REPÚBLICA DE COLOMBIA
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

GACETA JUDICIAL

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

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

SALA DE CASACIÓN PENAL

VOLUMEN I

TOMO CCLXIII SEGUNDO SEMESTRE 1999 NÚMERO 2502

BOGOTÁ, D.C., COLOMBIA - AÑO 1999

REPUBLICA DE COLOMBIA

GACETA JUDICIAL

ORGANO DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

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

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

SALA DE CASACION PENAL

VOLUMEN II

TOMO CCLXIII – SEGUNDO SEMESTRE DE 1999 – NUMERO 2502
Santa Fe de Bogotá, D.C., Colombia - Año 1999
ISSN 1657-2084

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

SEGUNDO SEMESTRE DE 1999

SALA PLENA

Doctores: *Francisco Escobar Henríquez* - 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: *Manuel Ardila Velásquez*
Jorge Antonio Castillo Rugeles
Carlos Esteban Jaramillo Schloss
Pedro Lafont Pianetta
José Fernando Ramírez Gómez
Silvio Fernando Trejos
Nicolás Bechara Simancas
Rafael Romero Sierra
Jorge Santos Ballesteros

SALA DE CASACION LABORAL

Doctor: *José Roberto Herrera Vergara* - Presidente
Doctora: *Laura Margarita Maruntas C.* - Secretaria

MAGISTRADOS

Doctores: *Rafael Méndez Arango*
Francisco Escobar Henríquez
José Roberto Herrera Vergara
Carlos Isaac Náder
Jorge Iván Palacio Palacio
Luis Gonzalo Toro Correa
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: *Fernando Enrique Arboleda Ripoll*
Carlos Eduardo Mejía Escobar
Mario Montilla Nougués
Jorge Enrique Córdoba Poveda
Edgar Lombana Trujillo
Carlos Augusto Gálvez Argote
Jorge Aníbal Gómez Gallego
Alvaro Orlando Pérez Pinzón
Ricardo Calvete Rangel
Nilson Elías Pinilla Pinilla
Yesid Ramírez Bastidas

RELATORES

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

Esperanza Inés Márquez Ortiz
Sala de Casación Laboral

Ayda Lucy López de Giraldo
Sala de Casación Penal

Beatriz Eugenia Cortés Becerra
Tutelas

FE DE ERRATAS

Las páginas 546 a 840 del presente Volumen aparecen en su carátula con el número 2493 siendo lo correcto el número 2502 impreso en las primeras 545 páginas.

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 CCLXIII - SEGUNDO SEMESTRE DE 1999 - Número 2502 Volumen I

FAVORABILIDAD/LIBERTAD PROVISIONAL

En punto a la favorabilidad, en pretérita oportunidad la Sala señaló que por la inaplicación de la Ley 415 de 1997 en aquellos supuestos de hecho que ella misma excluye "no puede hablarse de infracción a la favorabilidad, como advierte a priori el procesado, en cuanto principio rector del Código Penal colombiano, pues no se trata de un conflicto de leyes sino de la simple aplicación de la que crea el beneficio en concreto al que se pretende acceder, que no sólo genera el instituto benéfico, sino que establece las condiciones específicas para su utilización, una de las cuales es señalar de forma enunciativa cuáles son los tipos penales que se excluyen de su aplicación.

"Explícase además la situación en que el legislador colombiano ha venido introduciendo variantes en la manera de concebir y regular cierta clase de fenómenos delictivos cuya proliferación, capacidad de daño, dinámica delictiva y las particularidades con que se entrelazan con la vida social, le obligan a reelaborar, por medio de estatutos que aspiran a desarrollar íntegra y más coherentemente, las respectivas temáticas. El derecho penal tradicional, o clásico como lo denominarían algunos, comienza a revelarse insuficiente para punir y regular adecuadamente estas proble-

máticas, y de ahí surgen las nuevas técnicas de tipificación de conductas, las normas de complemento administrativo, la creación de organismos coordinadores o rectores en la reglamentación de la actividad social, el tratamiento diferencial de las ganancias ilícitas o de los bienes vinculados a la comisión de estos delitos, y la penalización más severa y específica de comportamientos accesorios o derivados que, en el régimen común penal, han sido estimados con menos rigor y, a veces, ilógico desdén".

No resulta entonces violatoria de ningún principio rector del ordenamiento jurídico nacional, la aplicación inmediata de la Ley 415 de 1997 en cuanto señala, para este caso concreto, que no permite su extensión a los delitos de hurto calificado y a los previstos en la Ley 365 de 1997, pues tál forma, meramente enunciativa, es una orden perentoria que no plantea ningún conflicto de leyes en el tiempo.

Corte Suprema de Justicia. - Sala de Casación Penal. - Santa Fe de Bogotá D.C., julio uno (1) de mil novecientos noventa y nueve (1999).

Magistrado Ponente: *Dr. Carlos E. Mejía Escobar.*

Aprobado Acta No. 97 Proceso No. 15734

Decide la Sala sobre la solicitud de libertad que ha presentado el procesado Luis Fernando Orozco, con fundamento en el numeral 2° del artículo 415 del Código de Procedimiento Penal o en su defecto de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 72 del Código Penal, creado por la Ley 415 de 1997.

ANTECEDENTES

1. El señor Luis Fernando Orozco Camacho fue detenido el 5 de abril de 1996 en compañía de la señora Golly Rodríguez Suárez, cuando como consecuencia de una labor de seguimiento que adelantaba personal de la división de seguridad de la Corporación Nacional de Ahorro y Vivienda "Conavi" por las defraudaciones electrónicas de que venía siendo víctima, fueron detectados en el cajero electrónico del Banco Bancoop de un sector del barrio Chapinero en esta ciudad, de donde se trasladaron al restaurante Chicamocha, donde fueron aprehendidos, hallándose en su poder varias tarjetas de banda magnética, títulos valores y un vehículo.

2. Adelantada la correspondiente investigación, previa clausura y calificación del sumario, se adelantó la etapa del juicio que culminó con sentencia condenatoria en su contra por los delitos de concierto para delinquir, hurto calificado y agravado y estafa en concurso homogéneo sucesivo por lo que se le tasó una pena definitiva de 66 meses de prisión.

3. En escrito hecho llegar a la Sala, el procesado Orozco Camacho solicita que se le conceda la libertad provisional a la que cree tener derecho por cuanto de la suma del tiempo que ha permanecido privado efectivamente de la libertad, más la redención de pena a que tiene derecho, ha descontado 47 meses

dé la pena impuesta, lo que lo ubica dentro de la situación consagrada en el artículo 72 del Código Penal.

Para justificar la concesión del beneficio que solicita, hace un extenso análisis de las condiciones carcelarias, de los derechos que están restringidos por tal situación y solicita un especial estudio de la palabra social en la definición del Estado como elemento garantizador de la efectividad de los principios y derechos consagrados en la Constitución.

4. En desarrollo de los principios de favorabilidad, igualdad y derecho esencial a la legalidad, solicita la aplicación de la Ley 415 de 1997 en cuanto hace a la concesión del beneficio con el cumplimiento de las (3/5) partes de la pena impuesta.

5. Por autos del 28 de enero y 16 de marzo de 1999, la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Fe de Bogotá, D.C., previo reconocimiento de redención de pena por 8 meses y 17 días, le negó el beneficio de la libertad provisional.

Advirtió la Sala del Tribunal sobre el aspecto subjetivo de la conducta del encartado Orozco, siguiendo parámetros jurisprudenciales de la Corte, que la modalidad delictiva por la que había resultado condenado el peticionario creaba zozobra e inseguridad y denotaba una personalidad de la que no podía presumirse su readaptación social.

6. Por auto del pasado 13 de mayo de 1999, esta Corporación le negó el beneficio de la libertad provisional al peticionario Orozco Camacho, pues no obstante el cumplimiento del requisito objetivo señalado en el artículo 72 del Código Penal, el análisis del aspecto subjetivo hacía desaconsejable anticipar la libertad del peticionario.

Consideraciones de la Corte

1. La petición del sindicado, aunque solo se fundamenta en el artículo 72 del Código Penal, debe entenderse hecha con respaldo en el numeral 2° del artículo 415 del Código de Procedimiento Penal, en concordancia con la norma que cita el peticionario.

2. Como la situación de hecho planteada por la Sala en el auto del pasado 13 de mayo de 1999 para negar la concesión del beneficio no ha variado, por cuanto a esta nueva petición el sindicado Orozco Camacho únicamente adicionó otros argumentos diferentes a aquellos utilizados en su anterior solicitud: han de mantenerse las conclusiones que la Sala plasmó en la decisión aludida.

Surge entonces que a la fecha (30-06/1999) el sindicado Orozco Camacho ha descontado un total de 47 meses y 11 días de la pena impuesta de 66 meses de prisión, guarismo superior al de las dos terceras partes de aquella, pero requisito insuficiente para obtener la libertad, pues siguen vigentes los supuestos de hecho de cuya presencia concluyó la Sala en el auto del 13 de mayo de 1999 la inconveniencia de conceder el beneficio de la libertad provisional al peticionario.

3. En cuanto hace a la solicitud de aplicación del artículo 72A del Código Penal, creado por la Ley 415 de 1997, tal norma no rige el sistema de libertad provisional del encartado Luis Fernando Orozco Camacho, por cuanto dos de los delitos que componen el concurso por el que fue condenado están expresamente excluidos del régimen especial del cumplimiento de las tres quintas partes de la pena impuesta más buena conducta carcelaria y ausencia de orden de captura vigente que creó la citada ley.

En efecto, tanto el fallo de primera como el de segunda instancia, aluden a los delitos de concierto para delinquir y hurto calificado, reatos excluidos expresamente del régimen favorable creado por la Ley 415 de 1997, el uno porque así está expresamente definido (hurto calificado) y el otro porque está incluido dentro de la ley 365 de 1997 (artículo 8°).

En punto a la favorabilidad, en pretérita oportunidad la Sala señaló que por la inaplicación de la Ley 415 de 1997 en aquellos supuestos de hecho que ella misma excluye "no puede hablarse de infracción a la favorabilidad, como advierte a priori el procesado, en cuanto principio rector del Código Penal colombiano, pues no se trata de un conflicto de leyes sino de la simple aplicación de la que crea el beneficio en concreto al que se pretende acceder, que no sólo genera el Instituto benéfico, sino que establece las condiciones específicas para su utilización, una de las cuales es señalar de forma enunciativa cuáles son los tipos penales que se excluyen de su aplicación[1].

"Explícase además la situación en que "el legislador colombiano ha venido introduciendo variantes en la manera de concebir y regular cierta clase de fenómenos delictivos cuya proliferación, capacidad de daño, dinámica delictiva y las particularidades con que se entrelazan con la vida social, le obligan a reelaborar, por medio de estatutos que aspiran a desarrollar íntegra y más coherentemente, las respectivas temáticas. El derecho penal tradicional, o clásico como lo denominarían algunos, comienza a revelarse insuficiente para punir y regular adecuadamente estas problemáticas, y de ahí surgen las nuevas técnicas de tipificación de conductas, las normas de complemento administrativo, la creación de organismos coordinadores o rectores en la reglamentación de la actividad social, el tratamiento diferencial de las ganancias ilícitas o de los bienes vinculados a la comisión de éstos delitos, y la penalización más severa y específica de comportamientos accesorios o derivados que, en el régimen común penal, han sido estimados con menos rigor y, a veces, ilógico desdén"[2].

No resulta entonces violatoria de ningún principio rector del ordenamiento jurídico nacional, la aplicación inmediata de la Ley 415 de 1997 en cuanto señala, para este caso concreto, que no permite su extensión a los delitos de

---

[1] Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal, auto del veintinueve (29) de enero de mil novecientos noventa y ocho (1998), radicación No. 11.539. Casación.

[2] Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Sentencia de segunda instancia del 23 de octubre de 1995. Radicación No. 10.253.

hurto calificado y a los previstos en la Ley 365 de 1997, pues tal forma, meramente enunciativa, es una orden perentoria que no plantea ningún conflicto de leyes en el tiempo.

Estos elementos de juicio conducen a un diagnóstico adverso para la anticipada liberación que se solicita, por lo que La Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal,

RESUELVE:

1o. NEGAR la libertad provisional solicitada por el procesado Luis Fernando Orozco Camacho.

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 Manrique Noguès, Carlos E. Mejía Escobar, Nilson Pinilla Pinilla.

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

EXTRADICION-Quiénes participan en el concepto

Corresponde a la Rama Ejecutiva del Poder Público la dirección de las relaciones internacionales, según el ordinal 2° del artículo 189 de la Constitución Política. Aunque la extradición trasciende a los campos del derecho penal y del derecho procesal, la actuación atañe al Gobierno Nacional, con pronunciamiento previo de la Rama Judicial, por intermedio de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, cuando se trate de extradición pasiva, pues la normatividad colombiana, de manera similar a lo que ocurre en otros países, ha adoptado un sistema mixto gubernativo-judicial.

En desarrollo de dicha responsabilidad otorgada por la Carta al Ejecutivo, el artículo 547 del Código de Procedimiento Penal dispone que al Gobierno, por medio del Ministerio de Justicia y del Derecho, le corresponde conceder la extradición de una persona procesada o condenada en el exterior. Como la respectiva solicitud debe cursarse por la vía diplomática, hay también intervención del Ministerio de Relaciones Exteriores, el cual debe pasar la documentación completa al Ministerio de Justicia y del Derecho, además de rendir concepto en donde exprese si es del caso proceder con sujeción a convenciones internacionales o de acuerdo con el Código de Procedimiento Penal (art. 552).

Corte Suprema de Justicia - Sala de Casación Penal - Santa Fe de Bogotá, D. C., primero (1°) de julio de mil novecientos noventa y nueve (1999).

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

Aprobado Acta No. 97 Proceso No. 14511

Se procede a resolver sobre la viabilidad de iniciar el trámite consagrado en el artículo 556 del Código de Procedimiento Penal, después que el Ministerio de Justicia y del Derecho envía a la Corte la documentación presentada de manera insuficiente por la Embajada de Bolivia, que la complementaría "en 60 días", según su última manifestación, para formalizar la solicitud de extradición del ciudadano boliviano Manuel Martín Paz Peñaloza.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

Corresponde a la Rama Ejecutiva del Poder Público la dirección de las relaciones internacionales, según el ordinal 2° del artículo 189 de la Constitución Política. Aunque la extradición trasciende a los campos del derecho penal y del derecho procesal, la actuación atañe al Gobierno Nacional, con pronunciamiento previo de la Rama Judicial, por intermedio de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, cuando se trate de extradición pasiva, pues la normatividad colombiana, de manera similar a lo que ocurre en otros países, ha adoptado un sistema mixto gubernativo-judicial.

En desarrollo de dicha responsabilidad otorgada por la Carta al Ejecutivo, el artículo 547 del Código de Procedimiento Penal dispone que al Gobierno, por medio del Ministerio de Justicia y del Derecho, le corresponde conceder la extradición de una persona procesada o condenada en el exterior. Como la respectiva solicitud debe cursarse por la vía diplomática, hay también intervención del Ministerio de Relaciones Exteriores, el cual debe pasar la documentación completa al Ministerio de Justicia y del Derecho, además de rendir concepto en donde exprese si es del caso proceder con sujeción a convenciones internacionales o de acuerdo con el Código de Procedimiento Penal (art. 552).

El Ministerio de Relaciones Exteriores indicó que al caso concreto le es aplicable "el Acuerdo Bolivariano de Extradición suscrito en Caracas el 18 de julio de 1911". Dicho convenio multilateral dispone, en el inciso 3° del Artículo VIII, que el mecanismo jurídico mencionado se "verificará de conformidad con las leyes de extradición del Estado al cual se haga la demanda", según lo cual debe seguirse la normatividad procesal colombiana.

En el mismo precepto anterior, inciso 1°, se señala que la solicitud de extradición debe estar acompañada del auto de detención dictado por el Tribunal competente, con la designación exacta del delito que lo motiva y la fecha de su perpetración.

A pesar de que la Embajada de Bolivia señala que a la petición de extradición anexa "el mandamiento original de detención dictado por el juez boliviano competente", no aparece en la documentación el auto o resolución de detención, presentándose al parecer confusión entre el mandamiento de aprehensión, probablemente para recepción de indagatoria (f. 134 cd. 1), que sí se anexa (f. 167 ib.), y la medida jurisdiccional de detención preventiva (artículos 194 y 195 del Código de Procedimiento Penal Boliviano), que no aparece en el legajo remitido, ni ha sido enviada con posterioridad, no obstante la espera observada y haberse requerido a dicha Embajada, la cual comunicó "que la documentación solicitada se remitiría en 60 días, a partir de la fecha" (28 de junio de 1999).

Lo anterior debe confrontarse con lo dispuesto por el artículo 555 del Decreto 2700 de 1991, en cuanto a que "una vez perfeccionado el expediente" sea remitido por el Ministerio de Justicia y del Derecho a la Corte para que ésta emita el concepto respectivo, previo el trámite de rigor.

Como en la documentación allegada no obra copia del auto de detención, que podría haberse proferido contra el solicitado en extradición Manuel Martín Paz Peñaloza por el Juez Quinto de Instrucción en lo Penal de La Paz (Bolivia), u otra autoridad, cuyo mandamiento anunció la Embajada de Bolivia en Colombia haber enviado, pero no lo adjuntó y ahora señala que lo "remitiría" en amplio término, no debió ser pasada la actuación a esta Sala, precisamente por no cumplirse con la exigencia consagrada en aquel artículo.

Lo anterior conlleva que el expediente sea devuelto al Ministerio de Justicia y del Derecho, por corresponderle examinar la documentación, que ante la falta de piezas sustanciales (arts. 551 y 553 *ibidem*), lo debió regresar al Ministerio de Relaciones Exteriores para que adelantara las gestiones necesarias ante el gobierno extranjero, con el fin de completarlo, según dispone el artículo 554 del citado ordenamiento procesal penal colombiano.

Copia de esta providencia se remitirá al Fiscal General de la Nación, para los fines que estime pertinentes.

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

RESUELVE:

DEVOLVER la documentación recibida para conceptuar sobre la solicitud de extradición del señor Manuel Martín Paz Peñaloza al Ministerio de Justicia y del Derecho, por las razones expresadas en la parte motiva de esta providencia.

Envíese copia de esta providencia al Fiscal General de la Nación, para lo que estime pertinente.

Cópiese y cúmplase.

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.

COLISION DE COMPETENCIA/PORTE LEGAL DE ARMAS

Retomando el argumento del señor Juez Regional originado en las determinaciones precedentemente relacionadas de la Corte, bien puede decirse que en tratándose de pistolas y revólveres y conforme con la descripción que el Legislador extraordinario realiza en los artículos 8° y 11 del Decreto 2535 del 17 de diciembre de 1993, cabe la siguiente clasificación:

1. Se reputan armas de fuego de defensa personal:

1.1. Las de calibre igual a 9.652 mm., siempre y cuando reúnan la totalidad de las características especificadas en el artículo 11 de la mentada legislación.

1.2. Aquellas cuyo calibre sea inferior a los 9.652 mm. indicado.

2. Son armas de uso privativo :

2.1. Las que poseen calibre superior a 9.562 mm.

2.2. Las que con calibre igual a 9.652 mm, no reúne la totalidad de las características señaladas en el citado artículo 11.

Pues bien, teniéndose establecido mediante el concepto pericial de Fls. 52 y 292 del cuaderno de copias N°. 1 que el arma examinada es una "pistola Marca Browing (...) calibre 9 mm. (...) semia-automática (...)", razón le asiste al señor Juez Regional en declinar la competencia y rehusar conocer del asunto, habida consideración de que si el experto dictaminó para el aludido admirículo un calibre inferior a 9.652 mm. y funcionamiento semiautomático, entre otras características -las armas automáticas o con dispositivos de tipo militar se consideran de uso privativo (Arts. 8-d y 8-f idem)-, menester se torna precisar que el arma de fuego de autos es de defensa personal, puesto que aquellas circunstancias acorde con la clasificación que viene de hacerse, "descarta la posibilidad de entrar a considerar las exigencias adicionales derivadas del artículo 11 del Decreto 2535 de 1993, como la capacidad del proveedor o longitud del cañón", como lo expusiera la Sala en auto del 11 de junio de 1996.

En providencia del 27 de noviembre de 1997, a lo ya dicho esta Corporación agregó:

"Resta decir que, a pesar de la indefinición técnica del literal a) del artículo 11, la expresión 'Calibre máximo 9.652 mm (.38 pulgadas)', se refiere al diámetro del proyectil y no a la base de la vainilla o a la parte anterior de la recámara o a la medida sobre el cañón del arma, entre otros referentes, pues así se derivó de la naturaleza misma de las cosas, dado que finalmente es el calibre del plomo lo que define y complementa sustancialmente el funcionamiento complejo del arma de fuego, sin menospreciar obviamente el papel que cumplen las demás partes y mecanismos tanto del instrumento como del cartucho".

Corte Suprema de Justicia. - Sala de Casación Penal. - Santa Fe de Bogotá, D.C., primero (1°) de julio de mil novecientos noventa y nueve (1999).

Magistrado Ponente: Dr. *Jorge Aníbal Gómez Gallego.*

Aprobado Acta No. 97 Proceso No. 15886

Conforme con lo previsto en el artículo 68-5 del Código de Procedimiento Penal, se pronuncia la Sala acerca de la colisión negativa de competencia surgida entre el Juzgado Promiscuo del Circuito de Saravena, Arauca, y un Juzgado Regional con sede en Cúcuta, Norte de Santander, en razón a que ambos despachos judiciales rehúsan conocer del proceso que por porte ilegal de arma de fuego se sigue en contra de Parmenio Blanco Simoens.

ANTECEDENTES

1. A eso de las 10: 45 de la noche, aproximadamente, del 12 de agosto de 1994, fueron heridos con proyectil de arma de fuego en el perímetro urbano del Municipio de Tame, Arauca, el menor Samuel Nieto Guillén y el soldado José Gregorio Trujillo Moreno. El autor de los disparos fue capturado poco después por efectivos militares, a quien se identificó como Parmenio Blanco Simoens y en cuyo poder se halló una pistola, marca Browing, calibre 9 milímetros, con el respectivo pertrecho -proveedor con capacidad para 12 cartuchos-.

2. La Fiscalía Regional de Cúcuta luego de vincular al capturado mediante indagatoria, le resolvió su situación jurídica con medida de aseguramiento de detención preventiva como presunto autor de la conducta punible de porte ilegal de arma de fuego de uso privativo de las Fuerzas Armadas, decisión que por resolución posterior fue adicionada en el sentido de imputarle también al supuesto infractor los hechos ilícitos de tentativa de homicidio y rebelión, pues, al mentado sujeto se le señaló por parte de sus captores como integrante de una célula subversiva del Ejército de Liberación Nacional -ELN-.

Clausurada la investigación, el sumario se calificó con resolución de acusación por el concurso delictual atentatorio de la vida y el régimen institucional atrás relacionado, desestimándose el atinente a la seguridad pública por con-

siderar el instructor dicha conducta como ingrediente normativo del tipo penal de rebelión.

El Juez Regional que conoció del proceso profirió sentencia condenatoria contra el acusado, sancionándolo con pena privativa de la libertad de 20 años y seis meses de prisión a título de autor de homicidio imperfecto agravado, en tanto lo absolvió por el punible de rebelión. Al revisar por apelación la sentencia de primer grado, el Tribunal Nacional la confirmó, empero ordenó compulsar copias para ante la Fiscalía Delegada ante los Jueces Penales del Circuito de Saravena, a fin de que impulsara la investigación pertinente por el porte ilegal de armas en que pudo haber incurrido el procesado.

3. Merced a las susodichas copias, fue el Fiscal 41 de la unidad Delegada para ante los Jueces Penales del Circuito de Tame, Arauca, el funcionario investigador que por competencia territorial asumió la correspondiente instrucción del asunto -lugar de comisión de los hechos-, y escuchado en indagatoria el imputado, luego de resolver su situación jurídica clausuró la investigación acusándolo por medio de la resolución del 5 de octubre de 1998 como presunto infractor del artículo 1° del Decreto 3664 de 1986, adoptado como legislación permanente mediante el Decreto 2266 de 1991 -porte ilegal de arma de fuego de defensa personal-.

3.1. No obstante, el Juez Promiscuo del Circuito al que por reparto le correspondió conocer del asunto, se negó a impartirle el trámite de rigor a la etapa de la causa alegando incompetencia funcional, como quiera que, por sus características, dada la experticia técnica rendida sobre el arma de fuego incautada al procesado y para cuyo porte no contaba con autorización legal, en su sentir era de uso privativo de las Fuerzas Militares.

En efecto, aduce el citado funcionario judicial que en el proceso se halla establecido que el instrumento decomisado es "una pistola Browing nueve (9) milímetros (así llamadas comúnmente estas armas calibre (9.652 mm), Serie 48611, de fabricación checoslovaca, modelo 83; del proveedor se determinó que tiene capacidad de alojar doce (12) cartuchos o municiones calibre 9 milímetros." -subrayas fuera del texto-.

Una tal arma no puede ser tenida como de defensa personal, explica el Juez Penal del Circuito, por no reunir la "totalidad" de las características relacionadas en el literal a) del artículo 11 del Decreto 2535 de 1993, pues, si el calibre original de la pistola no es de 22 mm, -en tal caso se autoriza una capacidad máxima para el proveedor de 10 cartuchos-, mal podía estar constituida la munición para la misma por un número superior a 9 proyectiles habida cuenta de que el proveedor incautado al encartado estaba habilitado para alojar 12 cartuchos. Luego entonces, la pistola decomisada debe repulsarse como de uso privativo de las FF. AA., es la conclusión a la que arriba el mentado funcionario, circunstancia que lo inhibe conocer del asunto; consecuente con su raciocinio, remitió las diligencias a la Justicia Regional.

3.2. Del estudio sistemático de los artículos 8° y 11 del Decreto 2535 de 1993, son 4 las diversas situaciones en las que hay que reparar para saber

en cada caso de qué tipo de arma de fuego se trata, aduce a su turno el Juez Regional, las cuales relaciona así:

"a. Si el arma (pistola o revólver) posee calibre *superior* a 9.652 mm., indiscutiblemente y sin necesidad de analizar otras características, se cataloga como de guerra o de uso privativo de la fuerza pública;

"b. Si el arma (pistola o revólver) es de calibre *igual* a 9.652 mm., y reúne la totalidad de las características indicadas en el artículo 11 ya indicado, se considera como de defensa personal;

"c. Si, por el contrario, el arma de calibre 9.652 mm. NO REÚNE la totalidad de las características previstas en aquella norma, es considerada como de uso privativo de las fuerzas militares y,

"d. Por último, si el arma de que se trata (pistola o revólver) es de calibre *inferior* a 9.652 mm., corresponde a aquellas consideradas como de defensa personal."

Con base en la argumentación transcrita, como también en lo que la Sala tiene decantado acerca de la manera en que es menester interpretar "la incongruencia" que cabe advertir entre las dos normas citadas con antelación, y de acuerdo con el concepto técnico originado en la inspección del arma incautada, el Juez Regional propuso colisión negativa de competencia aduciendo que por poseer la pistola decomisada al presunto infractor un calibre .652 mm. inferior al reseñado en el literal a) del artículo 11 del Decreto 2535 de 1993, el artefacto en cuestión ha de reputarse como de defensa personal, sin importar para nada la capacidad del proveedor, lo cual permite radicar la competencia para juzgar tal conducta en el Juez Promiscuo del Circuito de Saravena, conforme con lo estatuido en el artículo 72, literal c) del C. de P. Penal.

Consideraciones

En diferentes pronunciamientos, la Sala ha tratado el tema que aquí se debate, incluido el que el Juzgado Regional cita y que en aras de la exactitud corresponde a la providencia del 5 de mayo de 1994, cuyo Magistrado Ponente fue el Dr. Guillermo Duque Ruiz; aún en otros más recientes, como los del 22 de febrero de 1996, 11 de junio del mismo año, 27 de noviembre de 1997 y 18 de noviembre de 1998, estos dos últimos con ponencia de quien en este asunto cumple similar cometido.

Ciertamente, retomando el argumento del señor Juez Regional originado en las determinaciones precedentemente relacionadas de la Corte, bien puede decirse que en tratándose de pistolas y revólveres y conforme con la descripción que el Legislador extraordinario realiza en los artículos 8° y 11 del Decreto 2535 del 17 de diciembre de 1993, cabe la siguiente clasificación:

1. Se reputan armas de fuego de *defensa personal*:

1.1. Las de calibre *igual* a 9.652 mm., siempre y cuando reúnan la totalidad de las características especificadas en el artículo 11 de la mentada legislación.

1.2. Aquellas cuyo calibre sea *inferior* a los 9.652 mm. indicado.

2. Son armas de *uso privativo*:

2.1. Las que poseen calibre *superior* a 9.562 mm.

2.2. Las que con calibre *igual* a 9.652 mm, no reúne la totalidad de las características señaladas en el citado artículo 11.

Pues bien, teniéndose establecido mediante el concepto pericial de Fls. 52 y 292 del cuaderno de copias N° 1 que el arma examinada es una "pistola Marca Browing (...) calibre 9 mm. (...) semia-automática (...)", razón le asiste al señor Juez Regional en declinar la competencia y rehusar conocer del asunto, habida consideración de que si el experto dictaminó para el aludido adminículo un calibre *inferior* a 9.652 mm. y funcionamiento *semiautomático*, entre otras características -las armas automáticas o con dispositivos de tipo militar se consideran de uso privativo (Arts. 8-d y 8-j idem)-, menester se torna precisar que el arma de fuego de autos es de defensa personal, puesto que aquellas circunstancias acorde con la clasificación que viene de hacerse, "descarta la posibilidad de entrar a considerar las exigencias adicionales derivadas del artículo 11 del Decreto 2535 de 1993, como la capacidad del proveedor o longitud del cañón", como lo expusiera la Sala en auto del 11 de junio de 1996.

En providencia del 27 de noviembre de 1997, a lo ya dicho esta Corporación agregó:

"Resta decir que, a pesar de la indefinición técnica del literal a) del artículo 11, la expresión 'Calibre máximo 9.652 mm (.38 pulgadas)', se refiere al diámetro del proyectil y no a la base de la vainilla o a la parte anterior de la recámara o a la medida sobre el cañón del arma, entre otros referentes, pues así se deriva de la naturaleza misma de las cosas, dado que finalmente es el calibre del plomo lo que define y complementa sustancialmente el funcionamiento complejo del arma de fuego, sin menospreciar obviamente el papel que cumplen las demás partes y mecanismos tanto del instrumento como del cartucho."

Por manera que, vistas así las cosas, el conocimiento del presente asunto habrá de atribuírsele al señor Juez Promiscuo del Circuito de Saravena, Arauca, de conformidad con lo establecido en el artículo 72-1c del Código de Procedimiento Penal. Huelgan otras consideraciones.

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

RESUELVE:

ASIGNAR el conocimiento de este asunto al Señor Juez Promiscuo del Circuito de Saravena, Arauca, conforme con las motivaciones plasmadas en el cuerpo de este proveído, funcionario a quien se le remitirá el expediente para lo de su cargo.

De la presente decisión, *remítase copia* al Señor Juez Regional de Cúcuta, Norte de Santander.

Cópiese 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 Nougués, Carlos E. Mejía Escobar, Nilson Pinilla Pinilla.

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

VIOLACION INDIRECTA DE LA LEY

Importante es recordar que en el ataque por vía casacional a la sentencia de las instancias a través de la violación indirecta de la ley sustancial por errores de apreciación de la prueba, es imprescindible enjuiciar todas y cada una de las que el fallador ha considerado para tomar la decisión disentida, demostrando los errores de juicio cometidos al evaluarlas, teniéndose por incompleto un reparo que hace caso omiso de algunas que han logrado significación suficiente para incidir en el sentido o en el alcance de ese pronunciamiento.

Corte Suprema de Justicia. - Sala de Casación Penal. - Santa Fe de Bogotá, D.C., primero (1) de julio de mil novecientos noventa y nueve (1999).

Magistrado Ponente: Dr. *Mario Mantilla Nougués.*

Aprobado Acta No.097 Proceso No. 11852.

Decide la Corte el recurso de casación interpuesto contra la sentencia de procesos acumulados emanada del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín el 4 de septiembre de 1995, mediante la cual, por confirmación de la de primera instancia se condena a Jorge Hugo Restrepo Muñoz, Francisco Piña Rodríguez y Carlos Eduardo Martínez Montoya, los dos primeros a sendas penas principales de veintisiete años de prisión y el último a la de treinta años de prisión y a las accesorias correspondientes, en calidad de coautores del concurso de delitos de homicidio simple, tentativa de hurto calificado y agravado y porte ilegal de arma de fuego de defensa personal.

El mismo fallo condenatorio cobija al no recurrente Luis Angel Martínez Montoya.

HECHOS Y ACTUACIÓN PROCESAL

1. Hacia la una de la tarde del 3 de enero de 1994, cuando el ciudadano Hugo Botero colocaba sus implementos deportivos en el maletero de su carro, un automóvil marca Chevrolet Sprint, modelo 1993 de placas ITN 270 que había estacionado frente a la cancha de tenis en el sitio llamado "El Bosque" de la ciudad de Medellín, fue sorprendido por dos individuos, uno de los cuales portaba un revólver, circunstancia que advertida por el ofendido lo hizo reaccionar tratando de desarmarlo, ante lo cual el sujeto le disparó, causán-

dole grave lesión que más tarde generó su muerte. El agresor emprendió la fuga junto con su compañero para abordar un taxi que los esperaba. El conductor, Francisco Javier Piña Rodríguez, capturado señaló a Jorge Hugo Restrepo Muñoz como el ejecutor del homicidio.

2. Por estos hechos se iniciaron dos investigaciones, una contra los mentados Piña Rodríguez y Jorge Hugo Restrepo Muñoz, y la otra, contra el también mencionado Piña Rodríguez y los hermanos Carlos Eduardo y Luis Angel Martínez Montoya.

En la primera hubo ruptura de la unidad procesal porque el sindicado Restrepo solicitó sentencia anticipada pero ante la ausencia de acuerdo con el ente acusador, la investigación continuó. (fl. 194 cd. ppl. 1).

Las investigaciones fueron calificadas con sendas resoluciones de acusación por el concurso de hechos punibles de homicidio simple, tentativa de hurto agravado y calificado y porte ilegal de arma de fuego de defensa personal para Jorge Hugo Restrepo Muñoz el 3 de junio de 1994 (fls. 194 a 204, 206 y 214 cd. ppl. 1), cobrando ejecutoria esta providencia el 5 de julio; y con el mismo concurso pero con homicidio agravado (art. 324-2 C. P.), para los restantes, *en resolución de segunda instancia el 16 de noviembre de 1994* que así modificó la calificación de primer grado. (fls. 274 a 282 y 255 y ss. cd. ppl. 2).

3. Acumulados como fueron los procesos por el Juzgado 36 Penal del Circuito de Medellín (fl. 243 cd. ppl. 1), previa la tramitación de rigor este despacho profirió fallo de condena absteniéndose de contemplar la agravante específica para el delito de homicidio respecto de los procesados Francisco Javier Piña Rodríguez y los hermanos Carlos Eduardo y Luis Angel Martínez Montoya que dedujo la Fiscalía *en la resolución de acusación proferida en segunda instancia al desatar la apelación interpuesta el defensor* del primero.

LAS DEMANDAS

1. A nombre de Jorge Hugo Restrepo Muñoz. Cargo único. Asevera su defensor que la sentencia viola en forma indirecta la ley sustancial, debido al error de hecho en que incurrió el Tribunal en la apreciación de la confesión del procesado y del peritaje de necropsia, de los cuales dedujo la intencionalidad dolosa del homicidio, en vez de la culposa, situación que dice, aparece avalada por los testimonios de Luis Alfonso Ossa y Cecilia Uribe de Botero, según los cuales el disparo ocurrió en el forcejeo entre este procesado y el occiso por la tenencia del arma, a causa de lo cual se condenó más gravosamente al procesado.

En extensos y reiterantes párrafos sostiene que el error en la evaluación de la confesión consistió en negarle credibilidad, con el argumento de que en su "primera indagatoria" se declaró inocente, mientras que la calificación contenida en la ampliación de esa diligencia, en donde admitió su participación en los hechos, exceptionó su ausencia de intención homicida, porque el

disparo fatal ocurrió en el forcejeo que se presentó por la tenencia del arma con la cual le apuntó para asustarlo con el fin de apoderarse del vehículo. El fallador asumió los hechos bajo la óptica de que el procesado disparó "de manera inequívocamente intencional, con propósito directo y determinado de matar a su oponente", admitiendo "como probado lo que debe probarse", desechando así erradamente la circunstancia calificante de la confesión, no obstante encontrar respaldo razonable en los testimonios presenciales antes mencionados.

Considera, que el sitio anatómico del impacto del proyectil y su trayectoria dentro del cuerpo "... abajo atrás ..." confieren la razón a su asistido, pues a la luz de la crítica racional de la prueba se sabe que en un "altísimo índice de casos" cuando alguien amenaza con arma de fuego a otro y le dispara, por lo general el proyectil impacta el frente del cuerpo con trayectoria horizontal; de tal manera, que el error del Tribunal al evaluar el dictamen consistió, en no reconocerle "el valor probatorio indirecto que ostenta acerca de la verdadera intención" del sentenciado.

Añade, tras nuevas reflexiones, esta vez atinentes "al alto grado de desapasionamiento que debe procurar el fallador", que se aplicó el concepto del dolo genérico, cuando el imperante en nuestro sistema jurídico -artículo 35 del C.P. es el de dolo específico, que se concreta en el caso comentado en "el propósito de hurtar violentamente ... con intimidación mediante arma de fuego ...". Volviendo sobre el tema de la evaluación judicial de la confesión, añade que la desestimación de la fase cualificante denota una implícita presunción de culpabilidad.

Discurre a continuación sobre la noción de la culpa, para arribar a la parcial conclusión de que el Tribunal incurrió en "falseamiento de los hechos y en un recorte arbitrario de la prueba" al afirmar en la reseña de los hechos, "que cuando la víctima se opuso a la entrega del vehículo" su cliente "le descerrajó un tiro; o "cuando el señor Botero Correa reaccionó inmediatamente tratando de tomar el arma, pero su oponente le disparó", porque al mencionado testigo Ossa López se le confirió crédito en todo cuanto dice, salvo en lo referente al forcejeo por la posesión del arma como causa del disparo.

Centra su atención en la culpa, y ejemplificando el caso en estudio a este concepto, advierte:

"un delito originado causalmente en otro delito, así sea este doloso, no tiene forzosamente que compartir su naturaleza intencional; puede muy bien reunir las características de la culpa y esta debe reconocerse si ellas concurren".

Termina encajando el reparo enunciado como abandono por parte del fallador, "de los principios filosófico-políticos del derecho penal colombiano". Como normas violadas relaciona los artículos 329, 37 y 1o. del C.P., culminando la exposición con la consecuente petición casacional.

2. A nombre de Carlos Eduardo Martínez Montoya. Su defensor formula dos cargos a la sentencia.

En el *primero*, sostiene que es violatoria, en forma indirecta, de la ley sustancial, en virtud del error de hecho por falso juicio de existencia en que incurrió al omitir la apreciación de plural prueba testimonial, lo que determinó la imputación del homicidio a título de dolo y no de culpa, generando la indebida aplicación de los artículos 323 y 324-2 del C. P. y correlativa falta de aplicación del artículo 329 ibíd.

Precisa que dejó de apreciarse el testimonio contenido en la indagatoria del coprocesado Francisco Javier Piña, quien afirmó haber trasladado a los "coautores de los hechos" para hurtar el carro y no para dar muerte a su propietario y que cuando el portador del arma volvió a su taxi le comentó que "el señor le había cogido el arma ... y entonces era él o yo". También, el testimonio de la esposa del ofendido, Carmen Cecilia Uribe, quien refirió que éste "lo único que hizo fue tratar de cogerle el arma ... de desarmarlo", expresión que considera, robustece la tesis de la falta de dolo en el homicidio. Igualmente, la confesión del coautor y ejecutor material del homicidio, Jorge Hugo Restrepo, en cuanto relata que Francisco le dijo que se trataba de hurtar el carro, labor fácil porque el dueño era "muy miedoso"; que bastaba con intimidarlo con el revólver para que entregara las llaves; ocurriendo que al mostrarle el arma, el ofendido se le "avalanzó" (sic) con el fin de desarmarlo, presentándose el forcejeo, momento en el cual se disparó, sin percatarse en dónde impactó el proyectil porque salió corriendo.

También el testimonio de Luis Alfonso Ossa, el celador que en la mira del delincuente armado que se dirigía hacia el dueño del carro, advirtió a éste sobre el peligro que le acechaba diciéndole que "cuidado por la espalda", ante lo cual el ciudadano, que salía acalorado discutiendo con su esposa se lanzó contra el individuo agarrándole el revólver, presentándose el forcejeo por el arma, oyendo, instantes después la detonación. Igualmente cataloga como no apreciado el dictamen de necropsia, cuando precisa que el cadáver presentaba una herida de arma de fuego con orificio de entrada irregular, "con trayectoria abajo atrás", "que por poco no fue superficial", lo cual ofrece la idea de que el disparo no fue voluntario sino accidental.

Explicando la "idoneidad del cargo y su trascendencia", ratifica la omisión en el examen de las pruebas que relacionó insistiendo en la tesis de la culpa en la conducta homicida y en ese orden desecha el dolo eventual que imputó el sentenciador. Termina este reparo con un resumen de los lineamientos basilares y cuestionando la penalidad impuesta.

Cargo Segundo. Subsidiario. La sentencia es violatoria, en forma directa, por aplicación indebida, de los artículos 323 y 324-2 del C.P. y correlativa falta de aplicación del 329 ibíd.

Asevera que se halla plenamente demostrado con el testimonio del cosentenciado Piña, quien se tiene en el proceso "... como colaborador eficaz y su testimonio ... de entera credibilidad" y con lo manifestado por sus compañeros de delincuencia en sus indagatorias, versiones aceptadas por el sentenciador, "que la idea criminal giró de manera exclusiva en torno del

ilícito apoderamiento del vehículo" del ofendido, aserción que se edifica en la idea delictiva del "autor mediato" en donde Martínez Montoya, para persuadir a sus compinches les manifestó que el propuesto se lograba con la simple intimidación armada por lo que éstos accedieron "bajo la condición de que ... no había que quitarle previamente la vida ...", acudiendo en respaldo de su postura a la cita de fragmentos de las declaraciones de Piña y Carlos Eduardo Martínez Montoya.

Considera que a su poderdante "solo se le debe formular el juicio de reproche por lo que hizo y cómo lo realizó, por lo que se propuso hacer con la ayuda de otros y no por un resultado ...", y que al no haber sucedido así, el Tribunal aplicó la responsabilidad objetiva proscrita en el artículo 5o. del C. P., violando de esa manera la disposición citada.

También se transgredieron los artículos 35 y 36 de la misma obra por haberse aplicado el dolo a una conducta culposa.

Luego de reiterar esquemáticamente sus planteamientos explica la "idoneidad y trascendencia del cargo" y formula la consiguiente solicitud casacional.

3. A nombre de Francisco Javier Piña Rodríguez.

Cargo Primero. Causal 3a. del artículo 220 del C. de P.P.. La sentencia fue dictada en un juicio viciado de nulidad, por vulneración del derecho de defensa, garantizado en el artículo 29 de la C.N. debido a que, ni en la versión libre, ni en la indagatoria, el procesado fue asistido por un profesional del derecho, aunque en la subsecuente actuación sí contó con asistencia calificada, situación que en sentir del profesional implica la invalidación de todo lo actuado con relación a su poderdante, dado que "la ausencia de un abogado afectó sustancialmente las posibilidades de defensa" que le asistían, con transgresión del artículo 1o., inciso segundo, del C. de P.P..

Cargo Segundo. Subsidiario. Causal 1a. del artículo 220 del C. de P.P. La sentencia es violatoria, en forma directa, por aplicación indebida, del artículo 23 del C.P. y correlativa falta de aplicación del artículo 24 del mismo ordenamiento, al catalogar la participación delictiva de este procesado como coautoría y no como complicidad por haber sido un mero contribuyente o auxiliador en los delitos.

Asevera, luego de extensas reflexiones sobre el tema:

"... podemos concluir que la participación ... acreditada a ... Piña ... consistió en conducir el vehículo y esperar a su cómplice ... Restrepo. ... eso está establecido. Así como también que no fue el autor material del disparo que terminó con la vida del señor Hugo Botero, como tampoco fue la persona que creó la idea de la empresa delictiva para apoderarse del vehículo de su propiedad y en cuya ejecución se produjo la muerte de aquél. Si existe esa diferencia establecida probatoriamente, la ubicación que debió darse a la conducta de ... no es a la luz del art. 23 C. P. ... sino que debe serlo en el marco del art. 24 ...".

Tomando como refuerzo argumental la demanda presentada a nombre del coprocesado Restrepo advierte que no sobra hacer referencia al elemento subjetivo del artículo 36 del C. P. que define la conducta dolosa, para descartar totalmente esa forma de culpabilidad del hacer de Piña:

"... como que en todo momento se descartó no solo la muerte del propietario del vehículo que se proyectaba robar, sino también que la contribución de ... Piña, no se prometió nunca sobre actos materiales de apoderamiento del vehículo ..., sino solamente para transportar al autor material del hecho, cuando éste hubiera hecho entrega a los autores intelectuales del objeto ilícito".

Si la conducta de su cliente se limitó a prestar una ayuda material a la consumación del hurto "para asegurar el producto del ilícito", lo que finalmente "no tuvo cumplimiento", "y ello mediante promesa anterior al mismo hecho", debió adecuarse al citado artículo 24 del C.P. Previa la relación de las normas que considera quebrantadas, entre las cuales incluye además de las ya citadas, el artículo 1o. del C.P., solicita la casación parcial del fallo para que, en subsidio de la propuesta del primer cargo, se reconozca la coparticipación de Piña en los delitos, pero de conformidad con el artículo 24 del C.P. y así se regradúe la pena en esta sede extraordinaria.

Cargo Tercero. Subsidiario. Con la previa aclaración de que acoge como propia la tesis expuesta en las dos anteriores demandas, pero de manera más puntual la signada a nombre del procesado Jorge Hugo Restrepo, que reseña adaptándola en lo pertinente a su procurado sobre el específico tema del elemento subjetivo del delito de homicidio, el defensor de este procesado sostiene que la sentencia es violatoria de la ley sustancial, en forma indirecta, por manifiesto error en la evaluación de la prueba, con lo cual, orienta su reparo a aceptar respecto de Piña para el delito contra la vida, la culpabilidad culposa y rechazar la dolosa.

Considera, según la remisión a los puntos 4, 5 y 6 de la demanda precisada, que las pruebas erróneamente examinadas por el fallador fueron la confesión de Jorge Hugo Restrepo en el fragmento de la circunstancia calificante y el peritaje de necropsia del cuerpo de la víctima, para colegir que si se acoge por la judicatura la culpa aducida para Restrepo, así mismo habrá de reconocerse para Piña Rodríguez, con la correspondiente reducción punitiva.

Al mencionar las normas que estima infringidas afirma que la violación del artículo 329 del C.P. se produjo "al no aplicarlo cuando existen los supuestos de hecho, acreditados por la confesión de Piña Rodríguez, cerrando con la petición de rigor su discurso argumental.

El Ministerio Público

Hallando identidad en las censuras distintas a la nulidad, formuladas a nombre de todos los procesados, advierte en primer lugar el funcionario, que todas las demandas incurren en crasos errores de técnica casacional porque "los casacionistas enuncian una causal y desarrollan otra", como que hablan

de violación directa de la ley sustancial, pero al demostrar el planteamiento derivan por los linderos de la violación indirecta; además, hablan de errores de hecho y terminan proponiendo valoraciones probatorias de carácter subjetivo, y; de otro lado, tampoco una de ellas, la presentada a nombre de Montoya, se ajusta a la realidad del fallo, cuando habla de pruebas no evaluadas que sí lo fueron por el *a quo* en su sentencia íntegramente acogida por el Tribunal.

Con esta previa aclaración, el primer cargo que responde por el Ministerio Público es el relativo a la *nulidad* aducida por el defensor de Piña Rodríguez, la cual descarta, pues, enfatiza, no es cierto que el procesado hubiera carecido de defensor en versión libre ante la autoridad de Policía, porque esa diligencia ni siquiera se realizó, aunque al ser capturado *el 4 de febrero de 1994* se le enteró de sus derechos y se le recibieron datos relacionados con lo sucedido. El procesado fue puesto a disposición de la Fiscalía en la misma fecha, que rindió indagatoria. Y pese a que en esta diligencia efectivamente no estuvo asistido por un profesional del derecho, sí lo estuvo por un ciudadano honorable, hecho éste que dice, no constituye la aducida irregularidad, porque para entonces se hallaba vigente a plenitud el artículo 148 del C. de P.P. que así lo autorizaba, y del acta levantada no se desprende que hubiera existido atentado alguno contra las garantías del sindicado.

Respondiendo al *cargo segundo* de la demanda de Piña, que acusa la sentencia de ser violatoria en forma directa de los artículos 23 y 24 del C.P. por imputarle responsabilidad a título de coautor y no de cómplice, el funcionario desecha el reparo remitiéndose a las reflexiones plasmadas por el Tribunal en la sentencia en torno a la coparticipación criminal de los varios implicados en el caso, que con amplia remisión a la prueba recaudada consideró como una empresa criminal "realizada de consumo con las personas que deliberadamente se matricularon en la misma ...".

A partir de esta censura, acudiendo a un muy particular método heterodoxo en el estudio de las diversas censuras, el Ministerio Público opta por una respuesta común para todas las demandas y todos los restantes cargos, sin la distinción que por razón de técnica casacional debió prodigar a cada escrito en particular, discurriendo sobre la ocurrencia dolosa del homicidio y la coparticipación bajo coautoría, de todos los implicados, para retomar seguidamente el tema de la tesis de la culpabilidad culposa esgrimida por los defensores, finalizando el concepto con nueva alusión al aspecto de la deficiente técnica casacional que considera caracteriza los escritos y con la sugerencia de no accederse a la casación impetrada.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

Por cuanto existe un cargo común a las tres demandas, el examen de las censuras se realizará de acuerdo a los temas propuestos en ellas.

En un cargo común, los tres defensores demandantes acusan la sentencia de violar indirectamente la ley sustancial por falta de aplicación de la cul-

pabilidad culposa al delito de homicidio; por su parte el defensor de Carlos Eduardo Martínez Montoya en el segundo cargo de su demanda acusa la sentencia de ser violatoria en forma directa, de los artículos 323, 324-2 y 329 del C. P.; en tanto que el de Francisco Javier Piña Rodríguez en el segundo cargo de su escrito la acusa de ser violatoria en forma directa de los artículos 23 y 24 del C.P. y en el primero, de haberse proferido en juicio viciado de nulidad. Se examinarán, pues, los cargos, con referencia específica a cada demanda.

A. Nulidad por quebranto del derecho de defensa. Este reparo se halla contenido en el *primer cargo* de la demanda a nombre de Francisco Javier Piña Rodríguez. Sostiene su defensor, con apoyo en la causal 3a. del artículo 220 del C. de P.P., que el procesado en la versión libre ante la autoridad policiva y en la primera sesión de su indagatoria, fue oído sin la asistencia de un defensor profesional del derecho, situación que considera constitutiva de grave irregularidad que implica la anulación de todo lo actuado en el proceso respecto de él.

Pues bien; la actuación muestra que el procesado fue capturado el 4 de febrero de 1994 por la SIJIN de Medellín hacia las *dos y cincuenta minutos de la tarde* y en el acto atribuyó la ejecución del homicidio a su compañero de delincuencia, Jorge Hugo Restrepo, suministrando los datos necesarios para ubicarlo pero sin ser escuchado en versión libre, al punto que la misma Policía dejó constancia en el informe de captura, así:

"Es de anotar que para mayor validez de las Pruebas allegadas, se procede a dejar la diligencia de reconocimiento en fila de personas, recepción de la versión o indagación de acuerdo la vinculación al la (sic) Fiscalía encargada de la indagación" (fl. 6 cd. ppl. 2)

De la misma manera, consta que minutos después, a las tres y media de la tarde, comenzó su indagatoria ante la Fiscalía Delegada 124 (fl. 11 cd. id.) y que al manifestar que no tenía a quién designar como su defensor para el acto, le fue designada una ciudadana común; pero que en sus restantes intervenciones en el proceso contó con asistencia calificada.

Así pues, el reparo en examen se aleja notablemente de la realidad, porque ante la Policía al capturado no se le recibió la versión libre sobre los hechos de que habla el demandante, vale decir, no requería para el momento la asistencia calificada que se echa de menos en el escrito; y aunque en la indagatoria, recibida algo más de media hora después de la aprehensión ciertamente no fue asistido por un profesional del derecho, para ese entonces -febrero de 1994- la diligencia así cumplida se surtió conforme lo autorizaba el artículo 148 del C. de P.P. en su primer inciso, cuya inexequibilidad apenas vino a ser declarada por la Corte Constitucional en sentencia del 8 de febrero de 1996, siendo esta decisión *erga omnes* con efectos hacia el futuro, de donde se colige que la legalidad del proceso en ningún momento por el hecho denunciado estuvo comprometida, y que por consiguiente, la censura es imprósperа.

B. Violación directa de la ley sustancial, por indebida aplicación del artículo 23 del C.P. y falta de aplicación del artículo 24 de la misma Obra.

Este reparo que es subsidiario, constituye el *segundo cargo* de la demanda a nombre del mismo procesado Piña Rodríguez, y afirma que a causa de esos errores la participación delictiva de su cliente se tuvo como coautoría y no como complicidad "de ayuda posterior en cumplimiento de promesa anterior", derivándose como consecuencia para este implicado una sanción mayor de la que le correspondía.

Es notoria en la censura la falta de demostración del error jurídico del sentenciador en la escogencia de la norma tipificadora de la forma de participación delictiva de Piña Rodríguez. La alegación se limita a reconocer una diferencia de actividades entre los copartícipes que ya el fallador había advertido como presupuesto de su decisión pero sin decantar el pregonad yerro jurídico, dejando en mera afirmación el asunto, luego de nutridos párrafos más especulativos que concretos.

Pero aún dejando de lado la falencia técnica argumental advertida, carece de razón el reparo porque la conducta desplegada por este procesado, que teniendo en cuenta la clase de violación a la ley sustancial aducida por el profesional defensor -la directa- traduce aceptación de los hechos en la forma tomada en la sentencia, no admite el propuesto desvertebramiento del acontencer fáctico delictivo para adecuar el hacer de este individuo a la figura de la simple complicidad.

La comunitaria empresa criminal fue cuidadosamente organizada y a cada uno de los intervinientes se le asignó en su desarrollo un papel específico y determinante revelador de dominio del hecho, de tal manera que al respecto de Piña Rodríguez no se dieron las circunstancias propias de la complicidad porque no se limitó a coadyuvar la realización de los delitos mediante la colaboración propia de esa figura atenuante de responsabilidad contempladas en el artículo 24 del C.P., mal podía el Tribunal aplicar respecto de él esta norma, como equivocadamente lo pretende el censor.

Con sobrada razón, el Tribunal, desestimando en su instancia la misma pretensión que ahora se formula en sede extraordinaria, precisó: "... se trató, ... de un plan que por su naturaleza se cumplió en distintas secuencias separadas en el tiempo y en el espacio en las que cada uno de los protagonistas realizó una función enderezada a un objetivo común. O sea que se trató de acciones solidarias signadas por una misma motivación antisocial, en que sus autores ejecutaron actividades diversas pero eficaces, de lo cual se sigue que se trata de un típico caso de coautoría..." (fl. 525 cd. Tr.).

No prospera el cargo.

C. Violación Directa de la ley sustancial -aplicación indebida de los artículos 323, 324-2 y falta de aplicación de los artículos 5o. y 329 del C. P.-; también fueron violados los artículos 35 y 36 del mismo ordenamiento legal, todo por cuanto el fallador aplicó al delito de homicidio la culpabilidad dolosa

-dolo eventual-, en vez de la culpabilidad culposa, bajo la cual ocurrió el ilícito. Es este el *segundo cargo* contenido en la demanda a nombre de Carlos Eduardo Martínez Montoya que presenta como subsidiario.

Según el censor, el delito de homicidio no fue cometido con el dolo eventual que el fallador dedujo, sino con culpa, porque el propósito perseguido por los procesados en la ejecución de la idea concebida por el promotor de la acción criminal que lo fue su cliente, "quien -dice-, no juzgó siquiera como posible el riesgo del homicidio ...", y así aceptado por sus compañeros de delincuencia, "giró de manera exclusiva y excluyente, en torno del ilícito apoderamiento del vehículo. Afirma que el fallador conoció y analizó la versión suministrada en ese sentido por los procesados Piña y Restrepo, de cuyas declaraciones toma los fragmentos que considera pertinentes, reduciendo las circunstancias que considera constitutivas del dolo eventual al contenido de sus específicas citas probatorias, que solo dan cuenta que el gestor de la idea criminal les advirtió que la víctima accedería a entregar su vehículo una vez lo amedrentaran con el revólver.

Sabido es -jurisprudencia y doctrina lo han reiterado-, que en la violación directa de la ley sustancial el casacionista acepta en su integridad la ocurrencia probatoria acogida y examinada por el fallador para declarar el sentido o/y el alcance de su decisión, pero discute la selección normativa sustancial en la cual se encaja el caso, sea por falta de aplicación, sea porque aplicó indebidamente determinada disposición de esa índole, o bien, porque erró en la intelección de la norma que escogió correctamente para regir el caso, desconociendo en todos estos eventos el derecho plasmado en la ley.

Examinado el discurrir demostrativo, se encuentra que en este reparo, incurre el actor en gran desacierto de técnica casacional, puesto que, por una parte, alude solo parcialmente a los hechos de los cuales el Tribunal dedujo la especie de dolo que cuestiona, y por la otra, rechaza la estimación probatoria del Tribunal en torno al aspecto subjetivo del homicidio, equivocando así la demostración del planteamiento, que por ende, se torna ineficaz.

En efecto, sin embargo de hablar de violación directa, lo que supone la aceptación de los hechos asumidos por el fallador y su estimación para estructurar el elemento subjetivo del homicidio como dolo eventual, se aparta de esos hechos modificando el acontecer fáctico para plantear su tesis, desnaturalizando de esta forma el reparo propuesto al motivarlo con reflexiones propias de la violación indirecta de la ley sustancial.

Es así como omite precisar que las circunstancias del dolo eventual deducido en el fallo se anclaron en el episodio en que ante la amenaza con el revólver el ofendido reaccionó tratando de despojar del arma al delincuente, ante lo cual éste le disparó, (fl. 530 cd. Tr.), y selecciona exclusivamente fragmentos de declaraciones de los implicados Piña y Restrepo, en las que para nada se menciona el actuar defensivo del occiso.

De dos de las declaraciones de Piña destaca que éste afirmó que Martínez le encomendó por única tarea transportar en su taxi a dos sujetos para arreba-

tarle el carro al ofendido. Y respecto del coprocesado Jorge Hugo Restrepo, selecciona la respuesta de que "no llevaba la intención de disparar" porque el ofendido era presa fácil que entregaría las llaves con solo mostrarle el revólver, visión ésta muy diferente a la asumida por el sentenciador que le negó crédito a esa ausencia de intención.

Sobre el particular puntualizó la sentencia:

"Ningún crédito se le puede asignar al relato que sobre esa secuencia del suceso ofreció Jorge Hugo en la ampliación de su injurada, en cuanto negó el propósito homicida y planteó la posibilidad de que el disparo se produjo en medio de la disputa por la posesión del revólver".(fl. 526 cd. Tr.).

Al proponer la violación directa de la ley sustancial pero desarrollar la censura con argumentos de naturaleza probatoria como si se tratara de la violación indirecta, el reclamo se sumerge en una contradicción interna que lo destruye en sí mismo, sin que la Corte pueda ignorar o soslayar esta situación en su estudio. Así lo ha reiterado muchas veces la jusrisprudencia de la Sala.

El cargo no prospera.

D. Violación Indirecta de la ley sustancial -artículos 323, 324-2 y 329 del C. P. La denuncian los tres defensores demandantes en los *cargos único y primero* respectivamente, de las demandas a nombre de Jorge Hugo Restrepo Muñoz y Carlos Eduardo Martínez Montoya; y en el cargo tercero de la demanda a nombre de Francisco Javier Piña Rodríguez.

El defensor del últimamente mencionado, Piña Rodríguez, asume como propia la demanda del defensor de Restrepo Muñoz, capitalizando, como es obvio, en favor de su procurado, el eventual éxito de la objeción propuesta, lo que implica una común respuesta a ambos escritos.

En sentir de los dos profesionales, el Tribunal incurrió en error en el examen de la prueba de confesión de Jorge Hugo Restrepo, en el fragmento de la calificante, realizada al ampliar su indagatoria, en la que admitió haber ejecutado el homicidio, pero sin la culpabilidad a título de dolo que el Tribunal especificó en su juicio de reproche, pues cuando él apuntó con su revólver al occiso para asustarlo y lograr que le entregase las llaves del carro que pretendía hurtarle, se presenta entre ellos una refriega por la tenencia del arma, momento en el cual se produjo el disparo que segó la vida de Hugo Botero; esta prueba, afirman, se halla corroborada tanto por el dictamen de necropsia, como por los testimonios de Luis Alfonso Ossa y Carmen Cecilia Uribe de Botero.

También, dicen, el Tribunal apreció erradamente el peritaje de necropsia, al no reconocerle el valor probatorio que contiene sobre la verdadera intención del ejecutor del homicidio, pues concluyó que se trató de una acción con voluntad consciente, pese a indicar esa prueba que fue uno solo el disparo y que la naturaleza de la herida y la trayectoria del proyectil no son los usuales en un homicidio intencional.

Pues bien, no son errores aducibles en casación los que las demandas en estudio atribuyen a la apreciación judicial de la confesión de Restrepo y al peritaje de necropsia. Las objeciones tienen arraigo en una visión fáctica propia de los actores, distinta de la realidad probatoria asumida por el Tribunal, de la que aquéllos hacen parcial caso omiso al guardar silencio respecto de la comprometedora confesión del procesado Piña Rodríguez. Este, al rendir su indagatoria confesó y expuso los pormenores de la elaborada empresa ideada para arrebatarle su carro al occiso, mientras que Restrepo, en su primera injurada se mostró ajeno a los hechos, y solo vino a reconocer su participación cuando compareció a ampliar la indagatoria, aduciendo ausencia de intención homicida.

De esta manera, la versión de los defensores sobre la ocurrencia del disparo por la imprudente reacción de la víctima -que es en últimas lo que del contexto de las demandas puede deducirse para dar asomo a la hipótesis de la culpa-, pierde solidez, como bien lo advirtió el Tribunal en su juicioso estudio de la prueba, más aún, si se tiene en cuenta que la versión de los testigos presenciales Ossa y Carmen Cecilia de Botero, por obvias razones solo pudo recoger el hecho materialmente observado y que para nada insinúa una situación de culpabilidad culposa en el comportamiento homicida. De ella tampoco da fe la necropsia, porque para los delincuentes, era de esperarse como probable eventualidad la reacción defensiva del ofendido frente a su patrimonio, que terminó con la muerte, por el arma accionada por el sujeto que la portaba en el desarrollo del plan criminal, siendo ese el resultado no solo previsto, sino admitido al menos como posible, planteamiento que con tino consideró el Tribunal para mantener la imputación a título de dolo eventual. La falta de crédito a la calificante de la confesión de Restrepo, no devino pues, de error jurídico en el sentenciador, sino del proceso de evaluación de la prueba conforme al principio de la crítica racional, de donde fluye, que ni la prueba pericial, ni los testimonios antes referidos logran desvirtuar la culpabilidad dolosa del homicidio.

Importante es recordar que en el ataque por vía casacional a la sentencia de las instancias a través de la violación indirecta de la ley sustancial por errores de apreciación de la prueba, es imprescindible enfrentar todas y cada una de las que el fallador ha considerado para tomar la decisión disentida, demostrando los errores de juicio cometidos al evaluarlas, teniéndose por incompleto un reparo que hace caso omiso de algunas que han logrado significación suficiente para incidir en el sentido o en el alcance de ese pronunciamiento; y es esa la falla técnica que aqueja las demandas tanto a nombre de Restrepo, como a nombre de Piña, pese a que el personero de éste se limita a identificarse con la primera demanda, porque la Corte no puede con apoyo en un parcial reparo, socabar las bases totales de un juicio de reproche prohijando la ocurrencia de errores que no se acreditaron.

El cargo no prospera.

Ahora bien; por cuanto toca con la demanda a nombre de Carlos Eduardo Martínez Montoya, la censura casacional es francamente incongruente. En

ésta se pregona la violación indirecta de los artículos 323 y 324-2 del C.P. por aplicación indebida, y del 329 id. por falta de aplicación, pero a partir del error de hecho en que habría incurrido el Tribunal, por falta de apreciación de los testimonios de Francisco Javier Piña, Carmen Cecilia Uribe de Restrepo y Luis Alfonso Ossa López, así como de la confesión calificada de Restrepo y del peritaje de necropsia, pruebas todas que en la opinión de su defensor indicaban que el homicidio se produjo "por circunstancias ajenas a la intención del victimario" porque con el revólver simplemente se trató de intimidar al ofendido para hurtarle su vehículo y no de privarlo de la vida.

Toma el profesional de las diversas pruebas testimoniales mencionadas y de la confesión, algunos fragmentos, que complementados con su personal conclusión acerca de la observación pericial al cuerpo sin vida del ofendido, coloca al servicio de su hipótesis afirmando que esas pruebas fueron omitidas en su apreciación por el fallador; mas ocurre, que esas son justamente las pruebas que allegadas al proceso se apreciaron en la sentencia y de las cuales se extrajo la conclusión de compromiso respecto del concurso de delitos y más exactamente del homicidio intencional.

El detenido estudio de la sentencia acusada ofrece un objetivo y completo examen de las pruebas glosadas, en el que no dejó de considerarse la circunstancia del tantas veces mencionado forcejeo entre victimario y ofendido, solo que a ellas les atribuyó la connotación demostrativa del dolo eventual, en el que los procesados, previendo y aceptando, al menos como posible, el resultado homicidio, aceptaron su realización, dentro de la organización de tareas que se distribuyeron buscando apoderarse del bien ajeno.

Que el Tribunal no hubiera coincidido con la de este censor, no es error de evaluación probatoria, pues éste únicamente hubiera sucedido si el fallo se hubiera dictado con desconocimiento de los dictados de la crítica racional prevista en el artículo 254 del C. de P.P. Catalogar esta discordancia como error de apreciación probatoria, es grave impropiedad en una demanda que enjuicia el fallo de las instancias a través de un recurso básicamente técnico como lo es el de casación, en que deben precisarse los errores y demostrarse su incidencia.

De cara a la forma como aparece sustentado el reparo, colígese su fracaso.

Sin posibilidad de triunfo en esta sede, de la aspirada revocación parcial de la sentencia, se decidirá de conformidad.

En mérito, la *Corte Suprema de Justicia* en *Sala de Casación Penal*, oído el concepto del Ministerio Público y en parcial desacuerdo con él, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

NO CASAR la sentencia recurrida. En firme, devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

Cópiese, Notifíquese y cúmplase.

Jorge Aníbal Gómez Gallego, Fernando E. Arboleda Ripoll, Ricardo Calvete Rangel, Jorge E. Córdoba Poveda, Carlos A. Gálvez Argote, Edgar Lombana Trujillo, Mario Mantilla Nougués, Carlos E. Mejía Escobar, Nilson Pinilla Pinilla

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria

LIBERTAD PROVISIONAL/PERSONALIDAD DEL PROCESADO

En cuanto tiene que ver con la evaluación de la personalidad que el juzgador debe realizar respecto de cada procesado en particular, la Sala en reiterados pronunciamientos ha puntualizado que con base en unas bondadosas referencias personales que las autoridades carcelarias puedan haber realizado para los fines antes indicados, no pueden resultar suficientes para una valoración integral de su personalidad, pues no resulta acertado prescindir 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 este 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".

".....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), criterio que se ha mantenido en los casos de narcotráfico, terrorismo y otros de suma gravedad, cuya conducta de sus autores y copartícipes, merecen mayor severidad no solo en la fijación de la pena, sino también en el reconocimiento de los subrogados penales, sin que esto último comporte una doble sanción como la libelista afirma.

Para tener derecho a la libertad condicional o provisional, es decir, de manera anticipada, han de estar acreditados suficientemente no solamente los requisitos objetivos de la pena, sino también aquellos del orden subjetivo cuya valoración, se reitera, corresponde exclusivamente al funcionario judicial con fundamento en las referencias procesales y "los antecedentes de todo orden", que no pueden quedar limitados a la simple existencia o no de fallos condenatorios anteriores por delitos o contravenciones.

Corte Suprema de Justicia. - Sala de Casación Penal. - Santa Fe de Bogotá, D. C., primero (1°) de julio de mil novecientos noventa y nueve (1999).

Magistrado Ponente: Dr. *Mario Montilla Nougués.*

Aprobado Acta No. 097 Proceso No. 12696

La procesada Mónica Victoria Correa Alzate quien se halla detenida en la Cárcel Reclusión de Mujeres en Manizales, recurrió en reposición el proveído de fecha primero (1°) de junio del corriente año, en lo referente a la negativa de otorgarle la libertad provisional, que constituye punto nuevo en la citada decisión en la que se resolvió favorablemente otro recurso de reposición, con relación al reconocimiento de rebajas de pena por trabajo y estudio.

Al escrito se le dio el trámite previsto en el artículo 200 del Código de Procedimiento Penal.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

En el proveído impugnado la Sala precisó que la peticionaria Mónica Victoria Correa Alzate tenía derecho a una redención de pena por trabajo y estudio equivalente a trece (13) meses y veintiséis (26) días, los que sumados al tiempo efectivo en reclusión, le permitían acreditar un total de ochenta (80) meses y diecinueve (19) días, superiores a las dos terceras (2/3) partes de la sanción que le fuera impuesta en la sentencia de segunda instancia del Tribunal Nacional, es decir, diez (10) años de prisión como autora del delito de omisión de informes sobre actividades terroristas de que trata el artículo 4° del Decreto 180 de 1988, adoptado como legislación permanente por el Decreto 2266 de 1991.

Como fundamento para negarle a la peticionaria la libertad provisional, la Sala destacó que "A la aquí procesada se le capturó el 11 de octubre de 1993 en compañía de otras personas, durante el allanamiento que se realizó por orden de un Fiscal Regional a un inmueble ubicado en la vereda El Astillero, sector de Aguas Frías del Municipio de Medellín, para procurar la captura de Escobar Gaviria quien pudo escapar del citado lugar".

"Es claro que quienes se dedican a cumplir actividades de narcotráfico y terrorismo, o quienes de una u otra forma prestan ayuda a aquellos, como ocurre en el presente caso, causan grave daño, inclusc de manera irreparable, creando no solamente un estado permanente de zozobra e intranquilidad

a la mayor parte de los colombianos, sino que también acabaron con la vida y la ilusión de un basto sector de la población joven de la sociedad a la cual la peticionaria desea retornar tempranamente".

"Fuera de los factores objetivos ya analizados, no existen dentro del plenario elementos de juicio concluyentes que permitan a la Corte realizar un pronóstico favorable a la rehabilitación de la procesada, razón por la cual, debe cumplir con la totalidad de la sanción que le fuera impuesta por el Tribunal Nacional en su sentencia de segundo grado, la que viene precedida de la doble presunción de legalidad y acierto, manteniendo su vigencia al menos hasta que se desate el recurso extraordinario de casación interpuesto contra ella" (fl. 147 y 148).

La recurrente en su escrito de reposición, expresa que "Frente al raciocinio hecho por tan alta Corporación en cuanto a que mi personalidad impide un pronóstico favorable para mi readaptación social, es aceptar que pese a mi ejemplar conducta observada durante todo el tiempo de privación de mi libertad, conducta y calificación que hecha por las autoridades y personas competentes, calificaciones éstas que reposan en el expediente, así como también el hecho de no aparecer en el mismo antecedentes penales en mi contra, que indiquen el alto grado de peligrosidad y que mi personalidad no es la adecuada, lo que para mi caso según la presente decisión no sirve ni servirá de obvice (sic) para rehabilitarme ni mucho menos reivindicarme de mi único desacierto cometido y antes sancionado".

"Pero aún más descabellado es el hecho de afirmarse que debo cumplir con la totalidad de la sanción que me fuera impuesta por el Tribunal Nacional en su Sentencia de Segundo Grado, cuando es el Estado quien no pone a nuestro favor los mecanismos básicos e indispensables para lograr la rehabilitación y readaptación social, y que en las ocasiones que estos se observan a cabalidad y son presentados (como son presentar buena conducta durante la permanencia en el centro de reclusión donde se purga la condena, la no existencia de antecedentes penales en contra de la penalizada y su personalidad, además el acta No. 02 proferida por la Reclusión Nacional de Mujeres de Manizales, ficha de evaluación de trabajo, estudio y enseñanza del 1° cuatrimestre del año de 1999 y que reposa en el expediente), no se apoya con la decisión de tan magna Corporación mi petición, de LIBERTAD CONDICIONAL. Vulnerando la confianza y fe en el interno rehabilitado ni en el concepto dado por las Instituciones carcelarias con relación a las evaluaciones constantes que sirven para delinir y calificar la personalidad de sus internos".

"Condenarme al hecho de tener que cumplir con la totalidad de la pena, por creer que deseo retornar tempranamente, a mi libertad es condenarme a una sanción doblemente impuesta al desatender los postulados y requisitos cumplidos, negándome el derecho a mi libertad ganada y pretendida".

Concluye la libelista que continuar marginada de su familia y de la sociedad a la que pertenece, es alargarle innecesariamente "la purga de mi condena", además del desconocimiento de derechos fundamentales como su "GANADA

LIBERTAD" la que considera ha alcanzado con el cumplimiento de los requisitos objetivos y subjetivos que exige la ley.

En primer término debe hacérsele claridad a la recurrente, que según el artículo 101 de la Ley 65 de 1993, los jueces, en este caso la Corte "...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. En esta evaluación se considerará igualmente la conducta del interno. Cuando esta evaluación sea negativa, el juez... *se abstendrá* de conceder dicha redención..." (negrillas fuera de texto).

Es claro entonces que la conducta observada por un interno durante el tiempo en reclusión y la evaluación que las autoridades carcelarias realizan respecto de las actividades cumplidas por aquél, permiten al Juez reconocer o no las rebajas de pena que reclame y pueda tener derecho el recluso, mas no que esas precisas evaluaciones correspondan a la personalidad del interno para los fines del instituto de la libertad condicional o provisional como erradamente lo afirma la libelista, pues la competencia de Junta evaluadora del trabajo, estudio o enseñanza, lo es exclusivamente para determinar si dichas actividades han sido o no cumplidas en forma satisfactoria por el recluso, única manera para que las mismas sean consideradas por la autoridad judicial como válidas para redimir parte de la sanción impuesta en la sentencia o la que eventualmente le pueda corresponder si esta última aún no se ha proferido.

En cuanto tiene que ver con la evaluación de la personalidad que el juzgador debe realizar respecto de cada procesado en particular, la Sala en reiterados pronunciamientos ha puntualizado que con base en unas bondadosas referencias personales que las autoridades carcelarias puedan haber realizado para los fines antes indicados, no pueden resultar suficientes para una valoración integral de su personalidad, pues no resulta acertado prescindir 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 este 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".

"...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), criterio que se ha mantenido en los casos de narcotráfico, terrorismo y otros de suma gravedad, cuya conducta de sus autores y copartícipes, merecen mayor severidad no solo en la fijación de la pena, sino también en el reconocimiento de los subrogados penales, sin que esto último comporte una doble sanción como la libelista afirma.

Para tener derecho a la libertad condicional o provisional, es decir, de manera anticipada, han de estar acreditados suficientemente no solamente los requisitos objetivos de la pena, sino también aquellos del orden subjetivo cuya valoración, se reitera, corresponde exclusivamente al funcionario judicial con fundamento en las referencias procesales y "los 'antecedentes de todo orden", que no pueden quedar limitados a la simple existencia o no de fallos condenatorios anteriores por delitos o contravenciones.

En consecuencia, la determinación atacada de no conceder la libertad provisional a la recurrente, será mantenida.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, NO REPONE su proveído del primero (1°) de junio del corriente año, en cuanto negó a la procesada Mónica Victoria Correa Alzate la libertad provisional.

Notifíquese y cúmplase.

Jorge Aníbal Gómez Gallego, Fernando E. Arboleda Ripoll, Ricardo Calvete Rangel, Jorge E. Córdoba Poveda, Carlos A. Gálvez Argote, Edgar Lombana Trujillo, Mario Mantilla Nougués, Carlos E. Mejía Escobar, Nilson Pinilla Pinilla.

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

CASACION DISCRECIONAL

El inciso tercero del artículo 218 del Código de Procedimiento Penal, faculta al Procurador, su Delegado, y al defensor del procesado, para interponer el recurso extraordinario de casación contra aquellas sentencias de segunda instancia respecto de las cuales no resulta posible acudir a la vía directa o común, sea por el quantum de la pena privativa de libertad imponible para el delito por el que se procede, o por el órgano que la profirió, pero únicamente por los motivos por los que la Corte puede admitirlo.

En todo caso, compete al impugnante, dentro del término de ejecutoria del fallo de segundo grado, esto es dentro de los quince días siguientes a la última notificación, precisar la razón o razones por las cuales el recurso debe ser concedido, para que la Corte 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. (cfr. auto mayo 7/96 M.P. Dr. Arboleda Ripoll).

También la jurisprudencia ha sido explícita que cuando el motivo en que se soporta la petición consiste en la denuncia de haberse violado un derecho fundamental, compete al impugnante no solo su identificación como tal, derecho constitucional fundamental, sino, además, el señalamiento de su concreta violación en el respectivo proceso.

En este caso, encuentra la Sala que la única vía de procedencia es la impugnación excepcional por cuanto si bien es cierto la acusación contenía cargos por un delito de falsedad por destrucción, supresión u ocultamiento de documento público, y la sentencia de segunda instancia fue proferida por un tribunal superior de distrito judicial, el delito por el que se irroga condena a Pedro León Camargo Ferreira (fraude procesal art. 182 C.P.) tiene señalada pena privativa de libertad en su máximo inferior a seis años, lo que excluye la posibilidad de acudir a la casación común, toda vez que no tendría interés para recurrir en sede extraordinaria por el delito de falsedad por haber sido absuelto del mismo.

En este sentido es de recordar que de antiguo la Sala ha sostenido que "es cierto que el inciso segundo de dicho precepto (art. 218 C.P.P) permitía, y lo sigue permitiendo hoy la reforma (Ley 81/93, art. 35), extender el recurso a los delitos conexos, aunque la pena prevista para éstos sea inferior a la señalada en el inciso anterior', pero ha de entenderse tal precepto siempre que se haya impugnado el fallo por el delito cuyo máximo punitivo lo admite, o por lo menos, cuando se haya condenado por él al recurrente así su cuestionamiento sólo se relacione con los conexos (por ser este aspecto solamente conocido en el escrito de demanda)" (se destaca).

