordenó que "se cumpla en forma correcta la notificación personal ordenada por la Procuraduría Delegada, que fue irregularmente realizada por la Procuraduría Departamental comisionada para tal fin, y que no fue objeto de revisión posterior por los titulares de tales Despachos, de manera tal que, si ella no es posible, se cumpla con lo que la ley 200 de 1995 establece como solución para esos casos (art.88)" (fl.70).

La impugnación

El accionado Procurador Departamental del Atlántico sustenta que se apoya en una sentencia del Consejo de Estado (julio 18 de 1997), según la cual si se notifica al apoderado se entiende garantizado el derecho de defensa, pues "el disciplinado y su apoderado constituyen una unidad sujeto-procesal" (fl.82), a más de que "la naturaleza del proceso disciplinario es de índole administrativa, no penal", por lo cual se deben aplicar las normas respectivas del Código Contencioso Administrativo.

Replica al fallo que sí existen otras vías judiciales, como sería la "acción de reparación directa" si se admite que hubo "una omisión administrativa", y la "demanda directa" de la Resolución sancionatoria, prevista en el artículo 135 del nombrado Código, anota que no puede aceptar que como el accionante "no agotó la vía gubernativa" acuda ahora a la acción de tutela, y cita un fallo de la Corte Constitucional sobre la improcedencia de dicha acción cuando se trate de "iniciar procesos alternativos o sustitutivos de los ordinarios... ni para otorgar a los litigantes la opción de rescatar pleitos ya perdidos..." (fl.84).

Pide entonces revocar el fallo y declarar improcedente el amparo.

Consideraciones de La Sala

1. Lo primero que cabe replicar al Tribunal *a quo* es que, como correctamente observa el impugnante, la Resolución número 226 de noviembre 17 de 1998, proferida por la Procuradora Segunda Delegada para la Vigilancia Administrativa de la Procuraduría General de la Nación, es un *acto administrativo*, y no judicial, carácter que, en cambio, solo tiene las decisiones que en análogos procesos disciplinarios tome el Consejo Superior de la Judicatura y los respectivos Consejos Seccionales, como claramente se desprende de los artículos 116, 254 y 256 de la Carta Política, 11, 12 de la Ley Estatutaria -270/96-.

2. Contra dicha Resolución que sancionó con destitución a *Juan Francisco Pavajeau Ospino* Controlador de Tránsito Aéreo de la Aeronáutica Civil, éste podía interponer los recursos de rigor para agotar la vía gubernativa (C.C.A., art. 50, 62 y 63) y, en caso de resultar fallida la misma, estaba facultado para acudir a la vía contencioso-administrativa.

Esas oportunidades de defenderse, controvirtiendo dicha sanción, son las que, en sentir del accionante, no se le brindaron real y efectivamente en este caso, debido a que el fallo en cuestión no se le notificó a él personalmente.

Pues bien: en el punto 3º de la parte resolutiva de la nombrada Resolución se dijo: "Comisionar a la Procuraduría Departamental del Atlántico para que por su Secretaria notifique personalmente al procesado esta providencia, en los términos previstos en los artículos 83 y siguientes de la Ley 200 de 1995" (fl.16), advirtiéndose que contra la misma procedía recurso de apelación ante el Procurador General de la Nación.

En cumplimiento a dicha comisión el Procurador Departamental del Atlántico, doctor Napoleón Jesús Ricardo Alvarez, dispuso "notifíquese al señor Juan Francisco Pavajeau Ospino el contenido de la Resolución No. 226 de noviembre 17 de 1998 con la advertencia de ley" (fl.18).

El primero de diciembre de 1998 se notifica de la Resolución al abogado oficioso del disciplinado Pavajeau Ospino y se deja constancia de que "vence el 9 de diciembre de 1998" (fl.19).

Y el 8 de febrero último aparece el sancionado en mención pidiendo copias de todo el proceso (fl.20).

Según el Código Disciplinario Unico (ley 200 de 1995), aplicable en este caso:

1. El fallo respectivo (aquí la Resolución 226 nov.17/98) se debe notificar Personalmente "si el interesado comparece ante el funcionario competente antes de que se surta otro tipo de notificación" (arts.83 a 85).

2.- El artículo 87 dispone que el fallo se notificará por edicto "cuando, a pesar de las diligencias pertinentes, *de las cuales se dejará constancia en el expediente*, no se haya podido notificar personalmente" (se subraya).

Finalmente, el artículo 88 dice:

"Procedencia de la notificación por edicto. Una vez producida la decisión se citará inmediatamente al disciplinado, por medio eficaz y adecuado a la entidad donde trabaja o a la última dirección registrada en su hoja de vida o a la que aparezca en el proceso disciplinario, *con el objeto de notificarle* el contenido de aquélla y, si es sancionatoria, hacerle conocer los recursos que puede interponer. *Se dejará constancia secretarial en el expediente sobre el envío de la citación.*

"Si vencido el término de ocho (8) días a partir del envío de la citación, no comparece el citado, en la secretaría se fijará edicto por el término de tres (3) días para notificar la providencia.

"Cuando el procesado ha estado asistido por apoderado con él se surtirá la notificación personal, *previo el procedimiento anterior*" (se resalta).

Pero aquí, como se vio, no se cumplió dicho "procedimiento anterior", pues en vez de hacerse lo posible por notificar personalmente al disciplinado, *como lo ordenó la comitente Procuradora Delegada y lo ratificó el comisionado Procurador Departamental*, se notificó "directamente" al apoderado de oficio, el cual, se repite, únicamente puede ser notificado cuando previamente se haya agotado el referido trámite encaminado a enterar personalmente al *disciplinado*.

Incluso en la "notificación por funcionario comisionado" prevista en el artículo 90 ibídem, se dice que la notificación personal se hará "al disciplinado o su apoderado, según el caso", o sea que repite la exigencia de que el apoderado *sólo puede ser notificado* si previamente se ha agotado "el procedimiento anterior" fijado expresamente en el artículo 88 transcrito.

La ley, pues, ha querido -y así lo explicitó en los mencionados términos- que "primero que todo" se notifique *personalmente* al disciplinado y que sólo si se deja constancia de que tal diligenciamiento previo no ha sido fructífero, se haga lo propio con su apoderado, más ese propósito del legislador, reitérase que *expresamente* dicho en la ley, fue *enteramente soslayado* en el presente caso, dejándose de este modo al disciplinado Pavajeau Ospino sin el derecho a *contradecir* de cualquier forma legal ("impugnar") el fallo que en primera instancia lo sancionó con destitución, ataque a las garantías fundamentales del debido proceso y del derecho a la defensa consagradas en el artículo 29 de la Carta Política.

Del conjunto normativo citado no cabe inferir, como lo hacen los accionados, y concretamente el impugnante, que para efectos de la referida notificación personal, disciplinado y apoderado constituyen una "unidad inescindible", pues ya se vio cómo la ley prefiere al *disciplinado* y sólo cuando haya constancia de que éste no pudo ser notificado, subsidiariamente opta porque con el apoderado se cumpla ese acto de notificación.

Finalmente y en cuanto a las "otras vías judiciales" propuestas por el impugnante, y no obstante en el evento de darse las mismas, ello en manera alguna sanearía la violación de derechos fundamentales cometidas en este asunto disciplinario, siendo bueno que la Sala replique al respecto:

La Resolución sancionatoria de la Procuraduría no es evidentemente una "operación administrativa", de donde no quepa hablar de la "acción de reparación directa" prevista en el artículo 86 del Código Contencioso Administrativo.

La "demanda directa" contemplada en el artículo 135 de dicho Código, en gracia de discusión admisible aquí, no impide que se declare mediante fallo de tutela la violación de un derecho fundamental, según el artículo 9º del decreto 2591 de 1991.

Así las cosas, se confirmará el proveído 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:

1º Confirmar el fallo impugnado.

2º Notifíquese de conformidad con lo dispuesto en el artículo 30 del Decreto 2591 de 1991 y cúmplase.

3º Ejecutoriada la presente decisión, remítase el asunto a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

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

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria

SERVIDUMBRE: Los conflictos entre particulares por servidumbre no pueden ser dirimidos por el juez de tutela. **SERVICIO PUBLICO DE ACUEDUCTO:** Se desconocerían derechos legítimamente adquiridos (art. 35 de la ley 142 de 1994) si se permitiera a las entidades prestadoras de este servicio invadir propiedades para solucionar problemas de potenciales usuarios, a través por ejemplo, de servidumbres con cargo al propietario, poseedor o tenedor de otro predio.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal

Magistrado Ponente: Dr. *Mario Mantilla Nougues*

Radicación No. 5673

Aprobado Acta No. 086

Santafé de Bogotá, D.C., quince (15) de junio de mil novecientos noventa y nueve (1999).

Por impugnación de la accionante Gloria Nancy Patiño Rincón, han llegado las presentes diligencias a esta Corporación para conocer de la sentencia de fecha 6 de mayo del corriente año, mediante la cual el Tribunal Superior de Manizales negó la tutela de los derechos a la salud en conexidad con el fundamental a la vida, autonomía personal y ambiente sano, presuntamente conculcados por los particulares Jorge Wilson Arenas de la Pava, María Enriqueta de la Pava de Arenas, Libardo de Jesús Arenas de la Pava y La Empresa Aguas de Manizales S. A. *"E.S.P.D."*.

Fundamentos de la Acción

Indica la libelista que el 4 de enero de 1979 se incendió la fábrica Famatexco Ltda., ubicada en la calle 21 con carrera 9° Sector Las Vallas en Manizales, en cuyos predios los propietarios toleraron su ocupación por varias familias, quienes construyeron sus viviendas y disfrutan de la única red de alcantarillado que tenía la referida industria, es decir, constituyéndose dicha red en una servidumbre para evacuar las aguas negras.

Afirma que ha ocupado parte del predio desde hace más de quince años (en declaración bajo juramento ante el Magistrado sustanciador del Tribunal admite que vive allí desde hace un poco más de un año), disfrutando en compañía de su familia (esposo, dos hijas, un hermano y su señora madre María Irene Rincón de Patiño) de citada servidumbre proveniente del predio de los demandados, quienes taponaron la red de alcantarillado, pues el 4 de mayo de 1998 las cañerías se rebosaron y según pudo constatarse por un técnico, tal hecho tuvo lugar en el predio colindante, es decir, el de la familia Arenas de la Pava.

Dice que "Debido a que las aguas negras no tienen red de conducción, mi familia y yo debemos recogerlos en baldes y arrojarlas por un desagüe ubicado en la vía pública. La otra parte de aguas negras se filtra hacia los desagües taponados originando malos olores y enfermedades a la familia.,".

Agrega que como consecuencia de ello, su señora madre acudió a las autoridades de Policía sin resultado positivo y en el mes de septiembre siguiente, interpuso una acción de tutela ante el Juzgado Primero Civil del Circuito de Manizales con idénticos resultados. "En vista de que se han sucedido nuevos hechos generantes y confirmantes de infracciones de derechos fundamentales", acude a la acción de tutela porque continúa la suspensión del servicio por parte de los demandados con afectación de sus derechos fundamentales y los de su familia y porque "Busqué que la empresa prestadora del servicio Aguas de Manizales S. A. "E. P. S. D.", asumiera la defensa como usuario del servicio de alcantarillado, pero la solicitud no tuvo eco porque supuestamente la empresa no podía disponer de las conexiones cuando son de propiedad de los suscriptores".

Estima procedente la acción contra la Empresa de Servicios Públicos Domiciliarios Aguas de Manizales S. A. y los integrantes de la familia Arenas de la Pava, por encontrarse ella y todos los ocupantes de la vivienda en estado de inferioridad e indefensión frente a los demandados. Solicita la protección de los derechos a la salud, a la vida, a un ambiente sano y a la autonomía personal, para lo cual se apoya en diferentes decisiones de la Corte Constitucional con relación a esos precisos derechos, cuyos apartes más importantes inserta en su demanda.

El Fallo Recurrido

Para negar el amparo solicitado el Tribunal Superior de Manizales, inicialmente destaca que "La señora *María Irene Rincón de Patiño* había interpuesto acción de tutela contra los integrantes de la familia *Arenas de la Pava*, a raíz del mismo hecho que aquí les atribuye la señora *Gloria Nancy Patiño Rincón*. Los textos de las demandas respectivas son prácticamente iguales, salvo los pasajes relativos a la vinculación de la empresa

Aguas de Manizales, algunos hechos complementarios y la solicitud de dos testimonios".

"Podría considerarse en principio que como es distinta la actora no puede aplicarse el transcrito art. 38-1, en cuanto al amparo solicitado contra los miembros de la familia Arenas Salazar (sic)".

Luego de transcribir lo pertinente del criterio de la Corte Constitucional sobre el tema planteado, agrega el *a-quo* que "Sin embargo, hay hipótesis en las cuales el derecho que invoca una segunda persona no es autónomo sino que, en el fondo, se trata del mismo reclamado en la anterior ocasión, como sucede en el caso de autos, porque la señora Gloria Nancy Patiño reitera la pretensión de la anterior tutela, ya que quien se dice poseedora o dueña del inmueble es su madre, la señora María Irene Rincón, quien la alojó hace un año en la casa por razón de sus vínculos como consanguíneos".

"Es decir, el derecho al servicio de alcantarillado se refiere al inmueble que habita por haberla admitido allí su madre, quien actuando como dueña pretendió hacerlo valer ya, mediante la acción de tutela instaurada en el Juzgado Civil del Circuito Reparto de la ciudad".

"Si se admitiera que, a pesar de haberse decidido la acción de amparo anterior desfavorablemente todos los integrantes de la familia tuvieran derecho a instaurar otras, significa que las autoridades judiciales estarían obligadas a resolver varias veces el mismo caso aunque se presentara nominalmente con un actor distinto, e, inclusive, podría llegarse al extremo de que la dueña o detentadora de la habitación pudiera aceptar allí en el futuro a distintas personas por razones de parentesco o afecto y todas ellas quedarían habilitadas a partir de ese momento para solicitar tutela relativa a los hechos planteados ya por la persona de quien ellos derivaron el derecho de habitar el bien".

Estima el Tribunal que dichas consideraciones serían suficientes para que la acción fuese negada, pero que adicionalmente existen otros motivos que conducen al mismo resultado, no solamente respecto de los señores Arenas de la Pava sino también con relación a la empresa Aguas de Manizales.

Hace referencia a las diferentes pruebas allegadas al informativo, destacando aquellas relativas a la negativa de las autoridades locales para otorgar a María Irene Rincón de Patiño (madre de la aquí accionante), licencia de construcción de su vivienda por rudimentaria que fuera, en el predio en que actualmente vive con su familia, aunque sí se le autorizó para levantar un muro de cerramiento. "Por tanto, al levantar los alojamientos estaba violando las normas que regulan esta actividad y no podía entonces reclamar de una empresa de servicios públicos, y menos de particulares, determinadas prestaciones para viabilizar el uso de la vivienda sin derecho".

"...De acuerdo con la inspección judicial, las obras observadas en el lote de la señora María Irene Rincón no tienen trazas de haberse realizado hace más de quince años, como parece expresar el hecho tres de la demanda, según el cual la señora Gloria Nancy Patiño ha ocupado parte del predio de Famatexco Ltda. durante más de quince años".

"Esa inexactitud obliga a desautorizar las afirmaciones derivadas, como por ejemplo aquella según la cual el inmueble disfrutaba durante todo ese lapso del servicio de alcantarillado".

Finalmente se refiere a la prueba testimonial y documental allegada al informativo, para concluir que no existe certeza sobre el funcionamiento previo de un servicio de alcantarillado en el predio o predios de los demandados como sirvientes y tampoco acerca de la conducta que la actora les atribuye.

LA IMPUGNACIÓN

Como motivos de inconformidad con el fallo, la recurrente considera que no es cierto que el derecho que invoca una segunda persona no sea autónomo al derecho cuya protección solicitó inicialmente otra, así como tampoco que el derecho al servicio de alcantarillado se refiera al inmueble.

No está de acuerdo con la tesis de que la acción de tutela instaurada por un miembro de una familia, inhabilite a los demás para hacerlo en igual forma por los mismos hechos y derechos, ya que el Decreto 2591 de 1991 para su rechazo solo exige que la tutela sea presentada por la misma persona y ante varios jueces o tribunales.

La falta de licencia para construir vivienda no puede inhabilitar a los titulares de los derechos fundamentales para reclamar su protección cuando han sido violados por el corte del servicio, pues con ello se estaría agregando una exigencia más, como lo sería un justo título del origen del derecho.

Finalmente afirma que no es cierto que se presente en este proceso duda sobre la existencia de la servidumbre, pues con las pruebas documentales allegadas y testimoniales recibidas, quedó comprobada su existencia. Pero si ello no es suficiente, acompaña a su escrito de impugnación copia del acta de visita practicada por el técnico de salud División de Planeación Ambiental efectuada en el mes de agosto de 1986.

Así las cosas, considera que se infringió el artículo 304 del Código de Procedimiento Civil, pues en la sentencia no hubo contradicción a los literales d) y c) correspondientes en la querella al capítulo de derechos fundamentales vulnerados, y tampoco nada se dijo sobre el compromiso asumido por la Empresa Aguas de Manizales, en el literal j) de la cláusula décima del contrato de las condiciones uniformes que obliga a la empresa

eliminar la causa que dio origen a la suspensión del servicio cuando sea por causa no imputable al usuario o suscriptor, conforme a lo previsto en el artículo 29 de la Ley 142 de 1994.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

En primer término debe la Sala consignar que además de las juiciosas afirmaciones del *a-quo* con relación a la improcedencia de esta segunda acción de tutela instaurada contra los miembros de la familia Arenas de la Pava por parte de la hija de quien afirma ser poseedora del predio desde hace varios años, es preciso puntualizar que de conformidad con lo previsto por el artículo 42 del Decreto 2591 de 1991, Gloria Nancy Patiño Rincón no tiene con relación a aquellos ninguna relación, dependencia o subordinación, así como tampoco se encuentra en estado de indefensión, ni están los demandados encargados de la prestación de servicios públicos.

Por lo mismo, al no cumplirse con los requisitos que exige la referida norma para la procedibilidad de la acción de tutela contra particulares, es motivo suficiente para declarar su improcedencia en el presente caso.

Sin embargo, bueno es agregar que aún en el evento en que se diera alguno de los requisitos ya señalados, tampoco procedería la tutela, pues en tal caso la accionante si se cree con idénticos derechos que su señora madre de quien se afirma es la poseedora del bien donde tienen su residencia, entonces debe acudir ante las autoridades de policía y judiciales en busca del reconocimiento de esos derechos, pues quiérase o no lo que está de por medio es un conflicto de servidumbre que, no puede ser dirimido por el juez de tutela.

En cuanto se refiere a la empresa prestadora de servicios públicos domiciliarios Aguas de Manizales S. A., contra quien sí procede el amparo de tutela, es claro que en el presente caso lo que se considera como violatorio de derechos fundamentales, es un presunto taponamiento de la red de alcantarillado, hecho que no puede ser imputado a ella, ni siquiera se menciona como tal en la demanda de amparo.

En consecuencia, la conducta atribuida a dicha empresa consiste en una presunta omisión en el cumplimiento de un contrato como lo advierte la recurrente, pero olvida que Aguas de Manizales o cualquier otra prestadora de servicios públicos domiciliarios, solo está obligada en el caso concreto del alcantarillado, a tender redes por la vía pública y hasta la entrada de las unidades privadas de vivienda, sin que pueda invadir propiedad privada para solucionar problemas a otros potenciales usuarios, es decir, constituyendo servidumbres con cargo al propietario, poseedor o tenedor de otro predio, pues ello implicaría el desconocimiento de derechos legítimamente adquiridos.

Es claro que de conformidad con lo preceptuado en el inciso segundo del artículo 135 de la Ley 142 de 1994, la accionada como empresa

prestadora de un servicio público domiciliario, esta obligada única y exclusivamente para con el suscriptor o el usuario del servicio a realizar las "labores propias de mantenimiento o reposición que sean necesarias para garantizar el servicio. "....las empresas *no podrán disponer* de las conexiones cuando fuesen de propiedad de los suscriptores o usuarios, *sin el consentimiento de ellos*" (Destaca la Corte).

Sin embargo, la misma disposición prevé que "Lo aquí dispuesto no impide que se apliquen los procedimientos para imponer a los propietarios las servidumbres o la explotación, en los casos y condiciones previstos en la ley", lo que presupone no solo que se acelanten las correspondientes acciones ante autoridad competente por parte del interesado, sino que se cumpla a cabalidad el debido proceso en el que se goce con todas las garantías constitucionales y legales.

También un predio que pretenda obtener el servicio público referido o cualquier otro, debe cumplir estrictamente con todas las exigencias de la administración y sujetarse a los reglamentos del servicio, sin lo cual, no puede nacer para su propietarios, poseedores o tenedores, el derecho al concreto servicio domiciliario pretendido.

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

RESUELVE:

1° Confirmar la sentencia de fecha seis (6) de mayo del corriente año, mediante la cual el Tribunal Superior de Manizales negó a Gloria Nancy Patiño Rincón la tutela de los derechos por ella invocados, por las razones consignadas en precedencia.

2° Remítanse las diligencias a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

3° Notifíquese conforme a lo previsto en el artículo 30 del Decreto 2591 de 1991 y cúmplase.

Jorge Aníbal Gómez Gallego, Fernando E. Arboleda Ripoll, Ricardo Calvete Rangel, Jorge E. Córdoba Poveda, Carlos A. Gálvez Argote, Edgar Lombana Trujillo, Mario Mantilla Nougues, Carlos E. Mejía Escobar, Nilson Pinilla Pinilla.

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria

DEBIDO PROCESO DE TUTELA, NULIDAD EN TUTELA, INCIDENTE DE DESACATO: Admitir que un Juez o Tribunal dirima un incidente de desacato omitiendo integrar el contradictorio en debida forma mediante la notificación de la providencia que da inicio al incidente, es desconocer el artículo 29 de la Constitución Política, mandato que rige no sólo para el proceso de tutela sino también para el trámite posterior

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal

Magistrado Ponente Doctor *Ricardo Calvete Rangel*

Radicación 5776

Aprobado Acta No. 86

Santa Fe de Bogotá, D.C., nueve (9) de junio de mil novecientos noventa y meve (1 999).

VISTOS

Se pronuncia la Sala en el incidente de desacato remitido a esta Corporación por el Tribunal de Riohacha, el cual fue promovido por Pablo Fontalvo Pérez en el proceso de tutela contra Arnoldo Rafael Zapata Bustamante.

FUNDAMENTOS DE LA ACCIÓN

1. Pablo Fontalvo Pérez laboró en Radio Península de Maicao de propiedad de Arnoldo Rafael Zapata Bustamante, donde logró el reconocimiento de la pensión de jubilación.

2. En septiembre de 1997 se presentó demanda de tutela porque desde octubre de 1993 *Zapata Bustamante* no le había pagado la pensión de jubilación que se le reconoció a *Fontalvo Pérez*.

En primera instancia el Tribunal de Riohacha denegó la tutela, decisión que fue revocada por la Corte Constitucional con sentencia del 5 de marzo de 1998 mediante la cual se tuteló los derechos a la vida y seguridad social del demandante, ordenándose a Arnoldo Zapata Bustamante el pago de las mesadas pensionales a Hidelfonso José Torres Gutiérrez

(debió decirse Pablo Fontalvo Pérez) en el término de 48 horas contados a partir de la notificación del fallo, so pena de las sanciones previstas para el desacato en el Decreto 2591 de 1991.

3. En la demanda de tutela se informó por el actor que el demandado residía en Santa Fe de Bogotá en la calle 40 con carrera 10 número 10-66. A los folios 99, 103, 129 y 133 obran actuaciones que dan cuenta del resultado negativo que dieron los esfuerzos tendientes a notificar al accionado, lo que llevaron a la Secretaría del Tribunal de Riohacha a dejar la siguiente constancia "al demandado señor Arnoldo Zapata Bustamante, no ha sido posible notificarle la sentencia proferida por la Honorable Corte Constitucional del (5) de marzo de 1998, debido a que la dirección anotada no existe, según el informe rendido por el Juzgado Treinta y Cuatro Penal del Circuito de Santafé de Bogotá y la firma Aeromensajería". (F – 136).

La sentencia terminó notificándose por conducta concluyente.

4.1. En el escrito de incidente de desacato se dio a conocer como dirección para notificar al demandado la misma que se suministró en el libelo petitorio y a la cual se refiere la constancia secretarial a la que se ha hecho referencia en el numeral anterior.

El Tribunal libró el oficio 1156 de mayo 3 de 1999 para notificar la existencia del desacato a Arnoldo Rafael Zapata Bustamante el que se remitió por Aeromensajería a la Calle 40 Número 10 -66 de Santa Fe de Bogotá. Al día siguiente la Secretaría comenzó a contabilizar los tres días de traslado del escrito que presentó el demandante a fin de que el accionado ejerciera el derecho de contradicción y defensa.

Mediante auto de fecha mayo 25 del presente año, el *a quo* decidió sancionar a Arnoldo Rafael Zapata Bustamante con 15 días de arresto y multa de dos salarios mínimos mensuales legales a favor de la Nación por desacato del fallo de tutela de marzo 5 de 1998.

A los folios 19 y 22 obran los desprendibles de Aeroenvíos en el que se informa la no entrega de los oficios remitidos al demandado para notificar la apertura del incidente y de la decisión tomada por ser la dirección desconocida.

Con escrito fechado mayo 28 de 1999, el accionado interpuso recurso de apelación contra el auto que lo halló responsable del desacato, el que fue concedido y por la misma razón se enviaron las digencias a esta Corporación.

CONSIDERACIONES

1. La Corte Constitucional en sentencia C-243 de 1996, refiriéndose al alcance del artículo 52 del Decreto 2591 de 1991 sostuvo que allí se consagra un trámite incidental especial, que concluye con un auto que nunca

es susceptible del recurso de apelación, pero que si dicho auto es sancionatorio, debe ser objeto del grado jurisdiccional llamado consulta, cuyo objeto consiste en que el superior jerárquico revise si está correctamente impuesta la sanción pero que en sí mismo no se erige como un medio de impugnación

Entonces la apelación que presentara el accionado, resulta improcedente, razón por la cual la Corte revisará la actuación, en virtud del grado jurisdiccional de la consulta.

2. En el preserte asunto a Arnoldo Rafael Zapata Bustamante se ordenó notificarle la iniciación del incidente de desacato en la dirección indicada por el accionante, esto es, en la Calle 40 número 10-66. Efectivamerte, allí se remitió el oficio 1156 con ese propósito, el que nunca llegó a manos del destinatario pues al folio 19 consta que Aeroenvíos lo devovió sin ertregar, por ser la dirección desconocida. Desde el trámite dc la tutela se sabía que en ese lugar no se podía encontrar al demandado, pues la Secretaria del Tribunal así lo había hecho saber mediante constancia de fecha 15 de septiembre de 1998.

No obstante presentarse la irregularidad señalada en el párrafo anterior, se le dio por enterado de la actuación al demandado y se profirió la decisión sancionatoria de la que se habló en otra parte de este proveído. Otro error grave en el que se incurrió por la Secretaria fue el de correr traslado del escrito de desacato para que se solicitara la práctica de pruebas e hicieran valer las que se tuvieran en su poder, sin que aún se hubiera surtido la notificación, pues habiéndose remitido a la Oficina Judicial de Riohacha el oficio para tal fin el 3 dc mayo de 1998, actuación que debía cumplirse en Santa Fe de Bogotá, se comenzó a contabilizar el traslado desde el 4 de mayo, término que sólo debía comenzar a contarse desde la efectiva notificación y no en los correos como realmente ocurrió en el sub judice.