En el mismo pronunciamiento sostuvo la Corte, que "existen otras razones que permiten arribar a idéntica conclusión, a saber: a). En materia penal la responsabilidad es siempre individual y por consiguiente la conexidad delictiva para efectos de la viabilidad del recurso extraordinario cuenta independientemente para cada procesado, y b). Porque de no ser así, se estaría desconociendo el interés legítimo para recurrir, en la medida en que no podría impugnar un procesado condenado por el delito conexo cuyo máximo punitivo no admite la casación a nombre del coprocesado condenado por el delito cuya pena sí la admite" (auto casación. Marzo 10/94. M.P. Dr. Dídimo Páez Velandia).

Por esto, aunque el delito que admite la casación común, contenido en el pliego enjuiciatorio, no desaparece por el solo hecho de haberse absuelto de él al procesado, como erradamente lo considera el Tribunal en auto de primero de febrero último en el que dispuso el envío de las diligencias a esta Corporación (fl. 106 con. Trib.), toda vez que los fallos judiciales no adquieren firmeza parcial y dentro de su ejecutoria subsiste la posibilidad de impugnación de la absolución por otros sujetos procesales distintos del procesado, es de destacar que acertó al estimar el ad quem que la única vía posible de impugnación extraordinaria es la casación discrecional, por corresponder esta solución al criterio sentado por la Corte en torno al tema.

Corte Suprema de Justicia. - Sala de Casación Penal. - Santa Fe de Bogotá, D. C., primero de julio de mil novecientos noventa y nueve.

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

Aprobado Acta No. 97 Proceso No. 15473

Se pronuncia la Corte sobre la concesión del recurso extraordinario de casación discrecional, interpuesto por el defensor del procesado Pedro León Camargo Ferreira con fundamento en el inciso tercero del artículo 218 del Código de Procedimiento Penal, contra la sentencia de segundo grado emitida el 26 de noviembre de 1998 por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Fe de Bogotá, mediante la cual se le condena a la pena principal de doce meses de prisión y la accesoria de la prohibición en el ejercicio de la

profesión de abogado por el término de seis meses, al encontrarlo penalmente responsable del delito de fraude procesal, al tiempo que lo absuelve del concurso de delitos de fraude procesal y destrucción, supresión u ocultamiento de documento público, también imputados en el pliego enjuiciatorio.

ANTECEDENTES

Sixto Tulio Sánchez fue propietario del inmueble ubicado en la carrera 18 A No. 53-66/68 de Santa Fe de Bogotá, identificado con el folio de matrícula inmobiliaria No. 050-0726815, conformado por dos apartamentos. El 24 de agosto de 1983, previa Resolución No. 000261 del 18 de los mismos mes y año expedida por la Administración de Impuestos Nacionales de Bogotá - Sección de Auditoría Impuesto Sucesoral- en la que se desvirtúa la presunción de donación que surge de la enajenación entre padres e hijos, dio en venta el inmueble identificado con el número 53-66 a su hija Miriam Sánchez García, según de ello da cuenta la escritura pública número 4101 otorgada ante la Notaría Segunda del Círculo de Bogotá. Con ocasión de este negocio, el bien objeto de la contratación quedó individualizado e identificado con la matrícula No. 050-0728064, en tanto que el otro apartamento lo fue con la número 050-0727832.

El 5 de enero de 1993 falleció Sixto Tulio Sánchez, y para tramitar el juicio de sucesión, en representación de los herederos Olga Lucía Sánchez, Gustavo Humberto Sánchez y Blanca Cecilia Sánchez (esposa del procesado), intervino el abogado Pedro León Camargo Ferreira quien el 21 de abril de 1993 ante el Juzgado 3º de Familia solicitó el embargo del bien allegando al efecto el folio de matrícula inmobiliaria No. 050-0726815 correspondiente a la totalidad del inmueble aún sin desenglobar; medida cautelar que, junto con el secuestro, se llevó a cabo el 28 de octubre de 1993 no obstante las manifestaciones hechas por Miriam Sánchez, en el sentido de ser propietaria de uno de los apartamentos.

Es de destacar que el mismo abogado, con fundamento en el poder otorgado por los herederos Olga Lucía, Gustavo y Blanca Cecilia Sánchez, por demanda presentada el 15 de junio de 1993, ante el juzgado 18 Civil del Circuito, aduciendo la simulación de la venta, promovió un proceso ordinario a fin de obtener la anulación de la referida Escritura Pública No. 4001 y la restitución del inmueble al juicio de sucesión, para lo cual acompañó fotocopia del título que pretendía invalidar sin adjuntar la Resolución emanada de la Administración de Impuestos que, junto con la escritura, también había sido protocolizada.

Instaurada la denuncia penal por Myriam Sánchez García y abierta la instrucción por la Fiscalía Seccional Trescientos Treinta (fls. 133), la Fiscalía Delegada Doscientos Treinta y Cinco de la Unidad de Delitos Varios a donde fueron reasignadas las diligencias, vinculó mediante indagatoria a Pedro León Camargo Ferreira (fls. 197), en su contra profirió medida de aseguramiento de detención preventiva (fls. 235), y, previa clausura del ciclo instructivo (fls. 287), el treinta de abril de mil novecientos noventa y seis calificó el mérito

probatorio del sumario profiriendo resolución acusatoria en su contra por el concurso homogéneo de delitos de fraude procesal, y heterogéneo con el de falsedad por destrucción supresión u ocultamiento de documento público (fls. 301 y ss.), mediante providencia que al haber sido recurrida en apelación por el procesado, la Unidad de Fiscalía Delegada ante los Tribunales Superiores de Santa Fe de Bogotá confirmó íntegramente en decisión proferida el veinticuatro de julio siguiente (fls. 36 y ss. con. Fiscalía 2ª instancia).

El juicio se llevó a cabo ante el Juzgado Treinta y Séis Penal del Circuito, y previa realización de la vista pública (fls. 37 y ss.-2), se culminó la instancia condenando al procesado Pedro León Camargo Ferreira a la pena principal de sesenta meses de prisión, las accesorias de interdicción de derechos y funciones públicas por el mismo término de la privación de la libertad, y suspensión en el ejercicio de la profesión de abogado por un período de dos años (fls. 92 y ss.-2).

Apelado dicho fallo por el procesado, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá al desatar la alzada revocó parcialmente la condena y lo absolvió del delito de falsedad por destrucción, supresión u ocultamiento de documento público y el fraude procesal relacionado con el proceso tramitado por el Juzgado 18 Civil del Circuito, y confirmó la condena por el delito de fraude procesal cometido en el juicio tramitado ante el Juzgado 3° de Familia, para cuyo efecto individualizó la pena privativa de libertad en doce meses de prisión, la accesoria de la prohibición de ejercer la profesión de abogado durante seis meses, y le concedió la condena de ejecución condicional (fls. 74 y ss. cno. Tribunal).

Contra la sentencia de segundo grado, el defensor oportunamente demanda la concesión del recurso extraordinario de casación discrecional de conformidad con lo previsto en el inciso tercero del artículo 218 del Código de Procedimiento Penal, cuyos fundamentos se procede a precisar seguidamente.

LAS RAZONES DEL IMPUGNANTE

Pasando por referir los presupuestos establecidos para la procedencia de la casación excepcional y lo que debe entenderse como derecho al debido proceso, denuncia el conculcamiento de esta garantía fundamental, en cuanto hace a los siguientes aspectos:

El principio de legalidad, según el cual nadie puede ser condenado por hechos que no estén previstos expresamente como delitos, ha sido transgredido en el proceso seguido a su cliente, por cuanto se consideró como delictiva su actuación ante el Juzgado Tercero de Familia sin tomar en cuenta que en materia de medidas cautelares contra bienes inmuebles, el Registrador de Instrumentos Públicos puede abstenerse de consignar la medida si se percata que el bien no pertenece al accionado; el Juez, por su parte, una vez inscrita la medida, si constata que el bien no pertenece al demandado debe abstenerse de ordenar el secuestro y, consecuentemente, decretar el levantamiento del embargo; y, los terceros que se consideren per-

judicados con la medida, pueden oponerse en las oportunidades establecidas por la legislación procesal civil; si la oposición logra prosperidad, la decisión del juez consiste solamente en la condena en costas y perjuicios si se han ocasionado, sin que se haya visto que por levantarse una medida cautelar se configure un delito de fraude procesal.

Por esto, a su modo de ver, la conducta llevada a cabo por Pedro León Camargo Ferreira "no constituye, ni constituía, delito de fraude procesal para el momento de la práctica de la cautela por él solicitada".

Del mismo modo estima transgredido el derecho de contradicción por cuanto a lo largo del proceso Camargo Ferreira ha manifestado que su actuación ante el Juzgado Tercero de Familia tiene soporte en el procedimiento civil, sin que se le hubiere dado respuesta a sus alegaciones, lo que indica que los argumentos de orden jurídico expuestos han sido desechados sin que se diga el motivo de ello.

También ha sido desconocida la presunción de inocencia puesto que desde los inicios del proceso se ha considerado dolosa su conducta de inducir en error al Juez de conocimiento, al Registrador de Instrumentos Públicos y al Inspector de Policía que materializó el secuestro, sin tomar en cuenta que en el mismo error en que incurrió el procesado, incurrieron todas aquellas personas que debían conocer el folio de matrícula inmobiliaria tanto que fue el mismo documento aportado por la apoderada de Myriam Sánchez ante el Juzgado de Familia.

Adicional a esto, también se violó el principio de igualdad puesto que solamente a Camargo Ferreira se le imputó la realización del delito de fraude procesal pese a que la apoderada de Myriam Hernández aportó a su respectivo proceso el mismo folio de matrícula inmobiliaria que allegó el procesado.

Finalmente, aduce que la apoderada de Myriam Hernández, teniendo la oportunidad de oponerse a la diligencia de secuestro del inmueble, en el mismo acto o haciendo uso de los recursos que la ley otorga, decidió guardar silencio y sólo actuó mucho tiempo después de haberse efectivizado la medida cautelar para alegar luego la configuración de un delito de fraude procesal (fls. 98 y ss.).

Consideraciones de la Corte

El inciso tercero del artículo 218 del Código de Procedimiento Penal, faculta al Procurador, su Delegado, y al defensor del procesado, para interponer el recurso extraordinario de casación contra aquellas sentencias de segunda instancia respecto de las cuales no resulta posible acudir a la vía directa o común, sea por el quantum de la pena privativa de libertad imponible para el delito por el que se procede, o por el órgano que la profirió, pero únicamente por los motivos por los que la Corte puede admitirlo.

En todo caso, compete al impugnante, dentro del término de ejecutoria del fallo de segundo grado, esto es dentro de los quince días siguientes a la última

notificación, precisar la razón o razones por las cuales el recurso debe ser concedido, para que la Corte 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. (cfr. auto mayo 7/96 M.P. Dr. Arboleda Ripoll).

También la jurisprudencia ha sido explícita que cuando el motivo en que se soporta la petición consiste en la denuncia de haberse violado un derecho fundamental, compete al impugnante no solo su identificación como tal, derecho constitucional fundamental, sino, además, el señalamiento de su concreta violación en el respectivo proceso.

En este caso, encuentra la Sala que la única vía de procedencia es la impugnación excepcional por cuanto si bien es cierto la acusación contenía cargos por un delito de falsedad por destrucción supresión u ocultamiento de documento público, y la sentencia de segunda instancia fue proferida por un tribunal superior de distrito judicial, el delito por el que se irroga condena a Pedro León Camargo Ferreira (fraude procesal art. 182 C.P.) tiene señalada pena privativa de libertad en su máximo inferior a seis años, lo que excluye la posibilidad de acudir a la casación común, toda vez que no tendría interés para recurrir en sede extraordinaria por el delito de falsedad por haber sido absuelto del mismo.

En este sentido es de recordar que de antiguo la Sala ha sostenido que "es cierto que el inciso segundo de dicho precepto (art. 218 C.P.P) permitía, y lo sigue permitiendo hoy la reforma (Ley 81/93, art. 35), extender el recurso a los delitos conexos, aunque la pena 'prevista para éstos sea inferior a la señalada en el inciso anterior', pero ha de entenderse tal precepto siempre que se haya impugnado el fallo por el delito cuyo máximo punitivo lo admite, o por lo menos, cuando se haya condenado por él al recurrente así su cuestionamiento sólo se relacione con los conexos (por ser este aspecto solamente conocido en el escrito de demanda)" (se destaca).

En el mismo pronunciamiento sostuvo la Corte, que "existen otras razones que permiten arribar a idéntica conclusión, a saber: a). En materia penal la responsabilidad es siempre individual y por consiguiente la conexidad delictiva para efectos de la viabilidad del recurso extraordinario cuenta independientemente para cada procesado, y b). Porque de no ser así, se estaría desconociendo el interés legítimo para recurrir, en la medida en que no podría impugnar un procesado condenado por el delito conexo cuyo máximo punitivo no admite la casación a nombre del coprocesado condenado por el delito cuya pena sí la admite" (auto casación, Marzo 10/94. M.P. Dr. Dídimo Páez Velandia).

Por esto, aunque el delito que admite la casación común, contenido en el pliego enjuiciatorio, no desaparece por el solo hecho de haberse absuelto de él al procesado, como erradamente lo considera el Tribunal en auto de primero de febrero último en el que dispuso el envío de las diligencias a esta Corporación (fl. 106 cno. Trib.), toda vez que los fallos judiciales no adquieren firmeza parcial y dentro de su ejecutoria subsiste la posibilidad de impugnación de la absolución

por otros sujetos procesales distintos del procesado, es de destacar que acertó al estimar el ad quem *que la única vía posible de impugnación extraordinaria es la casación discrecional, por corresponder esta solución al criterio sentado por la Corte en torno al tema.*

No obstante haber acudido el recurrente a la vía de impugnación que le corresponde, dado el *quantum* máximo de la pena prevista en el delito por el que se irroga condena a Pedro León Camargo Ferreira, no ocurre lo mismo con la fundamentación del motivo expuesto, relacionado con la transgresión del debido proceso como garantía fundamental, puesto que si bien cumple la carga de señalar su real protección en la Carta Política, no lo hace en cuanto a la de indicar la concreta violación en el trámite surtido.

El artículo 29 de la Carta Política, en relación con el derecho fundamental al debido proceso, señala que nadie podrá ser juzgado sino conforme a ley preexistente, ante el juez o tribunal competente y con la observancia de la "plenitud de las formas propias de cada juicio". La Constitución igualmente se refiere a otros principios que complementan esta garantía, tales como el de favorabilidad, la presunción de inocencia, el derecho de defensa, la asistencia profesional de un abogado, la publicidad del juicio, la celeridad del proceso sin dilaciones injustificadas, la aducción de pruebas en su favor y la posibilidad de controversia de las que se alleguen en contra del procesado, el derecho a la doble instancia de la sentencia de condena -salvo que se trate de casos de única instancia-, y a no ser juzgado dos veces por el mismo hecho así se le dé una denominación distinta.

También, el concepto de debido proceso se integra por el de "las formas propias de cada juicio", esto es por el conjunto de reglas y preceptos que le otorgan autonomía a cada clase de proceso y permiten diferenciarlo de los demás establecidos en la ley. Es así como por vía de ejemplo, en materia penal la estructura está dada por dos ciclos claramente definidos, uno de investigación -a cargo de la Fiscalía General de la Nación salvo los casos de fuero constitucional-, y otro de juzgamiento -por cuenta de los jueces según las normas que reglan su competencia-. Dentro de la etapa de instrucción, también se observa la necesidad de surtir aquellos pasos de ineludible cumplimiento, tales como los actos de apertura de investigación, de vinculación del procesado, definición de su situación jurídica, de cierre de investigación, y de calificación; dentro del juicio, el rito legal establece dos etapas, una probatoria y otra de debate oral, de formulación de cargos y de sentencia.

En este caso, si bien se aduce por el impugnante la violación al debido proceso, y para ello refiere la transgresión de los principios de legalidad, contradicción, presunción de inocencia y de igualdad, la formulación de la protesta quedó en el solo enunciado, toda vez que el discurso desarrollado al efecto no logra evidenciar la concreta violación en el proceso producida en desmedro de Pedro León Camargo Ferreira.

Cuando anuncia que la conducta realizada por el enjuiciado "no constituye, ni constituía, delito de fraude procesal", era de esperarse que acudiera a

fundamentar la afirmación en el sentido de que no obstante declarar el fallo por aparecer acreditado en la actuación que su cliente en el trámite ante el Juzgado Tercero de Familia no utilizó medios fraudulentos, ni indujo en error al juez para obtener decisión contraria a la ley, el Tribunal le irrogó condena por este hecho. Por el contrario, la solicitud de concesión del recurso extraordinario se apoya en las posibilidades de actuación que la ley procesal otorga al Registrador de Instrumentos Públicos, al Juez, y a los terceros para salir del error en que se indujo al funcionario para proferir la decisión de embargo y secuestro, contraria a la ley, en posición con la cual no se logra evidenciar la anticipidad de la conducta que se pretende poner de presente.

Al referir como transgredido el derecho a controvertir las decisiones judiciales, y aludir que en las providencias proferidas no se dio respuesta a sus planteamientos relacionados con la legalidad del trámite adelantado ante el Juzgado de Familia, la fundamentación resulta contradictoria frente al sentido de la sentencia ameritada, en donde se condena a Pedro León Camargo Ferreira con el siguiente fundamento expuesto por el Tribunal:

"El fraude procesal. Siguiendo el orden cronológico de los hechos, la Sala prohíja la imputación que por este delito se hizo en relación con la inducción en error relativo a la medida de embargo y secuestro en el proceso de sucesión adelantado en el Juzgado 3° de Familia: De la premisa que llevó al levantamiento de la medida cautelar y a la devolución del apartamento a Myriam Sánchez García como su propietaria, -fls.360,364, 367 cd.1-, es axiomático que la medida de embargo y secuestro que la antecedió fue contraria a derecho, pues el bien no hacía parte de la masa herencial por haberlo adquirido la mencionada dama en los términos y condiciones que acreditan la Resolución 000261 de agosto 18 de 1983 y la escritura pública 4101 de agosto 24 del mismo año".

"De igual evidencia es que la medida antijuridica fue solicitada por el abogado Pedro León Camargo Ferreira el 21 de abril de 1993, la cual apoyó en la 'Matrícula Inmobiliaria No. 050072688l5' que mencionó en su escrito del folio 347 cd.1 y se tuvo a la vista en el desarrollo de la diligencia. Sea la oportunidad de precisar que si bien el inculpado demandó el embargo y secuestro del inmueble con la dirección de 'carrera 18ª No. 53-68', como lo puso de presente la Sala en pretérita oportunidad, ello fue sesgado por el acusado: sí lo acredita el hecho de que la diligencia estuvo regida por el antedicho documento de matrícula inmobiliaria, que comprendía dos apartamentos que fueron embargados y por ende el de Myriam Sánchez García. El aserto lo hace inequívoco el hecho de que la diligencia se llevó a cabo embargándose primero un apartamento y después el otro, previa individualización primero del de la carrera 18 A 53 66 que tenía por puerta de entrada el garaje y que le fue enajenado a Myriam por su progenitor cerca de diez años atrás, y embargándose posteriormente el distinguido con el número 53-68 que sí correspondía a la masa herencial. No puede entonces el doctor Camargo Ferreira argumentar que el embargo lo pidió de solo un apartamento; llevó la vocería

de la diligencia reiterando se hiciera efectiva la medida en cada uno de los dos apartamentos. fls 349-358-".

"Tampoco puede el procesado disculparse en que desconocía la venta hecha a Myriam. En desarrollo de la misma diligencia de embargo y secuestro, ella fue clara y enfática en poner en conocimiento ese hecho, y si bien por lo inopinado de la diligencia no tenía a la mano los documentos que la respaldaban, quien tenía en arriendo el apartamento de su propiedad, Ricardo Trujillo Lozano, manifestó que desde hacía tres años venía cancelándole arriendo a Myriam Sánchez '...y acto seguido presenta una copia del contrato de arrendamiento en simple fotocopia...'. Y lejos de reflexionar que se estaba cometiendo un error y solicitar el aplazamiento del embargo y secuestro de este apartamento mientras se constataba por los medios legales lo sostenido por la oponente quien se apoyaba en la anterior prueba testimonial y documental, el aquí procesado a ultranza reiteró se efectivizara la medida por encima de cualquier consideración: '...no constituye ninguna oposición a esta diligencia, solicito al señor Inspector declarar legalmente secuestrado el apartamento..." fl. 358.

"El acta de la diligencia es clara y terminante en los anteriores aspectos y por ende el acusado indujo en error a la administración de justicia haciendo se tomara una decisión contraria a derecho y con perjuicio de la propietaria del apartamento que ulteriormente hubo que devolverle. *En estos términos se concluye inútil la réplica que el recurrente eleva al fallo de condena en cuanto a la tipicidad del fraude procesal se refiere, y en que se arraiga el juicio de reproche por el que se le condena*" (Se destaca).

De lo expuesto por el Tribunal, surge entonces claro que el motivo en que se afinca la solicitud del recurso extraordinario, no figura evidenciado en el proceso, y, por el contrario, el aparte del pronunciamiento de segundo grado que la Corte viene de reproducir, patentiza, desvirtuando lo sostenido en el libelo con el que se pretende fundamentar la impugnación, la respuesta dada por el juzgador a sus alegaciones relacionadas con la atipicidad de la conducta.

Siguiendo la respuesta a lo argumentado sobre la violación al debido proceso, es de decirse que cuando el peticionario alude al desconocimiento de la presunción de inocencia, por parte alguna refiere que durante la actuación los funcionarios que intervinieron en la instrucción o el juzgamiento lo hubieren compelido a demostrar la inocencia sin adelantar ninguna labor investigativa en orden a su desvirtuación.

Por el contrario, la afirmación la soporta el impugnante en sostener que tal principio resultó transgredido por haber realizado similar conducta otras personas que sin embargo no fueron investigadas, de lo cual surge evidente la falta de objetividad en el planteamiento, la absoluta desconexión de su desarrollo con el motivo que como fundamento del recurso se enuncia, y el desconocimiento de que en el actual sistema la responsabilidad penal es individual independientemente del número de personas que pudieren haber llevado a cabo un determinado comportamiento.

En las aludidas condiciones, al no haber concretado el libelista la configuración de ninguna de las eventualidades de transgresión al debido proceso que enuncia, no queda más camino que decretar el rechazo de la pretensión y disponer el envío del expediente al Tribunal 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 Pedro León Camargo Ferreira, dentro del presente asunto.

Devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

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 Manrique Noguéz, Carlos E. Mejía Escobar, Nilson Pinilla Pinilla.

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

CASACION-Quántum punitivo

La procedencia del recurso tiene como punto de referencia la "pena señalada" o "prevista" para el delito, señalamiento que en el ordenamiento jurídico colombiano, en homenaje al principio de legalidad, obviamente sólo puede ocurrir a través de la ley. Y la ley penal hace la fijación de la pena, de manera completa, tanto en los tipos básicos como en los calificados o circunstanciados, pues los últimos, además de que atañen a elementos intensificadores o aminorantes del impacto de los componentes de la estructura del hecho punible (tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad), igualmente consagran un mínimo y un máximo de incremento o de reducción punitiva, según el caso, en relación con la oscilante pena básica.

La pena del delito no es sólo la prevista como consecuencia del modelo comportamental básico, sino la que corresponde a la conducta total, razón por la cual, si es del caso, la primera debe complementarse con las proporciones señaladas para las circunstancias legalmente aceptadas como agravantes o atenuantes del hecho punible.

Ahora bien, como la regulación del recurso extraordinario se hizo en atención al "máximo" de la sanción imponible (aunque a la postre no sea la que concretamente se impone), el cálculo para el caso del delito circunstanciado requiere que el máximo previsto en el tipo penal básico o especial se incremente en la mayor cantidad posible señalada en el tipo subordinado, si se trata de agravante, o se disminuya en el límite inferior indicado, cuando se refiere a una atenuante.

Corte Suprema de Justicia. - Sala de Casación Penal. - Santa Fe de Bogotá, D. C., primero de julio de mil novecientos noventa y nueve.

Magistrado Ponente: Dr. *Jorge Aníbal Gómez Gallego.*

Aprobado Acta N° 97 Proceso No. 15537

Por medio de sentencia fechada el 16 de septiembre de 1998, el Tribunal Superior de Santa Fe de Bogotá confirmó el fallo de primera instancia dictado por el Juzgado Cuarenta y Nueve Penal del Circuito de la misma ciudad, según el cual el procesado Víctor Julio Moreno Medina fue condenado a la pena

principal de cincuenta (50) meses de prisión, como autor del delito de acto sexual abusivo con incapaz de resistir, agravado por la edad de la víctima, conforme con las previsiones de los artículos 304, inciso 2° y 306, numeral 5 del Código Penal, el primero modificado por el artículo 6° de la ley 360 de 1997 (cuaderno segunda instancia, fs. 4).

Oportunamente, la defensora del sentenciado interpuso el recurso extraordinario de casación, pero el Tribunal, de acuerdo con auto del 20 de enero de 1999, lo declaró inadmisible por cuanto el máximo de pena previsto en el texto modificado del inciso 2° del artículo 304 del Código Penal es apenas de cuatro (4) años, *quantum* que entonces no alcanza el límite señalado en el artículo 218 del Código de Procedimiento Penal, que es 6 años o más (fs. 17, ídem).

Posteriormente, en memorial cuya fecha de presentación es ilegible, la defensora dice que, en vista de la negación del recurso extraordinario, propone la casación discrecional, de conformidad con el inciso 3° del artículo 218 del C. de P. P., dado que se ha violado el derecho de defensa (fs. 20). El Tribunal advierte que esta última figura es de competencia privativa de la Corte y, en razón de ello, remite la actuación por medio de auto del 16 de febrero último (fs. 22).

La Sala Considera

De conformidad con el inciso 1° del artículo 218 del C. de P. P., el recurso extraordinario de casación procede en relación con las sentencias de segunda instancia dictadas por el Tribunal Nacional, los Tribunales Superiores de Distrito Judicial y el Tribunal Superior Militar, siempre que se trate de "*delitos que tengan señalada pena privativa de la libertad cuyo máximo sea o exceda de seis (6) años, aun cuando la sanción impuesta haya sido una medida de seguridad*" (Se resalta).

Pues bien, *la procedencia del recurso tiene como punto de referencia la "pena señalada" o "prevista" para el delito, señalamiento que en el ordenamiento jurídico colombiano, en homenaje al principio de legalidad, obviamente sólo puede ocurrir a través de la ley. Y la ley penal hace la fijación de la pena, de manera completa, tanto en los tipos básicos como en los calificados o circunstanciados, pues los últimos, además de que atañen a elementos intensificadores o ameniorantes del impacto de los componentes de la estructura del hecho punible (tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad), igualmente consagran un mínimo y un máximo de incremento o de reducción punitiva, según el caso, en relación con la oscilante pena básica.*

La pena del delito no es sólo la prevista como consecuencia del modelo comportamental básico, sino la que corresponde a la conducta total, razón por la cual, si es del caso, la primera debe complementarse con las proporciones señaladas para las circunstancias legalmente aceptadas como agravantes o atenuantes del hecho punible.

Ahora bien, como la regulación del recurso extraordinario se hizo en atención al "máximo" de la sanción imponible (aunque a la postre no sea la que concreta-

mente se impone), el cálculo para el caso del delito circunstanciado requiere que el máximo previsto en el tipo penal básico o especial se incremente en la mayor cantidad posible señalada en el tipo subordinado, si se trata de agravante, o se disminuya en el límite inferior indicado, cuando se refiere a una atenuante.

El sentido de esta operación ha sido definido por la Corte desde la expedición de los autos de 21 de junio y 9 de septiembre de 1957, ratificado el 24 de julio de 1980, cuando dijo que "... el *quantum* de la sanción se determina en el artículo constitutivo del delito o de cada uno de los delitos por los cuales se dictó la sentencia que se pretende impugnar, y la señalada en los artículos que estructuran las circunstancias específicas que se tuvieron en cuenta para aumentar o disminuir la sanción con los aumentos máximos o disminuciones mínimas que pudieran computarse. Todo lo cual dará por separado la sanción máxima imponible en cada delito, que de resultar para uno solo de cinco o más años (hoy, seis o más, se aclara), hará la sentencia susceptible del recurso extraordinario de casación" (Subrayas agregadas).

En el caso concreto, el inciso 2° del artículo 304 del Código Penal prevé una sanción máxima de cuatro (4) años de prisión, y, como en la sentencia se dedujo la circunstancia de agravación señalada en el numeral 5° del artículo 306 del mismo estatuto, significa que el básico puede intensificarse "de una tercera parte a la mitad"; es decir, el mayor aumento posible, por tratarse de una agravante, sería de dos (2) años, lo cual arroja un máximo imponible de seis (6) años, resultado que hace la sentencia compatible con el objeto del recurso extraordinario de casación común, sin necesidad de acudir a las especiales condiciones requeridas en la casación discrecional.

Sin embargo, frente a la providencia del 20 de enero de 1997, que equivocadamente negó el recurso de casación común, supuestamente porque la sentencia no podía ser objeto del mismo, la defensora debió intentar el recurso de hecho, dentro del término de ejecutoria del respectivo auto, como lo disponen los artículos 186 y 207 del Código de Procedimiento Penal.

Dado que la impugnante abandonó el camino legal, pues se acogió a una improcedente casación discrecional, en lugar de recurrir de hecho para buscar la concesión del recurso de casación común negado, la Corte se abstendrá de pronunciarse sobre el pedimento señalado y declarará que está en firme el mencionado auto de negación. En efecto, la decisión del 20 de enero de 1999 fue notificada por estado el día 8 de febrero siguiente, acto que corresponde a la última notificación, lo cual significa que el recurso de hecho debió interponerse entre el 9, 10 y el 11 de febrero, que son los tres días siguientes hábiles para interponer la mencionada impugnación ordinaria (art. 197 C. P. P).

De otra parte, si el término para interponer el recurso extraordinario venció el 13 de enero de 1999 (fs. 16), significa que la solicitud de casación discrecional es extemporánea, supuesto que apenas se intentó el 11 de febrero siguiente, cuando ya la sentencia de segunda instancia estaba ejecutoriada.

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

RESUELVE:

Abstenerse de decidir sobre el recurso de casación discrecional propuesto por la defensora del procesado Víctor Julio Moreno Medina, pues la petición es manifiestamente improcedente.

En consecuencia, se declara que la sentencia del 16 de septiembre de 1998 y el auto del 20 de enero del año en curso, dictados por el Tribunal Superior de Santa Fe de Bogotá, quedaron ejecutoriados.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

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

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

INTEGRACION DE NORMAS

Como bien anota el Procurador Delegado, la integración prevista en el artículo 21 del Código de Procedimiento Penal permite la aplicación de disposiciones del Código de Procedimiento Civil o de otros ordenamientos procesales, únicamente en cuanto traten aspectos no regulados por aquel código. Una de las pautas a tener en cuenta en la valoración del testimonio en este caso, no deriva propiamente del artículo 217 del ordenamiento procedimental civil, invocado por el libelista, sino de la integridad regulada por el artículo 294 del estatuto procesal penal.

Corte Suprema de Justicia. - Sala de Casación Penal. - Santa Fe de Bogotá, D. C., primero (1°) de julio de mil novecientos noventa y nueve (1999).

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

Aprobado Acta No. 97 Proceso No. 11391

Se procede a resolver el recurso de casación interpuesto en defensa del procesado Luis Eduardo Piñeros Sánchez, contra la sentencia del Tribunal Superior de Bogotá que confirmó parcialmente el fallo proferido por el Juzgado 19 Penal del Circuito de esta ciudad, por homicidio consumado y tentativa de homicidio, reduciéndole la pena impuesta.

Hechos

La noche del 7 de agosto de 1992, en el barrio Garcés Navas de Bogotá, se encontraban Marco Tulio Cortés Rodríguez, Jorge Tobías González Castillo y Danilo Gamba Carrillo en un asadero de pollos, de donde salió el último a comprar cigarrillos y posteriormente Tobías fue en su búsqueda. Se presentó una discusión con varias personas que ingerían licor al frente de un taller de ornamentación, entre ellos Luis Eduardo Piñeros Sánchez, trabajador de un expendio de carne y Luis Humberto Aguilar Carreño, quienes empuñaron armas de fuego, que dispararon contra Danilo y Tobías, quien días después falleció en el Hospital Simón Bolívar, sufriendo Danilo lesiones que le ocasionaron 35 de incapacidad, que sólo fue posible reconocer temporalmente.

ANTECEDENTES PROCESALES

La Fiscalía 49 Seccional de Bogotá abrió investigación y la Fiscalía 95 Seccional oyó en indagatoria a Luis Eduardo Piñeros Sánchez y emplazó y declaró persona ausente a Luis Humberto Aguilar Carreño, profiriéndoles medida de aseguramiento de detención preventiva el 4 de enero y el 31 de marzo de 1993, respectivamente. Cerrada parcialmente la instrucción, el 17 de noviembre del mismo año le fue dictada resolución de acusación a Luis Eduardo Piñeros Sánchez, por homicidio y tentativa de homicidio (fs. 389 y Ss., cd. 1), medida que no fue recurrida. Posteriormente fue clausurada la investigación restante y el 29 de junio de 1994 se profirió resolución de acusación contra Luis Humberto Aguilar Carreño, por los mismos delitos (fs. 452 y Ss., cd. 2), decisión que fue apelada pero se desistió del recurso.

Correspondió al Juzgado 19 Penal del Circuito de Bogotá adelantar el juicio inicial, al que posteriormente acumuló el segundo. Celebrada la audiencia pública, el 15 de junio de 1995 condenó a los sindicados, por el homicidio consumado y la tentativa de homicidio, a 17 años de prisión y 10 años de interdicción de derechos y funciones públicas, imponiéndoles la obligación solidaria de indemnizar en concreto los perjuicios causados con el homicidio (fs. 710 y Ss., cd. 1), cubiertos al parecer los otros con anterioridad.

Apelada la sentencia, el Tribunal Superior de Bogotá disminuyó la prisión a 14 años y confirmó lo demás, en fallo del 4 de septiembre de 1995. Contra esta decisión se interpuso el recurso extraordinario de casación en defensa de los dos procesados, pero fue declarado desierto el relacionado con Luis Humberto Aguilar Carreño, por extemporaneidad de la demanda que el defensor común presentó en representación de ambos acusados.

LA DEMANDA

El impugnante censura el fallo al amparo de la causal primera de casación, por violación indirecta de la ley sustancial, aduciendo errores de hecho en la apreciación de algunas pruebas, que llevó a falta de aplicación de los artículos 246 y 445 del Código de Procedimiento Penal y aplicación indebida de los artículos 26 y 323 del Código Penal, así:

1° Dice que el Tribunal dividió el testimonio de la hija de Jorge Tobías González Castillo, Gloria Alexandra González, para acoger su ampliación, en donde expresa que su agonizante padre señaló a "Aguilar y los de la fama" como las personas que lo habían herido. Dejó de lado la primera versión, en la cual manifestó "que mi papá estuvo consciente, pero él por el tiro que sufrió en la nuca no pudo hablar, él trataba de decir algo pero no se le entendía nada".

2° Señala que Blanca Celina González contó que su hermano Tobías le indicó que "fue Aguilar y los de la fama"; sin embargo, en la ampliación precisa que escuchó que "eran los de la fama". Ella también declaró que Gloria Alexandra no ingresó al hospital y, por lo tanto, nada pudo escuchar.

3° Expresa que Marco Tulio Cortés Rodríguez afirmó que, al escuchar los disparos, salió en busca de sus amigos Tobías y Danilo y los halló lesionados, diciéndole el primero que había sido herido por AGUILAR y los de la fama. Sostiene el censor que no se tuvo en cuenta la ebriedad del deponente, la oscuridad, su manifestación de no ver bien y no tener capacidad para reconocer a los agresores, con lo cual se incurrió en error de hecho al distorsionarse el contenido de la prueba.

4° Afirma que Jesús Alberto González Castillo dijo que los agresores fueron Humberto Aguilar y los de la fama, lo cual confirmó Danilo Gamba cuando fue a visitarlo a su casa. En el barrio decían Lucas Prieto e Ignacio Ayala, entre otros, que Gamba había cambiado su versión, al haber recibido una camioneta de los homicidas. El fallador no tuvo en cuenta que aquel testimonio es sospechoso y fue desvirtuado por Prieto y Ayala, sin que se le pueda dar el significado asumido por el Tribunal.

5° Sostiene que la atestación de Danilo Gamba fue distorsionada por el juzgador, al concluir que modificó sus aseveraciones contra los sindicados, no se sabe si por dinero o temor, lo cual son conjeturas, pues el testigo dijo no conocer ni haber advertido quién le disparó.

6° Indica que la diligencia en donde no fueron reconocidos los procesados, fue tenida en cuenta en lo negativo. Danilo Gamba y Marco Tulio Cortés no identificaron al sindicado y se dejó constancia de que aquél respondió con evasivas, cuando en realidad no estaba en condiciones de reconocer. Sostiene el casacionista que esa falta de reconocimiento descarta la autoría por parte de los acusados.

7° Manifiesta que con las declaraciones de Víctor Manuel Acosta Silva, Tito Alvaro Muñoz Cordillo, Fabio Danilo Perilla, Melesio Mendoza Bohórquez, Luis Darío Larrota, José Adolfo Olaya Sandoval, Hernán Gutiérrez Trujillo, Edgar Berbeo Peña, Lucas Prieto e Ignacio Ayala, se demostró que Humberto y Nelson Alfonso Arenas son los autores de los delitos en mención y la inspección judicial "no puede quedarse el alcance en los simples términos que lo ha hecho el sentenciador" (sic), de establecer el corto trayecto entre el asadero de pollos y el taller de ornamentación.

8° Aduce que ante la falta de prueba balística, el sentenciador sostiene que en el cuerpo del occiso se encontró un proyectil calibre 38 y el Ministerio de Defensa comunicó que a Luis Humberto Aguilar le vendió un revólver 38, de lo cual concluyó que "aunque se diga que no portaba arma, sí portaba una y que la accionó contra las víctimas". La ausencia de esa prueba no podía suplirse con tal consideración del Tribunal.

9° El censor dice que no se dan los indicios de presencia y fuga, porque los hermanos Alfonso Arenas estuvieron bebiendo licor en el taller de Manolo, pero los hechos acontecieron en la vía pública y Luis Eduardo Piñeros se presentó en la Fiscalía, rindió indagatoria y obtuvo su libertad.

Por último, señala que se desconoció el principio *in dubio pro reo* y, por lo tanto, solicita casar el fallo y absolver al sindicado Luis Eduardo Piñeros Sánchez.

CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

El Procurador Primero Delegado en lo Penal conceptúa que no se debe casar la sentencia impugnada, por los motivos que se resumen a continuación.

Con relación a los dos primeros reproches estima que le asiste razón al recurrente, porque el fallador pasó por alto notorias contradicciones entre las diferentes versiones de Gloria Alexandra y Blanca Celina González. Riñe con la lógica que se afirme primero que el lesionado no podía hablar o no se le entendía y meses después se sostenga haberle comprendido cuando acusó a los procesados. Nada clara es la afirmación de Blanca Celina, al estar su atestación influenciada por su hermano Jesús. Sin embargo, estos testimonios no fueron los únicos ni los principales soportes de la sentencia atacada.

Considera el representante de la sociedad que no hay elemento de juicio que permita deducir que Cortés Rodríguez se encontraba en tan avanzado estado de embriaguez, que le impidiera escuchar la sindicación directa que la víctima hizo contra los procesados, sin que en ello tuviera incidencia la oscuridad o la imposibilidad de reconocer a los agresores. El impugnante no señala por qué considera sospechoso el testimonio de Jesús González, ni qué aspectos permiten arribar a esa conclusión, pues ser hermano del ofendido no implica *per se* que haya efectuado afirmaciones falsas.

En cuanto a la declaración de Danilo Gamba, expresa el Agente del Ministerio Público que inicialmente el deponente dijo que Humberto Aguilar y un señor de una "fama" estaban en el grupo que los atacó con armas de fuego, lo lesionó a él y le ocasionó la muerte a su amigo Jorge González. Su renuencia a incriminarlos en la diligencia de reconocimiento en fila de personas, obedeció a las amenazas o al arreglo económico a que llegó, del cual dio noticia al proceso.

Dice que a través de Víctor Acosta, Tito Muñoz, Fabio Perilla, Melesio Mendoza, Lucas Prieto, Ignacio Ayala y los agentes de policía José Olaya, Hernán Gutiérrez y Edgar Berbeo, se pretende trasladar la autoría de los delitos hacia los hermanos Nelson y Humberto Alfonso Arenas, "Los Sabaneros", quienes fallecieron el 30 de agosto de 1992. Al comienzo ninguno los mencionó como integrantes del grupo agresor ni como autores de los delitos, pero después de muertos se hace tal aseveración mediante declaraciones acomodaticias, como reveló el Tribunal, que valoró los testimonios y la prueba de manera integral.

Indica que la coincidencia de los calibres del proyectil hallado al cadáver y del arma vendida a Humberto Aguilar, no es un invento del fallador sino un hecho objetivo, que se une a la cadena indiciaria correctamente valorada contra los reos.

Por último, señala como desacierto del censor negar la configuración del hecho indicador porque los sindicados estaban dentro del taller y los hechos ocurrieron afuera, cuando "el inmueble donde funciona el taller como el andén y la pequeña zona verde ubicada al frente del mismo, constituyen un sólo lugar desde el punto de vista espacial".

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

Aunque en el mismo libelo aparecen los reproches formulados contra la sentencia recurrida frente a la situación de ambos acusados, mezclados con algunos exclusivamente alegados a favor de Luis Humberto Aguilar Carreño, la Sala no se refiere a estos últimos porque, como ya se expresó, el Tribunal declaró desierto el recurso interpuesto a su nombre, al haber sido presentada la demanda extemporáneamente en su situación, por lo cual únicamente se examinará lo relacionado con el procesado Luis Eduardo Piñeros Sánchez.

En lo concerniente a los errores de hecho que constituirían falso juicio de identidad, por haberse tenido en cuenta parcialmente las atestaciones de Gloria Alexandra y Blanca Celina González, se observa que aquella aseveró inicialmente que a su progenitor, Jorge Tobías González Castillo, no podía entendérsele (f. 10, cd. 1), pero meses después, al ampliar la declaración, dice haber oído cuando su padre imputó la agresión al "señor Aguilar y los de la fama" (f. 230 ib.), mientras que Blanca Celina cuenta que en el Hospital de La Granja al inquirirlo sobre el autor de la lesión, le contestó que "fue Aguilar y los de la fama" (f. 12 ib.); sin embargo, en la ampliación señaló: "lo único que escuché fue que él decía que los de la fama", mientras su hermano Jesús le dijo saber ya quién fue el que lo mató.

El fallador apreció únicamente las primeras versiones y guardó silencio con relación a las segundas, como si lo único expresado por los testigos fuera aquello, con lo cual eliminó las contradicciones en que incurrieron y asume que el ofendido realizó con nitidez esos señalamientos, cuando en realidad su hija manifestó que lo que balbuceaba no se le entendía.

No obstante, así el Tribunal se hubiere equivocado en la apreciación de tales testimonios, la censura no está llamada a prosperar porque la sentencia condenatoria no se basó exclusivamente en esos testigos, quienes no presenciaron los hechos y se refirieron a una circunstancia posterior a su acaecimiento, relacionada con el estado de salud de la mencionada víctima. Como se apreciará, fueron otras pruebas las que llevaron a concluir la responsabilidad de los procesados, por lo cual esta censura es intrascendente y la sentencia sigue incólume.

El recurrente señala también que en la apreciación del testimonio de Marco Tulio Cortés Rodríguez el fallador hizo a un lado sus aseveraciones de que estaba oscuro, no ve bien y se hallaba ebrio. Es ilógico plantear que la oscuridad o las deficiencias visuales del testigo le impedían escuchar a su amigo lesionado, cuando precisamente a pesar de su embriaguez se acercó en su auxilio, poco después de sufridas las lesiones, momento en que las conse-

cuencias de éstas aún no le discapacitaban con la intensidad padecida al arribo de los consanguíneos. La existencia de esas expresiones fue lo acogido por el juzgador, pues para tenerlas como probadas no había que proceder a considerar otros aspectos, como los indicados por el deponente acerca de a quiénes vio empuñando armas, en donde sí entraban en juego los factores de visibilidad reclamados por el casacionista.

En otras palabras, como el sentenciador no se refirió a las imputaciones directas efectuadas por tal declarante contra uno de los procesados, no había razón para que entrara a analizar las circunstancias mencionadas por el recurrente y ningún error se observa en el fallo al no tener en cuenta algo que no incidía negativa o favorablemente en la audición de Marco Tulio Cortés Rodríguez.

El demandante ataca así mismo la apreciación que el Tribunal hizo de la versión de Jesús González por olvidar que es un testigo sospechoso, como hermano de una de las víctimas, por lo cual considera que incurrió en error de hecho, que no especifica ni denomina. Tal circunstancia no lleva a priori a restarle mérito probatorio, al ser indispensable analizar su contenido y, con base en la ciencia, la lógica y la experiencia, darle credibilidad o no.

Además, *como bien anota el Procurador Delegado, la integración prevista en el artículo 21 del Código de Procedimiento Penal permite la aplicación de disposiciones del Código de Procedimiento Civil o de otros ordenamientos procesales, únicamente en cuanto traten aspectos no regulados por aquel código. Una de las pautas a tener en cuenta en la valoración del testimonio en este caso, no deriva propiamente del artículo 217 del ordenamiento procedimental civil, invocado por el libelista, sino de la integridad regulada por el artículo 294 del estatuto procesal penal.*

Tampoco tiene razón el demandante al endilgar al fallador que tergiversó la declaración de Danilo Gamba Carrillo y sostener que no podía afirmar que por dinero o miedo cambió su postura y postreramente decidió favorecer a los sindicados. Al respecto consideró el Tribunal:

"... Luis Piñeros Y Luis Humberto Aguilar, la noche de los sucesos, en la calle, ingerían bebidas embriagantes con otras personas, hubo altercado con Danilo Gamba y Jorge Tobías González, accionaron sus armas contra estos, pues... el propio Gamba, quien en su primera intervención indicó que uno de los autores había sido el de la fama que tenía blusa blanca con manchas de sangre, y que por miedo, o por un arreglo posterior inculpa a los 'Sabaneros', ya muertos."

Claramente se aprecia que el censor no imputa al sentenciador un error de hecho por falso juicio de identidad, ya que no señala cuál aspecto del testimonio de Gamba Carrillo fue distorsionado, sino que está inconforme porque en el fallo se acogió lo expuesto en la primera versión y busca que prevalezca lo referido en la ampliación.

El juzgador indicó las razones por las cuales dio credibilidad al dicho inicial, como precisar el deponente que uno de los agresores vestía una blusa blanca, la cual solía usar el expendedor de carne, quien posteriormente fue identificado como Luis Eduardo Piñeros Sánchez. Danilo Gamba Carrillo desde el comienzo reconoció que estaba temeroso, pues había sido amenazado telefónicamente; de ahí que no exista equívoco del Tribunal al demeritar la versión final y acoger la primera.

El objetivo deseado por el impugnante y la forma como realiza el ataque al fallo recurrido es ajeno al recurso extraordinario, por no corresponder en la casación decidir sobre disparidad de criterios ni dar prelación a la manera peculiar del casacionista de analizar la prueba, puesto que se busca, entre otras finalidades, corregir reales errores trascendentes del juzgador.

Lo mismo debe pregonarse de la apreciación que el Tribunal hizo de la diligencia en donde Danilo Gamba no reconoció a Luis Eduardo Piñeros Sánchez como uno de los autores de los hechos investigados, pues la postura asumida por dicho ofendido es la misma observada frente al segundo relato en mención, en donde se nota el temor o la influencia proveniente del probable arreglo al que habían llegado, mediante el traspaso de un vehículo como indemnización de los perjuicios que le causaron, según indicó el *ad quem*. Circunstancias que no podían ser pasadas por alto en el análisis de la prueba, mientras que el recurrente pretende que estos aspectos sean eludidos y que aisladamente se examine la diligencia, con el ánimo de hacer prevalecer su criterio, pero incumpliendo lo previsto en el inciso primero del artículo 254 del Código de Procedimiento Penal sobre la apreciación en conjunto.

Nuevamente el censor no especifica ni denomina los posibles yerros imputados al juzgador en la valoración de las atestaciones de Víctor Manuel Acosta Silva, Tito Alvaro Muñoz Gordillo, Fabio Danilo Perilla, Melesio Mendoza Bohórquez, Luis Darío Larrota, José Adolfo Olaya Sandoval, Hernán Gutiérrez Trujillo, Edgar Berbeo Peña, Lucas Prieto e Ignacio Ayala, quienes afirman que los hermanos Humberto y Nelson Alfonso Arenas son los autores de la muerte de Tobías González y de la tentativa de homicidio contra Danilo Gamba Carrillo. El *ad quem* refirió sobre tales atestaciones:

"Estos testimonios no merecen credibilidad, pues como se reseñó tratan de favorecer a los procesados, y culpan a 'Los Sabaneros' después de muertos. Se debe tener de presente que el lesionado GAMBA en su primera intervención no los mencionó y eso que dice que tuvo los agresores a 3 m. de distancia.

Igual acontece con los testimonios de los agentes de la policía Edgar Berbeo Peña, José Adolfo Olaya Sandoval y Hernán Gutiérrez Trujillo, rendidos durante la audiencia pública, es decir, 2 años 6 meses (sic), quienes nunca rindieron informe sobre los hechos, dicen que solo trasladaron a los heridos al hospital, y ahora recuerdan los detalles, pero con serias contradicciones que demeritan su credibilidad."

Tales versiones fueron examinadas individual y colectivamente por el *ad quem*, además de compararlas con las restantes pruebas, para llegar a la conclusión de que sus aseveraciones no concordaban con lo acaecido esa noche. Frente a esa labor, aparece el somero ataque del demandante, quien afirma "que puede deducirse este error que consiste precisamente en denegar toda credibilidad a estas personas". Lo imputado no es un yerro, sino un mero alegato de instancia que se aparta de la técnica que rige el recurso extraordinario de casación y, ante la imposibilidad de reseñar una falencia del juzgador, pretende que la interesada opinión como representante judicial de una de las partes sea acogida por encima de las apreciaciones realizadas por el *ad quem*, de conformidad con la sana crítica, las cuales arriban precedidas de la doble presunción de acierto y legalidad, en nada desvirtuadas por el censor.

En cuanto a la prueba indiciaria que critica el recurrente, no señala si ataca las inferencias realizadas por el sentenciador y del texto de la censura alcanza a colegirse que hace relación a los hechos indicadores. Sin embargo, dirige el reproche al supuesto indicio de presencia de los hermanos Alfonso Arenas, quienes no fueron vinculados al proceso y el *ad quem* obviamente no les formuló cargo alguno, y consideró que acomodaticiamente les estaban trasladando la responsabilidad, al aprovechar que habían muerto. Resulta así desacertado que se pretenda desvirtuar una prueba, dándole un contenido que no tiene.

Por último, el Tribunal no dedujo el indicio de fuga contra el procesado Luis Eduardo Piñeros Sánchez y deviene ilógico ensayar un reproche contra una prueba inexistente y, por lo tanto, no valorada por el *ad quem*.

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 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, Mario Mantilla Nougués, Carlos Eduardo Mejía Escobar, Nilson E. Pinilla Pinilla.

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

ANONIMO

El artículo 27 del Código de Procedimiento Penal establece que quien formula una denuncia debe hacerlo bajo juramento, hecho que sin duda conlleva a establecer su identidad, por cuanto se pretende que la persona que ejercita la acción penal lo haga con seriedad y responsabilidad.

Por su parte, el artículo 38 de la Ley 190 de 1995, restringió adelantar averiguaciones penales y disciplinarias con base en denuncia anónima a menos que existan medios probatorios suficientes sobre la comisión del delito que permitan adelantar la actuación de oficio.

Reiteradamente ha sostenido la Corte que denuncia anónima es todo escrito que carece de signatario o que teniéndolo no le figura identidad al suscriptor para que pueda ser localizado, con el fin de que ayude al aparato judicial en la investigación de los hechos punibles que pone en conocimiento.

Corte Suprema de Justicia. - Sala de Casación Penal. - Santa Fe de Bogotá, D.C., seis (6) de julio de mil novecientos noventa y nueve (1999).

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

Aprobado Acta No. 98 Proceso No. 15350

Se pronuncia la Corte sobre la idoneidad de la denuncia presentada contra Alvaro García Romero, Senador de la República.

ANTECEDENTES

1. El autor del escrito anónimo, quien lo suscribe con una firma ilegible, hace el recuento de los siguientes hechos:

"Resulta que el senador Alvaro García Romero, consiguió con Findeter la suma de dos mil millones ($2.000.000.000,oo) de pesos para invertirlos en varias obras en el departamento de Sucre. Pero en contubernio con el Sr. Gobernador, le exigieron a cada uno de los veinte contratistas la suma de veinte millones ($20.000.000,oo) de pesos para poderles otorgar el contrato. Cada contrato fue por la suma de cien millones ($100.000.000,oo) de pesos.

"En el INAT está pasando otro tanto, pues la perforación de un pozo artesiano cuesta la suma de veinticinco millones ($25.000.000,oo) de pesos y

se los está facturando al Estado por la suma de ciento cincuenta millones ($150.000.000,oo) de pesos".

2. Acreditada la calidad de congresista del imputado, procede la Corte a decidir lo que en derecho corresponde.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

La Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia tiene competencia para decidir este asunto, como quiera que en la actualidad el denunciado Alvaro García Romero ostenta la investidura de Senador de la República, al tenor de lo dispuesto en el numeral 3° del artículo 235 de la Constitución Política.

El artículo 27 del Código de Procedimiento Penal establece que quien formula una denuncia debe hacerlo bajo juramento, hecho que sin duda conlleva a establecer su identidad, por cuanto se pretende que la persona que ejercita la acción penal lo haga con seriedad y responsabilidad.

Por su parte, el artículo 38 de la Ley 190 de 1995, restringió adelantar averiguaciones penales y disciplinarias con base en denuncia anónima a menos que existan medios probatorios suficientes sobre la comisión del delito que permitan adelantar la actuación de oficio.

En el caso que ocupa la atención de la Sala, el autor del escrito de denuncia no lo hizo personalmente, ni anotó su nombre, como tampoco señaló domicilio donde podría ser localizado.

Reiteradamente ha sostenido la Corte que denuncia anónima es todo escrito que carece de signatario o que teniéndolo no le figura identidad al suscriptor para que pueda ser localizado, con el fin de que ayude al aparato judicial en la investigación de los hechos punibles que pone en conocimiento.

Por lo anterior, ha de inadmitirse el escrito de denuncia anónima contra el imputado Alvaro García Romero, con fundamento en el artículo 27 de la Ley 24 de 1992, aplicable por remisión del artículo 38 de la Ley 190 de 1995, habida cuenta que no se tiene ningún otro elemento de juicio que permita adelantar la investigación de oficio.

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

RESUELVE:

RECHAZAR la denuncia anónima presentada contra el Senador Alvaro García Romero. En firme esta decisión, ARCHÍVESE la actuación.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Jorge Aníbal Gómez Gallego, Fernando Arboleda Ripoll, Ricardo Calvete Rangel, Jorge E. Córdoba Poveda, Carlos Augusto Gálvez Argote, Edgar Lombana Trujillo, Mario Maruilla Nougués, Carlos E. Mejía Escobar, Nilson E. Pinilla Pinilla.

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

CASACION DISCRECIONAL

De tiempo atrás la Sala de manera reiterada ha sostenido que la solicitud de aceptación del recurso de casación establecido en el tercer inciso del artículo 218 del C. de P. P. debe expresar sumariamente las circunstancias fácticas y legales que sirven de fundamento a la o las censuras a proponer, no distintas a las consagradas en ese precepto, a saber, la necesidad de un desarrollo jurisprudencial o/y de garantía de derechos fundamentales desconocidos en el proceso que ha culminado con la sentencia a impugnar; de tal suerte que esa motivación es la llamada a justificar el ejercicio del arbitrio otorgado a la Corte por el mismo precepto, para determinar sobre la procedencia del recurso extraordinario excepcional. (autos de mayo 31/95 M.P.Dr. Saavedra, de noviembre 4/98 M.P. Dr. Gómez Gallego, entre otros).

Corte Suprema de Justicia. - Sala de Casación Penal. - Santa Fe de Bogotá, D.C., seis (6) de julio de mil novecientos noventa y nueve (1999).

Magistrado Ponente: Dr. *Mario Madrilla Nougués.*

Aprobado Acta No. 098 Proceso No. 15883

Se pronuncia la Corte sobre la procedencia del recurso de casación que manifiesta interpondrá con fundamento en el tercer inciso del artículo 218 del C. de P.P. la defensa del procesado Angel Alberto Morales González, contra la sentencia proferida el 15 de abril de 1999 por el Juzgado 5o. Penal del Circuito de Neiva, en la que se le condena como autor del delito de inasistencia alimentaria, tipificado en el artículo 263 del C.P.

Antecedentes

1. En providencia del 6 de mayo de 1994 el Juzgado 3o. Promiscuo de familia de Neiva impuso a Ángel Alberto Morales la obligación de pagar cincuenta mil pesos mensuales por concepto de cuota alimentaria en favor de sus hijos menores de edad nacidos de su unión con Sara Inés Caquimbo, al no cumplir la referida obligación, fue denunciado meses después por el delito de inasistencia alimentaria, y en ese orden fue comprometido en juicio el 8 de octubre de 1997 en resolución que cobró ejecutoria un mes después (fls. 80 y ss. y 89 cd. ppl.).

2. Al culminar la etapa de la causa, el Juzgado 2o. Penal Municipal de la misma ciudad profirió sentencia de condena (fls. 140 y ss.), que fue confirmada por el Juzgado 5o. Penal del Circuito, al desatar la apelación interpuesta por el defensor, mediante la sentencia contra la cual el mismo profesional manifiesta estar dispuesto a recurrir en casación conforme a lo dispuesto en el tercer inciso del artículo 218 del C. de P. P.

La Solicitud

Presentada en término legal, contiene el previo reconocimiento de la competencia de la Corte para decidir sobre su aceptación y de las causales que demarcan la procedencia de este excepcional recurso de casación. En lo medular de su contenido limita la motivación a estos precisos términos:

"Y precisamente por considerar que la garantía de los derechos fundamentales de mi defendido ha sido vulnerada al desconocer el debido proceso a través de la sentencia recurrida, y que no existe otro mecanismo ordinario idóneo para corregir y suspender tal violación, es que se interpone el presente recurso por su vía excepcional, y que comedidamente se solicita a su despacho se sirva tramitar".

Consideraciones de la Corte

De tiempo atrás la Sala de manera reiterada ha sostenido que la solicitud de aceptación del recurso de casación establecido en el tercer inciso del artículo 218 del C. de P. P. debe expresar sumariamente las circunstancias fácticas y legales que sirven de fundamento a la o las censuras a proponer, no distintas a las consagradas en ese precepto, a saber, la necesidad de un desarrollo jurisprudencial o/y de garantía de derechos fundamentales desconocidos en el proceso que ha culminado con la sentencia a impugnar; de tal suerte que esa motivación es la llamada a justificar el ejercicio del arbitrio otorgado a la Corte por el mismo precepto, para determinar sobre la procedencia del recurso extraordinario excepcional. (autos de mayo 31/95 M.P.Dr. Saavedra, de noviembre 4/98 M.P. Dr. Gómez Gallego, entre otros).

La solicitud en examen omite en forma íntegra toda motivación, porque, tal como su texto transcrito lo revela, se limita a afirmar que en la sentencia se desconoció al implicado la garantía del debido proceso, sin precisar cuál fue la irregularidad cometida en ese pronunciamiento o en la actuación -a cuyo contenido tampoco hace alusión-, de tal suerte que sin argumentación, se limita a enunciar la violación de la garantía procesal, sin precisar las razones por las cuales considera fue vulnerado el debido proceso y su incidencia en el fallo, impidiendo así a la Corte conocer la razón de ser de la censura, y en consecuencia, avizorar la necesidad de facilitar su garantía a través del excepcional mecanismo de control jurisdiccional que es el recurso invocado.

Imposibilitada de tan elocuente manera la viabilidad de la impugnación, habrá de resolverse adversamente la petición.

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

RESUELVE:

NO CONCEDER el recurso de casación solicitado contra la sentencia del Juzgado 5o. Penal del Circuito de Neiva que condena a Ángel Alberto Morales González por el delito de inasistencia alimentaria. En firme, devuélvase 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 A. Gálvez Argote, Edgar Lombana Trujillo, Mario Mantilla Nougués, Carlos E. Mejía Escobar, Nilson Pinilla Pinilla.

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

LIBERTAD PROVISIONAL-Competencia de la Corte

En retteradas oportunidades ha dicho la Corte , que en el trámite del recurso extraordinario de Casación la Sala únicamente tiene competencia para inadmitir la demanda o ajustarla, para resolverla de fondo, para decidir sobre la libertad provisional del procesado con sustento en el numeral 2°. del artículo 415 del Código de Procedimiento Penal y por último, para resolver las solicitudes de redención de pena.

Corte Suprema de Justicia. - Sala de Casación Penal. - Santa Fe de Bogotá, D.C., seis (6) de julio de mil novecientos noventa y nueve (1999).

Magistrado Ponente: Dr. *Carlos E. Mejía Escobar.*

Aprobado Acta No. 98 Proceso No. 12667

Resuelve la Sala lo pertinente a la solicitud presentada por el procesado Gilberto Antonio Quintero Marín y coadyuvada por el abogado César Augusto Zuluaga Henao, para que se le haga la devolución de una escopeta de uso doméstico, con salvoconducto, Marca Franchi calibre 12 No. 06021 TS que le fue decomisada en un allanamiento, el día 20 de noviembre de 1993.

Dicho proceso actualmente se encuentra al Despacho para proveer acerca del aspecto formal de la demanda.

En retteradas oportunidades ha dicho la Corte, que en el trámite del recurso extraordinario de Casación la Sala únicamente tiene competencia para inadmitir la demanda o ajustarla, para resolverla de fondo, para decidir sobre la libertad provisional del procesado con sustento en el numeral 2°. del artículo 415 del Código de Procedimiento Penal y por último, para resolver las solicitudes de redención de pena.

En consecuencia, como la petición que hace el inculpado no se refiere a ninguno de los aspectos arriba señalados, dicha solicitud no podrá ser atendida, por lo que la Sala de Casación de la Corte Suprema de Justicia,

RESUELVE:

NO ACCEDER, a darle trámite a la petición elevada por el procesado Gilberto Quintero Marín y el abogado César Augusto Zuluaga Henao.

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 Pinilla Pinilla.

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

ANONIMO

El Estatuto Anticorrupción, Ley 190 de 1995, estableció en su artículo 38 la obligatoriedad de la aplicación del numeral 1° del artículo 27 de la Ley 24 de 1992, a menos que existan medios probatorios suficientes sobre la comisión de un delito como para adelantar la actuación de oficio.

El artículo al que remite el Estatuto Anticorrupción, que reglamenta la recepción y trámite de quejas en la Defensoría del Pueblo, ordena la inadmisión de aquellas que sean anónimas o carezcan de fundamento, lo que aplicado al procedimiento penal, permite impedir el movimiento del aparato judicial cuando la denuncia reúna tales características o de ella no se derive la información suficiente como para iniciar una investigación de oficio.

Corte Suprema de Justicia. - Sala de Casación Penal. - Santa Fe de Bogotá D.C., seis (6) de julio de mil novecientos noventa y nueve (1999).

Magistrado Ponente: Dr. *Carlos E. Mejía Escobar.*

Aprobado Acta No. 98 Proceso No. 15103

Decide la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia lo que en derecho corresponda respecto del escrito hecho llegar a la Secretaría de la Sala a través del Despacho del Fiscal General de la Nación.

ANTECEDENTES

1. En memorial dirigido al Fiscal General de la Nación, se afirma, por quien suscribe como José Elías Franco Méndez, que el Senador de la República Edgar Perea recibió un préstamo de $10.000.000.oo de Miguel Rodríguez, versión que sostiene citando una página del libro "Rehenes de la Mafia", así mismo le critica su vanidad y derroche, por ufanarse de ganar $10.000.000.oo como locutor deportivo, haber pagado una página en el diario "El Heraldo" de Barranquilla para promocionarse como el hombre mejor vestido de Colombia y haber llegado al Senado de la República con enorme gasto de dinero, para cederle la curul a su "suplente".

2. Mediante comunicación del 12 de mayo de 1999, la Registraduría Nacional del Estado Civil informa que en el archivo alfabético de esa Institución

no aparece constancia de haberse expedido cédula a nombre de José Elías Franco Méndez.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

El Estatuto Anticorrupción, Ley 190 de 1995, estableció en su artículo 38 la obligatoriedad de la aplicación del numeral 1° del artículo 27 de la Ley 24 de 1992, a menos que existan medios probatorios suficientes sobre la comisión de un delito como para adelantar la actuación de oficio.

El artículo al que remite el Estatuto Anticorrupción, que reglamenta la recepción y trámite de quejas en la Defensoría del Pueblo, ordena la inadmisión de aquellas que sean anónimas o carezcan de fundamento, lo que aplicado al procedimiento penal, permite impedir el movimiento del aparato judicial cuando la denuncia reúna tales características o de ella no se derive la información suficiente como para iniciar una investigación de oficio.

El escrito que ha sido remitido a la Corte no solo es anónimo, por carecer de autor conocido, pues se firma con un nombre inexistente y se omite el número del documento de identidad, sino que es además un evidente ejemplo de vaguedad, generalidad y falta de seriedad, por lo que también puede concluirse que carece de fundamento.

En efecto, quien envío el escrito del que hoy se ocupa la Corte, se refiere de manera general a la supuesta recepción de un préstamo por parte del Senador PEREA, al tiempo que menciona aspectos que solo atañen al derecho a la intimidad del Senador, como sus ingresos laborales o los aspectos relacionados con su autoestima, hechos ajenos al derecho penal, pues estas no son situaciones de hecho que ameriten una investigación penal.

Agrégase además de la intrascendencia de los cargos que señala el remitente, la utilización de términos descomedidos contra la persona del Senador y la evidencia de la utilización del nombre de un ciudadano inexistente, lo que pone de presente la intención de quien así actúa de evadir cualquier responsabilidad que pueda llegar a derivarse por el abuso del derecho-deber de denunciar las conductas presuntamente punibles.

Así las cosas y en aplicación de los artículos 38 del Estatuto Anticorrupción y 27-1° de la Ley 24 de 1992, se inadmitirá el escrito remitido por la doble razón de constituir un anónimo y carecer de fundamento serio.

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

RESUELVE:

1°. INADMITIR la denuncia anónima remitida desde el Despacho del Fiscal General de la Nación.

2°. En firme esta decisión, archívese el expediente.

Notifíquese y cúmplase.

Jorge Aníbal Gómez Gallego, Fernando Arboleda Ripoll, Ricardo Calvete Rangel, Jorge Córdoba Poveda, Carlos A. Gálvez Argote, Edgar Lombana Trujillo, Mario Mantilla Nougués, Carlos E. Mejía Escobar, Nilson Pinilla Pinilla.

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

CAMBIO DE RADICACION

Las razones que conduzcan a trasladar un juicio de un lugar a otro deben emanar de factores generados en el sitio donde aquel se esté desarrollando, de modo tal que incidan en la totalidad de funcionarios que estarían en capacidad de conocer del asunto en esa determinada área, y no de los cuestionamientos que sea posible formular contra un solo juzgador o contra los sujetos procesales, pues en el primer evento sería jurídicamente factible asignar el conocimiento del proceso a otro funcionario en quien no concurran dichas condiciones, mientras que en el segundo surge inconexa la actividad de los sujetos intervinientes en el juicio respecto a las causales que motivarían el cambio de radicación.

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. - Santa Fe de Bogotá D.C., seis (6) de julio de mil novecientos noventa y nueve (1999).

Magistrado Ponente: Dr. *Carlos Augusto Gálvez Argote.*

Aprobado: Acta No. 98 Proceso No. 15951

Resuelve la Corte, por solicitud del acusado, el cambio de radicación del proceso que el Juzgado Primero Penal del Circuito de Cartagena prosigue en contra de Hugo Alirio Perilla Beltrán por el delito de estafa.

La petición

Sin anexar prueba alguna que acredite la seriedad y veracidad de sus conclusiones el acusado demanda el cambio de radicación de este juicio a un distrito judicial diferente de los de la costa atlántica toda vez que el apoderado de la parte civil, afirma, ha desatado en su perjuicio una desmesurada persecución que ha motivado al peticte a formularle una serie de denuncias en cuya virtud estima en peligro su integridad personal.

Además, añade, como el citado profesional se ha dedicado a formular quejas y promover tutelas en contra de fiscales a fin de presionar y atemorizar a los funcionarios judiciales que conocen de este proceso, concluye, se ha vulnerado la imparcialidad y equilibrio que debe caracterizar a la administración de justicia violando las garantías procesales precisamente por el acoso del abogado que representa al privado acusador.

CONSIDERACIONES

1. Verificados como están, según lo prevé el artículo 84 del Código de Procedimiento Penal, los presupuestos de oportunidad y legitimidad de quien pretende el cambio de radicación de este asunto y concerniendo a la Corte, por razón del artículo 68 ídem, resolver la solicitud que así se formula por cuanto se reclama de un Distrito Judicial a otro, resulta evidente que tal fenómeno, por expresar una excepción al principio del juez natural desde el punto de vista del factor territorial, es viable únicamente en concurrencia de las taxativas causales a que se refiere el artículo 83 *ibidem*, es decir cuando existan circunstancias que potencialmente afecten el orden público, la imparcialidad o independencia de la administración de justicia, las garantías procesales, la publicidad del juzgamiento, la seguridad del sindicado o su integridad personal.

2. Es igualmente claro que los hechos que así puedan incidir deben hacer referencia a factores externos o exógenos, a condiciones del medio en que se desarrolla el juicio y no a situaciones objetivas o subjetivas del juzgador, ya que si de lo que se trata es de controvertir la imparcialidad, probidad o idoneidad del funcionario que adelanta la causa, la ley en tales eventos ofrece a los sujetos procesales la posibilidad de recusarlo, y al funcionario la obligación de declararse impedido, tal como lo establecen los artículos 103 y siguientes del Código de Procedimiento Penal.

En otros términos, *las razones que conduzcan a trasladar un juicio de un lugar a otro deben emanar de factores generados en el sitio donde aquel se esté desarrollando, de modo tal que incidan en la totalidad de funcionarios que estarían en capacidad de conocer del asunto en esa determinada área, y no de los cuestionamientos que sea posible formular contra un solo juzgador o contra los sujetos procesales, pues en el primer evento sería jurídicamente factible asignar el conocimiento del proceso a otro funcionario en quien no concurran dichas condiciones, mientras que en el segundo surge inconexa la actividad de los sujetos intervinientes en el juicio respecto a las causales que motivarían el cambio de radicación.*

3. Por ende, como el acusado pretende que este juicio se remueva del Distrito de Cartagena a uno diferente sobre la base de que su integridad personal se encuentra en peligro debido a las diversas denuncias que ha formulado en contra del apoderado de la parte civil, o fundado en que sus garantías procesales, así como la imparcialidad e independencia de la administración de justicia pueden verse afectadas por la supuesta presión y temor que el mismo profesional ejerce por virtud de las denuncias y demandas de tutela que ha entablado contra los fiscales que han intervenido en el asunto, forzoso es concluir que los hechos así señalados no emergen del ambiente en que se desarrolla el juzgamiento, sino, como el propio peticionario lo señala, de la actividad de un sujeto procesal cuya intervención no se encuentra en modo alguno vedada ni puede constituir motivo que obligue al traslado del proceso, mucho menos cuando una tal solución nada remediaría en la medida en que ella, jurídicamente, no impide la legítima actuación del citado sujeto procesal.

Es decir, no existe una relación de conexidad entre los hechos que alega el acusado y las causales que invoca como fundamento de su pretensión, pues si bien se demuestra que aquel ha formulado en desfavor del apoderado de la parte civil una serie de querellas, no implica eso, ni existe prueba al respecto, ni nada además acreditó el peticionario según era su obligación, que el citado abogado pueda o haya atentado contra la integridad personal de Perilla Beltrán, como tampoco indica violación de las garantías procesales o afectación de la imparcialidad o independencia de la administración de justicia el que el mismo sujeto procesal, apoderado de la parte civil, hubiere demandado y denunciado a los funcionarios investigadores que actuaron en el proceso, pues si de tal actividad deviene una condición perniciosa contra la recta administración es claro que ella sólo alcanza un ámbito eminentemente subjetivo subsanable, como ya se dijo, por vías de la recusación o el impedimento, pero no por las del cambio de radicación.

En consecuencia, no correspondiendo los hechos señalados por el acusado a factores externos que emerjan del lugar en donde se desarrolla este juicio, es indudable que el cambio de radicación demandado no es jurídicamente procedente, por ello, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal,

RESUELVE:

NO ACCEDER a la solicitud de cambio de radicación que en relación con este proceso formulara el acusado Hugo Alirio Perilla Beltrán.

Cópiese 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 Nougués, Carlos E. Mejía Escobar, Nilson Pinilla Pinilla.

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

ACCION DE REVISION-Prueba nueva

La prueba nueva debe tener, en principio, la eficacia necesaria para demostrar que se cometió una injusticia y que, por lo tanto, se justifica el adelantamiento de la acción de revisión. No es cualquier elemento probatorio el que tiene la virtualidad para derrumbar la declaración de verdad contenida en un fallo que ha hecho tránsito a cosa juzgada, sino aquél que, no habiendo sido conocido en ninguna de las etapas de la actuación judicial, tenga la credibilidad suficiente para comprobar los hechos básicos de la petición y la trascendencia jurídica capaz de derruir las conclusiones de la sentencia.

Santa Fe de Bogotá, D.C., seis (6) de julio de mil novecientos noventa y nueve (1999).*Corte Suprema de Justicia. - Sala de Casación Penal.* -

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

Aprobado Acta N° 98 Proceso No. 14909

Procede la Sala a decidir sobre la idoneidad de la demanda de revisión presentada por el defensor del sentenciado José Gustavo Yara Zamudio, condenado por los delitos de tráfico de estupefacientes y porte ilegal de armas de fuego de defensa personal.

LA DEMANDA

El citado profesional promueve la acción para que se ordene la revisión del proceso penal en el cual el Juzgado Primero Penal del Circuito de San Andrés, Isla, y el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cartagena, mediante sentencias del 3 de febrero y del 31 de mayo de 1993, respectivamente, condenaron al acusado José Gustavo Yara Zamudio, a la pena principal de 7 años de prisión y a las accesorias de rigor, como autor de los delitos en precedencia citados.

La causal con la cual pretende obtener la revisión del proceso es la tercera de las contempladas en el artículo 232 del Código de Procedimiento Penal, fundándola en los siguientes argumentos:

Asevera que al señor Yara Zamudio se le condenó, entre otros, por el delito de porte ilegal de armas de fuego de defensa personal, relacionado con la

pistola marca Browing, calibre 7.65, número 425PX50054, cuando lo cierto es que la misma la había adquirido lícitamente "en la Industria Militar 'Indumil' de Bogotá, como da cuenta la factura 1035729 del 21 de octubre de 1986, que no fue conocida a tiempo de las sentencias de primera y segunda instancia".

Indica que el 29 de julio de 1988, agentes del D.A.S., en desarrollo de un operativo, ingresaron a la habitación 303 del Hotel El Dorado de San Andrés, Isla, en donde se encontraban hospedados José Gustavo Yara Zamudio y su esposa Aura Cecilia Muñoz de Yara, hallándoseles en su poder un fusil ametralladora marca Zastava de fabricación Yugoslava, una cantidad determinada de cocaína, la pistola citada y munición para dichas armas.

Iniciada la investigación y adelantado el correspondiente juicio, se profirieron la referidas sentencias en las fechas indicadas, para con posterioridad a ellas conocerse la certificación que expidió el Departamento de Control y Comercio de Armas, Municiones y Explosivos del Comando General de las Fuerzas Militares, según la cual "la pistola Browing número 425PX50054 calibre 7.65 efectivamente fue vendida al señor José Gustavo Yara Zamudio el 21 de octubre de 1986, conforme a la factura 1035729 y que hasta el 17 de ese mes y año, el arma en cuestión no tenía registro en el sistema".

En consecuencia, dice, el que los jueces de primera y segunda instancia hayan condenado a Yara Zamudio, por cuanto que no estaba autorizado para portar la mencionada pistola, "ya que dentro del experticio (sic) no existía prueba documental que lo acreditara", es una conclusión que no corresponde a la realidad, originándose con ello una equivocación en cuanto a la certeza del hecho punible, toda vez que sí tenía la correspondiente licencia, lo que permite inferir que no cometió el delito imputado en cuanto se refiere a dicha pistola.

Por lo tanto, agrega, ese "ERROR DE HECHO sobre la verdad histórica del acontecimiento delictual", debe ser corregido por vía de la revisión, para que, una vez removida la cosa juzgada, en el nuevo debate se tenga en cuenta la citada certificación y se llegue a la verdad real.

Incorpora al libelo los siguientes documentos:

a) Las sentencias de primera y segunda instancia.

b) "Fotocopia de la factura número 1035729 del 21 de octubre de 1986 a cuya virtud la Industria militar 'Indumil' vendió al Señor José Gustavo Yara Zamudio, con C.C. N° 13.880.370 de Barrancabermeja, la pistola marca Browing, calibre 7.65, número 425PX50054", la que solicita se tenga como prueba nueva.

c) "Constancia de sistematización de la factura 1035729 del 21 de octubre de 1986, expedida por la Asesoría Jurídica del Departamento de Control y Comercio de Armas, Municiones y Explosivos del Comando General de las Fuerzas Militares de Colombia".

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

Debe una vez más reiterar la Corte que la remoción de la cosa juzgada sólo es posible cuando frente a la demostración de alguna de las causales taxativamente consagradas en la ley, se evidencia que se cometió una injusticia. Por ello la demanda debe confeccionarse con apego a los requisitos técnicos, para que la Sala, al momento de estudiarla, se forme un juicio anticipado respecto de la seriedad y viabilidad de la acción instaurada.

Significa ello que al accionante no le es dable otorgarle peculiares interpretaciones y, mucho menos, imprimirle a las causales de revisión un alcance que no tienen, pues dadas sus características, el legislador fue quien definió el marco jurídico para su procedencia.

En el presente caso, el actor afirma que con posterioridad al proferimiento de las sentencias de primera y segunda instancia aparecieron los siguientes documentos:

a) Oficio suscrito, el 17 de marzo de 1998, por la Asesora Jurídica del Departamento de Control y Comercio de Armas, Municiones y Explosivos, mediante el cual informa que una vez obtenida la fotocopia de la factura de compra N° 1035729, fechada el 21 de octubre de 1986, de la pistola marca Browing, calibre 7.65, N° 425PX50054, expedida por el Almacén de Indumil a nombre de José Gustavo Yara Zamudio, "se procedió a efectuar las anotaciones del caso en el Archivo Sistematizado de Armas, ya que hasta el día 17 de los corrientes el arma en cuestión no tenía registro....".

b) Fotocopia de la factura de compra N° 1035729 de la citada pistola, expedida por la Industria Militar, el 21 de octubre de 1986, a nombre de Yara Zamudio.

Con tales pruebas, las que cataloga de nuevas y, por lo mismo, "no se tuvieron en cuenta al momento de los debates", pretende demostrar que su representado no portaba ilegalmente la pistola mencionada, toda vez que contaba con la respectiva licencia de la autoridad competente, por lo que resulta un "error" mantener la condena por esa circunstancia.

Al respecto es necesario precisar que *la prueba nueva debe tener, en principio, la eficacia necesaria para demostrar que se cometió una injusticia y que, por lo tanto, se justifica el adelantamiento de la acción de revisión. No es cualquier elemento probatorio el que tiene la virtualidad para derrumbar la declaración de verdad contenida en un fallo que ha hecho tránsito a cosa juzgada, sino aquél que, no habiendo sido conocido en ninguna de las etapas de la actuación judicial, tenga la credibilidad suficiente para comprobar los hechos básicos de la petición y la trascendencia jurídica capaz de derruir las conclusiones de la sentencia.*

Así, entonces, preciso es advertir que la prueba documental traída por el libelista no contiene el carácter de nueva, toda vez que hizo parte del diligenciamiento pero con contenido diferente.

En efecto, en el fallo que se pretende revisar se relacionó el oficio N° 11574 del 2 de diciembre de 1988, por medio del cual la Industria Militar certificó que la pistola Browing, calibre 7.65, con número 50054, "no se encuentra en los registros del Departamento de Control de Comercio de Armas", documento que en fotocopia fue anexado a la demanda por el actor. Igualmente, se hizo mención, incluso por la defensa, sobre la existencia de la multicitada factura de compra. Sin embargo, ahora se allega otro igual, procedente de la misma oficina, en el que se certifica el registro del arma.

Significa ello que se está en presencia de la misma prueba, no de una nueva, con la diferencia que sus contenidos son disímiles, habida cuenta que la última contradice abiertamente lo certificado por la primera dentro del proceso, medio de convicción que al haber sido valorado mancomunadamente con los restantes, permitió al sentenciador concluir en la existencia del delito y en la responsabilidad del acusado.

Por consiguiente, como lo ha reiterado la Sala, ante tal eventualidad no es dable dar trámite a la acción de revisión por el solo hecho de que la prueba posterior a la sentencia contradiga aquella que hizo parte del proceso, toda vez que no se sabe dónde está la verdad, por lo que la declaración de justicia contenida en el fallo se mantiene.

En consecuencia, al no contarse con pruebas nuevas, bastarían las razones precedentes para inadmitir el libelo.

No obstante, si en gracia de discusión se aceptara que se está en presencia de unos elementos de juicio nuevos, tampoco tendrían la trascendencia para concluir en la posibilidad de derrumbar la sentencia, pues el accionante no se ocupó en demostrarle a la Corte cómo las conclusiones del fallador deben variar frente al caso particular en el cual fue hallado responsable José Gustavo Yara Zamudio de los cargos imputados en la acusación.

Debe recordarse que al procesado se le investigó y juzgó por habérsele encontrado una cantidad determinada de cocaína y por portar ilegalmente un fusil ametralladora, la conocida pistola y munición para ambas armas, habiéndosele condenado por tráfico de estupefacientes y por un solo delito de porte ilegal de armas de fuego de defensa personal, ya que, como lo consideró el sentenciador, "el art. 1 del Decreto 3664 de 1986 no estipula que para cada arma que el procesado porte ilegalmente, se le juzgue como si hubiese cometido varias veces el mismo delito, más aún cuando la norma no hace alusión al hecho de una sola de ellas, sino que pluraliza, constituyéndose este caso en un solo delito..."

Ello quiere decir que así se demostrara que el arma cuestionada hubiese estado legalmente amparada, tampoco se lograría la modificación del fallo, en razón a que por el porte de la otra arma se mantendría la condena.

Al no reunir la demanda los requisitos señalados en el artículo 234 del Código de Procedimiento Penal, se inadmitirá.

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

RESUELVE:

1°) Reconocer al doctor Lázaro Hernández Durán como apoderado del condenado José Gustavo Yara Zamudio.

2°) INADMITIR la demanda de revisión contra el fallo proferido el 31 de mayo de 1993, por el Tribunal Superior de Cartagena, mediante el cual se condenó a José Gustavo Yara Zamudio, como autor de los delitos de tráfico de estupefacientes y porte ilegal de armas de fuego de defensa personal.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Jorge Aníbal Gómez Gallego, Fernando Arboleda Ripoll, Ricardo Calvete Rangel, Jorge E. Córdoba Poveda, Carlos Augusto Gálvez Argote, Edgar Lombana Trujillo, Mario Montilla Nougués, Carlos E. Mejía Escobar, Nilson E. Pinilla Pinilla.

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

CASACION DISCRECIONAL

De conformidad con lo estipulado por el artículo 218 del Código de Procedimiento Penal, el recurso de casación por vía excepcional es viable frente a las sentencias de segunda instancia, por delitos en que no esté prevista la casación regular, pero únicamente en los casos en que la corporación lo considere necesario para el desarrollo de la jurisprudencia o la garantía de los derechos fundamentales.

Para tal efecto, esta Sala ha fijado de manera reiterada unas exigencias mínimas para analizar la viabilidad del recurso discrecional de casación.

Así, en providencia de fecha 4 de noviembre de 1998, radicación N° 14.481, M. P. Jorge Aníbal Gómez Gallego, la corporación expresó:

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

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

Lógicamente, la exigencia no puede ser de otro modo, porque la Corte no podría entrar a auscultar el proceso para declarar motu propio que el asunto merece un tratamiento jurisprudencial aún no dispensado, o que los jueces de instancia menoscabaron algunas garantías fundamentales, pues ello equivaldría a entrar oficiosamente en el fondo de la cuestión, sin la provocación procesal suficiente y propia de los recursos."

Corte Suprema de Justicia. - Sala de Casación Penal. - Santa Fe de Bogotá, D. C., seis (6) de julio de mil novecientos noventa y nueve (1999).

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

Aprobado Acta No. 98 Proceso No. 15193

Decide la Corte sobre la admisibilidad del recurso extraordinario de casación discrecional interpuesto por el defensor de los procesados Rafael Gustavo Rojas Arias e Ismael Yepes Díaz, contra la sentencia de segundo grado proferida por el Tribunal Superior de Cartagena, Sala Penal, de fecha 30 de septiembre de 1998, confirmatoria de la emitida por el Juzgado Penal del Circuito de El Carmen de Bolívar el 6 de noviembre de 1997, mediante la cual los condenó como coautor y cómplice, en su orden, del delito de usurpación de funciones públicas, a la pena principal de seis y tres meses de prisión, respectivamente, y a la accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas "por un período similar".

ANTECEDENTES

Se adelantó esta investigación Penal con fundamento en la denuncia de Pedro Arrieta Vásquez, Alcalde de San Juan Nepomuceno (Bolívar), informando que los señores Alexis Posso González, Ismael Yepes Díaz y Rafael Gustavo Rojas Arias, quienes habían desempeñado en la administración anterior los cargos de Tesorero, Tesorero Auxiliar y Secretario, en su orden, luego de presentar renuncia y serles aceptada el 29 de mayo de 1992 por el Alcalde encargado anterior, procedieron el 5 de junio de ese año a suscribir una comunicación a la Gerente del Banco de Colombia de Cartagena, solicitándole la transferencia de recursos de una cuenta de fondos comunes a otra de obras públicas, de la referida alcaldía.

Dentro del proceso, los ex funcionarios adujeron que el oficio había sido elaborado el 29 de mayo de 1992, para transferir dineros de la cuenta de "fondos comunes" a la de "obras públicas", con la finalidad de cubrir un cheque que había sido girado al contratista Rafael Ibáñez Fayad por concepto de la realización de obras de acueducto y alcantarillado en favor del municipio, comunicación que fue rubricada, de común acuerdo por los tres, el 5 de junio de 1992, cuando ya tenían conocimiento de que los reemplazos del Secretario General y del Tesorero, se habían posesionado los días 2 y 3 de junio, respectivamente. El de Ismael Yepes Díaz lo hizo el 9 de ese mismo mes.

Ante la denuncia, el cheque referido fue pagado parcialmente, debiendo cubrir la nueva administración de la alcaldía el valor restante, que ascendió a $1'281.747,79, mediante cheque No. 6592705 del Banco de Colombia aludido, fechado el 10 de julio del mismo año.

También sostuvieron los incriminados a lo largo del proceso, que habían firmado la solicitud de transferencia de fondos por el requerimiento del nuevo Alcalde de no retirarse hasta tanto no hicieran entrega de sus cargos correspondientes, empalme que se prolongó por unos días.

Tales exculpaciones no encontraron repaldo en la apreciación probatoria y jurídica efectuada por los administradores de justicia, que observado el respectivo enjuiciamiento, proferido el 25 de julio de 1994, condenó a Alexis Posso González y a Rafael Gustavo Rojas Arias como coautores del delito de usurpación de funciones públicas, mientras que Ismael Yepes Díaz lo fue como cómplice, estimando el Juzgado Penal del Circuito de El Carmen de Bolívar en su sentencia de fecha 6 de noviembre de 1997, que para cuando suscribieron la autorización el 5 de junio de 1992, los dos primeros ya habían sido reemplazados, y si bien el último aún desempeñaba su cargo, no ignoraba que Posso y Rojas ya no eran funcionarios. Esta sentencia fue apelada en defensa de Rafael Gustavo Rojas Arias e Ismael Yepes Díaz, siendo confirmada en su integridad el 30 de septiembre de 1998 por el Tribunal Superior de Cartagena.

SUSTENTACIÓN DEL RECURSO

El defensor de los procesados Rafael Gustavo Rojas Arias e Ismael Yepes Díaz manifiesta que formuló el recurso de casación excepcional, porque considera necesario el desarrollo jurisprudencial en torno a "cuando se comete realmente el delito de usurpación de funciones públicas", así como para garantizar los derechos fundamentales de sus defendidos al debido proceso y a la defensa técnica, en cuanto a la actuación de su antecesor.

Indica que en el trámite del recurso de casación demostrará que la tesis aducida por el Tribunal, conforme a la cual le está vedado ejercer funciones públicas al servidor correspondiente, a partir de la fecha de aceptación de su renuncia o de la posesión de su reemplazo, no es absoluta, aduciendo pero no especificando frente al evento concreto que se esfuerza en defender, que "existen normas especiales que autorizan al servidor que ha sido desvinculado de la administración a continuar prestando sus servicios".

Adicionalmente menciona que los fallos de instancia no fueron emitidos en consonancia con la resolución de acusación.

Su alegato en cuanto a la violación al debido proceso y a la defensa en la etapa instructiva y en la causa, lo centra en la crítica a la defensa técnica ejercida por el anterior apoderado de sus defendidos y en su renuncia luego de haberse proferido la resolución de acusación, habiendo anunciado que apelaba pero sin efectuar la sustentación del recurso, al igual que las peticiones de nulidad que presentó ante los falladores, sin resultados positivos; no obstante, no determina adecuadamente el recurrente la verdadera trascendencia de tales actuaciones u omisiones del abogado de turno en la aducida falta de garantía de los derechos fundamentales de sus apadrinados.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

De conformidad con lo estipulado por el artículo 218 del Código de Procedimiento Penal, el recurso de casación por vía excepcional es viable frente a las sentencias de segunda instancia, por delitos en que no esté prevista la casación

regular, pero únicamente en los casos en que la corporación lo considere necesario para el desarrollo de la jurisprudencia o la garantía de los derechos fundamentales.

Para tal efecto, esta Sala ha fijado de manera reiterada unas exigencias mínimas para analizar la viabilidad del recurso discrecional de casación.

Así, en providencia de fecha 4 de noviembre de 1998, radicación N° 14.481. M. P. Jorge Aníbal Gómez Gallego, la corporación expresó:

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

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

Lógicamente, la exigencia no puede ser de otro modo, porque la Corte no podría entrar a auscultar el proceso para declarar motu proprio *que el asunto merece un tratamiento jurisprudencial aún no dispensado, o que los jueces de instancia menoscabaron algunas garantías fundamentales, pues ello equivaldría a entrar oficiosamente en el fondo de la cuestión, sin la provocación procesal suficiente y propia de los recursos."*

Con tales precedentes, se observa en el caso examinado que el impugnante presenta su inconformidad con la decisión judicial, tratando de aducir, de una parte, vacío jurisprudencial, en aspectos que serían propios del derecho administrativo, o que no relaciona, por ejemplo, frente a las providencias de esta Sala sobre el hecho punible en cuestión, que en parte fueron tenidas en cuenta por el Tribunal Superior de Cartagena en el fallo impugnado, ni en cuanto a la incidencia que penalmente puedan tener sobre la clara situación de sus asistidos.

Lo mismo ocurre con la aducción de las presuntas irregularidades en que pretende basar el recurrente el quebrantamiento de garantías fundamentales de sus poderdantes, sin analizar la consecuencia que pudieron tener dentro del proceso, ni detenerse a indicar de qué manera la falta de recepción de dos declaraciones solicitadas oportunamente, cuya práctica se intentó infructuosamente, o la falta de actuación de su antecesor en algunas diligencias, así como la no sustentación de un recurso de apelación, por ejemplo, incidían

grave y definitoriamente en la lesión al derecho de defensa, ciñéndose a formularla como alegato de instancia, cuyos argumentos fueron suficientemente analizados por el Tribunal y desechados.

En tales condiciones, se impone la inadmisión del recurso excepcional de casación examinado.

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

RESUELVE:

NO CONCEDER el recurso excepcional de casación interpuesto por el defensor de los procesados Rafael Gustavo Rojas Arias e Ismael Yepes Díaz.

Devuélvase el expediente al Tribunal 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 Mario Mantilla Nougués, Carlos Eduardo Mejía Escobar, Nilson E. Pinilla Pinilla.

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

EXTRADICION-Pruebas

De manera reiterada ha sostenido esta corporación que el decreto y práctica de pruebas dentro del trámite previo al concepto de extradición a cargo de esta Sala, condiciona su expedición a la conducencia que guarden con las precisas exigencias que deben cotejarse para determinar la viabilidad o no de la entrega solicitada por el Estado extranjero.

Lo anterior, de conformidad con las previsiones de los artículos 549 y 558 del estatuto procesal penal, en concordancia con el 250 de tal código.

Corte Suprema de Justicia. - Sala de Casación Penal. - Santa Fe de Bogotá D. C., seis (6) de julio de mil novecientos noventa y nueve (1999).

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

Aprobado Acta N° 98 Proceso No. 15349

Decide la Corte sobre el decreto de pruebas dentro de la oportunidad señalada por el artículo 556 del Código de Procedimiento Penal, una vez finalizado el término respectivo y recibida petición de la defensora del procesado Jaime Orlando Lara Nausa, solicitado en extradición por Estados Unidos de América.

Pruebas Solicitadas

La defensora de Jaime Orlando Lara Nausa, dentro del lapso correspondiente solicitó las siguientes probanzas:

1ª Para que no exista la menor duda sobre la identificación de su mandante como la persona requerida en extradición, impetra un nuevo cotejo dactiloscópico entre el original de la tarjeta decadactilar de la cédula de ciudadanía asignada a su defendido y las tomadas a éste.

2ª Que el Estado solicitante de la extradición remita a esta corporación, por la vía diplomática y consular, los documentos que sirvieron de soporte para la expedición en Nueva York de la licencia de conducir N° L016333598271382l-69, presumiblemente a nombre de Jaime Orlando Lara Nausa, también para establecer su plena identidad, y obtener la fotografía de Jaime Lara a la cual se refirió el detective Edmond O'Dea.

3ª Se solicite al Ministerio de Relaciones Exteriores la remisión de los documentos originales que sirvieron de soporte para la expedición el 4 (sic. f. 35 cd. Corte) de abril de 1994 del pasaporte colombiano N° 79'510.164, a nombre de Jaime Orlando Lara, con vencimiento el 14 de abril del año en curso, con los mismos fines de las dos anteriores.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

De manera reiterada ha sostenido esta corporación que el decreto y práctica de pruebas dentro del trámite previo al concepto de extradición a cargo de esta Sala, condiciona su expedición a la conducencia que guarden con las precisas exigencias que deben cotejarse para determinar la viabilidad o no de la entrega solicitada por el Estado extranjero.

Lo anterior, de conformidad con las previsiones de los artículos 549 y 558 del estatuto procesal penal, en concordancia con el 250 de tal código.

Dentro de estos parámetros, por ser conducente, se solicitará al Ministerio de Relaciones Exteriores, remita fotocopia de los documentos que sirvieron de soporte para la expedición del pasaporte colombiano N° 79'510.164 a nombre de Jaime Orlando Lara Nausa, expedido al parecer el 14 de abril de 1994, con vencimiento el 14 de abril del año en curso (fs. 3 y 44 cd. 2), en atención a lo solicitado por su defensora en el escrito presentado el 19 de mayo del año que transcurre (f. 35 cd. Corte).

Debe advertirse que esta probanza será allegada dentro del término de diez días previsto por el artículo 556 del Código de Procedimiento Penal.

En cambio, resulta superflua la prueba 1ª relacionada en esta providencia, pues no existe irregularidad en el cotejo de unas huellas dactilares en fotocopia, siempre que ellas sean lo suficientemente claras y ofrezcan varios puntos de referencia, como ocurrió en el presente caso, donde se aprecia, de otra parte, que el propio capturado al conferirle poder a la defensora (f. 23 cd. Corte) consignó que se identifica con la cédula de ciudadanía N° 79'510.164 de Bogotá, lo cual puede coadyuvar a inferir la individualización de Jaime Orlando Lara Nausa , como la persona requerida en extradición. En tal virtud, se negará la práctica del nuevo cotejo dactiloscópico impetrado por la defensa.

Lo mismo ocurre con la petición de la referida abogada acerca de solicitar al Departamento de Vehículos Motorizados de Nueva York los originales del registro dactilar, fotografías y todos aquellos documentos que se tenga de Jaime Orlando Lara Nausa, con base en la aseveración del detective Edmond O'Dea de haber obtenido una fotografía de Jaime Lara en esos registros, porque fotocopia de la misma obra a folio 41 del cuaderno 2, la cual corresponde al requerido, también conocido como "Jimmy" (fs. 31 y 43 cd. citado), lo que implica que así mismo sea negada por superflua.

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

RESUELVE:

1° NEGAR por obrar dentro del presente trámite suficiente información sobre el punto expresado por la defensa, las pruebas impetradas por ésta en relación con el nuevo cotejo dactiloscópico de las huellas tomadas a Jaime Orlando Lara Naúsa con las que obran en su tarjeta decadactilar original de la cédula de ciudadanía y la solicitud de los documentos que le sirvieron de soporte para expedirle la licencia de conducción en Nueva York, a su nombre.

2° ABRIR el presente asunto a pruebas por el término de diez (10) días, dentro del cual, por ser conducente a los fines del presente trámite, se ordena solicitar al Ministerio de Relaciones Exteriores que remita fotocopia de los documentos que sirvieron de soporte para la expedición del pasaporte colombiano N° 79'510.164 a nombre de Jaime Orlando Lara Naúsa, expedido al parecer el 14 de abril de 1994, con vencimiento el 14 de abril del año en curso, según petición de su defensora.

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, Mario Mantilla Nougués, Carlos Eduardo Mejía Escobar, Nilson E. Pinilla Pinilla.

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

ACCION DE REVISION

La acción de revisión, como lo ha señalado la Sala en diversas oportunidades, es un mecanismo de excepción orientado a dejar sin efecto la decisión injusta, en aras de hacer prevalecer la verdad material pese a la firmeza de que estén revestidos los fallos de instancia. Es de su esencia la remoción de los efectos de la cosa juzgada, cuando se imponga un fallo de condena a quien o quienes no deben responder por los hechos que fueron materia de juzgamiento, mediante la demostración de uno cualquiera de los motivos contenidos en el artículo 232 del Código de Procedimiento Penal, o frente a una decisión absolutoria o preclusiva o de cesación de procedimiento en los eventos de los numerales 4° y 5° de la citada norma.

Dentro de las exigencias que la ley ha establecido para la procedencia de este mecanismo de rectificación, contenidas en el artículo 234 ibidem, es importante destacar, en este caso, la relativa a "La causal que se invoca y los fundamentos de hecho y de derecho en que se apoya la solicitud", contenida en el numeral 3°.

Al respecto, si se trata de demostrar que se estructura la causal contenida en el numeral 3° del artículo 232 del Código de Procedimiento Penal, es necesario que los hechos o pruebas que se aducen como novedosos, efectivamente no hayan sido objeto de análisis y controversia en las instancias y que además contengan la aptitud material necesaria para lograr la remoción del fallo que por tal motivo aparece notoriamente contrario al estricto sentido de la justicia.

Corte Suprema de Justicia. - Sala de Casación Penal. - Santa Fe de Bogotá D.C., julio seis (6) de mil novecientos noventa y nueve (1999).

Magistrado Ponente: Dr. *Carlos E. Mejía Escobar.*

Aprobado Acta No.98 Proceso No. 14978

Resuelve la Corte sobre la admisibilidad de la demanda de revisión presentada por el defensor de los procesados José Enrique Jaramillo y Jaime Alexander Giraldo Escobar, contra la sentencia proferida el por el Tribunal Superior de Ibagué (Tolima) que los condenó, al primero de los nombrados, a

la pena de cuarenta meses de prisión como autor responsable del delito de acceso carnal violento agravado cometido en la menor Andrea Rojas Peña y al segundo, a la pena de cuarenta y ocho meses de prisión como autor del mismo delito cometido en la menor Martha Cecilia Echeverry Polanco y como cómplice del mismo punible agravado, siendo víctima Andrea Rojas Peña.

También resultó condenado, por los mismos hechos, Jorge Elías Giraldo Rivera a la pena de veinte meses de prisión, como cómplice del ilícito del que fue víctima la menor Rojas Peña. En la misma decisión se dispuso la expedición de copias con destino a la Fiscalía Seccional para que se investigara la posible conducta en que hubiere podido incurrir Andrés Satizábal.

HECHOS

De autos se desprende que estos ocurrieron en la localidad del Líbano (T) el día diecinueve de marzo de mil novecientos noventa y cinco, en la residencia conocida con el nombre "El Castillo", ubicada en la calle 4ª No 7-42, a donde fueron llevadas las menores Martha Cecilia Echeverry Polanco y Andrea Rojas Peña a quienes Jaime Alexander Giraldo Escobar, Jorge Elías Giraldo Rivera y Andrés Satizábal habían convidado a dar una vuelta por el parque principal.

Resultó que en los hechos también participó José Enrique Jaramillo Bedoya, propietario de la citada residencia, quien junto con los demás, y haciendo uso de la fuerza física logró someter a las citadas menores, contra su voluntad, accediéndolas carnalmente.

Las víctimas decidieron poner en conocimiento de lo ocurrido a sus familiares, por lo cual se dirigieron a la Estación de Policía, siendo allí informado el Fiscal de turno, funcionario que de manera inmediata dispuso la práctica de las diligencias pertinentes, entre ellas, el allanamiento del inmueble donde se habían desarrollado los acontecimientos. Una vez allí, se dio captura a José Enrique Jaramillo Bedoya, Jaime Alexander Giraldo Escobar y Jorge Elías Giraldo Rivera.

FUNDAMENTOS DE LA REVISIÓN

Al amparo de la causal contenida en el numeral 3º del artículo 232 del Código de Procedimiento Penal señala el accionante que la menor Andrea Rojas, al día siguiente de haber formulado la correspondiente denuncia ante el Fiscal investigador varió completamente la autoría de los hechos, ubicándolos en cabeza de Andrés Satizábal, quien no fue vinculado al proceso, siendo sorprendente que a la luz de los artículos 247 y 249 del Código de Procedimiento Penal, el Tribunal Superior de Ibagué no haya encontrado explicación del por qué esta niña cambiara su versión inicial. Que, al respecto, se dijo en el fallo de segundo grado '...Es notorio, que con el cambio de la versión de Andrea Rojas Peña, no se pretende otra cosa que favorecer a Jaramillo Bedoya...', sobre lo cual comenta que a la menor no se le preguntó, en su momento procesal, en las mismas diligencias instructivas, si la habían ame-

nazado, coaccionado, si le habían pagado y quién o por qué ella tomaba esa determinación; o en dónde se encontraban sus padres que no denunciaron como adultos frente a la conducta desconcertante de su menor hija. Que luego, esta misma menor aparece llevando una carta a su novio, a quien le pide perdón "por haberlo comprometido alterando los hechos (figura en autos); más adelante declara otra vez; pero nunca se averiguaron los motivos de estas conductas y mucho menos se le quiso creer".

Agrega que con el transcurrir del tiempo, Andrea Rojas Peña ha insistido en dos afirmaciones: "1ª. Ella y su amiga Martha Cecilia Echeverry Polanco, la noche de los hechos acudieron a 'El Castillo' voluntariamente; y fue por propia voluntad que Andrea se sometió a realizar la cópula, primero con su novio Jorge Elías Giraldo Rivera y, segundo con su amigo y amigo de su novio Andrés Satizábal; mientras que su amiga Martha Cecilia hizo el amor esa noche con el novio de ella Jaime Alexander Giraldo Escobar y que hasta le comentó, cuando salieron de la casa, que había estado rico, que lo había disfrutado. Y habían salido abrazados de su nido de amor como dos novios.

"2ª Que en los coitos no intervino mi procurado José Enrique Jaramillo Bedoya, sino para decirles posteriormente a los mismos, que la habían embarrado, significándoles el no haber hecho caso a los consejos que en tal sentido él siempre les había dado".

Además, que la citada menor, en testimonio rendido ante el Juez Séptimo de Menores de Santa Fe de Bogotá, indicó las razones por las cuales al principio mintió y que su comportamiento vacilante ante la Fiscalía se debió a que había sido coaccionada por el Capitán John Jairo López Valencia.

Tales circunstancias, dice el actor, no fueron conocidas por investigador y juzgador, como tampoco lo que la señora Margarita Peña, madre de la menor, declaró ante el citado Juez de Menores quien, según él, corrobora lo dicho por ésta, de que le dio una "fuetera" (sic) al enterarse, por el papá de Martha Cecilia de lo ocurrido. Por tanto, los moretones que presentaba Andrea Rojas en el brazo, fueron consecuencia de los latigazos que le propinó su mamá, y no por la supuesta fuerza ejercida sobre ella para violarla, como se ha dicho, sin el soporte de la respectiva experticia médico - forense, señales que no presentó la otra niña Martha Cecilia.

Para el demandante, de lo recientemente señalado por Andrea Rojas Peña, ante el Juez de Menores, se infiere que las víctimas fueron manipuladas en su voluntad y frente a sus propios quereres y vivencias, con el ánimo "malsano" de involucrar en un hecho criminoso a su defendido Jaramillo Bedoya, quien no participó en el acceso carnal de las menores; que el cargo se debió a la animadversión que el Capitán López Valencia le deparaba, como también lo mencionó la menor en su declaración.

En el acápite pertinente a los fundamentos de derecho, expresa el accionante que las declaraciones recientemente rendidas por la menor Andrea Rojas Peña y su progenitora, de las cuales aporta la respectiva copia, contie-

nen hechos nuevos que no fueron conocidos en su momento por el Fiscal ni por el Juez. Se ignoraba que las menores habían acudido al sitio de los hechos por su propia voluntad, que habían realizado la cópula voluntariamente y que José Enrique Jaramillo Bedoya no participó en tales acciones. Que de haberse investigado en la forma como lo estipula el artículo 249 del Código de Procedimiento Penal, a las menores y a sus progenitores, se habría determinado la inocencia de este procesado.

Que la misma suerte correrían Jorge Elías Giraldo Rivera, Jaime Alexander Giraldo Escobar y Andrés Satizábal, quienes al haber accedido carnalmente a las menores, a voluntad de estas, no habrían cometido ningún delito porque ellas ya habían cumplido catorce años de edad, salvo que se hubiese comprobado el engaño de que habla el artículo 301 del Código Penal, lo que no aconteció; no fueron violentadas, ni colocadas en estado de indefensión, ni engañadas. Que por tanto, ante la inexistencia del delito, debe declararse en su favor la extinción de la acción, acorde con lo normado en el artículo 36 del C de P.P.

Solicita que de acuerdo a la causal invocada, en el fallo que ponga fin a este trámite se declare sin valor la sentencia motivo de la misma y se decrete la libertad provisional de sus representados, con fundamento en los artículos 235 y 241 del Código de Procedimiento Penal.

CONSIDERACIONES

La acción de revisión, como lo ha señalado la Sala en diversas oportunidades, es un mecanismo de excepción orientado a dejar sin efecto la decisión injusta, en aras de hacer prevalecer la verdad material pese a la firmeza de que estén revestidos los fallos de instancia. Es de su esencia la remoción de los efectos de la cosa juzgada, cuando se imponga un fallo de condena a quien o quienes no deben responder por los hechos que fueron materia de juzgamiento, mediante la demostración de uno cualquiera de los motivos contenidos en el artículo 232 del Código de Procedimiento Penal, o frente a una decisión absolutoria o preclusiva o de cesación de procedimiento en los eventos de los numerales 4° y 5° de la citada norma.

Dentro de las exigencias que la ley ha establecido para la procedencia de este mecanismo de rectificación, contenidas en el artículo 234 ibidem, es importante destacar, en este caso, la relativa a "La causal que se invoca y los fundamentos de hecho y de derecho en que se apoya la solicitud", contenida en el numeral 3°.

Al respecto, si se trata de demostrar que se estructura la causal contenida en el numeral 3° del artículo 232 del Código de Procedimiento Penal, es necesario que los hechos o pruebas que se aluden como novedosos, efectivamente no hayan sido objeto de análisis y controversia en las instancias y que además contengan la aptitud material necesaria para lograr la remoción del fallo que por tal motivo aparece notoriamente contrario al estricto sentido de la justicia.

La revisión del libelo que ahora se estudia, no logra acreditar estos específicos condicionamientos, lo que conlleva necesariamente a su inadmisión.

En efecto, adujo el actor, como circunstancia que no había sido conocida a lo largo del proceso, que las menores Andrea Rojas Peña y Martha Cecilia Echeverry Polanco permitieron, voluntariamente, ser accedidas carnalmente por los aquí procesados, la cual pretende demostrar mediante las declaraciones que con posterioridad a los fallos de instancia rindieron Andrea Rojas Peña y su progenitora ante el Juzgado Séptimo de Menores de Bogotá el día veintiuno de septiembre de mil novecientos noventa y ocho.

Contrario a lo afirmado por el accionante, encuentra la Sala, de la lectura de los fallos de primer y segundo grado, que tal hipótesis no solo fue de pleno conocimiento de los funcionarios judiciales que adelantaron la actuación penal, sino que además fue objeto de debate en el que se descartó de plano su ocurrencia. Igualmente los falladores fueron conscientes del hecho de que la menor Rojas Peña, al día siguiente de haber instaurado la denuncia, varió completamente su versión acerca de lo ocurrido y de la posibilidad de que el procesado José Enrique Jaramillo Bedoya no hubiese participado en los hechos. A tales aspectos el demandante les imprime la calidad de novedosos, cuando en realidad no lo son.

Para empezar, relató el fallador de primer grado que en los alegatos presentados por la defensa en el desarrollo de la diligencia de audiencia pública, invocó, entre otros puntos, que: "Jorge Enrique Jaramillo no participó en los hechos, y que los otros dos, Jaime Alexander Giraldo Escobar y Jorge Elías Giraldo Rivera tuvieron relaciones con las niñas porque ellas accedieron; en tal virtud señala que con antelación de los hechos uno de ellos ya había estado con ellas y un amigo común también había tenido relaciones sexuales con anterioridad. Para pretender la ajenidad de Jaramillo en la cuestión fáctica pone de presente la ampliación de Andrea y Martha en la que coinciden retractándose, al deponer que lo que hizo este fue regañar a Martha por encontrarse en altas horas de la noche en su casa. En su parecer tal actitud es demostrativa que en principio las menores estaban confundidas y asustadas, inventando, repite, esta película." (fl 22).

Dicho funcionario judicial no aceptó tales argumentos y para ello se respaldó en las siguientes consideraciones:

"Esta prueba (refiriéndose a las experticias médicas practicadas a las menores) cuya conducencia es inherente per-se al tipo penal en estudio, es demostrativa de la responsabilidad de los procesados; como que da al traste con las cínicas, pueriles e inanes afirmaciones de éstos, en el sentido de que tanto Andrea Rojas Peña como Martha Cecilia Echeverry Polanco no eran vírgenes en el momento en que accedieron voluntariamente a sus requerimientos sexuales. Jorge Elías Giraldo manifiesta que Andrea Rojas Peña no reaccionó porque antes había tenido relaciones sexuales con él y por ello como va a decir que estaba virga (sic). A tal despropósito le sumó el deshonor de tenerla como una cualquiera al atribuirle relaciones sexuales con un

Alexander Jiménez a quien citó como testigo con el ánimo de justificar su proclive comportamiento; pretendiendo de la misma manera como si fuera poco poner en tela de juicio el dictamen erigido por el legista". (fl 25).

Y para reforzar lo que se viene diciendo, es pertinente destacar los argumentos del Tribunal Superior de Ibagué, que en su fallo resultó más contundente en rechazar las hipótesis de las que se viene hablando y que aquí utiliza el demandante como pretexto para instaurar la acción de revisión que se examina.

Dijo así esa colegiatura:

"Se cuestiona por parte del sujeto procesal impugnante, lo referente con la responsabilidad que se le atribuye a los implicados, que en su sentir, se halla huérfana probatoriamente dentro del proceso, toda vez que por las circunstancias en que se presentaron los hechos, las menores ofendidas accedieron voluntariamente a las pretensiones libidinosas de los acusados, con excepción de José Enrique Jaramillo Bedoya quien no tuvo ninguna participación en los mismos.

"Sobre este particular: importa dejar en claro, que la credibilidad dada a las versiones rendidas por las menores Martha Cecilia Echeverry Polanco y Andrea Rojas Peña, por parte de los funcionarios que conocieron el proceso, tanto en la etapa sumarial como en el juicio, no fue producto de meras conjeturas, sino el resultado de un estudio ponderado y serio, que hace indiscutible la ocurrencia de los hechos de la manera primeramente consignados. En otras palabras, las declaraciones referidas a la luz de la sana crítica testimonial, nos parecen claras, responsivas y contundentes, en las que no se advierten sentimientos de animadversión hacia quienes fueron dirigidos los cargos que las llevara a sindicarlos de algo no cometidos (sic) por ellos, por el contrario, sus afirmaciones, por distintas vías, fundadas en la lógica y conforme a la naturaleza de las cosas convergen en la misma conclusión, esto es, que las ofendidas dijeron la verdad en relación con los actos ilícitos a que fueron sometidas.

"Martha Cecilia Echeverry Polanco, sindica escuetamente a Jaime Alexander Giraldo Escobar como la persona que la accedió sexualmente contra su voluntad, previa amenaza de muerte en caso de gritar, aprovechando el ofensor del temor y miedo que se apoderaba de la víctima, la arrojó al colchón abriendo sus piernas a las malas y sujetándola de manos y brazos fuertemente consumó la cópula sexual. A esta sindicación directa y convincente sobre el modus operandi del sujeto activo en el ilícito referenciado, se opone tan solo la versión del procesado que acepta el ayuntamiento, pero en forma voluntaria, o sea, sin mediar ninguna clase de violencia, anteponiendo el hecho de que 'la denunciante no era virgen'.

"La pretensión exculpatoria puesta de presente por el implicado, además de carecer de sustento probatorio, cuenta con una serie de elementos que la hacen inverosímil. En efecto, la presunta voluntariedad en la relación carnal está desvirtuada con el dictamen emitido por el médico forense que tuvo opor-

tunidad de valorar científicamente a la Echeverry Polanco dos días después de los hechos, encontrándole hematomas superficiales en cara posterior del brazo izquierdo, lo que indica que la ofendida dice la verdad cuando se refiere a las acciones ejecutadas por su violador y sobre las cuales se hizo alusión en el párrafo anterior. Y si a esto se agrega que resultó con desfloración reciente, no se puede poner en tela de juicio su aseveración, que por primera vez el acusado la sometió contra su voluntad a perder su virginidad con el acceso carnal que la hizo víctima. Ante estas pruebas evidentes y contundentes, la versión del acusado se anega en la mendacidad y sucumbe frente a la realidad de los hechos.

"La misma situación de responsabilidad se debe deducir para José Enrique Jaramillo Bedoya, en el acceso carnal violento que hizo sujeto pasivo a Andrea Rojas Peña, toda vez que su versión primaria, lejos de constituir una falacia, como ha pretendido establecer en el transcurso del proceso, encuentra apoyo en la pericia médica y algunos otros elementos probatorios". (fls 41 al 43).

Más adelante acotó:

"Al día siguiente fue citada la ofendida para ampliar su denuncia y en esta ocasión varía completamente la autoría de los hechos ubicándolos en cabeza de Andrés quien no fue vinculado al proceso como ya se dijo y se desconoce su paradero; desvinculando en tal forma a su despiadado ofensor, ignorándose si lo hizo por amenaza, dinero o promesa halagüeña; justificando la incongruencia entre la primera y segunda versión, a su estado anímico de nerviosismo y confusión.

(...)

"Es notorio que con el cambio de la versión de Andrea Rojas Peña no se pretende otra cosa que favorecer a Jaramillo Bedoya, toda vez que no es de fácil aceptación, que una mujer de escasos catorce años de edad, que por primera vez es sometida a los actos reseñados, sin cuestionamientos morales, no habituada a los estrados judiciales, atribuya la comisión de un delito grave, a persona que con anterioridad le había ofrecido amistad sincera y atenciones en las cuatro oportunidades que estuvo en su residencia, con el pueril argumento, que lo hizo por nerviosismo y confusión. Trama que no es de recibo por las razones referidas...". (fls 45 y 46).

Acorde con lo resaltado, no hay tal novedad en los aspectos aludidos por el libelista. El hecho de que Andrea Rojas Peña y su señora madre, vengan ahora ante un funcionario judicial a rendir declaración en términos que indudablemente buscan favorecer los intereses de los procesados, en nada cambia su situación jurídica; porque no es más que la reiteración de lo que ya fue objeto de definición en las instancias.

Esta circunstancia lo que viene a demostrar es la simple discrepancia de opiniones que el libelista tiene con las decisiones de los falladores, postura totalmente alejada del objetivo de la acción de revisión en la que no es posi-

ble pretender la prolongación del debate probatorio o hacer críticas respecto a la forma como se adelantó la investigación, sino evitar que permanezca latente una injusticia a consecuencia de un yerro judicial que torna equivocado el fallo objeto de censura.

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

RESUELVE:

1. Reconocer al Doctor Jesús María Quiñones Obando como apoderado de José Enrique Jaramillo Bedoya y Jaime Alexander Giraldo Escobar, en los términos y para los fines del poder conferido por cada uno de ellos.

2. Rechazar in límine la demanda de revisión presentada a nombre de los mencionados sentenciados, conforme a lo expuesto en precedencia.

Cópiese, notifíquese 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 Nougués, Carlos E. Mejía Escobar, Nilson Pinilla Pinilla.

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

ACCION DE REVISION-Pruebas

La demanda de revisión debe venir acompañada de copia de las sentencias de primer y segundo grado, junto con la constancia de ejecutoria, además de las pruebas demostrativas de los hechos básicos de la causal invocada; esta última exigencia se encuentra consignada en el numeral 4° del artículo 234 del Código de Procedimiento Penal y se torna aún más obligante tratándose de la causal tercera de revisión, fundada en el advenimiento de nuevos sucesos o de pruebas no conocidas al tiempo de los debates, que establezcan la inocencia o inimputabilidad del condenado.

Las pruebas aportadas con la demanda resultan indispensables, para que la Corte se forme una idea inicial respecto a la trascendencia, seriedad y procedencia de la acción impetrada, de tal modo que sin esa información la pretensión del demandante resulta vana.

Corte Suprema de Justicia. - Sala de Casación Penal. - Santa Fe de Bogotá, D.C., seis (6) de julio de mil novecientos noventa y nueve (1999).

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

Aprobado Acta No. 98 Proceso No. 15352

Se procede a resolver sobre la admisibilidad de la demanda de revisión formulada en representación del condenado José Mesías Díaz Mora.

Hechos

De conformidad con los fallos anexados a la demanda, se sabe que la Red de Solidaridad Social, adscrita a la Presidencia de la República, a través del Plan Nacional de Rehabilitación (PNR) celebró un contrato interadministrativo de cofinanciación con la Asociación de Municipios de la Cuenca del Río Cucuana (Asocucuana), el 23 de diciembre de 1994, para la implementación de un programa de desarrollo alternativo en los municipios de Ortega, Roncesvalles y San Antonio (Tolima), por $179'700.000, con aportes de la asociación por $32'100.000 y del PNR por $147'600.000.

De las chequeras de Asocucuana fueron sustraídos 12 formatos de cheques y llenados por diversos valores, a nombre de personas ficticias, falsificadas firmas autorizadas y los sellos de la asociación, cobrados al Banco Cafetero

de Ibagué y a la Caja Agraria de Playarrica y pagados, por un total de $64'195.375, en el mes de julio de 1995.

ANTECEDENTES

En primera y segunda instancia fue condenado por tales hechos el Director Ejecutivo de Asocucuana José Mesías Díaz Mora, como responsable de los concursos de peculado y falsedad en documento privado.

En efecto, el Juzgado Quinto Penal del Circuito de Ibagué, el 19 de julio de 1996, condenó a Díaz Mora a 16 años de prisión, interdicción de derechos y funciones públicas por 9 años y multa de $64'195.375, imponiéndole además la obligación concreta de indemnizar los perjuicios ocasionados. Decisión apelada y confirmada por el Tribunal Superior de ese Distrito Judicial, el 31 de octubre de 1996. El condenado, por intermedio de apoderado especial, solicita la revisión de la sentencia.

LA DEMANDA

El demandante invoca la causal tercera del artículo 232 del Código de Procedimiento Penal, al suponer que con posterioridad a la condena aparecieron pruebas demostrativas de la inocencia del sentenciado José Mesías Díaz Mora.

En lo que el actor denomina fundamentos de hecho, dice que ejecutoriada la sentencia condenatoria, su poderdante se enteró de la existencia, en la oficina de Colpatria de Ibagué, "de la constancia sobre la entrega que hiciera de un oficio solicitando el bloqueo de la cuenta correspondiente a los cheques perdidos o sustraídos a Asocucuana" y la entidad le comunicó el 27 de agosto de 1998 que información al respecto la suministra únicamente a las autoridades judiciales y a la Superintendencia.

Agrega que a José Mesías Díaz Mora, se le condenó con el prurito de que en un mismo día podía haber cobrado los cheques en distintos pueblos del Tolima, pero el Ministerio del Transporte y Velotax, única empresa que cubría esos trayectos, según acreditación de dicho Ministerio, certifican sobre la duración de recorridos y sitios a los que prestaba servicio. Con insuficiencia en el planteamiento, expresa que "si los juzgadores se hubiesen tomado esa molestia", otra habría sido la sentencia.

Como "relación de pruebas", el demandante solicita oficiar a la oficina mencionada de Colpatria para que especifique si José Mesías Díaz Mora, fue quien acudió a pedir el "bloqueo de la cuenta titular de los títulos sustraídos y que dieron lugar a la investigación y la sentencia", y a Velotax Ltda. con el fin de determinar que, "por ejemplo", se gastan más de 8 horas en ir de Playarrica a Ortega.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

La demanda de revisión debe venir acompañada de copia de las sentencias de primer y segundo grado, junto con la constancia de ejecutoria, además de las

pruebas demostrativas de los hechos básicos de la causal invocada; esta última exigencia se encuentra consignada en el numeral 4° del artículo 234 del Código de Procedimiento Penal y se torna aún más obligante tratándose de la causal tercera de revisión, fundada en el advenimiento de nuevos sucesos o de pruebas no conocidas al tiempo de los debates, que establezcan la inocencia o inimputabilidad del condenado.

Las pruebas aportadas con la demanda resultan indispensables, para que la Corte se forme una idea inicial respecto a la trascendencia, seriedad y procedencia de la acción impetrada, de tal modo que sin esa información la pretensión del demandante resulta vana.

El actor anexa a la demanda algunos documentos con los que, al parecer, pretende acreditar la inocencia del sentenciado. Uno de ellos es la mencionada contestación de Colpatria a una petición del condenado, en donde no se accede a su petición.

Tal documento no acredita ni insinúa la inocencia de José Mesías Díaz Mora, sólo que su representante busca que judicialmente se ordene allegar copia y constancia de recibo del escrito firmado por su poderdante, en donde solicita "el bloqueo de la cuenta correspondiente a los cheques perdidos o sustraídos a Asocucuana."

No hay necesidad de obtener judicialmente esa prueba, de cuestionable trascendencia, cuando copia de la solicitud en mención ha podido acompañarla el defensor a la demanda, pues si su representado fue el signatario podría tener en su poder el duplicado, en donde aparezca que el original fue recibido por la entidad financiera.

Los otros documentos anexados a la demanda hacen referencia al tiempo que suele emplear un bus entre algunos lugares del departamento del Tolima y la no adjudicación o cubrimiento de algunas rutas. Con ello el accionante pretende volver a demostrar lo alegado en las instancias, que fue materia de pronunciamiento por los juzgadores, en cuanto el condenado haya acompañado a María Amparo Cabrera y a Gentil Garzón a que ellos cobraran cuatro cheques, dos en el Banco Cafetero de Ibagué y otros dos en la Caja Agraria de Playarrica, transportándose en un campero y no en vehículos de servicio público.

Es más, el Tribunal expresa que a José Mesías Díaz Mora, no se le endilga "la elaboración directa de las falsedades, ni ... su presencia física en las ventanillas de los bancos ...", sino su participación en algunos de los pasos dentro de la cadena defraudatoria, que condujo a la realización de delitos contra la fe pública y la administración pública.

Tampoco expresa fundamentos para que se deduzca que los documentos anexos permitan establecer la inocencia de José Mesías Díaz Mora, quien le manifestó a Luis Eduardo Bonilla Hernández, "en la entrada al café Xandú, que el sello se lo elaboraron en Cali", como se indica en el fallo de segundo grado.

No se trata de acompañar cualquier "prueba", sino aquellas nuevas directamente relacionadas con la causal invocada, que permitan al menos vislumbrar el yerro judicial y, para el asunto planteado, la posibilidad de la inocencia del condenado.

No debe olvidarse que la revisión no es una tercera instancia, ni tiene por finalidad revivir las controversias jurídicas ni los debates probatorios, sino corregir un error cuando evidentemente se ha condenado a un inocente, de conformidad con uno de los eventos consagrados en la causal tercera.

Pretender la revisión de un proceso sin el soporte probatorio que permita colegir las presuntas novedades sobre los hechos establecidos durante los debates, es propósito inadmisible tratándose de esta extraordinaria acción, frente al planteamiento ensayado.

Estas fallas ostensibles y pretender convertir la demanda en una simple tentativa de replanteamiento de alegaciones y sondeos probatorios, ponen en evidencia la ineptitud del pedimento y frustran la aspiración del libelista, quien incumplió con el indefectible requisito de aportar pruebas en que apoyaría los hechos básicos de su petición, de suyo intrascendente desde su enunciación.

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

RESUELVE:

1°. RECONOCER al doctor Edilberto Patiño Bravo como apoderado de José Mesías Díaz Mora, en los términos y para los efectos del poder conferido.

2°. NO ADMITIR la demanda de revisión presentada en nombre del sentenciado José Mesías Díaz Mora.

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, Mario Mantilla Nougués, Carlos Eduardo Mejía Escobar, Nilson E. Pinilla Pinilla.

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

TERMINACION ANTICIPADA DEL PROCESO/SENTENCIA ANTICIPADA/CASACION

Es necesario advertir, previamente, que la sentencia impugnada tiene carácter anticipado y, en razón de tal naturaleza jurídica, el procesado y su defensor sólo pueden impugnarla en los aspectos relacionados en el numeral 4° del artículo 37B del Código de Procedimiento Penal, esto es, la dosificación de la pena, el subrogado de la condena de ejecución condicional, y la extinción del dominio sobre bienes. Aunque la norma citada se refiere expresamente al recurso de apelación, la Sala en varias oportunidades ha dicho que la limitación rige igualmente para la casación, pues, si el sentido de la restricción es evitar la retractación caprichosa de lo aceptado en la diligencia de sentencia anticipada, ni más faltaba que en la impugnación extraordinaria se propiciara absurdamente el desconocimiento de tal propósito y, correlativamente, la violación de los principios de unidad y coherencia del ordenamiento jurídico.

Corte Suprema de Justicia. - Sala de Casación Penal. - Santa Fe de Bogotá, D. C., seis de julio de mil novecientos noventa y nueve.

Magistrado Ponente: Dr. *Jorge Aníbal Gómez Gallego.*

Aprobado Acta No. 98 Proceso No. 15908

El defensor del procesado José Fernando Orozco Ospina propone el recurso extraordinario de casación discrecional en contra del fallo de segundo grado fechado el 13 de abril de 1999, proferido por el Tribunal Superior de Manizales en trámite especial de sentencia anticipada, por medio de la cual el acusado, a quien se declaró responsable de dos delitos de "Ejercicio ilícito de actividad monopolística de arbitrio rentístico" (art. 241A C. P.), fue condenado finalmente a la pena principal de cuarenta y cinco (45) meses de prisión y multa por valor de dos millones seiscientos diez mil seiscientos cinco pesos ($ 2.610.605.oo) y la accesoria interdicción de derechos y funciones públicas por un período igual al de la sanción privativa de la libertad.

La sentencia corresponde a dos causas acumuladas por delitos de la misma naturaleza.

HECHOS Y ACTUACIÓN PROCESAL

Como quiera que son dos los episodios examinados en esta causa, la Sala, dentro de la línea del fallo cuestionado, los resume separadamente del siguiente modo:

1. El 12 de septiembre del año de 1995, aproximadamente a las 9:30 horas de la mañana, la policía inmovilizó el vehículo marca "Willis", de placas WEE 362, afectado al servicio público, cuando transitaba por el paraje "El Carmen" de la carretera que conduce del municipio de Riosucio, departamento de Caldas, al corregimiento Bonafont de la misma población, pues en dicho automotor se transportaba una considerable cantidad de licor ilícitamente producido. Posteriormente, practicado un allanamiento al inmueble de residencia del señor Milciades Bañol Largo, situada en el mencionado corregimiento, se incautó otra cantidad de licor de fabricación clandestina, botellas vacías, cajas para empacar la mercancía, tapas, etiquetas y otros elementos identificadores de la mistificadora actividad.

2. Un año después de aquel descubrimiento, la policía dispuso una vigilancia discreta sobre las actividades cumplidas en la finca "villacruz", vereda "El Edén" del municipio de Riosucio, y advirtieron la presencia recurrente del individuo José Fernando Orozco Ospina, hasta que el 17 de septiembre de 1996 ingresaron a la mencionada heredad y decomisaron cuarenta y una (41) cajas de ron de ilegítima fabricación. Como de tal fundo había salido momentos antes el referido ciudadano, por radio se pidió auxilio y fue retenido en la región de Irra, cuando llevaba consigo elementos propios para la actividad ilícita investigada.

SUSTENTACIÓN DEL RECURSO

El recurrente entiende que debe proceder por la vía excepcional del recurso extraordinario de casación, conforme con el inciso 3° del artículo 218 del Código de Procedimiento Penal, dado que la sentencia del Tribunal se dictó por el hecho básico del delito consistente en el "ejercicio ilícito de actividad monopolística de arbitrio rentístico", cuya pena privativa de la libertad oscila entre 3 y 5 años de prisión, lo cual significa que no se cumpliría el requisito objetivo para optar a la casación común, esto es, 6 o más años de prisión.

A partir de esta premisa, el impugnante se ocupa de la justificación de los dos motivos para decidirse por la casación excepcional y ofrece la siguiente argumentación:

En cuanto a la necesidad del desarrollo de la jurisprudencia le parece al recurrente que es obvia, pues la pretendida "intensidad del injusto... superior al promedio", como fundamento esgrimido por el juzgador para aumentar la pena en un año, constituye una "manifiesta violación del principio de prohibición de la doble valoración", dado que con la ley 57 de 1993, el legislador valoró muy severamente el grado de injusto del hecho punible en cuestión, tras establecer una pena de 3 a 5 años de prisión, razón por la cual, si la

circunstancia ya fue tenida en cuenta en la tipicidad para fijar el marco punitivo, tal contenido de ilicitud no puede considerarse de nuevo como factor de medición judicial de la pena, so pretexto de una presunta mayor "intensidad del injusto" que no está reflejada en otras "especiales circunstancias", tales como la concurrencia de factores genéricos de agravación punitiva (art., 66 C. P.) o que, por la cantidad de licor fraudulento decomisado, se pudiera afirmar un daño ostensible a las rentas departamentales.

De modo que, según el criterio del recurrente, la supuesta violación del principio de prohibición de la doble valoración, referido a un caso de ejercicio ilícito de actividad monopolística de arbitrio rentístico, merece la oportunidad de una casación excepcional, pues "que se conozca, no hay antecedente jurisprudencial sobre esta específica materia".

En relación con el segundo motivo de procedencia de la casación excepcional, cual es el de la garantía de los derechos fundamentales, el impugnante sostiene que el postulado de la prohibición de la doble valoración es una manifestación del principio del *non bis in idem*, máxima ésta que fue incorporada como derecho fundamental en el artículo 29 de la Constitución Política, según el cual la persona que sea sindicada tiene derecho a no ser juzgada dos veces por el mismo hecho.

Así pues, como le parece al recurrente que en el capítulo anterior ha demostrado la violación a la mencionada regla de la prohibición de valoración múltiple, concluye entonces que la situación es propicia para proteger una garantía fundamental por la vía de la casación excepcional.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

Es necesario advertir, previamente, que la sentencia impugnada tiene carácter anticipado y, en razón de tal naturaleza jurídica, el procesado y su defensor sólo pueden impugnarla en los aspectos relacionados en el numeral 4° del artículo 37B del Código de Procedimiento Penal, esto es, la dosificación de la pena, el subrogado de la condena de ejecución condicional; y la extinción del dominio sobre bienes. Aunque la norma citada se refiere expresamente al recurso de apelación, la Sala en varias oportunidades ha dicho que la limitación rige igualmente para la casación, pues, si el sentido de la restricción es evitar la retractación caprichosa de lo aceptado en la diligencia de sentencia anticipada, ni más faltaba que en la impugnación extraordinaria se propiciara absurdamente el desconocimiento de tal propósito y, correlativamente, la violación de los principios de unidad y coherencia del ordenamiento jurídico.

Así entonces, el recurrente, en principio, cumple con la regulación del trámite especial, porque en realidad sólo discute la medición judicial de la pena, descontado además que el máximo de la sanción prevista en el inciso 1° del artículo 241A del Código Penal, precepto aplicado en el fallo impugnado, no alcanza a los 6 años de prisión. Sin embargo, el tema de la dosificación punitiva está regulado en la parte general del mismo estatuto, precisamente para dejar en claro que dicho procedimiento es común a todas las figuras

delictivas (artículos 61 y siguientes), dato que es bien importante para captar el correcto sentido del invocado desarrollo jurisprudencial, como motivo habilitante de la casación discrecional.

En efecto, si uno de los fines primordiales del recurso extraordinario de casación es el de buscar la unificación de la jurisprudencia nacional (art. 219 C. P. P.), entendida ella como la posibilidad de generalizar argumentos o soluciones frente a rasgos comunes inducidos en el examen de casos concretos que se asimilan entre sí, sería paradójico que se usara la casación discrecional para hacer declaraciones particulares de cómo debe ser el método de determinación punitiva en relación con cada figura delictiva, por más novedosa que ella sea.

Lo evidente es la existencia de una considerable jurisprudencia sobre el tema de los criterios para fijar la pena, y ella, al igual que las normas generales interpretadas en esas múltiples ocasiones, rige para la operación concreta que haga el juez en cada caso, así se trate de la nueva regulación típica del delito de ejercicio ilícito de actividad monopolística de arbitrio rentístico. Bastante ha dicho la jurisprudencia de esta Sala sobre lo que debe entenderse por "la gravedad y modalidades del hecho punible" (denominado también "magnitud o intensidad del injusto"), "el grado de culpabilidad" y "la personalidad del agente", como elementos mensuradores de la sanción, baremo que no ha sido exceptuado en parte alguna de la legislación punitiva.

De modo que sí está al día la jurisprudencia sobre el sentido de las normas aplicables en materia de medición judicial de la pena (interpretación), y también de alguna manera en lo relacionado con los problemas de calificación o de las distintas manifestaciones existenciales que caben dentro del campo de los conceptos que involucran las respectivas disposiciones ("grado de injusto", "grado de culpabilidad" y "personalidad"), lo que seguiría entonces es un mero problema de relevancia, esto es, de saber cuál es la norma o jurisprudencia aplicable al caso, tema sobre lo cual existe completa soberanía judicial y mal podría entonces ser objeto de desarrollo jurisprudencial unificado.

De otra parte, el impugnante sostiene que la prohibición de doble valoración de circunstancias en la determinación de la pena hace parte del más amplio principio del *non bis in idem*, directriz ésta que ha sido erigida en derecho fundamental. Sin embargo, lo que plantea el impugnante no es una ostensible violación a la garantía fundamental de la veda de múltiple persecución penal por el mismo hecho, porque tal vulneración dependería de la aceptación de la tesis del recurrente, según la cual en el delito de ejercicio ilícito de actividad monopolística de arbitrio rentístico, la gravedad del injusto, en cualquier caso, ya fue presupuestada en la conminación penal del artículo 241A del Código Penal.

La transgresión de garantías fundamentales que justificaría el ejercicio de la casación discrecional, por lo excepcional del recurso, ha de ser tan ostensible que no puede estar condicionada a discusiones como las que plantea

el impugnante, máxime que éste se propone mostrar por vía de interpretación alguna salvedad en la aplicación de las reglas de dosimetría penal que trae el artículo 61 del Código Penal, que entre otras cosas están dispuestas para cualquier hecho punible.

Por ninguno de los dos motivos procede el ejercicio de la casación discrecional, razón por la cual no se aceptará la impugnación intentada por el defensor.

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

RESUELVE:

No conceder el recurso extraordinario de casación discrecional propuesto por la defensa del procesado José Fernando Orozco Ospina.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

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

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

NULIDAD/SENTENCIA SEGUNDA INSTANCIA/IMPUGNACION

Sabido es, que cuando se propone una nulidad el demandante además de invocar de manera clara y precisa la causal, debe exponer las razones en que se funda, (art 307 C.P.P.) para demostrar a través de los errores in procedendo *la vulneración de garantías fundamentales de los sujetos procesales, o el desconocimiento de la estructura básica del procedimiento, indicando el momento a partir del cual se hace necesario invalidar el proceso.*

La sentencia de segunda instancia tiene carácter definitivo, en cuanto contra ella no es procedente ningún recurso ordinario, y además está amparada por la doble presunción de legalidad y acierto, de manera que el debate propio de las instancias ya ha terminado, y la única forma de atacarla es por la vía extraordinaria que ofrece la casación, en donde solo son demandables errores in iudicando *o* in procedendo, *no simples pareceres o formas diferentes de valorar las pruebas, ya que en definitiva la apreciación probatoria que haga el fallador respetando las reglas de la sana crítica es la que prima.*

Corte Suprema de Justicia - Sala de Casación Penal. - Santa Fe de Bogotá, D.C., julio seis de mil novecientos noventa y nueve.

Magistrado Ponente: Dr. *Ricardo Calvete Rangel.*

Aprobado Acta No. 098 Proceso No. 10820

Resolverá la Sala la demanda de casación presentada por el defensor del procesado Nelson de Jesús Ramírez Gil, contra la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Medellín, confirmatoria de la dictada por el Juzgado Quinto Penal del Circuito de esa misma ciudad, que condenó al aquí recurrente por el delito de hurto calificado y agravado a la pena principal de cuarenta y dos (42) meses de prisión, a la accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas por el mismo lapso y al pago de perjuicios causados con la infracción.

I. Hechos

Fueron resumidos por el Tribunal en la sentencia recurrida así:

"En la madrugada del primero de mayo de 1994, dos individuos penetraron en la empresa Cauchos Antioquia Ltda. "Cauchand", dedicada a la elaboración de calzado y sita en la carrera 64 B Nro. 75 A 54 de la nomenclatura urbana de esta ciudad y luego de maniatar al sereno Abraham de Jesús Correa procedieron a sustraer equipos de oficina, materia elaborada para calzado, moldes para vulcanizar suela de caucho, herramientas, materia prima, cheques, etc., todo por una cantidad superior a los setenta millones de pesos.

"Al día siguiente agentes de inteligencia adscritos al Das recibieron informes en el sentido de que en la calle 39 A Nro. 30 A 07 de esta ciudad podría encontrarse el botín de dicha ilicitud. Así las cosas, a las 6 p. m. en diligencia de allanamiento allí efectuada se recuperaron un computador con su impresora y aditamentos, 98 planchas de hierro para la fabricación de calzado, overoles, pasamontañas, una cosedora, sellos, una almohadilla, documentos, un par de guantes y una pequeña porción de marihuana. En el operativo fue capturada Alba Nelly Quintero Ospina quien se hallaba en el lugar lo mismo que su concubinario Nelson de Jesús Ramírez Gil quien allí acudió antes que finalizara el operativo policial".

II. Actuación procesal

La Fiscalía 163 de la Unidad Primera de Reacción Inmediata Permanente ordenó la apertura de instrucción y vinculó al proceso mediante indagatoria a Nelson de Jesús Ramírez Gil y Alba Nelly Quintero Ospina, a quienes se les resolvió la situación jurídica así: al primero con medida de aseguramiento consistente en detención preventiva, por el delito de hurto calificado y agravado; y a la segunda no se le impuso medida de aseguramiento alguna y se dispuso su libertad inmediata.

Cerrada la investigación, la Unidad Seccional de Fiscalía Tercera de Patrimonio de Medellín calificó el mérito probatorio del sumario en interlocutorio de fecha septiembre 1° de 1994, con resolución contra Nelson de Jesús Ramírez Gil, como autor responsable del punible de hurto calificado y agravado, y decretó la preclusión de la investigación en favor de Alba Nelly Quintero Ospina.

Apelado el auto calificatorio, la Unidad de Fiscales Delegados ante el Tribunal en providencia de octubre 7 de 1994 confirmó íntegramente la resolución de acusación proferida contra Ramírez Gil.

El Juzgado Quinto Penal del Circuito de Medellín adelantó la etapa del juicio, y luego de practicada la audiencia pública dictó sentencia condenatoria contra el procesado en los términos antes indicados; decisión que al ser apelada por la defensa, fue confirmada por el Tribunal Superior de Medellín.

III. La demanda

El demandante formula dos reproches, con apoyo en las causales primera y tercera de casación, este último como subsidiario.

Primer Cargo:

El actor acusa la sentencia "por ser violatoria del artículo 24 del C. Penal, en forma indirecta, por considerar que el Tribunal incurrió en "grave y ostensible error de derecho en la apreciación de la prueba que se adujo como demostrativa de la materialidad de la infracción con fundamento en la cual se sustentó el juicio de reproche contra el procesado por el delito de Hurto, siendo claro que de no haberse incurrido en el mencionado error procedía la condenación por el punible previsto en el artículo 24 del Código Penal, acatando el principio de legalidad de la prueba".

En la sentencia se considera que: "En el proceso existen bases suficientes para afirmar que en el mejor de los casos fue co-titular de la dirección en el hecho criminoso y que por ende tuvo dominio del hecho", y se concluye: "Adviértase que consumada la sustracción de inmediato los objetos fueron llevados a su residencia y que allí, al ser recuperados, se hallaron además elementos que usualmente se utilizan en delitos contra el patrimonio de características similares al de (sic) que ahora se analiza: overoles y prendas para cubrir el rostro".

Aduce que "Si es indiscutible que parte de los objetos sustraídos con anterioridad a su recuperación, se hallaron en la residencia del procesado, es igualmente cierto que tal hallazgo, sin respaldo probatorio, no tiene el asidero jurídico para imputarle la coautoría; tendrá, así debe considerarse, la eficacia para considerarlo como cómplice del punible, cumpliendo promesa anterior manifestada a Juan Carlos Bolívar o Buriticá".

Las prendas "propias para cubrir el rostro", son diversas a las que portaban los asaltantes de la empresa perjudicada, ya que el celador Abraham de Jesús Correa, dice que tenían dos huecos para los ojos y otro para la boca, circunstancia esta que lleva a desestimar lo plasmado en la sentencia acusada.

Las características morfológicas del condenado difieren de lo precariamente percibido por el celador cuando enfatizó que uno de los que penetraron a la empresa era "gordito y bajito", lo que incide en la integridad de la investigación, existiendo duda que debe resolverse en favor del procesado.

Solicita a la Corte casar la sentencia recurrida y en su lugar proferir el fallo que deba reemplazarla.

Segundo Cargo

Acusa la sentencia por haberse proferido en un juicio viciado de nulidad, ya que se violaron los artículos: 1o. del C. P., 29 de la C. N. y 1o. del C. de P. P., normas que definen el debido proceso.

El artículo 304 del C. de P.P. establece como causal de nulidad la comprobada existencia de irregularidades sustanciales que afecten el debido proceso. Estas surgieron en el presente caso, por la omisión de la "Investigación integral" prevista en el artículo 333 *ibidem*.; "el denunciante en su diligencia de ampliación de la denuncia (fls.21) al referirse a los autores del punible, desconociéndolos, atina a manifestar: "lo que sin (sic) tengo que decir es que es coordinado por alguien de adentro por la selección que se hizo de la molderia,".

El celador de Cauchos Antioquia al encontrar las puertas sin la acostumbrada seguridad, afirma que esta labor le corresponde al supervisor que "se llama NANDO", motivo por el cual la Fiscalía 34 al ordenar que se continuara la investigación, en el numeral 7o.(fl. 82) dispuso que esta persona "deberá ser exhaustivamente interrogado (sic) sobre ese particular", lo que no se cumplió, infringiéndose la investigación integral de los acontecimientos, "o lo que es lo mismo, dejando de lado lo que pudiera favorecer al condenado".

Solicita que se case la sentencia impugnada y se "declare en qué estado queda el proceso, remitiendo el averiguatorio al funcionario competente para que proceda de acuerdo a la decisión adoptada".

IV. Concepto del Ministerio Público

El Procurador Primero Delegado en lo Penal solicita a la Corte no casar la sentencia recurrida por las siguientes razones:

La demanda no cumple a cabalidad con los requisitos de orden técnico, porque el actor enmarca su inicial reproche por la vía indirecta, por supuesto error de derecho por falso juicio de convicción, pero no señala el sentido de la violación, aunque del contexto del cargo se infiere que se trata de falta de aplicación del artículo 24 del C.P. y consecuencialmente la aplicación indebida del artículo 23 *ibidem*. Pero al finalizar la censura, en forma contradictoria reclama la aplicación del *in dubio pro reo* en favor de su defendido. Es decir, en principio admite la responsabilidad del acusado en calidad de cómplice del punible de hurto y a su turno alega la incertidumbre sobre su culpabilidad. Además el demandante desvía el ataque a un supuesto error de hecho por falso juicio de identidad, cuando dice que "la apreciación que hace el fallador sobre las prendas que utilizaron los delincuentes para cubrirse el rostro difieren de las relacionadas por el vigilante Abraham de Jesús Correa". En estas condiciones el cargo resulta inadmisible, porque a la postre el falso juicio de convicción fue el acogido equivocamente por el demandante en detrimento de sus pretensiones.

Teniendo en cuenta el contenido de los artículos 254 y 294 del C.de P.P., no es dable alegar en casación error manifiesto de valoración como lo hace el demandante. Puede afirmarse que los sentenciadores de instancia partieron para proferir la sentencia de condena de diversos hechos indicadores, (testimonios e indicios), debidamente probados que apreciaron razonablemente para inferir lógicamente la existencia de un delito de hurto calificado y agravado imputable al sentenciado Nelson de Jesús Ramírez Gil.

No está llamada a prosperar la censura por violación indirecta de la ley sustancial, porque el actor no demuestra error ostensible en la apreciación de los medios de convicción, y acude a su personal y subjetiva estimación de la prueba testimonial e indiciaria, enfrentándola a la del Tribunal que está unida a la del juez del conocimiento por ser confirmatoria de la misma, la cual abunda en referencias sumariales y en inferencias lógicas atendibles.

La ley no predetermina el valor que corresponde a cada medio de convicción, dejando al criterio del juez el crédito del mismo. Podemos aseverar que la participación que en los hechos tuvo Ramírez Gil, lo compromete penalmente como coautor del delito por el que fue acertadamente condenado. De la prueba analizada por los juzgadores se dedujo que el acusado admitió en su indagatoria haber guardado en su residencia los elementos sustraídos, pero tratando de hacer creer que desconocía su origen ilícito y negando rotundamente su participación en el hurto, y que por acuerdo con Juan Bolívar o Buriticá y con el objeto de ganarse un dinero que necesitaba para cubrir sus necesidades apremiantes, accedió a guardar los muebles que le presentaba su conocido. Pero tal y como atinadamente lo expusiera el Tribunal en el fallo objeto de censura, en ningún modo podría decirse que la tarea del procesado fue accesoria y que solo consistió en guardar el producto delictual, por las razones allí expuestas. Además a Ramírez Gil le aparecen dos condenas por delitos contra el patrimonio económico (fls.227 y ss y 241 y ss) en circunstancias similares a las investigadas.

Luego de referirse a la distinción que la doctrina ha hecho entre autor, coautor y cómplice, concluye que en el caso en estudio no se dio esta última figura porque la participación del procesado en la comisión del punible fue determinante como se ha dicho. El demandante ni siquiera llegó a consultar los argumentos centrales del fallo de condena, pues en él no solamente se hace referencia a las excusas suministradas por el procesado, sino que de un análisis conjunto de la prueba recaudada como correspondía, se concluyó que no ameritaban la credibilidad que ahora se pretende, pues en contra de esa interesada excusa fueron plurales los medios que comprometieron la responsabilidad de Ramírez Gil.

Incurrió el actor en falencias técnico -conceptuales, pues al alegar la aplicación del artículo 445 del C.P.P. truncó la prosperidad del cargo, al hacerlo por la vía indirecta, cuando lo debido según sus planteamientos era presentar la supuesta existencia de la duda por vía directa. "En este caso no ha existido duda del sentenciador, que es la única que cuenta frente a la legalidad de la sentencia, ya que ella no es objetiva -no está en la prueba -, sino en el juzgador y la consideración subjetiva del recurrente no suple la potestad judicial de valorar y conocer propia del juez de la sentencia".

El examen valorativo propuesto ninguna objeción merece en esta altura procesal, porque como es sabido aquí no se busca reabrir el debate procesal cerrado en las instancias sino analizar si el fallo recurrido se ajusta a derecho, es decir, si encuentra apoyo en la realidad procesal y en la normatividad vigente. Si ello es así, pese a que existan otras hipótesis también con posibili-

dades de tomarse en cuenta, prima la del juzgador por estar amparada por la doble presunción de acierto y legalidad.

Los jueces no pueden apoyarse en declaraciones contradictorias que revelen falta de veracidad ni en versiones mentirosas en todo o en parte que solo pretenden satisfacer intereses personales. La "duda" planteada por el recurrente resulta improcedente, máxime si se tiene en cuenta que el demandante en la fundamentación del cargo se limita a referirse a apartes de las sentencias que resultan solo de interés para sus pretensiones en forma parcial

El cargo no puede prosperar y por ende solicita su desestimación.

Respecto de la NULIDAD planteada en el segundo cargo, fundamentada en que se desconoció el principio de la investigación integral, la Delegada advierte que no es cierto que se haya descuidado la investigación relacionada con los autores y partícipes del hurto, porque una vez se escuchó al denunciante, se ordenó mediante auto de mayo 4 de 1994 (fl. 108) indagar sobre la identificación e individualización de los presuntos implicados, y para ello se dispuso oír a Gallego Cifuentes en ampliación de denuncia, la declaración del celador Abraham Correa, así como a los vecinos de la compañía que estuvieron al tanto de lo que sucedía y que se mencionan en la denuncia.

En orden al esclarecimiento de los hechos se llevó a cabo diligencia de inspección judicial a las instalaciones de la fábrica, estableciéndose que respecto del local o sitio anexo donde presuntamente entraron los autores del hecho, la puerta de la escala aunque tiene seguro interno permanece abierta; que al fondo del salón de producción están los moldes que se utilizan, sitio del cual los autores tomaron los mismos, y que en un salón contiguo se guardaba la materia prima, tiene reja que da a la calle 75A, con los mismos sistemas de seguridad aunque en uno de los extremos del techo de eternit que da a la misma calle se observa tapado provisionalmente con pedazos de teja "...tanto el celador como las demás personas lo encontraron destapado, es de agregar que por ahí el acceso es muy fácil ..". Igualmente se recepcionaron los testimonios de clientes de la compañía de cauchos, así como de los copropietarios de los moldes sustraídos, y empleados de la misma fábrica como se puede constatar a folios 121 y ss, 124 y ss, 128 y 130 del C.O.No.1.

El demandante se limita a enunciar las pruebas supuestamente omitidas, sin demostrar su incidencia en el fallo atacado, y ello no es razón suficiente para afirmar que se vulneró el debido proceso y/o el derecho de defensa llegado el caso. De las pruebas relacionadas por el recurrente no se evidencia que tengan la virtualidad de modificar la situación jurídica de Ramírez Gil, dado que en el plenario existen otros elementos probatorios para mantener el carácter condenatorio de la sentencia; además la fundamentación del cargo se contrae a hipótesis, elucubraciones y supuestos efectos favorables en el caso de haber sido practicadas en la forma y sentido que los demanda el casacionista, pero, si aceptáramos tal postura, también resultarían de recibo las consideraciones opuestas, esto es, que los resultados le fueran desfavorables.

La Corte ha establecido que para que se pueda reconocer la nulidad la prueba que se dejó de practicar debe tener la capacidad inequívoca de modificar sustancialmente la situación del procesado. Por ende, si el juicio de responsabilidad permanece incólume con base en otras pruebas practicadas durante el curso del proceso, no es procedente la invalidación.

Bajo estas consideraciones la nulidad planteada por el recurrente resulta inadmisible.

V. Consideraciones de la Corte

1° Respetando el principio de prioridad la Sala se ocupará inicialmente del cargo de nulidad, ya que de prosperar sería innecesario todo análisis sobre la presunta violación de la ley sustancial. Precisamente por esta razón es que no resulta acertado el orden en que formula los reparos el libelista.

Sabido es, que cuando se propone una nulidad el demandante además de invocar de manera clara y precisa la causal, debe exponer las razones en que se funda, (art 307 C.P.P.) para demostrar a través de los errores in procedendo la vulneración de garantías fundamentales de los sujetos procesales, o el desconocimiento de la estructura básica del procedimiento, indicando el momento a partir del cual se hace necesario invalidar el proceso.

Las exigencias anteriores no las cumple el defensor en la censura, pues se limita a enunciar la vulneración al debido proceso, argumentando que se omitió la investigación integral, dado que el denunciante manifestó que el hecho punible fue "coordinado por alguien de adentro por la selección que se hizo de la molderia"; y porque no fue "exhaustivamente interrogado" el supervisor de la fábrica respecto del hecho expresado por el celador, consistente en que las puertas fueron encontradas sin la acostumbrada seguridad, misión que le correspondía al supervisor "NANDO", argumentos sobre los cuales edifica lo que llama infracción a la investigación integral de los acontecimientos.

Si como parece ser, la idea del defensor es plantear que se omitió la práctica de algunas pruebas, es lo cierto que de la que menciona en la demanda, (testimonio de NANDO), se abstiene de indicar cuál era su incidencia en el sentido de la decisión, y hasta qué punto tenían la capacidad de modificar el fallo emitido, de manera que no se sabe cuál es la transcendencia de su inconformidad.

Además, cabe observar que a folio 141 del cuaderno original obra la copia de la citación que la Fiscalía le hizo a NANDO - Supervisor de la empresa- para efectos de que rindiera su testimonio el día 31 de mayo de 1994, luego no podría afirmarse que hubo negligencia del funcionario instructor, o que se obstruyó su recaudo, toda vez que el defensor tuvo la oportunidad de haber insistido en su realización de hallarla imprescindible por ser favorable para su representado.

En estas condiciones la nulidad propuesta no prospera.

2° En el primer cargo, como se dejó reseñado, el actor ataca la sentencia de segunda instancia por violación indirecta de la ley sustancial, quebranto que tuvo su origen en "grave y ostensible error de derecho en la apreciación y valoración de la prueba".

Al analizar la fundamentación del reparo se observa que el censor recurre a la elaboración de una argumentación contradictoria, que lo lleva a reconocer la responsabilidad del procesado, y simultáneamente a afirmar que existe incertidumbre respecto de ella, y naturalmente con esto se vulnera el principio de no contradicción.

En tal confusión el libelista que no es posible saber a ciencia cuál es su pretensión, pues inicialmente afirma que a su representado no se le puede imputar "la coautoría", sino que se le debe considerar como "cómplice del punible", y luego asevera que "existiendo duda que no puede colmarse en el actual estanco (sic) procesal...debe resolverse en favor de mi defendido, en relación con el Hurto en las modalidades por las que fuera condenado", planteamientos excluyentes que ha debido formular en capítulos separados.

Pero aún más, la censura así presentada conllevaría dos decisiones antagónicas: el reconocimiento de que el procesado actuó en calidad de cómplice del punible de hurto calificado y agravado implicaría que la Corte mantuviera la sentencia condenatoria pero que disminuyera la pena impuesta; en tanto que la aplicación del principio del *in dubio pro reo* conduciría a la absolución.

Al margen de lo anterior, suficiente para desestimar el cargo, es oportuno destacar que el censor no demuestra que el sentenciador haya incurrido en ningún yerro en la apreciación probatoria, pues se limita a enunciar un supuesto "error de derecho en la apreciación y valoración de la prueba", que pretende fundamentar en simples afirmaciones que lo único que ponen en evidencia es que no comparte las conclusiones del sentenciador, pretendiendo oponer su particular punto de vista sobre lo ocurrido a lo dicho por los sentenciadores de instancia, con lo cual no se demuestra que la sentencia impugnada es ilegal, objetivo al cual debe orientarse la sustentación del recurso para que pueda prosperar.

La sentencia de segunda instancia tiene carácter definitivo, en cuanto contra ella no es procedente ningún recurso ordinario, y además está amparada por la doble presunción de legalidad y acierto, de manera que el debate propio de las instancias ya ha terminado, y la única forma de atacarla es por la vía extraordinaria que ofrece la casación, en donde solo son demandables errores in iudicando *o* in procedendo, *no simples pareceres o formas diferentes de valorar las pruebas, ya que en definitiva la apreciación probatoria que haga el fallador respetando las reglas de la sana crítica es la que prima.*

No estando sujetas las pruebas en que se fundamentó la sentencia impugnada a tarifa legal, la demostración debía apuntar a que el fallador incurrió en la apreciación probatoria en violación de las reglas de la sana crítica.

único condicionamiento que le señala el Código de Procedimiento Penal para el cumplimiento de su tarea.