3. La notificación tiene como finalidad garantizar el conocimiento de la existencia de una actuación procesal y de su desarrollo, de manera que se garanticen los principios de publicidad, contradicción y de que se prevenga a alguien que pueda ser condenado sin ser oído. La notificación es entonces una condición del debido proceso, a falta de la cual resulta imposible a las partes con interés legítimo hacer uso de las garantías procesales.

4. De conformidad con el artículo 13 del decreto 2591 de 1991 y el artículo 5 del decreto 306 de 1992 todas las providencias que se dicten en el trámite de tutela se deben notificar a las partes. Lo propio debe ocurrir en el incidente de desacato para con quien es señalado de conculcar los derechos fundamentales y que por ende resultó afectado con el fallo de tutela que se profirió.

5. Admitir que un Juez o Tribunal dirima un incidente de desacato omitiendo integrar el contradictorio en debida forma mediante la notificación de la providencia que da inicio al incidente, es desconocer el artículo. 29 de la C.N. mandato que rige no sólo para el proceso de tutela sino también para el trámite posterior al cual se viene haciendo referencia.

Las reglas del debido proceso en la actuación constitucional se desconocen cuando no se despliega una actividad idónea y eficaz para cumplir con el requisito de informar al demandado sobre la existencia del proceso o incidente, pues es la única manera de garantizarle a aquel que tenga la oportunidad de ejercer el derecho de defensa y de contradicción.

La sanción procesal para situaciones como la que se viene planteando, esto es la no vinculación legal de quien integra la parte demandada, es la nulidad por violación al debido proceso, según el artículo 145 del C.P.C. norma aplicable en el sub lite *por el principio de integración, según lo autoriza el artículo 4 del decreto 306 de 1992.*

6. La decisión a tomar es la de nulidad de lo actuado después del proferimiento del auto de fecha mayo 3 de 1999, remitiendo el expediente al Tribunal que conoció en primera instancia, para que cumpla con la formalidad omitida.

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

RESUELVE:

1. Decretar la nulidad de lo actuado por el Tribunal Superior de Riohacha en el incidente de desacato presentado por Pablo Fontalvo Pérez, a fin de que se proceda en los términos indicados en la parte motiva de esta providencia.

2. Remítase la actuación al Tribunal de origen

3. Notifíquese de conformidad con el artículo 16 del. decreto 2591 de 1991 y cúmplase.

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

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria

RECHAZO DE DEMANDA, DEBIDO PROCESO DE TUTELA: La denegación del amparo por razones de procedencia debe entenderse como una sentencia susceptible de impugnación y de obligatoria remisión a la Corte Constitucional. Se está ante una denegación por razones de procedencia, aun cuando el juez de tutela manifieste que rechaza la demanda, cuando la decisión se sustenta, como en el presente caso, en la falta de concurrencia de los presupuestos contemplados en el artículo 42 del Decreto 2591.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal

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

Radicación No. 5675

Aprobado Acta N° 88

Santafé de Bogotá D.C., veintiuno (21) de junio de mil novecientos noventa y nueve (1999).

Vistos

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la actora *María del Carmen Triana*, contra la decisión del 7 de mayo del presente año, por medio de la cual el Tribunal Superior de Santafé de Bogotá negó la tutela del derecho al debido proceso, presuntamente vulnerado por una Sala de decisión del Tribunal Contencioso Administrativo de Cundinamarca.

Antecedentes y Fundamentos de la Acción

1. Los motivos para la interposición de la presente acción tuvieron su génesis en los siguientes hechos:

La señora *María del Carmen Triana* interpuso acción de tutela contra Telelimpieza Exito Ltda, la cual fue resuelta por la Sección Segunda - Subsección "C" del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, mediante fallo del 16 de abril de 1999, rechazando las pretensiones de la peticionaria, fundándose en lo siguiente:

Como primera medida, se le dijo en las motivaciones que la propuesta de amparo presentada no encajaba en los presupuestos de procedibilidad señalados en el artículo 42 del Decreto 2591 de 1991, en torno a la tutela contra particular. Además, vislumbra la "improcedencia" por el hecho que no se trataba de un derecho de orden constitucional. Y, por último, se refiere a la existencia de otro mecanismo de defensa judicial, al que se debe acudir preferentemente, como causal de improcedencia, de conformidad con el artículo 6º del citado decreto.

No obstante lo anterior, la Sala no envía el expediente a la Corte Constitucional, ya que no lo estima procedente, pues en criterio del Magistrado Sustanciador (folio 45), la decisión que se profirió no constituye "fallo" sino "auto" interlocutorio que nada resuelve de fondo, quedando excluida de la obligación señalada en el artículo 31 del Decreto 2591 de 1991.

Por esta razón, la actora interpone acción de tutela por violación del debido proceso, pues considera que con la determinación de abstenerse de remitir las diligencias a la Corte Constitucional para su eventual revisión se transgredió el derecho al debido proceso.

Adicionalmente señala que la decisión tampoco le fue notificada, que determinó la imposibilidad de impugnarla, motivo para demandar del juez de tutela la orden para que se notifique la providencia, a fin de que pueda optar por la impugnación e, igualmente, en caso de no hacerlo, se remita a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

2.- Sucintamente el Tribunal Superior de Santafé de Bogotá decide negar el amparo propuesto por las siguientes razones:

Frente a la supuesta ausencia de notificación de la providencia, manifiesta que de conformidad con los datos que aparecen en el expediente, sí se cumplió cabalmente, de conformidad con el artículo 30 del Decreto 2591 de 1991. Otra cosa es que la peticionaria no hubiese concurrido ante el Tribunal Contencioso Administrativo para mostrar la supuesta inconformidad.

Finalmente manifiesta que la falta de remisión del expediente a la Corte Constitucional, solamente puede ser vista como "cuestión de criterio", pero nunca para colegir la violación del debido proceso.

Por las anteriores razones, el Tribunal niega el amparo pretendido.

3.- Airadamente la actora expresa su inconformidad con la determinación, por lo que la recurre, advirtiendo que no le encuentra sentido a la no remisión del proceso a la Corte Constitucional, lo cual va en contravía de las tesis jurisprudenciales prolijamente divulgadas por la misma, cuando la providencia denegatoria de la acción de tutela no fue un simple auto de trámite, sino una decisión de fondo.

Cree que el equívoco va más allá, pues no se ha debido colocar en la parte resolutiva del fallo del Tribunal Contencioso Administrativo la expre-

sión "rechazar" sino "negar", lo cual generó la confusión que no vió el Tribunal de Santafé de Bogotá.

Por ello insiste en que se le permita impugnar y si no que se remita a la Corte Constitucional la determinación.

LA CORTE CONSIDERA

Razón le asiste a la impugnante cuando critica la decisión de instancia, al no haber advertido la violación del debido proceso.

La vulneración de tal garantía fundamental no encuentra justificación en la supuesta ausencia de notificación, pues ella se verificó (folio 44) cuando se envió telegrama a la dirección que se había suministrado en el libelo, en los términos del artículo 30 del Decreto 2591, sino en la falta de envío del fallo a la Corte Constitucional, al tenor de los lineamientos claros y expresos, contemplados en el artículo 31 *ibidem*.

En consideración de si se trata de un auto o de una sentencia, es donde debe dejarse sentada la posición de la Sala, en el sentido de que no hay duda alguna que la decisión del Tribunal Contencioso Administrativo de Cundinamarca, fechada el 16 de abril del presente año, es un fallo, pues resolvió de fondo la solicitud de tutela de la señora María del Carmen Triana.

En efecto, aún cuando la determinación proferida por el Tribunal Contencioso Administrativo y contra la cual se interpuso la nueva acción de tutela, señaló en su parte resolutiva que se rechazaba, por la falta de concurrencia de algunos de los presupuestos contemplados en el artículo 42 del Decreto 2591, por no tener el derecho supuestamente quebrantado la calidad de fundamental y por la existencia de otro mecanismo de defensa judicial (numeral primero del artículo sexto), del texto de la misma se infiere, claramente, que se trataba de la denegación del amparo por razones de procedencia, y no de un rechazo por ilegitimidad de personería o por falta de competencia por el factor territorial, o porque la misma persona había presentado la acción ante varios jueces o tribunales, casos en los cuales la solicitud es rechazada sin penetrar en el fondo del asunto.

En el presente caso existe un fallo y, por ende, era posible impugnarlo y era obligatoria su remisión, en caso de ejecutoria, a la Corte Constitucional.

Por ello, ante la falta de interposición de recurso alguno, luego de su debida notificación, tal como se advirtió en precedencia, no otra cosa se ha debido hacer que remitir el expediente a la Corte Constitucional en cumplimiento del artículo 31, ya citado.

En consecuencia, no es cuestión de simple criterio, como lo señaló el Tribunal *a quo*, sino de enmendar la transgresión al debido proceso, cuan-

do una vez proferida la decisión de instancia y ejecutoriada, por la no interposición del recurso de apelación, no se envió a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

Consideraciones suficientes para acceder al amparo demandado por la señora María del Carmen Triana, en la medida que se está en presencia de una omisión judicial que sólo puede ser remediada por este mecanismo de defensa constitucional, por lo que se ordenará a la Sección Segunda - Subsección "C" - del Tribunal Contencioso Administrativo de Cundinamarca, que en el perentorio término de las 24 horas siguientes a la comunicación de esta determinación, profiera auto en el que ordene la remisión del expediente 1999-0441 T, a la Corte Constitucional, en cumplimiento del inciso final del artículo 31 del Decreto 2591 de 1991.

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

RESUELVE:

1º Revocar el fallo impugnado, para en su lugar Tutelar el derecho al debido proceso de la accionante y, en consecuencia, ordenar al Tribunal Contencioso Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda - Subsección "C" -, que en el término de las 24 horas siguientes a la comunicación de esta decisión, profiera auto en que ordene la remisión del expediente 1999-0441 T a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

2.- Envíese el proceso a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

3.- Notifíquese de conformidad con lo preceptuado en el artículo 30 del decreto 2591 de 1991.

Cúmplase.

Jorge Aníbal Gómez Gallego, Fernando Arboleda Ripoll, Ricardo Calvete Rangel, Jorge E. Córdoba Poveda, Carlos Augusto Gálvez Argote, Edgar Lombana Trujillo, Mario Mantilla Nougués, Carlos E. Mejía Escobar, Nilson E. Pinilla Pinilla

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

BANCO DE DATOS, CERTIFICACIONES DE ANTECEDENTES DISCIPLINARIOS, DERECHO AL TRABAJO: La anotación de una información veraz en la base de datos de antecedentes disciplinarios no es violatoria de ningún derecho fundamental. La imposibilidad de acceder a ciertos cargos públicos cuando se certifica la existencia de sanciones disciplinarias no se deriva de la circulación del dato fidedigno, sino de la conducta contraria a la ley del funcionario público que dio lugar a que se le sancionara

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal

Magistrado Ponente, *Dr. Carlos E. Mejía Escobar*

Radicación No. 5706

Aprobado Acta No. 90

Santa Fe de Bogotá D.C., junio veintidós (22) de mil novecientos noventa y nueve (1999).

VISTOS

Decide la Sala la impugnación presentada por la apoderada del accionante Jaime Jiménez Martínez, en contra del fallo proferido el 10 de mayo de 1999 por la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Fe de Bogotá D.C., por medio del cual negó la tutela invocada en contra de la Procuraduría General de la Nación.

FUNDAMENTO DE LA ACCIÓN

El doctor Jaime Jiménez Martínez, a través de apoderada, presentó acción de tutela en contra de la Procuraduría General de la Nación a la que señala como presunta violadora de sus derechos fundamentales a la intimidad, al trabajo, al olvido y a la igualdad.

Concreta la violación en la expedición que la Procuraduría General de la Nación hace de dos tipos de certificados de antecedentes disciplinarios; uno simple en el que se omite la presencia de las sanciones disciplinarias ya prescritas, necesario para el desempeño de cargos de menor jerarquía

y, otro, para desempeño de cargos que exigen la total ausencia de sanciones, en el que se incluyen todas las sanciones impuestas, cualquiera haya sido la época de su imposición.

Considera el accionante que como requiere el certificado de ausencia total de sanciones y allí se le anotan algunas que ya están prescritas, las que además no generan inhabilidad, tal comportamiento de la Procuraduría viola sus derechos fundamentales así:

I.- Al olvido, por cuanto existe un principio constitucional que prohibe la perpetuidad de las penas, por lo que, concluye, los datos deben tener una vigencia temporal.

II.- A la intimidad, por cuanto se trata de una información de datos personales de cuya circulación se deriva afectación a sus derechos constitucionales.

III .- Habeas Data, por cuanto le asiste el derecho a rectificar la información personal que de él aparece en el banco de datos de la Procuraduría.

IV.- Al trabajo, por cuanto considera que la disposición que ordena que para el desempeño de algunos cargos es requisito *sine qua non* acompañar un certificado de antecedentes especial, en el que incluso se anotan sanciones prescritas, es violatoria de mandatos constitucionales y afecta su derecho al trabajo, pues le impide el desempeño de ciertos cargos públicos.

FALLO DE PRIMERA INSTANCIA

La Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Fe de Bogotá D.C., mediante fallo del 10 de mayo de 1999 negó la acción de tutela invocada por el actor, con fundamento en la inexistencia de violación de algún derecho fundamental

Señaló el Tribunal que la actuación de la Procuraduría está perfectamente ligada a la normatividad vigente, pues el artículo 33 de la Ley 200 de 1995 autoriza a la Entidad accionada para expedir certificaciones con fundamento en su registros, sin que importe el lapso transcurrido entre la sanción que se reporta y la fecha de la expedición del certificado.

LA IMPUGNACIÓN

El fallo fue impugnado por la apoderada del accionante quien propone como único motivo de reparo al fallo, la evidencia de que las sanciones impuestas a su prohijado lo fueron en vigencia del Decreto 1888 de 1989, norma que no contemplaba las anotaciones que posteriormente estableció la Ley 200 de 1995, por lo que reclama que se le reconozca a su procesado que le era más favorable la situación contenida en el decreto que solo permitía la circulación del dato por espacio de 5 años.

Así mismo señala que deben tenerse como pruebas de sus asertos las sentencias de tutela 008 y 022 de 1993 de la Corte Constitucional, por lo que critica al Tribunal por no referirse a ellas.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

1.- Los derechos fundamentales que a través de apoderada reclama violados el doctor Jaime Jiménez Martínez por parte de la Procuraduría General de la Nación por la expedición de un certificado de antecedentes que incluye sanciones con antigüedad superior a 5 años, no están siendo afectados por la actuación de esa Institución pública, pues, como bien lo anota el Tribunal, ese organismo de control ha fundamentado su actuación en la ley.

En efecto, el artículo 33 de la Ley 200 de 1995 (Código Disciplinario Unico), establece la obligatoriedad para la Procuraduría General de la Nación de registrar toda sanción disciplinaria para que pueda ser consultada por cualquier entidad, señalando que el dato tendrá vigencia y utilidad únicamente durante el término de la inhabilidad "salvo para los efectos de nombramiento y posesión en los cargos que exigen para su desempeño la ausencia total de sanciones", situación que es precisamente de la que se queja el actor como violatoria de sus derechos fundamentales pero que en verdad solo corresponde a la aplicación de la ley.

2.- Ningún derecho fundamental resulta conculcado por parte de la Procuraduría General de la Nación, al expedir el certificado de antecedentes para efectos de nombramiento y posesión en un cargo que exige para su desempeño la ausencia total de sanciones, cuando hace constar un dato cierto en tanto se corresponde con la realidad y cumple el supuesto de hecho legal que es el de señalar si hay o no "ausencia total de sanciones".

En este orden de ideas, la imposibilidad de acceder a ciertos cargos públicos al certificarse tal cosa, no se deriva, como lo advierte la impugnante, de la circulación del dato fidedigno, sino de la conducta contraria a la ley del funcionario público que con su conducta dio lugar, en este caso concreto, a que se le sancionara en tres ocasiones durante su desempeño como Juez de la República (folio 11).

3.- Ninguna favorabilidad puede alegarse en contra de tal anotación, como pretende la impugnante al fundamentar el recurso, pues no se trata de una sucesión de leyes en el tiempo como fuentes formales de la sanción, ya que ésta fue impuesta en vigencia de la ley aplicable, sino de la existencia del registro de esa sanción como simple ejercicio estatal del derecho a la información que se ejerce como derecho y como deber, en cuanto no solo debe informar sino también recibir información veraz.

En este orden de ideas, la anotación de una información veraz en la base de datos de antecedentes disciplinarios de la Procuraduría General

de la Nación no es violatoria de ningún derecho fundamental, pues la circulación del dato al certificar esa Institución la existencia del mismo, se ha hecho conforme a las prescripciones legales, sin que esa anotación y esa circulación puedan tenerse como parte integrante de la sanción, que es lo que parece entender la recurrente cuando alega que se le aplique ultraactivamente por favorabilidad la normatividad derogada del Decreto 1888 de 1989 en detrimento de la vigente Ley 200 de 1995.

Además de lo anterior, disposiciones legales concretas imponen que para el ejercicio de ciertos cargos, de mayor responsabilidad y representatividad, el Estado exija una suerte especial de requisitos, lógicos y razonables con los altos destinos que se pretenden poner en manos del potencial funcionario, para lo cual se consideró necesario exigir la ausencia total de sanciones disciplinarias, situación que garantiza, por lo menos teóricamente, la idoneidad del servidor público.

Es por las anteriores razones que La Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

1° Confirmar la sentencia del 10 de mayo de 1999 proferida por la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Fe de Bogotá D.C.

2°.- En firme esta decisión remítanse las diligencias a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

Notifíquese y cúmplase.

Jorge Aníbal Gómez Gallego, Fernando Arboleda Ripoll, Ricardo Calvete Rangel, Jorge E. Córdoba Poveda, Carlos A. Gálvez Argote, Edgar Lombana Trujillo, Mario Mantilla Nougues, Carlos E. Mejía Escobar, Nilson Pinilla Pinilla.

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

DERECHO A LA VIDA Y A LA INTEGRIDAD PERSONAL, DEBIDO PROCESO PENAL: vulnera el derecho a la vida la inactividad del fiscal en el trámite de la denuncia presentada por el accionante cuando aparece demostrado el riesgo latente que existe por las amenazas recibidas, sin importar que tales admoniciones lleguen a cumplirse o no

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal

Magistrado Ponente: *Dr. Jorge Aníbal Gómez Gallego*

Radicación No. 5712

Aprobado Acta Nro. 90

Santafé de Bogotá D. C., veintidós (22) de junio de mil novecientos noventa y nueve (1999).

VISTOS

Se pronuncia la Sala acerca de la impugnación instaurada por el accionante, Abogado Rubén Darío Muñoz Pulgarín, contra el fallo proferido el 10 de mayo de 1999 por el Tribunal Superior de Medellín mediante el cual denegó el amparo constitucional invocado para la protección de derechos constitucionales fundamentales supuestamente conculcados por la Titular de la Fiscalía 64 Delegada de dicha localidad.

CONTENIDO DE LA ACCIÓN

Ante el Fiscal Seccional 158 de la Unidad de Reacción Inmediata de Medellín, acudió desde el 15 de abril del presente año el hoy accionante en tutela a dar cuenta de las amenazas de las cuales venía siendo víctima, hechos originados al parecer en un pleito de índole laboral en donde él, refiere el letrado Rubén Darío Muñoz Pulgarín, ofició de apoderado de una de las partes en cuyo favor hubo sendos pronunciamientos judiciales reconociendo acreencias de la misma naturaleza, pretendiéndose ahora su condonación parcial.

A tal extremo han llegado las intimidaciones que el amenazado temiendo por su vida y la de su familia se vio obligado a inquirir la protección de

los cuerpos de seguridad del Estado, afirma, pero al indagar por el Despacho que le había tocado conocer del asunto, la Fiscalía 64 Delegada de la Unidad de Delitos contra la Seguridad Pública, con sorpresa se enteró que allí, pasado un término prudencial, nada habían hecho en pro de la correspondiente averiguación habida consideración de la carga laboral existente, como que, inclusive, con altanería y descortesía fue atendido por uno de los empleados de la oficina. Entre tanto, la "tortura psicológica" no cesa, sólo vive con la esperanza de que el apercibimiento que tanto por escrito como mediante comunicación telefónica se le ha hecho, no tenga real ocurrencia. Considera pues el actor violadas las garantías reconocidas como fundamentales en los artículos 11, 12, 13, 25, 28 y 29 de la Carta Política.

El fallo impugnado

Escuchados los descargos de la funcionaria acusada, quien como justificación para no haber atendido con prontitud los requerimientos investigativos del accionante aduce demasiada carga laboral, y la confección urgente de cuadros estadísticos pedidos por la oficina central de la Fiscalía General de la Nación acerca de las labores realizadas en la oficina, el Tribunal de tutela consideró que la omisión denunciada encuentra apoyo en los hechos que como "justificación excusable" enuncia la Fiscal en su escrito de contestación y, bajo el argumento de que deliberadamente no se le ha negado el acceso al servicio público de la administración de justicia al actor, denegó el amparo constitucional demandado, no empece a lo cual ordenó la compulsación de copias para la respectiva investigación disciplinaria por la falta en que hubiese podido incurrir el empleado dado el trato del cual se queja el libelista.

La impugnación

Huérfano de la protección estatal, se encuentra él -el actor- y su familia, alega el impugnante, porque ni la Policía Nacional ni los estamentos judiciales cumplen cabalmente con la filosofía en la que se inspira el preámbulo de la Constitución Política. Negligentes han sido no sólo la Fiscal del conocimiento que ha omitido verificar la fuente de su sospecha, sino también el resto de funcionarios estatales que han tenido que ver con el asunto; mientras tanto persisten las amenazas. Del Tribunal no solicitó se le permitiera el acceso a la justicia, agrega, sólo pidió se le protegiera efectivamente de la acción delincuencial de personas que han trastornado su diario vivir, implementando al efecto las medidas pertinentes.

Que se revoque el fallo cuestionado y en su lugar se le ordene a la Fiscal 64 "avocar de una vez por todas las investigaciones respectivas y expedir las órdenes de trabajo a los cuerpos investigativos (...)", e igualmente que por lo menos se "reconvenga" al empleado que lo atendió en el

despacho acusado en relación con su manera de atender al público, son las pretensiones a las que en últimas aspira el actor se accedan.

CONSIDERACIONES

Garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución y asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo, son, entre otros, fines esenciales del Estado, para lo cual se encuentran instituidas las autoridades de la República en la medida en que su tarea consiste en "proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra, bienes, creencias y demás derechos y libertades, y (...) asegurar el cumplimiento de los deberes del Estado y de los particulares" (Art. 2° de la Carta Política).

En materia constitucional, el amparo del derecho a la vida, el primero de los derechos de la persona humana con carácter de irrenunciable, incluye en su núcleo conceptual la protección contra todo acto que amenace dicha garantía, viene proclamando con reiterativa insistencia la jurisprudencia constitucional, "no importa la magnitud o el grado de probabilidad de la amenaza con tal que ella sea cierta" -Sentencia T-102/93 de la Corte Constitucional-. El respeto a la vida y a la integridad física de los demás, también lo ha precisado la citada Corporación, "en un sentido moral y jurídicamente extenso, no se reduce sólo a la prevención policiva o a la represión penal del agresor, comporta el deber de no maltratar, ni ofender, ni torturar, ni amenazar a las personas (...)." -Fallo T-529/92-.

La protección del derecho a la vida que como valor constitucional de carácter superior aparece reconocido y garantizado en nuestro ordenamiento jurídico político, debe procurarse no de manera formal o abstracta sino en forma objetiva, específica y fáctica. Asegurar la vida de los integrantes de la Nación, es uno de los postulados que el Constituyente instituyó en el preámbulo de la Carta Política de 1991, deber que trasciende el ámbito estatal radicándose con similar significación en las relaciones entre particulares.

Pues bien, en el asunto *sub lite* no hay por qué dudar de las amenazas ciertas, reales o verdaderas de las que viene siendo víctima el accionante. Basta con reparar en el contenido intimatorio de la boleta anexada a las diligencias, lo cual igualmente se hace patente con la grabación magnetofónica de las advertencias hechas al actor por sus amenazadores y que el propio afectado se dio a la tarea de recopilar, para desnudar los turbios propósitos que los anima. Luego entonces, fácil resulta inferir el riesgo latente que representa esas amenazas para la vida del actor y su familia, o por lo menos para la integridad física de los mismos, sin importar que tales admoniciones lleguen a cumplirse o no.

"Para que se determine la hipótesis constitucional de la amenaza se requiere la confluencia de elementos subjetivos o externos. El temor del

sujeto que ve peligrar sus derechos fundamentales y la convalidación de dicha percepción mediante elementos objetivos externos, tiene como significado el que ofrecen las circunstancias temporales e históricas en que se desarrollan los hechos. El criterio constitucional para evaluar la existencia de amenazas a los derechos fundamentales es racional. No supone la verificación empírica de los factores de peligro, sino la creación de un parámetro de lo que una persona en similares circunstancias podría razonablemente esperar", se dijo en relación con la materia debatida en la sentencia constitucional reseñada en primer lugar.

A todas estas y noticiado como se tiene el hecho ante la autoridad pública, ¿qué hizo la Fiscalía entre el 14 de abril de 1999, fecha en que tuvo conocimiento del acontecer presuntamente delictivo, y el 30 de los mismos mes y año, día este para el cual apenas se programó la ampliación de la denuncia? NADA. Sólo con fecha 21 de abril se ordenó la práctica de diligencias preliminares sin que hubiese llevado a cabo ninguna para el día en que la funcionaria acusada diera cuenta al Tribunal de su actuación en relación con la queja. Los cuerpos de seguridad ante los cuales acudió el tutelante en demanda de protección, explica, adujeron tener las manos atadas por cuanto necesitaban la orden pertinente de la funcionaria del conocimiento.

Ninguna eficacia pues, han tenido para el actor los otros mecanismos ordinarios de defensa que nuestro ordenamiento jurídico prevé y, es bajo tal presupuesto, lo ha proclamado la doctrina constitucional en incontables ocasiones, en que la acción de tutela debe operar plenamente irradiando sus efectos protectores sobre el derecho constitucional menoscabado o amenazado. De ahí su carácter excepcional, residual y subsidiario.

Por consiguiente, ha debido el Tribunal de tutela decretar el amparo constitucional incoado, pues, como lo denota el accionante, la protección no la invocó para que se le permitiera el acceso a la administración de justicia sino para que los órganos de ésta implementaran las medidas pertinentes y eficaces de salvaguardia, que hicieran cesar el peligro inminente en que se halla de ser víctima de un atentado contra su seguridad personal, riesgo que, obviamente, compromete su vida y la de los suyos seriamente amenazada y, consecuencialmente, conculca el derecho que tiene a no ser sometido a la tortura sicológica que actualmente padece.

En consecuencia, previa revocatoria del fallo impugnado se accederá a la tutela deprecada ordenándosele a la Fiscal 64 Delegada de la Unidad Primera de Ley 30 de 1986 y Varios de Medellín, dé inicio en el término de 48 horas contadas a partir de la notificación de este proveído, si aún no lo ha hecho, a la práctica de las diligencias requeridas para el cabal esclarecimiento de los hechos denunciados por el actor, impartiendo para el efecto las órdenes de trabajo pertinentes a las autoridades compe-

tentes para que tomen las medidas necesarias que tiendan a la protección de la vida e integridad física del peticionario y la de su familia.

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:

1°.- Revocar el fallo de fecha, origen, naturaleza y contenido indicados, conforme con las motivaciones plasmadas en el cuerpo de este proveído.