Sin embargo el censor se confunde y en el capítulo que denomina "DEMOSTRACION", lo que hace es ignorar los argumentos centrales del fallo de condena para afirmar que el procesado estaba "cumpliendo promesa anterior manifestada a Juan Carlos Bolívar o Buritica". Que las "prendas propias para cubrir el rostro" encontradas en la residencia del procesado son diversas de las que portaban los asaltantes según lo declarado por el celador, y que las características morfológicas del condenado difieren de "lo precariamente percibido por el celador" cuando enfatizó que uno de los que entraron a la empresa era "gordito y bajito".

El Tribunal expuso en el fallo objeto de censura que: "...tiénese que de ningún modo podría decirse que la tarea de Ramírez Gil fue accesoria y que solo consistió en guardar el producto delictual. No. En el proceso existen bases suficientes para afirmar que en el mejor de los casos fue co-titular de la dirección en el hecho criminoso y que por ende tuvo dominio del hecho. Adviértase que consumada la sustracción de inmediato los objetos fueron llevados a su residencia y que allí, al ser recuperados, se hallaron además elementos que usualmente se utilizan en delitos contra el patrimonio de características similares al del que se analiza: overoles y prendas propias para cubrir el rostro".

Además consideró que "puede decirse que Nelson de Jesús es un avezado en este género de ilicitudes. Por la tenencia de objetos hurtados en el asalto a unas confecciones y por la coautoría en la depredación realizada a un almacén de calzado (fls. 227 y ss. y 241 y ss.) padeció ya dos condenas, según hechos que guardan una indiscutible similitud con los aquí examinados".

Finalmente, en el caso que nos ocupa ha existido en el sentenciador, como lo asevera la Delegada, y en la demanda tampoco se afirma que en el fallo se reconoció la duda y pese a ello se condenó, razón suficiente para que la Sala se aparte del concepto del Procurador, en cuanto dice que uno de los errores de técnica en que incurrió el demandante es alegar la aplicación del *in dubio pro reo* acudiendo a la vía indirecta de la ley sustancial, "cuando lo debido según sus planteamientos, era presentar la supuesta existencia de la duda por la vía directa".

Por las razones anteriormente expuestas el cargo no prospera.

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

RESUELVE:

NO CASAR la sentencia recurrida.

Cópiese, cúmplase y devuélvase al Tribunal de origen.

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

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria

ACCION DE REVISION-Poder especial

La acción de revisión es un trámite posterior e independiente de las instancias, con la cual se ataca la condición de cosa juzgada adquirida por una decisión ejecutoriada, bien sea sentencia, cesación de procedimiento o preclusión de la investigación.

En consecuencia, para que un abogado adquiera la legitimidad necesaria para adelantar la acción debe tener poder otorgado especialmente para esa actuación, pues la gestión encomendada dentro del proceso termina con la ejecutoria de la providencia que le puso fin al proceso.

Corte Suprema de Justicia. - *Sala de Casación Penal.* - Santa Fe de Bogotá, D.C., julio seis de mil novecientos noventa y nueve.

Magistrado Ponente: Dr. *Ricardo Calvete Rangel.*

Aprobado Acta No. 098 - Proceso No. 15921

La Corte resuelve sobre la admisibilidad de la demanda instaurada por el abogado Gustavo Patiño Alvarez, quien afirma que actúa como apoderado de Henry Hamloy Quiatial, y pretende la revisión del proceso que culminó con sentencia condenatoria proferida por un Juzgado Regional de Medellín, confirmada por el Tribunal Nacional.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

La acción de revisión es un trámite posterior e independiente de las instancias, con la cual se ataca la condición de cosa juzgada adquirida por una decisión ejecutoriada, bien sea sentencia, cesación de procedimiento o preclusión de la investigación.

En consecuencia, para que un abogado adquiera la legitimidad necesaria para adelantar la acción debe tener poder otorgado especialmente para esa actuación, pues la gestión encomendada dentro del proceso termina con la ejecutoria de la providencia que le puso fin al proceso.

En el asunto que nos ocupa el abogado anexó un poder dirigido al Juez Segundo de Ejecución de Penas de Palmira (V), proceso 1272, en donde no se

otorgan facultades para instaurar la acción de revisión a nombre del sentenciado.

Como quiera que quien dice representar los intereses de Hamloy Quisdal no acompañó al libelo petitorio el poder debidamente otorgado, ello es motivo suficiente para rechazar la demanda presentada.

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

RESUELVE:

Rechazar la demanda por medio de la cual el doctor Gustavo Patiño Alvarez promueve la acción de revisión a nombre de Henry Hamloy Quistial, por las razones expuestas en la parte motiva.

Notifíquese y cúmplase.

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

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

IMPEDIMENTO

En materia de impedimentos, más allá de la mera observación objetiva del asunto del cual dimana el factor desestabilizador de la imparcialidad del Juez natural -reconocida como garantía fundamental en los artículos 13 y 29 de la Constitución Política-, lo que interesa es la irrefutable dirección de la administración de justicia dentro de un marco de actividad sin ningún tipo de perturbaciones que dé pábulo a la duda, a la suspicacia o a la sospecha de parcialidad.

De ahí que no sea trabajo sencillo resolver sobre declaraciones de impedimento cuando los criterios se muestran tan variados y no pocas veces llenos de argumentos que con cierta racionalidad sugieren la estrechez del marco legal de las causales de inhibición.

Una tal reflexión lleva a determinar por qué el legislador con el instituto plasmado en el artículo 103 del C.P.P. trata las relaciones de consanguinidad que pudieran existir entre los sujetos procesales y el funcionario judicial -numeral 3-, los vínculos contractuales -numeral 2-, y en otros casos la participación del funcionario en un proceso desde una óptica de la que pueda desprenderse que su ulterior intervención en el mismo puede echar al traste no sólo el esquema procedimental sino el derecho a la imparcialidad que tienen los ciudadanos dentro de las causas judiciales o administrativas, de acuerdo a un régimen garantista -numeral 11-.

En fin, todo se reduce a la plausible idea de protección de una actividad judicial impoluta, transparente y confiable.

En este contexto, la hermenéutica aplicable en procura de la razón de ser del instituto encuentra asidero en la interpretación sistemática, por medio de la cual se concretan los fines de aquél de acuerdo con la enumeración legal taxativa que ofrece el legislador, sin que tengan cabida las analogías ni las meras concepciones del afán resguardador de esquemas por encima de las garantías esenciales de estirpe constitucional.

Corte Suprema de Justicia. - Sala de Casación Penal. - Santa Fe de Bogotá, D. C., martes seis de julio de mil novecientos noventa y nueve.

Magistrado Ponente: Dr. Jorge Aníbal Gómez Gallego.

Aprobado Acta No. 98 Proceso No. 15644

El 10 de marzo de este año una sala de decisión del Tribunal Nacional no aceptó el impedimento manifestado por uno de sus Magistrados, con miras a separarse del conocimiento de la acción de revisión instaurada por José Dionel Chávez Devia y Marco Mauricio Guevara contra la sentencia anticipada mediante la cual un Juez Regional los condenó por los delitos de porte ilegal de armas de uso privativo de la fuerza pública en concurso con concierto para delinquir; razón por la cual se encuentran las diligencias en esta Corte para decidir de plano lo pertinente.

ANTECEDENTES

Dentro de la investigación penal que por los delitos de concierto para delinquir y porte ilegal de armas inició un Fiscal Delegado de Cali en contra de Marco Mauricio Guevara, José Dionel Chávez Devia, Jhon Alexander Alzate, Fernando Alzate, Evert Humberto Parra y Orlando Andrés Arce por hechos acontecidos en horas de la mañana del 7 de junio de 1994, los dos primeros decidieron acogerse al trámite de sentencia anticipada, por lo que el 26 de julio del año siguiente se les impuso la pena de 80 meses de prisión.

Respecto de los otros procesados continuó el rito ordinario, siendo condenados por un Juez Regional el 20 de marzo de 1996 a la pena de 8 años de prisión como coautores de los delitos atrás mencionados.

Al ser revisada por apelación la sentencia, el Tribunal Nacional la revocó parcialmente, absolviendo a los acusados del delito de concierto para delinquir, por lo que fijó la pena definitiva en 6 años de prisión.

Conocida esta determinación por los procesados que se sometieron a la sentencia anticipada, accionaron en revisión fundando su pretensión en la causal tercera del artículo 232 del C.P.P. con base en que "El hecho nuevo lo constituye el fallo de segunda instancia del Tribunal Nacional (Rad. 9236) que estableció la atipicidad del delito de CONCIERTO PARA DELINQUIR....".

En curso la acción, el que fuera ponente del fallo revocatorio declaró su impedimento al tenor del numeral 6° del artículo 103 del C.P.P., el cual después de aceptado llevó a otro de los Magistrados con quien hizo Sala en aquel entonces a solicitar también su separación del asunto, con resultado negativo porque el Tribunal por mayoría consideró que el pronunciamiento del peticionario en el fallo que absolvió por una de las conductas no se "emitió dentro del mismo proceso" en el que fue dictada la sentencia que se busca revisar ya que la ruptura de la unidad procesal "originó el adelantamiento de dos actuaciones procesales diferentes", sin que tampoco quepa hipotéticamente la causal de impedimento consagrada en el numeral 4° del artículo 103 del C.P.P. en la medida en que la "opinión sobre el asunto materia del proceso", según jurisprudencia pacífica de esta Corte, se refiere a la manifestada extraprocesalmente "mas no la emitida en ejercicio de la función de administrar justicia".

En el mismo pronunciamiento el Tribunal destacó lo indebido del trámite dado al impedimento, en atención a que éste debió manifestarse conjuntamente.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

En materia de impedimentos, más allá de la mera observación objetiva del asunto del cual dimana el factor desestabilizador de la imparcialidad del Juez natural -reconocida como garantía fundamental en los artículos 13 y 29 de la Constitución Política , lo que interesa es la irrefutable dirección de la administración de justicia dentro de un marco de actividad sin ningún tipo de perturbaciones que dé pábulo a la duda, a la suspicacia o a la sospecha de parcialidad.

De ahí que no sea trabajo sencillo resolver sobre declaraciones de impedimento cuando los criterios se muestran tan variados y no pocas veces llenos de argumentos que con cierta racionalidad sugieren la estrechez del marco legal de las causales de inhibición.

Una tal reflexión lleva a determinar porqué el legislador con el instituto plasmado en el artículo 103 del C.P.P. trata las relaciones de consanguinidad que pudieran existir entre los sujetos procesales y el funcionario judicial -numeral 3-, los vínculos contractuales -numeral 2-, y en otros casos la participación del funcionario en un proceso desde una óptica de la que pueda desprenderse que su ulterior intervención en el mismo puede echar al traste no sólo el esquema procedimental sino el derecho a la imparcialidad que tienen los ciudadanos dentro de las causas judiciales o administrativas, de acuerdo a un régimen garantista -numeral 11-.

En fin, todo se reduce a la plausible idea de protección de una actividad judicial impoluta, transparente y confiable.

En este contexto, la hermenéutica aplicable en procura de la razón de ser del instituto encuentra asidero en la interpretación sistemática, por medio de la cual se concretan los fines de aquél de acuerdo con la enumeración legal taxativa que ofrece el legislador, sin que tengan cabida las analogías ni las meras concepciones del afán resguardador de esquemas por encima de las garantías esenciales de estirpe constitucional.

En el caso a estudio, sin que la imprescindible mención del antecedente sea argumento determinante, el Magistrado al cual no se le aceptó el impedimento conforma los mismos motivos que otrora fueran recibidos positivamente respecto del ponente con quien integró la Sala para decidir la absolución de una parte de los procesados por el delito de concierto para delinquir.

Y es esto lo que inicialmente permite columbrar una incongruencia del Tribunal, pues desde un plano lógico, si el acto emitido por el juez colegiado permitió a uno de sus creadores separarse del conocimiento de la acción de revisión, no existe explicación válida para obligar a otro de ellos a intervenir en el mismo asunto del que habían marginado a su homólogo, cuando por

igual éste y aquél son artífices de la razón que sólo respecto de uno se consideró suficiente.

Pero para la Corte no es este precisamente el argumento de peso, toda vez que pese a moldearse como acertado el motivo dado por el Tribunal como fundamento para no aceptar el impedimento, en el sentido de que la sentencia cuya revisión se demanda no es la misma proferida por los Magistrados, a fuerza de que producida la ruptura de la unidad procesal por el acogimiento de unos procesados a la terminación anticipada, para los restantes se continuó el rito ordinario culminando con una sentencia totalmente diferente a la de los petentes del fallo prematuro; hay algo innegable y es el hecho de que por haber sido los Magistrados que manifestaron el impedimento los autores del fallo que absolvió a los otros procesados, para ellos existe una expectativa de índole intelectual y moral que obviamente propende por la prevalencia de su obra en el ejercicio jurisdiccional.

Sobre esta manifestación del interés, ha dicho la Corte:

"Tal como la Sala lo tiene establecido, el "interés en el proceso", erigido como causal de impedimento en la norma transcrita, es aquella expectativa manifiesta por la posible utilidad o menoscabo, no sólo de índole patrimonial, sino también intelectual o moral, que la solución del asunto en una forma determinada acarrearía al funcionario judicial o a sus parientes cercanos, y que, por aparecer respaldada en serios elementos de juicio, compromete la ponderación e imparcialidad del juzgador, tornando imperiosa su separación del asunto" (17 de junio de 1998, M.P. Dr Fernando Arboleda Ripoll).

No debe perderse de vista que, de cara a la causal planteada en la acción de revisión, el hecho calificado por el actor como "nuevo" es el fallo proferido en segunda instancia, obra entre otros del Magistrado que ahora con sentido de pertenencia manifiesta su impedimento para pronunciarse en cualquier sentido respecto de él, en procura del rompimiento del carácter de *res iudicata* de la sentencia anticipada.

Una cosa es, entonces, que la sentencia pretendida en revisión no esté suscrita por quien se manifiesta impedido y otra muy distinta que el proclamado "nuevo hecho" sea obra de quien ahora pide ser separado del asunto, pues en este último supuesto sí hay un interés de la guisa que contempla el artículo 103 del C. de P. P. en el numeral 1°, situación que advertida como perturbadora del desempeño de la actividad judicial no puede desdeñarse a la ligera sin poner en riesgo su transparencia, pues bien difícil resulta exigir a un juez, por más ecuánime que sea, que tienda un manto de amnesia para hacer desaparecer de su condición humana la posibilidad de un proceder inducido por un interés, por lo intelectual o moral no menos parcializado y nocivo para el recto ejercicio de la jurisdicción.

Así pues, independiente a que la situación pudiera favorecer a los condenados que solicitan la revisión del fallo, la imparcialidad se nutre de otros conceptos como que la aspiración del legislador en el tema de los impedimen-

tos no es la de desequilibrar la balanza en favor de alguno de los sujetos procesales sino la de garantizar a todos ellos derechos inviolables como es el de contar con un juez natural respecto del cual no emerja, ni siquiera hipotéticamente, condición alguna que hiciera posible pensar en el rompimiento de su equilibrio frente al caso que debe resolver.

En este orden de ideas, aunque por causal diferente a la aducida, el impedimento está llamado a prosperar.

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

RESUELVE:

1. DECLARAR fundado el impedimento manifestado por el Magistrado del Tribunal Nacional para conocer del trámite de revisión instaurado por medio de apoderado por José Dionel Chávez Devia y Marco Mauricio Guevara.

2. El Tribunal Nacional dispondrá lo pertinente para que, conforme lo dispone el artículo 106 del C. de P. P., se complete la Sala de Decisión que habrá de ocuparse de la demanda de revisión.

Notifíquese, cúmplase y devuélvase.

Jorge Aníbal Gómez Gallego, Fernando Arboleda Ripoll, Ricardo Calvete Rangel, Jorge E. Córdoba Poveda, Carlos A. Gálvez Argote, Edgar Lombana Trujillo, Mario Mantilla Nougués, Carlos E. Mejía Escobar, Nilson Pinilla Pinilla.

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

ACCION DE REVISION-Cambio de jurisprudencia

Siendo la finalidad de la acción de revisión procurar el desconocimiento de la seguridad jurídica de los fallos que por haber hecho tránsito a cosa juzgada se presumen inmutables e intangibles, la demanda de sustento debe reunir los requisitos establecidos en el artículo 234 del C. de P. P., en concordancia con los motivos señalados por la misma codificación -artículo 232-. La ausencia de esta armonía en el planteamiento desnaturaliza la alegación porque hace desaparecer su causa y conlleva el rechazo del escrito.

De tal manera, si la causal de revisión propuesta es la 6a. del artículo 232 del C. de P.P. "Cuando mediante pronunciamiento judicial, la Corte haya cambiado favorablemente el criterio jurídico que sirvió para sustentar la sentencia condenatoria"; es la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema máximo Tribunal por su especialidad en la justicia ordinaria, la encargada de definir la cuestión penal en el ámbito nacional, y en ese orden es a ella a quien le corresponde unificar la jurisprudencia nacional según el mandato 219 de la misma obra. De esa manera el cambio jurisprudencial con criterio jurídico favorable a que se refiere la causal citada, debe emanar de la Sala con posterioridad al fallo demandado, siempre y cuando se refiera al mismo punto jurídico que sirvió de fundamento al fallo condenatorio cuestionado. Este ha sido el criterio reiterado e imperante de la Sala, vertido en numerosas decisiones, entre ellas, la del 14 de octubre de 1993 (M. P.Dr. Calvete Rangel), la del 29 de febrero de 1996 (Ms. Ps.Drs. Mejía y Pinilla); la del 28 de octubre de 1997, M.P. Dr. Córdoba Poveda).

De esa forma no puede provenir de otra autoridad judicial ese pronunciamiento, salvo que la misma Corte Suprema lo hubiera acogido e incorporado como cambio jurisprudencial propio con sus inherentes alcances, caso en el cual, lo habrá convertido en antecedente jurisprudencial apto para los efectos de la causal 6a. de revisión.

Corte Suprema de Justicia. - Sala de Casación Penal. - Santa Fe de Bogotá, D.C., seis (6) de julio de mil novecientos noventa y nueve (1999).

Magistrado Ponente: Dr. *Mario Mantilla Nougués.*

Aprobado Acta No. 098 Proceso No. 15888

Decide la Corte, con fundamento en el artículo 234 del C. de P.P., sobre la viabilidad de la acción de revisión incoada contra la sentencia del 12 de mayo de 1998, mediante la cual el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto condenó a Álvaro Arturo Delgado por el delito de falsedad por uso de documento público falso.

ANTECEDENTES

1. Refiere el fallo en mención:

"El señor Ricardo Insuasty Mora, le compró al señor Alvaro Arturo Delgado, ... dos vehículos de las siguientes características: automóvil Hyunday, amarillo, modelo 1994 y campero Mitsubishi, montero, color rojo, modelo 1994 con un precio de $5.000.000 y $10.000.000 en su orden.

"Dichos automotores habían sido hurtados en el vecino país del Ecuador... el 20 de abril de 1994 y el ... 29 de mayo de dicho año.

"Ricardo Enrique Insuasty ... vendió el automóvil ... al senor Gerardo Franco Sánchez ... el 12 de agosto de 1994. ...

"Estando el automóvil en poder del comprador Sánchez Narváez, unidades del DAS el 5 de septiembre de 1994 retuvieron dicho vehículo por ser objeto de un delito contra la propiedad y la documentación ser apócrita. En la misma fecha retuvieron el campero Mitsubishi, en poder de Insuasty Mora".

2. El procesado Delgado fue absuelto por ambos delitos en primera instancia. El Tribunal Superior del Distrito revocó parcialmente esta decisión en el sentido de mantener la absolución por el delito de estafa, y lo condenó por el de falsedad por uso de documento público falso, imponiéndole la pena de dos años de prisión y negándole el sustituto de la ejecución condicional.

3. Al tasar la pena el Tribunal puntualizó que no partía del mínimo establecido en el segundo inciso del artículo 222 del C. P. debido a "la modalidad, gravedad y naturaleza de los hechos punibles investigados, que ocasionaron una verdadera alarma social en el comercio de los automotores, sobre todo en los departamentos fronterizos como Nariño ...", y previamente advirtió que en la adecuación de la conducta de los dos implicados la Fiscalía había excluido dos de los delitos también cometidos por los entonces procesados, esto es, los de falsedad en documento privado y receptación -por cuanto a la fecha de la sentencia no se pudo vincular a Delgado con los delitos de hurto de los automotores-, delitos que ordenó ser investigaran por separado, para lo cual dispuso la expedición de copias.

LA DEMANDA

Con fundamento en la causal 6a. del artículo 232 del C. de P. P., que copia a la letra, el demandante solicita la revisión del fallo de segundo grado anotando que el 15 de diciembre de 1995 el entonces defensor del sentenciado

solicitó su libertad provisional en vista de que días antes se suscribió un acta de conciliación de indemnización de perjuicios entre un hermano del procesado Delgado en calidad de agente oficioso y el ofendido Gerardo Franco, en donde se acordó pagar la mitad de la indemnización bajo el supuesto que la otra mitad la pagaría el otro procesado, para de esa manera dar por satisfecha la pretensión indemnizatoria en lo atinente a Delgado, circunstancia que determinó el desistimiento de la acción civil por parte del ofendido.

Estos eventos, dice, son actitudes del sentenciado y:

"... traen como consecuencia una demostración de calidad social o personalidad ... y genera condiciones económicas frente al supuesto ofendido que conllevan como respuesta judicial, el reconocimiento de descuentos punitivos ...".

Esta actitud del procesado, que dice, carece de antecedentes judiciales, concerniente a la personalidad, denota "... la no-necesidad de un tratamiento penitenciario, pues quien hace un esfuerzo así no puede tomarse como un delincuente que quiere burlar al ofendido sino aquel que aún manteniéndose sabedor de su inocencia busca hacer menos gravosa una situación ...

"La personalidad, debe ser materia de estudio y no puede reducirse a una situación general, que tiene que ver con conclusiones abstractas como que en esta zona de la nación, los asuntos en que se comprometen a dos naciones, para decir que no se tiene derecho a rebajas o los subrogados penales, solamente porque se está perdiendo la confianza comercial en zona de frontera de un país, elimina la fuerza probatoria que tienen actitudes procesales como la aquí señalada".

Hace hincapié en la importancia del estudio de la personalidad del procesado, porque aunque ese aspecto no fue motivo de apelación de la sentencia absolutoria, el Juzgado de la primera instancia lo consideró y confirió la libertad a los sindicados.

En el acápite de "fundamentos jurídicos" afirma que la Corte Suprema ha dicho que en los casos en que existe reintegro del objeto del delito, "satisfacción integral ...", como en este caso, debe haber un reconocimiento de rebaja punitiva.

Aunque el fallo de segundo grado mantuvo la absolución por el delito de estafa, debe tenerse en cuenta que el pago de perjuicios sucedió cuando aún "se encontraba vigente la acusación" por este hecho punible "y de allí que deba atenderse por extensión a cualquier otro tipo, que tenga una relación con el hecho investigado", porque el pago de la indemnización es demostrativo de la personalidad, y por tanto incide en el reconocimiento de beneficios como el subrogado contemplado del artículo 68 del C.P.

Considera que aunque la Corte Suprema en su Sala Penal tiene establecido que los cambios doctrinarios son de su exclusividad como máxima autoridad temática, "bien válido resulta" tener en cuenta, que por encima de

cualquier consideración jurídica se halla la Carta Fundamental, y por ende, que los pronunciamientos de la Corte Constitucional en cuanto "toquen tópico propio de la misma materia, así sea por la vía de la acción de tutela, igualmente deben considerarse como criterios suficientes para acudir a la revisión ...". De tal suerte y con la observancia del principio de favorabilidad también en el campo jurisprudencial, debe tener en cuenta la providencia expedida el 22 de abril de 1998 en el expediente 1885 por la Corte Constitucional que declara la exequibilidad del artículo 373 del C. P., a cuyo texto alude sin transcribirlo porque en el escrito de demanda no viene incorporado el folio nueve (9), en el que, según la secuencia argumental deben reposar los restantes argumentos para deprecar la revisión.

Finalmente advierte que "como se trata del examen de las piezas procesales", se remite a manera de pruebas a las pertinentes que obran en la copia íntegra del proceso que anexa, con la constancia de ejecutoria de la sentencia.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

Siendo la finalidad de la acción de revisión procurar el desconocimiento de la seguridad jurídica de los fallos que por haber hecho tránsito a cosa juzgada se presumen inmutables e intangibles, la demanda de sustento debe reunir los requisitos establecidos en el artículo 234 del C. de P. P., en concordancia con los motivos señalados por la misma codificación -artículo 232-. La ausencia de esta armonía en el planteamiento desnaturaliza la alegación porque hace desaparecer su causa y conlleva el rechazo del escrito.

De tal manera, si la causal de revisión propuesta es la 6a. del artículo 232 del C. de P.P. "Cuando mediante pronunciamiento judicial, la Corte haya cambiado favorablemente el criterio jurídico que sirvió para sustentar la sentencia condenatoria"; es la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema máximo Tribunal por su especialidad en la justicia ordinaria, la encargada de definir la cuestión penal en el ámbito nacional, y en ese orden es a ella a quien le corresponde unificar la jurisprudencia nacional según el mandato 219 de la misma obra. De esa manera el cambio jurisprudencial con criterio jurídico favorable a que se refiere la causal citada, debe emanar de la Sala con posterioridad al fallo demandado, siempre y cuando se refiera al mismo punto jurídico que sirvió de fundamento al fallo condenatorio cuestionado. Este ha sido el criterio reiterado e imperante de la Sala, vertido en numerosas decisiones, entre ellas, la del 14 de octubre de 1993 (M. P.Dr. Calvete Rangel), la del 29 de febrero de 1996 (Ms. Ps.Drs. Mejía y Pinilla); la del 28 de octubre de 1997, M.P. Dr. Córdoba Poveda).

De esa forma no puede provenir de otra autoridad judicial ese pronunciamiento, salvo que la misma Corte Suprema lo hubiera acogido e incorporado como cambio jurisprudencial propio con sus inherentes alcances, caso en el cual, lo habrá convertido en antecedente jurisprudencial apto para los efectos de la causal 6a. de revisión.

De otro lado -y también ha sido el criterio mayoritario de la Sala -, el cambio jurisprudencial favorable invocado debe referirse solamente a los aspectos

tomados como fundamento de la decisión de condena, no a situaciones que aunque anejas, carecen de eficacia para modificar el sentido de ese pronunciamiento, v. gr. las que atemien la sanción o incidan en la forma de ejecución de la misma: "... no sobra recordar que a juicio de la mayoría de esta Sala, la causal 6a. de revisión solo opera para rescindir un fallo de condena, no para el reconocimiento a posteriori de atenuantes o de otros factores simplemente reductores o morigeradores de la punibilidad", puntualizó la Corte sin que esta posición haya tenido variación hasta ahora, en su auto de octubre 30 de 1997 con ponencia del Magistrado Dr.Gómez Gallego.

Confrontados estos supuestos con la demanda presentada, encuentra la Corte total ausencia de causa porque el cambio jurisprudencial que afirma el censor se produjo con posterioridad al fallo demandado, cuyos términos además se desconocen por la presentación incompleta del escrito, y además porque el supuesto cambio jurisprudencial que cita el demandante no proviene de la Corte Suprema en su Sala de Casación penal sino de otra autoridad judicial, la Corte Constitucional, sin trascendencia en el fallo demandado, dado que no guarda relación de causalidad con las bases mismas de la condena, toda vez que tocan con su ejecución, en cuanto atañen a elementos que propician la concesión del subrogado de la ejecución condicional, mas no la absolución del sentenciado.

En resumidas cuentas, por no sujetarse a las previsiones del artículo 234 del C. de P.P., la demanda no puede ser admitida.

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

RESUELVE:

1. RECHAZAR IN LIMINE la demanda de revisión presentada a nombre del sentenciado Alvaro Arturo Delgado.

2. Reconócese al doctor Jesús Ortiz Muñoz portador de la T.P. N° 94.269 C.S.J. como representante judicial del sentenciado Delgado en los términos del mandato conferido.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Jorge Aníbal Gómez Gallego, Fernando E. Arboleda Ripoll, Ricardo Calvete Rangel, Jorge E. Córdoba Poveda, Carlos A. Gálvez Argote, (Aclaración de Voto); *Edgar Lombana Trujillo, Mario Mantilla Nougués, Carlos E. Mejía Escobar,* (Aclaración de Voto); *Nilson Pinilla Pinilla.*

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

ACLARACION PARCIAL DE VOTO

Como lo he manifestado en otras oportunidades, en las que la Sala por mayoría ha decidido frente a la acción de revisión interpretar restrictivamente la causal sexta del artículo 232 del Código de Procedimiento Penal, en el sentido de que ésta solo procede para efectos de "rescindir un fallo de condena", ahora me veo nuevamente en la obligación de dejar constancia sobre mi comedido disentimiento en relación con dicho criterio, por cuanto si bien estoy de acuerdo con la decisión tomada, pues ella no podía ser otra que el rechazo *in limine* de la demanda, al invocar el accionante decisiones de otra autoridad judicial, esto es, diversa a las proferidas por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, que es la encargada de unificar la jurisprudencia nacional en materia penal, que a su turno creo es el argumento básico y suficiente para el rechazo del libelo, sigo convencido de que esta causal también procede para efectos de solicitar el reconocimiento de una atenuante de pena que de suyo no implique la absolución, pues como *in extenso* lo he expuesto en otros salvamentos y aclaraciones de voto sobre este mismo tema, cuando la ley se refiere a "sentencia condenatoria", debe entenderse que para que proceda un tal pronunciamiento debe imponerse una pena y que ella es la resultante no solo de la que proceda frente al tipo básico objeto de imputación, sino igualmente de las reducciones que impliquen las circunstancias atenuantes, más aún cuando ante los incrementos punitivos actuales, como por ejemplo sucede con la Ley 40 de 1995, el reconocimiento de una atenuante resulta verdaderamente significativo en punto del *quantum* que se le pueda imponer a un procesado como pena privativa de la libertad.

Carlos Augusto Gálvez Argote

Fecha *ut supra*.

ACLARACION DE VOTO

Con el debido respeto por las decisiones de la Sala mayoritaria y no obstante a estar de acuerdo con la decisión en el sentido de denegar la acción de revisión, me permito reiterar el punto concreto sobre el cual he venido manifestando mi discrepancia con respecto a la interpretación restrictiva que hace la Sala en relación con la causal sexta.

Lo anterior porque considero que la variación favorable no solo puede generar absolución sino que es igualmente favorable cualquier cambio de criterio jurídico de la Corte que implique una reducción en la pena impuesta por cuanto en el contenido de justicia material de una sentencia es tan trascendental el tipo básico como todas las circunstancias genéricas y específicas de agravación que inciden en la dosificación de la pena.

En cuanto a las precisiones jurídicas me remito a los argumentos que señalamos con el Dr. Carlos Gálvez en providencia 7959 del 29 de feb/96.

Carlos E. Mejía Escobar.

NULIDAD/INSTRUCCION

La formulación de la resolución de acusación por parte de la Fiscalía General de la Nación, significa no solo la iniciación de la etapa del juzgamiento propiamente dicha, sino la de finalización de la instrucción etapa que asignada por la Constitución y la Ley a tal Institución, supone su adelantamiento exento de vicios o por lo menos purgados a través de las instancias propias de la instrucción en la que también participan los Jueces a través del control de legalidad.

Tan elementales principios aparecen manifiestamente expresados en materia de nulidades en los artículos 307 y 416 del Código de Procedimiento Penal, pues de una parte "el sujeto procesal que alegue una nulidad (...) no podrá formular nueva solicitud de nulidad, sino por causal diferente o por hechos posteriores, salvo en el recurso de casación" y, por otra, en el traslado para la preparación de la audiencia pública se pueden "solicitar las nulidades que se hayan originado en la etapa de instrucción que no se hayan resuelto", poniendo coto, de tal manera, a inacabadas discusiones sobre el mismo punto en cada una de las etapas procesales.

Corte Suprema de Justicia. - Sala de Casación Penal. - Santa Fe de Bogotá, D.C., seis (6) de julio de mil novecientos noventa y nueve (1999).

Magistrado Ponente: Dr. *Carlos E. Mejía Escobar.*

Aprobado Acta No. 98 - Proceso No. 15625

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por el procesado doctor Luis Marcial Burbano en contra del auto de la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto (Nariño) del 5 de febrero de 1999, por medio del cual negó la declaratoria de una nulidad y la práctica de unas pruebas solicitadas por el recurrente.

ANTECEDENTES

1. El doctor Luis Marcial Burbano Delgado se encuentra vinculado mediante indagatoria a esta actuación procesal que se inició para investigar las posibles irregularidades en que habría incurrido durante su desempeño como Juez Civil Municipal de Tumaco (Nariño).

2. En contra del procesado Luis Marcial Burbano Delgado se profirió, por parte del Fiscal 4° Delegado de la Unidad ante el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto resolución de acusación como presunto responsable de Delitos Contra la Administración Pública (prevaricato por omisión) en concurso homogéneo y sucesivo.

La Fiscalía concreta las conductas punibles del ex Juez en la manifiesta mora en que incurrió en la solución de varios procesos (10), tramitados en el Juzgado a su cargo, en un lapso que inicia en 1990, proceso con radicación No. 4453 que ingresó a Despacho el 24 de mayo de 1990, hasta el año de 1995, asunto con radicación No. 4315 que se resolvió el 10 de julio.

3. En firme la resolución de acusación, como consecuencia de definirse el 8 de octubre de 1998 el recurso de apelación interpuesto por el defensor del procesado Luis Marcial Burbano Delgado, la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto (Nariño) asumió el 4 de noviembre el conocimiento del asunto, ordenando correr el traslado del artículo 446 del Código de Procedimiento Penal.

4. En escrito por medio del cual descorría ese traslado, el doctor Burbano Delgado solicitó la práctica de algunas pruebas e "insiste en la nulidad que solicitó al sustentar el recurso de apelación en contra de la providencia calificatoria", por cuanto alega haber estado durante una etapa del proceso, sin defensor de oficio.

Dentro de las pruebas pedidas por el doctor Burbano Delgado, se hallan las siguientes:

4.1. Bajo el numeral 2° solicita la "práctica de una inspección judicial a las carpetas u otros documentos, donde aparezcan las actas y diligencias: en las actas de sentencias verbales, desde 1990, marzo 1 hasta diciembre de 1995, con el fin de constatar el número y duración de todas las actuaciones en que haya intervenido él, en calidad de Juez directamente o por intermedio de sus empleados (algunas diligencias, en cuanto a la elaboración de actas, tenía que dictarlas casi todas el suscrito), la hora de terminación y de iniciación de dichas diligencias, pues el horario de trabajo según el decreto 1975 de 1989, artículo 4°, es de 8 a 12 m y de 2 a 6 p.m."

Tal prueba la solicitó con intervención de peritos abogados, con el objeto de que éstos determinen la duración en horas de todas las diligencias.

4.2. Así mismo pidió, en el numeral 3°, que se trajera como prueba trasladada la copia íntegra del proceso disciplinario que se le siguió ante el Tribunal Superior de Pasto. Explica que tal prueba es necesaria, "no para romper el Non Bis Ibidem (sic)", sino porque en dicho proceso se halla establecida la totalidad de las diligencias, actuaciones y decisiones durante su desempeño como Juez.

5. La Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto, mediante auto del 5 de febrero de 1999, resolvió así las peticiones:

5.1. La de nulidad la despachó negativamente, previa advertencia de que se trataba exactamente del mismo tema que se había puesto a consideración de la Fiscalía, donde fue resuelta, también desfavorablemente, por la Unidad Delegada ante la Corte.

No obstante la advertencia, el Tribunal asume su estudio en aras de "garantizar el derecho de petición, las garantías y el debido proceso", para lo cual hace una completa descripción de las actuaciones del abogado de confianza del procesado y de las del de oficio que hubo de nombrarse por expresa petición del sindicado Burbano Delgado, para concluir que no ocurrió ninguna violación al derecho de defensa del encartado.

5.2. La solicitud de pruebas la resolvió parcialmente favorable a lo solicitado por el acusado Burbano Delgado, pues de 5, decretó 3, negando las señaladas en los puntos 2 y 5 del memorial petitorio.

La prueba 2 (inspección judicial a todas las actuaciones y diligencias realizadas por el Juez de 1990 a 1995), se negó por considerarla el Tribunal innecesaria, de un lado porque estima que en el proceso hay elementos de juicio suficientes encaminados al mismo fin demostrativo que pretende esa prueba y de otro porque simultáneamente está decretando otras orientadas al mismo propósito.

La prueba 5 (copia integra del proceso disciplinario) la negó por considerar que las piezas del proceso disciplinario No. 017 que ya están agregadas a la actuación son suficientes para los objetivos buscados por el sindicado y aclara que el proceso penal no es solo por la mora de que trató ese disciplinario, sino por otras ocurridas con posterioridad a tal actuación.

6. Contra la decisión de la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto, el procesado Burbano Delgado interpuso un recurso mixto, pues por una parte apeló directamente en contra de la decisión de negar la nulidad, reclamando que a esta parte se le diera el trámite del artículo 196A del Código de Procedimiento Penal y de otra, formuló reposición y en subsidio apelación, de aquella parte de la decisión que negó las pruebas.

6.1. Los recursos en contra de la decisión de negar las pruebas, los sustentó, en cuanto a la prueba pedida en el punto 2 de su memorial, en la inexistencia en el proceso de los elementos de juicio que pretende traer con la prueba solicitada, pues lo que se obtuvo del expediente No. 224 se refiere a una época de su desempeño como Juez Civil de Tumaco y no a todo el tiempo que abarcan los procesos por cuya mora se le reclama: 1990 a 1995.

En lo que tiene que ver con la negativa a practicar la prueba No. 5 de su memorial, señala que la copia integra del proceso disciplinario No. 017 es necesaria por cuanto allí aparece demostrado que hubo de dictar sentencias, practicar embargos, secuestros, comisiones, lanzamientos, entregas, desalojos, inspecciones judiciales, actuar como clavero, etcétera. Así mismo aclara que las moras por las que se le investiga no son posteriores a 1994 sino anteriores, pero detectadas con posterioridad, por lo que sostiene la prueba debe ser practicada.

6.2. El recurso de apelación directo contra el aparte que en la decisión negó la declaratoria de la nulidad, lo sostiene el procesado-recurrente en la supuesta afectación a su derecho a la defensa, para lo cual se opone a las conclusiones del Tribunal sobre el supuesto ejercicio de tal derecho por parte de su abogado.

Así, afirma que la designación de su abogado fue solo para la indagatoria, que las copias que éste pidió de la actuación no lo fueron para actuar sino para entregárselas al procesado Burbano Delgado, que no participó en la práctica de las pruebas y que la posterior intervención de su abogado de oficio no puede convalidar la falta de defensa técnica.

7. En decisión del 23 de febrero de 1999, la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto resolvió la reposición, negándola, bajo los mismos presupuestos esgrimidos en la decisión objeto del recurso, esto es, en la presencia dentro del expediente de material probatorio demostrativo de aquello que se busca probar con las pruebas negadas. En consecuencia concedió la apelación.

En auto separado, concedió la apelación del aparte de la providencia que se refiere a la negativa a decretar la nulidad solicitada por el encartado.

8. En escrito posterior, el recurrente "adiciona argumentos a los de la reposición y apelación", señalando otras razones por las que estima que debe accederse a la práctica de las pruebas.

CONSIDERACIONES

1. El proceso penal, a partir de su nueva reformulación por parte del Código de Procedimiento Penal contenido en el Decreto 2700 de 1991 con las adiciones legislativas respectivas, en desarrollo de los postulados constitucionales de la Carta adoptada el 7 de julio de 1991, tiene dos grandes etapas claramente diferenciadas, no solo en cuanto al órgano que las evacua, sino sobre todo en cuanto a los actos procesales que corresponden en cada ocasión, valga decir, la instrucción y el juzgamiento.

2. En este orden de ideas, resulta claro que a partir de la ocurrencia de un hecho calificado por la ley como penalmente relevante, la actividad investigativa - jurisdiccional - se encaminará a demostrar si se ha infringido la ley penal, quién o quiénes los autores o partícipes del hecho, los motivos determinantes y demás factores que influyeron en la violación de la ley penal, las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que se realizó el hecho, las condiciones sociales, familiares o individuales que caracterizan la personalidad del imputado, su conducta anterior, sus antecedentes judiciales, de policía, sus condiciones de vida y los daños y perjuicios - morales y materiales - que causó el hecho punible.

En la etapa instructiva, la reconstrucción histórica impondrá la formulación de variadas hipótesis explicativas, que decantadas de manera paulatina por el tamiz que significa la recolección de evidencia, justifiquen racional-

mente el sostenimiento de una hipótesis concreta y permita producir un enjuiciamiento en la forma y términos del artículo 441 del Código de Procedimiento Penal, si hubiere sido posible recolectar las pruebas suficientes para ello, o simplemente precluir en caso contrario.

3. Formulada la hipótesis acusatoria por parte del Fiscal, el Juez del conocimiento inicia su labor a partir de lo que aparece como una explicación del problema jurídico que habrá de resolver. En este sentido, el *thema probandi* ha quedado limitado al contenido fáctico y jurídico de la acusación y por ende, los juicios de pertinencia, conducencia, legalidad, eficacia y superfluidad de las pruebas quedan inevitablemente atados a la hipótesis acusatoria.

4. A partir de lo expuesto, asume la Sala el estudio del recurso interpuesto por el procesado doctor Luis Marcial Burbano Delgado, ex Juez Civil Municipal de Tumaco (Nariño).

5. De la Nulidad

5.1. *La formulación de la resolución de acusación por parte de la Fiscalía General de la Nación, significa no solo la iniciación de la etapa del juzgamiento propiamente dicha, sino la de finalización de la instrucción etapa que asignada por la Constitución y la Ley a tal institución, supone su adelantamiento exento de vicios o por lo menos purgados a través de las instancias propias de la instrucción en la que también participan los Jueces a través del control de legalidad.*

5.2. *Tan elementales principios aparecen manifiestamente expresados en materia de nulidades en los artículos 307 y 446 del Código de Procedimiento Penal, pues de una parte "el sujeto procesal que alegue una nulidad (...) no podrá formular nueva solicitud de nulidad, sino por causal diferente o por hechos posteriores, salvo en el recurso de casación" y, por otra, en el traslado para la preparación de la audiencia pública se pueden "solicitar las nulidades que se hayan originado en la etapa de instrucción que no se hayan resuelto", poniendo coto, de tal manera, a inacabadas discusiones sobre el mismo punto en cada una de las etapas procesales.*

5.3. En este orden de ideas, la nulidad solicitada por el doctor Burbano Delgado es manifiestamente improcedente, por cuanto como lo afirma el mismo en su memorial petitorio, se trata de "insistir en la nulidad que solicitó al sustentar el recurso de apelación en contra de la providencia calificatoria", la que, tal como le respondió el Tribunal, fue despachada desfavorablemente por la Unidad de Fiscalía Delegada ante la Corte.

No obstante, a partir de tal evidencia, el Tribunal resuelve negativamente la solicitud mediante la demostración, con citas de folios y actuaciones, de la inexistencia de la causal aducida, decisión que sustancialmente merece confirmación y que procesalmente tiene similar suerte, aunque por razones de improcedencia en los términos del artículo 446 del Código de Procedimiento Penal.

6. De las Pruebas

La Fiscalía General de la Nación a través del Fiscal Delegado de la Unidad de Fiscalía Delegada ante el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto, encontró que el doctor Burbano Delgado en su condición Juez Civil Municipal de Tumaco incurrió presuntamente en concurso homogéneo y sucesivo de prevaricatos por omisión, al registrar moras injustificadas de meses y años para la producción de decisiones judiciales que eran de su competencia, ubicando la conducta dentro del lapso que va de 1990 a 1995.

Limitado de tal manera el ámbito fáctico y jurídico que compone la acusación al ex Juez Burbano Delgado, la demostración de hechos que constituyen su rendimiento laboral se muestran perfectamente pertinentes y la pretensión de probar tales hechos a través de medios documentales, es en principio conducente.

Sin embargo, el Tribunal no negó las pruebas de inspección judicial a las carpetas y documentos en los que aparezcan actuaciones del encartado como Juez entre 1990 y 1995, y la copia íntegra del proceso disciplinario 017, por considerarlas impertinentes o inconducentes, sino por considerarlas superfluas, habida cuenta de la existencia en la actuación de otras pruebas que sirven al mismo efecto.

No obstante ello, aunque el Tribunal señala tal razón para excluir las pruebas solicitadas por el doctor Burbano Delgado, no es exacto que medios probatorios de similar capacidad demostrativa aparezcan en el expediente, pues si se investigan conductas omisivas o morosas del Juez durante su desempeño como Juez Civil Municipal de Tumaco entre 1990 y 1995, la documentación que aparece en el expediente no es suficiente para cubrir tal período.

En el cuaderno anexo No. 4, aparece copia del acta de visita practicada el 23 de agosto de 1994 por un Magistrado de la Sala Administrativa del Consejo Seccional de la Judicatura de Pasto, en la que se revisaron, entre otras cosas, los legajadores de sentencias "desde enero de 1994"; de autos de trámite "de enero a junio de 1994 y julio de 1994"; 2 legajadores de autos interlocutorios (folios 4 a 22) y aunque en tal diligencia se anotó en el anexo al acta de visita (folio 3), el rendimiento del funcionario como igual al 3.68%, tal promedio solo corresponde al período laborado hasta esa fecha, por lo que no resulta suficiente para determinar la totalidad de los hechos calificados por la Fiscalía como jurídicamente relevantes en el derecho penal dentro del artículo 150 de tal Código.

Ahora bien, el Tribunal señala igualmente que considera que una de las pruebas decretadas, obtener copia del peritazgo que se practicó en el proceso disciplinario distinguido con el No. 224, releva la práctica de la prueba solicitada por el procesado Burbano Delgado, conclusión que resulta apriorística pues no hay elementos de juicio en el proceso que permitan determinar con seguridad si tal peritazgo cubre la totalidad del período dentro del que se

desarrollaron los hechos que motivaron la emisión de resolución de acusación en contra del recurrente.

En este orden de ideas, considera la Sala que la decisión de la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto (Nariño) debe revocarse en cuanto negó la práctica de una inspección judicial a las carpetas, documentos y registros estadísticos que demuestren el volumen de trabajo desarrollado por el Juez procesado entre marzo 1 de 1990 y diciembre de 1995, para que en su lugar se practique tal diligencia, manteniéndose la negativa en cuanto a la intervención de peritos, pues no aparece necesaria la participación de algún conocimiento técnico especial para establecer estadísticamente el rendimiento del Juzgado y concluir jurídicamente lo que en derecho corresponda.

La inspección omitirá referirse a periodos de cuyo rendimiento estadístico ya hay suficiente prueba en el proceso, esto es, al que cubre la inspección judicial practicada por la Sala Administrativa del Consejo Seccional de la Judicatura de Pasto (folio 2 al 22 del cuaderno anexo No. 4); al que cubren las decisiones del 29 de enero de 1993 (folios 1 a 10, cuaderno anexo No. 12) y noviembre 2 de 1993 (folios 26 a 35 del cuaderno anexo No. 5) de la Sala Disciplinaria del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto, que se refieren al año transcurrido del 16 de septiembre de 1991 al 16 de septiembre de 1992, e igualmente excluirá el periodo que demuestre la prueba decretada por el Tribunal bajo el número 2.2, que en todo caso habrá de practicarse antes que la inspección judicial que aquí se decreta, que se limitará a establecer el rendimiento estadístico del lapso que no se demuestre con la copia del peritazgo reclamado por el Tribunal.

La negativa del Tribunal a traer la copia íntegra del proceso disciplinario No. 017 se confirmará, por cuanto le asiste razón en la superfluidad de tal práctica, habida cuenta que el rendimiento estadístico aparece citado con detalle exacto de tiempo, producción y promedio de rendimiento en los folios atrás citados.

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 auto del 5 de febrero de 1999 de la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto, en cuanto negó la práctica de una inspección judicial a las carpetas, documentos y registros estadísticos que demuestren el volumen de trabajo desarrollado por el Juez procesado entre marzo 1 de 1990 y diciembre de 1995, para que en su lugar se practique tal diligencia en la forma y términos advertidos en la parte motiva de esta decisión.

2°. CONFIRMAR el mismo auto en todo lo demás.

Notifíquese y cúmplase.

Jorge Aníbal Gómez Gallego, Fernando Arboleda Ripoll, Ricardo Calvete Rangel, Jorge E. Córdoba Poveda, Carlos A. Cálvez Argote, Edgar Lombana Trujillo, Mario Mantilla Nougués. Carlos E. Mejía Escobar, Nilson Pinilla Pinilla.

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

CASACION DISCRECIONAL

Cuando se trata de casación excepcional es indispensable sustentar de manera somera, pero clara, el fundamento de la inconformidad, de tal suerte que de los argumentos expuestos por el memorialista la Corte pueda inferir que en el proceso se quebrantó alguna garantía fundamental, o que es necesario el pronunciamiento para el desarrollo de la jurisprudencia.

En estas condiciones, no se trata simplemente de que en alguno de los apartes del escrito se enuncie de manera genérica y sin ninguna precisión que hubo atentado a algún derecho fundamental, como se hace en este caso con el debido proceso, sino que es necesario que la sustentación corresponda al reproche que se le hace al fallo, para que la Corte pueda definir la viabilidad de su intervención.

Corte Suprema de Justicia. - Sala de Casación Penal. - Santa Fe de Bogotá D.C., julio seis de mil novecientos noventa y nueve.

Magistrado Ponente: Dr: *Ricardo Calvete Rangel.*

Aprobado Acta No. 098 Proceso No. 15604

Resuelve la Sala sobre la admisibilidad del recurso de casación excepcional interpuesto por el defensor del procesado Alejandro Torres Aguirre, contra la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Pereira, confirmatoria de la dictada por el Juzgado Tercero Penal del Circuito de la misma ciudad, mediante la cual lo condenó a la pena principal de ocho (8) meses de prisión por violación a la Ley 30 de 1986, artículo 33-2.

Argumentos del Impugnante

Dice que "se incurre en un error por parte de la Sala Penal del Tribunal al atribuirnos 'Tamaña equivocación en la cual se incurre al aludir a una nulidad por error en la denominación jurídica e incongruencia entre la acusación y la sentencia. (folio 6, párrafo 3°, de la sentencia de segunda instancia)'.

"No, la nulidad impetrada, de manera subsidiaria, como se lee al folio No. 8 del escrito que sustentó la apelación contra la sentencia de primera instancia, se refiere a la irregularidad sustancial, que afecta el debido proceso conforme al art. 304 numeral 2 del C. de P.P., a partir del acta de formulación

de cargos. Pero, jamás incluimos en estos la supuesta por el Tribunal como "error en la denominación jurídica".

"Lo sostenido ... es que el acta de cargos, a que se refiere el art.37 del C. de P.P., equivale a la resolución de acusación, y, por tanto, los requisitos de las circunstancias genéricas de agravación le son comunes, conforme a criterio doctrinal de la Corte Suprema de Justicia".

En consecuencia, los cargos en ella contenidos tienen como único sustento el material probatorio incorporado al expediente hasta ese momento, de modo que la formulación de cargos diferentes choca contra el debido proceso.

En el caso que nos ocupa, la Fiscalía le imputa al implicado el hecho de expender droga a los compañeros de la Universidad, "con fundamento en una manifestación que no existe en el proceso", dejando de lado la confesión del condenado en tal sentido, la cual fue "tergiversada y mutilada en la valoración probatoria", apreciación que hizo más gravosa la situación del sentenciado, toda vez que el juzgador de instancia le dedujo una causal genérica de agravación y negó la suspensión condicional de la sentencia.

De otra parte, en la sentencia de segunda instancia "se escinde lo que es inescindible: el cargo que se imputó en el acta de cargos (portar droga alucinógena para expender en la Universidad a sus compañeros por parte del procesado), se fragmenta arbitrariamente, se divide, en este caso concreto, desconociendo la confesión del procesado, y en contravía de la misma, en la sentencia de primera instancia para negarle el subrogado de la condena de ejecución condicional por una agravante genérica que no tiene existencia procesal".

Reitera, que debe existir una armonía entre las pruebas existentes en los diligenciamientos, el acta de formulación de cargos para sentencia anticipada y el fallo, porque de lo contrario se rompe el equilibrio que debe existir en la actuación, lo cual genera violación al debido proceso.

Por último agrega que en su momento se ocupará del tema relacionado con las cárceles y la resocialización en dichos centros.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. Por tratarse de sentencia proferida por el Tribunal en segunda instancia, y la pena máxima señalada para ilícito inferior a seis años, es procedente acudir al recurso de casación excepcional consagrado en el inciso final del artículo 218 del Código de Procedimiento Penal.

2. El motivo escogido por el impugnante aparentemente se refiere a la violación del debido proceso, pero la verdad es que lo que impugna es el fundamento probatorio del pliego de cargos y de las sentencias de instancia, ya que no está de acuerdo con que en el acta se haya imputado al procesado expender droga a los compañeros de la universidad, de lo cual dice que es una "manifestación que no existe en el proceso".

El tema así planteado no solo no es de recibo en casación excepcional, sino que por tratarse de una sentencia anticipada la defensa carece de interés para recurrir con base en él, de acuerdo con lo que señala el numeral 4°, del artículo 37 B del Código de Procedimiento Penal.

Si el procesado acepta el cargo en la forma como es formulado por el fiscal, no puede posteriormente aducir falta de prueba, pues su aceptación tiene connotación probatoria, y es justamente por eso que el Estado le reconoce una rebaja de pena. Si fuera necesario que todas las pruebas estuvieron ya en el expediente, no tendría sentido el beneficio que se otorga al acusado.

3. De otra parte, la razón adicional que aduce el recurrente es que se haya negado a su cliente la condena de ejecución condicional, pero nuevamente acude a la crítica probatoria, de manera que estima que se rompió la armonía que debe existir entre las pruebas recaudadas y el acta de cargos, y entre ésta y la sentencia anticipada; y también de nuevo disfraza su verdadera inquietud rematando la idea con la afirmación de que se afectó el debido proceso, lo cual no tiene concreción alguna.

Cuando se trata de casación excepcional es indispensable sustentar de manera somera, pero clara, el fundamento de la inconformidad, de tal suerte que de los argumentos expuestos por el memorialista la Corte pueda inferir que en el proceso se quebrantó alguna garantía fundamental, o que es necesario el pronunciamiento para el desarrollo de la jurisprudencia.

En estas condiciones, no se trata simplemente de que en alguno de los apartes del escrito se enuncie de manera genérica y sin ninguna precisión que hubo atentado a algún derecho fundamental, como se hace en este caso con el debido proceso, sino que es necesario que la sustentación corresponda al reproche que se le hace al fallo, para que la Corte pueda definir la viabilidad de su intervención.

Como el impugnante no cumple con las exigencias propias del recurso que pretende interponer, la conclusión no puede ser otra que su inadmisión.

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

RESUELVE:

Inadmitir el recurso de casación excepcional interpuesto por el defensor del procesado Alejandro Torres Aguirre.

Cópiese, notifíquese, y devuélvase el expediente al Tribunal de origen. 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 Nougués, Carlos E. Mejía Escobar, Nilson Pinilla Pinilla.

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

EXTRADICION-Acuerdo Bolivariano/EXTRADICION-Prescripción

1. Ya fue dicho por la Corte que si bien resulta cierto que el delito de tráfico ilícito de estupefacientes no figura contemplado dentro del Acuerdo Bolivariano sobre Extradición suscrito en 1911 como de aquellos hechos punibles que ameritan la medida, también aparece claro que "la producción, la fabricación, la extracción, la preparación, la oferta, la oferta para la venta, la distribución, la venta, la entrega en cualquiera condiciones, el corretaje, el envío, el envío en tránsito, el transporte, la importación o la exportación de cualquier estupefaciente o sustancia sicotrópica...", y "la posesión o la adquisición de cualquier estupefaciente o sustancia sicotrópica" con el objeto de realizar cualquiera de estas actividades, constituyen delito que da "lugar a extradición en todo tratado vigente entre las Partes", de acuerdo con los artículos 3 y 6 de la Convención de las Naciones Unidas contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas de 1988, de donde surge que el presupuesto en mención se cumple a cabalidad.

2. Se hace especial énfasis sobre el tema de la ley vigente en la actualidad, para indicar que la Corte expresamente reitera que la legislación a tener en cuenta para emitir el concepto que le compete, es la que rija al momento de la petición u ofrecimiento de la extradición, pues, a tenor de su jurisprudencia al respecto, "una cosa es el proceso penal que le corresponde a las autoridades extranjeras adelantarlo conforme a su legislación y otro muy distinto es el trámite especial de extradición que se surte en nuestro país, conforme al cual la Corte de manera objetiva examina la procedencia con base en la documentación aportada por el Estado requirente y en la normativa vigente al momento de la petición u ofrecimiento."

En el pronunciamiento que viene de referirse, también se señaló que "la extradición tiene como finalidad, ser un mecanismo de asistencia y cooperación judicial entre diversos Estados para lograr la entrega del sentenciado o infractor al Estado en cuyo territorio se cometió el hecho y del cual logró evadirse". En tal medida, precisó la Corte, carece de sentido la aplicación en dicho trámite del principio de favorabilidad, pues el

concepto que de ella se demanda, no se relaciona con la emisión de un juicio de responsabilidad penal contra el requerido, "sino que con los parámetros que fijó el legislador examina la procedencia o no de la solicitud de extradición, y uno de esos parámetros es que el quantum punitivo tenga como mínimo, en esta época y no cuando se cometió el delito, pena de prisión de cuatro (4) años)", para concluir que "el principio de favorabilidad tendría operancia si la Corte en lugar de conceptuar tuviera que cumplir funciones de instancia o de Tribunal de Casación para imponer la pena; pero aquí la pena tiene relevancia únicamente para llenar un requisito de procedibilidad que evidentemente es de aplicación inmediata por tratarse de una norma procesal sin contenido sustancial" (Cfr. Concepto de extradición, feb. 15/95, M.P. Dr. Edgar Saavedra Rojas, Rad. No. 9509).

Es de destacarse, así mismo, que si bien en el acápite dedicado a la equivalencia en la legislación colombiana de la providencia proferida en el extranjero, como fundamento de la solicitud de extradición, se dejó establecido que el pliego de cargos en el caso sub examine, es el presentado por la Fiscalía del Perú y constituido por el concepto proferido por el Fiscal Supremo en lo Penal de ese país al resolver el grado de consulta elevado por el Tercer Tribunal Correccional de la Corte Superior de Callao, y la acusación formulada el 13 de julio de 1992 por la Tercera Fiscalía Superior en lo Penal de la misma región, refrendada por el auto de cinco de agosto de mil novecientos noventa y dos proferido por la Tercera Sala Penal de la Corte Superior de Callao con fundamento en la acusación fiscal, piezas procesales que integran lo que en nuestro ordenamiento procesal corresponde a la resolución de acusación, esto no significa que con dichos pronunciamientos se cumpla la condición prevista por el artículo 84 del Código Penal Colombiano relacionada con la interrupción del término prescriptivo de la acción penal para comenzar de nuevo a contarse por la mitad del máximo de la pena prevista en la ley para la conducta realizada.

Precisa la citada disposición, que "la prescripción de la acción penal se interrumpe por el auto de proceder, o su equivalente, debidamente ejecutoriado" y que, una vez interrumpido dicho término, "principiará a correr de nuevo por tiempo igual a la mitad del señalado en el artículo 80", sin que pueda ser inferior a cinco años.

Esto indica que, a efectos de establecer la fecha exacta en que se produciría la interrupción del término prescriptivo de la acción penal, y por tanto el término de prescripción cuando ello ha sucedido, la ley colombiana no solamente requiere la determinación del día del proferimiento de la providencia mediante la cual se convoca al sindicado a responder en juicio criminal, o su equivalente, sino que, además, exige que tal decisión se encuentre ejecutoriada, pues es a partir del momento en que la resolución acusatoria adquiere firmeza, y, por tanto, se torna inimpugnable,

que el término de prescripción comienza "a correr de nuevo por tiempo igual a la mitad del señalado en el artículo 80".

Por tratarse precisamente de sistemas procesales distintos, la Corte no puede tomar los pronunciamientos de las autoridades extranjeras como proferidos por sus similares colombianas, transportarlos en tiempo y espacio, y ubicarlos dentro del sistema procesal penal que rige en nuestro país; para de esta manera, ponerlos ficticiamente a producir efectos jurídicos como el relacionado con el establecimiento de la fecha en que pudo haberse interrumpido el término prescriptivo y, a partir de allí, reiniciar su cómputo conforme lo establece el artículo 84 del Código Penal Colombiano.

Corte Suprema de Justicia. - Sala de Casación Penal. - Santa Fe de Bogotá, D.C., seis de julio de mil novecientos noventa y nueve.

Aprobado acta No. 95. Jun.29/99 Proceso No. 15479

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

Conceptúa la Corte sobre la solicitud de extradición del ciudadano peruano Humberto Vargas Pizango, formalizada por el Gobierno del Perú.

1. La Solicitud

1.1. El Gobierno de la República del Perú, por conducto de su Embajada en Colombia, mediante Nota Verbal No. 5-8-M/296, de octubre 9 de 1998, solicita la detención preventiva con fines de extradición del ciudadano peruano Humberto Vargas Pizango, requerido por la Sala Penal Superior Especializada en Delitos de Tráfico Ilícito de Drogas del Perú, dentro del proceso 9586-97 por el delito de tráfico ilícito de drogas en agravio del Estado Peruano y de quien se tiene conocimiento ha sido localizado en la ciudad colombiana de Leticia (fls. 1 y ss. carpeta anexa).

1.2. Mediante Nota Verbal 5-8-M/313, la Embajada del Perú hizo llegar copia autenticada del proceso que autoridades judiciales de ese país siguen en contra de Vargas Pizango y otros por el delito de tráfico ilícito de drogas en agravio del estado peruano (fls. 5 y ss. carpeta adjunta y anexo No. 1).

1.3. Mediante Nota Verbal 5-8-M/315, la Embajada del Perú allegó las huellas decadactilares y una fotografía de Humberto Vargas Pizango, aclarando que los "documentos originales obran en poder de INTERPOL Colombia, e identifican con plena certeza a la persona cuya detención preventiva se solicita" (fls. 9 y ss. carpeta).

Del requerimiento de captura y los documentos referidos, el Ministerio de Relaciones Exteriores de Colombia dio traslado al Ministerio de Justicia y del Derecho y al Fiscal General de la Nación, quien, mediante Resolución de 26 de octubre de 1998, decretó la captura con fines de extradición del ciudadano peruano Humberto Vargas Pizango (22 y ss. carpeta) la que se logró en la misma fecha en Santa Fe de Bogotá por funcionarios del Departamento Administrativo de Seguridad D.A.S.(fls. 20 y ss. carpeta).

1.4. Con Nota Verbal 5-8-M/12 de 21 de enero de 1999, la Embajada del Perú hizo llegar al Ministerio de Relaciones Exteriores de Colombia, la documentación con la cual se formaliza la solicitud de extradición del referido ciudadano peruano, "según lo dispone la Sala Penal Superior especializada en delitos de tráfico de drogas del Perú, en el proceso que se le sigue por la comisión del delito de tráfico ilícito de drogas en agravio del Estado Peruano".

Para tales efectos, anexa los siguientes documentos debidamente legalizados por la Dirección de Asuntos Consulares - Legalizaciones del Ministerio de Relaciones Exteriores del Perú:

-Informe Nro. 003-99-CEA de fecha 20 de enero de 1999 presentado por la Comisión Encargada del Estudio de las Solicitudes de Extradición Activa del Perú (fls. 41 y ss. carpeta).

-Cuadernillo Nro. 9586-97-50 de la Segunda Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema del Perú Especializada en Delitos de Tráfico Ilícito de Drogas en cumplimiento del trámite interno de extradición, según la legislación del país solicitante (anexo No. 2).

-Cuaderno de Extradición de Humberto Vargas Pizango, "elaborado por la Sala Penal Superior Especializada en el delito de Tráfico Ilícito de Drogas", el cual contiene fotocopia de la parte pertinente de la actuación surtida dentro del proceso penal que tramitan las autoridades del Perú (anexo 3) (fls. 1 y ss.-1).

1.4.1. En el anexo 2 se encuentran entre otros los siguientes documentos:

1.4.1.1. Oficio No. 6488-10-98- emanado del Departamento de Coordinación Judicial de la OCN-INTERPOL-LIMA, con destino a la Sala Penal Especializada en Tráfico Ilícito de Drogas del Perú mediante el cual indica haber recibido información relativa a que el ciudadano peruano Humberto Vargas Pizango, fue detenido en Colombia y que el mismo se halla requisitoriado por el delito de Tráfico Ilícito de Drogas. Por lo anterior sugiere remitir, a través de los canales diplomáticos, el cuaderno de extradición (fl. 13).

1.4.1.2. Copia del auto proferido el 21 de octubre de 1996 por la Segunda Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de Perú, mediante el cual decreta la nulidad del fallo de enero quince de ese año, y en consecuencia ordena la realización de un nuevo juicio oral "en la instrucción seguida contra José Antonio González Cáceres y otros por el delito de tráfico ilícito de drogas y otro en agravio del Estado" (fl. 18-2).

1.4.1.3. Auto proferido el seis de julio de mil novecientos noventa y ocho por una Juez Penal Especializada en Procesos Reservados de Tráfico Ilícito de Drogas con Competencia a Nivel Nacional del Perú, dentro del expediente No. 9586-97 contra Humberto Vargas Pizango y otros, mediante el cual reitera la orden de captura contra este y otros procesados (fls. 20 y ss.-2).

1.4.1.4. Oficio No. 9586-97 del 24 de julio de 1998, dirigido al Director de la Policía Judicial del Perú, mediante el cual se solicita "la ubicación, captura e internamiento en el establecimiento penal correspondiente" de Humberto Vargas Pizango y otros, pues "urge en el proceso que se le sigue por el delito de Tráfico Ilícito de Drogas en agravio del Estado; en el Juicio Oral a realizarse en la Sala de Audiencias del Establecimiento Penal de Chorrillos-Lima, para el día 11 de agosto próximo a horas 03:30 p.m." (fl. 23).

1.4.1.5. Fotocopia autenticada del Decreto Legislativo 122 del 12 de junio de 1981 y normas referidas a la prescripción de la acción penal y de la pena (fls. 24 y6 ss.-2).

1.4.1.6. Dictamen No. 019-99-MP-2ª FSPEDTID, expedido el 18 de enero de 1999 por la Segunda Fiscalía Suprema Especializada en Tráfico Ilícito de Drogas de Perú, en el cual se advierte que "al procesado Humberto Vargas Pizango se le imputa estar vinculado con la organización delictiva que pretendiera sacar del país 150.948 kilogramos de clorbidrato de cocaína, en la motonave de bandera panameña 'North Seal', droga que fuera decomisada el 03 de marzo de 1990 en el Puerto del Callao por personal de Resguardo Aduanero de dicho terminal marítimo atribuyéndosele a dicho extraditurus ser propietario del revólver 'SW' Serie No90-K8570, incautado a su coacusado José González Cáceres, habiéndose aperturado proceso penal en su contra con mandato de detención conforme aparece a fs. 117-118, existiendo acusación fiscal a fs. 196 y el respectivo auto de enjuiciamiento a fs. 197; así mismo, se tiene información a fs. 12 y 13 del segundo cuaderno, sobre la ubicación y detención provisional en Colombia del citado procesado, contra quien pesa orden de captura conforme se desprende del mandato corriente a fs. 20 de este último cuaderno".

Colige de lo anterior que "el presente pedido de extradición cumple los requisitos exigidos por la Ley No24710 y su reglamento (D.S. 044-93JUS), y siendo Colombia y Perú signatarios del Acuerdo sobre Extradición, celebrado en Caracas el 18 de julio de 1911, de la Convención Unica de Estupefacientes de 1961 y de la Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas, suscrito en Viena- Austria el 20 de diciembre de 1988" por lo cual "estima procedente la solicitud de extradición del procesado Humberto Vargas Pizango a formularse ante el Gobierno de Colombia" (fl. 46-2).

1.4.1.7. Auto proferido el dieciocho de enero de mil novecientos noventa y nueve por la Segunda Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema Especializada en Delitos de Tráfico Ilícito de Drogas, mediante el cual se declara procedente la solicitud de Extradición formulada por la Sala Penal Superior Especializada en delito de tráfico ilícito de drogas de Lima, del encausado Humberto Vargas Pizango, quien se encuentra actualmente detenido en la República de Colombia (fls. 55-2).

1.4.2. En el anexo 3 se encuentran entre otros los siguientes documentos:

1.4.2.1. Atestado Policial No. 487 DITID- DINTID sobre las "Investigaciones ampliatorias con relación al comiso de 150.948 ks. de Clorhidrato de Cocaína, efectuados el 03MAR90 en la Motonave 'NORTH SEAL' ", en el cual se detalla que "la vinculación de José Antonio González Cáceres (a) 'Satanás' con Humberto Vargas Pizango, narcotraficante que se encuentra detenido en USA, por conspiración a la importación de cocaína, se establece, porque éste es propietario de una de las armas que se le incautan a González Cáceres, conforme se determina en el numeral II.A.32.a. del presente" (fl. 22-3), concluyendo que los sindicados allí enunciados " y el reo en USA Humberto Vargas Pizango, se encuentran incursos dentro de los alcances del DL 22095 y su modificatoria D. Legislativo 122 Represora del Tráfico Ilícito de Drogas (Posesión, financiamiento, organización, transporte y comercialización de CC a nivel internacional) en BANDA; tal y como se detalla en el cuerpo del presente documento" (fl. 25-3), siendo esta la razón por la cual "la autoridad judicial deberá solicitar su extradición" (fl. 26-3).

1.4.2.2. Oficio No. 195-DISCAMEC-URE, suscrito en Lima el 10 de mayo de 1990 y dirigido al Jefe de la División de Investigación de Tráfico Ilícito de Drogas, en el cual consta "que el revólver marca S.W., Cal357, Serie 98k8370, se encuentra registrada a nombre de Vargas Pizango Humberto, con Licencia de Posesión y Uso No. 58073 de fecha 130885" (fl. 49-3).

1.4.2.3. Con fundamento en el atestado policial, mediante escrito fechado 12 de noviembre de 1990 el Fiscal Provincial Penal de la Quinta Fiscalía de Callao, formaliza denuncia penal contra Humberto Vargas Pizango y otros "por el delito de tráfico ilícito de drogas, que de conformidad con el artículo 55° inciso 1° del Decreto Legislativo No. 122, se reprime con internamiento o penitenciaría no menor de quince años, en agravio del estado" ya que "la participación del denunciado Humberto Vargas Pizango, su vinculación en el ilícito instruido se encuentra corroborado, ya que se encuentra detenido en los Estados Unidos por el mismo delito y por conspiración en la importación de cocaína con el inculpado Gonzales Cáceres ya que es propietario de una de las armas que le incautaron a este último" (fls. 113 y s.s.-3).

1.4.2.4. Por auto proferido el catorce de noviembre de mil novecientos noventa, el Juez Instructor del Primer Juzgado del Callao dispuso abrir instrucción contra Humberto Vargas Pizango y otros, "por delito de tráfico ilícito de drogas en su modalidad comercialización en agravio del Estado, dictándose contra los mencionados procesados orden de detención, ordenándose su inmediata ubicación y captura, oficiándose para tal fin, debiendo prestar sus declaraciones instructivas en cuanto sean habidos" (fls. 117 y ss.-3).

1.4.2.5. Por dictamen proferido el 28 de noviembre de 1991, el Fiscal Tercero Superior de Callao, declaró no haber mérito para pasar a juicio oral contra Humberto Vargas Pizango dado que su situación "se esclarece fehacientemente porque tan solo se sospecha de su participación en el supuesto 'caso Huandoy' al informar la DISCAMEC. . .a fojas 4.651 que el revólver

marca "SW" calibre 357 serie 98k8570, que se le incautara a José Antonio González Cáceres, es de su propiedad, lo cual resulta irrelevante como elemento de prueba que acredite que sea miembro de la Organización' de que habla la autoridad policial; por otro lado no existe contra él ninguna imputación directa de parte de sus coencausados , pues absolutamente nadie lo menciona" (fl. 168-3), debiéndose, por tanto, "archivar definitivamente la instrucción" seguida en su contra (fl. 174-3), al tiempo que formuló acusación contra César Soto Limachi, Meliton Dario Rios Chávez, Raúl Romo Sandoval, Adolfo Espinoza Taboada, Percy Núñez Elias, José Gennell Córdoba, Miguel Angel Bolívar Valderrama, Nicolás Humberto Dioses Ruiz, Fernando Concep ción Mallqui Segura, Jesús Huallua Llaza, Francisco Javier Mazanett Torres, Juan Edmundo Marcelo Diestra, Ramón Donato Olaya Taboada, Wilfredo Tipul Zapata, Emilio Ladínez Espinoza o Florencio Alejandro Castillo, por el delito de tráfico ilícito de drogas en agravio del estado" (fls. 181-3).

1.4.2.6. Por auto proferido el diecinueve de diciembre de mil novecientos noventa y uno, el Tercer Tribunal Correccional de la Corte Suprema del Callao consideró que con relación a Humberto Vargas Pizango y otros "aparece de la prueba actuada en el proceso que los cargos incriminatorios que contra ellos se han formulado no han sido desvirtuados, existiendo en consecuencia, contra aquellos, hechos que deben ser esclarecidos en el juicio oral, que siendo el Tribunal a este respecto de distinto parecer a lo opinado por el señor representante del Ministerio Público, corresponde dár aplicación a lo dispuesto por el inciso c del artículo doscientos veinte del Código de Procedimientos Penales, DISPUSIERON elevar los autos al Señor Fiscal Supremo en lo Penal a efectos de que se digne pronunciarse en la forma legal correspondiente en relación con los procesados últimamente mencionados" (fls. 183 y ss.-3).

1.4.2.7. Por dictamen No. 1031-92-FSP-MP proferido el 26 de junio de 1992, el Fiscal Supremo en lo Penal luego de considerar que "contra todos y cada uno de los procesados existen cargos que deben ser analizados minuciosamente, a través de los debates del juicio oral y establecer la responsabilidad que les corresponde, en un delito tan grave de lesa humanidad" resolvió devolver las diligencias al Tribunal Correccional, "a fin de que los remita al Fiscal Superior para que formule su acusación con arreglo a lo preceptuado en el Art.92, inciso 4° de la Ley Orgánica del Ministerio Público (Decreto Legislativo No. 52) contra" Humberto Vargas Pizango y otros (fls. 186 y ss.).

1.4.2.8. En acatamiento de lo dispuesto por el Fiscal Supremo en lo Penal del Perú, y "reproduciendo en su integridad los fundamentos allí expuestos", el Fiscal Tercero Superior de Callao, por dictamen proferido el 13 de julio de 1992 decidió FORMULAR ACUSACION contra Humberto Vargas Pizango y otros "como autores del delito de tráfico ilícito de drogas, en agravio del Estado, previsto y sancionado en el inciso 1° del artículo 297 del nuevo Código Penal; solicita se le imponga a cada uno de los acusados quince años de pena privativa de la libertad, 365 días-multa a favor del Estado e inhabilitación conforme al artículo 36, incisos 1, 2, 4, 5 y 8, del cuerpo de leyes antes acotado; y por

concepto de reparación civil deberán pagar de forma solidaria conjuntamente con los acusados del dictamen de fojas 6348 al 63. . . la suma allí indicada: esto es CIEN MIL NUEVOS SOLES, en favor del Estado" (fls. 196-3).

1.4.2.9. Por auto proferido el cinco de agosto de mil novecientos noventa y dos, la Tercera Sala Penal de Callao declaró "HABER MERITO para pasar a juicio oral" contra Humberto Vargas Pizango y otros, y señaló el veintitrés de septiembre siguiente para llevar a cabo la audiencia, reiterando a esos propósitos la orden de captura" (fls. 197 y ss.-3).

1.4.2.10. Previa realización de la vista pública a la cual compareció Humberto Vargas Pizango, quien por entonces se encontraba privado de su libertad en la Cárcel de San Jorge en Lima, por sentencia de primera instancia proferida el quince de enero de mil novecientos noventa y seis, la Segunda Sala Penal de Callao decidió ABSOLVER a Humberto Vargas Pizango y otros "de los cargos que les resulta de la acusación fiscal por delito de tráfico ilícito de drogas, en agravio del estado; disponiendo la anulación de sus antecedentes policiales y judiciales derivados de este extremo del juzgamiento, así como que se levanten las órdenes de captura impartidas en contra de los mismos en este proceso y por el delito de tráfico ilícito de drogas en agravio del estado" (fls. 199 y ss-3).

1.4.2.11. Contra esta determinación el Fiscal Superior interpuso recurso de Nulidad ante la Corte Suprema de la República, resuelto por esa Corporación en auto proferido el veintiuno de octubre siguiente, en el cual se consideró "que en el juicio oral no se ha efectuado una debida apreciación de los hechos materia de la inculpación; ni se ha compulsado adecuadamente la prueba actuada, con el fin de establecer la inocencia o culpabilidad de los encausados; que consecuentemente resulta de aplicación al caso de autos el artículo doscientos noventinueve del Código de Procedimientos Penales; declararon NULA la sentencia recurrida de fojas siete mil seiscientos cuarentitrés, su fecha quince de enero de mil novecientos noventiséis; MANDARON que se realice un nuevo juicio oral por otra Sala Penal Superior; en la instrucción seguida contra José Antonio González Cáceres y otros por el delito de tráfico ilícito de drogas y otro en agravio del Estado" (fls. 212-3).

1.4.2.12. Por auto proferido el treinta de octubre de mil novecientos noventa y ocho por la Sala Superior Transitoria Especializada en Delitos de Tráfico Ilícito de Drogas, dispuso "se proceda a solicitar la EXTRADICION ACTIVA del acusado Humberto Vargas Pizango" (fls. 213 y ss.-3).

1.4.1.13. Copia de algunos artículos del Código Penal vigente en el Perú (arts. 296 a 301 sobre el delito de tráfico ilícito de drogas), de la Convención de las Naciones Unidas contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas firmada en Viena el 20 de diciembre de 1988, del Acuerdo Bolivariano sobre Extradición suscrito en Caracas el 18 de julio de 1911, y del Decreto Supremo No. 044-93-jus mediante el cual se establecen los requisitos, las condiciones y el procedimiento de extradición, tanto activa, como pasiva (fls. 215 y ss.-3).

1.5. Conforme lo previsto por el artículo 552 del Código de Procedimiento Penal, el Ministerio de Relaciones Exteriores dio traslado de la documentación al Ministerio de Justicia y del Derecho y conceptuó, además, que "el convenio aplicable al presente caso es el Acuerdo Bolivariano sobre Extradición suscrito en Caracas el 18 de julio de 1911, aprobado por la Ley 26 de 1913 y en la Convención de las Naciones Unidas sobre el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas firmada en Viena el 20 de diciembre de 1988" (fl. 49 carpeta).

1.6. Por oficio 4333 del 8 de abril último, la Unidad de Análisis y Archivo de la Oficina de Interpol en Colombia, informa que funcionarios de Interpol en Lima- Perú, comunican haber recibido la Resolución Suprema No. 014-98JUS del 29 de enero de 1999, donde se autoriza el pedido de extradición al Gobierno de la República de Colombia, del ciudadano peruano Humberto Vargas Pizango procesado por el delito de tráfico ilícito de drogas (fl. 96- cno. Corte).

2. Alegatos de Conclusión

Durante el término previsto por el artículo 556 del Código de Procedimiento Penal, solo hizo uso de este derecho el Procurador Tercero Delegado en lo Penal.

Considera la Delegada que los documentos aportados con la solicitud de extradición, son los exigidos por el artículo 6° del Decreto Supremo No. 044-93 JUS, que rige el asunto en el Estado Peruano, y que su autenticidad se encuentra acreditada conforme al artículo 259 del Código de Procedimiento Civil, con lo cual se satisface el requisito de la validez formal de la documentación presentada.

Además, existe coincidencia en los rasgos y condiciones personales informados por el estado peruano con la fotografía y el informe de la captura rendido por el Departamento Administrativo de Seguridad, y no se ha presentado controversia sobre la plena identidad de la persona solicitada en extradición.

En cuanto hace al principio de la doble incriminación, sostiene, conforme al criterio expuesto en el concepto dentro del proceso radicado con el número 9709, que ha de examinarse en frente de la realidad concreta, no con el formalismo de la denominación jurídica de la infracción, por cuanto es a partir de los hechos que dan origen a la actuación procesal que debe ser establecida la tipicidad de la conducta, independientemente de la denominación jurídica o de los bienes jurídicos que en uno u otro caso se persigue tutelar.

En este caso, agrega, no existe dificultad en reconocer satisfecho el requisito de la doble incriminación, pues la conducta por la que se acusa a Vargas Pizango corresponde a lo que en la normatividad interna se denomina como tráfico, fabricación o porte de estupefacientes, cuya realización tuvo lugar en vigencia del artículo 33 de la Ley 30 de 1986, modificado por el artículo 17 de

la Ley 365 de 1997, cuyas penas mínimas no son inferiores a los cuatro años de prisión exigidos por el artículo 524 del C. de P.P.

Indica, así mismo, que el auto de "mérito para pasar a juicio oral" proferido el 5 de agosto de 1992 por la Tercera Sala Penal de Callao es equivalente a lo que en la legislación colombiana correspondería a la resolución de acusación pues aunque su formalidad no responda a los requisitos del artículo 442 del Código de Procedimiento Penal, la determinación adoptada, analizada en conjunto con el Dictamen del Fiscal Supremo en lo Penal, y la acusación del 13 de junio de 1992, constituye un pliego de cargos por referir los hechos constitutivos de delito, en los que se motivó la convocatoria a juicio, la calidad de su participación, las pruebas que se tuvo en cuenta y las normas infringidas.

Y en cuanto al cumplimiento de lo previsto en los tratados públicos, refiere el Procurador que se cumplen los requisitos exigidos por el Acuerdo Bolivariano sobre Extradición aprobado en Caracas el 18 de julio de 1911, como son: Que las pruebas aportadas sean tales que justifiquen la detención o sometimiento a juicio de haberse realizado la conducta en el territorio del estado solicitado; que el delito por el cual se solicita la extradición se halle dentro de los previstos en el artículo II del Acuerdo; que no se trate de delito político o conexo con él; que la pena privativa de libertad sea superior a seis meses según la ley de uno y otro estados; que no se encuentren prescritas ni la acción ni la pena de acuerdo con las leyes del estado al cual se hace la solicitud, y; que el reclamado no haya sido juzgado y puesto en libertad o cumplido su pena y que los delitos materia de la solicitud no hayan sido materia de amnistía o indulto.

En ese orden precisa la Delegada que dentro de las pruebas allegadas existen suficientes elementos que comprometen al solicitado Vargas Pizango con el hallazgo dentro de la motonave "North Seal" con el propósito de sacar del país, la cantidad de 150.948 kilogramos de clorhidrato de cocaína, decomisada en el Puerto de Callao el 3 de marzo de 1990.

Se sabe además que a uno de los coprocesados capturados (José González Cáceres) se le incautó el revólver "SW" de propiedad del solicitado, pruebas éstas que, aunadas a otros antecedentes analizados por las autoridades peruanas, son suficientes para proferir medida de aseguramiento para el caso de que el delito se hubiera perpetrado en Colombia.

Si bien el Acuerdo Bolivariano sobre extradición no enumeró el delito de tráfico de estupefacientes, este fue adicionado por la Convención de Viena de diciembre 20 de 1988 como aquellos delitos por los que la extradición resulta procedente.

No se trata en este caso de un delito político o de opinión, se cumple el *quantum* punitivo mínimo previsto para el delito realizado a que se refieren tanto la Ley 30 de 1986 como la legislación peruana; la acción penal no se encuentra prescrita por cuanto "la incautación de la droga ocurrió el 3 de marzo de 1990 y de conformidad con lo dispuesto por el artículo 80 de nuestro estatuto penal el término de prescripción de la acción es igual al del máximo

de la pena señalada en la ley, esto es veinte años. Y en cuanto a la prescripción de la pena, al momento no se conoce que se haya dictado sentencia en contra del solicitado".

Y, finalmente, Vargas Pizango no ha sido juzgado y puesto en libertad o cumplido su pena, ni el delito que motiva la extradición ha sido materia de amnistía o indulto.

Por todo lo anterior, la Delegada sugiere a la Sala emitir concepto favorable a la extradición del ciudadano peruano Humberto Vargas Pizango (fls. 98 y ss. cno. Corte).

Se Considera

1. Conforme al artículo 17 del Código Penal, la extradición se concederá, solicitará u ofrecerá de acuerdo con los tratados públicos y a falta de éstos el Gobierno procederá según lo establezca el Código de Procedimiento Penal.

El Ministerio de Relaciones Exteriores de Colombia conceptúa que los instrumentos internacionales aplicables al caso son el Acuerdo Bolivariano sobre Extradición, suscrito en Caracas el 18 de julio de 1911 y la Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas, suscrita en Viena el 20 de diciembre de 1988, los cuales se encuentran aprobados y ratificados por las Repúblicas de Colombia y del Perú.

De este criterio participa la Corte, puesto que si bien resulta cierto que el delito de tráfico ilícito de estupefacientes no figura contemplado dentro del Acuerdo Bolivariano sobre Extradición suscrito en 1911 como de aquellos hechos punibles que ameritan la medida, también aparece claro que "la producción, la fabricación, la extracción, la preparación, la oferta, la oferta para la venta, la distribución, la venta, la entrega en cualquiera condiciones, el corretaje, el envío, el envío en tránsito, el transporte, la importación o la exportación de cualquier estupefaciente o sustancia sicotrópica...", y "la posesión o la adquisición de cualquier estupefaciente o sustancia sicotrópica" con el objeto de realizar cualquiera de estas actividades, constituyen delito que da "lugar a extradición en todo tratado vigente entre las Partes", a voces de los artículos 3 y 6 de la Convención de las Naciones Unidas contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas de 1988.

Aunque la Cancillería no lo dice expresamente, pues guarda silencio sobre la normatividad que regula el trámite a seguir en el presente evento, los instrumentos internacionales mencionados prevén que el mismo, en los respectivos países signatarios, se rige por la legislación interna de cada uno de ellos.

Al respecto la Ley 26 de 1913 (aprobatoria del Acuerdo Bolivariano sobre Extradición, suscrito en Caracas el 18 de julio de 1911), señala en el inciso tercero del artículo VIII que "La extradición de los prófugos, en virtud de las estipulaciones del presente Tratado, se verificará de conformidad con las leyes de extradición del Estado al cual se haga la demanda".

Del mismo modo, la Ley 67 de 1993 (mediante la cual se aprueba la Convención de las Naciones Unidas contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas, suscrita en Viena el 20 de diciembre de 1988), establece en el párrafo 5o. del artículo 6 que "La extradición estará sujeta a las condiciones previstas por la legislación de la Parte requerida o por los tratados de extradición aplicables, incluidos los motivos por los que la Parte requerida puede denegar la extradición."

Entonces, con relación al procedimiento a seguir en este caso, es de acatarse la voluntad expresada en los tratados multilaterales a que se ha hecho referencia, resultando imperiosa la aplicación de aquellas disposiciones del estatuto procesal penal colombiano que, en regulación del trámite interno, no contrarían los instrumentos internacionales mencionados.

2. La Corte, en ejercicio de su competencia a estos efectos atribuida por los referidos instrumentos internacionales, y conforme a las previsiones del artículo 538 del Código de Procedimiento Penal, las cuales se integran a los Tratados Públicos aplicables al caso, como se deja visto, debe emitir su concepto con fundamento en la validez formal de la documentación presentada, la demostración plena de la identidad del solicitado, el principio de la doble incriminación, la equivalencia de la resolución proferida en el país requirente y, cuando fuere el caso, en el cumplimiento de lo dispuesto por los tratados públicos, aspectos éstos cuyo estudio abordará seguidamente.

2.1. La validez formal de los documentos presentados:

Revisada la documentación allegada a la Corte, se tiene que ella se presentó por vía diplomática, y, por virtud de lo previsto por el Tratado sobre Ejecución de Actos Extranjeros, suscrito en Caracas el 18 de julio de 1911 y aprobado en Colombia por la Ley 16 de 1913, no requiere del requisito de autenticación o legalización.

Se observa, no obstante, que la documentación así allegada por las autoridades peruanas, se legalizó debidamente ante el Ministerio de Relaciones Exteriores del Perú y se presentó directamente por la Embajada de ese país en Colombia, lo que indica que su trámite fue diplomático.

Por lo anterior, teniendo en cuenta que la solicitud de extradición del nacional peruano Humberto Vargas Pizango se hizo por la vía prevista a estos efectos, y, además, se cumplieron los ritos formales de legalización de los documentos allegados conforme a la legislación interna del país requirente, la Corte los considera aptos para servir de prueba en este asunto.

2.2. Demostración plena de la identidad del requerido:

No se discute que la persona detenida con ocasión de este procedimiento, es la misma cuya extradición pide el Gobierno de la República del Perú y corresponde a Humberto Vargas Pizango, ciudadano nacional de ese país, quien se identifica con el pasaporte número 1457555 expedido en Lima (fl. 50 anexo 1), "cuya identidad fue comprobada mediante cotejo dactiloscópico con

las huellas enviadas . . . por la Policía de Perú- Interpol y confrontadas con la reseña tomada al señor Humberto Vargas Pizango, en el momento de su captura, por el cual se determinó que se trata de la misma persona" (fl. 21 carpeta), de donde se colige el cumplimiento del requisito en mención.

2.3. Principio de la doble incriminación:

Según el artículo VIII del Acuerdo Bolivariano sobre extradición suscrito en Caracas en 1911 -aplicable en este evento concreto, tal como quedó establecido-, "En ningún caso tendrá efecto la extradición si el hecho similar no es punible por la ley de la Nación requerida", y de conformidad con el art. V ejusdem, la medida no procede "Si con arreglo a las leyes de uno u otro Estado no excede de seis meses de privación de libertad el máximun de la pena aplicable a la participación que se imputa a la persona reclamada, en el hecho por el cual se solicita la extradición".

A Humberto Vargas Pizango, las autoridades de su país le imputan responsabilidad penal en el tráfico ilícito de sustancias estupefacientes. Los hechos de que se ocupa la acusación, son los siguientes:

"Resulta de autos que el día 3 de marzo de 1990, personal del Resguardo Aduanero del Terminal Marítimo del Callao, efectuó una visita de inspección en la motonave Panameña "NORTH SEAL", acoderada en el espigón 5-D del muelle de embarque de Minerales del Puerto, dando como resultado el hallazgo de clorhidrato de cocaína, camuflados en diferentes compartimentos del barco como sigue:

a) En el Pañol. (Almacén) de material de popa, 3 sacos de plástico, conteniendo 68 paquetes, con un peso bruto de 36.210 Kgs.

b) En el tanque de limpieza química. banda de popa de estribor (sala de máquinas), 60 paquetes con un peso bruto de 35.470 Kg.

c) En la bodega No. 1 se encontró 5 sacos de lona, con 120 paquetes, arrojando un peso bruto de 70.250.Kg.

d) En el tubo de ventilación de la chimenea, 15 paquetes, cuyo peso bruto fue 7.860. Kg.

Toda la droga incautada por el personal de Resguardo Aduanero, se llevó a cabo en presencia de la Representante del Ministerio Público, levantándose las actas correspondientes in-situ, previa verificación, lo que se ratificó con el resultado provisional de análisis químico, estableciéndose que el peso neto de la droga incautada ascendía a 137.811 Kg, razón por la que se intervino a los 44 tripulantes que se encontraban en el barco.

Interrogados los tripulantes Mallqui Segura, Olaya Taboada y Mazzanet Torres, aceptan haber introducido la droga al barco, sosteniendo Mallqui Segura que en el Coffer Dam de los tanques de servicio, había escondido 50 paquetes de clorhidrato de cocaína, lográndose detectar en el registro efectuado por el Representante del Ministerio Público: Olaya Taboada señaló

también el lugar donde ocultó 9 paquetes en las Canaletas del Mamparo de Estribor de la Sala de Máquinas, cuyo peso fue de 13.134 Kg.

Efectuadas las investigaciones se llegó a establecer que la droga había sido introducida por sus tripulantes, agrupados en 4 grupos que la recibieron de terceros.

Algunos de los tripulantes de la motonave "NORTH SEAL" laboran en la Motonave 'HUANDOY', en la que anteriormente también transportaron drogas con destino a Amberes Bélgica, empleando el mismo modus operandi.

Al haberse descubierto los 137.811 Kg. de clorhidrato de cocaína en la motonave 'North Seal', las investigaciones han determinado la conformación de una banda perfectamente organizada al tráfico de drogas a nivel internacional en gran escala, con la participación de 'enlaces extranjeros' de diversas nacionalidades".

El Fiscal Supremo en lo Penal de Perú se refiere a Humberto Vargas Pizango como un sujeto "con amplios antecedentes en la posesión, financiamiento, organización, transporte y comercialización de clorhidrato de cocaína a nivel internacional estando detenido por tales motivos en EE.UU." y concluye:

"Los procesados antes mencionados integraban una perfecta organización internacional, dedicada al comercio ilícito de droga en gran escala, lo que se demuestra con el hallazgo de 137.811Kg de clorhidrato de cocaína en la Motonave North Seal, para cuyo fin adquirían la droga, algunas veces en Uchiza, buscaban tripulantes de compañías navieras para embarcar la droga y transportarla a Europa vía marítima, ofreciendo a cambio suntuosas ganancias, empleando para ello las Motonaves 'Huandoy' y 'North Seal' de la Compañía Naviera Humboll S.A. posteriormente se trasladaban vía aérea a diferentes ciudades de Europa, esperando el arribo de las naves, coincidentemente en las fechas de llegada de los barcos a sus destinos, recepcionando la droga algunas veces ellos mismos (los que embarcaron droga en Lima-Perú) o por otros integrantes de la organización como Marcell Pallemans, Luis Torres Iturra, Calle Seminario, Montoya Monge, etc."

En cuanto hace a la calificación jurídica de la conducta imputada, por su parte, el Fiscal Tercero Superior de Callao la ubica como "tráfico ilícito de drogas en agravio del estado previsto y sancionado en el inciso 1° del artículo 297 del nuevo Código Penal".

El delito de tráfico ilícito de drogas, a que se refiere la acusación y por la cual se concreta la solicitud de extradición, en la legislación peruana se enmarca dentro de la descripción legal que como tipo penal básico recoge el artículo 296 del Código Penal Peruano cuyo tenor es el siguiente:

"Artículo 296. El que promueve, favorece o facilita el consumo ilegal de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas, mediante actos de fabricación o tráfico o las posea con este último fin, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de ocho ni mayor de quince años, con

ciento ochenta a trescientos sesenticinco días-multa e inhabilitación conforme al artículo 36, incisos 1, 2 y 4".

Conducta agravada de conformidad con lo previsto por el artículo 297 del mismo estatuto, cuyo tenor es el siguiente:

"Artículo 297. Formas agravadas. La pena será privativa de libertad no menor de veinticinco años; de ciento ochenta a trescientos sesenticinco días-multa e inhabilitación conforme al artículo 36, incisos 1,2,4,5,y 8 cuando:

. . .7. El hecho es cometido por tres o más personas o el agente activo integra una organización dedicada al Tráfico Ilícito de Drogas a nivel nacional o internacional".

Similares disposiciones se encuentran en el ordenamiento penal colombiano, específicamente en el "Estatuto Nacional de Estupefacientes" o Ley 30 de 1986, si se considera que el inciso primero del artículo 33 señala:

"ART. 33. El que sin permiso de autoridad competente, salvo lo dispuesto sobre dosis para uso personal, introduzca al país, así sea en tránsito o saque de él, transporte, lleve consigo, almacene, conserve, elabore, venda, ofrezca, adquiera, financie o suministre a cualquier título droga que produzca dependencia incurrirá en prisión de cuatro (4) a doce (12) años y multa en cuantía de diez (10) a cien (100) salarios mínimos mensuales".

Con la modificación introducida a este precepto por el artículo 17 de la Ley 365 de 1997, el mismo comportamiento se sanciona con pena de prisión de cuatro a doce años, cuando la cantidad de cocaína excede cien gramos sin pasar de dos mil gramos, y con pena de prisión de seis a veinte años, si la droga supera esta última cantidad.

Y si el hecho imputado se ubica dentro del contenido típico de la norma correspondiente al concierto para realizar algunas de las conductas definidas como delito en el Estatuto de Estupefacientes, es de decirse que en la legislación colombiana anteriormente se encontraba tipificado por el artículo 44 de la Ley 30 de 1986, y tenía prevista una pena de entre 6 y 12 años de prisión; con la reforma establecida por el artículo 8° de la Ley 365 de 1997, la sanción para el mismo comportamiento oscila entre diez y quince años de prisión.

Por lo anterior, tanto en lo que respecta a la ilicitud de la conducta por la cual se pide la extradición, como en lo relativo al monto de la pena que el tipo penal prevé, se satisface el requisito bajo estudio.

2.4. Equivalencia de las providencias proferidas en el extranjero.

El presupuesto mínimo exigido por el Acuerdo Bolivariano Sobre Extradición suscrito en Caracas en 1911, la Corte lo considera satisfecho puesto que con la documentación se allegó copia del "auto de detención dictado por el Tribunal competente, con la designación exacta del delito o crimen que la motivaren, y de la fecha de su perpetración" (art. VIII), que para el caso es el

auto del 14 de noviembre de 1990 proferido por el Juez Instructor del Primer Juzgado del Callao mediante el cual dispuso abrir instrucción contra Humberto Vargas Pizango y otros, "por delito de tráfico ilícito de drogas en su modalidad comercialización en agravio del Estado, dictándose contra los mencionados procesados orden de DETENCION, ordenándose su inmediata ubicación y captura, oficiándose para tal fin, debiendo prestar sus declaraciones instructivas en cuanto sean habidos" (fls. 117 y ss.-3). En dicha providencia se refiere al Atestado Policial, origen de la denuncia, en que se concretan los hechos imputados, la fecha de su realización, las conductas constitutivas de los delitos y las normas en que se encuentran previstos. Igualmente ordena abrir instrucción contra el inculpado y decreta su detención, decisión ésta que corresponde a la que en nuestro ordenamiento procesal penal se denomina medida de aseguramiento de detención preventiva.

Con mayor razón si se considera que a la actuación que viene de referirse se sumó posteriormente la acusación formal presentada por la Fiscalía del Perú y constituida por el concepto proferido por el Fiscal Supremo en lo Penal del Perú, al resolver el grado de consulta elevado por el Tercer Tribunal Correccional de la Corte Superior de Callao, y la acusación formulada el 13 de julio de 1992 por la Tercera Fiscalía Superior en lo Penal de la misma región, refrendada por el auto de cinco de agosto de mil novecientos noventa y dos proferido por la Tercera Sala Penal de la Corte Superior de Callao con fundamento en la acusación fiscal, piezas procesales que integran lo que en nuestro ordenamiento corresponde a la resolución de acusación, al punto que con posterioridad a tales pronunciamientos, no existe otra etapa distinta al juicio oral o audiencia pública, como aquí se ha convenido en denominar.

2.5. Cumplimiento de lo previsto en el acuerdo sobre extradición suscrito en Caracas el 18 de julio de 1911.

2.5.1. De conformidad con el referido instrumento internacional, vigente para Colombia a partir de la expedición de la Ley 26 de 1913, "Para que la extradición se efectúe es preciso que las pruebas de la infracción sean tales, que las leyes del lugar donde se encuentre el prófugo o enjuiciado justificarán su detención o sometimiento a juicio, si la comisión, tentativa o frustración del crimen o delito se hubiere verificado en él" (artículo 1).

En la legislación colombiana la medida de aseguramiento de detención preventiva procede "para todos los delitos de competencia de los jueces regionales", contándose entre ellos el tráfico de estupefacientes y el concierto para realizar alguna de las conductas tipificadas en el Estatuto de Estupefacientes o Ley 30 de 1986, modificada por la Ley 365 de 1997 (art. 71-3 del Código de Procedimiento Penal, modificado por el artículo 9° de la Ley 81 de 1883), medida que se aplicará "cuando contra el sindicado resultare por lo menos un indicio grave de responsabilidad, con base en las pruebas legalmente producidas al proceso", según previsiones al respecto del artículo 388 del Estatuto Procesal.

De conformidad con la documentación adjunta a la solicitud, se sabe del decomiso en la motonave de bandera panameña "North Seal", con el propósi-

to de sacar del Perú, de un cargamento de clorhidrato de cocaína en cantidad de 150.948 kilogramos.

También, que en dicha motonave fue capturado José González Cáceres a quien se le incautó un revólver "SW" de propiedad de Humberto Vargas Pizango.

Y, que contra el solicitado en extradición obra un antecedente por tráfico de estupefacientes hacia los Estados Unidos de América, lugar donde estuvo detenido por esa conducta.

Estos indicios, sumados a otros a los que se refiere el Atestado Policial 487 (como haberse encontrado en la agenda de González la anotación del número telefónico de Humberto Vargas) resultarían suficientes para proferir medida de aseguramiento de detención preventiva en contra del sindicado, para el caso de haber sido realizada en Colombia la conducta imputada.

2.5.2. Según el citado Acuerdo Multilateral, la extradición procede por alguno de los delitos a que se refiere el artículo 2.

En este sentido, *ya fue dicho por la Corte que si bien resulta cierto que el delito de tráfico ilícito de estupefacientes no figura contemplado dentro del Acuerdo Bolivariano sobre Extradición suscrito en 1911 como de aquellos hechos punibles que ameritan la medida, también aparece claro que "la producción, la fabricación, la extracción, la preparación, la oferta, la oferta para la venta, la distribución, la venta, la entrega en cualquiera condiciones, el corretaje, el envío, el envío en tránsito, el transporte, la importación o la exportación de cualquier estupefaciente o sustancia sicotrópica...", y "la posesión o la adquisición de cualquier estupefaciente o sustancia sicotrópica" con el objeto de realizar cualquiera de estas actividades, constituyen delito que da "lugar a extradición en todo tratado vigente entre las Partes", de acuerdo con los artículos 3 y 6 de la Convención de las Naciones Unidas contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas de 1988, de donde surge que el presupuesto en mención se cumple a cabalidad.*

2.5.3. El Acuerdo que se invoca como marco normativo de la solicitud, precisa que la extradición no procede "si el hecho por el cual se pide se considera en el Estado requerido como delito político o hecho conexo con él" (artículo 3).

La conducta que se le imputa a Humberto Vargas Pizango como realizada en su país de origen, nada tiene que ver con esta categoría de hechos punibles en la legislación nacional, lo cual indica el cumplimiento en este caso del presupuesto de procedencia que se enuncia.

2.5.4. Precisa el artículo 5 del Acuerdo Bolivariano Sobre Extradición, invocado por el Gobierno de Perú, que la extradición procede si, según las leyes de uno y otro Estado, el máximo de la pena privativa de libertad aplicable por el delito que se le imputa a la persona reclamada, excede de seis meses de prisión.

Este requisito se cumple en suficiencia, toda vez, como ya se advirtió, que el artículo 297 del Código Penal Peruano señala pena privativa de libertad no

inferior a veinticinco años, cuando la conducta de traficar estupefacientes se realiza "por tres o más personas o el agente activo integra una organización dedicada al tráfico ilícito de drogas a nivel nacional o internacional".

Y, del mismo modo, en la legislación colombiana, antes de la expedición de la Ley 365 de 1997, la conducta de traficar estupefacientes aparecía sancionada con pena privativa de cuatro a doce años, y la de concertar la realización de algunos de los comportamientos definidos como delito en el Estatuto de Estupefacientes, con pena entre seis y doce años. Con la modificación introducida por la referida Ley, la pena para quien realice la conducta de traficar estupefacientes oscila entre seis y veinte años si la cantidad de droga supera los dos mil gramos; en tanto que para quienes lleven a cabo el delito de concierto para traficar estupefacientes, la sanción establecida es de diez a quince años de prisión.

2.5.5. El artículo 5-b del Acuerdo sobre Extradición, prevé que ésta procede siempre y cuando la acción ni la pena se encuentren prescritas, de conformidad con la legislación del Estado al cual se hace la solicitud.

La conducta que las autoridades de su país le imputan a VARGAS PIZANGO, tuvo realización el 3 de marzo de 1990. Según prevé el artículo 80 del Código Penal Colombiano, la acción penal prescribe cuando ha transcurrido un término igual o superior al máximo de la pena privativa de la libertad señalada en el tipo realizado.

En este punto, no obstante la necesidad de hacer algunas precisiones adicionales, ha de comenzar la Sala por advertir que la acción penal no se encuentra prescrita, pues la ley que actualmente rige prevé un máximo de quince años para el concierto para delinquir y de veinte para el tráfico de estupefacientes, los que aún no se han cumplido, con lo cual se satisface el requisito en mención.

Se hace especial énfasis sobre el tema de la ley vigente en la actualidad, para indicar que la Corte expresamente reitera que la legislación a tener en cuenta para emitir el concepto que le compete, es la que rija al momento de la petición u ofrecimiento de la extradición, pues, a tenor de su jurisprudencia al respecto, "una cosa es el proceso penal que le corresponde a las autoridades extranjeras adelantarlo conforme a su legislación y otro muy distinto es el trámite especial de extradición que se surte en nuestro país, conforme al cual la Corte de manera objetiva examina la procedencia con base en la documentación aportada por el Estado requirente y en la normativa vigente al momento de la petición u ofrecimiento."

En el pronunciamiento que viene de referirse, también se señaló que "la extradición tiene como finalidad, ser un mecanismo de asistencia y cooperación judicial entre diversos Estados para lograr la entrega del sentenciado o infractor al Estado en cuyo territorio se cometió el hecho y del cual logró evadirse". En tal medida, precisó la Corte, carece de sentido la aplicación en dicho trámite del principio de favorabilidad, pues el concepto que de ella se demanda, no se rela

ciona con la emisión de un juicio de responsabilidad penal contra el requerido, "sino que con los parámetros que fijó el legislador examina la procedencia o no de la solicitud de extradición, y uno de esos parámetros es que el quántum punitivo tenga como mínimo, en esta época y no cuando se cometió el delito, pena de prisión de cuatro (4) años)", para concluir que "el principio de favorabilidad tendría operancia si la Corte en lugar de conceptuar tuviera que cumplir funciones de instancia o de Tribunal de Casación para imponer la pena: pero aquí la pena tiene relevancia únicamente para llenar un requisito de procedibilidad que evidentemente es de aplicación inmediata por tratarse de una norma procesal sin contenido sustancial" (Cfr. Concepto de extradición, feb. 15/95, M.P. Dr. Edgar Saavedra Rojas. Rad. No. 9509).

Es de destacarse, así mismo, que si bien en el acápite dedicado a la equivalencia en la legislación colombiana de la providencia proferida en el extranjero, como fundamento de la solicitud de extradición, se dejó establecido que el pliego de cargos en el caso sub examine, es el presentado por la Fiscalía del Perú y constituido por el concepto proferido por el Fiscal Supremo en lo Penal de ese país al resolver el grado de consulta elevado por el Tercer Tribunal Correccional de la Corte Superior de Callao, y la acusación formulada el 13 de julio de 1992 por la Tercera Fiscalía Superior en lo Penal de la misma región, refrendada por el auto de cinco de agosto de mil novecientos noventa y dos proferido por la Tercera Sala Penal de la Corte Superior de Callao con fundamento en la acusación fiscal. piezas procesales que integran lo que en nuestro ordenamiento procesal corresponde a la resolución de acusación, esto no significa que con dichos pronunciamientos se cumpla la condición prevista por el artículo 84 del Código Penal Colombiano relacionada con la interrupción del término prescriptivo de la acción penal para comenzar de nuevo a contarse por la mitad del máximo de la pena prevista en la ley para la conducta realizada.

Precisa la citada disposición, que "la prescripción de la acción penal se interrumpe por el auto de proceder, o su equivalente, debidamente ejecutoriado" y que, una vez interrumpido dicho término, "principiará a correr de nuevo por tiempo igual a la mitad del señalado en el artículo 80", sin que pueda ser inferior a cinco años.

Esto indica que, a efectos de establecer la fecha exacta en que se produciría la interrupción del término prescriptivo de la acción penal, y por tanto el término de prescripción cuando ello ha sucedido, la ley colombiana no solamente requiere la determinación del día del proferimiento de la providencia mediante la cual se convoca al sindicado a responder en juicio criminal, o su equivalente, sino que, además, exige que tal decisión se encuentre ejecutoriada, pues es a partir del momento en que la resolución acusatoria adquiere firmeza, y, por tanto, se torna inimpugnable, que el término de prescripción comienza "a correr de nuevo por tiempo igual a la mitad del señalado en el artículo 80".

Por tratarse precisamente de sistemas procesales distintos, la Corte no puede tomar los pronunciamientos de las autoridades extranjeras como proferidos por sus similares colombianas, transportarlos en tiempo y espacio, y ubicarlos

dentro del sistema procesal penal que rige en nuestro país; para de esta manera, ponerlos ficticiamente a producir efectos jurídicos como el relacionado con el establecimiento de la fecha en que pudo haberse interrumpido el término prescriptivo y, a partir de allí, reiniciar su cómputo conforme lo establece el artículo 84 del Código Penal Colombiano.

Por eso, es de insistirse, en este caso, no se cumple la condición establecida en la ley colombiana para entender que el término prescriptivo pudo haberse visto interrumpido, para comenzar a contarse de nuevo por la mitad del inicial, quedando descartada entonces esta posibilidad.

Además de lo dicho, de proceder la Corte a conceptuar en sentido contrario al que aquí se expone, entraría en contradicción con otro instrumento internacional no menos obligatorio en su cumplimiento por las autoridades colombianas, que también ha sido invocado por el Gobierno de Perú como aplicable en este caso, y del cual se hizo reconocimiento por el Ministerio de Relaciones Exteriores de Colombia.

La Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas firmada en Viena el 20 de diciembre de 1988, aprobada en Colombia por la Ley 67 de 23 de agosto de 1993, además de señalar los compromisos adquiridos por las naciones firmantes relacionados con la implementación en sus respectivas legislaciones de las medidas necesarias para promover la cooperación entre las Partes; indicar la necesidad de establecer plazos prolongados de prescripción que deben incrementarse cuando el delincuente eluda comparecer ante la administración de justicia; y establecer la necesidad de adoptar en cada una de las naciones firmantes medidas para que el acusado o declarado culpable de algunos de los delitos a que se refiere el párrafo primero del artículo 3 del citado instrumento internacional, comparezca al proceso penal correspondiente; entre otros aspectos, precisa que las excepciones alegables en relación con dichas conductas delictivas han de reservarse al derecho interno de las Partes, conforme al cual han de ser enjuiciados y sancionados quienes lleven a cabo alguna de las conductas delictivas a que se refiere el instrumento internacional que se cita, aspectos de ineludible acatamiento por las autoridades de Colombia.

Es así como, el artículo 3 ordinal 11 preceptúa:

"11. Ninguna de las disposiciones del presente artículo afectará al principio de que la tipificación de los delitos a que se refiere o de las excepciones alegables en relación con éstos queda reservada al derecho interno de las Partes *y de que estos delitos han de ser enjuiciados y sancionados con arreglo a lo previsto en ese derecho*" (Se destaca).

Dada entonces, de una parte, la necesidad de acatar la voluntad contenida en la Convención de las Naciones Unidas Contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas, y de otra, de dejar en claro que de conformidad con la ley colombiana en este caso no pudo haber operado la interrupción del fenómeno prescriptivo de la acción penal y su reinicio, ha de acudirse al único

criterio de carácter objetivo con que en este evento se cuenta con arreglo a la misma legislación para establecer su vigencia. Este criterio no es otro distinto a la fecha de realización de la conducta imputada, su denominación jurídica y la contabilización del tiempo transcurrido a partir de entonces.

Los hechos de que se ocupa la solicitud, como ya ha sido advertido, tuvieron lugar el 3 de marzo de 1990 en el Puerto del Callao, cuando una organización delictiva, a la que se imputa estar vinculado el requerido en extradición señor Humberto Vargas Pizango, pretendió sacar de Perú la cantidad de 150.948 kilogramos de clorhidrato de cocaína, en la motonave de bandera panameña "North Seal".

Sea que se tome en cuenta, para efectos de la definición jurídica de la conducta, lo dispuesto por el inciso primero del artículo 33 de la Ley 30 de 1986, o las previsiones del artículo 44 del mismo Estatuto, con las modificaciones que a esos preceptos introduce la ley 365 de 1997 la pena privativa de libertad máxima sería de veinte años en el primer caso y de quince en el otro, de juzgarse en Colombia al requerido en extradición Humberto Vargas Pizango, por los hechos que le son imputados en el país del que es originario, los cuales no han transcurrido a la fecha de este pronunciamiento. Surge de esto que aún no ha operado el fenómeno jurídico de la prescripción de la acción penal a que se refiere el literal 'b' del artículo 5 del Acuerdo sobre extradición suscrito en Caracas el 18 de julio de 1911.

Es de aclarar, sin embargo, que, tal como sucede bajo el imperio de la ley colombiana, la acción penal para perseguir la conducta de cuya realización es acusado el requerido en extradición señor Humberto Vargas Pizango, tampoco se halla prescrita en la República del Perú, según la legislación interna de ese país, (artículos 80 y 83 del Código Penal) que establecen que el delito prescribe a los 20 años de cometido, y el concepto emitido al respecto por la Comisión Encargada del Estudio de las Solicitudes de Extradición Activa (fl. 43 carpeta).

2.5.6. En consonancia con el artículo 5-c del Acuerdo internacional que se invoca en apoyo de la solicitud, la extradición no procede cuando el requerido "ha sido ya juzgado y puesto en libertad o ha cumplido su pena, o si los hechos imputados han sido objeto de una amnistía o de un indulto".

En este caso, aunque se sabe que Humberto Vargas Pizango ya intervino en un juicio oral seguido en su contra por los hechos que motivan la solicitud, también aparece claro que esta actuación fue posteriormente declarada nula por la Corte Suprema del país que solicita su extradición, lo que indica que el juzgamiento aún está pendiente de ser llevado a cabo.

En la solicitud, no se indica que los hechos imputados al requerido en extradición hayan sido objeto de amnistía o de indulto, lo que tampoco se invoca por éste ni su defensor.

2.6. El concepto

La Corte es del criterio que la extradición del ciudadano peruano Humberto Vargas Pizango, por el delito de tráfico ilícito de estupefacientes, solicitada por

el Gobierno de la República del Perú, es viable en cuanto se satisfacen los requisitos preestablecidos a estos efectos, como viene de demostrarse.

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

RESUELVE:

Primero. conceptuar favorablemente a la extradición del ciudadano peruano Humberto Vargas Pizango, solicitada al Gobierno de Colombia por su homólogo de la República del Perú.

Segundo. Por la Secretaría de la Sala, comuníquese esta determinación al requerido Humberto Vargas Pizango, a su defensor, al Agente del Ministerio Público y al Fiscal General de la Nación para lo de su cargo en relación con el detenido preventivamente con fines de extradición.

Tercero. Devuélvase el expediente al Ministerio de Justicia y del Derecho para lo de ley.

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 Nougués, Carlos E. Mejía Escobar, Nilson Pinilla Pinilla.

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

TERCERO CIVILMENTE RESPONSABLE/CASACION DISCRECIONAL

El tercero civilmente responsable, como lo ha sostenido reiteradamente la Corte, no cuenta con legitimidad para solicitar el recurso de casación excepcional. Y como el punto ha sido examinado por la Sala y como no existe ninguna circunstancia que conduzca a variar la posición unánime que sobre el mismo se adoptó en pasada oportunidad cuando se discutieron, entre otros, los argumentos aquí planteados por el peticionario, la Corte se ratifica en la misma.

Corte Suprema de Justicia. - Sala de Casación Penal. - Santa Fe de Bogotá D.C., julio seis (6) de mil novecientos noventa y nueve (1999).

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

Aprobado Acta Nó. 98 Proceso No. 13887

Resuelve la Sala lo pertinente en torno al recurso de casación excepcional interpuesto por el apoderado del tercero civilmente responsable, contra la sentencia del 13 de abril de 1999 expedida por el Juzgado 34 Penal del Circuito de Santa Fe de Bogotá. A través de ésta fue confirmada la del 23 de febrero del mismo año, emanada del Juzgado 65 Penal Municipal y mediante la cual fue condenado Víctor Manuel Aritza por el delito de lesiones personales en su modalidad culposa.

Antecedentes y Petición del Recurso

Hacia las 9:30 A.M. del 6 de agosto de 1992 Víctor Manuel Ariza, conductor de la buseta de placas SD-2306 afiliada a Transportes Pensilvania S.A., arrancó el automotor luego de haber solicitado una revisión mecánica del mismo. En ese propio momento el joven Edgar Romero Velandia todavía se encontraba debajo del carro realizando la reparación encomendada. Recibió lesiones que le significaron una incapacidad médico legal definitiva de 90 días y como secuelas permanentes deformidad física, pérdida funcional del órgano de la locomoción, pérdida funcional de los miembros inferiores, perturbación síquica y perturbación funcional del sistema excretor, urinario y digestivo.

Por los anteriores hechos Ariza fue procesado y resultó finalmente condenado por el Juzgado 65 Penal Municipal de Santa Fe de Bogotá a 12 meses de prisión, multa de $4.000.oo, suspensión de la licencia de conducción por seis meses e interdicción de derechos y funciones públicas por igual lapso al de la pena privativa de la libertad. Adicionalmente se determinó condenar a Seguros del Estado a pagar en favor de la víctima $1.419.400.oo por concepto de perjuicios materiales. Y al procesado, solidariamente con los terceros civilmente responsables Luis Antonio Rueda González (propietario de la buseta) y Transportes Rápido Pensilvania S.A., a pagar a favor del lesionado $91.762.386.72 por concepto de perjuicios materiales, más el equivalente a 500 gramos oro.

Dicho fallo fue apelado por el apoderado de Transportes Pensilvania y resultó confirmado en todos sus puntos a través de la sentencia contra la cual el mismo sujeto procesal interpuso el recurso de casación por la vía excepcional.

Aunque el abogado recurrente reconoce que el tercero civilmente responsable no se encuentra relacionado como parte autorizada para acudir a dicha modalidad del recurso extraordinario de casación en el último inciso del artículo 218 del Código de Procedimiento Penal, plantea que dicha enumeración no es taxativa.

Precisa que el derecho de defensa, aunque la Constitución Nacional en su artículo 29 lo refiere exclusivamente al procesado, la doctrina y la jurisprudencia lo predican de todos los sujetos procesales, incluidos la parte civil y el tercero civilmente responsable.

"Las garantías judiciales constitutivas del debido proceso -agrega- aparecen consagradas en favor de aquellas personas que se encuentran sindicadas de un delito en un proceso penal, pero igualmente se proyectan en favor de los ciudadanos para la defensa de sus derechos y obligaciones de naturaleza civil y es así como claramente aparece garantizado en este sentido en la normativa internacional de los derechos humanos, principio que se conserva idéntico tanto en el pacto internacional como en la convención americana de los derechos humanos". En conclusión, afirma el solicitante del recurso de casación que cuenta con legitimidad para proponerlo y para el efecto reitera que la relación hecha en el inciso final del artículo 218 del Código de Procedimiento Penal no es taxativa, pues de sostener que lo es, ello comportaría la violación del principio constitucional de igualdad de los ciudadanos ante la ley; significaría aceptar que los sujetos procesales se encuentran en una situación de desigualdad "...frente a determinados beneficios o ventajas como lo es el poder recurrir excepcionalmente de una sentencia en el recurso extraordinario de casación".

Se refiere finalmente el abogado al caso concreto, señalándole a la Sala cómo dentro del proceso penal le fueron vulnerados al tercero sus derechos fundamentales.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

El tercero civilmente responsable, como lo ha sostenido reiteradamente la Corte, no cuenta con legitimidad para solicitar el recurso de casación excepcional. Y como el punto ha sido examinado por la Sala y como no existe ninguna circunstancia que conduzca a variar la posición unánime que sobre el mismo se adoptó en pasada oportunidad cuando se discutieron, entre otros, los argumentos aquí planteados por el peticionario, la Corte se ratifica en la misma. Dijo la Corporación en la providencia del 7 de octubre de 1997, con Ponencia de quien en esta ocasión ejerce idéntica labor:

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

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

"En lo que tiene que ver con el decreto 2700 de 1991 y con las discusiones que lo precedieron, se sabe que en algún momento se propuso una casación que permitiera recurrir todas las sentencias, dividiéndose, eso sí, la competencia para resolverlo, entre la Corte Suprema de Justicia y los Tribunales Superiores. La idea finalmente no prosperó. En cambio fue abierta la posibilidad de que todos los procesos penales fueren susceptibles del recurso; de manera ordinaria respecto de las sentencias proferidas en segunda instancia por los Tribunales (Superiores de Distrito, Penal Militar y Nacional), a condición de que se trate de delitos cuyo máximo de pena privativa de la libertad sea o exceda de 6 años, aunque la sanción impuesta haya sido medida de seguridad; y de manera excepcional cuando la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, discrecionalmente, lo acepte. Ello condicionado a que se trate de casos distintos de los aludidos, que la Corte lo considere necesario para el desarrollo de la jurisprudencia o la garantía de los derechos fundamentales, y que haya sido así solicitado por el Ministerio Público (El Procurador o su delegado) o por el defensor del acusado.

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

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

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

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

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

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

RESUELVE:

No conceder el recurso de casación excepcional interpuesto por el apoderado del tercero civilmente responsable TRANSPORTES RAPIDO PENSILVANIA S.A.

Devolver el expediente a la oficina de origen.

Notifíquese y cúmplase.

Jorge Aníbal Gómez Gallego, Fernando Arboleda Ripoll, Ricardo Calvete Rangel, Jorge E. Córdoba Poveda, Carlos Augusto Gálvez Argote, Edgar Lombana Trujillo, Mario Muntilla Nougués, Carlos E. Mejía Escobar, Nilson Pinilla Pinilla.

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

TERMINO-Notificación de providencias

Los términos legales apuntan al orden procesal, la igualdad de los sujetos, la preclusión de las determinaciones y etapas y la seguridad jurídica. Permiten al juez y a los intervinientes en el proceso realizar ciertos actos y otorgan firmeza a las decisiones judiciales, aún las que carecen de fuerza de cosa juzgada, para producir efectos que deben ser respetados.

La notificación de las providencias es un acto de comunicación de la jurisdicción con los sujetos procesales, que acontece en desarrollo del postulado de la publicidad, sea abierta o restringida. Cumple con la función de dar a conocer lo decidido, para que el sujeto procesal realice lo que se le impone, ajuste la táctica a seguir, o muestre su inconformidad mediante la interposición de los recursos respectivos.

Corte Suprema de Justicia - Sala de Casación Penal. - Santa Fe de Bogotá, D. C., seis (6) de julio de mil novecientos noventa y nueve (1999).

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

Aprobado Acta No. 98 Proceso No. 11249

Se procede a resolver el recurso de casación interpuesto, por vía excepcional, en defensa de Andrés Ramírez Guerrero, contra la sentencia de segundo grado del Juzgado 45 Penal del Circuito de Bogotá, que lo condenó por lesiones personales culposas.

HECHOS

La noche del 18 de diciembre de 1993, en la avenida 27 frente al inmueble demarcado con el N° 32-81 sur de Bogotá, María Aurora Gaitán descendió de una buseta y al tratar de cruzar la vía por delante de dicho vehículo, fue atropellada por el taxi de placas SFX-782 que conducía Andrés Ramírez Guerrero. La transeúnte sufrió lesiones que ameritaron incapacidad definitiva de 90 días, deformidad física permanente y perturbación funcional del órgano de la locomoción y del miembro inferior izquierdo.

ANTECEDENTES PROCESALES

El Juzgado 33 Penal Municipal de Santa Fe de Bogotá abrió investigación, oyó en indagatoria a Andrés Ramírez Guerrero y el 18 de enero de 1994 se

abstuvo de decretar medida de aseguramiento (fs. 42 y Ss. cd. 1). Cerrada la investigación, el 12 de mayo de 1994 fue precluida la investigación (fs. 154 y Ss. ib.), providencia apelada por el apoderado de la parte civil, la cual el 8 de julio siguiente el Juzgado 45 Penal de Circuito revocó y, en su lugar, profirió resolución de acusación (f. 187 y Ss. ib.), providencia que fue notificada y causó ejecutoria el 21 de julio de 1994.

Celebrada la audiencia pública, el 6 de abril de 1995 el Juzgado 33 Penal Municipal absolvió al procesado (fs. 327 y Ss. ib.). Apelada esta sentencia por el representante de la parte civil, el 5 de junio de 1995 el Juzgado 45 Penal del Circuito la revocó, para condenarlo por el delito de lesiones personales, imponiéndole 18 meses de prisión y de interdicción de derechos y funciones públicas, multa de $ 3.000 y la obligación de indemnizar los perjuicios causados, extensiva al dueño del vehículo Humberto Lemoine Hilarión y a la compañía Radio Taxi Aeropuerto S. A. (372 y Ss. ib.), fallo que es objeto del recurso extraordinario de casación.

La Demanda

Al amparo de las causales tercera y primera de casación es formulada la censura al fallo impugnado, así:

CARGO PRIMERO: El recurrente dice que se dictó sentencia en un juicio viciado de nulidad, pues el *ad quem* no había adquirido competencia para pronunciarse en segunda instancia, con lo cual se incurrió en la causal primera consagrada en el artículo 304 del Código de Procedimiento Penal.

Sostiene que el fallo del *a quo* fue notificado personalmente a todas las partes y a partir del día siguiente comenzó la ejecutoria, la cual finalizó el 21 de abril de 1995; sin embargo la apelación fue interpuesta extemporáneamente el 25 siguiente. La Secretaría fijó un edicto innecesario, cuando ya todos los sujetos procesales se habían notificado e hizo que se revivieran unos términos precluidos.

Señala que el apoderado de la parte civil interpuso reposición y subsidiariamente apelación contra el fallo, por lo cual han debido denegarse los dos recursos; además, no especificó los aspectos de la impugnación, lo que tornaba imposible la competencia del *ad quem*, debido a que "el recurso de apelación le permite revisar únicamente los asuntos impugnados de acuerdo con el art. 217 del C. de P. P., modificado por el artículo 38 de la Ley 81 de 1993 y por tanto, el *ad quem* conoció sin limitación alguna sobre la providencia impugnada, como si se tratara de una consulta, con violación del art. 217 del C. de P. P. y atribuyéndose una competencia que no podía tener".

Por lo anterior, solicita casar el fallo impugnado y declarar la nulidad a partir del auto mediante el cual se concedió la apelación, además de declarar que la sentencia de primera instancia quedó ejecutoriada.

CARGO SEGUNDO: El demandante aduce violación indirecta de una norma sustancial, porque el Juzgado del Circuito admitió como determinante de

la sentencia y confirió valor de prueba a un dictamen pericial sobre la posible velocidad del automotor, el cual fue allegado con posterioridad al fallo de primera instancia. Añade que fueron vulnerados los artículos 1°, 246, 260, 271, 272, 273 del Código de Procedimiento Penal y los artículos 1° a 7° del Código Penal.

Considera que la peritación fue determinante en el sentido del fallo y el *ad quem* reconoció que antes de esta prueba existía duda y, de no haber sido por el dictamen, se habría aplicado el *in dubio pro reo*.

Dice que la experticia no podía tenerse en cuenta, por allegarse con posterioridad a la sentencia de primera instancia; no se corrió el traslado debido y no se pudo ejercer el derecho de contradicción.

Anota que el accidente se originó por el cruce imprudente de la vía que realizó la víctima, mientras que no existe prueba de que el conductor del taxi hubiera violado el deber genérico de cuidado.

Por lo anterior, solicita casar la sentencia recurrida y absolver al sindicado.

ALEGACIÓN DE NO RECURRENTE

El apoderado judicial de la empresa de taxis vinculada como tercero civilmente responsable considera que la sentencia de segunda instancia es violatoria del debido proceso y la ley sustancial, así:

"1° Se dictó sentencia en un proceso viciado de nulidad por los dos conceptos comprendidos en la demanda y estimo que un tercero al no haberse incluido dentro del proceso a un demandado a quien no se le notificó la demanda y quien por lo tanto no tuvo oportunidad de intervenir en práctica y crítica de las pruebas. (sic).

2° Se condenó a Radio Taxi Aeropuerto S. A... al pago solidario de los perjuicios ocasionados a la lesionada... desconociéndose múltiples posiciones jurisprudenciales y doctrinarias sobre la teoría de la responsabilidad civil extracontractual.

3° Se condenó al pago de perjuicios -materiales y morales- supuestamente causados a la víctima, sin los fundamentos necesarios para tal fin y sin bases para su real tasación, haciéndolo en forma excesiva y casi *ultra petita*, con el agravante de establecer una responsabilidad solidaria, para el pago de dichos perjuicios, que debido al giro propio del proceso y a las fallas que se incurrió en su trámite es imposible establecer.

4° No se notificó en forma alguna al Sr. Humberto Lemoine H., la demanda de parte civil, pese a lo cual se le condenó solidariamente al pago de perjuicios ...

5° Pese a que la sentencia impugnada reconoce culpa grave de la víctima... no se efectuó la reducción que estipula el artículo 2357 del Código Civil ...

6° Se condenó al procesado por responsabilidad objetiva, inadmisible procesalmente.

7° Se dio valor a una prueba aportada al proceso después de proferirse la sentencia de primera instancia ...

8° Además de reconocer la prueba inexistente, le dio una connotación máxima en perjuicio de procesado, cuya responsabilidad conlleva la de la entidad que represento.

9° Conoció de la sentencia en segunda instancia la misma funcionaria que profirió la resolución de acusación, con violación del sistema acusatorio que ordenó la Carta Fundamental."

CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

CARGO PRIMERO: El Procurador Segundo Delegado en lo Penal sostiene que la sentencia de primera instancia fue notificada personalmente a todos los sujetos procesales y a partir de la última notificación corrió la ejecutoria, o sea hasta el 21 de abril de 1995. Pasada esa fecha la oportunidad para recurrir se hallaba precluida.

Señala que efectuadas las notificaciones personales a todas las partes no era viable hacerla por edicto, el cual ya no cumplía ninguna función. Al "renotificar" por edicto se reabrió irregularmente la oportunidad para impugnar, lo cual fraccionó el principio de seguridad jurídica y se cambiaron las reglas del debido proceso, en punto de términos y oportunidad para recurrir.

Por lo anterior, conceptúa que se debe casar la sentencia impugnada y anular lo actuado a partir del auto de fecha 27 de abril (sic) de 1995, por el cual se concedió el recurso de apelación.

CARGO SEGUNDO: El Agente del Ministerio Público estima, en cuanto a la técnica, que el casacionista "no singularizó la violación última de la ley sustancial, en punto de indebida aplicación y/o falta de aplicación, sentidos los que al haber omitido plantear y de cara a la formulación de la nominada "proposición jurídica completa" deja a la Corte en una total incógnita a ese respecto".

Indica que el dictamen, incorporado al proceso con posterioridad al fallo de primera instancia, no podía ser objeto de valoración probatoria, porque atenta contra el principio de la necesidad de la prueba, en lo relacionado con su allegamiento inoportuno a la actuación. Pero la sola censura de error de derecho, por falso juicio de legalidad, es insuficiente para dar al traste con la sentencia, por estar soportada en otras pruebas, que el recurrente no atacó.

Por lo anterior conceptúa no casar en cuanto a este cargo.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

Primero se estudiará el cargo de nulidad planteado por el casacionista, de conformidad con un orden lógico, pues de llegar a prosperar no sería necesario examinar el otro reproche.

Los términos legales apuntan al orden procesal, la igualdad de los sujetos, la preclusión de las determinaciones y etapas y la seguridad jurídica. Permiten al juez y a los intervinientes en el proceso realizar ciertos actos y otorgan firmeza a las decisiones judiciales, aún las que carecen de fuerza de cosa juzgada, para producir efectos que deben ser respetados.

La notificación de las providencias es un acto de comunicación de la jurisdicción con los sujetos procesales, que acontece en desarrollo del postulado de la publicidad, sea abierta o restringida. Cumple con la función de dar a conocer lo decidido, para que el sujeto procesal realice lo que se le impone, ajuste la táctica a seguir, o muestre su inconformidad mediante la interposición de los recursos respectivos.

Dichas características impiden que los yerros cometidos por los servidores públicos respecto de la notificación, inicio, duración o vencimiento de los términos, sirvan de excusa de actuaciones tardías de las partes, a las cuales les corresponde estar atentas y llevar las cuentas respectivas.

En el caso concreto, el 6 de abril de 1995 el Juzgado 33 Penal Municipal de Santa Fe de Bogotá absolvió a Andrés Ramírez Guerrero del cargo de lesiones personales culposas, formulado en la resolución de acusación. Esta sentencia fue notificada personalmente a los apoderados de la parte civil y del tercero civilmente responsable válidamente vinculado como tal, al procesado y a su defensor, al Agente del Ministerio Público y al respectivo Fiscal Local (f. 338 v.). "A partir de la última notificación", según el artículo 196 del Código de Procedimiento Penal, empieza a correr el término de ejecutoria, para el caso el 18 de abril de 1995, el cual venció a las 6 de la tarde del siguiente 21, sin que las partes hubieran recurrido, quedando entonces en firme, de conformidad con el artículo 197 *ibidem*.

Sin embargo, el 19 de abril de 1995 el Secretario fijó edicto por tres días; el 24 siguiente, el apoderado de la parte civil presentó "recurso de reposición y en subsidio apelación" (f. 354). El 27 de abril el Juzgado 33 Penal Municipal consideró (f. 358):

"Si bien es cierto las partes fueron notificadas personalmente, también es verdad que la sentencia fue notificada por édicto, lo que no obsta para que dando una mayor garantía a los sujetos procesales, se acceda a atender a la parte recurrente máxime cuando se trata de sentencia absolutoria y quien impugna es la parte civil.

Sin embargo, sea (sic) de llamar la atención a este sujeto procesal en el sentido de que debe tener presente que contra las sentencias no procede recurso de reposición."

Corrieron los traslados al impugnante y a los no recurrentes, y el 17 de mayo de 1995 el a quo concedió la apelación (f. 367), que dio lugar a que el Juzgado 45 Penal del Circuito de Santa Fe de Bogotá revocara el fallo y profiriera sentencia condenatoria.

Frente a lo anterior, la Corte debe reiterar que efectuada la notificación personal de la sentencia a todos los sujetos procesales, no era procedente realizarla por edicto, porque ya se había cumplido con la publicidad de la providencia, la cual era así de conocimiento de quienes debían ser enterados, sin necesidad de acudir a ese medio adicional, que carecía de razón de ser y no prestaba función alguna.

El error del Secretario del Juzgado 33 Penal Municipal al efectuar la sobrante notificación presunta, avalado por la Juez en los curiosos términos transcritos, no podía impedir que "a partir de la última notificación" (personal), acontecida el 18 de abril de 1995, corriera la ejecutoria del fallo, de conformidad con el artículo 196 del Código de Procedimiento Penal.

Como anteriormente se expuso, las normas instrumentales son de imperativo cumplimiento y no quedan sometidas al capricho, el criterio, la discreción, las equivocaciones o las graciosas concesiones del servidor judicial, por lo cual no es procedente, por ejemplo, volver a notificar una providencia ni revivir un término sin fundamento legal expreso, para permitir, en el caso bajo estudio, que la apelación tardía de una de las partes fuera indebidamente considerada oportuna y se pretendiese remover una providencia que ya había adquirido firmeza.

No sobra indicar que la petición de entrega definitiva de un automotor, formulada por sus presuntos dueños el 4 de abril de 1995, antes de dictarse la sentencia de primer grado, cuyo informe secretarial aparece con fecha 18 de los mismos, al igual que el subsiguiente auto de sustanciación del 19 de abril, mediante el cual el Juzgado "se abstiene por el momento de hacer pronunciamiento alguno... lo que significa que debe esperarse la ejecutoria de tal providencia" (la sentencia), no interrumpieron el término, de conformidad con la naturaleza del procedimiento penal, por no tratarse de un aspecto que afectara la actuación y no ser preferente su trámite.

El diligenciamiento, que se lleva por duplicado, permitió que a pesar de dicho informe secretarial el mismo 18 de abril de 1995 fuera notificada personalmente la sentencia al defensor y el 19 comenzara a correr la ejecutoria del fallo, sin que nada impidiese el acceso de las partes al expediente.

Además, la Sala ha considerado (15 de julio de 1993, rad. 8478, M. P. Jorge Enrique Valencia M.):

"Darle vía libre a que cualquier situación o petición permita suspender los términos sería prohijar la proliferación de pedimentos cuyo fin bien podría buscar la dilación del lapso estricto señalado por la ley, con la mira de habilitar un apoderado o permitirle un tiempo adicional para presentar la demanda, o simplemente conseguir sumar el tiempo necesario para que se produzca por prescripción la extinción de la acción penal".

No está de más indicar, también como aspecto complementario y sin perjuicio de que con lo decidido hayan quedado resueltas sus aspiraciones, que el no recurrente en casación puede alegar para apoyar o controvertir total o

parcialmente al casacionista, pero no formular sus propias pretensiones, como en parte lo hace el apoderado de la empresa de taxis vinculada como tercero civilmente responsable, utilizando tal mecanismo para sustraerse a la técnica y oportunidad del recurso extraordinario.

De la misma manera cabe manifestar que el Juzgado 45 Penal del Circuito de Bogotá, en forma errada condenó civilmente también al dueño del taxi con el cual fue atropellada la transeúnte, quien no se hallaba involucrado en el proceso penal, porque su vinculación como tercero civilmente responsable se dispuso, pero el auto respectivo nunca le fue notificado personalmente (arts. 44 y 155 C. de P. P.), por lo cual no se trabó la relación jurídico procesal. Sin embargo, esta irregularidad desaparece con la anulación que ahora se dispone desde un momento procesal previo.

Regresando al aspecto cardinal de esta providencia, en conclusión, se ha observado con claridad que el recurso contra el fallo de primera instancia fue extemporáneamente interpuesto, al haberse presentado con posterioridad a su ejecutoria; por lo tanto, el *ad quem* no tenía facultad para decidir en segundo grado y mal podía remover una sentencia que ya había hecho tránsito a cosa juzgada. Lo así realizado constituye una vulneración sustancial y trascendente contra el debido proceso, que quebranta su estructura al reiniciarse un diligenciamiento ya concluido con sentencia en firme, lo cual constituye nulidad, que decreta la Corte desde la concesión por el a quo del recurso contra la absolución contenida en la sentencia de primera instancia, que de esta manera permanece vigente con todos sus efectos.

La prosperidad de este primer cargo torna innecesario un pronunciamiento sobre el segundo reproche formulado, por sustracción de materia.

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

RESUELVE:

1° CASAR la sentencia condenatoria objeto de impugnación.

2° Decretar la nulidad de lo actuado a partir del auto de fecha 17 de mayo de 1995, mediante el cual el Juzgado 33 Penal Municipal de Santa Fe de Bogotá concedió extemporáneamente el recurso de apelación interpuesto contra el fallo absolutorio de fecha 6 de abril de 1995, el cual adquirió ejecutoria.

Cópiese, notifíquese y devuélvase al Juzgado 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 Mantilla Nougués, Carlos E. Mejía Escobar, Nilson Pinilla Pinilla.

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria

CASACION DISCRECIONAL-Causales

Para activar el ejercicio de la discrecionalidad concedida a la Corte respecto de la aceptación del recurso de casación por la vía privilegiada del inciso tercero del artículo 218 del C. de P.P. es menester que el peticionario, además de invocar una o las causales establecidas en ese dispositivo, , vale decir, el desarrollo de la jurisprudencia y/o la protección de derechos fundamentales conculcados en el proceso, debe precisar los argumentos en que el censor fundó sus pretensiones. De manera que si plantea la necesidad de desarrollo jurisprudencial con referencia a alguno de los temas tratados en el proceso, debe indicar cuáles son las contradicciones, o puntos confusos, o vacíos que advierte en la jurisprudencia existente, de tal suerte que justifique la ampliación del debate a través del excepcional recurso; y si de la transgresión de derechos fundamentales se trata, es necesario individualizar y especificar las irregularidades materializadas en la actuación, que afecten de manera cierta esos derechos.

Corte Suprema de Justicia. - Sala de Casación Penal. - Santa Fe de Bogotá, D.C., seis (6) de julio de mil novecientos noventa y nueve (1999).

Magistrado Ponente: Dr. *Mario Mantilla Nougués*

Aprobado Acta No. 098 Proceso No. 15946

Decide la Corte sobre la procedibilidad del recurso de casación que con fundamento en el tercer inciso del artículo 218 del C. de P.P. pretende interponer contra la sentencia dictada el 21 de abril de 1999 por el Juzgado 51 Penal del Circuito de Santa Fe de Bogotá, la defensa del procesado Ulises Vega Nieto como autor del delito de hurto calificado y agravado en cuantía mayor de diez e inferior a cincuenta salarios mínimos legales mensuales (artículo 349, 350 y 351-2 del C.P.).

Antecedentes

1. Denunció la señora Dalia Mercedes González el 3 de septiembre de 1997, que a las once de la mañana de ese día encontró en su apartamento, ubicado en la carrera 44 con calle 164 de esta ciudad al vigilante de turno del conjun-

to residencial, Ulises Vega Nieto; verificando con su esposo a quien de inmediato le dio aviso, la sustracción de seiscientos ochenta mil pesos en efectivo y siete esmeraldas talladas que guardaban en el inmueble.

2. Como responsable del delito de hurto calificado y agravado fue enjuiciado el sindicado, según resolución de acusación proferida el 22 de septiembre de 1998 (fls.79 y ss. cd. ppl.), y por el mismo hecho punible condenado por el Juzgado 81 Penal Municipal de esta ciudad, en fallo que el Juzgado 51 Penal del Circuito confirmó al desatar la apelación interpuesta por el defensor, mediante la sentencia contra la cual ha manifestado su propósito de impugnar por la vía de la casación excepcional.

La Solicitud

En el primero de los acápites que la conforman, intitulado "a) El desarrollo de la jurisprudencia", pese a reconocer el peticionario que en la interpretación de la ley no es dable "acudir al espíritu del legislador" y que "la jurisprudencia de la Corte se ha pronunciado en variadas ocasiones, respecto de las exigencias legales mínimas para la imposición de una condena", considera que en este proceso es necesario "un pronunciamiento en sede de casación, con el objeto de precisar los alcances y la obligatoriedad" de la aplicación de los artículos 1, 2, 9, 12, 333 y 334 del C. de P. P., porque en la sentencia a impugnar:

"... primaron las consideraciones sobre referencias judiciales previas, sin que legalmente pudieren constituir antecedentes y como si ello fuere poco, se omitió el concepto de la investigación integral, perdiendo de contera, los objetivos de la investigación, para finalizar con un fallo, fracturado en tanto la afirmación y la razón no corresponden con la esencia del acervo probatorio".

En el segundo aparte, titulado "b) garantía de los derechos fundamentales", asevera que "se encuentra con claridad meridiana, que la sentencia es violatoria de los derechos fundamentales"

"tales como el debido proceso, en torno de la presunción de inocencia, de la observancia de las formas propias del juicio, por ejemplo, que desnaturalizan, la esencia de la Administración de Justicia, cuando sin la existencia de las pruebas mínimas necesarias, se produce un fallo, argumentado en la supuesta credibilidad de quien ha formulado la denuncia, sin respaldar sus afirmaciones con medio u órgano de prueba alguno ... sin que por demás se haya desarrollado actividad alguna por parte de la Administración de Justicia para verificar por cuenta propia el acierto de las enunciaciones trapidas (sic) por la denunciante".

Consideraciones de la Corte

Para activar el ejercicio de la discrecionalidad concedida a la Corte respecto de la aceptación del recurso de casación por la vía privilegiada del inciso tercero

del artículo 218 del C. de P.P. es menester que el peticionario, además de invocar una o las causales establecidas en ese dispositivo, vale decir, el desarrollo de la jurisprudencia y/o la protección de derechos fundamentales conculcados en el proceso, debe precisar los argumentos en que el censor fundó sus pretensiones. De manera que si plantea la necesidad de desarrollo jurisprudencial con referencia a alguno de los temas tratados en el proceso, debe indicar cuáles son las contradicciones, o puntos confusos, o vacíos que advierte en la jurisprudencia existente, de tal suerte que justifique la ampliación del debate a través del excepcional recurso; y si de la transgresión de derechos fundamentales se trata, es necesario individualizar y especificar las irregularidades materializadas en la actuación, que afecten de manera cierta esos derechos.

Estas precisiones que la jurisprudencia ha decantado como propias de la solicitud de concesión del recurso, no implican un desarrollo total de las pretensiones invocadas, en primer lugar, porque el auto que resuelve sobre ella no tiene carácter vinculante y, en segundo término, porque ese desarrollo tiene su lugar en la demanda, en el evento de abrirse campo a la impugnación; pero sí tienen su razón de ser en facilitar los elementos de juicio mínimos para la definición de rigor.

La solicitud que se examina no analiza la motivación de las objeciones que anuncia estar dispuesto a formular el censor, pues habla de necesidad de desarrollo jurisprudencial sobre la aplicación de varias normas de procedimiento sin especificar su temática, y si bien señala como precedente el que la jurisprudencia de la Corte "se ha pronunciado en variadas ocasiones, respecto de las exigencias legales mínimas para la imposición de una condena", se abstiene en el escrito que presenta de precisar los puntos de referencia jurisprudencial que considera se deben corregir o actualizar, la unificación de posiciones disímiles o el pronunciamiento sobre un punto concreto que no ha sido debidamente desarrollado, privando de esta manera a la Corte de la posibilidad de conocer los temas que deben ser objeto de reexamen o de interpretación.

En lo concerniente con la necesidad de garantía de derechos fundamentales, la solicitud impide a la Corte establecer la necesidad de enmienda de irregularidades por vía casacional, porque no se le otorgan elementos concretos de juicio para rastrear la actividad judicial desarrollada en el proceso y verificar si efectivamente debe ser enmendada. Se limita el actor a afirmar que se violaron el debido proceso y las formas propias del juicio por desconocimiento de la presunción de inocencia y del principio de la investigación integral al concederse crédito al denunciante, pero no relaciona en momento alguno las pruebas que la judicatura dejó de practicar y su incidencia en el fallo.

No pudiendo la Corte formarse un criterio claro sobre los motivos que soportan la petición, habrá de denegarla.

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

RESUELVE:

NO CONCEDER el recurso de casación contra la sentencia del Juzgado 51 Penal del Circuito de Santa Fe de Bogotá que condena a Ulises Vega Nieto por el delito de hurto calificado y agravado en perjuicio de Dalia González.

En firme, devuélvase 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 A. Gálvez Argote, Edgar Lombana Trujillo, Mario Maníilla Nougués, Carlos E. Mejía Escobar, Nilson Pinilla Pinilla.

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

CASACION DISCRECIONAL/FRAUDE PROCESAL/ PRESCRIPCION

Es claro que la casación en su modalidad excepcional, no sólo por su condición de tal, sino también por sus caracteres de extraordinaria y rogada, no resulta posible concederse por fuera de las dos causas previstas en la ley, de modo que, aunque aspectos como las causales de nulidad, tipicidad, autoría y culpabilidad puedan ser materia de la demanda respectiva no se convierten por ello en fundamento que permita la concesión de la impugnación que discrecionalmente le ha sido reservada a la Sala.

En ese orden, sólo la argumentación que haga evidente, no causales de nulidad en cuanto tales ni situaciones de atipicidad sin trascendencia alguna, sino cuán necesario es el que la Corte se pronuncie en aras del desarrollo de la jurisprudencia o de la garantía de derechos fundamentales puede provocar la decisión que el defensor reclama.

Sentadas tales premisas y no obstante la ausencia de claridad y orden que observa el recurrente en su escrito, es posible inferir la invocación de las dos situaciones referidas en el inciso final del citado artículo 218 bajo el común argumento de que la acción penal derivada del delito de fraude procesal se encontraba prescrita para el momento en que la resolución de acusación cobró la correspondiente ejecutoria, lo cual, según el impugnante, no sólo hace necesaria la intervención de la Corporación para que jurisprudencialmente se determine el momento consumativo del susodicho punible, sino para que además se garanticen el debido proceso y el derecho de defensa conculcados al omitirse la declaración de aquel fenómeno.

Si bien en la decisión que transcribe el recurrente, de diciembre 10 de 1987, siendo ponente el Magistrado Dr. Jorge Carreño Luengas, se clasificó el punible de fraude procesal como tipo de mera conducta, por contraposición a los de resultado, considerándolo "perfecto o agotado cuando se realiza el comportamiento descrito en el verbo rector que es en este caso 'inducir' y no obtener" era claro, como lo es ahora, que en el proceso de adecuación no se exigía la concreción del ingrediente subjetivo, así como lo es que de tal aserto no puede asimilarse, como erradamente lo hizo el defensor, tipos de mera conducta con tipos de conducta instantá

nea porque es evidente que uno y otro corresponden a distinta clasificación así se refiera ésta a su contenido.

Desde entonces la jurisprudencia de la Corte ha sido profusa en determinar los efectos y la permanencia que en ciertos casos ha demostrado el verbo rector delimitando la conducta inductiva hasta la ejecutoria de la sentencia, resolución o acto administrativo proferidos por servidor público inducido en error, pero no porque sea exigible la materialización de la finalidad sino, porque persistiendo la ilícita acción, se constituye en elemento a partir del cual habrá de contarse el término prescriptivo dado que constitucionalmente no pueden existir penas exentas de dicho fenómeno.

Así, en sentencia de julio 4 de 1989, también con ponencia del Dr. Carreño Luengas, se afirmó que en el punible de fraude procesal "si bien no se exige que se produzca el resultado perseguido por el agente, sólo debe considerarse consumado, cuando el autor en desarrollo de su actividad fraudulenta y dolosa, induzca en error al funcionario y perdura mientras subsista el error, porque la vulneración al interés protegido por la norma se prolonga a través del proceso durante el tiempo en que la maniobra engañosa siga produciendo sus efectos sobre el empleado oficial. De ahí, que para los fines de la prescripción de la acción penal, el término sólo debe contarse a partir del último acto de inducción en error, o sea desde cuando la ilícita conducta ha dejado de producir sus consecuencias y cese la lesión que por este medio se venía ocasionando a la administración de justicia.", criterio que fue reiterado en sentencias de agosto 17 de 1995 y septiembre 16 de 1996 con ponencia de los Magistrados Dres. Fernando Arboleda Ripoll y Carlos Eduardo Mejía Escobar, respectivamente, precisándose en providencia de octubre 4 de 1996, (M.P. Dr. Dídimo Páez Velandia) "que la lesión del interés jurídico protegido cesa con la ejecutoria de la providencia fraudulentamente obtenida" yendo, sin embargo en otros casos mucho más allá, como cuando se induce en error al correspondiente empleado oficial para obtener la ejecución de una decisión en firme.

Corte Suprema de Justicia. - Sala de Casación Penal. - Santa Fe de Bogotá D.C., seis (6) de julio de mil novecientos noventa y nueve (1999).

Magistrado Ponente: Dr. *Carlos Augusto Gálvez Argote*

Aprobado Acta No. 98 Proceso No. 15752

Se pronuncia la Sala sobre la admisibilidad del recurso de casación que por vía excepcional interpuso el defensor del procesado Jorge Eliécer Hernández Hernández contra la sentencia de febrero 22 del año en curso, por medio de la cual el Tribunal Superior de Santa Fe de Bogotá, confirmando la dictada por el Juzgado Veinticuatro Penal del Circuito, condenó al acusado a la pena principal de dieciocho meses de prisión por el delito de fraude procesal.

La Impugnación

Por considerar indispensable que la Corte se pronuncie sobre la cesación de procedimiento por prescripción de la acción penal derivada del delito de fraude procesal, los derechos fundamentales del acusado y las causales de nulidad que en su sentir afectan el proceso, el defensor interpuso el recurso extraordinario de casación arguyendo para el efecto que siendo el punible en mención de ejecución instantánea y habiéndose consumado en este asunto el 26 de agosto de 1989 cuando se formuló la demanda reivindicatoria significa que la acción se encontraba prescrita para abril 3 de 1995, día en que la resolución acusatoria cobró ejecutoria y como en las instancias no se declaró tal fenómeno, concluye, se incurrió en situación que invalida la actuación pues además de que los juzgadores carecían de competencia para tramitar el juicio vulneraron las formas propias del proceso y el derecho de defensa, a todo lo cual, dice, debe agregarse el que la sentencia recurrida fue publicada en la citada fecha en hora en que el Magistrado Ponente, dr. Giovanni Gamboa, ya había fallecido.

Termina el defensor afirmando que también las garantías fundamentales de su mandante se han visto vulneradas porque "la presentación de memoriales o de una demanda en orden a la reivindicación de un predio...en ningún caso puede tipificar la comisión de un delito de fraude procesal".

Consideraciones

1. Como quiera que la sentencia de segunda instancia proferida por el Tribunal Superior de esta ciudad fue impugnada en oportunidad y por quien tiene legitimidad para hacerlo, es competente la Corte para resolver discrecionalmente sobre la concesión o no del recurso extraordinario habida cuenta que se trata de delito cuyo máximo punitivo no es ni excede de seis años.

2. Sin embargo, la decisión que así se le faculta a la Sala, según previsiones del artículo 218 del Código de Procedimiento Penal, sólo puede tener como supuesto el desarrollo de la jurisprudencia o la garantía de los derechos fundamentales, correspondiendo desde luego, al impugnante demostrar la procedencia del excepcional recurso señalando de modo claro, fundado y coherente los argumentos que haciendo necesario el pronunciamiento de la Corte viabilizan la admisión del recurso.

Por tanto, *es claro que la casación en su modalidad excepcional, no sólo por su condición de tal, sino también por sus caracteres de extraordinaria y rogada, no resulta posible concederse por fuera de las dos causas previstas en la ley, de modo que, aunque aspectos como las causales de nulidad, tipicidad, autoría y culpabilidad puedan ser materia de la demanda respectiva no se convierten por ello en fundamento que permita la concesión de la impugnación que discrecionalmente le ha sido reservada a la Sala.*

En ese orden, sólo la argumentación que haga evidente, no causales de nulidad en cuanto tales ni situaciones de atipicidad sin trascendencia alguna, sino

cuán necesario es el que la Corte se pronuncie en aras del desarrollo de la jurisprudencia o de la garantía de derechos fundamentales puede provocar la decisión que el defensor reclama.

3. Sentadas tales premisas y no obstante la ausencia de claridad y orden que observa el recurrente en su escrito, es posible inferir la invocación de las dos situaciones referidas en el inciso final del citado artículo 218 bajo el común argumento de que la acción penal derivada del delito de fraude procesal se encontraba prescrita para el momento en que la resolución de acusación cobró la correspondiente ejecutoria, lo cual, según el impugnante, no sólo hace necesaria la intervención de la Corporación para que jurisprudencialmente se determine el momento consumativo del susodicho punible, sino para que además se garanticen el debido proceso y el derecho de defensa conculcados al omitirse la declaración de aquel fenómeno.

4. Pero, aunque así aparezcan cumplidas formalmente las exigencias que permitieron interponer el excepcional medio de impugnación, es claro que la argumentación no tiene la capacidad de disponer positivamente la discrecionalidad de la Corte pues el común sustento de las dos finalidades no sólo ha tenido un amplio y bien definido desarrollo en la jurisprudencia sino que además la invocada prescripción carece del fundamento exigible para conceder el recurso.

En efecto, si bien en la decisión que transcribe el recurrente, de diciembre 10 de 1987, siendo ponente el Magistrado Dr. Jorge Carreño Luengas, se clasificó el punible de fraude procesal como tipo de mera conducta, por contraposición a los de resultado, considerándolo "perfecto o agotado cuando se realiza el comportamiento descrito en el verbo rector que es en este caso 'inducir' y no obtener" era claro, como lo es ahora, que en el proceso de adecuación no se exigía la concreción del ingrediente subjetivo, así como lo es que de tal aserto no puede asimilarse, como erradamente lo hizo el defensor, tipos de mera conducta con tipos de conducta instantánea porque es evidente que uno y otro corresponden a distinta clasificación así se refiera ésta a su contenido.

Desde entonces la jurisprudencia de la Corte ha sido profusa en determinar los efectos y la permanencia que en ciertos casos ha demostrado el verbo rector delimitando la conducta inductiva hasta la ejecutoria de la sentencia, resolución o acto administrativo proferidos por servidor público inducido en error, pero no porque sea exigible la materialización de la finalidad sino, porque persistiendo la ilícita acción, se constituye en elemento a partir del cual habrá de contarse el término prescriptivo dado que constitucionalmente no pueden existir penas exentas de dicho fenómeno.

Así, en sentencia de julio 4 de 1989, también con ponencia del Dr. Carreño Luengas, se afirmó que en el punible de fraude procesal "si bien no se exige que se produzca el resultado perseguido por el agente, sólo debe considerarse consumado, cuando el autor en desarrollo de su actividad fraudulenta y dolosa, induzca en error al funcionario y perdura mientras subsista el error, porque la vulneración al interés protegido por la norma se prolonga a través del proceso durante el

tiempo en que la maniobra engañosa siga produciendo sus efectos sobre el empleado oficial. De ahí, que para los fines de la prescripción de la acción penal, el término sólo debe contarse a partir del último acto de inducción en error, o sea desde cuando la ilicita conducta ha dejado de producir sus consecuencias y cese la lesión que por este médio se venía ocasionando a la administración de justicia.", criterio que fue reiterado en sentencias de agosto 17 de 1995 y septiembre 16 de 1.996 con ponencia de los Magistrados Dres. Fernando Arboleda Ripoll y Carlos Eduardo Mejía Escobar, respectivamente, precisándose en providencia de octubre 4 de 1996, (M.P. Dr. Dídimo Páez Velandia) "que la lesión del interés jurídico protegido cesa con la ejecutoria de la providencia fraudulentamente obtenida" yendo, sin embargo en otros casos mucho más allá, como cuando se induce en error al correspondiente empleado oficial para obtener la ejecución de una decisión en firme.

5. En consecuencia, haciéndose a la vez evidente que el momento consumativo del punible en mención para efectos de la prescripción de la acción penal ha sido objeto de desarrollo jurisprudencial, deviene infundada la argumentación del recurrente tendiente a establecer, por el supuesto desconocimiento del fenómeno prescriptivo, la vulneración de garantías fundamentales, pues es claro que la conducta de inducir en error que se le imputó al procesado se ejecutó y consumó no sólo con la presentación de la demanda reivindicatoria, sino que persistió en el tiempo hasta obtener la sentencia de primera instancia de mayo 20 de 1991.