2°.- Tutelar el derecho a la vida del actor y su familia, gravemente amenazado. Para el efecto, ordenáse a la Fiscal 64 Delegada de la Unidad Primera de Ley 30 de 1986 y Varios de Medellín que en el término de 48 horas contadas a partir de la notificación de este proveído, disponer las órdenes de trabajo pertinentes a las autoridades competentes para que tomen las medidas necesarias que tiendan a la protección inmediata de la vida e integridad física del accionante y la de su familia, y dentro del mismo término dé inicio, si aún no lo ha hecho, a la práctica de las diligencias requeridas para el cabal esclarecimiento de los hechos denunciados por el actor.

3°.- Remitir a la Corte Constitucional lo actuado para su eventual revisión.

Cópiese, Notifíquese y cúmplase

Jorge Aníbal Gómez Gallego, Fernando Arboleda Ripoll, Ricardo Calvete Rangel, Jorge E. Córdoba Poveda, Carlos A. Gálvez Argote, Edgar Lombana Trujillo, Mario Mantilla Nougues, Carlos E. Mejía Escobar, Nilson Pinilla Pinilla.

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria

DERECHO DE PETICION, CONSULTAS AL CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA: la negativa a absolver una petición sobre la tipificación disciplinaria de la conducta de un fiscal o un juez no vulnera el derecho del solicitante. No hay disposición que faculte a las Salas para responder tales pedimentos.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal

Magistrado Ponente: Dr. *Mario Mantilla Nougues*

Radicación No. 5722

Aprobado Acta No. 090

Santafé de Bogotá, D.C., veintidós (22) de junio de mil novecientos noventa y nueve (1999).

Por impugnación del accionante Felipe Arturo Laverde Concha, han llegado las presentes diligencias a esta Corporación para conocer de la sentencia de fecha 13 de mayo del corriente año, mediante la cual el Tribunal Superior de Santafé de Bogotá negó por improcedente la tutela del derecho fundamental de petición, presuntamente vulnerado por la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Seccional de la Judicatura de Cundinamarca.

FUNDAMENTOS DE LA ACCIÓN

Precisa el accionante que el 9 de octubre de 1998, con invocación del derecho de petición presentó ante el Consejo Seccional de la Judicatura de Cundinamarca - Sala Jurisdiccional Disciplinaria, solicitud consistente en que se le absolviera una consulta dirigida a que se le resolviera el siguiente cuestionario:

"¿En qué incurriría un funcionario judicial - fiscal o juez - y de qué sanciones podría ser objeto, si no procede a cancelar las órdenes de captura que impartió habiendo cesado los motivos que dieron lugar a ellas o ya habiendo sido declarado el imputado como persona ausente por un delito que no amerite detención preventiva o que siendo viable dicha medida de aseguramiento concurra causal de libertad provisional?.

Agrega que la demandada en escrito del 29 de los citados mes y año, le manifestó que "...por no ser esta Sala de consulta, no se le puede absolver lo que Ud. pretende...." (fl. 1).

Transcribe el contenido de los artículos 25 y 31 del Código Contencioso Administrativo que contemplan la consulta como integrante del derecho de petición y el deber de las autoridades de hacer efectivo el derecho fundamental reclamado, pero todo parece que "...los magistrados del Consejo Seccional de la Judicatura - Sala Jurisdiccional Disciplinaria consideran que ellos son un tipo de autoridades a quienes no se les puede dirigir derechos de petición de consulta, ya que en su entender no siendo esa Sala de consulta no puede resolver peticiones de dicha índole".

Cita los artículos 1° del C. C. A. y 113 de la Carta Política para concluir que "...de lo expuesto no puede llegar a ser otra cosa que por disposiciones constitucionales y legales dentro del concepto autoridades utilizado para denominar a quienes se le puede presentar respetuosamente derechos de petición y que correlativamente tienen el deber de responderlo, se encuentran comprendidas las de la rama judicial en todos los órdenes y por ende se incluye el Consejo Seccional de la Judicatura - Sala Jurisdiccional Disciplinaria" (fl. 2).

Se apoya el libelista en las sentencias T- 481 y T-501 del 10 y 21 de agosto de 1992, respectivamente; T-220 del 4 de mayo de 1994 y T- 134 del 29 de marzo de 1996, todas de la Corte Constitucional para significar que "Es oportuno igualmente resaltar que el Consejo Seccional de la Judicatura de Cundinamarca - Sala Disciplinaria es una autoridad sobre quien recae el conocimiento de ciertos procesos disciplinarios que se adelanten contra determinados jueces y fiscales de cierta jerarquía, entre otros; por lo que hace de aquél un órgano cuyos miembros son idóneos para resolver la duda que se plantea mediante el derecho de petición presentado. Poseen un conocimiento tal sobre la materia solicitada que los hace idóneos, competentes y capaces para resolver la consulta".

"No obstante a lo anterior - agrega - y en gracia de discusión, si se partiese hipotéticamente de la consideración errónea de que en el Consejo Seccional de la Judicatura de Cundinamarca - Sala Disciplinaria no radica una competencia para conocer de la consulta que se le formula, igualmente el derecho de petición se vulneró en la medida en que se desconoció lo preceptuado en el artículo 33 del C. C. A.: 'Si al funcionario a quien se le dirige la petición, o ante quien se cumple el deber legal de solicitar que inicie la actuación administrativa, no es competente, deberá informarlo en el acto al interesado, si éste actúa verbalmente; o dentro del término de 10 días, a partir de la recepción si obró por escrito; en este último caso el funcionario a quien se hizo la petición deberá enviar el escrito, dentro del mismo término, al competente, y los términos establecidos para decidir se ampliarán en diez (10) días'."

Luego de transcribir lo que estima pertinente de la sentencia T-575 del 14 de diciembre de 1994 de la Corte Constitucional, el accionante concluye que "Del análisis completo hecho hasta el momento se tiene que la respuesta dada además de no resolver el asunto planteado, y de ser vacía de contenido, constituye una contestación evasiva, la cual aún habiéndose producido en tiempo, no satisface el derecho de petición, pues en realidad, mediante ese tipo de respuesta, la autoridad está eludiendo el cumplimiento de su deber, dejándose al peticionario en el mismo estado de desorientación inicial. Tal circunstancia hace inútil el derecho fundamental de petición y, por tanto, encontrándose vulnerado debe procederse a su protección" (fl. 4 y 5).

El fallo recurrido

El Tribunal Superior de Santafé de Bogotá precisa que "Para resolver la Sala ha de tener en cuenta, en primer término, que el demandante da a entender que pertenece al Consultorio Jurídico de la Universidad de Los Andes, esto es que seguramente ha venido cursando la carrera de derecho y cuenta, por ende, con suficiente instrucción como para entender cabalmente que existe normatividad aplicable a situaciones como las que él planteó a la mencionada entidad pública, la cual cubre tanto los aspectos puramente disciplinarios como los penales que puedan resultar de tales situaciones".

"En segundo lugar ha de puntualizarse que las autoridades jurisdiccionales, cuya misión específica es la de conocer las situaciones concretas que ostensible o supuestamente revisten algún grado de antijuricidad que por ello precisamente requieren de su intervención, no pueden entrar a pronunciarse sobre casos no conocidos dentro de algún proceso sometido a su conocimiento, es decir en forma abstracta de situaciones que, en la medida en que se proponen al funcionario judicial para que las sopese independientemente de un hecho material cierto, previsiblemente hacen referencia a circunstancias concretas que despiertan la inquietud de quien pide esa clase de pronunciamiento y por tanto puede instaurar en el futuro el contenido de la respuesta judicial para tratar de forzar la inteligencia y la voluntad del funcionario judicial al que le haya correspondido o le corresponda conocer del asunto respectivo, convirtiéndose así de autoridad judicial en involuntario e inadecuado asesor de quien so capa de consulta pretende encausar alguna acción en la cual tiene interés".

Por otra parte, es cierto que, como lo ha aducido la entidad contra la cual se dirige esta acción, ninguna norma ha otorgado a las autoridades en general, salvo las que integran la Sala de Consulta del Consejo de Estado, la función de servir de órgano de consulta".

"En conclusión, no encuentra la Sala justificación en el reclamo del demandante y debe serle negado el amparo de tutela que demanda" (fl. 28 y 29).

La impugnación

Considera el recurrente que el argumento expuesto por el *a quo* en el sentido de que posiblemente pertenece al consultorio jurídico de la Universidad de los Andes, no lo excluye o le puede limitar su derecho de petición consagrado en favor de toda persona para presentar solicitudes respetuosas a las autoridades y a obtener, correlativamente su pronta solución, sorprendiéndose "que un Tribunal Superior en un fallo de tutela lance premisas que no desarrolla y que no tienen implicación alguna respecto al fondo del debate...".

Agrega que el fallo recurrido desconoce abiertamente el alcance que constitucionalmente ostenta el derecho de petición, pues "...la petición de consulta que se le formula a la Sala Disciplinaria del Consejo Seccional de la Judicatura de Cundinamarca, se le formuló en virtud a su calidad de autoridad como expresamente lo establece el artículo 23 de la C. P. y no por considerarlo órgano de consulta, como pareciere entenderlo tanto la entidad consultada como el juez de tutela. Es claro que la Sala Disciplinaria del Consejo Seccional de la Judicatura de Cundinamarca no está constituida como órgano de consulta como lo es la Sala de Consulta del Consejo de Estado, y que por cierto valga la pena anotarle al juez de tutela que éste último se ha constituido y se le ha otorgado expresamente la función de servir como órgano de consulta, porque lo es única y exclusivamente para el gobierno y que por ende concluir que porque a la Sala Disciplinaria del Consejo Seccional de la Judicatura de Cundinamarca no se le ha constituido como órgano de consulta no se encuentra comprendido entre el término 'autoridades' del artículo 23 de la C. P., sería desconocer nuestro ordenamiento jurídico y en particular el derecho de petición de consulta en cabeza de los ciudadanos".

Reitera el contenido de las normas que regulan el derecho fundamental de petición y algunos pronunciamientos de la Corte Constitucional, ya transcritos en lo pertinente en su demanda de amparo, para significar que "La consulta formulada a la Sala Disciplinaria del Consejo Seccional de la Judicatura de Cundinamarca, efectivamente era una consulta cuyo tema era de derecho sancionador, la cual se dirige precisamente ha (sic) obtener una respuesta desde ese mismo enfoque, es decir ante una consulta generalizada y objetiva sobre cierta materia, se espera una respuesta igualmente generalizada y objetiva a partir del conocimiento que se tenga del derecho sancionador en sí mismo y no de la aplicación de ese derecho a un caso concreto. La consulta, por consiguiente, busca una orientación teórica acerca de una materia, sobre la cual las Salas Disciplinarias del Consejo de la Judicatura, poseen un conocimiento tal que los hace idóneos, competentes y capaces para absolver la consulta...".

Estima también las actuaciones de los particulares y de las autoridades públicas deben ceñirse a los postulados de la buena fé, razón por la

cual rechaza el criterio del *a-quo* en el sentido de que "...puede instrumentar en el futuro el contenido de la respuesta judicial para tratar de forzar la inteligencia y la voluntad del funcionario judicial al que le haya correspondido o le corresponda conocer del asunto respectivo..", pues según lo normado en la parte final del artículo 25 del C. C. A., las respuestas a las consultas no comprometen la responsabilidad de las entidades que las atiendan, ni será de obligatorio cumplimiento o ejecución.

"Por su parte el argumento de que no puede haber pronunciamiento alguno sobre derecho sancionador por parte de ese tipo de entidades a menos que sea dentro de una situación de su conocimiento, coarta indiscriminadamente el alcance del derecho de petición, que no tiene ni constitucional ni legalmente esa limitante, bien sea en interés general como en particular".

Finalmente, se refiere a la respuesta dada por el Presidente de la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Seccional de la Judicatura al Tribunal Superior de esta ciudad, según la cual la competencia radicaría en la misma Sala pero del Consejo Superior de la Judicatura, entonces ha debido conforme a lo previsto en el artículo 33 del C. C. A., remitirla a su superior, luego la respuesta obtenida a su petición, resulta además de vacía en su contenido, evasiva y violatoria del derecho de petición, "pues en realidad, mediante ese tipo de respuesta, la autoridad está eludiendo el cumplimiento de su deber, dejándose al peticionario en el mismo estado de desorientación inicial. Tal circunstancia hace inútil el derecho fundamental de petición y, por tanto, encontrándose vulnerado debe procederse a su protección".

Consideraciones de la Corte

No admite duda alguna la improcedencia de la acción aquí propuesta por el ciudadano Felipe Arturo Laverde Concha, pues la respuesta obtenida por parte del Presidente de la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Seccional de la Judicatura de Cundinamarca, en manera alguna viola el derecho cuya protección aquí se demanda.

En efecto, si bien es cierto que asiste razón al accionante en que según las normas citadas en su demanda, los funcionarios de la rama judicial, sin excepción alguna, es decir, a todo nivel como integrantes de una de las ramas del poder público, no pueden ser ajenos al concepto de autoridades, también lo es que de conformidad con lo preceptuado en el artículo 230 de la Carta Política, los Magistrados de la Corporación accionada y los jueces y fiscales en general, en sus decisiones solo están sometidos al imperio de la Ley.

Es así como, en la forma en que lo manifestó el Presidente de la Colegiatura acusada, los servidores públicos solamente pueden hacer lo

que les está permitido. En otras palabras, lo que la Constitución y la ley les obliga realizar de acuerdo con su jerarquía, funciones y competencias, pues todo aquello ajeno a tales calidades, desbordaría sus facultades, incurriendo de facto en la arbitrariedad, sancionable no solo en forma disciplinaria, sino también penalmente si la conducta está prevista como falta susceptible de una pena de la naturaleza ya dicha.

En efecto, el artículo 123 de la Carta Política determina que "Son servidores públicos los miembros de las corporaciones públicas, los empleados y trabajadores del Estado y de las entidades descentralizadas territorialmente y por servicios"

"Los servidores públicos están al servicio del Estado y de la comunidad; ejercerán funciones públicas en la forma prevista en la constitución, la ley y el reglamento".

Así las cosas, conforme a lo dispuesto en el artículo 256 de la Constitución Política, al Consejo Superior de la Judicatura o a los Consejos Seccionales, les corresponde, según el caso, ejercer las funciones específicas allí consagradas y, "7. Las demás que señale la Ley".

De otra parte, en el artículo 114 de la Ley 270 de 1996 o "Estatutaria de la Administración de Justicia" de manera específica y en desarrollo del mandato superior antes señalado, en forma taxativa describe las funciones de las Salas Disciplinarias de los Consejos Seccionales, todas ellas de naturaleza judicial, no administrativas, razón por la cual en manera alguna puede atender peticiones consultivas como la pretendida por el accionante, pues sus criterios sobre puntos de derecho sancionatorio al cual se refiere Laverde Concha, solo pueden ser consignados en sus providencias o decisiones que adopte en los asuntos sometidos a su conocimiento, cuya consulta puede hacerla cualquier ciudadano, a través de las secretarías o relatorías respectivas, si es que las hay en la Corporación, bien pidiendo orientación sobre el tema concreto o copia de aquellas providencias que eventualmente puedan contener el punto de interés y que, por lo mismo, constituyen la jurisprudencia que es uno de los criterios auxiliares en la actividad judicial, salvo aquellas proferidas por las Autoridades Judiciales a las que se le ha confiado la guarda de la integridad y supremacía de la Constitución, que tienen fuerza vinculante *erga omnes*.

El juez de tutela no puede so pretexto de proteger un derecho fundamental, ordenar a un funcionario público o Corporación, a realizar actuaciones que por mandato constitucional o legal no le corresponden, pues ello comportaría el desconocimiento de los mandatos superiores y por lo mismo, sus órdenes resultarían contrarias a su función de juez constitucional, susceptibles de las acciones legales pertinentes.

Es más, no es que los conceptos emitidos por los jueces y fiscales por fuera de los asuntos de su conocimiento, puedan comprometer la respon-

sabilidad de la entidad a la cual trabajan, ni que ellos sean de obligatorio cumplimiento y ejecución, pero sí son causal de impedimento o de recusación, según el caso, incluso, se reitera, susceptibles de sanciones disciplinarias o penales, salvo aquellos que de manera general emiten con fines académicos en universidades, foros, seminarios, etc., los cuales en manera alguna van dirigidos a ninguna persona en particular, ni tampoco pueden apuntar a dar respuesta de consultas que se les eleven con invocación del derecho de petición, pues en tales eventos no estarían ejerciendo sus funciones específicas como juzgadores o funcionarios de la rama judicial, sino como catedráticos con autoridad sobre el tema tratado, que constituyen fuente del saber cuyos destinatarios son los participantes en aquellos.

Basta al accionante, si alguna duda aún tiene sobre las conductas y posibles sanciones para jueces y fiscales que procedan conforme a sus inquietudes consignadas en su escrito recibido el 9 de octubre de 1998 en la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Seccional de la Judicatura, consultar además de la posible jurisprudencia que pueda existir sobre ese tema concreto, las disposiciones legales pertinentes, pues no en otra forma podrá despejarlas, se reitera, ya que tratándose de funcionarios judiciales, estos no pueden resolver inquietudes de tal naturaleza, sino al interior de los procesos que por competencia les corresponde, de oficio o a petición de parte, es decir, exclusivamente cuando los sujetos procesales, y solo ellos, así se lo demandan.

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

RESUELVE:

1° Confirmar la sentencia de fecha 13 de mayo del corriente año, mediante la cual el Tribunal Superior de Santafé de Bogotá negó a Felipe Arturo Laverde Concha la tutela del derecho fundamental de petición, presuntamente vulnerado por la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Seccional de la Judicatura de Cundinamarca, por las razones consignadas en precedencia.

2° Remítanse las diligencias a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

3° Notifíquese conforme a lo previsto en el artículo 30 del Decreto 2591 de 1991 y cúmplase.

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

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria

DERECHO DE PETICION: El derecho de petición no puede considerarse satisfecho con el suministro de datos ajenos al pretendido e inexactos, pues ello no obedece al cumplimiento de los propósitos constitucionales y de funcionalidad de las distintas entidades públicas

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal

Magistrado Ponente: *Dr. Jorge Enrique Córdoba Poveda*

Radicación No. 5727

Aprobado acta Nº 95

Santafé de Bogotá D.C., veintinueve (29) de junio de mil novecientos noventa y nueve (1999).

VISTOS

Decide la Sala la impugnación que interpone el Jefe de la Oficina Jurídica del Instituto Nacional de Vías (Invias) contra la decisión del pasado 6 de mayo, por medio de la cual el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla accedió a tutelar el derecho de petición, acusado como violado por el Ministerio de Transporte e Invias por el ciudadano Hector Manuel Esmeral Lafaurie.

ANTECEDENTES Y FUNDAMENTOS DE LA ACCIÓN

1. Los hechos que motivaron la solicitud de tutela, que ocupa la atención de la Sala, pueden resumirse así:

Mediante escrito presentado, en el mes de noviembre de 1997, ante el Ministro de Transporte y Vías, reiterado en enero, febrero, abril y junio de 1998, el actor demandó, bajo la invocación del derecho de petición, el suministro de información sobre la construcción de la carretera entre Barranquilla y Cartagena, especialmente en el tramo comprendido entre los kilómetros 97 y 98, frente a la entrada a Puerto Colombia, circunscrita a las especificaciones técnicas, normas de diseño, normas de construcción, diseño geométrico, peraltes de las curvas horizontales, cálculos de calzada y los planos y diseños definitivos de construcción.

Solicitud que, según el accionante, fue transferida de entidad en entidad, como si se tratara de una "papa caliente", sin que hasta la fecha se le hubiese dado una información veraz y eficiente para satisfacer las expectativas del derecho de petición, como que se le entregaron copias de planos de la mencionada carretera, pero sin que correspondieran al tramo solicitado ni a la carretera finalmente construida sino, aparentemente, a un anteproyecto.

Por ello, demanda la intervención del juez constitucional a fin de que se le proporcione la información requerida.

2. En el curso de esta tramitación constitucional, el Tribunal de primera instancia sometió a consideración de un perito especialista en construcción de carreteras, adscrito al Cuerpo Técnico de Policía Judicial, las peticiones hechas por el accionante y las diversas respuestas de Invías, con el propósito de parangonarlas, a fin de determinar si se había o no dado eficaz respuesta.

En la parte pertinente, el especialista manifiesta que los planos que en copia se le suministraron como respuesta a sus inquietudes, no guardan consistencia con el objeto de la solicitud, o bien por no haberse remitido a la firma interventora, que debe guardar los planos con los que se entregó la obra, es decir, que se le suministraron planos no definitivos, o bien por dificultades derivadas del traslado que del extinto Ministerio de Obras Públicas se hizo hacia Invías.

3. El Tribunal encontró fundada la solicitud de amparo propuesta por el solicitante, pues considera que no se le ha suministrado la información requerida, sino una inexacta e ineficaz para la satisfacción de su derecho de petición.

Recuerda doctrina constitucional en torno a la importancia de este derecho constitucional, especialmente al interés y cuidado que las autoridades públicas deben tener con las solicitudes presentadas por los ciudadanos.

Es así como, resalta la Corporación, dentro del largo descorrer de las solicitudes y requerimientos del actor, solamente se logró que se le entregaran copias de los planos C-20 y C-21 de la carretera al mar, que no solamente no eran los pedidos, sino que no correspondían a los planos finales, los cuales debían reposar en dicha entidad, conforme al concepto del Técnico Judicial del CTI de la Fiscalía General de la Nación.

Tales razones llevaron a amparar el derecho invocado y, en consecuencia, a ordenar al Director General del Invías, que en el plazo de 10 días, contados a partir de la notificación de la decisión, "localice" la información que precisamente demanda el accionante y que se le notifique de la misma en los términos de ley.

4. Inconforme con la determinación, el Jefe de la Oficina Jurídica de Invías la impugna, manifestando que la decisión del Tribunal es incoherente, en la medida que frente al derecho de petición se ha dicho que no es dable al juez constitucional entrar a resolver el fondo de la petición, sino velar por una pronta y oportuna respuesta, lo que aquí ocurrió.

Otra cosa es que a ellas se agregaran ingredientes distintos que diferían la contestación, como la remisión inicial a la firma contratista y a la interventora.

Resalta el impugnante que sostener, como lo hace el Tribunal, la falta de respuesta a la solicitud, es desconocer la amplia gestión de Invías en la solución de las inquietudes y que conceder la tutela es ordenar lo "imposible", conforme la doctrina constitucional.

Agrega que el actor no fue claro en su pretensión, pues en la petición del 30 de abril de 1998 solicitó los datos frente al kilómetro 97 + 130 mts. de la carretera Barranquilla - Cartagena, mientras que en la solicitud del 30 de julio siguiente ya habla del kilómetro 97 + 13 mts de la carretera Cartagena - Barranquilla.

Así pues, siendo notoria la imprecisión del peticionario en los datos requeridos y oportuno el suministro de los mismos, por parte de Invías, solicita se revoque la determinación y se niegue el amparo.

LA CORTE CONSIDERA

La decisión objeto de impugnación se confirmará por las siguientes razones:

En primer lugar debe advertirse que si bien es cierto dentro del proceso de amparo constitucional se observa que ha existido diligencia por parte de Invías al responder las solicitudes presentadas por el actor, en aparente cumplimiento del deber que impone el artículo 23 de la Carta Política, la respuesta no ha sido eficaz y satisfactoria.

El derecho de petición no puede considerarse satisfecho con el suministro de datos ajenos al pretendido e inexactos, pues ello no obedece al cumplimiento de los propósitos constitucionales y de funcionalidad de las distintas entidades públicas.

En el caso concreto, aparece irracional que, desde el mes de noviembre de 1997, el señor Esmeral Lafaurie se encuentre esperando que le suministren datos o se le entreguen copias de los planos relacionados con la vía Barranquilla - Cartagena, lo que hasta el momento no ha ocurrido.

Y es que no se trata de una información reservada, inexistente o imposible de conseguir, como lo sugiere el impugnante, pues ni así se vislumbra, ni así se argumentó por la entidad, de lo que se colige que no se ha

prestado la suficiente atención para satisfacer las pretensiones del ciudadano que, respetuosa, paciente e insistentemente, espera una respuesta ceñida a la Constitución y la ley.

Razones suficientes para que en criterio de la Sala deba confirmarse la decisión materia de 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:

1. Confirmar la decisión objeto de impugnación

2. Ejecutoriada esta determinación remítase el proceso a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

3. Notifíquese de conformidad con lo dispuesto en el artículo 30 del decreto 2591 de 1991.

Cúmplase.

Jorge Aníbal Gómez Gallego, Fernando Arboleda Ripoll, Ricardo Calvete Rangel, Jorge E. Córdoba Poveda, Carlos Augusto Gálvez Argote, Edgar Lombana Trujillo, Mario Mantilla Nougués, Carlos E. Mejía Escobar, Nilson E. Pinilla Pinilla

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria

DEBIDO PROCESO CIVIL, NOTIFICACIONES EN AUDIENCIAS Y DILIGENCIAS: La norma aplicable para establecer el momento en el cual se deben surtir las notificaciones de providencias proferidas en audiencias o diligencias, aún cuando no hayan concurrido las partes, es el artículo 325 del Código de Procedimiento Civil. No le es posible a la parte argumentar que en atención a la naturaleza del pronunciamiento se debió haber efectuado otro tipo de notificación

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal

Magistrado Ponente: Dr. *Mario Mantilla Nougués*

Radicación No. 5732

Aprobado Acta No. 095

Santafé de Bogotá, D.C., veintinueve (29) de junio de mil novecientos noventa y nueve (1999).

Por impugnación del apoderado de la accionante Ofelia Borda, han llegado las presentes diligencias a esta Corporación para conocer de la sentencia de fecha 12 de mayo del corriente año, mediante la cual el Tribunal Superior de Santafé de Bogotá negó la tutela de los derechos fundamentales a la igualdad y debido proceso, presuntamente vulnerados por el Juzgado Noveno de Familia y Tribunal Superior de Santafé de Bogotá - Sala de Familia.

FUNDAMENTOS DE LA ACCIÓN

Dice el libelista que Juan Ignacio Rivera Cardenas demandó en divorcio contencioso a quien fuera su cónyuge Ofelia Borda, conforme a lo previsto en el Decreto 2272 de 1989 y mediante el rito indicado en el artículo 427 del Código de Procedimiento Civil, modificado por la Ley 25 de 1992, es decir, por el procedimiento verbal en el que impera el principio de concentración, en cuya diligencia de audiencia se evacuan pruebas, se adoptan decisiones incluyendo la sentencia que pone fin a la instancia, las que "*se consideran notificadas el día en que estas se celebren, aunque no hayan concurrido las partes...*" (cursivas del libelista).

Indica que en el caso concreto la notificación de la sentencia proferida en la diligencia de audiencia se cumplió el 27 de noviembre de 1998, es decir, que así él no haya concurrido al citado acto procesal, conforme a la disposición antes transcrita su escrito de apelación presentado en la misma fecha y antes de que el despacho judicial cerrara sus puertas al público, no puede ser extemporáneo como lo afirmó la Juez Novena de Familia para denegarlo y lo ratificó la Sala de Familia al resolver el recurso de queja el 17 de marzo del corriente año declarando bien denegado el recurso de apelación, decisiones que constituyen vías de hecho por ir en contravía de la Ley sustancial, por cuanto son un auténtico abuso del derecho.

Considera viable la presente acción ya que no existe otro mecanismo judicial para evitarlo, "... causándose además un perjuicio irremediable en contra de la demandada en el proceso citado, que al igual va en detrimento de la trayectoria profesional de este accionante conculcando así sus derechos laborales ya que las decisiones equivocadas de los servidores públicos que administran justicia irremediablemente van a repercutir en sus actuaciones como profesional del derecho, porque en el común de la gente los fracasos en las actuaciones judiciales quiérase o no siempre es por culpa del profesional, no por causa de los Servidores Públicos que yerran en sus determinaciones en uso de sus funciones ya sea de mala o buena fe" (fl. 24).