Por consiguiente, infundadas como se encuentran las causas que invoca el recurrente para interponer el excepcional recurso de casación su pretensión de que se le conceda le será resuelta adversamente.

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

RESUELVE:

NO CONCEDER el recurso extraordinario de casación que por vía excepcional interpuso el defensor del procesado Jorge Eliécer Hernández Hernández.

Cópiese, notifíquese y devuélvase al juzgado de origen 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 Nougués, Carlos E. Mejía Escobar, Nilson Pinilla Pinilla,

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

ACCION DE REVISION-Cambio de jurisprudencia

En punto de la causal invocada, esto es el numeral 6° del artículo 232 del Código de Procedimiento Penal, el demandante debe estructurar un discurso jurídico completo tendiente a demostrar que la sentencia condenatoria se fundamentó en criterios de derecho que se asumieron como vigentes a pesar de que la Sala de Casación Penal, haya cambiado de manera favorable para el condenado tales razonamientos jurídicos.

Implica como mínimo identificar y explicar cuáles son los raciocinios jurídicos en que se cimentó la sentencia condenatoria, y además, el modo en que aquellos mismos basamentos fueron modificados por jurisprudencia del máximo tribunal de justicia penal.

Se trata, pues, de remover la autoridad de la cosa juzgada buscando evitar que ante hechos circunstancialmente similares persistan fallos discordantes o contradictorios que puedan comportar menoscabo al principio de igualdad y por ende a la idea de justicia material, en virtud de que un pronunciamiento judicial de la Sala, permita comprender en forma distinta los elementos de la estructura dogmática del hecho punible y por ende, frente a ciertos casos determinados y concretos, surja la posibilidad de revisar los fundamentos de la condena que se hubiere impuesto.

El pronunciamiento judicial que modifica favorablemente el criterio que sirvió para sustentar la sentencia condenatoria debe provenir exclusivamente de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia y de ninguna otra autoridad judicial, por ser la Corte el máximo tribunal de la jurisdicción ordinaria y tener asignada la tarea de unificar la jurisprudencia nacional, de conformidad con el artículo 219 del Código de Procedimiento Penal.

Los fallos de los Tribunales Superiores, en cuanto son plurales suelen contener puntos de vista diversos e incluso antagónicos, por lo cual se descartan para efectos de esta causal de revisión. La jurisprudencia de la Sala de Casación Penal, por el contrario, es unívoca por ser única esta Corporación y máxima su jerarquía.

Corte Suprema de Justicia - Sala de Casación Penal. - Santa Fe de Bogotá, D. C., seis (6) de julio de mil novecientos noventa y nueve (1999).

Magistrado Ponente: Dr. *Edgar Lombana Trujillo*

Aprobado Acta No. 98 Proceso No. 15760

Se pronuncia la Sala sobre la admisibilidad formal de la demanda de revisión presentada a través de apoderado por el señor Julio Arturo Gómez Coy, quien fue condenado por el Tribunal Superior de Santa Fe de Bogotá, a la pena de principal de dieciséis (16) meses de prisión por el delito de hurto calificado y agravado, en concurso con porte ilegal de armas de fuego de defensa personal.

HECHOS Y ACTUACIÓN PROCESAL

1. Los acontecimientos que dieron origen al proceso penal fueron resumidos así por el Tribunal Superior de Bogotá:

"El día 2 de julio del corriente año (1998), promediando las once de la mañana, Julio Arturo Gómez Coy intimidó dentro de una tienda con un arma de fuego al vendedor de productos Margarita, Uriel Casas Rodríguez, y tras despojarlo de cincuenta mil pesos emprendió la retirada con otro sujeto en una camioneta Chevrolet Luv de placas ANH-319, la cual fue vista por la ciudadanía, dándose inicio a un operativo policial. Al ser detectados por los uniformados, aceleraron y se refugiaron en un sector del barrio Roma, yendo a parar a una calle sin salida donde Gómez Coy fue capturado portando un revólver marca llama, calibre 38 largo, sin salvoconducto, en tanto que el otro sujeto logró huir saltando una malla."

2. Al definir la situación jurídica provisionalmente la Fiscalía afectó al señor Julio Arturo Gómez Coy, con medida de aseguramiento consistente en detención preventiva sin excarcelación, por los delitos de hurto agravado y calificado y porte ilegal de arma de fuego de defensa personal.

3. El señor Gómez Coy, reparó los daños y perjuicios producidos con el delito, solicitó sentencia anticipada, en sesión programada para el efecto aceptó los cargos, y en virtud de este mecanismo excepcional el Juez Cincuenta y Uno Penal del Circuito de Santa Fe de Bogotá, lo condenó a la pena principal de dieciséis meses de prisión, negándole el subrogado de ejecución condicional.

4. No conforme con esta última determinación el mismo procesado apeló la sentencia abogando tan sólo por la condena de ejecución condicional, sin haberlo logrado, pues el Tribunal Superior la confirmó.

LA SENTENCIA

La acción se dirige contra la providencia del 3 de noviembre de 1998, del Tribunal Superior de Santa Fe de Bogotá, (folio 16 cdno. Corte), en cuanto confirmó la decisión proferida por el Juzgado Cincuenta y Uno Penal del Circuito, el 26 de agosto de 1998, (folio 8 cdno. Corte), condenando al señor Julio Arturo Gómez Coy, a la pena principal de dieciséis (16) meses de prisión, como coautor responsable del punible de hurto calificado y agravado en concurso

material heterogéneo con porte ilegal de arma de fuego de defensa personal, y se abstuvo de conceder el subrogado de la condena de ejecución condicional.

LA DEMANDA

El apoderado del señor Julio Arturo Gómez Coy, solicita la "revisión de la Sentencia de la causa número 1998 0132 0 del Juzgado 51 Civil (sic) del Circuito, y se le aplique el máximo de la reducción de pena por indemnización de perjuicios de acuerdo con el artículo 374 del C.P., se le reconozca la reducción de pena por estudios y se le conceda la libertad definitiva por pena cumplida", con fundamento en el numeral 6° del artículo 232 del Código de Procedimiento Penal, por cuanto la acción de revisión es viable "Cuando mediante pronunciamiento judicial, la Corte haya cambiado favorablemente el criterio jurídico que sirvió para sustentar la sentencia condenatoria".

Con el fin de hacer valer sus pretensiones invoca la sentencia del 23 de noviembre de 1998, con ponencia del Honorable Magistrado Dr. *Fernando Arboleda Ripoll*, por la cual la Sala de Casación Penal, al fallar el recurso extraordinario de Alpido Ramírez Reyes, "en sus apartes enfatiza sobre la obligatoriedad de las normas penales y que además son de carácter imperativo y que en su aplicación el funcionario judicial no tiene alternativa distinta de aplicar las consecuencias jurídicas. En materia penal no existe norma que confiere al Juez la facultad de optar por su no aplicación, habiendo sido cumplido el supuesto fáctico en ella previsto."

En cambio, agrega el libelista, el Juez Cincuenta y Uno Penal del Circuito, "tuvo como criterio jurídico el artículo 374 del Código Penal, para condenar a Julio Arturo Gómez Coy, sin darle alcance o cumplimiento a la norma precitada", precepto al que "no dio correcta aplicación", toda vez que "al momento de reconocerle la reducción de pena por la reparación de daños y perjuicios irrogados" con el delito,... solamente se le reconoció 1/3 cuando a la luz de la ley penal, artículo 374, lo mínimo que debió reconocerle como reducción de pena era la 1/2 de la pena, o en su defecto las 3/4 partes de la pena impuesta."

Como apoyo a su petición agrega copia de las sentencias de instancia, del fallo de la Sala de Casación Penal que cita en sus argumentos, certificado de trabajo en prisión llevado a cabo por su pupilo, y el poder que le fue conferido.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

1-. Se impone concluir que a pesar del ingenioso esfuerzo argumentativo con que se presenta la demanda, los razonamientos que contiene apuntan a alegaciones que han debido plantearse y resolverse en las instancias y a lo sumo en sede de casación. Esa manera de sustentar riñe con la técnica de revisión y por fuerza obligará 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 adecue con los parámetros que la misma ley establece en el artículo 234 del Código de Procedimiento Penal, no podrá ser admitida, pues es inaceptable que so pretexto de la excepcional acción, se intente regresar a la controversia probatoria, ya finiquitada en las instancias, al punto de generar la expedición de decisiones que al haber hecho tránsito a cosa juzgada son inamovibles y permanecen tuteladas con certeza de intangibilidad.

2. *En punto de la causal invocada, esto es el numeral 8° del artículo 232 del Código de Procedimiento Penal, el demandante debe estructurar un discurso jurídico completo tendiente a demostrar que la sentencia condenatoria se fundamentó en criterios de derecho que se asumieron como vigentes a pesar de que la Sala de Casación Penal, haya cambiado de manera favorable para el condenado tales razonamientos jurídicos.*

Implica como mínimo identificar y explicar cuáles son los raciocinios jurídicos en que se cimentó la sentencia condenatoria, y además, el modo en que aquellos mismos basamentos fueron modificados por jurisprudencia del máximo tribunal de justicia penal.

Se trata, pues, de remover la autoridad de la cosa juzgada buscando evitar que ante hechos circunstancialmente similares persistan fallos discordantes o contradictorios que puedan comportar menoscabo al principio de igualdad y por ende a la idea de justicia material, en virtud de que un pronunciamiento judicial de la Sala, permita comprender en forma distinta los elementos de la estructura dogmática del hecho punible y por ende, frente a ciertos casos determinados y concretos, surja la posibilidad de revisar los fundamentos de la condena que se hubiere impuesto.

3. En el caso concreto el accionante se limitó a relatar como hecho histórico que el Juzgado Cincuenta y Uno Penal del Circuito de Santa Fe de Bogotá, aplicó equivocadamente el artículo 374 del Código Penal y que este yerro fue avalado por el Tribunal Superior, sin haberse preocupado por exponer, al menos sumariamente, los razonamientos que llevaron a los jueces de instancia a decidir en el sentido en que lo hicieron y, mucho menos, en confrontar aquel discernimiento con las nuevas directrices vertidas en la jurisprudencia de la Sala.

En efecto, con la lectura de la sentencia proferida el 28 de agosto de 1998, por el Juzgado Cincuenta y Uno Penal del Circuito de Bogotá, se constata que en aplicación del artículo 374 del Código Penal, accedió a rebajar la tercera parte (1/3) de la pena deducida al delito de hurto agravado y calificado, sin ofrecer motivación alguna para inclinarse por dicha solución.

El fallo de segunda instancia del 3 de noviembre de 1998, a cargo del Tribunal Superior de Bogotá, en ninguno de sus apartes cuestionó los razonamientos jurídicos que llevaron al Juez Cincuenta y Uno a dosificar la pena como lo hizo puesto que la alzada versó exclusivamente sobre el aspecto subjetivo sopesado para negar el subrogado de la condena de ejecución condicional.

Finalmente, la sentencia de casación del 23 de noviembre de 1998, con ponencia del Honorable Magistrado Dr. *Fernando Arboleda Ripoll*, traída a colación por el demandante, luego de clarificar el contenido y alcances del artículo 374 del Código Penal, se refiere a un asunto sustancialmente distinto en el que los falladores de instancia no aplicaron ninguna rebaja de pena habilitada en dicho artículo, a pesar de que los implicados ya habían restituido lo hurtado e indemnizado perjuicios, porque los jueces exigieron, sin que la norma lo hubiera establecido, manifestaciones sinceras de arrepentimiento a los autores del ilícito.

4. Mayoritariamente la Sala ha venido sosteniendo que para la postulación de la causal de revisión contenida en el numeral 6° del artículo 232 del Código de Procedimiento Penal, deben concurrir ciertos presupuestos que pueden resumirse como a continuación se intenta.

Suficiente ilustración brindan, entre otras, las siguientes decisiones: auto del 14 de octubre de 1993, M.P. Dr. *Ricardo Calvete Rangel*; auto del 30 de octubre de 1997, M.P. Dr. *Jorge Aníbal Gómez Gallego*; y auto del 28 de octubre de 1997, M.P. Dr. *Jorge E. Córdoba Poveda*.

4.1. *El pronunciamiento judicial que modifica favorablemente el criterio que sirvió para sustentar la sentencia condenatoria debe provenir exclusivamente de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia y de ninguna otra autoridad judicial, por ser la Corte el máximo tribunal de la jurisdicción ordinaria y tener asignada la tarea de unificar la jurisprudencia nacional, de conformidad con el artículo 219 del Código de Procedimiento Penal.*

Los fallos de los Tribunales Superiores, en cuanto son plurales suelen contener puntos de vista diversos e incluso antagónicos, por lo cual se descartan para efectos de esta causal de revisión. La jurisprudencia de la Sala de Casación Penal, por el contrario, es unívoca por ser única esta Corporación y máxima su jerarquía.

4.2. Que mediante un pronunciamiento judicial la Sala haya cambiado con beneficio para el procesado su propio criterio jurídico, que sirvió de sustento a la sentencia condenatoria, especialmente en cuanto a la interpretación y comprensión de los elementos estructurales del delito, verbigracia adecuación típica, antijuridicidad, culpabilidad y dispositivos amplificadores del tipo, vale decir tentativa y participación.

No se trata de exigir que el juez deba haber citado en su fallo jurisprudencia ya recogida de la Sala de Casación Penal, aunque bien pueda haberlo hecho, sino que, para pretender la revisión de la sentencia condenatoria por esta vía, el accionante debe demostrar que el criterio jurídico de la Corte que sirvió para sustentarla fue revaluado por una decisión judicial posterior de la misma Sala.

4.3. Que la evolución jurisprudencial apunte a la variación de los fundamentos de todo el fallo condenatorio y no solamente de alguna parte de aquel,

como por ejemplo atenuantes, agravantes y factores destinados a incidir en la punibilidad.

4.4. Que, en consecuencia, por haber ocurrido un cambio en la interpretación de las instituciones jurídico penales, favorable a los procesados en general, a raíz de la expedición de una decisión judicial de la Sala de Casación Penal, la sentencia condenatoria en cuestión pueda rescindirse totalmente y devenir en absolutoria, no siendo factible intentar por esta vía el reconocimiento extraprocesal de atenuantes o de otros factores simplemente reductores de la punibilidad.

Como quiera que el libelo de revisión presentado a nombre del señor Julio Arturo Gómez Coy, no consulta tales presupuestos básicos, deberá ser inadmitido.

5. La demanda sostiene que en los fallos de instancia no se dio correcta aplicación al artículo 374 del Código Penal, al momento de reconocer reducción de pena condigna a la restitución de lo hurtado y a la indemnización de perjuicios irrogados con el delito, argumento que refleja que la vía correcta de impugnación no era la acción de revisión, sino el recurso extraordinario de casación, causal primera, que en este caso habría consistido en violación directa de la ley sustancial por interpretación errónea del precepto en referencia, que fue correctamente seleccionado y, en gracia de discusión podrían aducirse exclusivamente falencias en su entendimiento y adecuación al evento específico en el que se encontraba el señor Gómez Coy.

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 Armando Palacios Cuesta, como apoderado del sentenciado Julio Arturo Gómez Coy, 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 Julio Arturo Gómez Coy, a través de su apoderado.

TERCERO: Enviar copia de este auto al Juzgado Cincuenta y Uno Penal del Circuito, para su conocimiento.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Jorge Aníbal Gómez Gallego, Fernando E. Arboleda Ripoll, Ricardo Calvete Rangel, Jorge E. Córdoba Poveda, Carlos A. Gálvez Argote, Edgar Lombana Trujillo, Mario Manrique Nougués, Carlos E. Mejía Escobar, (Aclaración de Voto); *Nilson Pinilla Pinilla.*

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

ACLARACION DE VOTO

A pesar de estar de acuerdo con lo manifestado por la Sala mayoritaria, debo aclarar que en lo que tiene que ver con el fundamento jurídico 4° de las consideraciones de esta decisión, expreso mi discrepancia, para lo cual me remito a lo ya plasmado en providencia del 29 de febrero de 1996, en la que el Dr. Gálvez Argote y yo expusimos las razones de nuestra postura.

Con todo respeto.

Carlos E. Mejía Escobar.

DEMANDA DE CASACION/NULIDAD/FALSEDAD EN DOCUMENTO PUBLICO

Aunque quien interpone el recurso extraordinario de casación dispone el orden de los cargos que formula y determina cuál o cuáles propone como subsidiarios, ello no significa que necesariamente la Corte deba examinarlos en el mismo orden. Simplemente porque éste puede resultar ilógico como cuando se plantea un error in iudicando de la sentencia y seguidamente se hace una propuesta de nulidad. En casos así, como reiteradamente se ha sostenido, si es condición del proferimiento del fallo que el proceso se haya adelantado debidamente, lo acertado es estudiar primero la posibilidad de la nulidad procesal y sólo si esta no se presenta, si el trámite procesal ha estado adecuado a la Constitución y a la ley, procede la evaluación de los supuestos errores de juicio del fallo. De prosperar éstos la Sala deberá dictar la sentencia de sustitución respectiva y ésta sólo es viable, se repite, en el marco de un proceso regular y pleno de garantías.

De conformidad con el artículo 63 del Código Penal los particulares que ejercen funciones públicas en forma permanente o transitoria, son considerados servidores públicos. El rasgo identificador de la categoría de los documentos que expiden en desarrollo de una atribución que les confiere el Estado está ligado a que la misma constituya o no una función pública. Si lo es, como sucede en el caso examinado, los documentos que emiten tienen la calidad de públicos.

La función de recepcionar las declaraciones tributarias y recaudar los impuestos correspondientes es del Estado a través de la oficina respectiva del Ministerio de Hacienda y Crédito Público. En consecuencia, al desplazarse esas facultades hacia las entidades bancarias, lo que se hace es entregarles el ejercicio de una función pública, en cuyo desarrollo deben sujetarse a las reglas impuestas por la administración y a las sanciones derivadas de su incumplimiento, actuando para dichos efectos, en conclusión, como verdaderos servidores públicos.

Así las cosas, la intervención reglada de los bancos receptores de las declaraciones de renta y patrimonio constituye el ejercicio de una función

pública, por lo que los sellos de presentación o autoadhesivos que estampan en el cuerpo de las mismas documentan dicha intervención y su falsificación configura el delito de falsedad documental pública y no privada como concluyó equivocadamente el Tribunal.

El error advertido, sin embargo, no es susceptible de corrección en sede de casación. Primero, por el carácter limitado del recurso, y además porque hacerlo significaría agravar la situación del procesado que es recurrente único y con ello resultaría conculcada la garantía constitucional de la prohibición de la reformatio in pejus. Adicionalmente el mismo no constituye ningún tipo de irregularidad en atención a que el hecho objeto del fallo correspondió con el de la acusación y la adecuación legal que de él hizo el Tribunal fue dentro de los mismos título y capítulo del Código Penal a que se refirió el pliego de cargos, resultando ella beneficiosa para el procesado.

El cambio de adecuación legal, entonces, dejó inalterable la conducta y se produjo sólo porque el Tribunal, a diferencia de la Fiscalía, le otorgó el carácter de privados a los documentos. Y si se tiene en cuenta que la calificación jurídica que de los hechos se hace en el pliego de cargos es provisional, con mención del capítulo y el título del Código Penal donde se encuentra prevista (art. 442-3 del C. de P.P.), eso le permite al juzgador variar la imputación en el fallo, a condición de que lo haga dentro del mismo capítulo del Código Penal y de que no resulte agravada la situación del procesado.

Corte Suprema de Justicia. - Sala de Casación Penal. - Santa Fe de Bogotá D.C., julio seis (6) de mil novecientos noventa y nueve (1999).

Magistrado Ponente: *Dr. Carlos Eduardo Mejía Escobar*

Aprobado Acta No. 98 Proceso No. 11144

Resuelve la Sala el recurso de casación interpuesto por la defensora del procesado Héctor Julio Casallas Ordoñez, contra la sentencia del Tribunal Superior de Santa Fe de Bogotá del 23 de junio de 1995, mediante la cual condenó al mencionado a la pena de 12 meses de prisión en calidad de autor responsable del cargo de falsedad en documento privado.

HECHOS Y ACTUACIÓN PROCESAL

El 2 de mayo de 1991 el ingeniero Héctor Julio Casallas Ordóñez, con el propósito de lograr su inscripción en el registro único de proponentes de Santa Fe de Bogotá, entre varios documentos adjuntó a la solicitud respectiva copias de las declaraciones de renta correspondientes a los años gravables 1988 y 1989. Estas ostentaban como números de presentación supuestamente impuestos por las entidades bancarias que las recibieron el 030008318791 y el 013570101588714, respectivamente (fls. 145 y 147 c.o.).

Los mismos, según comunicación del Ministerio de Hacienda, eran falsificados y por tal razón en enero de 1992 el Consejo del Registro Unico de Proponentes del Distrito decidió cancelarle la inscripción al ingeniero, la cual se había dispuesto mediante resolución 1017 del 26 de julio de 1991, asignándole una capacidad de contratación de 5.553 salarios mínimos legales mensuales vigentes.

Dichas declaraciones, que naturalmente no se presentaron ante las entidades bancarias receptoras, contenían como datos más significativos los siguientes:

Año gravable	Patrimonio Líquido	Ingresos recibidos
1988	$27.860.000.oo	$36.334.000.oo
1989	$30.937.000.oo	$56.048.000.oo

Las declaraciones de renta que en realidad presentó al fisco Casallas Ordóñez por los mismos períodos fiscales, allegadas en copias al proceso (fls. 154 y 155), contienen las siguientes informaciones:

Año gravable	Patrimonio Líquido	Ingresos recibidos
1988	$ 9.950.000.oo	$ 6.826.000.oo
1989	$13.950.000.oo	$53.618.000.oo

El mencionado fue vinculado a la investigación a través de indagatoria y la Fiscalía lo acusó el 21 de junio de 1994 en calidad de determinador de falsedad material de particular en documento público (se hizo recaer tanto en el contenido como en el autoadhesivo de las declaraciones de renta), agravada por el uso. Dicha determinación quedó ejecutoriada el 9 de julio siguiente y el expediente se remitió al Juzgado 3° Penal del Circuito de Santa Fe de Bogotá para el trámite del juicio, despacho éste que dictó sentencia el 17 de abril de 1995 y condenó al procesado por el cargo de la acusación a 34 meses de prisión y a la sanción accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas "por un término igual al de la pena principal". Fue subrogada la pena por la condena de ejecución condicional.

La defensora apeló y el Tribunal Superior de Santa Fe de Bogotá, a través de la sentencia objeto del recurso extraordinario de casación, condenó a Casallas Ordóñez a 12 meses de prisión, en calidad de autor responsable del delito de falsedad en documento privado, el cual se hizo consistir en los sellos espurios de presentación de los documentos.

La Demanda

Cuatro fueron los cargos formulados por la defensa.

Primero.

Fue apoyado en la causal 1ª de casación, cuerpo segundo. Según la demandante resultaron conculcados indirectamente los artículos 5°, 35 y 36

del Código Penal y 29 de la Constitución "...a través de la violación..." de los artículos 247, 254, 277 y 333 del Código de Procedimiento Penal.

"Los juzgadores de instancia -precisa la defensa- apreciaron erróneamente la prueba relacionada con el stiker o autoadhesivo impuesto a las declaraciones de renta cuestionadas, dándole al mismo el valor de documento, cuando sólo es número de orden, de control, una contraseña que no reúne las condiciones para ser documento si se tiene en cuenta, que un documento debe ser el resultado de un acto humano objetivo, histórico y representativo (en ocasiones declarativo), además de ser un medio de prueba real".

Aduce acto seguido que documento es todo "objeto cultural representativo de una cosa, hecho o acto humano" y que doctrinalmente han sido establecidos como sus requisitos ser un escrito, tener su texto aptitud probatoria y existir autor conocido o conocible.

Con relación al autoadhesivo que es impuesto por los bancos receptores en el instante de la presentación de la declaración de renta "...tampoco es privado..." a juicio de la defensora, en atención a que el mismo es remitido a dichas entidades por la Administración de Impuestos Nacionales, "...por lo que puede tratarse de un efecto oficial".

Así las cosas, si lo que resultó falso fueron los autoadhesivos de las declaraciones de renta, no podía condenarse por el cargo de falsedad en documento privado ya que los mismos "...ni son documentos, ni son privados..." y tampoco "actas" como se afirmó en el fallo impugnado.

Los adhesivos impuestos, además, no alteraron el contenido de las declaraciones de renta, cuya falsedad configura sólo una falta administrativa y no penal, como lo precisó la Corte en decisión del 29 de mayo de 1988 con Ponencia del Magistrado Lisandro Martínez Zúñiga. En consecuencia, concluye la impugnante, se presentó en la sentencia una manifiesta incongruencia entre sus partes motiva y resolutiva, violándose indirectamente la ley "por carencia absoluta de prueba para condenar".

Dice por último, para establecer el error de hecho en el cual incurrió el Tribunal, que se habló en el fallo de "Actas de presentación de las declaraciones ante las entidades bancarias", cuando en realidad a las mismas se le colocaron sólo los autoadhesivos. Las actas, entonces, no existen dentro del proceso y salvo en la sentencia recurrida en ninguna parte se mencionaron, razón por la cual el fallo condenatorio se basó "...en una prueba documental que no existe, violando flagrantemente y por error de hecho el artículo 29 de la Constitución Nacional".

Segundo cargo.

Fue propuesto igualmente con sustento en la causal primera de casación, por violación indirecta de la ley sustancial (arts. 29 C.N. y 247 y 254 del C. de P.P.) originada en error de derecho por falso juicio de convicción "...al otorgársele el valor de plena prueba para condenar a elementos que carecen de este atributo..."

Inicia la demandante el desarrollo del cargo citando la decisión de la Sala del 9 de junio de 1987 (M.P. Dr. Gustavo Gómez Velásquez), según la cual cuando a una actuación o diligencia se le otorga el valor de prueba sin tenerlo, se está en presencia de una violación indirecta de la ley por error de derecho. Y agrega textualmente:

"De otra parte, es de tener en cuenta, que las declaraciones de renta cuestionadas fueron reconocidas por el procesado en su diligencia de indagatoria, pero 'desconociendo siempre' lo referente a los autoadhesivos, pues nunca tuvo conocimiento de tal hecho, por lo que no puede decirse que respecto de dichos stikers, hubo reconocimiento tácito por parte del Ing. Casallas, como tampoco se demostró de manera alguna su responsabilidad en la elaboración, distribución, circulación o uso de tales efectos falsos.

"Si no se lograron desvirtuar las exculpaciones del procesado en tal sentido, mal podía otorgársele a dichos 'números' el valor de plena prueba para condenar, mucho menos sin demostrar en ningún momento la responsabilidad del Ing. Casallas en la falsedad de los autoadhesivos. De la parte motiva de la sentencia acusada, se deduce claramente, que los juzgadores se basaron en una 'presunción' de que sólo al Ing. Casallas le interesaba falsear tales documentos para obtener su inscripción ante el RUP, pero no hechos demostrados. Presunción que desde luego no da relación de CERTEZA.

"Al hacer el análisis de todas y cada una de las pruebas arrimadas a esta causa, se establece claramente que no existe la prueba para condenar por falsedad en documento privado, sencillamente porque el documento privado del cual se endilga la falsedad no existe.

"Los únicos documentos privados en este caso, son las declaraciones de renta de los años 1988 y 1989, de los cuales el mismo H. Tribunal dice en varias partes de la sentencia, no fueron objeto de investigación, ni se estableció falsedad alguna".

Sobre cuál documento privado, entonces, recayó la falsedad, es la conclusión de la defensora, luego de señalar que la segunda instancia sostuvo, con apoyo en la jurisprudencia de la Corte, que las inexactitudes en el contenido de las declaraciones de renta constituyen únicamente una contravención de tipo fiscal.

Tercer cargo.

Afirma la casacionista que la sentencia violó el artículo 29 de la Constitución Nacional, al no ser congruente la misma con la resolución de acusación. En esta se le formuló a su defendido el cargo de falsedad material de particular en documento público y fue ante tal imputación que se ejerció la defensa técnica: No obstante, la condena se produjo por falsedad en documento privado, sorprendiéndose así al procesado que no tuvo oportunidad de defenderse de este hecho punible.

Era mucho lo que se hubiera podido argumentar de haberse realizado la acusación por el segundo delito, en especial si se considera que el mismo es

de resultado toda vez que para estructurarse requiere que se cause un perjuicio, mientras que tal no es una exigencia del delito de falsedad en documento público, dado su carácter de tipo penal de mera conducta.

"De la sola lectura de los apartes de la resolución acusatoria y la sentencia -finaliza- se establece plenamente la demostración de este cargo, por la pretermisión del postulado de la inmutabilidad de la imputación, base sobre la cual se edifica nuestro proceso penal".

Cargo cuarto (subsidiario).

Lo propuso la defensa con sustento en la causal 3ª de casación y lo enunció en los siguientes términos:

"La sentencia proferida por el H. Tribunal es violatoria directamente y por error de derecho de normas de carácter sustancial al proferirse la sentencia en juicio que adolece de nulidad supralegal por violación al debido proceso, al derecho de defensa y a las formas propias del juicio. Toda vez, que la resolución acusatoria se basó inclusive en hechos y pruebas que corresponden a otro caso".

Dice la censora, para demostrar el ataque, que la acusación es en cuanto a los cargos anfibológica, imprecisa y ambigua, en consideración a que está basada en hechos y pruebas que se refieren a otro caso con diferente implicado, uno de los más de 30 iniciados al tiempo con el presente proceso pero en cuadernos separados.

"Es fácil advertir -reflexiona la abogada-, que el señor Fiscal al imprimir la resolución acusatoria, no borró en la pantalla del computador partes que son de una providencia que corresponde a otro caso, tal como sucede en el capítulo que en dicha resolución se denomina el caso concreto...". Cita el aparte pertinente, referido a una imputación de falsedad en una certificación de experiencia profesional suscrita por Arnulfo Garcés Rivas y asegura que se trata de un hecho completamente ajeno a su representado, en el cual se fundamentó el pliego de cargos y por lo cual se debe anular.

Aduce, de otra parte, que la resolución acusatoria no cumplió con los requisitos sustanciales y formales previstos en la ley. En primer lugar porque cuando se dictó "...no estaba demostrada la ocurrencia del hecho, como falsedad en documento público..." y tampoco existía prueba alguna que comprometiera la responsabilidad del procesado. En segundo, porque no hubo "...la suficiente indicación y evaluación de las pruebas allegadas a la investigación". Dejaron de estimarse "todas y cada una de las pruebas", se dejó de asignarles su valor probatorio y si esto no hubiera sucedido "...jamás se hubiera podido decir que ....Héctor Julio Casallas Ordóñez, ante la carencia de experiencia se vio en la necesidad de determinar a un tercero a falsear documentos".

Concepto del Procurador 3° Delegado en lo Penal

En virtud del principio de prioridad la Corte debe estudiar las causales de casación que se le planteen en un orden específico, independientemente del

lugar que ellas ocupen en la demanda. Dicho orden se establece a partir de los efectos que teóricamente genere la prosperidad eventual de la censura, de tal suerte que el motivo que afecte la mayor parte del proceso tendrá que examinarse primero. Así, la nulidad tiene preeminencia frente a los vicios *in iudicando* que se prediquen de la sentencia y a las alegaciones hechas con sustento en la causal 2ª de casación.

No obstante lo precedente, concluye el Procurador en la introducción del concepto, "...cuando la petición de anulación de lo actuado desde etapas anteriores a la sentencia, se hace con el carácter de subsidiario, es claro que su estudio no se impone como cuestión prioritaria, porque su condición de causal que concurre en reemplazo o apoyo de la principal, implica que solamente se puede examinar una vez se hayan desestimado los argumentos que se consideraron como principales en la demanda".

En el caso concreto, entonces, al haberse planteado un cargo con apoyo en la causal 3ª pero de manera subsidiaria, su examen no es prioritario y por lo tanto el concepto aborda los ataques planteados por la demandante en el orden propuesto.

Sobre el primer cargo.

El mismo se fundamentó en un error de hecho por apreciación errónea de la prueba documental, recuerda el Agente del Ministerio Público. En consecuencia, implícitamente la recurrente planteó que el juzgador ignoró o supuso la prueba documental (falso juicio de existencia) o tergiversó su contenido (falso juicio de identidad), sin que en ningún momento se haya ocupado de demostrar ninguna de tales situaciones, lo que de todas formas no hubiera podido hacer ya que el fallo se fundamentó en los documentos aportados a la investigación, sin distorsionar su contenido o alcance.

La inconformidad real de la defensa se concretó en señalar que el Tribunal le otorgó el carácter de documento, sin serlo, a los autoadhesivos impuestos a las declaraciones de renta. Y adicionalmente, aceptando su condición de documentos, los mismos serían públicos y equivocada por lo tanto la adecuación típica realizada por el Tribunal.

Con sustento en lo precedente -agrega el Procurador- el cargo debió haberse planteado por la vía del error de derecho por falso juicio de legalidad. En efecto, al negarse a los autoadhesivos la calidad de documentos, lo que se está afirmando es que el Tribunal se equivocó en la interpretación del artículo 251 del Código de Procedimiento Civil que define este tipo de pruebas.

En una imprecisión adicional en la presentación del cargo incurre la censora al calificar los adhesivos de efectos oficiales. Primero porque no ofrece la razón de la deducción y segundo porque, de aceptarse como válida, la consecuencia no sería la de un errorz, sino una indebida calificación del sumario, ya que la adecuación legal de la conducta sería a alguno de los tipos de falsificación de sellos, efectos oficiales y marcas.

El Procurador Delegado estima las fallas precedentes como suficientes para desestimar el cargo. Aduce, sin embargo, que como la Corte declaró ajustada la demanda no puede ahora rechazarse el ataque con fundamento en un vicio de forma que no fue declarado en la oportunidad procesal respectiva y por tal razón procede a referirse al punto planteado por la casacionista, para concluir que no le asiste razón. Simplemente porque los autoadhesivos a que alude el proceso son impresos que tienen carácter declarativo y éstos se encuentran relacionados como documentos en el artículo 251 del Código de Procedimiento Civil.

"Los autoadhesivos -dice- son medios impresos que tienen carácter declarativo porque manifiestan a través de los números que deben contener la presentación de unos documentos afinentes a las relaciones fiscales de los particulares con la administración, dando cuenta de unas condiciones cumplidas, que surgen de la obligación que a algunos particulares (bancos receptores) ha impuesto la ley".

El Estatuto Tributario autorizó a los bancos para recibir las declaraciones de renta y la atribución se reglamentó a través de varias resoluciones del Ministerio de Hacienda. En la 00154 del 18 de enero de 1988, artículo 30, se estableció la forma de composición del número que los bancos debían registrar en la casilla de presentación de las declaraciones, "...el cual deberá ser colocado en forma manual, mecánica o impreso en un autoadhesivo cuyas especificaciones serán señaladas por la Dirección General de Impuestos Nacionales - Subdirección de Recaudo".

La previsión anterior, sigue el concepto, se mantuvo en las resoluciones 01764/88 y 0770/95; "...disposiciones en todas las cuales se conservaron las exigencias para los autoadhesivos y su calidad de representar unos datos afinentes de las relaciones fiscales de los particulares con la administración.

"Siendo, entonces, impresos de carácter representativo que expresan la identidad del banco receptor de la declaración fiscal; la sucursal o agencia en donde ella se presentó; el cajero o persona quien la recibió y cumplió las verificaciones que al efecto imponen las mismas resoluciones citadas y el Estatuto Tributario; el orden de presentación de la declaración y un número de control que permite establecer las adulteraciones de tal autoadhesivo, debe concluirse que los autoadhesivos constituyen documentos en los términos del artículo 251 del Código de Procedimiento Civil y, por consiguiente, ningún error cometió el sentenciador de segundo grado al reconocerles tal categoría".

Expresa el Ministerio Público, por último, que tampoco se incurrió en equivocación al señalar como privados los documentos. Los mismos no son suministrados por la administración pública, su emisión la realizan los particulares e imponerlos en las declaraciones de renta no es una manifestación de la administración del Estado.

Sobre el segundo cargo.

Dice el Procurador que su improsperidad se advierte desde el principio, pues la demandante cuestiona el valor que el Tribunal le otorgó a algunas

pruebas sin demostrar que haya supuesto una tarifa legal. De otra parte, pretende que se reconozca un error de derecho en la apreciación probatoria sin demostrar en qué consistió, qué preceptos se violaron y cómo influyeron los supuestos yerros en el contenido de la sentencia.

Adicionalmente desconoce la defensora que el falso juicio de convicción no opera en el proceso penal vigente -en el cual rige el sistema de la sana crítica en la apreciación probatoria-sino solamente en relación con la valoración de testigos que han declarado bajo reserva de identidad.

Por lo demás, lo que hace la demandante en el desarrollo del cargo es enfrentar las exculpaciones de su representado con los documentos autoadhesivos para sostener, sin ningún argumento, que el Tribunal privilegió el poder de convicción de los últimos sobre las primeras. No obstante, ni discriminó el contenido de la indagatoria, ni examinó cuáles fueron en realidad las pruebas que sirvieron de fundamento al fallo.

En suma, no demostró ningún yerro ni lesión a un precepto sustancial, quedando la impresión que lo que postula es que la indagatoria del procesado y en particular su negativa a reconocer su relación material con los autoadhesivos tiene el valor de "plena prueba" para usar sus términos, concluye la Procuraduría.

Sobre el tercer cargo (causal 2ª).

Nuevamente la impugnante falla en la propuesta, dejando claro su desconocimiento de las reglas que rigen el recurso de casación. Así, luego de afirmar la incongruencia entre la acusación y la sentencia, proporciona argumentos orientados a demostrar la violación del derecho de defensa, con lo cual traslada el ataque al marco de la causal 3ª de casación.

"La irregularidad que de esta manera predica, entonces, no es la de haber producido sentencia por delito distinto al que fue consignado en la resolución de acusación, sino la de haber dictado el fallo a pesar de que el proceso se adelantó irregularmente, con quebranto de las normas constitucionales y legales que regulan el derecho a la defensa".

Además, sigue el Procurador, la libelista no dijo las razones para acreditar que el procesado no pudo atender debidamente a la acusación, dejándole entonces a la Corte la función de probar los cargos formulados. Enunció simplemente una diferencia de actividad según el tipo penal base de la imputación, sin hacer manifiesto el motivo del tal aseveración.

De otra parte, partió del supuesto de que la resolución de acusación, una vez en firme, es inmutable "...pasando por alto que dentro de un esquema procesal rígido, una afirmación de esta naturaleza es relativa, por cuanto la inmutabilidad de la acusación -caso de que tal fuera la tesis que ha de sostenerse como no lo cree la Delegada-se reconocía exclusivamente en cuanto a la calificación genérica y provisional del delito, no así respecto del tipo específico que debería regir la etapa del juicio.

"En la nueva estructura procesal, en la cual se separan absolutamente los órganos de investigación y juzgamiento y se asigna a la Fiscalía la carga de la prueba del hecho punible y de la responsabilidad del procesado en la etapa del juicio, no es posible sostener que la resolución de acusación deviene inmutable por efectos de la ejecutoria de la providencia que la contiene, máxime si se tiene en cuenta que el proceso penal está fundamentado en la legalidad de la acusación y en el respeto absoluto a la garantía de defensa, por consecuencia de lo cual la pretensión punitiva (que en la resolución de acusación es provisional) ha de concretar en las distintas fases del procedimiento la adecuada calificación de la conducta, para hacer materialmente efectivo el derecho de defensa.

"Quiere decir lo anterior -concluye su reflexión el Procurador-que si la resolución de acusación es provisional, su contenido podrá variar según sean las pruebas que se aporten dentro del trámite procesal, pudiendo proseguirse válidamente el juicio, siempre que no se haya vulnerado el derecho a la defensa. De esta forma, si en la resolución de acusación eventualmente se hace la imputación al sindicado por un delito y ella sufre variación por virtud de un posterior aporte de pruebas, el Fiscal correspondiente podrá, en la audiencia pública, modificar su acusación y el Juez deberá conceder al acusado las oportunidades y medios de defensa para la discusión de dicha variación, luego de lo cual podrá dictar sentencia de conformidad con la legalidad de la acusación".

Independientemente de que se comparta la tesis anterior, piensa el Agente del Ministerio Público -de todas maneras-que en el caso examinado no existe inconsonancia entre acusación y fallo. Los cargos de una y otra decisión se encuentran en el mismo capítulo del Código Penal y la conducta imputada al procesado en los dos casos fue la misma, sólo que al Fiscal le pareció que por ser los autoadhesivos documentos vigilados por la Administración de Impuestos ostentaban la calidad de públicos y al Tribunal le pareció que eran privados, ante la ausencia de funcionario público en el acto de su imposición y debido a su manejo por parte de las entidades bancarias.

La variación del tipo, en consecuencia, no afectó la estructura de la acción imputada en la acusación, luego no se sorprendió al procesado con hechos nuevos o conductas consideradas soportes de un delito diferente.

Otro argumento más que refiera la ausencia de violación al derecho de defensa consiste en que la defensora, en el escrito de sustentación de la apelación contra la sentencia de primera instancia, se refirió en uno de sus planteamientos a la calidad de documentos privados de los adhesivos. Y el mismo fue escuchado y admitido por el Tribunal. No puede argumentar en dichas circunstancias la apoderada que se violó el derecho de defensa, por lo que el cargo debe ser desatendido.

Sobre el cargo cuarto (causal 3ª).

Aunque el Agente del Ministerio Público le concede la razón a la casacionista en cuanto a la circunstancia de que se incluyeron en la resolu-

ción de acusación algunos hechos que correspondían a otro proceso, lo cual le parece censurable, aduce que la parte no demostró cuál fue la incidencia de ello en la deducción de responsabilidad a su representado. En tales condiciones es clara la improsperidad del cargo. Además porque adicionalmente la demandante acusa la sentencia de valorar indebidamente las pruebas, sin especificarlas ni señalar la valoración que debía dárseles. "...creando todo una serie de críticas, sin conseguir definir una concreta irregularidad con categoría de nulidad y la comprobación de su incidencia en la sentencia condenatoria..."

CONSIDERACIONES DE LA SALA

Cuestión previa.

Aunque quien interpone el recurso extraordinario de casación dispone el orden de los cargos que formula y determina cuál o cuáles propone como subsidiarios, ello no significa que necesariamente la Corte deba examinarlos en el mismo orden. Simplemente porque éste puede resultar ilógico como cuando se plantea un error in iudicando *de la sentencia y seguidamente se hace una propuesta de nulidad. En casos así, como reiteradamente se ha sostenido, si es condición del proferimiento del fallo que el proceso se haya adelantado debidamente, lo acertado es estudiar primero la posibilidad de la nulidad procesal y sólo si esta no se presenta, si el trámite procesal ha estado adecuado a la Constitución y a la ley, procede la evaluación de los supuestos errores de juicio del fallo. De prosperar éstos la Sala deberá dictar la sentencia de sustitución respectiva y ésta sólo es viable, se repite, en el marco de un proceso regular y pleno de garantías.*

En el presente caso la defensora planteó los dos primeros cargos con sustento en la causal 1ª de casación, el siguiente con sustento en la segunda y el último como subsidiario con apoyo en la tercera. Para el Procurador Delegado, no obstante el principio de prioridad, cuando una petición de nulidad se plantea desde etapas anteriores a la sentencia pero se formula como subsidiaria, su examen no se impone como prioritario sino que procede una vez se hayan desestimado los argumentos que se consideraron como principales en la demanda.

La Sala no está de acuerdo con tal idea. La sola posibilidad de un proceso viciado de nulidad, así la irregularidad se aduzca al interior de un cargo subsidiario, obliga primero el examen de éste, en atención a que la eventual procedencia de los ataques hechos con sustento en las dos primeras causales de casación le imponen a la Corte proferir sentencia de reemplazo y esto únicamente es viable, como se dijo, en una actuación ceñida a las reglas del debido proceso.

Dicha es la razón para que la Corte comience el examen del libelo por el cargo de nulidad, no obstante que la casacionista haya dispuesto plantearlo de manera subsidiaria. Previamente a hacerlo, sin embargo, es importante referirse a otro punto tocado por el Agente del Ministerio Público, según el cual no es posible el rechazo de un cargo por vicios de forma en el momento

del fallo de casación. Esto significa que a pesar de la existencia de fallas técnicas en la presentación de un ataque, la circunstancia de haberse admitido la demanda, obliga a que se produzca el pronunciamiento de fondo respectivo.

La Corte ha tenido oportunidad de referirse al tema en varias oportunidades y no comparte el punto de vista del Procurador. La competencia de la Sala para decidir las pretensiones del casacionista se origina, en primer lugar, de que cuente con legitimidad e interés para recurrir y, en segundo, de que el libelo satisfaga las exigencias formales previstas por el artículo 225 del Código de Procedimiento Penal y en especial las señaladas en sus numerales 3° y 4°. Así las cosas, el hecho de que equivocadamente sea admitida la demanda en manera alguna sanea sus defectos y la pone apta o en condiciones de ser resuelta de fondo por la Corte. Pensar como lo hace el Procurador, entonces, traduce plantear que al error de ajustar una demanda que debía rechazarse se sume un nuevo error consistente en estudiar los reparos hechos a la sentencia del Tribunal, asumiendo de tal manera la Sala una competencia de la cuál carece[1].

Realizadas las anteriores observaciones se procede al examen de los cargos.

Cargo cuarto. (Subsidiario).

La irregularidad alegada por la defensora como violatoria del debido proceso la hizo consistir en que la resolución acusatoria se basó en hechos y pruebas correspondientes a otro caso, en el cual el implicado era una persona diferente a su representado. Citó, al efecto, un párrafo de la acusación el cual efectivamente hace relación a un documento distinto a las declaraciones de renta objeto del proceso, expedida supuestamente por el señor Arnulfo Garcés Vivas, Subgerente de la Empresa de Energía Eléctrica de Bogotá.

Observada la propuesta en sí misma, a juicio de la Sala ella no contiene fallas en su presentación que la tornen inexaminable, como fue la conclusión del Agente del Ministerio Público. Escuetamente la censora expresó que el pliego de cargos se basó en hechos ajenos al procesado y citó un aparte de dicha decisión que así lo demuestra. Obviamente que una circunstancia así constituye una irregularidad sustancial, cuya trascendencia se deriva lógicamente de su sola postulación. Lo que sucede en el caso examinado es que al asumir el estudio de fondo del reclamo, se concluye sin dificultad que la defensa omitió referirse a la acusación en forma integral, ya que de haberlo hecho habría tenido que admitir que si bien es cierto el Fiscal instructor se refirió a una situación fáctica constitutiva de falsedad que correspondía a otro caso, quedaron claros en el desarrollo de la providencia los hechos objeto de la acusación, los cuales corresponden exactamente a los que discutieron las partes en la audiencia pública y a los que fueron objeto de la sentencia.

[1] Cfr. providencia de la Sala de abril 20 de 1999. M.P. Dr. Carlos Augusto Gálvez Argote.

En tales circunstancias el cuestionamiento que realiza la defensa no reviste la trascendencia suficiente como para declarar la nulidad que solicita. De hecho, ahora que se analiza el ataque luego de un examen global de la pieza procesal respecto de la cual se predica la irregularidad, se entiende la afirmación de la recurrente según la cual la inclusión que el Fiscal hizo -debajo del título "el caso concreto"- de un hecho que nada tenía que ver con aquel por el cual fue procesado Héctor Julio Casallas Ordóñez, se originó en la confusión que se presentó a raíz de haberse investigado en un mismo sumario más de 30 casos de posible falsedad denunciados en un solo acto por el Gerente de Estudios Técnicos del Distrito Especial de Santa Fe de Bogotá y en el cual habrían podido incurrir un número similar de personas que solicitaron su inscripción en el Registro Unico de Proponentes.

La circunstancia precedente condujo a la propia demandante a advertir que era deducible "fácilmente" que el Fiscal al imprimir la acusación "no borró" de la computadora "partes que son de una providencia que corresponde a otro caso". En conclusión, no fue entonces que "la resolución acusatoria" se haya basado en hechos y pruebas diferentes a los del proceso, como con carácter absoluto lo postuló la impugnante en el cargo, sino que en las consideraciones de la providencia se incluyó un párrafo de otra decisión (fl. 176), que aunque ciertamente hacía referencia a la falsedad de una certificación no imputada al procesado, era inferible sin dificultad que se trató de una equivocación del funcionario acusador de ninguna manera constitutiva de una irregularidad y menos de una sustancial con la potencialidad de afectar el debido proceso. Nótese, por último, que en el capítulo inicial de los Hechos se consignaron exactamente aquéllos por los cuales se produjo finalmente la resolución acusatoria por el delito de falsedad en documento público, agravada por el uso.

Primer cargo.

La defensora no precisó el tipo de error de hecho que a su parecer condujo a la violación indirecta de la ley sustancial planteada. Lo hizo consistir, sin embargo, en que se le haya dado el carácter de documentos, sin serlo, a los autoadhesivos o sellos de presentación de las declaraciones de renta. Para el Procurador esa proposición debió haberse planteado por la vía del error de derecho por falso juicio de legalidad, en tanto lo que se le cuestiona al juzgador es haber incurrido en un yerro de interpretación de las normas jurídicas que regulan la prueba documental.

La Sala cree equivocada la vía escogida por la recurrente e igual la señalada por el Agente del Ministerio Público. Los sellos de presentación como parte integrante de las declaraciones de renta de 1988 y 1989 que el procesado le aportó al Distrito Especial de Santa Fe de Bogotá para ser inscrito en el Registro Unico de Proponentes, no fueron supuestos, no se dejaron de considerar, no fueron tergiversados en su contenido material y no se aportaron al proceso ilegalmente. Frente a ellos, entonces, el juzgador no incurrió en ningún posible error de hecho o de derecho. La supuesta violación de la ley, en

otras palabras, no se habría producido a través de algún defecto en la apreciación de los medios de prueba, sino que habría sido directa. En realidad la casacionista admitió los hechos que encontró establecidos el Tribunal, vale decir la condición de falsos de los sellos de presentación de las declaraciones de renta, radicando su desacuerdo en los alcances jurídicos derivados de ese hecho. A su parecer el autoadhesivo es sólo un número de orden o control que carece de las exigencias que de acuerdo con la doctrina se requieren para que alcance la categoría de documento (ser un escrito, tener aptitud probatoria y estar suscrito por autor conocido o conocible).

El reclamo, en suma, ha debido intentarse por la vía de la violación directa de la ley sustancial (art. 251 del C. de P.C.), no obstante lo cual la Sala cree conveniente aprovechar la oportunidad para efectuar algunas precisiones, advirtiendo previamente que la defensa incurrió en un defecto adicional en el planteamiento del cargo al discutir primero la calidad documental de los sellos de presentación y a renglón seguido afirmar que no podía ser condenado su representado por falsedad en documento privado en consideración al carácter público de esos números de control oficial.

Lo que primero debe precisar la Corte es que a pesar de que la Fiscalía en la resolución acusatoria hizo radicar la falsedad tanto en el contenido de las declaraciones de renta como en los sellos de presentación ante los bancos, la sentencia condenatoria se limitó a éstos últimos, luego de señalar que las afirmaciones inexactas hechas en esos documentos constituyen únicamente una contravención fiscal, de acuerdo con la jurisprudencia de la Sala y en particular con la providencia de mayo 29 de 1988 en la cual actuó como Ponente el doctor Lisandro Martínez Zúñiga.

"Precisa entonces concretar -dijo el Tribunal-que la falsedad radica únicamente en esa pequeña acta que cada una de las declaraciones contiene y que sirvieron para demostrar la legal presentación de esos documentos, hasta el punto que fue con base en esas notas de presentación, supuestamente hechas ante el Banco, como se le expidió al sindicado la resolución por medio de la cual se admitía en el listado de proponentes, con lo que se relieva de manera palpable el poder probatorio que tales documentos espurios tuvieron en su momento ante los funcionarios del RUP. El engaño determinado por este poder probatorio de los documentos, fue de tanta trascendencia que después hubo de corregirse el yerro dictando la correspondiente resolución de exclusión".

El hecho sobre el cual se pronunció la Corte en la sentencia atrás mencionada consistió en que una persona hizo una afirmación falsa en la declaración de renta que le presentó al fisco nacional. La siguiente fue la reflexión, que como se dijo fue recordada por la segunda instancia:

"Así las cosas aparece que el recurrente tiene razón en cuanto a la crítica que esgrime contra el estimar como ilícito el solo hecho de consignar en la declaración de renta afirmaciones carentes de veracidad, sin agregar en su apoyo prueba alguna.

"Nuestra legislación tributaria no erige en delictuosa la simple afirmación inexacta que se consigne en la declaración de renta.

"No es pues, delito en Colombia la simple evasión tributaria. La inexactitud en tal declaración, constituye una contravención fiscal que da lugar a imponer sanciones pecuniarias por trámites administrativos pero que de por sí no constituye delito de falsedad.

"Así lo ha sostenido esta Corporación reiteradamente; baste citar la providencia de 2 de octubre de 1984, que rememora el recurrente.

"Por ello el cargo formulado en el auto de proceder del Juzgado ... en el sentido de estimar falsedad en documento el reporte falso en la declaración de renta, merced a las críticas que hace el recurrente y el artículo 221 del C.P. no era aplicable en tales condiciones".

La Sala reitera la anterior tesis. Las inexactitudes que contenga una declaración de renta que es presentada a la Administración de Impuestos para la crítica tributaria pertinente no constituyen delito de falsedad. Pero si para demostrarlas se falsifican pruebas, por ejemplo documentales, naturalmente que en relación con éstas podrá existir un atentado contra la fe pública que no es marginal al ámbito penal. Ahora bien, el comentado antecedente jurisprudencial no era exactamente aplicable en el caso examinado. En éste las declaraciones de renta materia del proceso nunca fueron presentadas ante las entidades autorizadas para su recepción, sino que se aparentó el acto falsificando los autoadhesivos o sellos de presentación que imponen los bancos. En tales condiciones carecía de importancia saber si las informaciones declaradas en los documentos coincidían o no con la realidad, pues ellos en sí mismos, al hacerse intervenir mentirosamente a las entidades bancarias receptoras para revestirlos de autenticidad y de toda su capacidad probatoria, fueron por ese solo hecho producto de una falsificación integral.

Así las cosas, debe concluirse que carece la impugnante de razón en su reproche. Lo que hace falsos los documentos es que se haya puesto a participar espuriamente a las entidades encargadas de su recepción y en tales condiciones es insostenible afirmar que los sellos o autoadhesivos carecen de contenido documental, cuando precisamente ellos integran el documento dándole apariencia de auténtico. Fue precisamente esa virtud la que en el caso examinado hizo producir a las declaraciones de renta efectos probatorios en el tráfico jurídico, como se deduce de que hayan sido presentadas al Registro de Proponentes con fines acreditadores de sus contenidos materiales.

La intervención de las entidades bancarias receptoras de las declaraciones de renta es para el Tribunal de carácter privado y de allí que haya decidido condenar por el delito de falsedad en documento privado. Aunque sin mayores argumentos, dicho acto es para la demandante de naturaleza pública y el Procurador está de acuerdo con la conclusión del Tribunal. Su consideración es que así los autoadhesivos o sellos de presentación estén regulados legalmente, son de naturaleza privada en consideración a que no los emite la

administración pública sino los bancos (de acuerdo con las normas tributarias correspondientes), que ni son autoridades públicas ni cumplen una función oficial.

La Sala debe puntualizar que la libelista afirmó la condición de público del acto de presentación de las declaraciones de renta. De ser cierta esa idea, planteada sin ningún tipo de desarrollo dentro del cargo examinado, las consecuencias agravarían la situación de su representado y en esa medida carecía de interés para proponerla. La Corte, sin embargo, considera pertinente un breve examen del tema. El artículo 126 del decreto 2503 de 1987 dispuso:

"El Gobierno Nacional podrá recaudar total o parcialmente los impuestos, anticipos, retenciones, sanciones e intereses administrados por la Dirección General de Impuestos Nacionales, así como efectuar la recepción de las declaraciones tributarias, a través de bancos y demás entidades financieras". El artículo 127 del mismo decreto, aparte de autorizar al Ministerio de Hacienda y Crédito Público para señalar cuáles serían esos bancos o entidades, relacionó una serie de obligaciones que deberían cumplir y que enseguida se transcriben:

"a) Recibir en todas sus oficinas, agencias o sucursales, con excepción de las que señale la Dirección General de Impuestos Nacionales, las declaraciones tributarias y pagos de los contribuyentes, responsables, agentes retenedores o declarantes que lo soliciten, sean o no clientes de la entidad autorizada.

"b) Guardar y conservar los documentos e informaciones relacionados con las declaraciones y pagos de tal manera que se garantice la reserva de los mismos.

"c) Consignar los valores recaudados en los plazos y lugares que señale el Ministerio de Hacienda y Crédito Público.

"d) Entregar en los plazos y lugares que señale el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, las declaraciones y recibos de pago que hayan recibido.

"e) Diligenciar la planilla de control de recepción y recaudo de las declaraciones y recibos de pago.

"f) Transcribir y entregar en medios magnéticos, en los plazos y lugares que señale el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, la información contenida en las declaraciones y recibos de pago recibidos, identificando aquellos documentos que presenten errores aritméticos, previa validación de los mismos.

"g) Garantizar que la identificación que figure en las declaraciones y recibos de pago recibidos, coincidan con la del documento de identificación del contribuyente, responsable, agente retenedor o declarante.

"h) Numerar consecutivamente los documentos de declaración y pago recibidos así como las planillas de control, de conformidad con las series

establecidas por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, informando los números anulados o repetidos, e

"i) Las demás que señale el Ministerio de Hacienda y Crédito Público".

Dicho Ministerio, facultado por el decreto 2503 de 1987, expidió la resolución 00154 de 1988, mediante la cual reguló "la recepción de las declaraciones tributarias y el pago de los impuestos, retenciones, anticipos, sanciones e intereses que administra la Dirección General de Impuestos Nacionales a través de la red bancaria".

En dicha resolución fueron autorizadas las entidades bancarias legalmente establecidas en el país para "recibir los formularios de las declaraciones del impuesto sobre la renta y complementarios..." y en general se fijaron en detalle las reglas que debían seguir como receptoras de los documentos tributarios. Igualmente el mecanismo de entrega de los mismos a las administraciones de impuestos nacionales y la obligación de la Subdirección de Recaudo de la Dirección General de Impuestos de brindar capacitación y asesoría a los bancos que decidieran hacer uso de la autorización y efectuaran solicitud en ese sentido (art. 12). Se dispuso igualmente la manera en que las entidades debían acogerse a la autorización prevista por la resolución y la fecha límite para hacerlo. El artículo 24 dispuso:

"La autorización conferida tendrá vigencia indefinida. No obstante, el banco podrá en cualquier momento dejar de hacer uso de la autorización, dando aviso al Ministerio de Hacienda y Crédito Público con un mes de antelación".

De lo dicho aparece claro que fue decisión de la Rama Ejecutiva del poder público entregar a las entidades bancarias la facultad de recepcionar las declaraciones tributarias, a condición de que éstas aceptaran expresamente lo dispuesto en el reglamento expedido para el efecto por el Ministerio de Hacienda, sujetándose naturalmente a la eventualidad de las sanciones previstas en el artículo 128 y siguientes del decreto 2503 de 1987, por el incumplimiento de las obligaciones derivadas de la autorización para recibir los documentos y recaudar los impuestos.

Aparte de ser banco reconocido, entonces, la facultad para recepcionar declaraciones de renta tiene su origen en la voluntad de la entidad de cumplir esa función en los términos definidos previamente por la administración pública. Que la entidad bancaria sea un particular, en consecuencia, no es lo que define la naturaleza jurídica de los documentos que emite en desarrollo de la facultad conferida, ni del carácter de dicha facultad.

De conformidad con el artículo 63 del Código Penal los particulares que ejercen funciones públicas en forma permanente o transitoria, son considerados servidores públicos. El rasgo identificador de la categoría de los documentos que expiden en desarrollo de una atribución que les confiere el Estado está ligado a que la misma constituya o no una función pública. Si lo es, como sucede en el caso examinado, los documentos que emiten tienen la calidad de públicos.

La función de recepcionar las declaraciones tributarias y recaudar los impuestos correspondientes es del Estado a través de la oficina respectiva del Ministerio de Hacienda y Crédito Público. En consecuencia, al desplazarse esas facultades hacia las entidades bancarias, lo que se hace es entregarles el ejercicio de una función pública, en cuyo desarrollo deben sujetarse a las reglas impuestas por la administración y a las sanciones derivadas de su incumplimiento, actuando para dichos efectos, en conclusión, como verdaderos servidores públicos.

Así las cosas, la intervención reglada de los bancos receptores de las declaraciones de renta y patrimonio constituye el ejercicio de una función pública, por lo que los sellos de presentación o autoadhesivos que estampan en el cuerpo de las mismas documentan dicha intervención y su falsificación configura el delito de falsedad documental pública y no privada como concluyó equivocadamente el Tribunal.

El error advertido, sin embargo, no es susceptible de corrección en sede de casación. Primero, por el carácter limitado del recurso, y además porque hacerlo significaría agravar la situación del procesado que es recurrente único y con ello resultaría conculcada la garantía constitucional de la prohibición de la reformatio in pejus. Adicionalmente el mismo no constituye ningún tipo de irregularidad en atención a que el hecho objeto del fallo correspondió con el de la acusación y la adecuación legal que de él hizo el Tribunal fue dentro de los mismos título y capítulo del Código Penal a que se refirió el pliego de cargos, resultando ella beneficiosa para el procesado.

La improsperidad del cargo examinado es, por lo dicho, manifiesta.

Segundo cargo:

Tiene razón el Agente del Ministerio Público en decir que fue incorrecta su formulación y que por dicha razón debe ser desatendido. La violación indirecta de la ley sustancial propuesta por la casacionista la planteó en esta oportunidad por error de derecho en su modalidad de falso juicio de convicción. Este yerro, como repetidamente lo ha señalado la Sala, supone la prevaloración legal de los medios de prueba o tarifa legal y se incurre en él cuando el juzgador le asigna a la prueba un valor distinto al determinado por el legislador. Y como bien lo recuerda el Procurador Delegado, dado que en el procedimiento penal vigente rige en materia de apreciación probatoria el sistema de la persuación racional o sana crítica, el falso juicio de convicción perdió importancia siendo únicamente posible frente al segundo inciso del artículo 247 del Código de Procedimiento Penal y a las eventualidades que puedan derivarse de aplicar el artículo 41 de la misma obra.

Pero además de que no era procedente en el presente caso plantear el mencionado tipo de error, la defensa no logró en el desarrollo del cargo la demostración de ninguna equivocación del Tribunal. Dijo que no se le podía otorgar el carácter "de plena prueba para condenar" a los sellos de presentación de las declaraciones de renta en consideración a que no se lograron desvirtuar las exculpaciones del procesado y ésto lo único que sugiere es su

inconformidad con la valoración probatoria efectuada por el fallador dentro del marco de la sana crítica, asunto que como se sabe es marginal al recurso extraordinario de casación.

Las alusiones de la demandante son generalidades y a partir de ellas, sin concretar ningún error del Tribunal y mucho ménos enfrentar los términos lógicos de la sentencia, lo único que hace es enfatizar la no responsabilidad de su representado con fundamento en la afirmación que hizo en su indagatoria, relativa a que desconocía la calidad de falsos de los autoadhesivos de las declaraciones. Y como en la sentencia fue inferida su autoría en el delito, del interés que tenía en los documentos para obtener su inscripción en el Registro Unico de Proponentes, los juzgadores según la censora "se basaron en una presunción" que no ofrece certeza. Es otra afirmación más, descalificadora de la conclusión de la sentencia pero sin nada de desarrollo, que nuevamente traduce un problema de valoración probatoria, sólo atacable en casación por desbordamiento de los principios de la sana crítica.

Así las cosas, el cargo se desestimará.

Tercer cargo (causal 2ª).

Igual que los anteriores, tampoco está llamado a prosperar. En esencia la defensa adujo que al haberse producido la acusación por falsedad en documento público y el fallo por falsedad en documento privado, se le violó al inculpado la garantía del debido proceso. Hizo su defensa técnica por el delito del pliego de cargos, resultando sorprendido con la condena por un delito diferente, frente al cual hubieran podido decirse otros argumentos defensivos en consideración a la diferencia de estructura típica entre los ilícitos.

Aunque el Tribunal -como se verá- no incurrió en la irregularidad aducida, el reclamo de la defensa es completamente infundado si se tiene en cuenta que en su intervención en la audiencia pública y en el memorial de sustentación del recurso de apelación en contra de la sentencia de primera instancia, afirmó la naturaleza privada de los documentos del proceso. Esta simple razón hace absurdo el planteamiento de la supuesta violación y es suficiente para desestimar el cargo.

Importa significar, sin embargo, como ya se dijo en otro aparte de esta providencia, que aunque la sentencia se dictó por un delito distinto del de la acusación, no resultó afectada la congruencia que debe existir entre tales decisiones.

La imputación fáctica en una y otra determinación fue exactamente la misma. Estuvo referida a la falsificación de los sellos de presentación de las declaraciones de renta correspondientes a los años gravables de 1988 y 1989 y a las cuales se refiere el proceso, lo mismo que al hecho de haber sido adjuntadas a la petición que el procesado Casallas Ordóñez le hizo al Distrito para ser inscrito en el Registro Unico de Proponentes.

El cambio de adecuación legal, entonces, dejó inalterable la conducta y se produjo sólo porque el Tribunal, a diferencia de la Fiscalía, le otorgó el carácter

de privados a los documentos. Y si se tiene en cuenta que la calificación jurídica que de los hechos se hace en el pliego de cargos es provisional, con mención del capítulo y el título del Código Penal donde se encuentra prevista (art. 442-3 del C. de P.P.), eso le permite al juzgador variar la imputación en el fallo, a condición de que lo haga dentro del mismo capítulo del Código Penal y de que no resulte agravada la situación del procesado.

Como dichos parámetros no fueron desconocidos en el presente caso, el principio de congruencia no resultó comprometido.

No se casará, pues, la sentencia objeto de la apelación.

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 el fallo recurrido, mediante el cual el Tribunal Superior de Santa Fe de Bogotá determinó condenar al procesado Héctor Julio Casallas Ordóñez a la pena de 12 meses de prisión, en calidad de autor responsable del delito de falsedad en documento privado.

Cúmplase.

Jorge Aníbal Gómez Gallego, Fernando Arboleda Ripoll, Ricardo Calvete Rangel, Jorge E. Córdoba Poveda, Carlos Augusto Gálvez Argote, Edgar Lombana Trujillo, Mario Manrique Noguéz, Carlos E. Mejía Escobar, Nilson Pinilla Pinilla.

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

ACCION DE REVISION

Como lo ha sostenido la Sala en múltiples decisiones, la remoción de la cosa juzgada sólo es posible cuando frente a la demostración de alguna de las causales taxativamente señaladas en la ley, se evidencia que se cometió una injusticia.

Por tal circunstancia, la demanda habrá de confeccionarse con la más rigurosa técnica, encontrándose entre sus requisitos, los fundamentos de hecho y de derecho en que se apoya la solicitud, para que la Sala, al momento de estudiarla, se forme un juicio anticipado respecto de la seriedad y viabilidad de la acción instaurada, pues de lo contrario, el rechazo será la decisión a adoptar.

Corte Suprema de Justicia. - Sala de Casación Penal. - Santa Fe de Bogotá, D. C., seis (6) de julio de mil novecientos noventa y nueve (1999).

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

Aprobado Acta No. 98 Proceso No. 15920

La Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia procede a decidir sobre la idoneidad de la demanda de revisión presentada por el defensor del sentenciado Rafael Antonio Camargo De León, condenado por los delitos de homicidio y porte ilegal de armas de fuego de defensa personal.

La Demanda

El citado profesional promueve la acción para que se ordene la revisión del proceso penal en el cual el Juzgado Primero Penal del Circuito de Fundación y el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Marta, mediante sentencias del 27 de mayo y el 9 de septiembre de 1994, respectivamente, condenaron al acusado Rafael Antonio Camargo León a la pena principal de 26 años de prisión y a las accesorias de rigor, como autor de los delitos en precedencia citados.

La causal con la cual se pretende obtener la revisión del proceso es la tercera de las contempladas en el artículo 232 del Código de Procedimiento Penal, fundándola en los siguientes argumentos:

Inicia su disertación con un acápite que denomina "la punibilidad y el *reformatio in pejus*", en el que sostiene que el Tribunal le incrementó al procesado, al desatar el recurso de apelación, la pena a 26 años, cuando el juzgado le había impuesto 20 años, por cuanto que el punible de homicidio descrito en el artículo 323 contempla una sanción mínima de 25 años "y le adicionó según el sabio entender un agravante de carácter general llamado la nimiedad de la motivación".

Manifiesta que el sentenciador de segundo grado reconoció que así el procesado hubiese sido el único apelante, debía ajustar la pena a los cánones legales, pues la impuesta era "ilegal".

Asegura que el "recurso de revisión" tiene como finalidad proteger la buena fe, el derecho de contradicción y la cosa juzgada, "cuando han sido violados y por estar la sentencia ejecutoriada".

Posteriormente procede a exponer, desde su personal óptica, el principio de la prohibición de reformar en perjuicio y transcribe un artículo que enuncia como 589.

De lo expuesto concluye que el Tribunal transgredió el artículo 17 del Código de Procedimiento Penal.

A renglón seguido cita el artículo 227 del mismo estatuto, y en otro acápite que titula "Fundamentos de derecho", agrega que la acción la funda en lo preceptuado en los artículos 17, 227, 232, 233, 234 al 242 y el 329 del Código Penal.

Como medios de prueba, dice que se tenga el dictamen médico legal rendido el 9 de febrero de 1993, en el cual se le da una incapacidad a la víctima de 10 días, lo que lo lleva a concluir que "la herida no registraba gravedad por eso se comenta que su muerte se produjo por descuido".

Así mismo acota que los nombres de Tomás Rafael Mendoza Álvarez, Jorge Eliécer Pérez Charris "y Jhonny Camargo De León que junto a la declaración de Rafael Camargo De León, aportarán la nueva prueba para el debido proceso".

Anexa al libelo las sentencias de primera y segunda instancia y el memorial poder.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

Como lo ha sostenido la Sala en múltiples decisiones, la remoción de la cosa juzgada sólo es posible cuando frente a la demostración de alguna de las causales taxativamente señaladas en la ley, se evidencia que se cometió una injusticia.

Por tal circunstancia, la demanda habrá de confeccionarse con la más rigurosa técnica, encontrándose entre sus requisitos, los fundamentos de hecho y de derecho en que se apoya la solicitud, para que la Sala, al momento de estudiarla, se forme un juicio anticipado respecto de la seriedad y viabilidad de la acción instaurada, pues de lo contrario, el rechazo será la decisión a adoptar.

En el presente caso, se observa que el demandante no sólo desconoce los soportes filosóficos y doctrinales en que se ampara este instituto, sino que ignora que el proceso ya terminó con sentencia ejecutoriada que ha hecho tránsito a cosa juzgada y que, por lo mismo, no se trata de una instancia más en la que se puedan repetir o ampliar los debates jurídicos o fácticos cumplidos en el diligenciamiento, o reexaminar los elementos de juicio que sirvieron de fundamento a una decisión que tiene el carácter de definitiva e inmutable.

Por tal motivo, toda esa argumentación centrada en denunciar una posible violación al postulado de la no *reformatio in pejus*, resulta desatinada, pues dicha irregularidad, en el caso de existir, sólo habría podido ser enmendada a través de los recursos ordinarios y del extraordinario de casación.

De otro lado, el accionante, como era su deber, no aportó los medios de convicción en que apoya su petición, sino que, simplemente, se limitó a referirse al dictamen que obra en el proceso y a insinuar que las cuatro personas que enunció, "aportarán la nueva prueba para el debido proceso".

En definitiva, como quiera que el libelista se apartó flagrantemente de la causal aducida y no aportó los medios de prueba para demostrar los hechos básicos de la petición, la demanda se inadmitirá.

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

RESUELVE

1. Reconocer al doctor Rusbell Martínez Villa como apoderado del condenado Rafael Antonio Camargo De León.

2. Inadmitir la demanda de revisión contra el fallo proferido el 9 de septiembre de 1994, por el Tribunal Superior de Santa Marta.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Jorge Aníbal Gómez Gallego, Fernando Arboleda Ripoll, Ricardo Calvete Rangel, Jorge E. Córdoba Poveda, Carlos Augusto Gálvez Argote, Edgar Lombana Trujillo, Mario Madrilla Nougués, Carlos E. Mejía Escobar, Nilson E. Pinilla Pinilla.

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

IMPEDIMENTO-Haber dado opinión sobre el caso

Los aspectos a los cuales se refirió el fallo de tutela, no comprometen la imparcialidad de los funcionarios disidentes pues en él se analizaron aspectos referidos a las garantías fundamentales de Ecopetrol en su condición de demandada dentro del trámite adelantado ante el Juzgado Promiscuo de Chiriguaná, tales como el debido proceso, el derecho a la igualdad y a la defensa. Para ello analizaron el desarrollo de la actividad procesal en aras de establecer el cumplimiento de las garantías legales y constitucionales de la parte que solicitó la tutela, como la indebida notificación de la sentencia con la que culminó el proceso ordinario de mayor cuantía y del trámite del proceso de ejecución que le siguió a aquél; la indebida representación de las partes, el derecho de estas a solicitar pruebas y presentar nulidades: el derecho a la doble instancia, al principio de vigencia y aplicabilidad prevalente e inmediata de la Constitución; la incompetencia del juez por el factor territorial y falta de jurisdicción. El derecho a la igualdad en cuanto al acceso a la administración de justicia en las mismas condiciones de la parte demandante y el derecho a la defensa, aspectos que analizados desde la perspectiva del debido proceso, no constituyeron a juicio de esa colegiatura irregularidades de carácter sustancial y de allí, la declaratoria de improcedencia de la acción de tutela.

En este sentido es dable afirmar que no existe la vinculación sustancial en cuanto a la opinión emitida en dicha actuación y lo que es objeto de la sentencia pues en aquella se buscaba la protección de los derechos fundamentales.

Corte Suprema de Justicia. - Sala de Casación Penal. - Santa Fe de Bogotá D.C., seis (6) de julio de mil novecientos noventa y nueve (1999).

Magistrado Ponente: Dr. *Carlos E. Mejía Escobar*

Aprobado Acta No. 98 Proceso No. 15984

Resuelve la Corte el impedimento manifestado por los doctores Adalberto Márquez Fuentes y Luis Eduardo Rodríguez Rodríguez, Magistrados de la Sala Penal del Tribunal Superior de Valledupar para separarse del conocimiento del proceso seguido contra la ex juez Ana Mejía Araújo, sindicada de los delitos de prevaricato por acción y por omisión.

ANTECEDENTES

La mencionada investigación penal, tuvo como fundamento la denuncia formulada por la Empresa Colombiana de Petróleos, Ecopetrol, en contra de la doctora Ana Mejía Araújo quien se desempeñaba como Juez Promiscuo del Circuito de Chiriguaná.

Luego de que la respectiva sala de decisión del Tribunal Superior de Valledupar celebrara la correspondiente audiencia pública y llegado el momento de proferir el fallo de primera instancia, se registró el proyecto de sentencia el cual, al ser puesto a consideración de los demás integrantes, los doctores Adalberto Márquez Fuentes y Luis Eduardo Rodríguez Rodríguez manifestaron su impedimento con fundamento en que habían decidido una acción de tutela incoada por Ecopetrol en contra de la aquí procesada doctora Mejía Araújo, en ese entonces titular del Juzgado Promiscuo Penal del Circuito de Chiriguaná, en aras de que se le tutelaran los derechos fundamentales al debido proceso y a la defensa.

Consideran los señores Magistrados que como la Sala que ellos integraban decidió no amparar aquellos derechos, su opinión se encuentra comprometida con los conceptos que se plasmaron en la referida acción de tutela.

Los señores Magistrados a quienes correspondió desatar el impedimento, luego de analizar los puntos tratados por aquella Sala, estimaron que lo que se analizó en la tutela no se refiere al fondo de la sentencia que se estudia en contra de la Doctora Ana Mejía Araújo y, que de ser cierta la existencia de esas opiniones, éstas fueron dadas en su calidad de jueces y lo que se exprese en esas condiciones no impide a quien así opine, conocer del proceso en el que se tenga como sujeto activo de un hecho punible al funcionario de quien se dijo que no había desconocido los derechos fundamentales.

Por lo anterior, concluyeron que los Magistrados en realidad no se encontraban incursos en la causal de impedimento consagrada en el numeral 4° del artículo 103 del C. de P.P. invocada por no haber emitido opinión de fondo acerca de la sentencia dictada en contra de la ex juez procesada.

CONSIDERACIONES

La opinión que se haya dado en el asunto que es objeto del proceso, como causal de impedimento, debe ser aquella que se emita extraprocesalmente, es decir en asunto diferente o en circunstancias diversas al ejercicio de la función judicial. Además, debe tener la posibilidad de vincular sustancialmente al funcionario con el asunto que va a ser materia de su decisión.

Por ello, como atinadamente lo señaló el Tribunal, en este caso no ha tenido ocurrencia ninguno de tales eventos, según se pasa a ver:

Observa la Sala, del contenido de las presentes diligencias, que los Doctores Marques Fuentes y Rodríguez Rodríguez resolvieron una acción de tutela

incoada por el apoderado judicial de la Empresa Colombiana de Petróleos Ecopetrol contra el Juzgado Promiscuo del Circuito de Chiriguaná, por desconocimiento al debido proceso y al derecho de defensa.

Lo anterior obedeció a que en el citado despacho judicial se tramitó un proceso ordinario de mayor cuantía que culminó con la sentencia de fecha 15 de febrero de 1994, en la que declaró civilmente responsable a la empresa Ecopetrol por la muerte del señor Hugo Alberto Pérez Vanegas y a consecuencia de ello la condenó a pagar a los herederos los perjuicios correspondientes.

Las personas favorecidas con esta decisión otorgaron poder para que se presentara demanda ejecutiva singular contra la citada empresa. Dentro del respectivo trámite, cuando ya se había librado mandamiento ejecutivo y se había dictado sentencia en la que se ordenaba seguir adelante con la ejecución, la parte demandada, en vista de que le habían negado los incidentes promovidos y que se continuó con la actuación, decidió instaurar acción de tutela contra la titular del Juzgado Promiscuo en cuestión. Dicha solicitud de amparo fue denegada por la Sala de decisión que a la postre conformaban los Doctores Marques Fuentes y Rodríguez Rodríguez.

Como se puede advertir, la opinión a la que se refirieron los citados funcionarios se originó con ocasión del desempeño de sus funciones judiciales y en tal sentido no puede tener la connotación de impedimento, pues como en reciente oportunidad lo dijo la Sala: "...no toda opinión sobre el objeto del proceso conlleva esa solución, sino sólo aquella que se produce extraprocesalmente, entendiendo entonces que la emitida dentro del marco propio de las funciones judiciales no puede tener tal virtud toda vez que si la ley ha deferido a un funcionario la facultad para que en conocimiento de los asuntos a su cargo y en una misma instancia adopte decisiones en las que expone obviamente sus conceptos u opiniones, mal podría operar ello a la vez como circunstancia que le impidiera asumir en otro proceso su labor". (auto del 17 de marzo de 1999. M.P.. Dr Carlos Augusto Gálvez Argote).