Agrega que el artículo 331 del Código de Procedimiento Civil enseña que "*las providencias quedan ejecutoriadas y son firmes tres días después de notificadas, cuando carecen de recursos, o han vencido los términos sin haberse interpuesto los recursos que fueren procedentes. O cuando queda ejecutoriada la providencia que resuelve los interpuestos*. No obstante, en caso en que se pida aclaración o complementación de una providencia su firmeza solo se producirá una vez ejecutoriada la que la resuelva".

"Las sentencias sujetas a consulta no quedarán en firme sino luego de surtida ésta" (Cursivas del accionante).

Aduce que: "De la lectura de la norma transcrita se puede verificar con toda claridad que el precepto no hace excepción diferente a las de las sentencias que deben someterse a consulta, esa excepción a la regla general solo es una invención de la Sala de Familia del honorable Tribunal para justificar la vía de hecho al interpretar de manera muy personal el mandato transcrito; al contrario se refiere a esos tres días después de que las providencias judiciales sean notificadas sin que haga excepción alguna, incluyendo a las providencias o sentencias contra las cuales dentro del término legal no se impugnen mediante los recursos que sean procedentes, es decir que si en el caso que ocupa nuestra atención la sentencia judicial no se impugnó en el momento de finalizar la audiencia, de acuerdo con el artículo 325 del C. de P. Civil bien se podía impugnar dentro del

transcurrir del día hábil en que se expidió hasta las seis de la tarde, como ocurrió; no se necesita ser un experto en derecho procesal civil para entender que cuando el legislador hizo referencia al día, éste empieza a las ocho de la mañana y termina a las seis de la tarde, pero, si nos remitimos al contenido del artículo 331 del C. de P. C. sin lugar a dudas, dicho recurso bien podía interponerse tres (3) días después del veintisiete (27) de Noviembre del pasado año, porque muy a pesar de los señores Magistrados integrantes de la Sala de Familia del honorable Tribunal, el Legislador ninguna excepción hace a la regla general de la citada norma excluyendo únicamente las sentencias sometidas a consulta".

"Es por esas elementales razones que saltan a la vista que el Juzgado Noveno de Familia y la Sala de Familia del honorable Tribunal Superior de esta ciudad capital con las decisiones analizadas, incurrieron en vías de hecho en grave perjuicio de la demandada Ofelia Borda, quien con la sentencia que se ejecutorió de manera arbitraria se le impidió su derecho a la doble instancia que es derecho constitucional, pues el artículo 29 de la Carta Magna dispone que el debido proceso se respetará en todas las actuaciones judiciales y administrativas, en concordancia con el derecho de igualdad de las partes ante la ley (art. 13 *ibídem*), máxime que la Jueza de instancia en la sentencia que pretende ejecutoriar en las circunstancias ya analizadas deja constancias que constituyen verdaderas falsedades ideológicas al aseverar que no le asigna cuota alimentaria a cuenta del divorciado demandante, a pesar de que existe norma legal que así lo impone, porque entre el demandante y la demandada, existió fue un acto conciliatorio constancia que es un exabrupto ya que no está acorde con la verdad probatoria, cuando de la contestación de la demanda se deduce es un allanamiento parcial a la demanda como es de parte de la demandada aceptar el divorcio a cambio de que el demandado le suministre una cuota congrua de alimentos, mensualmente a la cual el demandante se opone ¿entonces a cuál conciliación se refiere la señora jueza de instancia?." (fl. 27 y 28).

Transcribe lo pertinente de la sentencia T-079 de 1993 de la Corte Constitucional, para concluir que "En el caso que ocupa nuestra atención la Sala de Familia del honorable Tribunal Superior de este distrito capital dio una interpretación acomodaticia al artículo 325 del C. de P. Civil desatendiendo el verdadero alcance que el Legislador le dio a ese precepto y en cuando se refiere a día no es otro diferente que al laborable judicialmente que es de ocho horas de ocho a doce del día y de dos a seis de la tarde, luego no es difícil afirmar sin ningún temor que ese comportamiento constituye una vía de hecho que amerita que se tutela a favor de la demandada el derecho al debido proceso y que el fallo de tutela imponga a la Juez de conocimiento la obligación de conceder el recurso de apelación contra la sentencia expedida en su contra en el proceso de divorcio, enviándolo de nuevo al reparto de la Sala de Familia del honorable Tribunal Superior para que sea otra diferente a la aquí tutelada, por razones obvias

que no requieren de explicación, la que se encargue de resolver sobre el recurso de Apelación ilegalmente denegado por la Juez de Instancia, decisión que fuera confirmada por esa Corporación en circunstancias ya bien explicadas en este escrito de tutela" (fl. 28 y 29).

EL FALLO RECURRIDO

El Tribunal Superior de Santafé de Bogotá para negar a la señora Ofelia Borda el amparo solicitado por su apoderado, advierte que "El ejercicio de las acciones judiciales ordinarias, en la cualquiera de las jurisdicciones establecidas, debe cumplirse bajo el lleno de las exigencias legales, ritos y formalidades preestablecidas en los códigos procesales pertinentes, encaminados, todos ellos, a garantizar el debido proceso, de raigambre constitucional, no pudiendo los jueces, mucho menos las partes procesales, desconocer o irrespetar ese conjunto de provisiones, encaminadas a lograr el desarrollo armónico, coherente y legal, por lo mismo, en sus respectivas etapas jerarquizadas que hagan posible la sentencia, mediante la cual se pone término a la acción".

"En el asunto *sub examine*, claramente aparece acreditado que el actor, en su condición de apoderado de la demandada Ofelia Borda dentro del proceso de divorcio que se ventiló o ventila en el Juzgado Noveno de Familia, no se atemperó a las claras exigencias procesales trazadas en la parte final del inciso primero del artículo 352 del C. de P. Civil, como claramente lo explican y así lo expresaron, en su oportunidad el Juzgado en mención y la Sala de Decisión de Familia de esta Corporación, habiéndose limitado, en consecuencia, a dar cumplimiento estricto, a la ley, pues, por mandato expreso Constitucional (Art. 230) el juez está sujeto a la ley, que no puede desconocer caprichosa y arbitrariamente, so pena de incurrir en la responsabilidad consiguiente".

"En la situación que se examina, claramente se evidencia, que la diligencia de audiencia pública en la que se profirió la sentencia de que trata el caso *sub lite*, tuvo lugar el 27 de octubre de 1998 y el recurrente, solo acudió a presentar su protesta contra el fallo, el día 27 de noviembre del mismo año, como se constata a folio 11 vto., lo que significa que en efecto la interposición del recurso es contraria al querer del legislador que para ese caso específico y en tratándose de un asunto rituado por el trámite del proceso verbal implementó la interposición del recurso de manera verbal e inmediatamente se profiera la sentencia, dando prelación a este tipo de notificación por estrado, cuando hay concurrencia de los sujetos procesales y la notificación es posible, de manera personal, pues así se desprende del texto claro de la norma 352... De manera que si el recurrente en dicho proceso dejó transcurrir un mes aproximadamente desde el proferimiento del fallo para interponer el recurso, es natural y obvio que le haya sido denegada la interposición, pues la sentencia ya había cobrado ejecutoria formal, no siendo susceptible de estos recursos por haber hecho tránsito

a cosa juzgada y, desde este punto de vista, mal podría el Juez de Tutela entrar a invadir una órbita de competencia que no tiene para tratar de revivir una situación, en la que se perdió una de las oportunidades que la ley consagra, por causa atribuible a quien aquí pretende que por vía de tutela se le solucione el problema, lo que no es posible, pues el asunto ya fue debatido ante el Juez Natural y en dos instancias, principio de razón suficiente para denegar, por improcedente, el amparo tutelar solicitado" (fl. 76 y 77).

LA IMPUGNACIÓN

Estima el recurrente que el *a quo* se pronunció en su fallo reflejando una falta de total comprensión con la realidad probatoria, pues partió de una premisa falsa al considerar que la sentencia del Juzgado Noveno de Familia en el referido proceso de divorcio se profirió el 27 de octubre de 1998, sin reparar que el auto cuya copia acompañó a la demanda, señaló como fecha y hora para llevar a cabo la diligencia de audiencia el 27 de noviembre del mismo año a las 8:30 a.m., el mismo en que presentó su escrito de impugnación y no un mes después como se afirma en el fallo de tutela recurrido.

Considera así mismo que la Sala Penal del Tribunal acoge los planteamientos del Juzgado y Sala de Familia para denegar el amparo solicitado, "pregonando que la sentencia expedida en primera instancia realmente se notifica en estrados y queda ejecutoriada al momento de terminar la audiencia apoyándose en el artículo 352 del C. de P. Civil, sin detenerse la Sala del H. Tribunal a analizar el alcance de los artículos 325 y 331 del mismo estatuto, los que transcribo textualmente en el escrito de tutela y me da lugar a seguir sosteniendo que las autoridades judiciales de primera y segunda instancia optaron por las vías de hecho".

Aclara que no corresponde a la verdad la aseveración del Tribunal según la cual "... el litigante quiso fue utilizar la acción de tutela para subsanar su incuria y descuido en el cumplimiento de sus deberes, aseveraciones que también hace el Servidor Público que administra justicia en segunda instancia, llegando a la conclusión de que las autoridades judiciales contra las cuales se instauró la presente acción no incurrieron en ninguna vía de hecho y en consecuencia niegan la acción incoada".

"... Es por lo anterior que este litigante insiste en que el Juzgado de conocimiento como sus superiores jerárquicos haciendo una interpretación restrictiva del artículo 325 del C. de P. Civil en concordancia con el artículo 352 *ibídem* ejecutoriaron la sentencia expedida en primera instancia, atentando contra el principio de impugnación el cual prevalece en un Estado social de derecho y garantiza la prevalencia del principio de la doble instancia, y donde al intérprete no le está permitido hacer excepciones que el Legislador no hizo al crear la Ley".

"Si bien es cierto el artículo 352 de la obra en cita, dispone que las sentencias dictadas en audiencia deben ser apeladas y la sustentación debe hacerse oralmente en el mismo acto, al final del cual el mismo Juez de instancia resolverá sobre su procedencia, este impugnante entiende que dicho precepto es para las partes que comparecen a la audiencia.....sin distorsionar el contenido de la norma necesariamente debemos entender que cuando el Legislador hizo referencia al día, quiso dar a entender que se trataba de la jornada laboral judicial... y está demostrado hasta la saciedad que este impugnante presentó el escrito manifestando que apelaba la sentencia de instancia en la misma fecha en que se celebró la audiencia y se expidió el fallo ejecutoriado de manera irregular por las razones ya expuestas" (fl. 87 a 90).

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

Como quiera que la acción está dirigida contra decisiones judiciales adoptadas por el Juzgado Noveno de Familia de Santafé de Bogotá y de la Sala de Familia del Tribunal Superior de la misma ciudad, ha de reiterarse una vez más el criterio expuesto por esta Sala en el fallo de fecha 22 de mayo de 1992, pues "forzoso se hace recordar que ya al comenzar su vigencia el Decreto 2591 de 1991 las distintas Salas de esta Corte rechazaron la procedencia de la tutela como mecanismo que pudiera desconocer el valor de la cosa juzgada o hubieren siquiera instituido la prevalencia de unos jueces frente a otros, cuando a cada uno le han sido señaladas por la Carta y por la ley sus propias y privativas funciones y competencias, tan solo limitadas como lo dice el artículo 230 superior, por el marco de la ley".

La propia Corte Constitucional y ya con fuerza vinculante *erga omnes* coincidió más tarde con este pensamiento en su sentencia C-543 de fecha 1° de octubre de 1992, exceptionando apenas el evento de la interposición como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable, y más recientemente mediante providencia del 30 de agosto de 1995 lo reiteró esta Sala de Casación Penal, significando la improcedencia de pedimentos como el que aquí se plantea porque teniendo el recurrente amplitud de medios judiciales para enervar en el interior del proceso la decisión que genera su inconformidad, no le es posible someter ese conflicto a la determinación de jueces diferentes del natural.

No obstante lo anterior, que sería suficiente para confirmar el fallo recurrido, debe la Corte hacerle claridad al recurrente en que según lo tiene previsto el artículo 230 de la Carta Política, "los jueces, en sus providencias, solo están sometidos al imperio de la ley", razón por la cual no puede prosperar su reclamación consistente en que la Juez de Familia y los Magistrados de la Sala de Familia del Tribunal Superior de esta ciudad, al declarar extemporáneo el recurso de apelación contra la sentencia

de fecha 27 de noviembre de 1998, no obstante haberse interpuesto por escrito en la misma fecha.

De conformidad con lo preceptuado por el artículo 325 del Código de Procedimiento Civil (norma especial), las providencias (autos o sentencias) que se *dicten en el curso de las audiencias y diligencias*, se consideran notificadas el día en que ellas se celebren, *así no hayan concurrido las partes*, es decir, que ninguno de los sujetos procesales podrá, posteriormente, reclamar notificación personal, por estado o por edicto según la naturaleza del pronunciamiento, pues la disposición apunta a que las partes que previamente han sido notificadas de la hora y fecha para la realización de la diligencia o audiencia, concurran a ella precisamente para ejercitar no solamente el derecho de impugnación, sino también el de contradicción y por supuesto el de defensa.

Es entendido que si no lo hacen, asumen las consecuencias propias que tal comportamiento les acarrea conforme a las normas aplicables a cada caso concreto, sin que resulte entonces válido reclamar la ritualidad prevista por el legislador de manera general, haciendo sustracción de las disposiciones especiales, lo cual sí conduciría a la violación del debido proceso.

En efecto, el artículo 331 del Estatuto Procedimiental Civil consagra dos motivos diferentes respecto de la firmeza de las decisiones judiciales, al disponer que las providencias quedan ejecutoriadas y son firmes, en primer término, tres días después de notificadas cuando carecen de recursos, o también cuando han vencido los términos sin interponer los recursos que fuesen pertinentes, salvo en los casos de aclaración o complementación, que la ejecutoria solo se causa cuando adquiere firmeza la providencia.

Según lo previsto en el artículo 352 del Código de Procedimiento Civil (modificado por el artículo 1°, numeral 170 del Decreto 2282 de 1989) sobre la oportunidad y requisitos para la interposición del recurso de apelación, deben distinguirse dos momentos: cuando la providencia admite notificación personal, que puede hacerse bien en el acto referido o dentro de los tres días siguientes a él o cuando su publicidad se realiza a través de las notificaciones por estado o edicto, según el caso, y una segunda oportunidad bien distinta que es aquella que tienen las partes para hacerlo en forma oral, pero en la diligencia o audiencia en que se profiera la decisión que eventualmente pueda afectar los intereses del inconforme.

No es como lo estima el recurrente, que en estos últimos casos, quien no asiste a la audiencia o diligencia puede impugnar las decisiones que allí se adopten en el transcurso del día en que aquella se verifica, pues éstas se entienden notificadas durante todo el día laboral de los despachos judiciales, confundiendo incuestionablemente la notificación por estado con la de estrados que se cumple al finalizar la audiencia o diligen-

cia, pues en el proceso verbal cuyo rito se cumple en los procesos de nulidad y divorcio del matrimonio civil y separación de cuerpos o de bienes cuando no sea por mutuo consentimiento (artículo 427, numeral 1° *ibídem*) según el parágrafo 6° del artículo 432 del Código de Procedimiento Civil (modificado por el numeral 236 del artículo 1° del Decreto 2282 de 1989), el juez "proferirá sentencia en la misma audiencia, si le fuere posible. De lo contrario, suspenderá ésta por diez días, y en su reanudación la pronunciará aun cuando no asistan las partes ni sus apoderados".

"En la audiencia en que se profiera la sentencia *se resolverá sobre la apelación o la consulta, si fuere el caso*" (Destaca la Sala).

Quiere decir lo anterior que si bien es cierto que los sujetos procesales no están obligados a concurrir a la audiencia en que se profiera el fallo, su inasistencia comporta para ellos consecuencias como la de no poder recurrirla en caso de decisiones adversas a sus pretensiones, o solicitar aclaraciones o adiciones, pues resulta claro que la ley ordena en esta clase de procesos que tanto el proferimiento de las providencia (autos o sentencias), su impugnación y resolución sobre ésta, debe cumplirse en el desarrollo de la audiencia o diligencia.

Por ello, es claro que en los procesos verbales cuyo rito previó el legislador de manera especial, no pueden ser aplicables las disposiciones generales del Código, menos aún cuando la norma cuya aplicación reclama el actor, es decir, la referida a las oportunidades y requisitos para la viabilidad del recurso de apelación (artículo 352 id.), es claro que la primera parte de ella se refiere a los procesos ordinarios y la segunda, a los verbales cuyo fallo debe proferirse en audiencia, "si aquélla se dicta en el curso de una audiencia o diligencia, el recurso deberá proponerse en forma verbal inmediatamente se profiera; el juez resolverá sobre su procedencia al final de la misma", es decir, que es requisito imprescindible que el recurso de apelación se presente, en forma oral, una vez proferido el fallo y antes de que finalice la audiencia, pues concluida ésta, queda notificada a todos los sujetos procesales así no asistan a ella, y por lo mismo, si no se cumple con los requisitos y oportunidades antes señaladas, precluyen las posibilidades de impugnación y con ello, el fallo hace tránsito a cosa juzgada.

Entiende la Sala el estado desesperado de la accionante y el esfuerzo que hace su apoderado para sacar avante su criterio, pero de las piezas procesales que se allegaron a este informativo, puede deducirse claramente que los funcionarios accionados no hicieron cosa distinta que aplicar estrictamente las disposiciones sobre la materia y por lo mismo no incurrieron en las vías de hecho que pregona el recurrente.

En lo que sí le asiste razón pero que no puede dar lugar a la revocatoria del fallo recurrido, es en que la Sala Penal del Tribunal incurrió en yerro incompresible al afirmar que la sentencia proferida por la Juez Novena de Familia tuvo lugar el 27 de octubre de 1998, y por lo tanto el recurso de

apelación propuesto lo fue un mes después, sin advertir siquiera que el demandante presentó copia del auto de fecha 28 de los citados mes y año (fl. 2), mediante el cual fijó para la realización de la diligencia de audiencia el día 27 de noviembre siguiente a las 8:30 a. m., como en efecto se cumplió.

El error de la fecha en la sentencia lo advirtió el apoderado de Ofelia Borda en su escrito de sustentación del recurso de queja ante la Sala de Familia del Tribunal Superior de Santafé de Bogotá (fl. 14 a 17), el cual al parecer tampoco le mereció a la Sala Penal del Tribunal Superior la debida atención.

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

RESUELVE:

1. *Confirmar* la sentencia de fecha doce (12) de mayo del corriente año, mediante la cual el Tribunal Superior de Santafé de Bogotá negó el amparo de los derechos reclamados por el apoderado de Ofelia Borda, pero por las razones consignadas en la parte motiva.

2. Remítanse las diligencias a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

3. Notifíquese conforme a las previsiones del artículo 30 del Decreto 2591 de 1991 y cúmplase.

Jorge Aníbal Gómez Gallego, Fernando E. Arboleda Ripoll, Ricardo Calvete Rangel, Jorge E. Córdoba Poveda, Carlos A. Gálvez Argote, Edgar Lombana Trujillo, Mario Martilla Nougués, Carlos E. Mejía Escobar, Nilson Pinilla Pinilla.

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria

DERECHO A LA IGUALDAD EN DECISIONES QUE AFECTAN A PROCESADOS PENALMENTE. DEBIDO PROCESO PENAL: en materia penal la situación de cada procesado, al igual que su responsabilidad es individual, de manera que el momento en que a cada uno se le conceda la libertad o en el que la empiece a disfrutar materialmente no necesariamente es el mismo, sin que esto implique el desconocimiento de sus derechos

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal

Magistrado Ponente: *Dr. Carlos Augusto Gálvez Argote*

Radicación No. 5736

Aprobado Acta No. 95

Santafé de Bogotá D.C., veintinueve de junio de mil novecientos noventa y nueve.

VISTOS

Se pronuncia la Sala sobre la impugnación interpuesta por el apoderado de la ciudadana Nancy Castiblanco García contra el fallo de tutela proferido el 18 de mayo del año en curso, por medio del cual se le negó el amparo al debido proceso, presuntamente vulnerado por la Fiscalía Seccional No. 257 de Santafé de Bogotá, D.C..

LA ACCIÓN

Actuando en su propio nombre, la ciudadana Nancy Castiblanco García, quien se encuentra actualmente interna en la cárcel El Buen Pastor de esta ciudad, impetró acción de tutela contra la Fiscalía Seccional No. 257 por considerar que continúa injustamente detenida, habida cuenta que el Tribunal Superior de Santafé de Bogotá le concedió la libertad provisional, y por ende, la actuación de la accionada le está vulnerando el derecho al debido proceso.

Explica al respecto que por hechos ocurridos el primero de octubre de 1996, fue condenada a la pena principal de 37 meses y 10 días de prisión

como autora del delito de hurto, condena que afirma haber cumplido, pues por esa razón el Tribunal Superior de esta ciudad le concedió la libertad a partir del 24 de marzo del año en curso y no obstante ello, la Fiscalía Seccional No. 257 en detrimento de su derecho al debido proceso la pretende juzgar dos veces por el mismo hecho, ya que, afirma "El Tribunal ha sido clarísimo en señalar que el cargo de 'concierto' ha sido retirado: así como en varias de sus providencias entre ellas la confirmación de la sentencia...".

También, sostiene, que se le está vulnerando el derecho a la igualdad y a la libertad por cuanto las personas que fueron capturadas y juzgadas junto con ellas, la mayoría, ya se encuentran en libertad, a pesar de que se les imputó el delito de hurto y concierto para delinquir.

Manifiesta, por tanto, que acude a la tutela porque no cuenta con otro mecanismo de defensa judicial, ya que intentó un *habeas corpus* sin éxito, porque se tramitó "también en irregular forma", solicitó la nulidad del proceso y además, interpuso el recurso extraordinario de casación, dado que la Fiscal no aplicó el principio de la investigación integral, pues de la actuación fue desvinculado Roger Enrique González "sin investigarlo realmente" y en cambio, como la Fiscal ha desarrollado una animadversión contra ella le profirió resolución acusatoria por el delito de concierto para delinquir que, dice, estaría prescrito, la cual le fue notificada el 9 de abril del año en curso, y además, en ese asunto no ha tenido defensor, pues el que había designado ha venido sufriendo durante su tramitación, una enfermedad terminal que le ha impedido ejercer sus funciones.

Solicita entonces, que como consecuencia del amparo de sus derechos se le ordene a la Fiscal accionada que "se abstenga de continuar su injusto y doble proceso (313072)" y en caso de que ello no fuere posible le pide al Tribunal que aclare la sentencia dictada en el proceso No. 17745 en cuanto a su situación legal "frente al 'concurso' por los mismos hechos".

El fallo

Partiendo de las finalidades del artículo 86 de la Carta Política al prever la tutela como un mecanismo apto para la inmediata protección de los derechos fundamentales, precisa el Tribunal, que si bien en este asunto varios son los derechos cuya lesión denuncia la accionante por parte de la Fiscalía Seccional No. 257 de esta ciudad, "es suficiente con examinar el referido al debido proceso. Esto, en la medida en que se aduce por la interesada desconocimiento de normas constitucionales en el desarrollo de un procedimiento ordinario -trámite penal-, es tal garantía la que en forma directa resultaría afectada por el comportamiento ilegítimo del funcionario de conocimiento. Y por ende, si se acredita la existencia de tal ataque, ofreciendo protección al debido proceso, se haría cesar en forma integral la ofensa".

Sin embargo, puntualizó que como lo que se cuestiona es la actividad judicial, debe recordarse que la jurisprudencia ha sostenido que la acción de tutela no es procedente en la medida en que la ley ha dispuesto los mecanismos necesarios para su normal desarrollo otorgándole a sus intervinientes facultades "para que así quede garantizado el respeto de sus derechos".

Así, destaca que en el presente caso, no se aprecia que la actuación de la Fiscalía accionada se ajuste a lo denominado por la jurisprudencia de la Corte Constitucional como vías de hecho, como quiera que en la diligencia de inspección judicial practicada al proceso que adelanta la accionada y al que se encuentra en dicha Corporación surtiéndose el trámite del recurso de casación se advierte que no obstante que en principio se acusó a Nancy Castiblanco García como coautora del delito de hurto calificado y agravado en concurso con el de concierto para delinquir, la Fiscalía Delegada ante el Tribunal al conocer de la segunda instancia del pliego de cargos decretó la nulidad parcial de lo actuado en relación de la aquí accionante por el delito contra la seguridad pública, al considerar que se le había vulnerado el derecho a la defensa, toda vez, que por tal imputación no fue interrogada en la diligencia de indagatoria, debiéndose, en consecuencia, retrotraer la actuación en tal sentido, situación que Nancy Castiblanco entendió como exoneración de responsabilidad.

De ahí que, al concedérsele la libertad provisional en la investigación que por el delito de hurto culminó con sentencia condenatoria, "se hacía necesario dejarla a disposición de la Fiscalía 257 Seccional, pues para ese momento tenía vigente en su contra, dentro del respectivo sumario, medida de aseguramiento de detención preventiva sin derecho a excarcelación".

Por lo anterior, concluyó el Tribunal que la actuación penal adelantada en contra de la accionante se ajusta a derecho, sin que pueda afirmarse que se le esté juzgando doblemente por un mismo acontecer material, ya que ante la ruptura de la unidad procesal hubo necesidad de adelantar otra investigación pero únicamente en relación con el delito de concierto para delinquir, no siendo, por tanto, la acción de tutela el medio adecuado para lograr su excarcelación y dar por terminado el proceso que se lleva en su contra en la Fiscalía accionada.

Tampoco, sostiene el Tribunal, procede la tutela por las denuncias que hace la accionante sobre la vulneración a su derecho a la defensa técnica y al principio de investigación, puesto que tratándose de un proceso en curso es allí donde puede acudir directamente o por intermedio de apoderado para que el funcionario competente tome las medidas tendientes a establecer tales falencias y si cree que la Fiscal se ha parcializado para perjudicarla, puede acudir al incidente de recusación regulado en el artículo 103 del Código de Procedimiento Penal, para que la misma sea separada del conocimiento del caso.

En el mismo sentido, improcedente es esta acción en lo que tiene que ver con la pretensión de que el Tribunal aclare la sentencia de segunda instancia proferida en la investigación seguida por el delito de hurto, pues para ello puede acudir a las facultades que la ley les confiere a los sujetos procesales en el artículo 211 *ibídem*.

En consecuencia, negó por improcedente el amparo solicitado.

La Impugnación

Por intermedio de su apoderado la accionante impugnó el fallo anterior, aduciendo que el Tribunal no analizó ni profundizó lo atinente a la vulneración del derecho a la igualdad, puesto que "si los compañeros de causa, que fueron condenados por 'hurto y 'concierto' ya han cumplido sus condenas, cómo puede ser posible que a la solicitante se le juzgue en forma desigual y progresiva, primero sancionándola con 4 años y cuando los ha purgado, se pretenda volverla a juzgar y condenar otros 4 años más?, agregando que, aunque parece que la sentencia impugnada "deja entrever" la sugerencia de que el defensor haga una solicitud de nulidad ante el proceso que adelanta la Fiscal accionada, olvida que a ello ya se procedió sin que hasta el momento se haya resuelto, no obstante que hace más de tres meses que la presentó y precisamente por esa razón es que ahora se acude a la tutela.

Al referirse al argumento del fallo en el sentido de que en la investigación por el delito de concierto para delinquir se profirió medida de aseguramiento, dice el abogado de la petente, que no hubo un pronunciamiento sobre la juridicidad de tal decisión, máxime que la solicitud de la investigación por dicho delito "se dio, para que se realizara contra Roger González y no contra la accionante" y aunque en la decisión impugnada también se sostiene que dicha conducta no fue descartada por el Juzgador, en la sentencia de segunda instancia por el delito de hurto se hace tal afirmación aduciendo que fue por formalidades legales.

Insiste, pues, que la investigación llevada ante la Fiscalía Seccional No. 257 en contra de Nancy Castiblanco constituye una vía de hecho y además, no cuenta con otro mecanismo de defensa judicial para evitar que se le cause un perjuicio irremediable.

Solicita en consecuencia, que se estudie de nuevo el asunto y se amparen los derechos cuya vulneración se denuncia en la forma en que la Corte lo estime pertinente.

Consideraciones

1. A los acertados y suficientes razonamientos expuestos por el Tribunal Superior de Santafé de Bogotá D.C., para negar el amparo solicitado,

deben añadirse los relacionados con la improcedencia de la tutela frente a decisiones judiciales.

2. En efecto, en cuanto a lo primero, porque de las actas de inspección judicial practicadas durante el trámite de esta acción por el Magistrado Ponente a los procesos No. 313072 seguido en la Fiscalía accionada y en el No. 17745 que se encuentra en dicha Corporación surtiéndose el trámite del recurso extraordinario de casación interpuesto por el apoderado de Nancy Castiblanco García respecto de la sentencia proferida en segunda instancia el 14 de enero del año en curso, por medio de la cual se confirmó la dictada por el Juzgado 36 Penal del Circuito en la que fueron condenados Sixto Manuel Castillo, Jorge José Gutiérrez y Robin Santander a la pena principal de 6 años de prisión como coautores del delito de hurto calificado y agravado en concurso con el de concierto para delinquir, al igual que Nancy Castiblanco García a quien se le sancionó con 38 meses y 10 días de prisión como coautora únicamente por el punible contra la propiedad, se pudo establecer fehacientemente que el hecho de que la Fiscalía Seccional No. 257 de esta ciudad, adelante por separado en contra de la accionante una investigación por el ilícito contra la seguridad pública, obedece a la ruptura de la unidad procesal ordenada mediante resolución del 17 de abril de 1997, cuando, al desatar la apelación interpuesta por los defensores de los procesados mencionados, decretó la nulidad parcial de lo actuado en relación con la aquí accionante, pues consideró que en relación con el cargo por concierto para delinquir se le había vulnerado el derecho a la defensa por cuanto por dicha conducta no fue interrogada en la diligencia de indagatoria.

3. Ahora bien, significa lo anterior, como lo precisó el Tribunal, que la investigación adelantada por la Fiscalía accionada en relación con Nancy Castiblano García por el delito de concierto para delinquir, no implica en manera alguna la vulneración del *non bis in idem*, sino que, por el contrario, corresponde a los efectos de la nulidad parcial decretada en relación con este punible, que por no haber sido objeto de la vinculación formal en la indagatoria implicó rehacer lo actuado para subsanar la irregularidad detectada y así restablecer el derecho a la defensa quebrantado al acusársele por un hecho que no tuvo oportunidad de conocer ni controvertir durante la instructiva.

4. De ahí que, la insistencia en que la actuación de la Fiscalía conlleva una vía de hecho como lo afirman la accionante y ahora su apoderado, no encuentre explicación diferente del desconocimiento de la legislación procesal penal, así como de los efectos de la ruptura de la unidad procesal, pues precisamente el hecho de que en el proceso No. 17745 se hubiera continuado la etapa del juicio respecto de Nancy Castiblanco únicamente por el delito de hurto calificado y agravado no implica que se la haya desvinculado del de concierto para delinquir, que por los efectos de la nulidad

parcial, se insiste, se continuó tramitando por separado como consecuencia de la ruptura de la unidad procesal.

5. En estas condiciones, mal puede afirmarse entonces, que se ha vulnerado el derecho al debido proceso o el de la libertad personal, pues el hecho de que el Tribunal le hubiese concedido a la accionante la libertad provisional por el proceso seguido en su contra por el delito de hurto calificado y agravado, no significa que deba inmediatamente recuperarla en forma material, pues al estar solicitada por la Fiscalía 257 por el de concierto para delinquir, debía quedar a su disposición.

6. Ahora bien, y como quiera que centra el defensor su inconformidad en la escueta afirmación de que en el fallo impugnado no se analizó con detenimiento lo relacionado con la vulneración al derecho a la igualdad que hace consistir en la aseveración que hace en cuanto a que los compañeros de causa de Nancy Castiblanco García se encuentran en libertad a pesar de habérseles condenado por los dos punibles por los que inicialmente todos fueron acusados y que, a su juicio, conllevará a que se le condene de nuevo a una pena que ya purgó, también carece de sustento fáctico y jurídico, no solo porque aún resta por surtir la etapa del juicio, sino porque una tal argumentación se cae por su propio peso, pues no comporta ningún elemento de juicio jurídico razonablemente atendible, como quiera que en materia penal la situación de cada procesado, al igual que su responsabilidad es individual, por manera que el momento en que a cada uno se le conceda la libertad o en el que la empiece a disfrutar materialmente no necesariamente es el mismo, como que ello puede variar dependiendo de las contingencias procesales, como en este caso, las rebajas a que puedan tener derecho, la fecha de la captura, etc.

7. Asimismo, asevera el impugnante que el fallo de primer grado le sugiere que impetre una nulidad ante la Fiscalía accionada, lo cual no corresponde a la verdad, pues ningún fiscal está autorizado, y menos por vía de tutela para indicarles a los sujetos procesales, y menos al abogado, la forma como debe asumir sus funciones, lo que sucede es que, como el Juez constitucional no es el llamado a dirimir el asunto de fondo y por ello no es procedente la tutela en estos casos, atendiendo el criterio jurisprudencial en la materia, acertadamente el Tribunal sostuvo que tratándose de un proceso en curso, era allí donde haciendo uso de sus facultades como parte en el proceso, debía ejercer las actuaciones que estimara pertinentes; siendo del caso precisar que la queja sobre la no resolución sobre la nulidad que dice ya solicitó y frente a la que no ha obtenido decisión, no fue objeto de los hechos que motivaron la presente solicitud de amparo.

8. Por lo demás, es claro que a través de este medio se ha pretendido cuestionar la validez de la medida de aseguramiento y la resolución acusatoria proferida en contra de Nancy Castiblanco García por la Fisca-

lía Seccional No. 247, contra las cuales no procede la tutela, habida cuenta que se trata de decisiones judiciales tomadas en un proceso en trámite frente a las cuales la ley ha previsto los recursos idóneos para cuestionar su legalidad y que en este asunto, de acuerdo con las constancias dejadas en la diligencia de inspección al proceso No. 313072, no se han ejercido, por lo que no es este mecanismo de protección de derechos fundamentales el llamado a suplir tales omisiones y mucho menos a desplazar al Juez natural en las funciones que le son propias.

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

RESUELVE:

1. Confirmar el fallo impugnado.

2. En firme esta determinación, remítanse las diligencias a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

3. Notifíquese de conformidad con lo dispuesto en el artículo 30 del Decreto 2531 de 1991.

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

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria

PARTE CIVIL, DEBIDO PROCESO PENAL: Si la parte civil oportunamente impugna la providencia que declara la preclusión de la investigación, el fiscal debe suspender la ejecutoria de esta última para dar trámite a los recursos. El negar esta oportunidad a la parte civil desconoce el derecho al debido proceso. / **SENTENCIA DE TUTELA:** El juez de tutela no puede decretar la nulidad de la actuación judicial objeto de amparo. Esta decisión compete al juez de conocimiento.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal

Magistrado Ponente: *Dr. Carlos E. Mejía Escobar*

Radicación No. 5747

Aprobado Acta No. 95

Santafé de Bogotá D.C., veintinueve (29) de junio de mil novecientos noventa y nueve (1999).

VISTOS

Resuelve la Corte la impugnación propuesta contra la sentencia del dieciocho de mayo del año en curso, por medio de la cual el Tribunal Superior de Pasto tuteló los derechos del debido proceso y de igualdad del señor Alberto Efraín Cabrera, por parte de la Fiscalía 22 Seccional de Ipiales (Nariño).

FUNDAMENTOS DE LA ACCIÓN

Señaló el actor que dentro del proceso que se tramitó en dicha fiscalía a raíz de una denuncia por él instaurada, se incurrió en desconocimiento de sus derechos fundamentales, porque habiendo interpuesto su apoderado de manera oportuna los recursos de reposición y en subsidio el de apelación contra la decisión que dispuso la preclusión de investigación, no se les dio el respectivo trámite, so pretexto de que se trataba de cosa juzgada.

LA PROVIDENCIA IMPUGNADA

Puntualizó el Tribunal, luego de haber practicado diligencia de inspección judicial al proceso de marras, que una vez se dictó la providencia del diecinueve de abril del año en curso, por medio de la cual la fiscalía se abstuvo de imponer medida de aseguramiento al procesado y ordenó la preclusión de la investigación, el apoderado del aquí accionante presentó demanda de constitución de parte civil al tiempo que interpuso contra la referida decisión los recursos de reposición y en subsidio de apelación, cuando esta no había cobrado ejecutoria.

La Fiscalía admitió la constitución de parte civil y con el argumento de que debía esperarse a la ejecutoria de la decisión que dispuso la preclusión, resolvió no dar trámite a los recursos interpuestos en decisión del veintiséis de abril del año en curso.

Luego, el veintinueve del mismo mes y año, se declaró ejecutoriada la citada decisión y señaló ese despacho que en lo atinente a la parte civil no era procedente seguir con el trámite, por sustracción de materia.

Entonces, para el a quo, *la Fiscalía incurrió en error en el trámite posterior a la emisión de la preclusión, porque habiéndose constituido la parte civil dentro del término previsto por la ley, era obvio que el reconocimiento de tal derecho tuviera las consecuencias jurídico-procesales que emanan de la misma normatividad. Que al tenor del artículo 48 del estatuto procesal, con la sola admisión de la demanda, la parte civil queda facultada, entre otros aspectos, para interponer los recursos a que haya lugar.*

El proceder de la funcionaria demandada, agregó, implica un reconocimiento de la calidad de sujeto procesal a quien en la práctica no va a tener ninguna repercusión, va a resultar inane y contraría la seriedad de los actos procesales, con lo que no solo se quebrantan los principios del debido proceso, el derecho a la igualdad, el de protección de las víctimas, el de restablecimiento del derecho y el de la doble instancia, entre otros.

Es decir, que el reconocimiento de la calidad de parte civil le daba al aquí accionante, a través de su apoderado, la vocación para participar en el proceso, sin más limitaciones que las consagradas por la ley. La fiscal, aún bajo la convicción de que la parte civil solo podía empezar a actuar a partir de la ejecutoria del auto que la reconoce, pudo y debió apelar a otros mecanismos, como el de suspender la ejecutoria del auto que ordenaba la preclusión, máxime si se tiene en cuenta la expresa inconformidad de dicho sujeto procesal con esa decisión y, por ende, la utilización de los medios de impugnación que instauró contra la misma. El respaldo normativo de lo anterior lo hubiera encontrado en el artículo 160 del Código de Procedimiento Penal.

Como consecuencia dispuso que debía tutelarse el derecho al debido proceso y a la igualdad del accionante y para su restablecimiento dispuso

decretar la nulidad parcial de lo actuado, a partir de la providencia del veintiséis de abril del año en curso, pero solo en lo atinente a la negativa de tramitar los recursos interpuestos y conserva su validez la admisión de la demanda de constitución de parte civil.

FUNDAMENTOS DE LA IMPUGNACIÓN

La señora Fiscal 22 Seccional de Ipiales, en su condición de accionada, expresa que su actuación como autoridad de la República estuvo orientada por el mayor apego a las normas procesales interpretadas con referencia al artículo 29 de la Carta Política. Explicó al respecto, que dentro del proceso que se adelantó por denuncia del aquí accionante Alberto Efraín Barrera, al estar corriendo la ejecutoria de la decisión de preclusión, la cual, según ella, equivale a una sentencia absolutoria por sus efectos jurídicos y materiales (arts 15 y 36 del C de P.P.), el señor CABRERA designó apoderado para que en su nombre se constituyera en parte civil, demanda que admitió teniendo en cuenta que tal providencia aún no se encontraba ejecutoriada, mediante resolución que igualmente soporta ejecutoria, al tenor de lo normado en el artículo 47 del Código de Procedimiento Penal.

Señala la funcionaria, que en razón a que cuando dicha resolución quedara ejecutoriada ya lo estaría la de preclusión, determinó, por sustracción de materia, no proseguir el trámite de reposición y apelación interpuestos por la parte civil "(Ejecutoriada la preclusión no cabe recurso alguno)".

Esto último, es lo que el Tribunal considera como 'grueso error', por lo cual recuerda los requisitos que deben acompañar el trámite de un recurso. Señala la impugnante que en su momento entendió que la única excepción a la firmeza de las providencias judiciales que posibilita su cumplimiento sin que haya operado la ejecutoria, es la relativa a las decisiones sobre "libertad y detención" que se cumplen con la firma del funcionario, salvo la sentencia condenatoria (art. 198 C. de P.P.).

Se refiere luego al convencimiento que tenía acerca de que tanto la preclusión como la admisión de la parte civil requerían firmeza como requisito para que una y otra produjeran efectos jurídicos. Para ello recordó un pronunciamiento de la Sala Penal de esta Corporación del diez de marzo de mil novecientos noventa y ocho, relativo a la interpretación y aplicación del artículo 198 del Código de Procedimiento Penal.

Dice que no puede entender cómo es que tan pronto se firme la providencia interlocutoria de admisión de la parte civil esta pueda empezar a actuar, porque como la admisión tiene recursos, no resultaría serio ni prudente, por ejemplo, decretar medidas cautelares cuando no existe la seguridad jurídica acerca del status de parte civil.

Resalta la impugnante algunos apartes de la decisión del Tribunal con los que no comulga; como cuando se dice que en este caso había podido

acudir al contenido del artículo 160 del Código de Procedimiento Penal, pues para ella no era viable porque tanto esa preceptiva como el artículo 159 de la misma normatividad y todo el capítulo hacen referencia es a la "actuación" procesal, entendida aquella como la actividad procesal del despacho judicial y todos los intervinientes en la investigación para 'hacer el proceso' lo que es muy distinto de la ejecutoria de las providencias judiciales. Que según la jurisprudencia, el manejo de los términos que tienen que ver con la ejecutoria, no pueden ser manejados discrecionalmente por el funcionario, porque su acatamiento protege la igualdad de los sujetos procesales y la preclusividad de los términos es la única limitante que tienen para ejercer sus derechos.

También desestimó la posibilidad de dar aplicación a los artículos 171 y 172 de la normatividad procesal penal y aduce que si el accionante no quiso constituirse en parte civil y su apoderado no hizo uso de las facultades legales en virtud del poder conferido, son cuestiones que la tutela no puede entrar a suplir.

Entonces, no se le podía exigir estrangular toda la construcción constitucional y legal relacionada con los términos de ejecutoria material y formal de una resolución interlocutoria de efectos parecidos a los de una sentencia, porque el denunciante esperó a que se produjera una decisión que no le limita a acudir a la jurisdicción civil, pero sí la posibilidad de impugnar una decisión que le favorece al sindicado, para hacerlo, mediante la tutela por fuera de la oportunidad que la ley le ofrecía. A su juicio, la acción de tutela no puede disculpar la acción negligente que el accionante intentó disculpar ante el Tribunal diciendo que 'su apoderado no fue oído'.

Consideraciones

La decisión recurrida será confirmada por las siguientes razones:

Observa la Sala, del estudio de las presentes diligencias, que la funcionaria judicial encargada de la investigación que se originó con la denuncia instaurada por el aquí accionante Alberto Efraín Cabrera haciendo gala, en extremo, de las fórmulas sacramentales contenidas en las normas del procedimiento, sacrificó el derecho de éste a intervenir en la actuación para defender sus intereses y con ello, a más de las garantías señaladas por el *a quo*, le desconoció el derecho de acceso a la administración de justicia.

Frente a casos como este, en los que es necesario lograr la efectividad del derecho material de alguna de las partes que carece de los instrumentos procesales para ese efecto, es cuando procede esta acción constitucional en orden a proporcionarle los requerimientos, condiciones y exigencias que le fueron limitadas en el trámite ordinario.

Ocurrió en este caso, que la señora Fiscal 22 Seccional de Ipiales, luego de precluir la investigación en favor del procesado Luis Gerardo Chilanguay en providencia del diecinueve de abril del año en curso, el aquí accionante otorgó poder para constituirse en parte civil. El memorial fue presentado el día 21 y la demanda el día 23 del mes y año en mención, escrito en el que de una vez, el respectivo apoderado judicial interpuso los recursos ordinarios de reposición y de apelación contra la decisión preclusiva.

La funcionaria, en auto del 26 de abril de los cursantes, admitió la demanda de constitución de parte civil y, en consecuencia, aceptó al señor Alberto Efraín Cabrera como parte civil y le reconoció personería a su apoderado. En cuanto a los recursos interpuestos, allí mismo señaló:

"En el mismo escrito de solicitud de admisión de parte civil, el doctor Ernesto Rosero Revelo interpone los recursos de reposición y en subsidio de apelación respecto de la resolución que definió la situación jurídica; recursos que en este momento procesal no es procedente concederlos, toda vez que ello será conducente cuando esta decisión quede en firme, es decir, una vez ejecutoriada ya que únicamente en ese momento el demandante asumirá la categoría de sujeto procesal con todos los derechos que ello implica". (fl 92 C. anexos).

Una vez informada la señora fiscal de que la resolución de preclusión había quedado debidamente ejecutoriada el día 28 de abril de los cursantes, al día siguiente profirió auto en el que expresó que como la citada decisión había quedado en firme y por lo tanto había hecho tránsito a cosa juzgada, era improcedente continuar con el trámite de la acción civil por sustracción de materia. (fl 105 C. anexos).

En síntesis, la funcionaria le reconoció al actor la calidad de sujeto procesal pero luego la dejó sin efectos, circunstancia que convierte dicho reconocimiento en un acto meramente simbólico o ficticio; incapaz de producir consecuencias reales en el trámite procesal, por no haber podido hacer uso de los mecanismos de defensa y contradicción en él contenidos.

Las explicaciones aducidas por la accionada se contraponen a la que revelan los autos, porque aun cuando afirma que en la aplicación de las normas tuvo como referencia el artículo 29 de la Carta Política, encuentra la Sala un excesivo formalismo que le originó a la parte civil el menoscabo de su derecho a ser oída.

El derecho procesal penal contiene una serie de principios que orientan la actividad juzgadora y que son de obligatoria observancia por parte de los funcionarios judiciales, pues mediante ellos se garantiza el respeto de los derechos fundamentales en la consecución de los fines del proceso. Es de la esencia de nuestro procedimiento la prevalencia del derecho sustancial, aspecto que implica para el operador de justicia la aplicación de

las normas de procedimiento de manera integral y amplia y, obviamente dentro del debido respeto a las partes intervinientes.

En el caso en examen, era deber de la señora fiscal seccional salvaguardar las garantías de la parte civil, quien dentro del término oportuno hizo expreso su desacuerdo con la decisión de fondo que se había tomado mediante la presentación de los recursos y por ello debió suspender la ejecutoria de la providencia, para resolverlos y así darle la oportunidad de postular sus inconformidades y que estas fueran resueltas, y no sorprenderla con una actuación que le impidió su intervención en dicho trámite procesal.

Ya la Sala había tenido oportunidad de pronunciarse al respecto, cuando en caso similar debió resolver un recurso de hecho. Así se pronunció:

"Es evidente que, en el caso de autos, el denunciante no tenía la titularidad de parte; sin embargo, cuando intentó su reconocimiento como tal, la cesación de procedimiento aún no había hecho tránsito a cosa juzgada, por lo que al memorialista le asistía todo el derecho de ser aceptado como interviniente procesal.

"No se podía, so pretexto de que el expediente se encontraba en la Secretaría de la Corporación o en la imposibilidad física de tramitarlo, el esperar que la ejecutoria se causara para negarle su petición.

(...)

"Ahora bien, de acuerdo con las constancias procesales, el recurso fue instaurado a tiempo, esto es, antes de que quedara ejecutoriada la providencia que pretendía controvertir. Además, el tipo de providencia es de las que admiten esta clase de impugnación, por tratarse de un auto interlocutorio, conforme a lo dispuesto por el art. 203 del estatuto procedimental penal. De igual manera fue sustentado en debida forma, exponiendo de manera concreta las fallas que, a su manera de ver, imponían una decisión diferente de la tomada.

"Así las cosas, el término de ejecutoria ha debido interrumpirse para dar curso a la petición referida, como quiera que aún faltaban dos días para que se surtiera la ejecutoria y si, por mandato legal, el secretario debe pasar los escritos al despacho al día siguiente de su presentación, es evidente que aún quedaba un día para adquirir firmeza el auto en mención. La oportunidad era cierta y el Tribunal ha debido darle curso a la petición sobre admisión de parte civil y si la respuesta era positiva, conceder la petición solicitada." (Auto del 27 de mayo de 1992, M.P., Dr Jorge Enrique Valencia M).

En este caso era procedente proteger las garantías del accionante en esa actuación judicial, dándoles el trámite a los recursos por él incoados. Por lo tanto, deben tutelarse sus derechos fundamentales y para ello se

dispone que en el término de 48 horas la señora Fiscal 22 Seccional de Ipiales adopte las medidas procesales correspondientes para el restablecimiento de los derechos fundamentales vulnerados al accionante Alberto Efraín Cabrera.

Debe aclararse respecto de la decisión adoptada por el Tribunal Superior de Pasto, que no corresponde al juez de tutela entrar a decretar la nulidad de determinada actuación judicial, porque estaría invadiendo competencias que no le corresponden. Tal declaración solo puede hacerla el funcionario encargado del respectivo proceso, en este caso a la misma Fiscalía contra la cual se interpuso esta acción de tutela.

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:

1ª Confirmar la sentencia impugnada, con la modificación indicada en la parte motiva.

2° Ejecutoriada esta providencia, remítanse las diligencias a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

3° Notifíquese de acuerdo con lo previsto en el artículo 30 del Decreto 2591 de 1991 y cúmplase.

Jorge Aníbal Gómez Gallego, Fernando Arboleda Ripoll, Ricardo Calvete Rangel, Jorge E. Córdoba Poveda, Carlos Augusto Gálvez Argote, Edgar Lombana Trujillo, Mario Mantilla Nogues, Carlos E. Mejía Escobar, Nilson Pinilla Pinilla.

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

INDICE ALFABETICO DE SENTENCIAS PUBLICADAS

Pág.

A

ARP

- Ante el acaecimiento del accidente de trabajo, la empleada tiene derecho a las prestaciones asistenciales señaladas en el artículo 5° del decreto 1295 de 1994, las que debe prestar la EPS a la que se encuentra afiliado el accidentado, con cargo a la ARP, independientemente, del tiempo de cotización y sin que sea procedente disponer la repetición contra el FOSYGA..... 663
- El ISS no puede excusarse, para realizar la cirugía, en la desafiliación de la trabajadora, por desvinculación laboral, pues, el riesgo, la dolencia que él generó y el tratamiento prescrito, fue realizado y diagnosticado en vigencia de la afiliación 663

B

BANCO DE DATOS

- La anotación de una información veraz en la base de datos de antecedentes disciplinarios no es violatoria de ningún derecho fundamental. La imposibilidad de acceder a ciertos cargos públicos cuando se certifica la existencia de sanciones disciplinarias no se deriva de la circulación del dato fidedigno, sino de la conducta contraria a la ley del funcionario público que dio lugar a que se le sancionara. 765

C

CERTIFICACIONES DE ANTECEDENTES DISCIPLINARIOS

- La anotación de una información veraz en la base de datos de antecedentes disciplinarios no es violatoria de ningún derecho fundamental. La imposibilidad de acceder a ciertos cargos públicos cuando se certifica la existencia de sanciones disciplinarias no se deriva de la circulación del dato fidedigno, sino de la conducta contraria a la ley del funcionario público que dio lugar a que se le sancionara. 765

Pág.

CESACION DE LA ACTUACION IMPUGNADA

- La decisión que decreta la cesación de la actuación impugnada sólo es susceptible del recurso de reposición 668
- Se vulnera el derecho de petición cuando no se informa al peticionario sobre el sentido de la respuesta. La comunicación enviada al juez de tutela de ninguna manera puede suplir el deber que tiene la entidad de dar respuesta a las solicitudes respetuosas que le eleven particulares..... 740

COLABORACION CON LA JUSTICIA

- La circunstancia de que la norma no establezca un término para responder peticiones sobre beneficios por colaboración no significa que la Fiscalía no esté obligada a responder dentro de un margen razonable. La Corte concede el amparo a una solicitud presentada desde 1994 613

CONSULTAS AL CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA

- La negativa a absolver una petición sobre la tipificación disciplinaria de la conducta de un fiscal o un juez no vulnera el derecho del solicitante. No hay disposición que faculte a las Salas para responder tales pedimentos 774

D

DEBIDO PROCESO ANTE FISCAL REGIONAL

- No hay norma alguna que establezca que las decisiones de liberación están sometidas al grado jurisdiccional de consulta. Así entonces, la decisión que se consulta en este caso es la de preclusión de la investigación decidida la cual el accionante, eventualmente, podrá solicitar la liberación incondicional, que no la provisional que solicita. No se está ante un desconocimiento del derecho al debido proceso del reo..... 646

DEBIDO PROCESO ANTE JUEZ REGIONAL

- La falta de comunicación telegráfica al accionante informando sobre el proferimiento de sentencia no desconoce su derecho ... 635

DEBIDO PROCESO CIVIL

- La norma aplicable para establecer el momento en el cual se deben surtir las notificaciones de providencias proferidas en audiencias o diligencias, aún cuando no hayan concurrido las partes, es el artículo 325 del Código de Procedimiento Civil. No le es posible a la parte argumentar que en atención a la naturaleza del pronunciamiento se debió haber efectuado otro tipo de notificación 786

Pág.