Deviene de lo anterior, que los Magistrados aducen su impedimento sobre la base de haber cumplido con un deber funcional como fue el haber desatado la tutela solicitada contra la ex juez Promiscuo del Circuito, y respecto de la cual se adelantó el proceso penal cuya sentencia de primera instancia se abstuvieron de revisar.

De otra parte, *los aspectos a los cuales se refirió el fallo de tutela, no comprometen la imparcialidad de los funcionarios disidentes pues en él se analizaron aspectos referidos a las garantías fundamentales de Ecopetrol en su condición de demandada dentro del trámite adelantado ante el Juzgado Promiscuo de Chiriguaná, tales como el debido proceso, el derecho a la igualdad y a la defensa. Para ello analizaron el desarrollo de la actividad procesal en aras de establecer el cumplimiento de las garantías legales y constitucionales de la parte que solicitó la tutela, como la indebida notificación de la sentencia con la que culminó el proceso ordinario de mayor cuantía y del trámite del proceso de ejecución que le siguió a aquél; la indebida representación de las partes, el derecho de estas a*

solicitar pruebas y presentar nulidades; el derecho a la doble instancia, al principio de vigencia y aplicabilidad prevalente e inmediata de la Constitución; la incompetencia del juez por el factor territorial y falta de jurisdicción. El derecho a la igualdad en cuanto al acceso a la administración de justicia en las mismas condiciones de la parte demandante y el derecho a la defensa, aspectos que analizados desde la perspectiva del debido proceso, no constituyeron a juicio de esa colegiatura irregularidades de carácter sustancial y de allí, la declaratoria de improcedencia de la acción de tutela.

En este sentido es dable afirmar que no existe la vinculación sustancial en cuanto a la opinión emitida en dicha actuación y lo que es objeto de la sentencia pues en aquella se buscaba la protección de los derechos fundamentales. En el proceso penal, y así se desprende del contenido de la resolución acusatoria, dos fueron los hechos por los cuales la fiscalía elevó pliego de cargos: Uno, por haber surtido el trámite de excepciones desconociendo las disposiciones procesales que gobiernan ese tipo de ritos y por lo cual pretermitió la etapa probatoria y, el otro, por haber proferido sentencia, desconociendo la existencia de la formulación de excepciones, dando lugar a un método de notificación que le impidió a la parte ejecutada la impugnación, conductas que el ente acusador estimó ajustadas a los artículos 150 y 140 del Código Penal, respectivamente.

Es cierto que entre uno y otro proceso pueden haber elementos comunes, pero en definitiva se trata de asuntos de distinta naturaleza y por ende, el juicio de valor que se emita en uno es completamente independiente y autónomo.

De allí que sea pertinente recordar, una vez más, que "no toda opinión, así ésta tenga algunos nexos con cuestiones que posteriormente atraen el examen judicial, puede implicar una anticipada visión del asunto o una apreciación que resta libertad de análisis. Es necesario que entre uno y otro análisis existan nexos substanciales y no de simple afinidad" (Auto de mayo 5 de 1985, M.P., Dr. Gustavo Gómez Velásquez).

En todo caso, se reitera, la circunstancia por la cual los magistrados disidentes emitieron opinión, no tiene el carácter de extraprocesal que es el elemento característico de esta causal por ellos aducida, pues con ella se busca proteger las decisiones judiciales de cualquier prevención ocurrida por fuera de la actividad judicial. Por lo tanto, se declarará infundado el impedimento.

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

RESUELVE:

DECLARAR INFUNDADO el impedimento manifestado por los doctores Adalberto Marques Fuentes y Luis Eduardo Rodríguez Rodríguez, Magistrados del Tribunal Superior de Valledupar, para conocer del proceso seguido

contra la Doctora Ana Mejía Araújo, ex Juez Promiscuo del Circuito de Chiriguaná.

Devuélvase de inmediato la actuación 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, Mario Mantilla Nougués, Carlos E. Mejía Escobar, Nilson Pinilla Pinilla.

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

COLISION DE COMPETENCIA/RECEPTACION

Cuando dos o más jueces se niegan a conocer de un determinado asunto por estimar que no es de su competencia, de acuerdo al factor territorial, es necesario determinar el lugar donde se infringió la ley penal o si tal aspecto fuere desconocido, lo indicado es acudir a la norma que regula la competencia a prevención.

El delito de receptación, se reitera, no está sujeto al lugar donde en últimas se halle el objeto material del ilícito, en este caso del hurto inicialmente denunciado, sino el sitio donde se adquieren, reciben u ocultan los objetos provenientes de dicha conducta delictiva.

Corte Suprema de Justicia. - Sala de Casación Penal. - Santa Fe de Bogotá, D.C., seis (6) de julio de mil novecientos noventa y nueve (1999).

Magistrado Ponente: Dr. *Carlos E. Mejía Escobar*

Aprobado Acta No. 98 Proceso No. 15923

Resuelve la Corte la colisión negativa de competencias, suscitada entre el Juzgado Noveno Penal del Circuito de Santa Fe de Bogotá y el Juzgado Penal del Circuito de Villeta (Cundinamarca), para conocer del presente asunto.

ANTECEDENTES

Los hechos que originaron las presente actuación, tuvieron ocurrencia el municipio de Facatativá (Cundinamarca) el dia veinticuatro de febrero de mil novecientos noventa y cinco, fecha en que desconocidos le hurtaron al señor Luis Alfonso Pérez González el vehículo de su propiedad marca toyota, color rojo de placas JFF 136.

El día seis de marzo de ese año, personal de la Unidad Investigativa de la Policía Judicial de Villeta encontró en el taller de mecánica y latonería "La Roca", de propiedad de Carlos Antonio Aldana Barrera, varias piezas correspondientes al vehículo objeto del ilícito que habían sido llevadas al mencionado taller por Marco Aurelio Roncancio Suárez.

Por los anteriores hechos la Fiscalía Once Seccional de Facatativá le impuso medida de aseguramiento de detención preventiva como presunto

responsable de los delitos de Hurto Agravado y Falsedad en Documento Privado, mediante providencia de marzo siete de mil novecientos noventa y cinco.

Ese mismo despacho, en providencia del diecisiete de julio siguiente, de acuerdo con las pruebas posteriormente allegadas al plenario, estimó que el procesado Roncancio Suárez se encontraba incurso en el delito de receptación y que como éste se consumó con la compra de las autopartes del vehículo hurtado, en Bogotá, la competencia para conocer del asunto radicaba en la Unidad de Delitos contra la Administración de Justicia de ésta ciudad a donde dispuso enviar los cuadernos respectivos, y compulsar las copias pertinentes para que dicho Fiscal continuara la investigación por el delito de hurto en averiguación de responsables. Además, que como la alteración de los números de chasis encontrados en el taller "La Roca" de Villeta ocurrió en dicho lugar, estimó necesario romper la unidad procesal con respecto al posible delito contra la fe pública, decidió compulsar copias con destino a la Unidad Seccional de Fiscalías de esa localidad para que allí se continuara con dicha investigación. Y finalmente, propuso de una vez conflicto de competencia negativa a los funcionarios a quienes correspondiera conocer de los citados punibles, en caso de que no compartieran los argumentos expuestos.

El diecinueve de octubre de mil novecientos noventa y cinco, la Fiscalía Ciento Veinticuatro de la Unidad Cuarta Especializada en hurto de automotores de Bogotá rechazó los planteamientos de la Fiscalía Once Seccional de Facatativá por considerar que al tenor del artículo 88 del Código de Procedimiento Penal la receptación debe ser investigada conjuntamente con el delito de hurto del que viene conociendo ese despacho.

En consecuencia, dispuso enviar las diligencias a la Dirección Nacional de Fiscalías la cual asignó el asunto al Fiscal Once Delegado de Facatativá, el veinticuatro de noviembre de ese año, por considerar que el conflicto de competencias entre fiscales de una misma categoría en razón al factor territorial no podía existir, porque cualquiera estaba debidamente facultado para adelantar la instrucción.

Por su parte, la Unidad de Fiscalía de Villeta (Cundinamarca) al momento de calificar el mérito del sumario precluyó la investigación en favor de Marco Aurelio Roncancio Suárez y otro, por el delito de falsedad en documento privado.

Así mismo, la Unidad de Fiscalías de Facatativá calificó el mérito del sumario el veintitrés de febrero de mil novecientos noventa y ocho con resolución acusatoria en contra de Marco Aurelio Roncancio Suárez, como autor del delito de receptación. Modificó la adecuación típica en el sentido de que no se acusaba al citado por el delito de hurto agravado, como se dijo al momento de resolver su situación jurídica, sino por el de receptación. Precluyó la investigación respecto de los demás vinculados a la investigación por dicho delito, y compulsó copias para que ante esa Unidad se continuara la investigación preliminar por el delito de hurto del vehículo de placas JFF - 136. La anterior decisión fue confirmada en su integridad, por la Unidad de Fiscalía Delegada

ante los Tribunales de Bogotá y Cundinamarca, en providencia del dos de diciembre de mil novecientos noventa y ocho.

Avocado el conocimiento del asunto por el Juzgado Noveno Penal del Circuito de Santa Fe de Bogotá, procedió ese despacho judicial a pronunciarse sobre la competencia para conocer del asunto, pues consideró que esta radicaba en el Juez Penal del Circuito de Villeta (C) al que propuso colisión de competencia negativa, por considerar que allí se había consumado el delito de receptación, tal como quedó ampliamente analizado en las providencias calificatorias de primera y segunda instancia.

Por su parte, el Juez Penal del Circuito de esa localidad, no aceptó la competencia atribuida por su homólogo de Bogotá, por considerar que fue acá donde el procesado Marco Aurelio Roncancio Suárez "adquirió" las autopartes que provenían del vehículo hurtado en Facatativá, de acuerdo con las declaraciones de Carlos Antonio Aldana Barrera, Marco Antonio Montero Ramírez, Fructuoso Navarro Barrera, Luis Enrique Ariza y el propio acusado Roncancio Suárez.

Agregó que el delito de receptación es formal, no de resultado, y esa forma de encubrimiento conocida como 'real' se consumó en Bogotá, lo que es suficiente para determinar la competencia por el factor territorial, sin que su agotamiento incida en él.

CONSIDERACIONES

Cuando dos o más jueces se niegan a conocer de un determinado asunto por estimar que no es de su competencia, de acuerdo al factor territorial, es necesario determinar el lugar donde se infringió la ley penal o si tal aspecto fuere desconocido, lo indicado es acudir a la norma que regula la competencia a prevención.

Respecto del delito de receptación contenido en el artículo 177 del Código Penal para la época de los hechos que nos ocupan, es necesario precisar el lugar donde se cumplió la acción constitutiva del hecho que se concreta en el acto de ocultar o ayudar a ocultar o asegurar el objeto material o el producto del mismo o adquirirlo o enajenarlo. Es precisamente el lugar de materialización de alguno de dichos comportamientos, el aspecto en el que radica la disparidad de criterios de los funcionarios trabados en conflicto.

No obstante, del contexto de los diferentes medios probatorios que se han aportado a esta actuación, así como del contenido de las providencias de primer y segundo grado por medio de las cuales se calificó del mérito del sumario, se desprende que las autopartes del vehículo objeto del hurto, fueron llevadas a la localidad de Villeta por el procesado Marco Aurelio Roncancio Suárez, desde Bogotá, lo que indica a las claras que fue en esta ciudad donde las adquirió. Y es que aún cuando en ninguna de las providencias de fondo que hasta el momento se han proferido en razón de este proceso se haga expresa alusión al sitio del cual fueron sacadas las piezas del citado automotor, no existe referencia distinta a la ciudad capital, como tampoco la incertidumbre

necesaria que obligue a acudir a las reglas que orientan la competencia a prevención.

Es así como en primera instancia el fiscal respectivo, al momento de evaluar los descargos que había presentado el acusado Roncancio Suárez y que comprometían su responsabilidad frente al delito de receptación señaló, entre otros aspectos, que lo que le restaba credibilidad era "el hecho de haber elegido un taller de Villeta para el intercambio, montaje y demás piezas y partes de los dos vehículos, cuando lo lógico, y en gracia de discusión si adquirió las autopartes y el vehículo de su propiedad estuvo en Bogotá, era el que se utilizara un taller de esa capital y no elegir uno de Villeta, donde le significaba un gasto mayor".(fl 384 C.O 1)

Similares fueron las consideraciones efectuadas por la Fiscalía Delegada ante los Tribunales, cuando se refería a la responsabilidad del procesado frente al acontecer delictivo, pues ante la evidencia de que Roncancio Suárez fue quien adquirió el objeto material del hurto, analizó cada una de las excusas que el mismo había presentado para demostrar su ajenidad al delito sin que ninguna contara con el debido respaldo probatorio; una de ellas el hecho de haberse ido a buscar un taller en Villeta para refaccionar su carro "cuando lo que correspondía era hacerlo en Bogotá, para facilitar y abaratar tal arreglo ...". (fl 8 Cdno 2ª I.)

Frente a lo reseñado, no resulta acertada la postura asumida por el Juez Noveno Penal del Circuito de esta ciudad al afirmar que como los punibles que afectaban el patrimonio económico ocurrieron en el Municipio de Facatativá y se concretaron en Villeta, no era el competente para conocer del asunto.

El delito de receptación, se reitera, no está sujeto al lugar donde en últimas se halle el objeto material del ilícito, en este caso del hurto inicialmente denunciado, sino el sitio donde se adquieren, reciben u ocultan los objetos provenientes de dicha conducta delictiva.

De allí que la Sala encuentre acertadas las consideraciones puestas del presente por su homólogo de Villeta y por tales circunstancias será el Juez Noveno Penal del Circuito de esta Capital quien asuma el conocimiento de esta causa.

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

RESUELVE:

DECLARAR competente para conocer de esta causa al Juzgado Noveno Penal del Circuito de la ciudad de Santa Fe de Bogotá. En consecuencia, remítasele de inmediato el proceso e infórmese de esta decisión al Juez de la misma especialidad de la localidad de Villeta.

Cópiese y cúmplase.

Jorge Aníbal Gómez Gallego, Fernando Arboleda Ripoll, Ricardo Calvete Rangel, Jorge E. Córdoba Poveda, Carlos Augusto Gálvez Argote, Edgar Lombana Trujillo, Mario Montilla Nougués, Carlos E. Mejía Escobar, Nilson Pinilla Pinilla.

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

SINDICADO-Facultades/APELACION

Es necesario recordar que la ley colombiana otorga al sindicado la calidad de sujeto procesal y que lo faculta en general para que por sí mismo ejerza actos trascendentes, ya que el art. 137 del C.P.P. es categórico en señalar que tiene los mismos derechos (facultades) de su defensor, excepto la sustentación del recurso de casación. Agrega la norma que únicamente ante el evento de que existan peticiones contradictorias entre el sindicado y su defensor, prevalecerán estas últimas. En consecuencia, cuando las peticiones de uno no necesariamente implican la exclusión de las del otro, es posible su coexistencia.

Lo anterior es importante en este caso porque como ambos sujetos tienen poder de postulación separadamente, pues ambos tienen la facultad de interponer de manera independiente los recursos que estimen pertinentes, e igual autonomía ha de predicarse frente a la carga de sustentarlos y al derecho de desistir de ellos, es evidente que debe decidirse de manera autónoma respecto del desistimiento o renuncia a la apelación interpuesta por el defensor, sin que ello afecte el recurso de alzada interpuesto de manera coetánea y separada por el procesado. Y que de la misma manera los efectos de la aceptación o negación del pedido de aplazamiento de la audiencia, hecha por el imputado frente a su propio recurso, no vienen supeditados por las resultas de aquel desistimiento, ni se vinculan con él.

Corte Suprema de Justicia. - Sala de Casación Penal. - Santa Fe de Bogotá, D.C., siete (7) de julio de mil novecientos noventa y nueve (1999).

Magistrado Ponente: Dr. *Carlos E. Mejía Escobar*

Aprobado Acta No. 99 Proceso No. 15956

Procede la Sala a resolver lo que corresponde respecto de los recursos de apelación interpuestos por el condenado Dr. Juan Manuel Rodríguez González y su defensor contra la sentencia mediante la cual el Tribunal Superior de Antioquia desató la instancia dentro de la causa que por Peculado por Uso Indebido se tramitó en contra de aquél por hechos ocurridos cuando se desempeñaba como Fiscal Seccional en el municipio de Chigorodó.

Al momento de interponer los recursos ambos sujetos procesales manifestaron su intención de sustentarlos de manera oral ante esta Sala de Casación. Para ello se señaló fecha y hora pero llegadas éstas no se hicieron presentes.

Previamente a dichas fecha y hora, el Dr Henry Sánchez Abaunza, defensor del condenado, hizo llegar a la Secretaría de la Sala memorial en el que expresa que renuncia al recurso interpuesto, toda vez que por imposibilitársele la comunicación con su defendido concluye su falta de interés en dicha diligencia no obstante haber acordado ambos los términos en que comparecerían ambos a cumplir con la sustentación. El procesado Juan Manuel Rodríguez hizo llegar escrito en el que solicita el aplazamiento de la diligencia "toda vez que es mi intención tener mi representante judicial radicado en Bogotá para lo cual viajaré en forma inmediata".

Frente a tales peticiones es pertinente resolver.

Consideraciones de la Sala

Dos aspectos suscitan la atención de la Sala frente a la situación procesal: Por un lado el relativo al ejercicio de los derechos y cargas por cada uno de los sujetos procesales, y por otro el atinente a la petición de aplazamiento de la diligencia de sustentación oral.

En cuanto al primer punto *es necesario recordar que la ley colombiana otorga al sindicado la calidad de sujeto procesal y que lo faculta en general para que por sí mismo ejerza actos trascendentes, ya que el art 137 del C.P.P. es categórico en señalar que tiene los mismos derechos (facultades) de su defensor, excepto la sustentación del recurso de casación. Agrega la norma que únicamente ante el evento de que existan peticiones contradictorias entre el sindicado y su defensor, prevalecerán estas últimas. En consecuencia, cuando las peticiones de uno no necesariamente implican la exclusión de las del otro, es posible su coexistencia.*

Lo anterior es importante en este caso porque como ambos sujetos tienen poder de postulación separadamente, pues ambos tienen la facultad de interponer de manera independiente los recursos que estimen pertinentes, e igual autonomía ha de predicarse frente a la carga de sustentarlos y al derecho de desistir de ellos, es evidente que debe decidirse de manera autónoma respecto del desistimiento o renuncia a la apelación interpuesta por el defensor, sin que ello afecte el recurso de alzada interpuesto de manera coetánea y separada por el procesado. Y que de la misma manera los efectos de la aceptación o negación del pedido de aplazamiento de la audiencia, hecha por el imputado frente a su propio recurso, no vienen supeditados por las resultas de aquel desistimiento, ni se vinculan con él.

De esa manera, para la Sala es procedente aceptar el desistimiento que de la apelación ha hecho el defensor del Dr. Rodríguez González ya que así lo autoriza el art. 212 del C.P.P.: "Podrá desistirse de los recursos antes de que el funcionario judicial lo decida".

En cuanto a la petición de aplazamiento de la audiencia de sustentación, ésta no procede sino por causa grave y justificada, como en general lo dispone la ley respecto de toda petición que envuelva una prórroga de términos (Art. 172 C.P.P.). Para ello, ha invocado el recurrente su intención de tener representante judicial radicado en Bogotá y anuncia que viajará en forma inmediata.

No se advierte en esa motivación fundamento o causa grave y sería que le excuse del cumplimiento oportuno de la carga procesal, ni que imponga el aplazamiento de la diligencia. El procesado está, por disposición de la ley, obligado a sustentar el recurso por él interpuesto, y la ley no lo ata indefectiblemente, a depender para ello de la asesoría o coadyuvancia de representante judicial, y menos aún le obligaba a pretender la sustentación oral, pues bien podía hacerlo por escrito como lo ha señalado jurisprudencialmente de manera reiterada esta Corporación.

Si cada uno de los recursos se desenvuelve frente a cada sujeto interviniente de manera autónoma, la sustentación de la apelación propuesta por el defensor no depende, ni se vincula, con la del recurso interpuesto por el condenado. En esa medida, el anuncio de un propósito de actuar de determinada manera, no tiene capacidad para enervar el orden del procedimiento o supeditarlo a la arbitraria voluntad de los sujetos que actúan en el proceso. No siendo tal razón, un motivo suficiente para que por su justificación y gravedad, es decir, por su irresistibilidad, pueda incidir en la preclusividad de los términos procesales, será denegada la petición por parte de la Sala.

Siendo ello así, y habiéndose dejado vencer el término de sustentación del recurso, por parte del apelante, la alzada se declarará desierta con todas las implicaciones a que ello conduce, tanto en lo que tiene que ver con la ejecutoria de la decisión recurrida (sentencia de condena) como con las consecuencias correccionales previstas en la ley (arts. 196 B y 215 del C.P.P.), con mayor razón tratándose de un profesional del derecho que conoce el texto de la normatividad y puede calcular los efectos de su inobservancia. Se impondrá al Dr Rodríguez González, entonces, una multa por valor de 10 salarios mínimos mensuales legales, en favor del Consejo Superior de la Judicatura por su inasistencia injustificada a la audiencia de sustentación oral del recurso.

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

RESUELVE:

Primero. Aceptar el desistimiento del recurso de apelación efectuado por el defensor del procesado Dr. Juan Manuel Rodríguez González.

Segundo. Denegar la petición de aplazamiento de la audiencia de sustentación oral del recurso, elevada por el procesado, de acuerdo a lo anteriormente indicado.

Tercero. Declarar desierto el recurso interpuesto por el Dr. Rodriguez González .

Cuarto. Imponer al Dr. Juan Manuel Rodríguez González, multa de diez salarios mínimos en favor del Consejo Superior de la Judicatura, por las razones señaladas en la parte motiva.

Notifíquese.

Jorge Aníbal Gómez Gallego, Fernando Arboleda Ripoll, Jorge E. Córdoba Poveda, Carlos Augusto Gálvez Argote, Edgar Lombana Trujillo, Mario Mantilla Nougués, Carlos E. Mejía Escobar, Nilson Pinilla Pinilla.

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

LIBERTAD PROVISIONAL/TERMINO-
Vencimiento

Para que proceda la libertad provisional es preciso que se cumplan los presupuestos de la causal invocada, en este caso que haya transcurrido el término de seis meses de privación efectiva de la libertad, contados desde la ejecutoria de la resolución de acusación, y además, que no se hubiere iniciado el debate público o a pesar de haberse fijado fecha para ello, no se haya podido realizar por motivos no atribuibles a quien aspira al reconocimiento de ese derecho o de su representante judicial.

La causal de excarcelación invocada por el procesado no se circunscribe a un simple conteo matemático de los términos, sino que está condicionada a la ausencia de actividades que insinúen maniobras dilatorias encaminadas a la realización de la audiencia pública.

Corte Suprema de Justicia. - Sala de Casación Penal. - Santa Fe de Bogotá, D.C., ocho (8) de Julio de mil novecientos noventa y nueve (1999).

Magistrada Ponente: Dra. *Gutiomar Jiménez Muñoz*

Aprobado Acta No. 100 Proceso No. 16042

Se pronuncia la Corte respecto al recurso de apelación legalmente interpuesto y concedido, contra la providencia de fecha mayo 13 de 1999, mediante la cual la Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior de Riohacha (Guajira), negó a Rodrigo Daza Bermúdez, ex Fiscal 15 Seccional de San Juan del Cesar, la libertad provisional con base en el numeral quinto del artículo 415 del C.P.P.

ACTUACIÓN PROCESAL

Al sindicado Daza Bermúdez se le abrió investigación penal con providencia del 10 de marzo de 1998 por la Fiscalía Delegada ante los Tribunales de Santa Fe de Bogotá y Cundinamarca. Oído en indagatoria, el 19 de mayo de 1998 se le profirió medida de aseguramiento (detención preventiva sin excarcelación). Agotado el trámite del sumario se calificó con resolución de acusación por los delitos de prevaricato por acción, omisión y cohecho propio.

La Fiscalía Delegada ante la Corte Suprema de Justicia, con resolución del 30 de octubre de 1998, desató el recurso de apelación interpuesto contra el pliego de cargos, confirmándola.

Con auto del 8 de febrero de 1999 el Tribunal de Riohacha asumió el conocimiento de las diligencias y ordenó regresar el expediente a la secretaría para que se diera el trámite del artículo 446 del C.P.P., procediéndose a correr traslado por 30 días a los sujetos procesales a partir del 9 de febrero de 1999.

El 15 de abril de 1999 se fijó el día 29 siguiente para llevar a cabo la audiencia pública. Esta decisión fue recurrida en reposición por el procesado mediante escrito presentado el 27 del mes y año en mención, sosteniéndose que por estar pendiente de decidirse la apelación contra la determinación que negó la nulidad y algunas pruebas, ello impedía la realización de la diligencia. Se anticipa el impugnante a advertir que como el auto quedaría en firme entre el 4 y 5 de mayo del 1999, el acto procesal en mención no podría llevarse a cabo en la fecha señalada, motivo éste que obligó al Tribunal a ordenar el aplazamiento. El 14 de mayo de 1999 se resolvió recurso, denegándose, por lo que se señaló el 2 de junio del año que avanza para llevar a cabo el debate oral, reiterándose la orden de practicar allí las pruebas señaladas en providencia del 15 de abril anterior. Esta determinación fue impugnada por el defensor, basando su inconformidad otra vez en la fijación de fecha para la audiencia y exponiéndose como argumentos de la rebeldía los mismos que el procesado esgrimió contra el auto del 15 de abril de 1999, sobre los cuales estaba haciendo pronunciamiento el Tribunal. Posteriormente el apoderado presenta escrito pidiendo aplazamiento por coincidir aquella con declaración que debía rendir en la Fiscalía según certificación que en tal sentido presenta, lo que es autorizado con auto del 31 de mayo.

Ante el Tribunal Contencioso Administrativo de La Guajira, Rodrigo Daza Bermúdez interpuso acción de tutela contra la providencia que negó la libertad al procesado con base en el numeral 5 del art. 415 del C.P.P. Aquella Corporación con sentencia del 15 de junio del presente año, autorizó la tutela como mecanismo transitorio, mientras se resolvía el recurso de apelación interpuesto, imponiendo al accionado la orden de liberar provisionalmente al accionante, pues consideró que interponer recursos previstos en la ley contra las providencias no podía entenderse como una dilación, pues que ellos "constituyen la más clara expresión del derecho de defensa". La única causa por la que se agotó el término que le da derecho a la excarcelación al procesado no fueron los recursos, a ello se debe sumar el tiempo que tardó la Fiscalía en remitir el proceso al Tribunal y la demora en correrse el traslado a que se refiere el artículo 446 del C.P.P. Con estos fundamentos se hallaron desconocidos los derechos al debido proceso, en cuanto al derecho de defensa, y la libertad individual.

Consideraciones de la Sala

1. El acriminado con fundamento en el numeral 5 del artículo 415 del C.P.P. solicitó la libertad provisional. En apoyo de su petición recordó que

mediante resolución del 30 de octubre de 1998 la Fiscalía Delegada ante la Corte había confirmado la acusación proferida en primera instancia, fecha desde la cual habían transcurrido más de seis meses sin que se hubiere dado inicio a la audiencia pública. El escrito tiene nota de presentación ante la Notaría de San Juan del Cesar de fecha 26 de abril de 1999 y fue entregado en el Tribunal de Riohacha el 29 de abril del mismo año.

2. En proveído del 13 de mayo 1998, la Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior de Riohacha negó la libertad provisional demandada. Precisa el *a quo* que en el *sub judice* no es procedente la excarcelación en razón a que habiéndose fijado el día 29 de abril del presente año como fecha para celebrar la audiencia pública se interpuso recurso de reposición contra tal decisión para impedir su realización, a sabiendas por el peticionario que el artículo 455 del C.P.P. señala que la apelación en esos casos no suspende el trámite del proceso, sólo que el inferior no puede terminar la audiencia hasta tanto no se resuelva el recurso. En consecuencia, la causa que impidió el inicio de la audiencia es atribuible al sindicado, pues de no haberse procedido de esa manera el debate había logrado su realización. Atendiendo estas razones se denegó la petición de libertad provisional.

3. El sindicado sustentó la apelación contra la decisión que negó la libertad, señalando que es un error considerar que los recursos interpuestos constituyen maniobras dilatorias para obtener la excarcelación, pues realmente la situación se debe atribuir más a la Fiscalía 22 Delegada ante el Tribunal de Santa Fe de Bogotá y Cundinamarca que se demoró más de tres meses en remitir el expediente al juez de la causa luego de quedar en firme la resolución de acusación. Reitera que estaba pendiente por resolverse un recurso de apelación por el superior, lo cual impedía iniciar la audiencia pública. La impugnación ejercida en este caso corresponde claramente al ejercicio del derecho de defensa.

4. *Para que proceda la libertad provisional es preciso que se cumplan los presupuestos de la causal invocada, en este caso que haya transcurrido el término de seis meses de privación efectiva de la libertad, contados desde la ejecutoria de la resolución de acusación, y además, que no se hubiere iniciado el debate público o a pesar de haberse fijado fecha para ello, no se haya podido realizar por motivos no atribuibles a quien aspira al reconocimiento de ese derecho o de su representante judicial.*

5. *La casual de excarcelación invocada por el procesado no se circunscribe a un simple conteo matemático de los términos, sino que está condicionada a la ausencia de actividades que insinúen maniobras dilatorias encaminadas a la realización de la audiencia pública.*

6. Los seis meses a que se refiere el numeral quinto del artículo 415 del C.P.P. se cumplieron el 30 de abril de 1999. No obstante, se debe tener en cuenta que el 15 del mismo mes y año se había fijado el 29 de abril de 1999 para dar inicio a la audiencia pública, propósito que no pudo lograrse porque se interpuso recurso contra dicho auto a fin de que no se efectuara el acto

procesal, con el argumento que al estar apelada la providencia que denegó la nulidad y la práctica de algunas pruebas en la causa, ello impedía la realización de aquella.

El ánimo dilatorio se infiere también de la comparación de las fechas en que se presentó la impugnación y la petición de libertad. Esta última se elaboró antes de aquella y se presentó sin haberse vencido los seis meses a que se refiere la norma jurídica en la que se apoyó la petición de libertad.

7. Nada más alejado de la realidad jurídica el argumento utilizado en este caso para impedir que el Tribunal diera comienzo a la audiencia, porque de manera expresa el artículo 455 del C.P.P. establece que " no se podrá terminar la audiencia pública antes de que el superior resuelva" la apelación, debiéndose suspender la diligencia para tales efectos.

8. Si tenemos en cuenta que lo que se cuestionó contra la providencia que fijó fecha para el debate oral es un aspecto jurídico sobre el cual no existe novedad, ambigüedad, oscuridad, dificultad en la interpretación, ni alternativas razonables de solución, hay que concluir que el recurso interpuesto y la interpretación dada a la ley procesal penal con desconocimiento del art. 455 *ibidem*, fue una maniobra dilatoria para impedir el inicio del debate. Se utilizó una hermenéutica acomodaticia, pues se acudió a principios ajenos a la misma, con desconocimiento de los de orden sistemático, histórico o teleológico.

9. Los derechos, menos en el campo de las normas procesales, no pueden ejercerse con mera liberalidad de quienes eventualmente por ley pueden tener la potestad de ejercerlos. Si un recurso se ejerce a sabiendas de que la voluntad de la norma es muy distinta, nunca ello puede ser concreción legítima del derecho de defensa, es un proceder sesgado y torcicero para impedir que el texto jurídico se cumpla, ante lo cual el juez debe salir al paso para mantener incólume el propósito del legislador.

10. El deber de lealtad impuesto por la ley a los sujetos intervinientes en los procesos judiciales, implica necesariamente la obligación de actuar con absoluta seriedad y responsabilidad en los planteamientos que se le hagan al órgano jurisdicente, pues so pretexto de ejercer el derecho de controvertir las decisiones no es permitido tergiversar su contenido, ni hacer afirmaciones vagas o utilizar fórmulas sin soporte jurídico, para enredar los trámites procesales.

11. La Sala en pasada oportunidad, en situación similar a la que ahora ocupa su atención, se abstuvo de autorizar la excarcelación, considerando como un acto dilatorio, el hecho de que la defensa "en lugar de atender la convocatoria del despacho interpuso a ese auto el recurso de reposición que difirió la fecha señalada" para la audiencia (Auto del 1° de julio de 1993. Mag. Pon. Juan Manuel Torres Fresneda).

12. El recurso de reposición que interpuso el defensor contra el auto del 14 de mayo de 1999, mediante el cual se fijó nueva fecha para la audiencia y se resolvió la reposición contra la providencia que antes tomó idéntica deter-

minación, utilizándose iguales argumentos, es una ratificación y reiteración de la conducta tendiente a que el debate público no se realice aún, a pesar de no existir impedimento legal para ello.

13. La conducta referida en los numerales anteriores, al haberse ejecutado por profesionales del derecho, quienes no pueden mostrarse ajenos a la ilustración sobre el tema en el que fundamentaron las reposiciones, pues a su estudio han dedicado su vida y una simple mirada a las normas bastaba para determinar lo descabellado de la pretensión, amerita ser investigada por el Consejo Seccional de la Judicatura, para lo cual se expedirán las copias pertinentes.

14. Dados los anteriores presupuestos, la Corte confirmará la providencia impugnada, no sin antes advertir que se mira con extrañeza la injerencia indebida en los procesos que funcionarios judiciales han venido asumiendo, parapetados en la acción de tutela, cuando es suficientemente claro que contra providencias judiciales no procede aquella.

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

RESUELVE:

1. Confirmar la providencia impugnada de fecha 13 de mayo del corriente año, mediante la cual el Tribunal Superior de Riohacha negó a la libertad provisional solicitada.

2. Vuelvan las diligencias al Tribunal de origen, donde se expedirán las copias ordenadas y cúmplase.

Jorge Aníbal Gómez Gallego, Fernando E. Arboleda Ripoll, Gustavo Jiménez Muñoz, Jorge Enrique Córdoba Poveda, Carlos Augusto Gálvez Argote, Edgar Lombana Trujillo, Mario Mantilla Nougués, Carlos E. Mejía Escobar, Nilson Pinilla Pinilla.

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

PRUEBA EN EL JUICIO-Naturaleza del auto, impugnación

De conformidad con lo indicado en precedencia, se reitera que el auto por medio del cual se dispuso el allegamiento de las pruebas, únicamente podía ser impugnado ante la autoridad que lo profirió, de donde surge la irregularidad del trámite y de la decisión adoptada por el ad quem, *que no estaba facultado para pronunciarse ni, por ende, para revocar el auto de sustanciación dictado dentro de la audiencia pública por el Juzgado 40 Penal del Circuito de Bogotá.*

Corte Suprema de Justicia. - Sala de Casación Penal. - Santa Fe de Bogotá, D. C., ocho (8) de julio de mil novecientos noventa y nueve (1999).

Magistrado Ponente: *Nilson E. Pinilla Pinilla*

Aprobado Acta No. 100 Proceso No. 11530

Se procede a resolver el recurso de casación interpuesto en defensa de los procesados Luis Nelson Ramos Rodríguez y Edilbar Egidio Ramírez González contra la sentencia del Tribunal Superior de Santa Fe de Bogotá que confirmó la condena impuesta por el Juzgado 40 Penal del Circuito, a aquél por tentativa de homicidio y al último por homicidio consumado y porte ilegal de arma de fuego de defensa personal.

Hechos

La noche del 25 de enero de 1994, Luis Nelson Ramos Rodríguez y Edilbar Egidio Ramírez González, llegaron en un campero Toyota, a una tienda ubicada en la calle 74 sur N° 14-83 este de Santa Fe de Bogotá y procedieron a beber licor. Fueron informados que había sido hurtado el radio del automotor, por lo cual salieron en compañía de Héctor Hernando Aguilar y Antonio Barrera Cárdenas, quienes habían arribado posteriormente. Cuando éstos les colaboraban en la búsqueda del aparato, con un revólver que portaba sin permiso de autoridad competente Edilbar Ramírez le disparó a Héctor Aguilar Aguilar y le ocasionó la muerte, mientras con otra arma de fuego cuyo porte sí le estaba autorizado, Nelson Ramos accionó contra Antonio Barrera y le produjo lesiones en el cráneo y otras partes del cuerpo.

ANTECEDENTES PROCESALES

La Fiscalía 320 Seccional de Bogotá abrió investigación y la Fiscalía 87 Seccional oyó en indagatoria a Luis Nelson Ramos Rodríguez y Edilbar Egidio Ramírez González, disponiendo su detención preventiva el 2 de febrero de 1994 (f. 86 y Ss. cd. 1). Cerrada la investigación, el 25 de mayo de 1994 les fue dictada resolución de acusación, al primero por tentativa de homicidio y al segundo por homicidio consumado y porte ilegal de arma de fuego de defensa personal (fs. 263 y Ss., ib.), providencia apelada y confirmada el 13 de julio de 1994 (f. 20 y Ss. cd. 2).

Correspondió al Juzgado 40 Penal del Circuito de Bogotá adelantar el juicio y, después de celebrada la audiencia pública, el 23 de junio de 1995 condenó a Luis Nelson Ramos Rodríguez y Edilbar Egidio Ramírez González, por los delitos imputados a cada uno en la acusación, a 12 años y 6 meses, y 25 años y 6 meses de prisión, respectivamente, 10 años de interdicción de derechos y funciones públicas y a indemnizar los correspondientes perjuicios causados (fs. 102 y Ss. cd. 3).

Apelada la sentencia por los defensores, el Tribunal Superior de Santa Fe de Bogotá confirmó el fallo, modificándolo sólo en cuanto a la entrega provisional del campero Toyota.

LAS DEMANDAS DE CASACIÓN

Contra la sentencia de segunda instancia recurrieron extraordinariamente los defensores de ambos condenados, así:

1° Demanda en favor del sindicado Edilbar Egidio Ramírez González. Al amparo de la causal primera de casación es formulada la censura al fallo impugnado, por falso juicio de legalidad en la apreciación de algunas pruebas, que llevó a la violación de los artículos 5, 21, 35 y 323 del Código Penal, como normas fin, y los artículos 7, 246, 251 y 254 del Código de Procedimiento Penal, preceptos medio.

El recurrente dice que los falladores dieron valor a las pruebas decretadas en la audiencia pública, a pesar de que el *ad quem* revocó la providencia que las ordenó. De ahí que las declaraciones de Héctor Octavio Olaya Rodríguez, Rafael Bautista y Lucía Villate Zorro y la investigación disciplinaria contra unos empleados del Hospital La Victoria, son inexistentes al quedar sin valor el "auto de pruebas".

Cita algunos apartes de la sentencia de segunda instancia que hacen referencia al error endilgado y critica algunos razonamientos efectuados sobre el dictamen de balística y las conclusiones relativas al no hallazgo de uno de los proyectiles que lesionó a Antonio Barrera. Posteriormente considera:

"La incidencia manifiesta en el fallo, es evidente, si se aprecia la prueba de recuperación del proyectil, en conjunto con el dictamen de balística, en que se expresa que ninguna de las dos armas incautadas disparó el proyectil

extraído de la humanidad de Antonio Barrera, esta prueba legal e impecablemente recolectada demostraría sin lugar a dudas que ninguno de los acusados atentó contra la vida de Antonio Barrera.

Si bien es cierto la anterior prueba no desvirtúa, algunos indicios en contra de los procesados (de oportunidad, de haber disparado armas), también es cierto que es contundente en demostrar con certeza, que ninguno de los dos disparó contra la humanidad de Antonio Barrera, concordante con lo manifestado por la testigo María Veloza, quien declaró haber visto a más de dos personas disparando, desvirtuando así, la responsabilidad por descarte pregonada, que funda su teoría en que si uno disparaba a Barrera, el otro procesado entonces disparaba al hoy occiso."

Por lo anterior, solicita casar el fallo impugnado y declarar que no hay prueba suficiente para predicar la responsabilidad de su representado.

2° Demanda en favor del sindicado Luis Nelson Ramos Rodríguez. Al amparo de la causal primera de casación es formulada la censura a la sentencia de segunda instancia, así:

Violación indirecta de los artículos 5, 21, 33, 35 y 323 del Código Penal y de los artículos 7, 246, 247, 248 y 254 del Código de Procedimiento Penal, originada en un falso juicio de legalidad, al ser valoradas unas pruebas extemporáneamente decretadas por el *a quo*.

En esencia, la argumentación y el planteamiento de la censura es casi igual al cargo formulado por el otro demandante. En lo medular dice:

"Nada más alejado de la realidad procesal, que las anteriores inferencias lógicas mal formadas por parte del H. TRIBUNAL, las manifestaciones del personal del centro asistencial de La Victoria, que obran en el informativo administrativo, son esgrimidas y valoradas como hechos probados sin serlos, y al oponerlos frente a la prueba técnica balística debidamente allegada le resta valor probatorio, como quiera que logra determinar la inocencia de mi defendido, llegando al baladí argumento de que ofrece dudas la autenticidad del proyectil extraído del paciente Barrera Cárdenas, recogiendo los basamentos del fiscal acusador.

En conclusión tenemos que al emitir la sentencia, se le dio valor probatorio a las personales manifestaciones realizadas por el personal del Hospital de La Victoria de este distrito capital y que aparecen en el expediente disciplinario ...

...

... quiero resaltar cómo se llegó a un falso convencimiento al momento de emitirse la sentencia atacada, por haber dado crédito a unas pruebas ilegales y arrimadas en forma irregular al proceso dada la calidad de impertinentes y además darle mérito del que carece por completo, asignándole un grado de credibilidad de que se halla enteramente desprovisto y peor aún restarle mérito probatorio a la prueba técnica científica por ser determinante de la inocencia de Luis Nelson Ramos Rodríguez.

...

De tal suerte que los indicios en contra de mi patrocinado, se debilitan ostensiblemente y en forma contundente si se le da el valor que corresponde a la prueba de balística, aunada a las demás pruebas que se practicaron en la etapa del juicio, como son los testimonios de María Veloza, María Yaya Caro Rodolfina Cifuentes Galindo y las ampliaciones que rindieron los deponentes Orlando Castillo Suárez y Marco Antonio Layton Calderón, todos estos concordantes y convergentes que dejan sin piso jurídico las afirmaciones hechas por el sentenciador al aducir los hechos indicadores en los que soporta la prueba circunstancial o imperfecta, sobre la que se edifica la sentencia."

Por lo anterior, solicita casar el fallo impugnado y absolver a su representado.

CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

El Procurador Segundo Delegado en lo Penal, con relación a las censuras que aparecen en los dos libelos sintetizados, conceptúa que no se debe casar la sentencia impugnada por los motivos que se resumen a continuación.

1° Demanda a favor de Edilbar Egido Ramírez González. El Ministerio Público luego de señalar las falencias técnicas del libelo, como la formulación incompleta del cargo y hacer relación a los indicios sin concretar si se ataca el hecho indicador, la inferencia lógica o su valoración, asevera que el reproche es intrascendente y agrega:

"... en desarrollo del reproche el recurrente abandona el derrotero inicial de ataque, ocupándose en plasmar algunas consideraciones personales en torno al experticio de balística en el que se dictaminó que el proyectil aportado al expediente, no fue disparado por armas incautadas a los acusados; sin embargo, dichas alegaciones, antes que contribuir a la demostración del error de derecho que se propone, concurren a la desestimación de la censura, toda vez que en modo alguno obedecen a los lineamientos de la causal aludida, máxime cuando dicha probanza fue rechazada por el fallador de segundo grado, quien en forma por demás razonada optó por demeritarla, en el entendido de que el proyectil fue recuperado '... en uno de los cajones del carro de suturas ...' que '... es sometido en forma periódica a revisado y aseo, sin que durante todo este tiempo se hubiera advertido la presencia del multicitado plomo ...' (fol. 85 c. del Tribunal)."

2° Demanda a favor de Luis Nelson Ramos Rodríguez. El Procurador sostiene que el casacionista se ocupa en demostrar el error de derecho por falso juicio de legalidad imputado, pero abandona este derrotero para adentrarse en el error de derecho por falso juicio de convicción y, por último, en el falso juicio de identidad. La inicial propuesta, además de ser intrascendente al persistir las acertadas construcciones indiciarias de los falladores, crea una mixtura con las otras, con infracción del principio de no contradicción.

Después de transcribir apartes de una providencia de esta Sala, dice que es desacertada la censura en lo concerniente al conjunto indiciario, el cual fue fundamento válido de la sentencia y agrega:

"... en punto del experticio de balística referenciado en el desarrollo del reproche, la Delegada debe recordar al demandante que la prueba pericial en modo alguno puede catalogarse como medio de prueba de imperiosa sujeción, toda vez que las conclusiones allí plasmadas, al responder a un juicio de probabilidad que emite el perito, se encuentran supeditadas a la confrontación y evaluación que de todo el conjunto persuasivo realiza el Juez, quien atendiendo a su estudio racional y lógico puede optar por restarle mérito a su contenido, sin que por lo mismo sea viable aseverar se le dio un valor que no le es inherente."

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

Como las demandas son equiparables en su contenido y, en lo medular, el cargo endilgado es el mismo, los libelos serán analizados conjuntamente.

Los dos reproches se caracterizan por haber sido formulados de manera incompleta, ya que no se indica el sentido de la alegada violación, al no precisar si el quebrantamiento se originó en aplicación indebida o falta de aplicación de norma sustancial y aunque los recurrentes centran la crítica en el falso juicio de legalidad, se apartan del yerro imputado para hacer referencia desordenada y contradictoria a otros aspectos, como a algunas valoraciones probatorias del *ad quem*, entre ellas las relacionadas con los indicios, que únicamente mencionan sin estructurar en su contra cargo alguno.

Cabe preliminarmente observar que el auto mediante el cual durante la celebración de la audiencia pública, el 28 de abril de 1995, el Juzgado 40 Penal del Circuito de Santa Fe de Bogotá decretó la práctica de unas pruebas, es de sustanciación y, al haber sido dictado en ese momento procesal, debía notificarse en estrados, como en efecto lo fue (f. 202 cd. 2), procediendo en su contra únicamente el recurso de reposición, según se desprende de lo establecido por los artículos 186, 200 inciso 2, 202 y 448 del Código de Procedimiento Penal.

Sin embargo, un defensor interpuso "reposición y subsidiariamente apelación". El *a quo* no accedió a reponer, pero concedió "el recurso de apelación ante el Tribunal Superior de Santa Fe de Bogotá Sala Penal en el efecto devolutivo" (f. 207 ib.) y determinó suspender la vista pública "con el fin de recepcionar los testimonios antes señalados y las otras pruebas que deben practicarse...".

Cumpliendo lo dispuesto por el despacho, el 3 de mayo de 1995 el Secretario del Juzgado dejó constancia sobre el embalaje y recibo, el 16 de diciembre de 1994, de un proyectil de arma de fuego, sobre el cual se allegó el 8 de mayo de 1995 copia acerca de la actuación adelantada por empleados del Hospital de La Victoria, donde fue atendida una de las víctimas.

El 12 de mayo siguiente el Tribunal revocó el proveído impugnado, al estimar que las probanzas cuyo acopio se había dispuesto por el Juzgado, no eran pertinentes. En la continuación de la audiencia (6 de junio) no se recibió ninguna declaración, poniéndose en evidencia el error de los casacionistas al

tomar como testimonio la mera referencia que en la información suministrada por el Hospital de La Victoria, se efectúa sobre lo aseverado internamente por empleados de esa institución.

De conformidad con lo indicado en precedencia, se reitera que el auto por medio del cual se dispuso el allegamiento de las pruebas, únicamente podía ser impugnado ante la autoridad que lo profirió, de donde surge la irregularidad del trámite y de la decisión adoptada por el ad quem, que no estaba faculiado para pronunciarse ni, por ende, para revocar el auto de sustanciación dictado dentro de la audiencia pública por el Juzgado 40 Penal del Circuito de Bogotá.

Más aún, en el evento de que la actuación del Tribunal hubiese tenido fundamento legal, la pretensión de los casacionistas también resultaría vana, además de completamente intrascendente. En efecto, la aplicación de lo dispuesto por el artículo 204 del Código de Procedimiento Penal, de donde se desprende residualmente que una apelación de esa naturaleza procedería en efecto devolutivo, da razón, sólo en tal sentido, a lo dispuesto por el Juzgado. Esto significa que no habría obligación legal para suspender el cumplimiento de la providencia recurrida ni la actuación procesal, de manera que las probanzas podían allegarse, así la prudencia aconseje esperar la decisión del superior, en la hipótesis de que fuese procedente el pronunciamiento en segunda instancia.

La preceptiva vigente permite, en tales condiciones, la práctica de la prueba, que será apreciada y habrá de producir los efectos que le son propios, sin que pierda eficacia por la posterior revocatoria del auto que la ordenó, al haberla estimado impertinente el *ad quem*, que sin embargo en la sentencia le reconoce la fuerza demostrativa que *a priori* pretendió quitarle.

Adicionalmente, lo poco acopiado en la audiencia no sirvió de fundamento a la sentencia condenatoria, por lo cual tampoco están llamadas a prosperar las demandas. Los impugnantes incumplen la obligación de demostrar la trascendencia de los supuestos errores imputados, al lanzar un reproche parcial e incompleto contra unos cuantos medios de convicción, unos de ellos tomándolos como testimonio sin serlo: tampoco confrontan unas pruebas con las otras ni las estudian en conjunto, con manifiesto desconocimiento de lo preceptuado por el artículo 253 del Código de Procedimiento Penal.

El *ad quem* cimentó la sentencia en los indicios que denominó de "presencia de los sindicados en el lugar de los hechos ... falsificar pruebas para ocultar el mismo hecho punible ... llevar un testigo falso con el fin de desvirtuar graves indicios de presencia ... huellas materiales del delito, por hallar a los procesados las armas con las cuales cometieron los hechos punibles ... haber dejado objetos abandonados en el lugar del hecho ..."

Dichas probanzas no son censuradas en la primera demanda que, por el contrario, les reconoce fuerza vinculante al expresar que "la anterior prueba no desvirtúa algunos indicios en contra de los procesados (de oportunidad, de haber disparado las armas)..."

El segundo libelo en forma aislada y somera se orienta a la crítica de algunos de esos indicios que tilda de débiles, dando a entender que censura su fortaleza probatoria; pero a renglón seguido anota que las inferencias lógicas están "mal formadas", ataque dirigido contra la ilación. Sin embargo, no explica las razones por las cuales supuestamente el Tribunal refunde los indicios de presencia y fuga y además afirma que son contrarios a la verdad, o sea que hace referencia a la prueba del hecho indicador.

Así el impugnante, al descalificar el grado de convicción otorgado a la prueba indirecta, acepta la perfecta construcción del indicio, pero al cuestionar la inferencia, reconoce la demostración del hecho indicador, chocando contra la lógica, pues el ataque simultáneo de esos aspectos resulta contradictorio e impide su examen en casación.

De otra parte, los dos recurrentes proceden a tratar de contrarrestar las conclusiones a las que llegó el fallador sobre el dictamen de balística, por medio de criterios propios de las instancias y no por la demostración de yerros en la apreciación de los medios de convicción, menos aun por su legalidad. Incluso analizan, bajo su peculiar perspectiva, las probanzas que por otra parte estiman ilegalmente aducidas, con lo cual caen en el mismo presunto yerro que tratan de endilgarle al juzgador.

Pero no especifican, ni en realidad imputan a los falladores haber incurrido en falsos juicios de identidad, existencia o legalidad del dictamen de balística o los testimonios de Norberto Castillo, María Julia Veloza y demás testigos denominados de descargo, ni señalan si fueron tergiversados para hacerles expresar algo que no contienen, o ignorados, o incorporados ilegalmente al proceso, esto último para ser concordantes con la enunciación de las demandas. El segundo de los impugnantes simplemente dice que esas declaraciones guardan armonía con la experticia y demuestran la inocencia de su representado, sin sustentar tal aserto ni menos demostrar yerro alguno del Tribunal, el cual en relación a Norberto Castillo y a otra de las deponentes señaló:

"... los acusados después de cometer los delitos de homicidio y tentativa de homicidio, han falsificado las pruebas, llevando a declarar a un testigo mentiroso, quien contra toda evidencia dice que los sindicados a la hora de los hechos estaban con él en un barrio lejano.

...

Respecto del testimonio de María Julia Veloza, tampoco merece credibilidad por acomodaticio e inverosímil al relatar hechos falsos como el enfrentamiento a disparos entre más de cinco personas, y llegada del campero después de haber visto en el interior de la tienda a los supuestos sindicados, por estar probado que Nelson Ramos y Egidio Ramírez desde su llegada al establecimiento lo hicieron en el multicitado automotor."

Frente al análisis del *ad quem* aparece la afirmación del segundo censor, quien pretende oponerse a sus apreciaciones, pero en lugar de reprocharle algún error demandable en casación, se contrae a efectuar aseveraciones

con el ánimo de hacer prevalecer su criterio personal sobre el raciocinio judicial, lo cual no es de recibo en casación, en donde lo que ha de procurarse, para el caso, es la corrección de reales yerros trascendentes en que haya podido incurrir la administración de justicia.

Tampoco pudieron los casacionistas demostrar falencias en la conclusión a que llegó el fallador con relación a la peritación balística, con olvido de que corresponde al funcionario judicial analizarla; compararla con las restantes pruebas y acogerla o no total o parcialmente, pero no efectuar cotejos fragmentarios y hacerles producir unos efectos que no tienen, como pretenden los impugnantes.

Allí se dice que el proyectil examinado no fue disparado por ninguno de los revólveres incautados. El Tribunal no dijo lo contrario, sino que llegó a la conclusión de que tal proyectil no fue el hallado en el cráneo de Antonio Barrera Cárdenas, mientras que los indicios antes enumerados revelan que los portadores de esas armas fueron los que las accionaron y ocasionaron la muerte a Héctor Hernando Aguilar y la tentativa de homicidio a su compañero, conclusión plenamente acreditada mediante el entrelazamiento de tales indicios, los testimonios recibidos y el resto del caudal probatorio, apropiadamente valorado en conjunto por el Tribunal.

Por las razones manifestadas en precedencia, que en buena parte coinciden con las planteadas por el Ministerio Público, ninguno de los reproches formulados en una y otra demanda está llamado a prosperar.

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 condenatoria objeto de impugnación.

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

Jorge Aníbal Gómez Gallego, Fernando E. Arboleda Ripoll, Jorge E. Córdoba Poveda, Carlos Augusto Gálvez Argote, Gutomar Jiménez Muñoz, Edgar Lombana Trujillo, Mario Montilla Nougués, Carlos Eduardo Mejía Escobar, Nilson E. Pinilla Pinilla.

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

NULIDAD/ABUSO DE FUNCION PUBLICA/ PREVARICATO POR ACCION

El artículo 306 del Código de Procedimiento Penal contempla la preclusión de la oportunidad para solicitar nulidades originadas en la etapa sumaria, en el sentido de que los sujetos procesales pueden invocarlas hasta el vencimiento del término de traslado común para preparar la audiencia (artículo 446 idem), pues, fenecida dicha ocasión, sólo podrán hacerse valer en el recurso de casación. Independientemente de que el proceso sea susceptible de la impugnación extraordinaria, o no lo sea, el sentido de aquella norma es el de introducir disciplina en el proceso penal, con el fin de que injustificadas o inoportunas peticiones no lo regresen a etapas ya superadas, dado que razonablemente las partes han podido pedir la invalidación en el curso mismo de la instrucción, o después de ocurrida la supuesta anomalía, o en las oportunidades para presentar alegatos previos a la situación jurídica y la calificación sumarial, o durante el considerable término de treinta (30) días hábiles con el cual se abre el juicio, lapso este que expresamente se ha dispuesto por la ley no sólo para preparar la audiencia pública sino también para "solicitar nulidades" originadas en la etapa de instrucción y que no se hayan resuelto y pedir las pruebas que sean conducentes".

Dejar pasar tan marcadas y bondadosas posibilidades para pedir las nulidades originadas en la etapa instructiva, resulta un acto de suma incurta que la parte no puede encubrir con alegaciones de ofensas a los derechos de contradicción y defensa, por fuera de un contexto de justificación, después de que solicita la invalidación a la hora de nona, cuando dichas garantías pudieron activarse en cualquiera de las oportunidades explícitas que defiere la ley.

Como el delito de abuso de función pública consiste en "realizar" funciones públicas diversas de las que legalmente le corresponden al servidor oficial, no apenas en salirse de sus atribuciones, de cierta manera el tipo del artículo 162 del Código Penal se refiere a una "ilegalidad" y, en razón de tal afinidad típica con el hecho punible de prevaricato, aquí es pertinente traer a colación lo dicho en la sentencia de segunda instancia fechada el 26 de mayo de 1998, aunque entonces sólo en consideración del segundo ilícito, en los siguientes términos:

"... lo cierto es que la dirección típica de la norma sobre el prevaricato exige primero y directamente una confrontación entre la decisión proferida por el acusado y la ley. Puede ser que el juicio de reproche requiera de la clarificación que eventualmente surge de las explicaciones del procesado en el curso de sus intervenciones, o de las reflexiones de los distintos sujetos procesales en torno a lo que significa el presupuesto fáctico y jurídico sobre el cual se edifica la prevaricación, o de los pareceres de otras autoridades judiciales, pero lo primero que debe enfrentar el juzgador es lo que hizo el inculpado en la resolución redargüida de ostensiblemente ilegal, pues, por lo obvio, es en este momento cuando se realiza la conducta juzgada y no, verbigracia, en la indagatoria o la audiencia pública, oportunidades estas en las cuales se producen los descargos o explicaciones sobre los hechos que ya se habían consumado" (M. P. Jorge Aníbal Gómez Gallego).

Dentro de un curso procesal en el que inicialmente pueden intervenir funcionarios distintos del competente por la naturaleza del hecho, con la sola condición de que oficien como instructores en el lugar donde el mismo ocurrió, el abuso de funciones públicas alcanza a exteriorizarse, de manera segura, cuando el servidor público hace suyas las facultades que hasta entonces apenas desempeñaba y reconocía como autorizado legal, lo cual se concreta por medio de una resolución posterior en la cual quedan excluidos los hechos punibles que permitían reconocer competencia ajena (rebelión y/o transporte de armas de fuego o municiones).

El fiscal seccional ingresa con competencia legal en el curso de la investigación, pero la desborda al tomar una determinación posterior que ya no le incumbía, razón por la cual simplemente puede afirmarse que se ha salido de la esfera de sus atribuciones, pero no que le ha arrebatado la función correspondiente a otro servidor público.

Como la norma del artículo 162 del Código Penal sistemáticamente pertenece al capítulo noveno, situado dentro del título III de dicho ordenamiento, denominado "Usurpación y abuso de funciones públicas", la conducta delictiva debe consistir en una verdadera apropiación de la función legalmente asignada a otra clase de funcionarios, de la cual carece en absoluto el impostor, aunque con la diferencia de que en este caso el desplazamiento lo comete un servidor público y no un particular (como en el artículo 161), máxime que el tipo penal se refiere a la "realización" (hacer real) de funciones públicas diversas de las que legalmente le correspondan, y no a la mera extralimitación en el ejercicio funcional legalmente ostentado.

En más de una ocasión, algunos funcionarios, aunque conscientes de que estaban autorizados para ciertas diligencias pero no para resolver la situación jurídica, lo hacen por medio de un acto sustancialmente legítimo, después de recibir normalmente las indagatorias, pero tal actitud sólo puede entenderse como una extralimitación funcional y no como usurpación, pues ésta representa un grado mayor de afrenta al bien jurídico

de la administración pública, en la medida que, vista globalmente la conducta, dentro del contexto del curso procesal examinado, el funcionario no sería completamente extraño a él, pues por algo se le habilita legalmente para cumplir las primeras diligencias de investigación. En tal caso, el servidor viola los límites de la función pública pero no la hace suya.

Cosa distinta ocurriría, verbigracia, si en una ciudad donde están radicados los fiscales regionales, se le ocurre a un fiscal delegado ante los jueces de circuito o municipales, asumir arbitrariamente la investigación por hechos que, desde un comienzo y seriamente, se perfilan como hipótesis de rebelión y/o transporte de armas de fuego o municiones, pues entonces el abuso de función pública se cometería a partir de la resolución de apertura de la instrucción.

Alguna parte de la doctrina y también jurisprudencia ya superada de esta misma Sala, exponen que solamente puede prevaricar el que tiene la función, "porque tanto el abuso de autoridad como el prevaricato presuponen la existencia del poder de que se abusa pero el agente actúa fuera de los casos establecidos por la ley, o con propósitos que no son los que éste señala o apartándose de los procedimientos que ella ha establecido" (auto de abril 22 de 1982).

Tener la función concreta (que se desvía) no es un elemento normativo del tipo penal de prevaricato por acción (explícito), ni tampoco un supuesto lógico del mismo (ingrediente implícito), pues basta que el sujeto activo sea un servidor público con capacidad funcional para dictar resoluciones o proferir dictámenes (art. 149 C. P.). En efecto, la aplicación torcida del derecho, que es de la quintaesencia constitutiva del delito de prevaricato por acción, se logra no sólo cuando el competente emite la resolución cuyo contenido riñe abiertamente con la ley, sino con mayor razón, porque es aún más álgida la contradicción a la legalidad, en el evento en que el funcionario se vale del medio de arrogarse una función que le es extraña precisamente con el definido propósito de adoptar una decisión manifiestamente contraria a la ley.

Corte Suprema de Justicia. - Sala de Casación Penal. - Santa Fe de Bogotá, D. C., ocho de julio de mil novecientos noventa y nueve.

Magistrado Ponente: Dr. *Jorge Aníbal Gómez Gallego.*

Aprobado Acta No. 100 Proceso No. 14573

La Corte encara el recurso de apelación interpuesto en contra de la sentencia del 12 de febrero de 1998, por medio de la cual la Sala Penal del Tribunal Superior de Valledupar condenó al doctor José Luis Castro Machucha, ex Fiscal 25 Delegado ante el Juzgado Penal de Aguachica (Cesar), como autor de un concurso de delitos de prevaricato por acción y abuso de función pública, y le impuso la pena principal de tres (3) años y ocho (8) meses de prisión y la accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas por igual período.

No hay duda de la competencia funcional de la Corte en este caso, supuesto que se trata de hechos punibles de responsabilidad, de conformidad con los artículos 70-2 y 68-4 del Código de Procedimiento Penal.

HECHOS

El 1° de marzo de 1995, algunas unidades de policía dispuestas en el municipio de Aguachica (Cesar) presentaron informe a la Fiscalía Delegada ante el Juzgado Penal del Circuito de la misma localidad, por medio del cual relacionaban la captura de los individuos Oliverio Esteban Peña, Elacio Esteban Villabona, Martiniano Cacúa, Bernabé Maldonado Maldonado, Rubén Darío Peña Ortega Y Fabio Enrique Sanabria Peñaloza; la inmovilización de un campero marca Lada, modelo 81, de placas IND 596, color habano; el decomiso de 3 pistolas y 3 revólveres, 49 cartuchos calibre 7.65, 89 de calibre 22 y 15 de calibre 38 largo, una antena para radio de comunicación portátil, un pasamontaña color negro, un par de guantes y otras prendas de vestir y elementos varios de uso personal.

Dijo la noticia policiva que, en razón de actividades de inteligencia, los sospechosos fueron aprehendidos el día anterior, aproximadamente a las 6:30 horas de la tarde, cuando se reunieron en una tienda del sitio denominado la "Y", a la entrada del municipio antes mencionado, pues mientras los tres (3) primeros esperaban en el lugar, los tres (3) restantes llegaron en el vehículo. Después de una requisa, las armas, la munición y la antena fueron halladas dentro de la llanta repuesto del automotor.

Agrega el informe algunos datos que dan cuenta cómo los capturados Cacúa, Maldonado y Sanabria podrían estar relacionados con actividades subversivas.

Pues bien, el asunto le correspondió por turno a la Fiscal Diecinueve Delegada de la respectiva unidad, funcionaria que, por medio de resolución del 3 de marzo siguiente, advirtió que se procedía por los delitos de "rebelión y tráfico de armas de fuego o municiones"; ordenó la práctica de las diligencias de indagatoria de todos los capturados y otras primeras actuaciones de investigación; y, finalmente, dispuso que, una vez evacuadas, se remitiera lo actuado a la Fiscalía Regional de Barranquilla, por competencia.

El 6 de marzo, tanto la actuación como los retenidos y los elementos decomisados fueron dejados a disposición del Fiscal Veinticinco Delegado, Jefe de la misma Unidad, doctor José Luis Castro Machucha, quien en esa misma fecha asumió formalmente el conocimiento de la investigación, al día siguiente practicó una inspección judicial sobre el vehículo decomisado y, por medio de resolución del 8 de marzo, profirió medida de aseguramiento de detención con beneficio de excarcelación, bajo caución juratoria, en relación con los sindicados Fabio Enrique Sanabria Peñaloza, Rubén Darío Peña Ortega y Bernabé Maldonado Maldonado, como autores del delito de "porte ilegal de armas". En cambio, a favor de los tres (3) sindicados restantes, el fiscal se abstuvo de dictar medida cautelar y dispuso su libertad inmediata e incondicional.

El 11 de abril de 1995, se firma un acta de entrega del campero, basada en el argumento de que así había sido ordenado "en auto anterior y en forma provisional". En el oficio 0132 de la misma fecha, el funcionario le comunica al administrador del parqueadero la entrega del automotor, pues de tal manera había sido dispuesto "por auto de fecha de hoy", pero por parte alguna aparece la resolución invocada.

El fiscal cerró la investigación y, por medio de resolución del 18 de octubre de 1995, acusó a los tres (3) detenidos por el delito de "transporte" de armas de fuego y municiones.

Actuación Procesal

Los hechos fueron denunciados por el abogado Oscar Enrique Fuentes Toscano, quien adujo que, previo acuerdo de honorarios profesionales por la suma de diez millones de pesos ($ 10.000.000.oo), había recibido poder de todos los imputados para representarlos en la investigación que estaba a cargo del fiscal Castro Machuca, quien ilícitamente lo requirió para que le entregara cinco millones de pesos ($5.000.000.oo) y, como él sólo estuvo dispuesto a entregarle tres millones ($3.000.000.oo), se presentó un desacuerdo que desencadenó en la revocatoria del mandato antes conferido por sus clientes. Señala el denunciante que los imputados debían ser investigados por los delitos de rebelión y porte de arma de fuego de competencia de la justicia regional, dados los elementos que les incautaron, a pesar de lo cual el funcionario apenas se refirió a un porte ilegal de arma de fuego de defensa personal.

La Fiscalía Delegada ante el Tribunal Superior de Valledupar ordenó algunas diligencias de investigación previa, entre las que cuenta la versión libre del funcionario imputado, y después abrió formalmente la instrucción y le recibió indagatoria (fs. 108, 177, 271 y 285 294).

Al momento de resolver la situación jurídica, el 30 de septiembre de 1996, la fiscal instructora ordenó la detención preventiva del sindicado, sin derecho a excarcelación, como autor de un concurso de hechos punibles de prevaricato por omisión y falsedad ideológica en documento público, decisión que fue confirmada por la Unidad de Fiscalía ante la Corte, el 6 de diciembre del mismo año. En la misma resolución se sustituyó la medida cautelar por detención domiciliaria (fs. 398-412).

Después de ampliada la indagatoria, la investigadora volvió sobre la situación jurídica y, según providencia del 3 de enero de 1997, formalizó cargos adicionales por los delitos de prevaricato por acción y abuso de función pública (fs. 522 y 637-643).

En uso de la facultad concedida en el artículo 438A del Código de Procedimiento Penal, la fiscal cerró parcialmente la investigación por los delitos de prevaricato por acción, prevaricato por omisión, falsedad ideológica en documento público y abuso de función pública, y ordenó simultáneamente continuar la instrucción por la hipótesis de concusión (fs. 656).

El mérito del sumario se calificó en la resolución fechada el 20 de febrero de 1997, por medio de la cual la Fiscalía acusó al ex funcionario por los delitos de prevaricato por omisión (art. 150 C. P.), falsedad ideológica en documento público (art. 219 *idem*), prevaricato por acción (art. 149 *ibidem*) y abuso de función pública (art. 162 *ejusdem*).

El primero consistió en haber ordenado la entrega del automotor decomisado, sin que previamente dictara la providencia de respaldo, razón por la cual el procesado omitió un acto propio de sus funciones. Incurrió además en el delito de falsedad pública porque, tanto en el oficio número 0132 del 11 de abril de 1995 como en el acta de entrega del vehículo, el funcionario expresó que procedía de tal manera por haberlo dispuesto el despacho en providencia de la fecha, hecho que constituye una afirmación falsa, dado que nunca se dictó la resolución que ordenara la entrega del mencionado rodante. El prevaricato por acción se cometió al momento de resolver la situación jurídica, pues a tres (3) de los imputados se les concedió la libertad provisional apoyada en una caución juratoria, decisión que contraría manifiestamente el contenido del artículo 393 del Código de Procedimiento Penal, pues los beneficiados estaban en capacidad de prestar caución prendaria. El cuarto hecho punible realizado es el de abuso de función pública, en vista de que, a partir del informe policial, existían elementos de juicio que sugerían las hipótesis de rebelión y tráfico de armas de fuego y municiones, de competencia de la justicia regional, a pesar de lo cual el acusado instruyó y calificó el proceso adelantado en relación con Bernabé Maldonado Maldonado y otros, potestad que estaba adscrita a la competencia de un despacho de jerarquía diferente (fs. 684-695).

Esta decisión acusatoria fue revisada en segunda instancia, según resolución del 23 de abril de 1997, oportunidad en la cual la Unidad de Fiscalía ante la Corte hizo las siguientes precisiones:

Que el delito de abuso de función pública se consumó desde el mismo momento en que el doctor Castro Machuca emitió la resolución de sustanciación por medio de la cual avocaba el conocimiento del proceso, arrogándose una competencia que no era la propia, hecho que se convierte en el punto de partida para la realización de otras acciones autónomas que desconocieron elementales preceptos sustanciales y procesales, con el definido propósito de favorecer los intereses de los sindicados.

Así, una vez consumado el delito de abuso de función pública, por el aspecto de la competencia (no por su contenido), las determinaciones siguientes son ilegales pero se entienden como reiteración de la misma manifestación delictiva (actos copenados posteriores). Sin embargo, el servidor, en las actuaciones subsiguientes, puede dictar resoluciones conformes con la ley o manifiestamente contrarias a ella por razón de su contenido, independientemente de la competencia. Por ello, la resolución de situación jurídica es prevaricadora en dos aspectos fundamentales: primero, porque en la parte resolutiva no se adopta ninguna decisión sobre la hipótesis de rebelión, a

pesar de que el hecho aparece referenciado en toda la actuación, desde el informe policial, además de que fue objeto de imputación en las respectivas indagatorias e inclusive fue mencionado en el contenido mismo de la providencia, sin que al final el funcionario haya definido si dictaba medida de aseguramiento por ese delito, o se abstenía de hacerlo, o compulsaba copias o precluía la investigación. El segundo, porque el precepto del artículo 393 del C. de P. P. es de fácil entendimiento, razón por la cual no era posible decretar la excarcelación sujeta a caución juratoria sino prendaria.

En relación con las armas y las municiones, la acusación de segunda instancia sostiene que no se portaban o llevaban consigo sino que se transportaban en el vehículo mencionado, además, la munición decomisada excedía notoriamente la carga natural de los instrumentos decomisados, siendo perfectamente claro que la norma sobre competencia de los jueces regionales sólo hace salvedad respecto del simple porte de arma de fuego de defensa personal, que corresponde a los jueces de circuito, pues las demás conductas alternativas y el mantenimiento excesivo de proyectiles sigue bajo la cuerda de la competencia excepcional.

El siguiente acto realizado por el fiscal, después de asumir arbitrariamente la competencia, fue el de entregar el vehículo donde se transportaban las armas, pero en tal actuación no se configura el prevaricato por omisión ni la falsedad ideológica. En efecto, objetiva y formalmente no aparece la providencia de aval a la entrega, pero sustancialmente la orden emerge del oficio, lo cual significa que éste en sí mismo constituye la resolución, en cuanto con su firma el fiscal dispone la devolución del automotor, razón por la cual no se produjo ninguna mutación esencial de la verdad.

Ahora bien, a partir del supuesto de que el oficio contiene una resolución adoptada por el funcionario, la Fiscalía de segunda instancia estima que ella es manifiestamente contraria a la ley, en la medida que el carro no podía entregarse de plano, conforme con el artículo 60 del Código de Procedimiento Penal, sino que debía afectarse al comiso por cuanto se trataba de un instrumento para la comisión del hecho punible, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 339 de la misma obra. Concluye que, en desacuerdo con la primera instancia, dicha entrega constituye otro delito de prevaricato por acción, no por omisión, y descarta la hipótesis de falsedad concurrente.

En resumen, la Fiscalía Delegada ante la Corte aprecia la consumación de tres hechos punibles: uno de abuso de función pública, cometido desde que el fiscal acusado avocó el conocimiento de una investigación ajena; otro de prevaricato por acción cometido en la providencia de situación jurídica; y el tercero, también de prevaricato por acción, realizado al momento de elaborar el oficio que ordenaba arbitrariamente la entrega del vehículo.

Finalmente, la Fiscalía de segunda instancia aduce la concurrencia de la circunstancia de agravación genérica prevista en el numeral 11 del artículo 66 del Código Penal, por cuanto la pertenencia del servidor público a la rama judicial del poder público reclama un mayor reproche, máxime si su desem-

peño es en el área penal y el autor fungía en un pueblo con autoridades únicas y no en medio del anonimato de las grandes ciudades.

Realizada la audiencia pública, el Tribunal Superior dictó sentencia condenatoria el 12 de febrero de 1998 (fs. 120-149, 198-214, 285-322 y 375-430).

La Sentencia Impugnada

El Tribunal sintetiza la resolución de acusación y después hace lo propio con la intervención de los sujetos procesales en la audiencia pública. Agrega que comparte, en términos generales, la postura de la Fiscalía.

En relación con los planteamientos del funcionario acusado, el *a quo* hace las siguientes glosas:

1. El procesado indica que la investigación incurrió en violación de garantías fundamentales, porque la fiscal instructora le negó pruebas importantes por medio de mera resolución de sustanciación; otras no las tuvo en cuenta al momento de calificar el mérito del sumario, máxime que para este último acto ella no contaba con el original del expediente sino con las copias, pues la funcionaria irregularmente había remitido el primer cuaderno para surtir el control de legalidad de la medida de aseguramiento.

La Sala el Tribunal estima que, si fuera cierta la entidad de tales irregularidades, las mismas no se esgrimieron oportunamente en el curso de la investigación, o al momento de los alegatos o durante el traslado del artículo 446 del C. de P. P., razón por la cual se entienden convalidadas, dado que el procesado y la defensa siempre tuvieron la posibilidad de invocarlas y provocar un pronunciamiento de fondo sobre ellas.

2. En lo que atañe al informe policial, por lo que da cuenta de las actividades subversivas de tres de los capturados, dice el Tribunal que no se podía concluir *a priori* que contenía una falsedad, pues iba acompañado de pruebas elocuentes como el decomiso de seis armas de fuego, una cantidad inusual de municiones, y un pasamontaña, objeto este que frecuentemente utilizan los integrantes de los grupos rebeldes, y entonces existían suficientes elementos de juicio para someterlo a comprobación, máxime que el funcionario, al momento de la situación jurídica, ya contaba con el testimonio de Armando Moreno Arévalo, recibido por la policía, que avalaba la credibilidad del señalamiento, el cual también pudo ratificar antes de tomar la apresurada decisión.

3. El acusado estima que el informe policial no contiene elementos probatorios que le permitieran deducir razonablemente que algunos de los capturados eran insurgentes; pero, según lo determina el Tribunal, basta leer el documento para llegar a tal conclusión, pues así lo indica el texto sobre el número de armas incautadas, la cantidad de munición hallada, el lugar estratégico en el que habían sido disimuladas (la llanta-repuesto), el porte de un pasamontañas, la esmerada labor de inteligencia de la policía que llevó a establecer el sitio exacto en el cual se reunirían los delincuentes en el municipio de Aguachica (una tienda situada en diagonal a la estación de gasolina

Kennedy). Sin embargo, el funcionario desecha esta rica información y se decide maliciosamente por el atajo lógico-jurídico de decir que los "informes de inteligencia" siempre son mendaces e interesados.

4. Aduce el procesado que al momento de asumir la investigación tenía la plena convicción de que no se tipificaba el delito de rebelión, tan sólo el hecho punible de "porte y transporte de arma de fuego de defensa personal", en relación con los tres individuos que se desplazaban en el vehículo, pues los tres restantes habían sido capturados ilegalmente. Sin embargo, objeta el Tribunal, el argumento es especioso porque el funcionario en el encabezamiento de la resolución de situación jurídica se refiere a los delitos de "rebelión, fabricación y tráfico de armas de fuego o municiones"; y, además, si tal era su convencimiento, consecuentemente debió precluir la investigación por la infracción que echaba de menos, a sabiendas de que también se había iniciado expresamente por ella.

5. Frente a la actuación de buena fe que arguye el acusado, el Tribunal no cree en ella porque, según lo declarado por la fiscal Leticia Vásquez de Sturdy, aquél le reclamó verbalmente la investigación y la asumió directamente él como jefe de unidad, sin sujeción a las reglas sobre reasignación de procesos, hecho que demuestra el propósito de actuar irregularmente, máxime que proveyó a la liberación de tres de los sindicados con la prestación de garantía juratoria, a sabiendas de que ellos en la indagatoria habían indicado que poseían medios económicos.

6. No es suficiente exculpación el señalar que otros funcionarios judiciales incurrieron en el error procesal de tomar el transporte de armas como delito de competencia de los fiscales delegados ante el juez penal del circuito, o que, a pesar del escondite de las armas en el vehículo, se tipificaba el hecho punible de porte de las mismas. En efecto, si en gracia de discusión se acepta el argumento, de todas maneras el ilícito de abuso de función pública se estructuró cuando el ex funcionario asumió la instrucción del proceso por el delito de rebelión; y, en cuanto a las infracciones de prevaricato por acción, se consumaron en la providencia de situación jurídica, independientemente del yerro sustancial de adecuar las conductas al porte ilegal de arma de fuego de defensa personal, siendo que antes las había considerado regidas por el verbo transportar, porque de todas maneras descartó inmotivadamente la tipificación del delito de rebelión y dispuso una caución prendaria donde procedía la prendaria.

En cuanto a las inquietudes de la defensa, el Tribunal responde:

1. No es viable el pretendido concurso aparente de tipos entre los delitos de abuso de función pública y prevaricato por acción, bajo el supuesto de que el segundo absorbe al primero, por ser de mayor entidad, dado que aquél se consumó "desde el mismo instante en que el procesado Castro Machuca decidió seguir conociendo de un proceso para el cual evidentemente carecía de competencia, como lo es el iniciado por el delito de rebelión...". Así pues, la conducta de abuso de función pública no precisaba, para su nacimiento a la

vida jurídica, que el procesado desplegara los demás comportamientos que después aparecen en el curso del proceso y que configuran los delitos de prevaricato.

2. Las supuestas irregularidades en la confección de la resolución de acusación no son tales, porque los comportamientos fueron definidos naturalísticamente y por su *nomen iuris*, siendo intranscendente el *lapsus calami* de citar el capítulo octavo, en lugar del noveno, ambos del título tercero del Código Penal. Además, como las providencias calificatorias de primera y segunda instancia se integran y complementan, no habría lugar a ninguna irregularidad procesal porque una cubriría las deficiencias de la otra.