DEBIDO PROCESO CONCURSAL

- Vulnera el derecho el juez que rechaza la demanda de concordato con base en la exigencia sin fundamento legal de una certificación de estados financieros expedida por la Junta Central de Contadores 596

DEBIDO PROCESO DE FAMILIA

- La vía de hecho debe surgir del análisis objetivo del fallo, no como consecuencia de una subjetiva discrepancia cualitativa y cuantitativa de las pruebas allegadas al proceso de investigación de paternidad. La providencia de primer grado desconoce la valoración probatoria plasmada en un fallo de filiación proferido hace más de dos años que está amparado por la doble presunción de acierto y legalidad 606

DEBIDO PROCESO DE TUTELA

- SOBRE CESACION DE LA ACTUACION
- La decisión que decreta la cesación de la actuación impugnada sólo es susceptible del recurso de reposición 668
- SOBRE IMPEDIMENTOS
- La calidad que ostenta el Magistrado Ponente de Presidente de la Junta Administrativa de la Universidad accionada es una circunstancia de incuestionable fundamento para admitir el impedimento por el funcionario 735
- SOBRE IMPUGNACION
- La denegación del amparo por razones de procedencia debe entenderse como una sentencia susceptible de impugnación y de obligatoria remisión a la Corte Constitucional. Se está ante una denegación por razones de procedencia, aun cuando el juez de tutela manifieste que rechaza la demanda, cuando la decisión se sustenta, como en el presente caso, en la falta de concurrencia de los presupuestos contemplados en el artículo 42 del Decreto 2591 761
- SOBRE INCIDENTE DE DESACATO
- Admitir que un Juez o Tribunal dirima un incidente de desacato omitiendo integrar el contradictorio en debida forma mediante la notificación de la providencia que da inicio al incidente, es desconocer el artículo 29 de la Constitución Política, mandato que rige no sólo para el proceso de tutela sino también para el trámite posterior 757
- SOBRE LEGITIMACION
- Carece de legitimación el representante legal del sindicato para impetrar el amparo de los derechos a la salud y seguridad so-

Pág.

cial de los trabajadores sindicalizados. Presente esta situación en el caso de estudio, la Corte declara la nulidad de lo actuado, para en su lugar rechazar la tutela 716

- SOBRE NULIDAD

- Se está ante nulidad insaneable en el trámite de tutela cuando el funcionario comisionado para la práctica de una prueba no cumple con el objeto de ésta. En el presente caso, el comisionado, no realizó lo pertinente para establecer si en realidad existían los pagos preferenciales que la accionante plantea como desconocedores de sus derechos fundamentales 670

- Se está ante una causal de nulidad cuando no se informa a la parte accionada sobre la totalidad de derechos enlistados por el demandante como vulnerados. En estos casos, no opera la presunción establecida en el artículo 20 del decreto 2591 de 1991 ... 731

DEBIDO PROCESO DISCIPLINARIO

- Se vulnera el derecho de contradicción cuando se notifica al apoderado de oficio sin intentar conforme el artículo 88 del Código Disciplinario Unico, surtir la diligencia directamente con el disciplinado..... 745

DEBIDO PROCESO PENAL

- PRINCIPIO DE FAVORABILIDAD

- En el marco de diversos criterios jurídicos entre el Tribunal Superior y el Fiscal delegado ante esa corporación, no procede hablar de 'favorabilidad' pues tal concepto concierne únicamente a tránsitos de leyes. Tampoco es procedente la tutela para dirimir divergencias conceptuales propias de las disciplinas jurídicas y aquí no se exhiben como resquebrajadoras de un debido proceso ni de la jerarquía correspondiente a las instancias 698

- SOBRE CAPTURA

- Ningún reparo amerita la circunstancia de que habiéndose materializado finalmente la libertad, en cumplimiento de orden de captura vigente, de nuevo se hubiese producido para el accionante la privación de ella. Si existiese algún reparo desde el punto de vista de su legalidad, su protección tendría que ejercerse ante la propia autoridad judicial que conoce del proceso penal o impetrando la acción pública de habeas corpus 689

- SOBRE CONCURSO

- Si bien es deseable que los hechos punibles conexos se investiguen de manera conjunta, su separada averiguación no puede concebirse como atentatoria de la actuación independientemente adelantada 618

Pág.

- SOBRE DERECHO A LA IGUALDAD

- En materia penal la situación de cada procesado, al igual que su responsabilidad es individual, de manera que el momento en que a cada uno se le conceda la libertad o en el que la empiece a disfrutar materialmente no necesariamente es el mismo, sin que esto implique el desconocimiento de sus derechos . 795

- SOBRE DILACION PROCESAL

- Vulnera el derecho a la vida la inactividad del fiscal en el trámite de la denuncia presentada por el accionante cuando aparece demostrado el riesgo latente que existe por las amenazas recibidas, sin importar que tales admoniciones lleguen a cumplirse o no 769

- SOBRE EFECTOS DE PROVIDENCIAS EJECUTORIADAS

- Unos son los efectos que se producen como consecuencia de actuaciones irreglamentarias o ilegales desde el punto de vista disciplinario o penal, esto es las investigaciones a que se puede ver avocada la autoridad que en un momento determinado provoca la vulneración de derechos fundamentales y otros muy distintos aquellos que se presentan para el juez de tutela en relación con situaciones jurídicamente consolidadas, pues en relación con éstas no le es dado adoptar decisión alguna 689

- SOBRE IMPEDIMENTO

- No hay vulneración al debido proceso cuando el juez que se considera incurso en causal de impedimento suspende la decisión sobre un conflicto de competencia planteado 618

- SOBRE NOTIFICACIONES

- Desconoce el derecho el juez cuando notifica la resolución de acusación a los sujetos procesales por estado sin haber surtido previamente la citación telegráfica prevista en el artículo 190 del Código de Procedimiento Penal 651

- No se vulnera el derecho al debido proceso con la ausencia de notificación al denunciante de la resolución que ordenó la suspensión de la investigación previa 625

- SOBRE PARTE CIVIL

- Si la parte civil oportunamente impugna la providencia que declara la preclusión de la investigación, el fiscal debe suspender la ejecutoria de esta última para dar trámite a los recursos. El Negar esta oportunidad a la parte civil desconoce el derecho al debido proceso 802

- SOBRE PENAS

- Es procedente la tutela cuando el juzgador de primera instancia desconoce el principio constitucional de legalidad en su sentencia al aplicar al imputado una sanción con base en circunstan-

Pág.

cias de agravación punitiva no deducidas de la resolución acusatoria. La decisión así proferida por el accionado indiscutiblemente violó el debido proceso y, además, el derecho a la defensa, pues el defensor actuó como acusador, generándose evidentemente vías de hecho. Se compulsan copias para que si el Consejo Superior de la Judicatura lo considera adelante investigación disciplinaria contra el defensor de oficio 706

- SOBRE QUERELLAS

- La conducta de la autoridad accionada que no tomó como denuncia de querella el simple aporte de fotocopias de una queja presentada ante el Comando de Estación, sin manifestación alguna bajo la gravedad del juramento de quien las presentó, no desconoce el derecho al debido proceso 618

- La sanción accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas no vulnera el derecho al trabajo del sancionado 583

DERECHO A LA DIGNIDAD

- La sistemática interpretación de los artículos 5°, 8°, 12 y 14 del Código Contencioso Administrativo establece el deber que tienen los funcionarios públicos, en este caso el fiscal de notificar la decisión que resuelva la petición formulada por un tercero. La falta de información sobre la existencia de respuesta desconoce los derechos fundamentales del peticionario 721

DERECHO A LA EDUCACION

- La exigencia para autorizar la matrícula consistente en demostrar la compra de material didáctico en el establecimiento universitario, desconoce el artículo 4° de la Constitución Política y vulnera el derecho a la educación del accionante 726

DERECHO A LA IGUALDAD EN DECISIONES QUE AFECTAN A PROCESADOS PENALMENTE

- En materia penal la situación de cada procesado, al igual que su responsabilidad es individual, de manera que el momento en que a cada uno se le conceda la libertad o en el que la empiece a disfrutar materialmente no necesariamente es el mismo, sin que esto implique el desconocimiento de sus derechos 795

DERECHO A LA LIBERTAD PERSONAL

- Ningún reparo amerita la circunstancia de que habiéndose materializado finalmente la libertad, en cumplimiento de orden de captura vigente, de nuevo se hubiese producido para el accionante la privación de ella. Si existiese algún reparo desde el punto de

Pág.

vista de su legalidad, su protección tendría que ejercerse ante la propia autoridad judicial que conoce del proceso penal o impetrando la acción pública de habeas corpus 689

- Unos son los efectos que se producen como consecuencia de actuaciones irreglamentarias o ilegales desde el punto de vista disciplinario o penal, esto es las investigaciones a que se puede ver avocada la autoridad que en un momento determinado provoca la vulneración de derechos fundamentales y otros muy distintos aquellos que se presentan para el juez de tutela en relación con situaciones jurídicamente consolidadas, pues en relación con éstas no les es dado adoptar decisión alguna 689
- Ante situaciones donde el accionante padece una enfermedad que atenta contra su calidad de vida, hay razón para la intervención constitucional. En especial, si injustificadamente la realización de la cirugía, recomendada por el propio ISS, no ha sido autorizada ni dispuesto lo económicamente necesario para llevarla cabo
- Vulnera el derecho a la vida la inactividad del fiscal en el trámite de la denuncia presentada por el accionante cuando aparece demostrado el riesgo latente que existe por las amenazas recibidas, sin importar que tales admoniciones lleguen a cumplirse o no 769

DERECHO A VIVIENDA

- Carece de connotación de fundamental el derecho a obtener modificaciones en el sistema de financiación de UPAC pactado entre las partes. El deudor cuenta con medios idóneos para reducir los intereses pactados en el contrato de mutuo. La tutela es improcedente 679

DERECHO AL BUEN NOMBRE

- Las declaraciones en donde se critica públicamente la gestión de los servidores públicos no son susceptibles de revisión mediante tutela, por no ser éste el escenario propicio para evaluar y calificar el desempeño de los funcionarios públicos en sus cargos.... 659

DERECHO AL TRABAJO

- La anotación de una información veraz en la base de datos de antecedentes disciplinarios no es violatoria de ningún derecho fundamental. La imposibilidad de acceder a ciertos cargos públicos cuando se certifica la existencia de sanciones disciplinarias no se deriva de la circulación del dato fidedigno, sino de la conducta contraria a la ley del funcionario público que dio lugar aque se le sancionara. 765

Pág.

- La sanción accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas no vulnera el derecho al trabajo del sancionado 583

DERECHO DE ACCESO A LA ADMINISTRACION DE JUSTICIA

- Vulnera el derecho el juez que rechaza la demanda de concordato con base en la exigencia sin fundamento legal de una certificación de estados financieros expedida por la Junta Central de Contadores 596

DERECHO DE DEFENSA

- Es procedente la tutela cuando el juzgador de primera instancia desconoce el principio constitucional de legalidad en su sentencia al aplicar al imputado una sanción con base en circunstancias de agravación punitiva no deducidas de la resolución acusatoria. La decisión así proferida por el accionado indiscutiblemente violó el debido proceso y, además, el derecho a la defensa, pues el defensor actuó como acusador, generándose evidentemente vías de hecho. Se compulsan copias para que si el Consejo Superior de la Judicatura lo considera adelante investigación disciplinaria contra el defensor de oficio 706

DERECHO DE PETICION

- CLASES DE PETICION
- La negativa a absolver una petición sobre la tipificación disciplinaria de la conducta de un fiscal o un juez no vulnera el derecho del solicitante. No hay disposición que faculte a las Salas para responder tales pedimentos 774
- La actuación por medio de la cual se resuelve sobre la revocatoria de actos administrativos se rige en términos y formalidades por la normatividad especial prevista en el Código Contencioso Administrativo no por la relacionada con el derecho de petición 643
- FORMALIDADES DE LA RESPUESTA
- El derecho de petición no puede considerarse satisfecho con el suministro de datos ajenos al pretendido e inexactos, pues ello no obedece al cumplimiento de los propósitos constitucionales y de funcionalidad de las distintas entidades públicas 782
- La sistemática interpretación de los artículos 5°, 6°, 12avo y 14avo del Código Contencioso Administrativo establecen el deber que tienen los funcionarios públicos, en este caso el fiscal de notificar la decisión que resuelva la petición formulada por un tercero. La falta de información sobre la existencia de respuesta desconoce los derechos fundamentales del peticionario 721

Pág.

- La circunstancia de que la norma no establezca un término para responder peticiones sobre beneficios por colaboración no significa que la Fiscalía no esté obligada a responder dentro de un margen razonable. La Corte concede el amparo a una solicitud presentada desde 1994 613

DERECHO DE PETICION EN ENTIDADES PARTICULARES

Se vulnera el derecho de petición cuando no se informa al peticionario sobre el sentido de la respuesta. La comunicación enviada al juez de tutela de ninguna manera puede suplir el deber que tiene la entidad de dar respuesta a las solicitudes respetuosas que le eleven particulares 740

DERECHOS DE NATURALEZA LEGAL O CONTRACTUAL

- Carece de connotación de fundamental el derecho a obtener modificaciones en el sistema de financiación de UPAC pactado entre las partes. El deudor cuenta con medios idóneos para reducir los intereses pactados en el contrato de mutuo. La tutela es improcedente 679

E

EPS

- Ante situaciones donde el accionante padece una enfermedad que atenta contra su calidad de vida, hay razón para la intervención constitucional. En especial, si injustificadamente la realización de la cirugía, recomendada por el propio ISS, no ha sido autorizada ni dispuesto lo económicamente necesario para llevarla a cabo 675

EXCEPCION DE INCONSTITUCIONALIDAD.

- La exigencia para autorizar la matrícula consistente en demostrar la compra de material didáctico en el establecimiento universitario, desconoce el artículo 4° de la Constitución Política y vulnera el derecho a la educación del accionante 726

I

IMPEDIMENTO EN TUTELA

- La calidad que ostenta el Magistrado Ponente de Presidente de la Junta Administrativa de la Universidad accionada es una circunstancia de incuestionable fundamento para admitir el impedimento por el funcionario 735

IMPUGNACION

- Sustentación 659

Pág.

INCIDENTE DE DESACATO

- Admitir que un Juez o Tribunal dirima un incidente de desacato omitiendo integrar el contradictorio en debida forma mediante la notificación de la providencia que da inicio al incidente, es desconocer el artículo 29 de la Constitución Política, mandato que rige no sólo para el proceso de tutela sino también para el trámite posterior 757

L

LEGITIMACION POR ACTIVA EN TUTELA

- Carece de legitimación el representante legal del sindicato para impetrar el amparo de los derechos a la salud y seguridad social de los trabajadores sindicalizados. Presente esta situación en el caso de estudio, la Corte declara la nulidad de lo actuado, para en su lugar rechazar la tutela 716
- Carecen de legitimación las personas jurídicas para solicitar la protección de derechos que no les son inmanentes como la tranquilidad y la vida, lo procedente ante estas peticiones es rechazar la demanda 592

M

MATERNIDAD

- El régimen de seguridad social reguló entre otros, lo atinente a la atención en salud como servicio público y de interés general a la población pobre y vulnerable. La mujer en estado de embarazo, que carece de capacidad de pago debe ser atendida por las Entidades Estatales prestatarias del servicio público esencial de la salud o por las privadas, con quienes el Estado haya contratado para dicho efecto. En consecuencia, se concede el amparo y se ordena al Hospital, en su calidad de Empresa Social del Estado, prestar la atención médica pertinente o remitir a la paciente, dada su condición de persona vinculada al sistema de seguridad social, a la entidad de salud que corresponda 683

N

NOTIFICACIONES EN AUDIENCIAS Y DILIGENCIAS

- La norma aplicable para establecer el momento en el cual se deben surtir las notificaciones de providencias proferidas en audiencias o diligencias, aún cuando no hayan concurrido las partes, es el artículo 325 del Código de Procedimiento Civil. No le es posible a la parte argumentar que en atención a la naturaleza del pronunciamiento se debió haber efectuado otro tipo de notificación 786

Pág.

NULIDAD EN TUTELA

- Admitir que un Juez o Tribunal dirima un incidente de desacato omitiendo integrar el contradictorio en debida forma mediante la notificación de la providencia que da inicio al incidente, es desconocer el artículo 29 de la Constitución Política, mandato que rige no sólo para el proceso de tutela sino también para el trámite posterior 757
- Se está ante la nulidad de la actuación en tutela cuando en la sentencia el *a quo* omite pronunciarse respecto de la totalidad de los accionantes 632
- Se está ante una causal de nulidad cuando no se informa a la parte accionada sobre la totalidad de derechos enlistados por el demandante como vulnerados. En estos casos, no opera la presunción establecida en el artículo 20 del decreto 2591 de 1991 . 731

P

PARTE CIVIL

- Si la parte civil oportunamente impugna la providencia que declara la preclusión de la investigación, el fiscal debe suspender la ejecutoria de esta última para dar trámite a los recursos. El Negar esta oportunidad a la parte civil desconoce el derecho al debido proceso 802

PRESUPUESTO NACIONAL

- Si la apropiación presupuestal no se ha destinado y asignado al respectivo ente que distribuye los dineros, en este particular caso, para el pago de prestaciones sociales de empleados del municipio, no es posible que el juez de tutela, u otra autoridad pueda afectar el presupuesto en ese sentido 694

PRINCIPIO DE FAVORABILIDAD

- En el marco de diversos criterios jurídicos entre el Tribunal Superior y el Fiscal delegado ante esa corporación, no procede hablar de 'favorabilidad' pues tal concepto concierne únicamente a tránsitos de leyes. Tampoco es procedente la tutela para dirimir divergencias conceptuales propias de las disciplinas jurídicas y aquí no se exhiben como resquebrajadoras de un debido proceso ni de la jerarquía correspondiente a las instancias 698

R

RECHAZO DE DEMANDA

- La denegación del amparo por razones de procedencia debe entenderse como una sentencia susceptible de impugnación y de obligatoria remisión a la Corte Constitucional. Se está ante una denegación por razones de procedencia, aun cuando el juez de tutela manifieste

Pág.

que rechaza la demanda, cuando la decisión se sustenta, como en el presente caso, en la falta de concurrencia de los presupuestos contemplados en el artículo 42 del Decreto 2591 761

REGIMEN PRESTACIONAL

- Si la apropiación presupuestal no se ha destinado y asignado al respectivo ente que distribuye los dineros, en este particular caso, para el pago de prestaciones sociales de empleados del municipio, no es posible que el juez de tutela, u otra autoridad pueda afectar el presupuesto en ese sentido 694

REVOCACION DIRECTA

- La actuación por medio de la cual se resuelve sobre la revocatoria de actos administrativos se rige en términos y formalidades por la normatividad especial prevista en el Código Contencioso Administrativo no por la relacionada con el derecho de petición 643

S

SEGURIDAD SOCIAL

- ACCIDENTE DE TRABAJO
- Ante el acaecimiento del accidente de trabajo, la empleada tiene derecho a las prestaciones asistenciales señaladas en el artículo 5° del decreto 1295 de 1994, las que debe prestar la EPS a la que se encuentra afiliado el accidentado, con cargo a la ARP, independientemente, del tiempo de cotización y sin que sea procedente disponer la repetición contra el FOSYGA 663
- ATENCION A LABORALMENTE DESVINCULADOS
- El ISS no puede excusarse, para realizar la cirugía, en la desafiliación de la trabajadora, por desvinculación laboral, pues, el riesgo, la dolencia que él generó y el tratamiento prescrito, fue realizado y diagnosticado en vigencia de la afiliación 663
- SOLVENCIA DEL AFILIADO
- El régimen de seguridad social reguló entre otros, lo atiente a la atención en salud como servicio público y de interés general a la población pobre y vulnerable. La mujer en estado de embarazo, que carece de capacidad de pago debe ser atendida por las Entidades Estatales prestatarias del servicio público esencial de la salud o por las privadas, con quienes el Estado haya contratado para dicho efecto. En consecuencia, se concede el amparo y se ordena al Hospital, en su calidad de Empresa Social del Estado, prestar la atención médica pertinente o remitir a la paciente, dada su condición de persona vinculada al sistema de seguridad social, a la entidad de salud que corresponda 683

Pág.

SENTENCIA DE TUTELA

- Al juez de tutela no le está permitido ordenar al juez accionado la manera de interpretar y aplicar la ley procesal en cuanto a los términos probatorios, tampoco indicar cuáles son las disposiciones que debe tener en cuenta o cuáles las pruebas que se impone practicar e incluso la forma como las debe apreciar . 606
- El juez de tutela no puede decretar la nulidad de la actuación judicial objeto del amparo. Esta decisión compete al juez de conocimiento. 802
- Es excesiva la sentencia cuando sin que así se haya solicitado así en las pretensiones se ordena al accionado el otorgamiento de créditos para matrícula 726

SERVICIO PUBLICO DE ACUEDUCTO

- Se desconocerían derechos legítimamente adquiridos (art. 35 de la ley 142 de 1994) si se permitiera a las entidades prestadoras de este servicio invadir propiedades para solucionar problemas de potenciales usuarios, a través por ejemplo, de servidumbres con cargo al propietario, poseedor o tenedor de otro predio 751

SERVIDUMBRE

- Los conflictos entre particulares por servidumbre no pueden ser dirimidos por el juez de tutela 751

SINDICATO

- Carece de legitimación el representante legal del sindicato para impetrar el amparo de los derechos a la salud y seguridad social de los trabajadores sindicalizados. Presente esta situación en el caso de estudio, la Corte declara la nulidad de lo actuado, para en su lugar rechazar la tutela 716

SISBEN

- El régimen de seguridad social reguló entre otros, lo atiente a la atención en salud como servicio público y de interés general a la población pobre y vulnerable. La mujer en estado de embarazo, que carece de capacidad de pago debe ser atendida por las Entidades Estatales prestatarias del servicio público esencial de la salud o por las privadas, con quienes el Estado haya contratado para dicho efecto. En consecuencia, se concede el amparo y se ordena al Hospital, en su calidad de Empresa Social del Estado, prestar la atención médica pertinente o remitir a la paciente, dada su condición de persona vinculada al sistema de seguridad social, a la entidad de salud que corresponda 683

Pág.

V

VIA DE HECHO

- La vía de hecho debe surgir del análisis objetivo del fallo, no como consecuencia de una subjetiva discrepancia cualitativa y cuantitativa de las pruebas allegadas al proceso de investigación de paternidad. La providencia de primer grado desconoce la valoración probatoria plasmada en un fallo de filiación proferido hace más de dos años que está amparado por la doble presunción de acierto y legalidad 606

INDICE CRONOLOGICO
DE SENTENCIAS PUBLICADAS

Pág.

DEBIDO PROCESO PENAL, DERECHO AL TRABAJO: la sanción accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas no vulnera el derecho al trabajo del sancionado

«[...] Los jueces en sus providencias, por estar sujetos exclusivamente a la ley, estaban obligados en el caso concreto a imponer las sanciones previstas por el legislador, entre otras, la accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas por un período igual al de la pena principal, sin que ello viole su derecho al trabajo, pues este, como otros tantos derechos fundamentales, no es absoluto ante las limitaciones que la misma constitución y la ley consagran.» *Magistrado Ponente Doctor Dídimo Páez Velandia. Sentencia. Fecha: ENERO 19 DE 1999. Decisión: Confirma. No Tutela. Proceso 5131 - Penal* 583

LEGITIMACION POR ACTIVA EN TUTELA: carecen de legitimación las personas jurídicas para solicitar la protección de derechos que no les son inmanentes como la tranquilidad y la vida, lo procedente ante estas peticiones es rechazar la demanda

Las personas jurídicas carecen de legitimación para presentar acciones de tutela con las cuales se solicite la protección de derechos de los que no solo no son titulares sino que, como la tranquilidad y la vida, no son inmanentes a los entes jurídicos. «No puede confundirse el titular de un derecho fundamental con su garante o con el especialmente obligado a respetarlo o protegerlo.» La Sala en el presente caso, decreta la nulidad de lo actuado y dispone el rechazo de la demanda. *Magistrado Ponente Doctor Nilson E. Pinilla Pinilla. Auto. Fecha: ENERO 19 DE 1999. Decisión: Declara Nulidad. Remite. Rechaza Demanda. Proceso 5135 - Penal* 592

Pág.

DERECHO DE ACCESO A LA ADMINISTRACION DE JUSTICIA, DEBIDO PROCESO CONCURSAL: Vulnera el derecho el juez que rechaza la demanda de concordato con base en la exigencia sin fundamento legal de una certificación de estados financieros expedida por la Junta Central de Contadores

Vulnera el derecho el juez que rechaza la demanda de concordato con base en la exigencia de una certificación de estados financieros (artículo 97 de la Ley 222/95) expedida por la Junta Central de Contadores. «[...] En el ordinal 3º del citado artículo 20 [tan solo] se le dio la facultad al mencionado órgano de "expedir, a costa del interesado, la tarjeta profesional y su reglamentación, las certificaciones que legalmente esté facultada para expedir".

Es que, conforme a lo normado en el artículo 11 de la Ley 40 de 1990 "Es función privativa del contador público expresar dictamen profesional e independiente o emitir certificaciones sobre balances generales y otros estados financieros"; y de acuerdo con el segundo aparte del literal b) ordinal 2º del artículo 13 la atribución para 'certificar y dictaminar sobre los balances generales y otros estados financieros [...] de personas naturales, jurídicas, de hecho o entidades de creación legal [...] "se confirió a quien tuviese la calidad de contador público en 'razón de la naturaleza del asunto", calidad que se acredita con la inscripción como tal y la tarjeta profesional expedida por la Junta Central de Contadores (artículos 1º y 3º).

Pues bien, con base en la reseña normativa que viene de relacionarse [...] la funcionaria accionada puso a decir a las disposiciones citadas lo que su tenor literal por parte alguna contiene. [...]

No es [...] intentando el interesado nuevamente la acción, como con argumento simplista lo expone el Tribunal en su fallo, la manera de remediar tan odiosa situación, porque ¿qué tal que con la misma documentación e información otro despacho admita la demanda? Evidentemente se estaría propiciando sobre el mismo asunto decisiones contradictoras que es lo que a toda costa debe evitarse en el campo judicial. [...]

Es verdad inconcusa que dentro de la acción civil ordinaria intentada por el actor, este ya no cuenta con instrumento alguno de defensa que le permita lograr su cometido [el recurso de reposición fue decidido desfavorablemente]; de igual manera, las bases jurídicas que se esgrimen para rechazar la demanda carecen de todo sello de juridicidad en cuanto que el precepto al cual la

Pág.

Juez se aferra con obstinado ahínco, no corresponde en su contenido al que realmente debió aplicar, amén de que en la actualidad no se encuentra vigente. [...]

El fallo impugnado habrá de revocarse y en su lugar se concederá el amparo constitucional invocado. Así mismo, en procura del restablecimiento de dicha garantía se le ordenará a la juez del conocimiento tomar las medidas pertinentes para que de acuerdo con los presupuestos formales exigidos para la admisión de la solicitud de concordato preventivo incoado, se proceda a su estudio sin perjuicio de que el incumplimiento de otro cualquiera de los previstos en la ley, que no al que el rechazo de la demanda alude, adopte la decisión que en derecho corresponda.» (Paréntesis se anexó al texto). *Magistrado Ponente Doctor Jorge Aníbal Gómez Gallego. Sentencia. Fecha: ENERO 19 DE 1999. Decisión: Revoca. Concede Tutela. Notas Aclaratorias: Dr. Dídimo Páez Velandia - Salvamento de Voto. Proceso 5168 Penal* 596

IMPUGNACION - sustentación

Necesidad de sustentar la impugnación para proceder al estudio de la tutela en segunda instancia. *Magistrado Doctor: Dídimo Páez Velandia. Salvamento de Voto. Fecha: ENERO 19 DE 1999. Proceso: 5168 - Penal.* 602

DEBIDO PROCESO DE FAMILIA, VIA DE HECHO: La vía de hecho debe surgir del análisis objetivo del fallo, no como consecuencia de una subjetiva discrepancia cualitativa y cuantitativa de las pruebas allegadas al proceso de investigación de paternidad / SENTENCIA DE TUTELA: Al juez de tutela no le está permitido ordenar al juez accionado la manera de interpretar y aplicar la ley procesal en cuanto a los términos probatorios, tampoco indicar cuáles son las disposiciones que debe tener en cuenta o cuáles las pruebas que se impone practicar e incluso la forma como las debe apreciar

La decisión del Tribunal de declarar la nulidad en un proceso de filiación, que culminó con sentencia denegatoria desde hace más de dos años, es desatinada si se tiene en cuenta que la naturaleza del trámite implica la demostración de una situación de hecho que de acreditarse plenamente y declararse así mediante una decisión judicial conlleva la imposición de determinadas obligaciones a la parte demandada y derechos para el menor cuya paternidad se busca. La providencia de primer grado desconoce la

Pág.

valoración probatoria plasmada en un fallo que está amparado por la doble presunción de acierto y legalidad.

«Además, equivocada también en sus consecuencias resulta la decisión [...] pues termina imponiéndole a la Sala accionada no solo la forma como debe interpretar y aplicar la ley procesal en cuanto a los términos probatorios de la segunda instancia, sino que igualmente le indica cuáles son las disposiciones que debe tener en cuenta, cuáles las pruebas que se impone practicar e incluso la forma como las debe apreciar, como así se deduce de sus consideraciones en torno al hecho de que debió tener como indicio en contra la no comparecencia del demandado a la práctica de la prueba antropoheredobiológica, no obstante que afirma que no se sabe cómo o por qué medios se enteró la demandante, quien sí compareció con el niño [...] al ICBF con ese propósito.»

La vía de hecho de surgir del análisis objetivo del fallo no como consecuencia de una subjetiva discrepancia cualitativa y cuantitativa de las pruebas allegadas al proceso de investigación de la paternidad. *Magistrado Ponente: Doctor Carlos Augusto Gálvez Argote. Sentencia. Fecha: ENERO 26 DE 1999. Decisión: Revoca. No Tutela. Proceso 5155 - Penal* 606

DERECHO DE PETICION, COLABORACION CON LA JUSTICIA: La circunstancia de que la norma no establezca un término para responder peticiones sobre beneficios por colaboración no significa que la Fiscalía no esté obligada a responder dentro de un margen razonable. La Corte concede el amparo a una solicitud presentada desde 1994

«La circunstancia de que la norma no establezca un término no significa que la autoridad no esté obligada a responder dentro de un margen razonable, y no lo es el tiempo que lleva la Fiscalía sin resolver la petición en este caso, pues desde la audiencia especial de [...] 1994 se hizo énfasis en la necesidad de darle celeridad al trámite de los beneficios [...]

Así las cosas, se procederá a proteger el derecho de petición, ordenando al Fiscal General de la Nación que en el término máximo de diez días contados a partir de la notificación de esta providencia, resuelva la solicitud formulada por [...]» el accionante. *Magistrado Ponente: Doctor Ricardo Calvete Rangel. Sentencia. Fecha: ENERO 26 DE 1999. Decisión: Revoca. Concede Tutela. Proceso 5160 - Penal* 613

Pág.

DEBIDO PROCESO PENAL: 1. Si bien es deseable que los hechos punibles conexos se investiguen de manera conjunta, su separada averiguación no puede concebirse como atentatoria de la actuación independientemente adelantada. 2. La conducta de la autoridad accionada que no tomó como denuncia de querella el simple aporte de fotocopias de una queja presentada ante el Comando de Estación, sin manifestación alguna bajo la gravedad del juramento de quien las presentó, no desconoce el derecho al debido proceso. 3. No hay vulneración al debido proceso cuando el juez que se considera incurso en causal de impedimento suspende la decisión sobre un conflicto de competencia planteado

1. «[...] Si bien es deseable que los hechos punibles conexos se investiguen de manera conjunta, su separada averiguación no puede concebirse como atentatoria de la actuación independientemente adelantada, pues los criterios justificadores *lege ferenda* de unidad de prueba, unidad de decisión y economía procesal, que le han servido de fundamento no constituyen ni puede dárseles la connotación de presupuestos procesales para el ejercicio de la acción penal que bien puede en consecuencia, adelantarse autónomamente sin la menor tacha [a su] validez.» (Paréntesis se anexó al texto)

2. La conducta de la autoridad accionada que no tomó como denuncia de querella el simple aporte de fotocopias de una queja presentada ante el Comando de Estación, sin manifestación alguna bajo la gravedad del juramento de quien las presentó, no desconoce el derecho al debido proceso. «En criterio de la Sala [...] hay que concluir que, de una parte, no formuló la Personera [...] propiamente una querella que los jueces estuviesen obligados a adelantar y que si en criterio del Tribunal esta sí se presentó adecuadamente, en ningún momento el hecho de no haberse orientado en forma conjunta con la denuncia propuesta por el Concejal [...] puede afectar de nulidad el proceso cursado en virtud de esta última, menos aún cuando dentro de las motivaciones del fallo se valoraron las exculpaciones de la implicada.»

3. No hay vulneración al debido proceso cuando el juez que se considera incurso en causal de impedimento suspende la decisión sobre un conflicto de competencia planteado «[...] era lo jurídicamente acertado manifestar su existencia y remitir el asunto ante quien debía decidir si se sustentaba o no y consecuencialmente, como a la postre sucedió, de encontrar válidas las razones que lo fundaban, entrar a ocuparse del conflicto siempre y cuando entendiese que tampoco residía en él la competencia [...]». *Magistrado Ponente Doctor Carlos Augusto Gálvez Argote. Sentencia. Fecha: FEBRERO 09 DE 1999. Decisión: Revoca. No Tutela. Proceso 5214 - Penal* 618

Pág.

DEBIDO PROCESO PENAL: No se vulnera el derecho al debido proceso con la ausencia de notificación al denunciante de la resolución que ordenó la suspensión de la investigación previa.

«El artículo 327 del Código de Procedimiento Penal es claro al prever que sólo en la fase de la investigación previa, quien no tiene la calidad de sujeto procesal, "el denunciante o querellante", se encuentra legitimado para recurrir la resolución inhibitoria, lo cual significa que dicha decisión debe enterársele para que pueda interponer el recurso de apelación, único medio de impugnación que tiene a su alcance. Empero, nada dispuso el legislador acerca de los recursos que caben contra la resolución de suspensión de la investigación previa, estatuyendo apenas en el artículo 326 los requisitos de su procedencia». *Magistrado Ponente: Doctor Jorge Aníbal Gómez Gallego. Sentencia. Fecha: FEBRERO 18 DE 1999. Decisión: Revoca. No Tutela. Proceso 5289 - Penal* 625

NULIDAD EN TUTELA: Se está ante la nulidad de la actuación en tutela cuando en la sentencia el a quo omite pronunciarse respecto de la totalidad de los accionantes

Magistrado Ponente: Doctor Nilson E. Pinilla Pinilla. Auto. Fecha: FEBRERO 23 DE 1999. Decisión: Decreta Nulidad. Remite. Proceso 5310 - Penal 632

DEBIDO PROCESO ANTE JUEZ REGIONAL: La falta de comunicación telegráfica al accionante informando sobre el proferimiento de sentencia no desconoce su derecho

«[...] Es claro para la Sala que la notificación de las sentencias que se profieran en los procesos de competencia de los Jueces Regionales debe hacerse en los términos de los artículos 189 del Código de Procedimiento Penal y 323 del Código de Procedimiento Civil.

En el caso examinado, entonces, no era imperativo comunicarle al accionante telegráficamente que la sentencia se había proferido.» *Magistrado Ponente: Doctor Carlos Eduardo Mejía Escobar. Sentencia. Fecha: FEBRERO 23 DE 1999. Decisión: Confirma. No Tutela. Proceso 5326 - Penal* 635

REVOCACION DIRECTA, DERECHO DE PETICION: La actuación por medio de la cual se resuelve sobre la revocatoria de actos administrativos se rige en términos y formalidades por la normatividad especial prevista en el Código Contencioso Administrativo no por la relacionada con el derecho de petición.

Pág.

De conformidad con los artículos 14, 18, 28, 34 y 35 del Código Contencioso Administrativo, «[...] la autoridad encargada de resolver sobre la revocatoria de actos administrativos debe citar a quienes puedan estar interesados en el resultado de la decisión, a efectos de que tengan oportunidad de hacerse parte en la actuación en defensa de sus derechos, pedir pruebas y el funcionario podrá decretar, además, las que de oficio considere pertinentes, dando la oportunidad en todo caso a los interesados para que se presenten sus alegatos, y con base en las pruebas e informes acopiados, tomará la decisión correspondiente.

Se trata entonces del debido proceso que al efecto señala el Código Contencioso Administrativo, luego frente a esta clase de actuaciones no es dable acudir a los términos y formalidades que la ley tiene establecidos en relación con el derecho de petición.»

Magistrado Ponente: Doctor Nilson E. Pinilla Pinilla. Sentencia. Fecha: MARZO 02 DE 1999. Decisión: Confirma. No Tutela. Proceso 5313 - Penal 643

DEBIDO PROCESO ANTE FISCAL REGIONAL: No hay norma alguna que establezca que las decisiones de liberación están sometidas al grado jurisdiccional de consulta. Así entonces, la decisión que se consulta en este caso es la de preclusión de la investigación, decidida la cual el accionante, eventualmente, podrá solicitar la liberación incondicional, que no la provisional que solicita. No se está ante un desconocimiento del derecho al debido proceso del reo.

«[...] ninguna norma del Código de Procedimiento Penal "afirma que las decisiones de liberación que sean proferidas deben quedar sometidas al grado jurisdiccional de consulta" [...] pues lo que los textos legales pertinentes y específicamente el artículo 206 del Código de Procedimiento Penal señala es que "en los delitos de conocimiento de los fiscales y jueces regionales, son consultables cuando no se interponga recurso alguno, la providencia que ordena la devolución a particulares de bienes del imputado o sindicado presuntamente provenientes de la ejecución del hecho punible o que sea objeto material del mismo y las sentencias que no sean anticipadas.".

Lo consultable es entonces, en este caso concreto, la decisión preclusiva; y decidido tal grado jurisdiccional por el fiscal *ad quem*, sin modificación de la providencia que precluye, lo procedente es la liberación incondicional del reo, pues la provisional solo procede, en esta clase de asuntos, exclusivamente por las razones que

Pág.

anota el parágrafo del artículo 415 del Código de Procedimiento Penal, entre las cuales no está la del ordinal 3º de la misma norma[...]».

Magistrado Ponente: Doctor Carlos Eduardo Mejía Escobar. Sentencia. Fecha: MARZO 24 DE 1999. Decisión: Confirma. No Tutela. Notas Aclaratorias: Salvamento de Voto - Dr. Dídimo Páez Velandia. Véase salvamento de voto publicado con la sentencia 5168 del 19 de enero de 1999 (Retteración). Proceso 5386 - Penal 651

DEBIDO PROCESO PENAL: desconoce el derecho el juez cuando notifica la resolución de acusación a los sujetos procesales por estado sin haber surtido previamente la citación telegráfica prevista en el artículo 190 del Código de Procedimiento Penal.

«[...] Que el artículo 440 del Código de Procedimiento Penal disponga que «notificada personalmente la resolución de acusación al procesado o a su defensor, los demás sujetos procesales se notificarán por estado de todos modos exige que *previamente a esta supletoria clase de notificación*, se cumpla con las citaciones telegráficas mencionadas [las previstas en el artículo 190 Código de Procedimiento Penal], porque lo deseable en nuestro estatuto procedimental penal es que las notificaciones logren hacerse personalmente. Así pues, hay que agotar primero el referido trámite para que dicho propósito se cumpla.

Entonces, el Fiscal [...] accionado no podía [...] ignorar el envío de telegramas y estimar que, pasados los 3 días de la notificación personal [...] procedía notificar por estado [...].

Que la notificación hecha telegráficamente se cuenta a partir del día siguiente [...] es una consideración que igualmente encuentra apoyo en el artículo 120 del Código de Procedimiento Civil (aplicable por integración artículo 21 Código de Procedimiento Penal), según el cual «todo término empezará a correr desde el día siguiente al de la notificación de la providencia que lo conceda».»(paréntesis se anexó al texto)

En suma, el Fiscal desconoció el debido proceso al contabilizar inadecuadamente los términos para concluir que el recurso de apelación presentado era extemporáneo, dejando sin segunda instancia la providencia apelada. *Magistrado Ponente Doctor Edgar Lombana Trujillo. Sentencia. Fecha: ABRIL 06 DE 1999. Decisión: Confirma. Concede Tutela. Aclara. Proceso 5400 – Penal* 651

Pág.

IMPUGNACION-sustentación/ DERECHO AL BUEN NOMBRE: Las declaraciones en donde se critica públicamente la gestión de los servidores públicos no son susceptibles de revisión mediante tutela, por no ser ésta el escenario propicio para evaluar y calificar el desempeño de los funcionarios públicos en sus cargos

"Lo expresado a la prensa por el Gerente General [...] en relación con la gestión del accionante al frente de la Regional [...] no le conculcó a éste ningún derecho constitucional que debe amparársele a través de la tutela. Los servidores públicos, en especial quienes desempeñan cargos de dirección o de cierto nivel de importancia dentro del Estado, están expuestos no sólo al escrutinio y críticas de la comunidad sino igualmente de los trabajadores en la entidad, de los superiores jerárquicos y sobre todo de los nuevos cuadros de administración que se establecen por efecto del cambio en su manejo o por cualquier otra circunstancia. Ello es inevitable y resultaría absurdo que ante cada crítica pudiera acudirse a la acción de tutela para juzgar pareceres como el del demandado, pues en tales circunstancias el mecanismo de control constitucional terminaría convertido en un escenario para evaluar y calificar el desempeño de los funcionarios públicos en sus cargos".

Reiteración: La sustentación no es requisito para la admisión y estudio de la impugnación.

Salvamento de voto: la sustentación es indispensable como requisito de procedencia de la impugnación.

Magistrado Ponente: Doctor Carlos Eduardo Mejía Escobar. Sentencia. Fecha: ABRIL 20 DE 1999. Decisión: Confirma. No Tutela. Notas Aclaratorias: Salvamento de Voto - Dr. Didimo Páez Velandia. Véase salvamento de voto publicado con la sentencia 5168 del 19 de enero de 1999 (Reiteración). *Proceso 5442 - Penal* ... 659

SEGURIDAD SOCIAL, ARP: 1. Ante el acaecimiento del accidente de trabajo, la empleada tiene derecho a las prestaciones asistenciales señaladas en el artículo 5º del decreto 1295 de 1994, las que debe prestar la EPS a la que se encuentra afiliado el accidentado, con cargo a la ARP, independientemente, del tiempo de cotización y sin que sea procedente disponer la repetición contra el Fosyga. 2. El ISS no puede excusarse, para realizar la cirugía, en la desafiliación de la trabajadora, por desvinculación laboral, pues, el riesgo, la dolencia y el tratamiento prescrito, fue realizado y diagnosticado en vigencia de la afiliación.

Pág.

"[...] independientemente del tiempo de cotización, es lo cierto que los quebrantos de salud de la [...] [accionante] provienen de un accidente de trabajo oportunamente reportado a la entidad administradora de riesgos profesionales [...], por lo que una vez realizado el riesgo amparado, la trabajadora tiene derecho a las prestaciones asistenciales señaladas en el artículo 5º del decreto 1295 de 1994, que debe prestar la EPS a la que se encuentra afiliado el accidentado, con cargo a la [...]"ARP.

"Esa precisa razón legal es la que impone la confirmación plena del fallo y la desestimación de la petición de la impugnante de que se le autorice repetir en contra del Fosyga, pues tal fondo no tiene por qué solidarizarse con una obligación que no le corresponde, habida cuenta que el hecho que la genera es un accidente de trabajo que debe ser cubierto por la ARP [...] a la que se encontraba afiliada la trabajadora y a la que se reportó en legal forma la realización del riesgo amparado."

"Adicionalmente debe advertirse al ISS que no puede excusarse de la realización de la cirugía en la desafiliación de la trabajadora, pues el riesgo, la dolencia que él generó y el tratamiento prescrito fue realizado y diagnosticado en vigencia de la afiliación. [...]".

Magistrado Ponente: Doctor Carlos Eduardo Mejía Escobar. Sentencia. Fecha: ABRIL 20 DE 1999. Decisión: Confirma. Concede Tutela. Proceso 5447 - Penal 663

CESACION DE LA ACTUACION IMPUGNADA, DEBIDO PROCESO DE TUTELA: La decisión que decreta la cesación de la actuación impugnada sólo es susceptible del recurso de reposición.

Magistrado Ponente Doctor Edgar Lombana Trujillo. Auto. Fecha: ABRIL 20 DE 1999. Decisión: Se Abstiene de Revisar Providencia. Proceso 5522 - Penal 668

DEBIDO PROCESO DE TUTELA: Se está ante nulidad insanable en el trámite de tutela cuando el funcionario comisionado para la práctica de una prueba no cumple con el objeto de ésta. En el presente caso, el comisionado, no realizó lo pertinente para establecer si en realidad existían los pagos preferenciales que la accionante plantea como desconocedores de sus derechos fundamentales

El funcionario comisionado para verificar la existencia de pagos preferentes en la entidad accionada no cumplió con su cometido y se limitó a aceptar la explicación del tesorero en el sentido de

Pág.

no existir archivos de las nóminas correspondientes a los meses indicados. Ha debido "[...] realizar lo pertinente para encontrar esos archivos de verdad recientes o de otro medio determinar si a las personas relacionadas por la accionante (y a otras más) se les había cancelado y si las mismas se encontraban en igual situación que aquélla. [...].

Esta flagrante y sustancial omisión comporta inexorablemente un atentado al debido proceso, de observancia en todas las actuaciones judiciales (artículo 29 Constitución Política) y que conducirá a la declaratoria de nulidad insanable (artículo 145 Código de Procedimiento Civil) a partir del auto admisorio de la demanda [...], a fin de que se proceda a investigar y a decidir sobre la problemática explícitamente reiterada por la demandante, nulidad que no afecta las pruebas que se practicaron conforme a la ley."

Magistrado Ponente Doctor Edgar Lombana Trujillo. Auto. Fecha: ABRIL 27 DE 1999. Decisión: Decreta Nulidad. Remite. Proceso 5456 - Penal 670

DERECHO A LA VIDA Y A LA INTEGRIDAD PERSONAL, EPS: Ante situaciones donde el accionante padece una enfermedad que atenta contra su calidad de vida, hay razón para la intervención constitucional. En especial, si injustificadamente la realización de la cirugía, recomendada por el propio ISS, no ha sido autorizada, ni dispuesto lo económicamente necesario para llevarla a cabo

Hay razón para la intervención constitucional, como quiera que, injustificadamente, la realización de la cirugía, recomendada por el propio ISS, no ha sido autorizada ni dispuesto lo económicamente necesario para llevarla a cabo. En especial, tratándose de una situación que tiene connotaciones mediatas frente al derecho a la vida e inmediatas en relación con la calidad de la misma, en condiciones de dignidad.

La Sala tutela los derechos invocados por el actor y ordena que en el término de las 48 horas siguientes al conocimiento de esta determinación, el gerente de la EPS realice todas las diligencias tendientes a lograr la autorización; incluyendo la reserva presupuestal, para que proceda a intervenir al paciente, quirúrgicamente, tal como lo recomendó la Junta Quirúrgica de Cirugía General.

Magistrado Ponente Doctor Jorge Enrique Córdoba Poveda. Sentencia. Fecha: ABRIL 27 DE 1999. Decisión: Revoca. Concede Tutela. Proceso 5467 – Penal 675

Fág.

DERECHOS DE NATURALEZA LEGAL O CONTRACTUAL, DERECHO A VIVIENDA: Carece de connotación de fundamental el derecho a obtener modificaciones en el sistema de financiación de UPAC pactado entre las partes. El deudor cuenta con medios idóneos para reducir los intereses pactados en el contrato de mutuo. La tutela es improcedente

Existen medios de defensa para obtener la reducción de intereses pactados en el contrato de mutuo.

"La pretendida afectación del derecho a la vivienda, que alega el actor, por el cobro que en la actualidad se le hace por el sistema de financiación Upac, no solamente puede ser defendido por otro medio idóneo diferente a la tutela, sino que carece de la connotación de fundamental." *Magistrado Ponente Doctor Jorge Enrique Córdoba Poveda. Sentencia. Fecha: ABRIL 27 DE 1999. Decisión: Confirma. No Tutela. Proceso 5471 - Penal* 679

MATERNIDAD, SEGURIDAD SOCIAL, SIDBEN: El régimen de seguridad social reguló entre otros, lo atinente a la atención en salud como servicio público y de interés general a la población pobre y vulnerable. La mujer en estado de embarazo, que carece de capacidad de pago debe ser atendida por las Entidades Estatales prestatarias del servicio público esencial de la salud o por las privadas, con quienes el Estado haya contratado para dicho efecto. En consecuencia, se concede el amparo y se ordena al Hospital, en su calidad de Empresa Social del Estado, prestar la atención médica pertinente o remitir a la paciente, dada su condición de persona vinculada al sistema de seguridad social, a la entidad de salud que corresponda.

1. El Decreto 806 de 1998 reglamentó la afiliación al Régimen de Seguridad Social en Salud y reguló lo atinente a la prestación de sus beneficios como servicio público esencial y de interés general. En sus artículos 32 y 33 reprodujo en esencia el contenido normativo del artículo 157 de la Ley 100 de 1993 en relación con los *vinculados al sistema*, esto es, la población pobre y vulnerable.

Entonces, no existe incertidumbre alguna acerca de la obligación que les asiste a las entidades estatales prestatarias del servicio público esencial de la salud o a las privadas, con quienes el Estado haya contratado para dicho efecto, de proporcionarle a la paciente, en estado de embarazo, la asistencia médica básica y los demás beneficios complementarios que, en consideración a su estado, de ella se deriven. Pues a falta de demostración en contrario, se trata de una persona que carece de capacidad de pago, es decir, hace parte de la población a la que alude la norma antes citada, de la ley de seguridad social.

Pág.

2. La Corte Suprema de Justicia concede el amparo. Ordena al Hospital accionado que, en su calidad de Empresa Social del Estado, evalúe las condiciones en que se halla quien por medio del presente procedimiento reclama sus servicios y, si es del caso, le preste la atención médica pertinente habida cuenta del estado de embarazo que presenta, o la remita a la entidad de salud que corresponda, dada su condición de persona vinculada al sistema de seguridad social.
La accionante deberá gestionar su vinculación al régimen subsidiado solicitando su inscripción al Sisben, a fin de precaver futuros tropiezos como los que ahora expone. *Magistrado Ponente: Doctor Jorge Aníbal Gómez Gallego. Sentencia. Fecha: MAYO 04 DE 1999. Decisión: Revoca. Concede Tutela. Proceso 5493 - Penal* 683

DERECHO A LA LIBERTAD PERSONAL, DEBIDO PROCESO PENAL: 1. Ningún reparo amerita la circunstancia de que habiéndose materializado finalmente la libertad, en cumplimiento de orden de captura vigente, de nuevo se hubiese producido para el accionante la privación de ella. Si existiese algún reparo desde el punto de vista de su legalidad, su protección tendría que ejercerse ante la propia autoridad judicial que conoce del proceso penal o impetrando la acción pública de hábeas corpus. 2. Unos son los efectos que se producen como consecuencia de actuaciones irreglamentarias o ilegales desde el punto de vista disciplinario o penal, esto es, las investigaciones a que se puede ver avocada la autoridad que en un momento determinado provoca la vulneración de derechos fundamentales y otros muy distintos aquellos que se presentan para el juez de tutela en relación con situaciones jurídicamente consolidadas, pues en relación con éstas no le es dado adoptar decisión alguna

"[...] Ningún reparo amerita la circunstancia de que habiéndose materializado finalmente la libertad, en cumplimiento de orden de captura vigente, de nuevo se hubiese producido la privación de ella para [...] [el accionante], toda vez que hoy por hoy ningún reparo ameritaría dicha condición y si alguno existiese desde el punto de vista de su legalidad, su protección tendría que ejercerse ante la propia autoridad judicial que conoce del proceso penal o impetrando nuevamente la acción pública de *habeas corpus*.
"[...] Unos son los efectos que se producen como consecuencia de actuaciones irreglamentarias o ilegales desde el punto de vista disciplinario o penal, esto es las investigaciones a que se puede ver abocada la autoridad que en un momento determinado provoca la vulneración de derechos fundamentales y otros muy dis-

Pág.

tintos aquellos que se presentan para el juez de tutela en relación con situaciones jurídicamente consolidadas, pues en relación con éstas no le es dado adoptar decisión alguna, toda vez que, como sucede en este caso, aun cuando se manifieste inconformidad con el procedimiento empleado una vez se produjo la liberación [...] [del accionante], para hacer efectiva su captura, lo cierto es que legalmente ella está vigente y su ejecución es un imperativo para las autoridades de policía dentro del territorio del país." *Magistrado Ponente Doctor Carlos Augusto Gálvez Argote. Sentencia. Fecha: MAYO 18 DE 1999. Decisión: Confirma. No Tutela. Proceso 5537 – Penal.* 689

REGIMEN PRESTACIONAL, PRESUPUESTO NACIONAL: Si la apropiación presupuestal no se ha destinado y asignado al respectivo ente que distribuye los dineros, en este particular caso, para el pago de prestaciones sociales de empleados del municipio, no es posible que el juez de tutela, u otra autoridad pueda afectar el presupuesto en ese sentido

La atención a solicitudes que aunque presentadas después de la del accionante, no puede entenderse como discriminadora respecto de quien reclama prestaciones cuando refieren a despidos hechos con anterioridad al de éste o a la cancelación de salarios. Las situaciones comparadas no son similares. Los salarios deben ser cancelados preferentemente.

"El manejo del tesoro público, reglamentado por la Ley 111 de 1996, es ilustrado, entre otros principios, por el de legalidad, no pudiendo ser modificado, adicionado o complementado el gasto por vías distintas a las señaladas expresamente en sus disposiciones.

Además, los actos administrativos que afectan apropiaciones presupuestales deben contar con el 'certificado de disponibilidad' previo, que garantiza la existencia de la apropiación suficiente para atender el gasto y que evita que los recursos sean desviados del fin preestablecido, so pena de incurrir en responsabilidad personal (artículos 86 de la Ley 38 de 1989, 49 de la Ley 179 de 1994, 71 de la Ley 111 de 1996).

"Si la apropiación presupuestal no se ha destinado y asignado al respectivo ente que distribuye los dineros, en este particular caso, para el pago de prestaciones sociales de empleados del municipio de Soledad (Atlántico), no es posible que el juez de tutela, u otra autoridad pueda afectar el presupuesto en ese sentido." *Magistrado Ponente Doctor Jorge Enrique Córdoba Poveda. Sentencia. Fecha: MAYO 25 DE 1999. Decisión: Confirma. No Tutela. Proceso 5556 – Penal.* 694

Pág.

DEBIDO PROCESO PENAL, PRINCIPIO DE FAVORABILIDAD: En el marco de diversos criterios jurídicos entre el Tribunal Superior y el Fiscal delegado ante esa corporación, no procede hablar de 'favorabilidad' pues tal concepto concierne únicamente a tránsitos de leyes. Tampoco es procedente la tutela para dirimir divergencias conceptuales propias de las disciplinas jurídicas y que aquí no se exhiben como resquebrajadoras de un debido proceso ni de la jerarquía correspondiente a las instancias

"[...] No se desprende atentado alguno al debido proceso que entrañe la 'vía de hecho' en cuestión, porque, en definitiva, se trata de una diferencia jurídica con respecto a la norma legal que tipifica el comportamiento imputado [...] [al accionante]. Al respecto y cumpliendo como funcionarios de segunda instancia, la Sala Penal del Tribunal consideró que se tipificaba un delito de lesiones personales, mientras que la Fiscalía [...] Delegada ante dicha Corporación, estimó que se encaraba un homicidio en grado de tentativa.

"Esas divergencias conceptuales son propias de las disciplinas jurídicas y aquí no se exhiben como resquebrajadoras de un debido proceso ni de la jerarquía correspondiente a las instancias; pues en dicho sentido la Sala Penal del Tribunal y la Fiscalía accionada son autónomas y se encuentran al mismo nivel, sin que, por tanto, entre ellas no quepa predicar grado alguno de subordinación; pues la Fiscalía dirige la instrucción de los asuntos penales, correspondiéndoles a los jueces y Tribunales el conocimiento de la etapa del juicio, como dice la Carta Política en sus artículos 250 y siguientes y lo desarrolla el Código de Procedimiento Penal en su Capítulo I, Título III del Libro I[...]

"Tampoco, en el marco de dichos diversos criterios jurídicos, procede hablar de 'favorabilidad', como lo hace el fallo aquí impugnado, pues tal concepto concierne únicamente a tránsitos de leyes. [...]

"Tampoco violó el fiscal demandado el artículo 217 del Código de Procedimiento Penal (mod. artículo 34 de la ley 81 de 1993), pues en su referida resolución de febrero 26 no se pronunció sobre el fondo de lo controvertido en apelación, sino que se limitó a decretar una nulidad por estimar que al calificarse erróneamente la instrucción, se había atentado contra el debido proceso, proceder que puede ser objeto de disentimiento jurídico, pero que desde punto de vista alguno pueda calificarse de 'ilegal' ". *Magistrado Ponente Doctor Edgar Lombana Trujillo. Sentencia. Fecha: MAYO 25 DE 1999. Decisión: Revoca. No Tutela. Proceso 5564 - Penal* 698

Pág.

DERECHO DE DEFENSA, DEBIDO PROCESO PENAL: Es procedente la tutela cuando el juzgador de primera instancia desconoce el principio constitucional de legalidad en su sentencia al aplicar al imputado una sanción con base en circunstancias de agravación punitiva no deducidas de la resolución acusatoria. La decisión así proferida por el accionado indiscutiblemente violó el debido proceso y, además, el derecho a la defensa, pues el defensor actuó como acusador, generándose evidentemente vías de hecho. Se compulsan copias para que si el Consejo Superior de la Judicatura lo considera adelante investigación disciplinaria contra el defensor de oficio.

La intervención del defensor que "[...] en todo su contexto más parece de un apoderado de la parte civil o del ente acusador, que no de quien representa los intereses del procesado" no puede pasar inadvertida para la Sala y por lo mismo, se ordena compulsar copias con destino al Consejo Seccional de la Judicatura, para que, si lo estima, adelante la correspondiente averiguación disciplinaria contra el defensor de oficio.

Es procedente la tutela cuando el juzgador de primera instancia desconoce el principio constitucional de legalidad en su sentencia al aplicar al imputado una sanción con base en circunstancias de agravación punitiva no deducidas de la resolución acusatoria a pesar de ser de aquellas que ameritan análisis valorativo en la acusación. La decisión así proferida por el accionado indiscutiblemente violó el debido proceso y, además, el derecho a la defensa, pues el defensor actuó como acusador, generándose evidentemente vías de hecho.

Es claro que el accionante no tenía medio judicial diferente de la acción de tutela ante la palmaria y gravísima vía de hecho. No se está ante alguna de las causales que hagan viable la acción de revisión y permitan corregir un error de la naturaleza del comentado. Tampoco hay previsión legal que lo haga enmendable por el juez de ejecución de penas. *Magistrado Ponente: Doctor Dídimo Páez Velandia. Sentencia. Fecha: MAYO 25 DE 1998. Decisión: Revoca. Concede Tutela. Compulsa copias. Proceso 5566 - Penal ...* 706

LEGITIMACION POR ACTIVA EN TUTELA, SINDICATO, DEBIDO PROCESO DE TUTELA: carece de legitimación el representante legal del sindicato para impetrar el amparo de los derechos a la salud y seguridad social de los trabajadores sindicalizados. Presente esta situación en el caso de estudio, la Corte declara la nulidad de lo actuado, para en su lugar rechazar la tutela.

Pág.

"[...] Si bien no admite discusión el hecho de que el sindicato está legitimado para el ejercicio de la acción de tutela en aquellos casos en que deba acudir a este mecanismo para la protección de los propios derechos fundamentales que como persona jurídica tiene y de los que derivados de esta relación corresponden a los asociados, respecto de las personas naturales el mecanismo constitucional protector de derechos sólo es viable siempre que las conductas activa u omisiva imputables a la autoridad pública como vulneradoras de derechos tengan directa relación con el propio reconocimiento y respeto como organización agremiada o indirectamente se deriven del ejercicio de los derechos como trabajadores y asociados al sindicato.

"No obstante, cuando la esencialidad de la protección demandada gira alrededor de la tutela de los derechos fundamentales de las personas naturales, aun cuando se encuentren asociadas pero es ajena a la vinculación sindical y se trata solamente de buscar correctivos a conflictos que bien pueden derivarse del desarrollo mismo del contrato de trabajo o de la relación laboral, estos, en unos casos, corresponderá ser dilucidados por la justicia ordinaria especializada en esa materia y en otros, respecto de los cuales sea procedente la tutela, deberá directamente actuar el interesado, pues la representación que la ley le otorga al presidente de la organización sindical se encuentra claramente delimitada dentro de los linderos señalados en precedencia. [...].

"No encontrándose legitimado el actor para impetrar el amparo de los derechos a la salud y seguridad social de los trabajadores sindicalizados, por este particular aspecto, entonces, se declarará la nulidad parcial de todo lo actuado, para en su lugar rechazar la tutela." *Magistrado Ponente: Doctor Carlos Augusto Gálvez Argote. Sentencia. Fecha: MAYO 25 DE 1999. Decisión: Confirma. Concede Tutela Parcial. Declara Nulidad Parcial. Rechaza Demanda. Proceso 5571 - Penal* 716

DERECHO DE PETICION, DERECHO A LA DIGNIDAD: La sistemática interpretación de los artículos 5º, 6º, 12avo y 14avo del Código Contencioso Administrativo se establece el deber que tienen los funcionarios públicos, en este caso el fiscal de notificar la decisión que resuelva la petición formulada por un tercero. La falta de información sobre la existencia de respuesta desconoce los derechos fundamentales del peticionario

Los funcionarios públicos están en el deber de notificar la decisión que resuelva una petición. La interpretación sistemática de los preceptos legales que reglamentan el derecho de petición le

Pág.

va a esta conclusión. El artículo 5º del Código Contencioso Administrativo impone como requisito para la presentación de la petición escrita "la indicación del documento de identidad y de la dirección", exigencia que tiene como finalidad informar al peticionario cuando se está ante alguno de los eventos previstos en el artículo 6º, 12 ó 14 del mismo estatuto.

La falta de información al peticionario sobre la existencia de la respuesta también vulnera el "[...] principio fundamental del respeto a la dignidad humana pues desconoce al usuario del servicio público como sujeto de derechos." *Magistrado Ponente: Doctor Carlos Eduardo Mejía Escobar. Sentencia. Fecha: JUNIO 1° DE 1999. Decisión: Confirma. No Tutela. Previene. Proceso 5611 - Penal* 721

DERECHO A LA EDUCACION, EXCEPCION DE INCONSTITUCIONALIDAD: La exigencia para autorizar la matrícula consistente en demostrar la compra de material didáctico en el establecimiento universitario, desconoce el artículo 4º de la Constitución Política y vulnera el derecho a la educación del accionante/ SENTENCIA DE TUTELA: es excesivo la sentencia cuando aún que así se haya solicitado en las pretensiones se ordena al accionado el otorgamiento de créditos para matrícula.

1. La orden de autorizar el trámite de matrícula una vez cancelado el material didáctico correspondiente al semestre, es opuesta al artículo 4º de la Constitución Política. Si los "[...] textos requeridos tratan temas que se pueden localizar fácilmente en el comercio, con alumnos, bibliotecas, librerías [...], no existe razón válida para exigir a la estudiante [...] [su] compra en el mismo establecimiento y menos elevar tal exigencia a la categoría de requisito para autorizar la matrícula del semestre [...]"

2. Si el accionante no planteó entre las pretensiones la obtención de crédito para el pago de la matrícula, ni demostró estar en imposibilidad de pagar, la determinación del Tribunal que ordena la concesión del crédito no solo carece de respaldo probatorio sino que es excesiva. *Magistrado Ponente Doctor Ricardo Calvete Rangel. Sentencia. Fecha: JUNIO 09 DE 1999. Decisión: Revoca. Concede Tutela Parcial. Proceso 5645 - Penal* 725

DEBIDO PROCESO DE TUTELA, NULIDAD EN TUTELA: Se está ante una causal de nulidad cuando no se informa a la parte accionada sobre la totalidad de derechos enlistados por el demandante como vulnerados. En estos casos, no opera la presunción establecida en el artículo 20 del decreto 2591 de 1991

Se debe informar a la entidad accionada sobre la totalidad de los derechos que el demandante plantea como vulnerados. Si el juez

Pág.

de conocimiento no cumple este deber y ante la inasistencia de la parte accionada a la audiencia de declaración aplica el artículo 20 del Decreto 2591 de 1991 para conceder el amparo, incurre en causal de nulidad por desconocer el derecho al debido proceso. *Magistrado Ponente Doctor Carlos Augusto Gálvez Argote. Auto. Fecha: JUNIO 9 DE 1999. Decisión: Decreta Nulidad. Remite. Proceso 5647 – Penal* 731

IMPEDIMENTO EN TUTELA, DEBIDO PROCESO DE TUTELA: La calidad que ostenta el Magistrado Ponente de Presidente de la Junta Administrativa de la Universidad accionada es una circunstancia de incuestionable fundamento para admitir el impedimento por el funcionario

"[...] en relación con la primera causal del artículo 103 en comento, surge en el caso *sub judice* la comprobación del elemento objetivo que por sus características sustenta el requisito relacionado con la existencia de un interés en el proceso que bien puede calificarse acá de específico, personal y concreto, como que es comprensible que no pueda el señor Magistrado [...] eludir la condición de miembro integrante de la Universidad Popular [...], como presidente de su principal órgano decisorio, para sobreponerse a esa cualificada circunstancia y el compromiso que en la relación de cuerpo se tiene con este ente educativo, el cual resulta inherente a esa vinculación y resolver en relación un asunto que involucra la vulneración de derechos constitucionales fundamentales imputados a este centro de enseñanza superior, en la medida que no se está frente a una situación hipotética sino de indiscutible y real configuración, respecto de la cual la expresión negativa del propio funcionario debe primar por tener un incuestionable fundamento en un fenómeno de comprobada existencia, de donde para la Corte es imperioso por lo fundado aceptar el impedimento dentro de este contexto expresado." *Magistrado Ponente Doctor Carlos Augusto Gálvez Argote. Auto. Fecha: JUNIO 09 DE 1999. Decisión: Acepta Impedimento. Remite. Proceso 5743 - Penal.* 735

DERECHO DE PETICION EN ENTIDADES PARTICULARES, CESACION DE LA ACTUACION IMPUGNADA: Se vulnera el derecho de petición cuando no se informa al peticionario sobre el sentido de la respuesta. La comunicación enviada al juez de tutela de ninguna manera puede suplir el deber que tiene la entidad de dar respuesta a las solicitudes respetuosas que le eleven particulares

Pág.

«[...] en relación con la primera causal del artículo 103 en comento, surge en el caso sub judice la comprobación del elemento objetivo que por sus características sustenta el requisito relacionado con la existencia de un interés en el proceso que bien puede calificarse acá de específico, personal y concreto, como que es comprensible que no pueda el señor Magistrado [...] eludir la condición de miembro integrante de la Universidad Popular [...], como presidente de su principal órgano decisorio, para sobreponerse a esa cualificada circunstancia y el compromiso que en la relación de cuerpo se tiene con este ente educativo, el cual resulta inherente a esa vinculación y resolver en relación un asunto que involucra la vulneración de derechos constitucionales fundamentales imputados a este centro de enseñanza superior, en la medida que no se está frente a una situación hipotética sino de indiscutible y real configuración, respecto de la cual la expresión negativa del propio funcionario debe primar por tener un incuestionable fundamento en un fenómeno de comprobada existencia, de donde para la Corte es imperioso por lo fundado acceptar el impedimento dentro de este contexto expresado.» *Magistrado Ponente Doctor Carlos Augusto Gálvez Argote. Auto. Fecha: JUNIO 09 DE 1999. Decisión: Acepta Impedimento. Remite. Proceso 5743 - Penal.* 740

DEBIDO PROCESO DISCIPLINARIO: se vulnera el derecho de contradicción cuando se notifica al apoderado de oficio sin intentar surtir la diligencia directamente con el disciplinado, conforme el artículo 88 del Código Disciplinario Unico

Magistrado Ponente Doctor Ricardo Calvete Rangel. Sentencia. Fecha: JUNIO 15 DE 1999. Decisión: Revoca. Concede Tutela Parcial. Proceso 5667 - Penal 745

SERVIDUMBRE: Los conflictos entre particulares por servidumbre no pueden ser dirimidos por el juez de tutela. SERVICIO PUBLICO DE ACUEDUCTO: Se desconocerían derechos legítimamente adquiridos (art. 35 de la ley 142 de 1994) si se permitiera a las entidades prestadoras de este servicio invadir propiedades para solucionar problemas de potenciales usuarios, a través por ejemplo, de servidumbres con cargo al propietario, poseedor o tenedor de otro predio

Las entidades prestadoras de servicios públicos domiciliarios, en el caso concreto del alcantarillado, sólo están obligadas a tender redes por la vía pública y hasta la entrada de las unidades privadas de vivienda. No les es permitido invadir propiedades para solucionar problemas a otros potenciales usuarios, a tra-

Pág.

vés, por ejemplo, de servidumbres con cargo al propietario, poseedor o tenedor de otro predio, pues ello implicaría desconocer derechos legítimamente adquiridos (artículo 135 de la ley 142 de 1994). La negativa de la entidad accionada a constituir una servidumbre en las condiciones expuestas no se muestra como vulneradora de derecho alguno del accionante. *Magistrado Ponente Doctor Mario Manilla Nougués. Sentencia. Fecha: JUNIO 15 DE 1999. Decisión: Confirma. No Tutela. Proceso 5673 - Penal* 751

DEBIDO PROCESO DE TUTELA, NULIDAD EN TUTELA, INCIDENTE DE DESACATO: Admitir que un Juez o Tribunal dirima un incidente de desacato omitiendo integrar el contradictorio en debida forma mediante la notificación de la providencia que da inicio al incidente, es desconocer el artículo 29 de la Constitución Política, mandato que rige no sólo para el proceso de tutela sino también para el trámite posterior

De conformidad con los artículos 13 Decreto 2591 de 1991 y 5º Decreto 306 de 1992 "[...] todas providencias que se dicten en el trámite de tutela se deben notificar a las partes. Lo propio debe ocurrir en el incidente de desacato para con quien es señalado de conculcar los derechos fundamentales y que por ende resultó afectado con el fallo de tutela que se profirió.

Admitir que un Juez o Tribunal dirima un incidente de desacato omitiendo integrar el contradictorio en debida forma mediante la notificación de la providencia que da inicio al incidente es desconocer el artículo 29 de la Constitución Política, mandato que rige no sólo para el proceso de tutela sino también para el trámite posterior [...]

La sanción procesal para situaciones como la que se viene planteando, esto es, la falta de vinculación legal de quien integra la parte demandada, es la nulidad por violación al debido proceso, según el artículo 145 del Código de Procedimiento Civil norma aplicable en el *sub lite* por el principio de integración, según lo autoriza el artículo 4º del decreto 306 de 1992." *Magistrado Ponente Doctor Ricardo Calvete Rangel. Auto. Fecha: JUNIO 15 DE 1999. Decisión: Declara Nulidad. Remite. Proceso 5776 - Penal* 757

RECHAZO DE DEMANDA, DEBIDO PROCESO DE TUTELA: La denegación del amparo por razones de procedencia debe entenderse como una sentencia susceptible de impugnación y de obligatoria remisión a la Corte Constitucional. Se está ante una denegación por razones de procedencia, aun cuando el juez de tutela manifieste que rechaza la demanda, cuando la decisión se sustenta, como en el presente caso, en la falta de concurrencia de los presupuestos contemplados en el artículo 42 del Decreto 2591

Pág.

Se está ante una denegación por razones de procedencia, aun cuando el juez de tutela manifieste que rechaza la demanda, cuando la decisión se sustenta, como en el presente caso, en la falta de concurrencia de los presupuestos contemplados en el artículo 42 del Decreto 2591; en no tener el derecho presuntamente quebrantado la calidad de fundamental y en la existencia de un medio de defensa judicial.

La irregularidad por la falta de remisión del expediente a la Corte Constitucional no puede entenderse como una cuestión de simple criterio, sino como una transgresión al debido proceso, consideración suficiente para que la Sala conceda la tutela. *Magistrado Ponente Doctor Jorge Enrique Córdoba Poveda. Sentencia. Fecha: JUNIO 21 DE 1999. Decisión: Revoca. Concede Tutela. Proceso 5675 - Penal* 761

BANCO DE DATOS, CERTIFICACIONES DE ANTECEDENTES DISCIPLINARIOS, DERECHO AL TRABAJO: La anotación de una información veraz en la base de datos de antecedentes disciplinarios no es violatoria de ningún derecho fundamental. La imposibilidad de acceder a ciertos cargos públicos cuando se certifica la existencia de sanciones disciplinarias no se deriva de la circulación del dato fidedigno, sino de la conducta contraria a la ley del funcionario público que dio lugar a que se le sancionara

La imposibilidad de acceder a ciertos cargos públicos cuando se certifica la existencia de sanciones disciplinarias no se deriva de la circulación del dato fidedigno, sino de la conducta contraria a la ley del funcionario público que con su conducta dio lugar, en este caso concreto, a que se le sancionara.

"La anotación de una información veraz en la base de datos de antecedentes disciplinarios [...] no es violatoria de ningún derecho fundamental. [...] La circulación del dato, al certificar esa institución la existencia del mismo, se ha hecho conforme a las prescripciones legales sin que esa anotación y esa circulación puedan tenerse como parte integrante de la sanción, que es lo que parece entender la recurrente cuando alega que se le aplique ultraactivamente por favorabilidad la normatividad derogada del Decreto 1888 de 1989 en detrimento de la vigente Ley 200 de 1995". *Magistrado Ponente: Doctor Carlos Eduardo Mejía Escobar. Sentencia. Fecha: JUNIO 22 DE 1999. Decisión: Confirma. No Tutela. Proceso 5706 - Penal* 765

DERECHO A LA VIDA Y A LA INTEGRIDAD PERSONAL, DEBIDO PROCESO PENAL: vulnera el derecho a la vida la inactividad del fiscal en el trámite de la denuncia presentada por el accionante cuando aparece demostrado el riesgo latente que

Pág.

existe por las amenazas recibidas, sin importar que tales admoniciones lleguen a cumplirse o no

La falta de práctica de diligencias por parte de la Fiscalía, a quien correspondió el conocimiento de la denuncia presentada por el accionante, vulnera su derecho a la vida pues, sin importar que tales admoniciones lleguen a cumplirse o no, está demostrado el riesgo latente que corren el actor y su familia por las amenazas que ha recibido. "[...] como lo denota el accionante, la protección no la invocó para que se le permitiera el acceso a la administración de justicia sino para que los órganos de ésta implementaran las medidas pertinentes y eficaces de salvaguardia, que hicieran cesar el peligro inminente en que se halla de ser víctima de un atentado contra su seguridad personal, riesgo que, obviamente, compromete su vida y la de los suyos seriamente amenazada y, consecuencialmente, conculca el derecho que tiene a no ser sometido a la tortura psicológica que actualmente padece."

"La protección del derecho a la vida que como valor constitucional de carácter superior aparece reconocido y garantizado en nuestro ordenamiento jurídico-político, debe procurarse no de manera formal o abstracta sino en forma objetiva, específica y fáctica. Asegurar la vida de los integrantes de la nación, es uno de los postulados que el constituyente instituyó en el preámbulo de la Carta Política de 1991, deber que trasciende el ámbito estatal radicándose con similar significación en las relaciones entre particulares."

La Corte dispone que en el término de 48 horas se practiquen las diligencias requeridas "[...] para el cabal esclarecimiento de los hechos denunciados por el actor, impartiendo para el efecto las órdenes de trabajo pertinentes a las autoridades competentes para que tomen las medidas necesarias que tiendan a la protección de la vida e integridad física del peticionario y la de su familia.". *Magistrado Ponente: Doctor Jorge Aníbal Gómez Gallego. Sentencia. Fecha: JUNIO 22 DE 1999. Decisión: Revoca. Concede Tutela. Proceso 5712 - Penal* 769

DERECHO DE PETICION. CONSULTAS AL CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA: la negativa a absolver una petición sobre la tipificación disciplinaria de la conducta de un fiscal o un juez no vulnera el derecho del solicitante. No hay disposición que faculte a las Salas para responder tales pedimentos

Los servidores públicos solamente pueden hacer lo que les está permitido. «[...] Todo aquello ajeno a tales calidades desbordaría sus facultades, incurriendo de facto en la arbitrariedad, sancionable no solo en forma disciplinaria, sino también penalmente

Pág.

si la conducta está prevista como falta susceptible de una pena [...]

Así las cosas, conforme lo dispuesto en el artículo 256 de la Constitución Política, al Consejo Superior de la Judicatura o a los Consejos Seccionales, les corresponde, según el caso, ejercer las funciones específicas allí consagradas y, «7. Las demás que señale la Ley.»

Por otra parte, "[...] el artículo 114 de la Ley 270 de 1996 [...] de manera específica y en desarrollo del mandato superior antes señalado en forma taxativa describe las funciones de las Salas Disciplinarias de los Consejos Seccionales, todas ellas de naturaleza judicial, no administrativas, razón por la cual en manera alguna puede atender peticiones consultivas [...] [como la referente a la determinación de la tipificación disciplinaria de la conducta de un fiscal o un juez], pues sus criterios sobre puntos de derecho sancionatorio [...] solo pueden ser consignados en sus providencias o decisiones que adopte en los asuntos sometidos a su conocimiento, cuya consulta puede hacerla cualquier ciudadano, a través de las secretarías o relatorías respectivas, [...] bien pidiendo orientación sobre el tema concreto o copia de aquellas providencias que eventualmente puedan contener el punto de interés y que, por lo mismo, constituyen jurisprudencia [...]

El juez de tutela no puede con el pretexto de proteger un derecho fundamental, ordenar a un funcionario público o corporación, a realizar actuaciones que por mandato constitucional o legal no le corresponden [...]" (paréntesis se anexó al texto). *Magistrado Ponente Doctor Mario Mantilla Nougués. Sentencia. Fecha: JUNIO 22 DE 1999. Decisión: Confirma. No Tutela. Proceso 5722 - Penal* 774

DERECHO DE PETICION: El derecho de petición no puede considerarse satisfecho con el suministro de datos ajenos al pretendido e inexactos, pues ello no obedece al cumplimiento de los propósitos constitucionales y de funcionalidad de las distintas entidades públicas

"El derecho de petición no puede considerarse satisfecho con el suministro de datos ajenos al pretendido e inexactos, pues ello no obedece al cumplimiento de los propósitos constitucionales y de funcionalidad de las distintas entidades públicas. [...]

Y es que no se trata de una información reservada, inexistente o imposible de conseguir, como lo sugiere el impugnante, pues ni así se vislumbra, ni así se argumentó por la entidad, de lo que se colige que no se ha prestado la suficiente atención para satisfacer las pretensiones del ciudadano que, respetuosa, paciente e

Pág.

insistentemente, espera una respuesta ceñida a la Constitución y la ley.". *Magistrado Ponente Doctor Jorge Enrique Córdoba Poveda. Sentencia. Fecha: JUNIO 29 DE 1999. Decisión: Confirma. Concede Tutela. Proceso 5727 - Penal* 782

DEBIDO PROCESO CIVIL, NOTIFICACIONES EN AUDIENCIAS Y DILIGENCIAS: La norma aplicable para establecer el momento en el cual se deben surtir las notificaciones de providencias proferidas en audiencias o diligencias, aun cuando no hayan concurrido las partes, es el artículo 325 del Código de Procedimiento Civil. No le es posible a la parte argumentar que en atención a la naturaleza del pronunciamiento se debió haber efectuado otro tipo de notificación.

«De conformidad con lo preceptuado por el artículo 325 del Código de Procedimiento Civil (norma especial), las providencias (autos o sentencias) que se dicten en el curso de las audiencias y diligencias, *se consideran notificadas el día en que ellas se celebren*, así no hayan concurrido las partes, *es decir, que ninguno de los sujetos procesales podrá, posteriormente, reclamar notificación personal, por estado o por edicto según la naturaleza del pronunciamiento, pues la disposición apunta a que las partes que previamente han sido notificadas de la hora y fecha para la realización de la diligencia o audiencia, concurran a ella precisamente para ejercitar no solamente el derecho de impugnación, sino también el de contradicción y por supuesto el de defensa.*

Es entendido que si no lo hacen, asumen las consecuencias propias que tal comportamiento les acarrea conforme a las normas aplicables a cada caso concreto, sin que resulte entonces válido reclamar la ritualidad prevista por el legislador de manera general, haciendo sustracción de las disposiciones especial, lo cual sí conduciría a la violación del debido proceso.». *Magistrado Ponente Doctor Mario Mantilla Nougués. Sentencia. Fecha: JUNIO 29 DE 1999. Decisión: Confirma. No Tutela. Proceso 5732 - Penal* 786

DERECHO A LA IGUALDAD EN DECISIONES QUE AFECTAN A PROCESADOS PENALMENTE, DEBIDO PROCESO PENAL: En materia penal la situación de cada procesado, al igual que su responsabilidad es individual, de manera que el momento en que a cada uno se le conceda la libertad o en el que la empiece a disfrutar materialmente no necesariamente es el mismo, sin que esto implique el desconocimiento de sus derechos

El argumento según el cual se vulnera el derecho a la igualdad cuando los compañeros de causa gozan de libertad mientras el accionante no, a pesar de haber sido condenados todos por los

Pág.

mismos hechos punibles «[...] no comporta ningún elemento de juicio jurídico razonablemente atendible, como quiera que en materia penal la situación de cada procesado, al igual que su responsabilidad, es individual, por manera que el momento en que a cada uno se le conceda la libertad o en el que la empiece a disfrutar materialmente no necesariamente es el mismo, como que ello puede variar dependiendo de las contingencias procesales, como en este caso, las rebajas a que puedan tener derecho, la fecha de la captura, etc.». *Magistrado Ponente Doctor Carlos Augusto Gálvez Argote. Sentencia. Fecha: JUNIO 29 DE 1999. Decisión: Confirma. No Tutela. Proceso 5736 – Penal* 795

PARTE CIVIL, DEBIDO PROCESO PENAL: Si la parte civil oportunamente impugna la providencia que declara la preclusión de la investigación, el fiscal debe suspender la ejecutoria de esta última para dar trámite a los recursos. El negar esta oportunidad a la parte civil desconoce el derecho al debido proceso. / **SENTENCIA DE TUTELA:** El juez de tutela no puede decretar la nulidad de la actuación judicial objeto de amparo. Esta decisión compete al juez de conocimiento

1. «Es de la esencia de nuestro procedimiento la prevalencia del derecho sustancial, aspecto que implica para el operador de justicia la aplicación de las normas de procedimiento de manera integral y amplia y, obviamente dentro del debido respeto a las partes intervinientes.»

En el caso, era deber del fiscal salvaguardar las garantías de la parte civil quien, dentro del término oportuno mediante la presentación de los recursos, hizo expreso su desacuerdo con la decisión de precluir la investigación. Ha debido el funcionario suspender la ejecutoria de la providencia y resolverlos dando oportunidad a la parte de postular sus inconformidades y que estas fueran resueltas; no sorprenderla con una decisión en donde afirma que al haber hecho tránsito a cosa juzgada la decisión, por sustracción de materia, se abstuviera de continuar con el trámite de la acción civil.

Reiteración Auto de casación penal 27 de mayo de 1992. Ponente Dr. Jorge Enrique Valencia M.

2. «[...] no corresponde al juez de tutela entrar a decretar la nulidad de determinada actuación judicial, porque estaría invadiendo competencias que no le corresponden. Tal declaración sólo puede hacerla el funcionario encargado del respectivo proceso, en este caso a la misma Fiscalía contra la cual se interpuso esta

Pág.

acción de tutela.». *Magistrado Ponente Doctor Carlos Eduardo Mejía Escobar. Sentencia. Fecha: JUNIO 29 DE 1999. Decisión: Confirma. Concede Tutela. Modifica. Proceso 5747 – Penal* 802

En la Imprenta Nacional de Colombia
se diseñó e imprimió la
«Gaceta Judicial Sala Penal 2o. Semestre 1999 - Tutelas Volumen IIII»
en diciembre de 2000.

Ivstitia et Litterae