3. Sostiene el defensor que la fiscal 19 Delegada, doctora Leticia Vásquez de Sturdy, le envió espontáneamente el expediente al jefe de la unidad, no por solicitud verbal de éste, precisamente por el estado de "depresión" que sufría la funcionaria y porque ella apenas estaba en turno de disponibilidad, prueba de lo cual es que en la respectiva nota de remisión dice que lo hace "para los fines pertinentes o para los fines de su cargo". Sin embargo, replica el Tribunal, la fiscal fue categórica en su declaración al señalar que la leve alteración emocional que padecía no impedía el cumplimiento de sus funciones, y, además, nunca le solicitó al acusado que se hiciera cargo de la investigación.

4. La defensa también sostiene que la fiscal remitente debió indicar expresamente que ya se habían evacuado las pruebas y actuaciones permitidas a los fiscales seccionales, con el fin de evitar el error, pero la situación se agravó con la misma nota secretarial que pasaba el expediente a despacho del funcionario acusado "para lo de su cargo". Con todo, dice el Tribunal, el jefe de unidad tuvo la oportunidad de examinar la actuación y percatarse si faltaban algunas pruebas de las ordenadas por su antecesora, mas, cumplido ello, debió remitir el proceso sin dilaciones a la Dirección Regional de Barranquilla, sin embargo prefirió resolver la situación jurídica para cometer en dicha providencia las ilicitudes que son objeto de este proceso.

5. En relación con la posibilidad de evaluar el testimonio de Armando Moreno Arévalo, recibido por la policía judicial cuando ya había remitido las diligencias a la Fiscalía, el *a quo* admite que, de conformidad con el artículo 313 del C. de P. P., tal cuerpo auxiliar sólo puede actuar por orden del fiscal, una vez se haya iniciado la instrucción. Sin embargo, la irregularidad no habilitaba al fiscal para desconocer absolutamente el contenido de la declaración, que bien pudo servirle de hecho indicante relacionable con otras afirmaciones del informe policial, y, en todo caso, el funcionario tuvo la oportunidad de ratificar y ampliar el testimonio, antes de precipitarse a resolver la situación jurídica, cuando contaba con la mitad del término legal para hacerlo.

De otra parte, si el acusado albergaba dudas sobre la tipificación del delito de rebelión, como él lo sostiene, con más veras debió remitir el expediente a los fiscales regionales, tal como se había ordenado en la resolución de apertura de instrucción.

6. Le parece impensable al defensor que seis sujetos, provistos de "revolvitos y pistolitas", puedan pretender derrocar el gobierno nacional, referencia que está integrada como ingrediente normativo básico en la tipicidad del delito de rebelión, pero olvida que el artículo 125 del Código Penal no distingue la clase de armas que pueden utilizarse en dicho propósito, las cuales inclusive no necesariamente tienen que ser de fuego. Por lo demás, tampoco es necesario que el sujeto activo se encuentre en posesión de los instrumentos con los cuales se comete el delito de rebelión, siendo suficientes los indicios graves que señalen su pertenencia al grupo rebelde.

7. El abogado defensor asegura que no es posible sancionar separadamente el delito de rebelión y el porte o transporte de armas de fuego, pues el segundo hace parte de la configuración del primero. Aunque esto es cierto, porque el "empleo de las armas" es un ingrediente normativo de la insurrección, tampoco ello exonera de responsabilidad al acusado, dado que si estimaba la procedencia del delito único de rebelión, entonces era evidente su falta de competencia para proseguir la investigación; y, si la decisión era por el hecho unitario de transporte de armas de fuego, tampoco podía usurpar una facultad que era exclusiva de los fiscales regionales, de conformidad con el numeral 4° del artículo 71 del Código de Procedimiento Penal.

8. Por último, la defensa invoca un error de tipo en la conducta del funcionario acusado, pero ocurre que el numeral 4° del artículo 40 del Código Penal se refiere a la convicción errada e invencible sobre alguna de las exigencias necesarias para que el hecho corresponda a la descripción legal, mas no cuando el agente desconoce de manera absoluta la existencia del tipo, así algunos autores extiendan la cobertura del error a esta última hipótesis. De otra parte, la mencionada causal de inculpabilidad no se refiere a problemas de ponderación probatoria o de discrepancias de criterios en torno a determinado punto de derecho, o de otra ciencia o materia, sino a las precisas y claras circunstancias que prevé el precepto antes citado.

El Tribunal concreta tres (3) cargos en contra del ex funcionario acusado, uno por el delito de abuso de función pública y los dos restantes como prevaricato por acción. El primero, en razón de que asumió el conocimiento en la resolución de folios 61 (cuaderno anexo 1), mas nada dijo sobre la remisión del expediente a la Fiscalía Regional de Barranquilla, según orden que antes había impartido la fiscal 19 delegada; también porque se arrogó el poder de resolver la situación jurídica de los sindicados, según providencia fechada el 8 de marzo de 1995 (fs. 76 ídem), en lugar de remitir las diligencias al competente, a sabiendas de que se perfilaban las hipótesis delictivas de rebelión y transporte de armas de fuego. Así estimara confusa la prueba del delito de rebelión, el segundo hecho era claro y competía a los fiscales regionales.

El primer delito de prevaricato por acción se consuma porque, proferida la decisión de situación jurídica, el funcionario guardó absoluto silencio sobre la rebelión en la parte resolutiva, a conciencia de que tal conducta había sido clara y específicamente imputada en diversas actuaciones procesales, inclui-

das las diligencias de indagatoria y el encabezamiento de la respectiva resolución. En la parte motiva del proveído, apenas se hace una alusión tangencial a la inexistencia de dicho ilícito, para decir que un informe de inteligencia no es suficiente fundamento jurídico ni moral para hacer tal imputación, pero el funcionario no obra consecuentemente porque, si así fuera, debió precluir la investigación por tal infracción.

El segundo hecho punible de prevaricato por acción fue cometido en la misma providencia del 8 de marzo de 1995, el cual consistió en haber optado sin explicaciones por la caución juratoria, como aval de la libertad provisional concedida a tres de los sindicados, cuando las pruebas allegadas al expediente evidenciaban la procedencia de la caución prendaria.

ASPECTOS IMPUGNADOS

La sentencia condenatoria fue apelada oportunamente tanto por el procesado como por su defensor convencional, sin embargo, el recurso, sólo fue sustentado por el primero (cuaderno del Tribunal, fs. 434, 464 y 489).

El impugnante se refiere a los siguientes motivos de agravio:

Solicita, en primer orden, la nulidad de la actuación procesal, a partir de la resolución del 21 de noviembre de 1996, por medio de la cual le negaron una prueba en esencia providencia de sustanciación, puesto que el Tribunal no quiso resolver la misma petición, aduciendo extemporaneidad, cuando la Corte Constitucional ha señalado que durante la etapa del juicio pueden presentarse nulidades que las partes pueden igualmente invocar en cualquiera de las instancias, antes de que se dicte sentencia o durante la actuación posterior, por aplicación integradora del artículo 142 del Código de Procedimiento Civil (sentencia C-394 de 1994).

Ahora bien, "el principio de preclusión que consagra el artículo 307 del C. de P. P. (sic), es exclusivamente para los sujetos procesales y no para el juez de conocimiento, por eso de oficio debían pronunciarse, tal como fue solicitado en la vista pública, a través de un auto interlocutorio".

En segundo lugar, alega que no existe concurso real de hechos punibles porque la comisión del delito de abuso de función pública descarta los sucesivos comportamientos de prevaricato, dado que el único camino para acreditar el primero es por el de la "retención de competencia", que en el caso consiste en haber asumido equivocadamente el conocimiento de un asunto que correspondía a la jurisdicción especial de orden público.

La definición de situación jurídica y la pretendida preclusión de investigación por el delito de rebelión, son decisiones que dependían de la apertura de instrucción e igualmente estaban afectadas de "nulidad por incompetencia". Así entonces, las decisiones posteriores a la asunción de conocimiento, cuya única fuente es la "retención de competencia", constituyen acto copenados impunes y sólo dan lugar a un concurso aparente de tipos penales.

La propia afirmación del Tribunal, en el sentido de que el acusado consumó los tres delitos simultáneamente en el proveído de situación jurídica, es prueba de la unidad de acción, máxime que por una sola vez se ha lesionado el bien jurídico de la administración pública.

A continuación, como tercer punto, el recurrente pretende demostrar que no son varios los indicios graves en los que se fundamenta la responsabilidad, además de que los refuta uno a uno, así:

1. El de la oportunidad provocada para delinquir, que consiste en que el acusado reclamó verbalmente las diligencias por los delitos de rebelión y tráfico de armas, adelantadas por la fiscal Leticia Vásquez de Sturdy. Suena paradójico porque, más que un indicio, el Tribunal se fundamenta en el testimonio de una funcionaria que no puede actuar como tal, pues ella está vivamente interesada en que se establezca la responsabilidad del procesado.

Sería confrontar la palabra de uno y otro, pero lo cierto es que no existe el oficio por medio del cual supuestamente se solicitó el expediente, dejando así una duda que sólo puede favorecer al reo. El Tribunal acude arbitrariamente a una regla de experiencia que no existe, cuando sostiene que la reclamación de las diligencias se hizo para favorecer a los interesados, pero el silogismo requiere la demostración cabal de la premisa menor, esto es, por medio de testimonio idóneo y prueba escrita debe establecerse que el ex fiscal Castro Machuca se arrogó el asunto.

2. El segundo indicio es el de la mendacidad. Le sorprende la afirmación de este hecho indiciario porque ello sería echar por la borda el inalienable derecho fundamental de la no autoincriminación, previsto en el inciso 2° del artículo 258 del C. de P. P., cuando el precepto advierte que la indagatoria es un medio de defensa. Por lo demás, aquí nuevamente vuelve el dilema de quién dijo la verdad sobre la iniciativa para que la investigación pasara a manos del acusado, pero está probado en el proceso (testimonio del psiquiatra e historia clínica) que la doctora Leticia Vásquez de Sturdy sí estaba psíquicamente afectada para la época de los hechos (marzo 3 de 1995), prueba que curiosamente no fue analizada por la instancia. Cita en apoyo de su tesis autorizados conceptos científicos sobre las características y manifestaciones de la neurosis de ansiedad, que es el trastorno mental que le atribuye a la cuestionada testigo.

Asevera, con base en su recurso bibliográfico, que en la situación clínica planteada, un paciente tiene tendencia a asustarse con facilidad, demuestra inquietud y nerviosismo en el trabajo o en su relación con las personas, siente incomodidad en sus actividades y relaciones personales diarias, y con frecuencia se altera su capacidad para el trabajo eficaz por fatiga crónica y dificultad de concentración. Como tales eran los síntomas que afectaban a la fiscal Vásquez de Sturdy, la declaración por ella rendida, bien como testimonio directo ora como fuente del hecho indicador, es inverosímil y no puede servir de soporte para proferir sentencia condenatoria.

3. Arguye que el indicio de la contradicción múltiple es otra falacia, porque igualmente está fundamentado en la cuestionada declaración de la doctora Leticia Vásquez de Sturdy, salvo el caso de que se sobrepusiera el testimonio de ella al dictamen del psiquiatra. Entre otras cosas, vale la pena preguntarse porqué la primera instancia no evaluó el testimonio del forense, si él mismo estaba antes de la declaración de la fiscal.

Como la prueba no conduce a la certeza del hecho punible ni de la responsabilidad del procesado, el apelante solicita que se rompa la sentencia condenatoria y, si fueren desestimadas las razones que esgrime para ello, pide que se confirme parcialmente el fallo sólo por el delito de abuso de función pública.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

Son tres las cuestiones que propone el impugnante y, aunque las plantea en orden diferente, la Sala se ocupará en primer lugar de los supuestos hechos constitutivos de nulidad en la actuación procesal, después abordará el análisis de la prueba que soporta la decisión de condena y, finalmente, examinará lo referente al concurso de delitos.

1. Nulidad. En el acto de audiencia pública, el procesado se refirió a irregularidades supuestamente ocurridas en la fase instructiva, tales como la negación de pruebas por medio de simple resolución de sustanciación y el desconocimiento de otros medios de convicción a la hora de calificar el mérito del sumario.

En realidad, el artículo 306 del Código de Procedimiento Penal contempla la preclusión de la oportunidad para solicitar nulidades originadas en la etapa sumaria, en el sentido de que los sujetos procesales pueden invocarlas hasta el vencimiento del término de traslado común para preparar la audiencia (artículo 446 idem), pues, fenecida dicha ocasión, sólo podrán hacerse valer en el recurso de casación. Independientemente de que el proceso sea susceptible de la impugnación extraordinaria, o no lo sea, el sentido de aquella norma es el de introducir disciplina en el proceso penal, con el fin de que injustificadas o inoportunas peticiones no lo regresen a etapas ya superadas, dado que razonablemente las partes han podido pedir la invalidación en el curso mismo de la instrucción, o después de ocurrida la supuesta anomalía, o en las oportunidades para presentar alegatos previos a la situación jurídica y la calificación sumarial, o durante el considerable término de treinta (30) días hábiles con el cual se abre el juicio, lapso este que expresamente se ha dispuesto por la ley no sólo para preparar la audiencia pública sino también para "solicitar nulidades" originadas en la etapa de instrucción y que no se hayan resuelto y pedir las pruebas que sean conducentes".

Dejar pasar tan manoseadas y bondadosas posibilidades para pedir las nulidades originadas en la etapa instructiva, resulta un acto de suma incuria que la parte no puede encubrir con alegaciones de ofensas a los derechos de contradicción y defensa, por fuera de un contexto de justificación, después de que solicita la invalidación a la hora de nona, cuando dichas garantías pudieron activarse en cualquiera de las oportunidades explícitas que defiere la ley.

La sentencia de constitucionalidad C-394 de 1994 (septiembre 8) declaró exequible la regla prevista en el artículo 306 del C. de P. P., pero el impugnante la ha citado de manera parcial y equivoca, porque, el fallo, antes de la cita fragmentaria invocada, dice que "analizada la disposición en su contenido unitario, fácilmente se advierte que la norma hace relación a las nulidades ocurridas durante la etapa de la instrucción. El término para invocar éstas es el del traslado común de treinta (30) días señalado para la preparación de la audiencia pública prevista en la etapa del juicio (C. P. P., arts. 446 y 449)...". En relación con la oportunidad para decretar la invalidez, por los hechos generadores de nulidad que ocurran durante el juicio (no antes), el fallo de constitucionalidad acude a la norma de integración señalada en el artículo 21 del ordenamiento citado, con el fin de aplicar la previsión del artículo 142 del Código de Procedimiento Civil.

De otra parte, aunque los jueces unipersonales o colegiados conservan las facultades para declarar nulidades de oficio (art. 305 C. P. P.), tal como lo sugiere el apelante, lo cierto es que, a tono con la heterodoxa sugerencia, la Sala no encuentra el esfuerzo del impugnante para demostrar la trascendencia de las supuestas irregularidades y las pruebas que echa de menos, máxime que en la fase del juicio se decretaron pruebas (cuaderno del Tribunal, fs. 72) y allí tuvo entonces la oportunidad de promover la remoción de la deficiencia que veía en la etapa de la instrucción.

2. Evaluación de la prueba. En relación con la base material de los hechos punibles de abuso de función pública y prevaricato por acción, el principal elemento de convicción lo constituye la copia de la resolución fechada el 8 de marzo de 1995, por medio de la cual el fiscal acusado resolvió la situación jurídica de los seis (6) sindicados que fueron dejados a su disposición. Los indicios resaltados en el fallo de instancia, que después fueron controvertidos por el impugnante, simplemente incrementan la fuerza inductiva de aquella prueba primordial y le dan relevancia al dolo.

Como el delito de abuso de función pública consiste en "realizar" funciones públicas diversas de las que legalmente le corresponden al servidor oficial, no apenas en salirse de sus atribuciones, de cierta manera el tipo del artículo 162 del Código Penal se refiere a una "ilegalidad" y, en razón de tal afinidad típica con el hecho punible de prevaricato, aquí es pertinente traer a colación lo dicho en la sentencia de segunda instancia fechada el 26 de mayo de 1998, aunque entonces sólo en consideración del segundo ilícito, en los siguientes términos:

"... lo cierto es que la dirección típica de la norma sobre el prevaricato exige primero y directamente una confrontación entre la decisión proferida por el acusado y la ley. Puede ser que el juicio de reproche requiera de la clarificación que eventualmente surge de las explicaciones del procesado en el curso de sus intervenciones, o de las reflexiones de los distintos sujetos procesales en torno a lo que significa el presupuesto fáctico y jurídico sobre el cual se edifica la prevaricación, o de los pareceres de otras autoridades judiciales, pero lo primero que debe enfrentar el juzgador es lo que hizo el inculpado en la resolución redargüida

de ostensiblemente ilegal, pues, por lo obvio, es en este momento cuando se realiza la conducta juzgada y no, verbigracia, en la indagatoria o la audiencia pública, oportunidades estas en las cuales se producen los descargos o explicaciones sobre los hechos que ya se habían consumado" (M. P. Jorge Aníbal Gómez Gallego).

Así pues, basta leer el proveído del 8 de marzo para establecer cómo el funcionario judicial excluyó arbitrariamente el delito de rebelión, precisamente el hecho ilícito que le impedía, por razones de competencia, tomar la determinación de situación jurídica que adoptó en dicha providencia. En efecto, en la resolución simplemente se dijo que sobre tal infracción sólo se tenía una información de inteligencia, jurídica y moralmente inidónea para hacer tal imputación, pues ya se sabe que "es costumbre de los uniformados sindicar a personas inocentes para privarlos así sea por breve tiempo de la libertad" (cuaderno anexo 1, fs. 82). Sin embargo, esos mismos datos de inteligencia sirvieron para que los organismos de seguridad del Estado se enteraran del transporte de las armas en el vehículo posteriormente inmovilizado y el lugar de reunión de los capturados, razón por la cual dispusieron con eficacia el operativo, mas, paradójicamente, el argumento de ese mismo origen "sospechoso", ahora es utilizado por el funcionario en la misma resolución para refutar el clamor de los tres ocupantes del automotor, en el sentido de que desconocían la presencia en él de los elementos de fuego incautados (fs. 82, *ídem*).

Además, en el cuerpo de la providencia cuestionada se cita como prueba la declaración rendida por el ciudadano Armando Moreno Arévalo, ante el Comando de Policía del Segundo Distrito de Aguachica, pero, al momento de reflexionar sobre el delito de rebelión, se le ignora completamente, sin explicación alguna, a pesar de que ella se refiere a las actividades subversivas de los imputados y a otros datos que, sin duda, fueron los que contribuyeron al descubrimiento del plan trazado por los capturados. La supuesta ilegalidad del testimonio, conforme con los artículos 312 y 313 del C. de P. P., es un argumento traído en las alegaciones o descargos del procesado, pero, al momento de emitir la providencia de situación jurídica, nada se dijo sobre el particular y, merced a esa omisión, la exclusión del hecho de rebelión es arbitraria.

Ahora bien, aunque se pudiera discrepar racionalmente del contenido aislado de la noticia policial, lo cierto es que ya la investigación se había iniciado por el delito de rebelión, además del tráfico de armas de fuego o municiones (fs. 13); en las diligencias de indagatoria de Fabio Enrique Sanabria Peñaloza y Martiniano Cacúa, los dos señalados como insurgentes en el informe, se les había preguntado por las supuestas actividades subversivas (fs. 22, 23 y 26); también en la introducción y el acápite de los hechos de la misma providencia, inclusive en el resumen de las dos injuradas, el funcionario acusado se refiere a la denominación y los datos relacionados con el hecho punible de rebelión (fs. 76 y 77); e igualmente, el decomiso de una apreciable cantidad de armas y municiones y dos objetos inquietantes (pasamontañas y

antena para radio de comunicación portátil), hechos que por su materialidad era imposible negar, probablemente hacían más verídica la nota de las actividades subversivas señaladas. Estos son datos y realidades tan indicativos para enrutar y sostener la investigación por el delito de rebelión, que era evidente la falta de competencia del ex-fiscal para aplicarse a la resolución de la situación jurídica, por cuanto ello correspondía a los fiscales regionales (C. P. P., art. 71-4), y, además, por esa misma condición manifiesta, sería necio alegar una falta de conciencia y voluntad antijurídicas al momento de adoptar la decisión cuestionada.

En otro matiz del desconocimiento deliberado de la ley, el autor de la decisión, en el acápite de los "fundamentos legales", dice que en el caso sólo existía el delito de "PORTE ILEGAL DE ARMAS y no el de REBELIÓN...", pero más adelante pretende aclarar que "los tripulantes del vehículo transportaban las armas en la llanta repuesto y está más que demostrado (sic) la existencia del hecho punible a pesar de que no las portaban, pero a través del transporte trataron de despistar a las autoridades...". Como fin de las consideraciones, el funcionario anuncia medida de aseguramiento de detención preventiva en relación con tres de los sindicados, "por transportar armas de sin permiso de autoridad competente...", mas, en la parte resolutiva del proveído, la ordena "por el delito de PORTE ILEGAL DE ARMAS..." (fs. 82 y 83. Énfasis añadido).

Ese movimiento pendular desde el verbo "portar" hacia el de "transportar", con expresiones que revelan la claridad del funcionario sobre el contenido gramatical de cada uno de ellos, pero que, a la vez, muestran el deseo malicioso de presentarlos confundidamente en distintos apartes de la providencia, es también una señal inequívoca del propósito de violar las reglas de competencia, pues, de una parte, el artículo 201 del Código Penal (citado en la resolución) se refiere clara y discriminadamente a las dos conductas señaladas, entre otras; y, de otro lado, el artículo 71, numeral 4° del Código de Procedimiento Penal, después de asignar a los fiscales regionales el conocimiento de los delitos contra la existencia y seguridad del Estado y de los referidos en el decreto 2266 de 1971, también nítidamente sólo excluye de esa facultad el "simple porte de armas de fuego de defensa personal", al lado de "la interceptación de correspondencia oficial y los delitos contra el sufragio".

De igual manera, a la hora de decretar la libertad provisional de los sindicados detenidos Bernabé Maldonado Maldonado, Rubén Darío Peña Ortega y Fabio Enrique Sanabria Peñaloza, el funcionario, sin ninguna motivación, determina la caución juratoria, acto que desconoce flagrantemente el contenido del artículo 393 del Código de Procedimiento Penal, según el cual, antes de determinar una garantía de esa naturaleza, debe evaluarse la situación económica del sindicado (fs. 82). Ocurre que es manifiestamente ilegal la resolución cuando se rodea de especiosos argumentos para encubrir los motivos torcidos que la determinan, pero también lo es aquella que carece completamente de justificación jurídica, porque maliciosamente se le priva de la cita de las disposiciones legales procedentes y de los presupuestos que ellas prevén para poder alcanzar los efectos jurídicos previstos.

Claro que las manifestaciones anteriores a la resolución tachada de ilegal, como lo es la reclamación inmotivada del expediente a la fiscal que regularmente lo tramitaba, se constituye en un indicio serio y relevante del propósito de agredir la administración pública. Obviamente, a partir del momento en que el doctor Castro Machuca es procesado por sendos delitos de abuso de función pública y prevaricato, se le debe cubrir con la presunción de inocencia y el *in dubio pro reo*, pero, para la fecha en que las diligencias pasaron a su conocimiento, cuando aún no era imputado, a él le incumbía una resolución administrativa de reasignación, o, por lo menos, una constancia del importante hecho, si es que en realidad la medida estaba justificada por la precaria salud de la doctora Leticia Vásquez de Sturdy.

El apelante quiere hacer eco de una dolencia psicopatológica que, para la época de la investigación, padecía la doctora Vásquez de Sturdy, consistente en un trastorno de ansiedad generalizado, pues, según él, tal afección fue la que motivó la petición de la funcionaria para que la relevara del caso. Pues bien, a pesar de que histórica y clínicamente se haya establecido la realidad de dicho trastorno, lo cierto es que el mismo no le impidió a la fiscal cumplir coherentemente su función en el caso encomendado, esto es, ordenar de manera racional la apertura de investigación por los hechos y delitos que se informaban e insinuaban (rebelión y tráfico de armas de fuego o municiones); disponer una serie de diligencias y armónicamente prever el posterior envío del expediente a los fiscales regionales de Barranquilla, por competencia; recibir las seis (6) indagatorias de igual número de imputados y practicar una inspección judicial a las armas y demás elementos decomisados: todo lo cual indica que, si a esas primeras actuaciones de investigación se circunscribía el papel de la fiscalía seccional en este asunto, resulta inverosímil que ya al final de la tarea proyectada, después de evacuar las diligencias de mayor responsabilidad, la funcionaria se fuera a escudar en su enfermedad para rogarle el cambio al jefe de la unidad.

Las contradicciones e inconsistencias en que incurre el procesado, cada vez que es requerido para explicar su conducta procesal anómala, sin duda también evidencian la torcida intención que tuvo al emitir la providencia, pues, quien actúa de buena fe, de ordinario no vacila tan protuberantemente en la explicación de su comportamiento. En efecto, no es corriente en la conducta de quien se arroga inocencia, primero tachar de "folclórica" e imaginaria la imputación por el delito de rebelión, con base en una descalificación a priori del informe policial, pero después, encerrado por la evidencia que él mismo menospreció tendenciosamente, admitir que en realidad le faltó expedir las copias para investigar por separado dicha infracción, error que entonces no podría penarse como si fuera dolo.

Conviene aclarar, en aras del sano entendimiento del principio de la no autoincriminación (arts. 33 Const. Pol. y 283 C. P. P.), que ciertamente el imputado tiene derecho a guardar silencio, sin que pueda ser halagado o compelido a declarar contra sí mismo, pero, si se decide a exponer, sencillamente corre el riesgo de que su declaración pueda ser confrontada con

testimonios, indicios u otras pruebas que eventualmente digan lo contrario a sus descargos y, de tal manera, si racionalmente es más creíble la prueba incriminatoria, puede imputarse adicionalmente el hecho indicante de la mentira o falsa justificación, obviamente como refuerzo de otros elementos de convicción, porque la indagatoria, además de un medio de defensa es también un medio de prueba.

3. Concurso de hechos punibles. Lo primero por aclarar en este proceso es que, de conformidad con los artículos 6° y 7° del decreto 1676 de 1991, que modificaron los artículos 32 y 33 del decreto 2790 de 1990, respectivamente, y fueron adoptados como legislación permanente por el artículo 6° del decreto 2271 de 1991, en los delitos cuya competencia para instruir corresponda a los fiscales regionales, cuando ocurran en lugares distintos a su sede, los fiscales seccionales tienen la facultad-deber de avocar el conocimiento, recibir la indagatoria a los imputados y enviar inmediatamente las diligencias a la Dirección Regional correspondiente.

Así pues, objetivamente los fiscales delegados ante los jueces municipales o de circuito, asentados en el lugar donde ocurrieron los hechos de competencia de los fiscales regionales, por fuera de la sede de éstos, están autorizados para practicar las primeras diligencias de investigación y las respectivas indagatorias, sin que exista autorización expresa para resolver la situación jurídica, pues, por tal razón, el artículo 6° del decreto 1676 prevé un envío inmediato de las diligencias al competente y, de otra parte, el artículo 7° del mismo estatuto amplía el término para decidir la situación jurídica, de diez (10) pasa a veinte (20) días, cuando la injurada haya sido recibida por funcionario instructor de sede distinta a la de la Dirección Regional.

Correlativamente, si el delito de abuso de función pública consiste en abusar del cargo para realizar funciones públicas diversas de las que han sido legalmente asignadas al servidor público, en el caso examinado, sólo cuando él se decide a resolver la situación jurídica (no antes), a sabiendas de que se perfilaban seriamente hipótesis delictivas que no le corresponden, puede afirmarse con seguridad que existe una manifestación externa de conducta que muestra la invasión de la órbita ajena.

Tanto la acusación como la sentencia de primer grado han incurrido en una errada apreciación jurídica de los hechos, cuando estiman que el delito de abuso de función pública se consumó desde el momento mismo en que el ex fiscal Castro Machuca avocó el conocimiento de las diligencias, por medio de resolución del 6 de marzo de 1995 (fs. 61), pues tal conducta de apropiación de la función legalmente ajena sólo es inequívoca en la providencia del 8 de marzo siguiente, en virtud de la cual resuelve la situación jurídica de los sindicados (fs. 76). Aupar el pensamiento de la instancia, así el propósito de abusar se columbre desde antes de la situación jurídica, comporta imponer un contrasentido en el ordenamiento jurídico, pues uno sería el significado de las normas para fijar los deberes del funcionario instructor por razón de la sede (asumir la investigación, practicar las primeras diligencias, recibir las indagatorias y enviar el expediente sin resolver la situación jurídica), pero

otro sería el alcance para deducirle al servidor la presunta comisión de un delito durante el cumplimiento de dichas funciones.

Predeterminado entonces que, en este caso, cualquier usurpación funcional sólo sería objetivamente identificable a partir de la resolución de situación jurídica, decisión que no está contemplada expresamente dentro de los deberes y facultades del fiscal seccional legalmente habilitado que actúa fuera de la sede del competente, debe decirse que el acusado, cuando profirió aquella determinación que no le correspondía a él sino al fiscal regional, en principio, incurrió en el delito de abuso de función pública.

Así entonces, *dentro de un curso procesal en el que inicialmente pueden intervenir funcionarios distintos del competente por la naturaleza del hecho, con la sola condición de que oficien como instructores en el lugar donde el mismo ocurrió, el abuso de funciones públicas alcanza a exteriorizase, de manera segura, cuando el servidor público hace suyas las facultades que hasta entonces apenas desempeñaba y reconocía como autorizado legal, lo cual se concreta por medio de una resolución posterior en la cual quedan excluidos los hechos punibles que permitían reconocer competencia ajena (rebelión y/o transporte de armas de fuego o municiones).*

Ahora bien, como se trata de una secuencia procesal regida por los artículos 6° y 7° del decreto 1676 de 1991, cuyos primeros actos están permitidos al instructor del lugar y no así la resolución de la situación jurídica, supóngase que el fiscal seccional colaborador, asumiendo irregularmente esta última potestad, dicta legalmente una providencia por los delitos de rebelión y transporte de armas de fuego y municiones de defensa personal, acogiendo la prueba sobre la existencia de los hechos y la responsabilidad de los sindicados, tal como lo hubiera hecho el fiscal regional competente, caso en el cual el funcionario sí se extralimitaría en el ejercicio de sus funciones y hasta de pronto cometería un delito de abuso de autoridad por acto arbitrario o injusto (art. 152 C. P.), pero no usurpa con ello la facultad ajena, porque, por las hipótesis delictivas que contempla en la decisión y su modo de proceder, sigue reconociendo la competencia del instructor titular. En otras palabras, *el fiscal seccional ingresa con competencia legal en el curso de la investigación, pero la desborda al tomar una determinación posterior que ya no le incumbía, razón por la cual simplemente puede afirmarse que se ha salido de la esfera de sus atribuciones, pero no que le ha arrebatado la función correspondiente a otro servidor público.*

Como la norma del artículo 162 del Código Penal sistemáticamente pertenece al capítulo noveno, situado dentro del título III de dicho ordenamiento, denominado "Usurpación y abuso de funciones públicas", la conducta delictiva debe consistir en una verdadera apropiación de la función legalmente asignada a otra clase de funcionarios, de la cual carece en absoluto el impostor, aunque con la diferencia de que en este caso el desplazamiento lo comete un servidor público y no un particular (como en el artículo 161), máxime que el tipo penal se refiere a la "realización" (hacer real) de funciones públicas diversas de las que legalmente

le correspondan, y no a la mera extralimitación en el ejercicio funcional legalmente ostentado.

En más de una ocasión, algunos funcionarios, aunque conscientes de que estaban autorizados para ciertas diligencias pero no para resolver la situación jurídica, lo hacen por medio de un acto sustancialmente legítimo, después de recibir normalmente las indagatorias, pero tal actitud sólo puede entenderse como una extralimitación funcional y no como usurpación, pues ésta representa un grado mayor de afrenta al bien jurídico de la administración pública, en la medida que, vista globalmente la conducta, dentro del contexto del curso procesal examinado, el funcionario no sería completamente extraño a él, pues por algo se le habilita legalmente para cumplir las primeras diligencias de investigación. En tal caso, el servidor viola los límites de la función pública pero no la hace suya.

Cosa distinta ocurriría, verbigracia, si en una ciudad donde están radicados los fiscales regionales, se le ocurre a un fiscal delegado ante los jueces de circuito o municipales, asumir arbitrariamente la investigación por hechos que, desde un comienzo y seriamente, se perfilan como hipótesis de rebelión y/o transporte de armas de fuego o municiones, pues entonces el abuso de función pública se cometería a partir de la resolución de apertura de la instrucción.

De modo que, en el caso examinado, el delito de abuso de función pública se consuma cuando el funcionario crea las condiciones falsas para hacer aparecer como propia la función que no le corresponde, esto es, una vez descarta arbitrariamente los hechos punibles de rebelión y/o transporte de armas de fuego y municiones. Sin embargo, como la exclusión de dichas hipótesis se hizo dentro de una resolución y de manera manifiestamente contraria a la ley, pues se desconocieron las pruebas e indicativos que las sugerían seriamente como reales, se tiene que por dicho medio el acusado no sólo desbordó la competencia sino que profirió una decisión abiertamente contraria a derecho, lo cual mostraría la concurrencia de los delitos de abuso de función pública y prevaricato por acción, pero en un concurso que es sólo aparente y se resuelve con la aplicación exclusiva de esta última figura, porque ella consume todo el desvalor de injusto de la primera, ya que asumir arbitrariamente una función pública sería una de las variadas formas de actuar de manera manifiestamente contraria a la ley.

Alguna parte de la doctrina y también jurisprudencia ya superada de esta misma Sala, exponen que solamente puede prevaricar el que tiene la función, "porque tanto el abuso de autoridad como el prevaricato presuponen la existencia del poder de que se abusa pero el agente actúa fuera de los casos establecidos por la ley, o con propósitos que no son los que éste señala o apartándose de los procedimientos que ella ha establecido" (auto de abril 22 de 1982).

Tener la función concreta (que se desvía) no es un elemento normativo del tipo penal de prevaricato por acción (explícito), ni tampoco un supuesto lógico del mismo (ingrediente implícito), pues basta que el sujeto activo sea un servidor público con capacidad funcional para dictar resoluciones o proferir dictámenes

(art. 149 C. P.). En efecto, la aplicación torcida del derecho, que es de la quintaesencia constitutiva del delito de prevaricato por acción, se logra no sólo cuando el competente emite la resolución cuyo contenido riñe abiertamente con la ley, sino con mayor razón, porque es aún más álgida la contradicción a la legalidad, en el evento en que el funcionario se vale del medio de arrogarse una función que le es extraña precisamente con el definido propósito de adoptar una decisión manifiestamente contraria a la ley.

Aquí, para efectos del delito de abuso de función pública, era suficiente establecer que los informes y pruebas sugerían seriamente hipótesis delictivas de competencia instructiva correspondiente a los fiscales regionales y que, a pesar de ello, el ex fiscal seccional acusado optó por resolver la situación jurídica de los sindicados, como si fuera su cometido legal y sin reconocer facultades ajenas. Sin embargo, cuando el funcionario avanza y expresamente, dentro de la respectiva providencia, descarta la ocurrencia de aquellos delitos, en contravía de lo que palmariamente le indicaba la prueba, ha cometido el delito de prevaricato por acción que, por su mayor comprensión, consume el grado de injusto del primero.

Esta resolución del concurso aparente de delitos, por caso similar, la expuso la Sala en el auto del 25 de abril de 1995, tal como sigue:

"2°. Sobre el tema de fondo propuesto, la Sala ha tenido oportunidad de pronunciarse en varias ocasiones (junio 13 y octubre 19 de 1989 con ponencia del Magistrado Saavedra Rojas; y febrero 13 de 1991 actuando como ponente el Magistrado Páez Velandia), en las cuales ha concluido que el concurso aparente que se presenta cuando se prevarica abusando de la función pública, se soluciona aplicando la norma que tipifica el prevaricato que es la de mayor riqueza descriptiva".

"...

"Si la decisión tomada hubiera sido legal se habría tipificado únicamente el abuso de función pública (abuso de autoridad, se sostiene ahora), pero como además ese acto sirvió para hacer un pronunciamiento contrario a la ley, todo el comportamiento se subsume dentro del tipo de prevaricato por acción, tal como acertadamente lo calificó la fiscalía. La evidente falta de competencia es un elemento más de la ilegalidad de la providencia, y un factor a tener en cuenta para la demostración de la intención con que actuó al continuar conociendo del asunto" (M. P. Ricardo Calvete Rangel).

Lo que siguió al límite de las funciones investigativas deferidas por la ley a los instructores por sede o a las condiciones previstas para su ejercicio, no fue la realización de otras diligencias, sino expresamente el proferimiento de una decisión manifiestamente contraria a la ley. Así se resume la opción por el hecho punible de prevaricato y no por el abuso de función pública.

Ahora bien, la posibilidad típica de prevaricación respecto de la determinación inmotivada por la caución juratoria, otra de las facetas comportamentales reprochadas tanto en la acusación como en la sentencia

de primer grado, se disuelve por otra vía. En efecto, aunque la caución tiene su explícita reglamentación en el artículo 393 del C. de P. P., y a ella deben atenerse los funcionarios judiciales, en este caso se trata de una decisión subordinada, consecuencial y que está comprendida dentro de la determinación de otorgar la libertad, la cual a su vez depende sustancialmente de la calificación jurídica que se hizo de los hechos para asumir arbitrariamente la competencia que no se tenía y expulsar sin razón las hipótesis que extrañaban su conocimiento, conducta que ya fue tipificada como delito de prevaricato por acción, y además dichos pasos configuran momentos todos integradores de una misma oportunidad procesal y una sola definición judicial procesalmente identificada como situación jurídica.

No es coherente hacer reproche al funcionario porque supuestamente no precluyó la investigación por el delito de rebelión, si era que estimaba inexistente la infracción, pues ello comporta una ostensible violación de la regla lógica de la no contradicción, en el sentido de que si el principal reparo consistía en la falta de competencia para decidir la situación jurídica por tal hecho punible, menos la tenía para terminar anticipadamente la instrucción, pues tanto la acusación como la preclusión (esta en cualquier momento del proceso) sólo puede adoptarlas el competente, que en este caso era el fiscal regional de Barranquilla.

Por último, el Tribunal guardó completo silencio sobre la tercera modalidad de prevaricato, construida en la calificación de segunda instancia, según la cual el oficio que ordenó la entrega amañada del automotor constituía en sí una resolución manifiestamente contraria a la ley, hechos estos que en la acusación de primer grado habían sido calificados de manera diversa, como concurso de prevaricato por omisión y falsedad ideológica en documento público. Así pues, como se trata de un cargo adicional no considerado en la sentencia examinada, además de que obviamente no fue objeto de impugnación, cualquier pronunciamiento en segunda instancia eventualmente podría comportar una reforma peyorativa, aspecto que está prohibido en la Constitución y en la ley (Const. Pol., art. 31 y C. P. P., art. 217).

Se confirmará entonces la sentencia condenatoria impugnada, con la aclaración de que ella quedará circunscrita a un solo delito de prevaricato por acción, y no por concurso homogéneo de los mismos ni tampoco por el concurso heterogéneo con el hecho punible de abuso de función pública.

Este cambio, obviamente, conduce a una nueva medición judicial de la pena. Así, aunque jurídicamente los distintos hechos han sido considerados como un solo delito de prevaricato, no escapa a la razón que el número de ilegalidades reales cometidas en la misma actuación procesal muestran como más grave y nociva la infracción, dato que examinado juntamente con la naturaleza de la misma por su referencia a los hechos que deliberadamente quiso dejar impunes (rebelión y/o tráfico de armas), conduce a dosificar la sanción a partir de dos (2) años de prisión, conforme con los límites establecidos en el artículo 149 del ordenamiento punitivo, antes de la modificación

introducida por el artículo 28 de la ley 190 de 1995. Igualmente, como en la acusación se dedujo la circunstancia genérica de agravación prevista en el numeral 11 del artículo 66 del Código Penal, la pena se incrementará en un año más y se situará entonces en tres (3) años de prisión, por cuanto el hecho fue cometido, no por cualquier servidor público sino por un funcionario judicial penal, encargado de componer los conflictos intersubjetivos y no de agravarlos, se tiene que tal factor también eleva el grado de injusto y de culpabilidad, indicados en el artículo 61 del mismo estatuto como determinantes elementos de dosimetría penal.

Dado que el Tribunal desconoció el contenido legal del artículo 42 del Código Penal, según el cual la interdicción de derechos y funciones públicas, entre otras sanciones, se impondrá como pena accesoria cuando no esté prevista como principal, se aclarará la sentencia para determinar que dicha consecuencia se impone a este último título.

Ahora bien, aunque la cantidad de punición no excede el límite objetivo previsto en el artículo 68 del Código Penal, no hay duda de que la conducta delictiva realizada por un funcionario judicial, con más veras si la relaciona maliciosa y nocivamente con un ejercicio de sus funciones en el cual se menosprecian hechos tan graves como la rebelión y el tráfico de armas de fuego, es un acto de suma perfidia en contra de la sociedad y no merece el sustituto de la condena de ejecución condicional.

Como el procesado ya disfruta de la excarcelación provisional, por aplicación del artículo 1° de la ley 415 de 1997, no es necesario proveer ahora de nuevo sobre ella, sin embargo el competente resolverá en relación con el subrogado de la libertad condicional.

Por último, el apelante sugiere falta de sinceridad en el testimonio de la fiscal Leticia Vásquez de Sturdy, motivo por el cual, de conformidad con el artículo 25 del C. de P. P., pone en conocimiento el hecho para que la Corte ordene lo pertinente. Como el impugnante se refiere a una prueba que fue examinada en esta providencia, sin que se advirtiera justificación para tacharla de mentirosa, la Sala no puede ordenar copias para investigar una hipótesis ensayada por el procesado, pues ello sería avalar contradictoriamente una postura que ya fue rechazada en las motivaciones, razón por la cual, si el apelante insiste en su posición, deberá denunciar ante el despacho fiscal que estime competente.

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 fechada el 12 de febrero de 1998, producida por el Tribunal Superior de Valledupar, con las aclaraciones expuestas en la motivación, en lo que se refiere a la condena al procesado José Luis Castro Machucha por un solo delito de prevaricato por acción.

2. Modificar y aclarar el punto 1° de la parte resolutiva del fallo, en el sentido de que la pena principal será de treinta y seis (36) meses de prisión e interdicción de derechos y funciones públicas por igual tiempo.

3. El procesado no tiene derecho al subrogado de la condena de ejecución condicional, pero continuará en libertad en los términos señalados en el auto del 27 de octubre de 1998, proferido por esta misma Corporación. En este sentido se modifica el numeral 2° de la parte resolutiva de la sentencia revisada.

4. En lo demás, rige la sentencia revisada.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Jorge Aníbal Gómez Gallego, Fernando Arboleda Ripoll, Guiomar Jiménez Muñoz, Jorge Enrique Córdoba Poveda, Carlos A. Gálvez Argote, Edgar Lombana Trujillo, Mario Manrique Noguès, Carlos E. Mejía Escobar, Nilson Pinilla Pinilla.

Patricia Salazar Cuéllar Secretaria.

PROCESO PENAL/NOTIFICACION

En lo que acierta el Magistrado es en las razones por las cuales inadmite el recurso, pues como bien lo anota, "Cuando el procedimiento penal establece la forma de las notificaciones y a quiénes se debe hacerlo, no es posible extender el acto procesal para cumplir formalidades señaladas en otro procedimiento, lo que constituiría una clara violación al debido proceso".

En otros términos, la argumentación del abogado es para la notificación de otro tipo de decisiones, no para las que se toman dentro de un proceso penal, las cuales deben surtirse en la forma indicada por la ley procesal penal. De otra parte, la especulación sobre la manera como entiende que deberían hacerse las notificaciones carece por completo de fundamento, y es evidente que su esfuerzo por convertir en confuso lo que es claro no puede tener éxito.

Corte Suprema de Justicia. - Sala de Casación Penal. - Santa Fe de Bogotá, D.C., julio ocho de mil novecientos noventa y nueve.

Magistrado Ponente: *Dra. Guiomar Jiménez Muñoz*

Aprobado acta No. 100 Proceso No. 15893

Por impugnación del abogado de La Previsora S.A. Compañía de Seguros, Sucursal Villavicencio, en su condición de tercero civilmente responsable, conoce la Corte del recurso de hecho interpuesto contra el auto del Magistrado Ponente de una Sala de Decisión del Tribunal Superior de la citada ciudad, proferido el 10 de mayo de 1999, por medio del cual negó lo solicitado por aquél en el proceso que se adelantó contra Juan Vespaciano López por los delitos culposos de homicidio y lesiones personales.

Fundamento del Recurso

1. El Juzgado Cuarto Penal del Circuito de Villavicencio sentenció a Juan Vespaciano López por el delito de homicidio culposo en concurso con lesiones personales culposas, en hechos ocurridos en aquella ciudad el 21 de mayo de 1995. Al procesado se le condenó al pago de los perjuicios materiales y morales por la suma de cincuenta y seis millones doscientos ocho mil pesos

($56.208.000) a favor de Elizabeth Moreno Pardo, y veintisiete millones doscientos mil pesos ($27.200.000) a favor de Gustavo Adolfo Lozano, absteniéndose de hacer extensiva la condena económica a la Asociación de Propietarios de Vehículos de Servicio Público del Meta "Asprovespulmeta" S.A., y a la Compañía de Seguros La Previsora S.A., quienes habían sido legalmente notificados de la demanda de constitución de parte civil para vincularlos como terceros responsables.

2. El Tribunal de Villavicencio con sentencia del 19 de octubre de 1998 resolvió el recurso de apelación interpuesto por la parte civil, y dispuso, entre otras cosas, modificar la del *a quo* en el sentido de "incluir en la obligación de indemnizar los perjuicios materiales y morales concretados en primera instancia, a los terceros civilmente responsables 'Compañía Aseguradora La Previsora S.A. y a la Empresa Asociación de Propietarios de Vehículos de Servicio Público del Meta 'Asprovespulmeta S.A', en forma solidaria".

La providencia del Tribunal fue notificada personalmente al Procurador 178 Judicial en lo Penal, como representante del Ministerio Público en la causa. Al procesado no privado de la libertad y demás sujetos procesales se les notificó mediante edicto que se desfijó el 30 de octubre de 1998. Del 3 al 24 de noviembre siguiente corrieron los 15 días para interponer el recurso de casación, durante el cual los sujetos procesales guardaron silencio. El expediente fue regresado al Juzgado de origen.

3. El 3 de abril de 1999 el apoderado de la Previsora S.A. presentó un escrito interponiendo el recurso de casación, considerando que aún estaba al no haber cobrado ejecutoria la sentencia, por cuanto que no fue notificada personalmente al representante legal de la entidad como lo ordena el artículo 314 del Código de Procedimiento Civil, y tampoco se le envió copia al Agente del Ministerio Público acreditado ante esa Sociedad de Economía Mixta del Orden Nacional que se asimila a Empresa Industrial y Comercial del Estado, como lo prevé el artículo 177 del Código Contencioso Administrativo.

Al Tribunal se le hacen las siguientes peticiones: que se conceda el recurso extraordinario de casación; solicite al juzgado de primera instancia la remisión del expediente; se da por notificado de la providencia de segunda instancia a nombre de la sociedad que representa judicialmente, y que se envíe copia del fallo al Agente del Ministerio Público.

4. El Magistrado Ponente luego de solicitar el original del trámite de segunda instancia al juzgado, con auto del 10 de mayo de 1999 hace un análisis de la notificación y ejecutoria de la sentencia que profirió, entrando a señalar que "no es de recibo" el argumento del peticionario en cuanto a la falta de firmeza de dicha providencia, asumiendo mediante auto de sustanciación la siguiente determinación: "el Despacho niega lo solicitado", debiéndose devolver "el asunto al Juzgado de origen".

5. El petente interpuso recurso de hecho contra el auto referido en el acápite anterior, y solicitó la expedición de copias, por lo que el Tribunal con auto del

14 de mayo del presente año las autorizó y dispuso el envío de la actuación a esta Corporación.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

1. Lo primero que es necesario precisar es que la interposición extemporánea de un recurso en nada afecta la firmeza que haya cobrado la decisión, de manera que la respuesta inadmitiendo es posterior a la ejecutoria, no una prolongación de ella.

2. En el asunto que nos ocupa el apoderado de la empresa condenada como tercero civilmente responsable interpone el recurso de casación, ya que estima que la sentencia no ha hecho tránsito a cosa juzgada debido a errores en la notificación.

El Magistrado Ponente del Tribunal incurre en el error de creer que el hecho de dar respuesta al memorial del abogado revive la actuación procesal, y que para ello ha perdido competencia, lo cual no es cierto, pues es al Tribunal a quien corresponde admitir o negar el recurso de casación, sin que por ese pronunciamiento se entienda removida la condición de cosa juzgada del fallo si la impugnación es interpuesta de manera extemporánea.

3. *En lo que acierta el Magistrado es en las razones por las cuales inadmite el recurso, pues como bien lo anota, "Cuando el procedimiento penal establece la forma de las notificaciones y a quiénes se debe hacerlo, no es posible extender el acto procesal para cumplir formalidades señaladas en otro procedimiento, lo que constituiría una clara violación al debido proceso".*

En otros términos, la argumentación del abogado es para la notificación de otro tipo de decisiones, no para las que se toman dentro de un proceso penal, las cuales deben surtirse en la forma indicada por la ley procesal penal. De otra parte, la especulación sobre la manera como entiende que deberían hacerse las notificaciones carece por completo de fundamento, y es evidente que su esfuerzo por convertir en confuso lo que es claro no puede tener éxito.

Estando perfectamente acreditado que la sentencia de segunda instancia fue debidamente notificada, y que contra ella no se interpuso oportunamente el recurso de casación, lo cual permitió que cobrara ejecutoria, el memorial que ha presentado el abogado de la Compañía Aseguradora más de tres meses después es ostensiblemente extemporáneo, y por lo tanto estuvo bien denegado el recurso interpuesto.

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

RESUELVE:

Desechar el recurso de hecho interpuesto por el apoderado de La Previsora S.A., contra la providencia de origen y fecha indicados.

Devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

Cúmplase.

Jorge Aníbal Gómez Gallego, Fernando E. Arboleda Ripoll, Jorge E. Córdoba Poveda, Carlos A. Gálvez Argote, Gutomar Jiménez Muñoz, Edgar Lombana Trujillo, Mario Mantilla Nougués, Carlos E. Mejía Escobar, Nilson Pinilla Pinilla.

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

EXTINCION DE LA ACCION-Muerte del procesado/MEDIDAS CAUTELARES/EXTINCION DEL DOMINIO

Tal como obra a folio 34 del cuaderno 3, las medidas cautelares aludidas fueron ordenadas en desarrollo de los artículos 44 y 52 del Código de Procedimiento Penal, para "procurar las garantías reales de las posibles indemnizaciones y reparación de los daños ocasionados con los hechos punibles", de lo cual se colige a la luz del artículo 54 ibidem que al precluirse la investigación se debe disponer los desembargos respectivos, sin que ésto afecte la acción de extinción del dominio que adelanta la Fiscalía 17 Seccional, ni las medidas de embargo que ha adoptado dicho despacho, y sin que impida que esos bienes sean dejados a su disposición para los fines pertinentes.

Lo anterior guarda relación con el análisis que en su oportunidad hiciera la Sala Plena de esta corporación, en providencia de 25 de junio de 1998. M. P. Juan Manuel Torres Fresneda, radicación 11-001-002-30-020-1998 0227, sobre la competencia para el trámite de la acción de extinción del dominio:

"...conviene precisar que para la efectividad de la extinción del dominio previsto inciso 2° del artículo 34 de la Carta Política, instituyó el legislador la acción real 'distinta e independiente de la responsabilidad penal y complementaria de las acciones penales' de que trata la ley 333 de 1996. ocupándose allí mismo de señalar los funcionarios competentes para tramitarla y resolverla, las personas intervinientes, los trámites y términos dentro de los cuales debe adelantarse y aún su relación con la acción penal derivada de los hechos punibles que dan lugar a la extinción del dominio.

...

Es más, sobre el tema puntual de la competencia que aquí interesa, es importante señalar que el artículo 14 de la referida ley comienza por otorgar el conocimiento de esta acción de los mismos funcionarios 'competentes para conocer de las actuaciones penales ... cuando la adquisición de los bienes se origine en cualquiera de las circunstancias de que trata esta ley, o cuando se trate de bienes vinculados a actividades delictivas

o dedicadas a las mismas', sin perjuicio de la intervención de las entidades estatales legítimas 'con posterioridad a la terminación de la actuación penal, cuando ésta termine por cualquier causa y no se declare la extinción del dominio o se declare solo sobre una parte de ellos'".

Corte Suprema de Justicia. - Sala de Casación Penal. - Santa Fe de Bogotá, D. C., trece (13) de julio de mil novecientos noventa y nueve (1999).

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

Aprobado Acta No. 101 Proceso No. 9229

Decide la Sala sobre la pertinencia de dar aplicación al artículo 76 del Código Penal, como consecuencia del fallecimiento del procesado en este asunto, doctor Antonio Heráclito Maya Copete.

ANTECEDENTES

1. La Oficina de Investigaciones Especiales de la Procuraduría General de la Nación, remitió a la Corte Suprema de Justicia el informe de fecha 22 de febrero de 1994, solicitándole investigar penalmente al ex Senador de la República doctor Antonio Heráclito Maya Copete, para establecer la posible apropiación de dineros correspondientes a los auxilios parlamentarios gestionados por él en favor de las Fundaciones Nueva Imagen y Nuevo Horizonte del Chocó, durante las vigencias fiscales de 1988, 1989 y 1990.

2. Al proceso fue vinculado mediante indagatoria el imputado Maya Copete, contra quien esta corporación profirió el 24 de julio de 1996, medida de aseguramiento de detención domiciliaria, como presunto autor de los punibles de peculado por apropiación y falsedad en documento privado (arts. 133 y 221 del Código Penal).

3. La medida de aseguramiento conllevó el decreto de embargo preventivo de los siguientes bienes registrados como de propiedad del sindicado Maya Copete:

3.1. El derecho que le correspondía sobre el apartamento 101 bloque 2, piso 1, edificio Unidad Residencial Medina, ubicado en la carrera 9 A N° 132-10 de Santa Fe de Bogotá, con matrícula inmobiliaria N° 50N-466936 (fs. 488 y Ss. cd. original 2).

3.2. Apartamento 205 Edifico Alejandra, ubicado en la calle 118 N° 40-31 de Santa Fe de Bogotá, con matrícula inmobiliaria N° 50N-680637 (fs. 491 y Ss. ib.).

3.3. Automóvil Hyundai Sonata GLS, modelo 1994 de placas BEJ-428 de Santa Fe de Bogotá, motor G4CPP180853 y demás características anotadas en licencia de tránsito número 94-110207 (f. 494 ib.).

4. *Ad portas* del fenecimiento de la instrucción, el abogado defensor presentó copia del folio de registro de defunción número 2405639 de fecha 5 de

agosto de 1997, mediante el cual el Notario 4° del Círculo de Santa Fe de Bogotá hace constar que el 4 de agosto de 1997 falleció en esta ciudad "Maya Copete Antonio Heráclito", a consecuencia de "Shock hipovolémico-herida cardiaca y pulmones - proyectil arma de fuego".

5. Después de que el expediente fue estudiado por el Procurador 1° Delegado en lo Penal, se recibió oficio número 3977 enviado por el señor Fiscal 17 Seccional de la Unidad Nacional de Fiscalía para la Extinción del Derecho de Dominio y contra el Lavado de Activos, comunicando que en el proceso número 122 allí adelantado, dispuso la apertura de proceso de extinción de dominio y afectó con medida de aseguramiento real los siguientes bienes de propiedad de Maya Copete:

"Apartamento 101, Bloque 2 de la Unidad Residencial Bosque Medina ubicada en la carrera 9A # 132-10 de esta ciudad, junto con sus tres garajes y un depósito. Matrículas inmobiliarias: 50N-46-69-36, 50N 46-68.88, 50N-46-69-01 y 50N-46-69-03.

Apartamento 205 del edificio Alejandra ubicado en la carrera 118 # 40-31 de esta ciudad, junto con su garaje doble. Matrícula inmobiliaria: 50N-680637.

Automóvil marca Hiunday. Sonata GLS, placa BEJ-428"

CONSIDERACIONES DE LA SALA

Habiéndose demostrado la muerte del sindicado doctor Antonio Heráclito Maya Copete, ocurrida el 4 de agosto de 1997, con la copia auténtica del registro civil de defunción expedida por la Notaría 4ª del Círculo de esta ciudad (f. 265 cd. 3), debe declararse extinguida la presente acción penal, al tenor del artículo 76 del Código Penal, y por ende disponerse la preclusión de la instrucción, al presentarse una causal objetiva de improseguibilidad, como lo prevé el artículo 36 del estatuto procesal penal, lo que conlleva el consecuente archivo del expediente.

No obstante, al encontrarse algunos bienes del procesado afectados con decreto de embargo y secuestro ordenado por esta corporación mediante la providencia que resolvió su situación jurídica, considera la Sala que se debe pronunciar sobre tal medida, por cuanto al extinguirse la acción por la muerte del procesado también desaparece la competencia por el factor foral atribuida a la Corte Suprema de Justicia, de conformidad con las previsiones del artículo 235-3 de la Constitución Nacional.

Tal como obra a folio 34 del cuaderno 3, las medidas cautelares aludidas fueron ordenados en desarrollo de los artículos 44 y 52 del Código de Procedimiento Penal, para "procurar las garantías reales de las posibles indemnizaciones y reparación de los daños ocasionados con los hechos punibles", de lo cual se colige a la luz del artículo 54 ibidem que al precluirse la investigación se debe disponer los desembargos respectivos, sin que ésto afecte la acción de extinción del dominio que adelanta la Fiscalía 17 Seccional, ni las medidas de embargo que ha adoptado dicho despacho, y sin que impida que esos bienes sean dejados a su disposición para los fines pertinentes.

Lo anterior guarda relación con el análisis que en su oportunidad hiciera la Sala Plena de esta corporación, en providencia de 25 de junio de 1998, M. P. Juan Manuel Torres Fresneda, radicación 11-001-002-30-020-1998-0227, sobre la competencia para el trámite de la acción de extinción del dominio:

"... conviene precisar que para la efectividad de la extinción del dominio prevista inciso 2° del artículo 34 de la Carta Política, instituyó el legislador la acción real 'distinta e independiente de la responsabilidad penal y complementaria de las acciones penales' de que trata la ley 333 de 1996, ocupándose allí mismo de señalar los funcionarios competentes para tramitarla y resolverla, las personas intervinientes, los trámites y términos dentro de los cuales debe adelantarse y aún su relación con la acción penal derivada de los hechos punibles que dan lugar a la extinción del dominio.

...

Es más, sobre el tema puntual de la competencia que aquí interesa, es importante señalar que el artículo 14 de la referida ley comienza por otorgar el conocimiento de esta acción de los mismos funcionarios 'competentes para conocer de las actuaciones penales ... cuando la adquisición de los bienes se origine en cualquiera de las circunstancias de que trata esta ley, o cuando se trate de bienes vinculados a actividades delictivas o dedicadas a las mismas', sin perjuicio de la intervención de las entidades estatales legítimas 'con posterioridad a la terminación de la actuación penal, cuando ésta termine por cualquier causa y no se declare la extinción del dominio o se declare solo sobre una parte de ellos'".

El presente asunto, como se ha referido, se debe precluir sin que se hubiera decretado ni pueda ya decretarse, en la misma actuación, la extinción del dominio; en razón de la desaparición del factor foral y la naturaleza de los punibles investigados (peculado y falsedad), resulta competente la Fiscalía Seccional para adelantar tal acción real sobre los bienes del extinto sindicado, y en el evento de que dicho despacho llegare a proferir la resolución de que trata el literal f) del artículo 15 de la ley 333 de 1996, deberá remitir la actuación correspondiente al Juez Penal del Circuito competente.

Establecido que en la Unidad Nacional para la Extinción del Derecho de Dominio y contra el Lavado de Activos de la Fiscalía General de la Nación, cursa el proceso número 122 a conocimiento del Fiscal 17 Seccional de Santa Fe de Bogotá, en el cual se dictó "Embargo y secuestro", contra bienes de propiedad del procesado en este asunto doctor Antonio Heráclito Maya Copete, entre ellos los afectados por esta corporación mediante auto de fecha 24 de julio de 1996, se dispondrá el levantamiento de las mismas y su cancelación en los correspondientes registros, con la advertencia de que dichos bienes quedarán a disposición de la Fiscalía.

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

RESUELVE:

1°. DECLARAR la extinción de la presente acción penal por muerte del procesado Antonio Heráclito Maya Copete, y en consecuencia, disponer la preclusión de la investigación adelantada en su contra.

2°. Disponer el levantamiento y consecuente cancelación del registro de embargo y secuestro decretado, como consecuencia de la medida de aseguramiento de detención domiciliaria proferida en este asunto, contra bienes de propiedad del extinto doctor Maya Copete.

En consecuencia, por la Secretaría de la Sala, comuníquese esta decisión al señor Registrador de Instrumentos Públicos y Privados de Santa Fe de Bogotá y al Secretario Distrital de Tránsito y Transportes de la ciudad, advirtiéndoles que los referidos bienes quedan a disposición del Fiscal 17 Seccional de la Unidad Nacional de Extinción del Derecho de Dominio y contra el Lavado de Activos de la Fiscalía General de la Nación.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Jorge Aníbal Gómez Gallego, Fernando E. Arboleda Ripoll, Jorge E. Córdoba Poveda, Carlos Augusto Gálvez Argote, Guiomar Jiménez Muñoz, Edgar Lombana Trujillo, Mario Mantilla Nougués, Carlos Eduardo Mejía Escobar, Nilson E. Pinilla Pinilla.

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

TERMINACION ANTICIPADA DEL PROCESO/APELACION/ CASACION/DEMANDA DE CASACION-Ajuste parcial

En doctrina reiterada por la Sala y acogiendo la sistemática que regula el instituto de la terminación anticipada del proceso, se ha precisado que una vez el imputado se ha acogido a la figura de la sentencia anticipada o de la audiencia especial que da lugar al fallo, acorde con los artículos 37 y 37A el actual Estatuto Procesal Penal, no es aceptable la retractación de los cargos admitidos, razón por la cual consecuente con dicho principio el legislador ha señalado que sólo se tiene interés jurídico para impugnar la sentencia, bien por vía de apelación, o de casación si se tiene en cuenta el carácter estratificado, secuencial y lógico que guía al proceso penal en la legislación nuestra, en aquellos aspectos que tienen directa relación con la dosificación de la pena, el subrogado de la condena de ejecución condicional y la extinción de dominio sobre bienes, tal y como lo dispone el art. 37B.4 Ibidem.

Corte Suprema de Justicia. - Sala de Casación Penal. Santa Fe de Bogotá, D.C., trece (13) de julio de mil novecientos noventa y nueve (1999).

Magistrado Ponente: Dr. *Carlos Augusto Gálvez Argote.*

Aprobado Acta No. 101 Proceso No. 15289

Un Juzgado Regional de esta capital mediante sentencia anticipada de fecha 2 de octubre de 1997 condenó a Juan José Brochero Polo y Gerardo Eduardo Osorio Gutiérrez a la pena principal de 35 años y 2 meses de prisión y multa en el equivalente a 166.66 salarios mínimos legales mensuales, como responsables de los delitos de secuestro extorsivo agravado, secuestro simple, hurto calificado y agravado y porte ilegal de armas. Apelada esta decisión por los defensores de los procesados, el Tribunal Nacional la confirmó en proveído del 8 de junio de 1998, modificándola en el sentido de reducir la pena a 29 años y 4 meses de prisión y multa de 140 salarios mínimos legales mensuales.

Impugnado extraordinariamente el fallo del Tribunal por el mandatario judicial de Osorio Gutiérrez, se pronuncia la Sala sobre los requisitos formales a que se refiere el art. 225 del C. de P. P. respecto de la demanda de casación presentada.

HECHOS

Sucedieron el 28 de septiembre de 1996 entre las poblaciones de Girardot y El Espinal, Departamento del Tolima, cuando el señor Jesús Antonio Tovar Mejía, quien después de visitar su finca "La Hermosa" en el Guamo se desplazaba en un vehículo de su propiedad acompañado de María del Carmen Gómez Núñez y una menor hija, siendo interceptado por varios hombres armados quienes después de despojarlos de todos sus bienes, como joyas, tarjetas de crédito, etc., inicialmente los condujeron hasta el sitio "Cucuana", dejando libres a la mujer y la menor 4 horas después en El Espinal y llevando a Tovar Mejía a una finca en donde permaneció durante 5 días dentro de una cueva mimetizada con arbustos de plátanos hasta cuando autoridades del D.A.S. lograron su liberación, después de que exigía la suma de 1.500 millones de pesos para hacerla efectiva.

DEMANDA Y CONSIDERACIONES

Contra la sentencia impugnada tres cargos formula el defensor del procesado Germán Eduardo Osorio Gutiérrez.

El primero de ellos, propuesto con fundamento en la segunda causal del art. 220 del C. de P.P., lo funda en que la agravante deducida en el fallo relacionada con la intervención en el punible de secuestro de ex miembros de las fuerzas de seguridad del Estado, en ningún momento fue imputada en el acta de formulación de cargos, por lo que al asimilarse dicha diligencia con la resolución acusatoria, existiría una evidente falta de consonancia entre el ésta y la sentencia.

El segundo reproche se expone por la causal primera del mismo precepto, sobre la base de que se habría vulnerado en forma indirecta la ley sustancial por error de derecho en la apreciación de las pruebas derivado de falso juicio de convicción, como quiera que de la conversación telefónica sostenida entre uno de los secuestradores y un hijo de la víctima no puede afirmarse la existencia de amenazas contra la vida del plagiado, razón esta suficiente para que el sentenciador no hubiese deducido la agravante contemplada en el numeral 7 del artículo 270 del C.P.

Finalmente, como tercera censura acude el actor a la causal primera cuerpo primero del referido art. 220, acusando el fallo de vulnerar en forma directa la ley sustancial, específicamente por aplicación indebida de los artículos 61, 66 y 67 del C.P., en tanto la sanción privativa de la libertad impuesta por los hechos que le fueran atribuidos y en relación con los cuales habría aceptado los cargos, desborda por completo las previsiones legales que en relación con el concurso delictivo contemplan las disposiciones contenidas en los preceptos en cita.

En doctrina reiterada por la Sala y acogiendo la sistemática que regula el instituto de la terminación anticipada del proceso, se ha precisado que una vez el imputado se ha acogido a la figura de la sentencia anticipada o de la audiencia

especial que da lugar al fallo, acorde con los artículos 37 y 37A el actual Estatuto Procesal Penal, no es aceptable la retractación de los cargos admitidos, razón por la cual consecuente con dicho principio el legislador ha señalado que sólo se tiene interés jurídico para impugnar la sentencia, bien por vía de apelación, o de casación si se tiene en cuenta el carácter estratificado, secuencial y lógico que guía al proceso penal en la legislación nuestra, en aquellos aspectos que tienen directa relación con la dosificación de la pena, el subrogado de la condena de ejecución condicional y la extinción de dominio sobre bienes, tal y como lo dispone el art. 37B.4 ibidem.

Cotejados estos supuestos con la demanda impetrada, pronto se advierte que en razón de su contenido ningún reparo merecen desde el punto de vista del interés jurídico para recurrir ni en su presentación técnica los cargos primero y tercero, no sucediendo igual con el segundo reproche, toda vez que su expresa finalidad es la de oponerse a la valoración probatoria, siendo este un aspecto sobre el cual la ley no autoriza por vía de los recursos, en este caso el extraordinario, la manifestación de inconformidad alguna tratándose como en este caso sucede, de un fallo dictado anticipadamente, todo lo cual implica la admisión de la demanda con exclusividad respecto de las censuras referidas en primer término mas no así respecto de la última.

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

RESUELVE:

1. DECLARAR ajustada a derecho, en los términos considerados en la parte motiva, la demanda de casación presentada por el defensor del procesado Germán Eduardo Osorio Gutiérrez.

2. DISPONER que por el término de veinte (20) días, se corra traslado de la demanda ante el Procurador Delegado en lo Penal para que emita concepto.

Cópiese y cúmplase.

Jorge Aníbal Gómez Gallego, Fernando Arboleda Ripoll, Gustavo Jiménez Muñoz, Jorge Enrique Córdoba Poveda, Carlos Augusto Gálvez Argote, Edgar Lombana Trujillo, Mario Montilla Nougués, Carlos Eduardo Mejía Escobar, Nilson Pinilla Pinilla.

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

PERMISO ADMINISTRATIVO/JUEZ REGIONAL

Entendida la petición como uno de los presupuestos para que en su caso las Directivas del Centro de Reclusión Nacional de Mujeres de esta ciudad, estudien la posibilidad de conceder o no el permiso administrativo de las 72 horas, dado que el artículo 29 de la Ley 504 de 1999 modificó el numeral 5° del artículo 147 del Código Penitenciario, el cual prohibía conceder éste a los procesados que hubieren sido condenados por los entonces Jueces Regionales, pero a partir de la vigencia de la disposición inicialmente comentada, se amplió la concesión del permiso administrativo, previo el cumplimiento, entre otros, del 70% de la pena impuesta en los fallos de instancia a quien haya sido condenado por los delitos de conocimiento de los Jueces Penales del Circuito Especializados, antes Jueces Regionales.

Corte Suprema de Justicia.- Sala de Casación Penal. -Santa Fe de Bogotá, D.C., trece (13) de julio de mil novecientos noventa y nueve (1999).

Magistrado Ponente: Dr. *Jorge Aníbal Gómez Gallego*

Aprobado Acta No. 101 Proceso No. 12686

La procesada Luz Mery Guevara Gómez, quien se halla detenida en la Reclusión Nacional de Mujeres "El Buen Pastor" de esta ciudad, solicita a esta Corporación se le conceda la redención de pena, que le pueda corresponder por las actividades desarrolladas en el mencionado centro, con el fin de obtener el permiso administrativo que consagra el artículo 147 del Código Penitenciario, en esta oportunidad no adjuntó certificado de trabajo y/o estudio que le pudiese representar rebaja de pena alguna.

Finalmente, solicita que se le certifique que no registra fugas ni que es requerida por otras autoridades.

ANTECEDENTES

Mediante sentencia de fecha 4 de marzo de 1996 un Juzgado Regional de esta ciudad, condenó a Luz Mery Guevara Gómez a la pena privativa de la libertad de nueve (9) años de prisión y multa equivalente a quince (15) salarios mínimos mensuales como coautora responsable del delito establecido en

el artículo 33 de la Ley 30 de 1986, agravado conforme a lo previsto en el numeral 3° del artículo 38 *ibidem*, sanción que fuera modificada por el Tribunal Nacional en fallo calendado el 18 de julio siguiente, precisando que la pena que debía cumplir la antes mencionada era de 8 años y 6 meses de prisión.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

Entendida la petición como uno de los presupuestos para que en su caso las Directivas del Centro de Reclusión Nacional de Mujeres de esta ciudad, estudien la posibilidad de conceder o no el permiso administrativo de las 72 horas, dado que el artículo 29 de la Ley 504 de 1999 modificó el numeral 5° del artículo 147 del Código Penitenciario, el cual prohibía conceder éste a los procesados que hubieren sido condenados por los entonces Jueces Regionales, pero a partir de la vigencia de la disposición inicialmente comentada, se amplió la concesión del permiso administrativo, previo el cumplimiento, entre otros, del 70% de la pena impuesta en los fallos de instancia a quien haya sido condenado por los delitos de conocimiento de los Jueces Penales del Circuito Especializados, antes Jueces Regionales.

Así las cosas, se tiene que la interna Luz Mery Guevara Gómez se halla privada de su libertad desde el pasado 3 de noviembre de 1993 (fl.8 Cdno. copia No.2), es decir, que a la fecha por detención física contabiliza sesenta y ocho (68) meses y nueve (9) días. Por trabajo conforme a los certificados que reposan en el expediente acredita 9.858 horas, que le representan una redención de pena de veinte (20) meses y diez (10) días, factores que sumados arrojan un total de ochenta y ocho (88) meses y diecinueve (19) días, superiores al 70% de la pena impuesta en los fallos de instancia, que en su caso específico equivale a 71 meses y 12 días de prisión.

Ahora bien, en lo que se relaciona a que esta Corporación le certifique de que no registra fugas ni que es requerida por otras autoridades, pulimento éste que no es posible atender, puesto que no se cuentan con los suficientes elementos de juicio para ello, deberá, si es su deseo, dirigirse a los organismos de seguridad del Estado que estén encargados de registrar aquellos antecedentes de las personas que por una otra razón infringen la ley penal.

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

RESUELVE:

1. Reconocer a Luz Mery Guevara Gómez como redención, en forma provisional y sólo para los efectos del permiso administrativo de 72 horas consagrado en el artículo 147 de la Ley 65 de 1993, veinte (20) meses y diez (10) días correspondientes a 9.858 horas de trabajo.

2. Declarar que la mencionada procesada cumple con el 70% de la sanción impuesta en los fallos de instancia, con lo cual satisface el cumplimiento

del requisito previsto en el artículo 29 de la Ley 504 de 1999, que modificó el numeral 5° del Código Penitenciario.

3. Copia de esta providencia remítase el Director del Centro de Reclusión Nacional de Mujeres de esta ciudad.

Notifíquese y cúmplase.

Jorge Aníbal Gómez Gallego, Fernando E. Arboleda Ripoll, Jorge E. Córdoba Poveda, Carlos A. Gálvez Argote, Gustavo Jiménez Muñoz. Edgar Lombana Trujillo. Mario Mantilla Nougués, Carlos E. Mejía Escobar, Nilson Pinilla Pinilla.

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

DEFENSA TECNICA/PRUEBA

Repetidas veces la Corte ha dicho que la expresión "cuando no hubiere abogado inscrito que lo asista en ella", utilizada por la norma, debe ser entendida no en el sentido material de ausencia de abogados en la ciudad sede del despacho, sino desde una perspectiva de disponibilidad, en consideración a las circunstancias en las cuales debía ser recibida la injurada, de suerte que la alegación fundada en el hecho consistente en que en la ciudad de Manizales existían abogados residentes, y que por tal motivo la designación de una persona honorable no era posible, carece de fundamento.

El error susceptible de ser invocado en sede de casación debe ser trascendente, lo cual significa que ha de proyectarse con efectos vinculantes sobre la parte dispositiva del fallo, como decisión de mérito, de suerte que si lo atacado es el fundamento de la desestimación de una determinada prueba, mas no la desestimación en sí misma, con la cual se está de acuerdo, el ataque termina siendo absolutamente inane.

Corte Suprema de Justicia. - Sala de Casación Penal. - Santa Fe de Bogotá, D. C., catorce de julio de mil novecientos noventa y nueve.

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

Aprobado acta No.103 Proceso No. 10984

Resuelve la Corte el recurso extraordinario de casación interpuesto contra la sentencia de 17 de mayo de 1995, mediante la cual el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Manizales condenó al procesado Luis Fernando López Bernal a la pena principal de 25 años y 6 meses de prisión, como autor penalmente responsable de los delitos de homicidio, porte ilegal de armas de fuego de defensa personal, y cohecho por dar u ofrecer, y lo absolvió por el delito de lesiones personales.

HECHOS Y ACTUACIÓN PROCESAL

En las primeras horas de la noche del 6 de marzo de 1994, en el bar "La Embajada" de la ciudad de Manizales, distinguido con el No.23-60 de la carrera 22, Luis Fernando López Bernal disparó un arma de fuego contra su

compañero de mesa Bayron Castro Ramírez, en presencia, entre otras personas, de Gloria Nancy Osorio Patiño, empleada del bar, causándole una herida en la región preauricular izquierda, con fractura conminuta del temporal izquierdo y laceración cerebral, que determinó su muerte. A causa de los disparos resultó también herido a nivel del 4° espacio intercostal derecho Hernando Evelio Giraldo Aristizábal, cliente del negocio, quien departía con algunos amigos en otra de las mesas del establecimiento (fls.2 y 4-1).

Alertados por las detonaciones, los agentes de la Policía Nacional José Nelson Marín Morales y Juan Carlos Cuéllar Cárdenas, quienes en esos momentos se encontraban patrullando en el sector, pudieron observar que un cuerpo era arrastrado hacia la calle, para ser dejado sobre el andén, y a dos personas que huían del sitio. Iniciada su persecución, lograron la captura de Luis Fernando López Bernal y Juan Antonio García Osorio, hallando en posesión del primero un revólver marca Llama, .38 largo, del cual intentó deshacerse arrojándolo debajo de un vehículo. El mismo sujeto aceptó en presencia del Agente Juan Carlos Cuéllar Cárdenas haber sido el autor del homicidio, ofreciéndole la suma de cien mil pesos y el arma a cambio de su libertad.

La misma noche de los hechos fueron escuchados en declaración juramentada Luis Gonzaga Martínez Ocampo, dueño del establecimiento (fls.18-1); Hernán Vásquez (fls.7-1), Claudia Patricia Cardona (fls.8-1), José Fernando Morales (fls.9-1), Gloria Nancy Osorio Patiño (fls.11-1) y Luz Dary Marín Sánchez (fls.15), empleados del lugar; Juan Antonio García Osorio, cliente del bar, detenido por la policía (fl.24-1); y, en indagatoria, Luis Fernando López Bernal (fls. 20-1).

Luis Gonzaga Martínez Ocampo manifestó que dentro del establecimiento no hubo riñas, ni heridos, ni muertos. Los hechos sucedieron afuera, y por eso nada sabe, ni puede dar razón de lo ocurrido. Preguntado por los empleados que se hallaban en el lugar, mencionó a José Fernando Morales (operador de discos), Hernán Vásquez (*maître*), Claudia Patricia Cardona, Gloria Nancy Osorio Patiño y Luz Dary Marín Sánchez (empleadas) (fls.18-1).

Claudia Patricia Cardona (fls.8-1), Luz Dary Marín Sánchez (fls.15-1) y José Fernando Morales (fls.9-1), afirmaron no haberse dado cuenta de los hechos. Cuando escucharon los disparos, las primeras se hallaban viendo televisión, y el último en la cocina. Pasados varios minutos salieron y vieron al occiso tirado en el andén. Coinciden en señalar que la planta de personal estaba conformada por ellos tres, Luis Gonzaga Martínez Ocampo (dueño, administrador y cajero), Hernán Vásquez (maître), y Gloria Nancy, quien era nueva en el negocio.

Hernán Vásquez, comentó que al bar entró un grupo como de 5 personas, todos hombres, y pidieron aguardiente. Al rato un tipo que le dicen "el cabezón" sacó un revólver y disparó. Entonces corrió a esconderse a la bodega, y al regresar vio el muerto tirado en la calle. Luis Gonzaga le ordenó que trapeara el charco de sangre, y después llegó la policía. En la mesa donde se encontraba el occiso estaba un muchacho llamado Juan, y Carlos, quien se desempeña

como cajero en el bar "Embajada", pero no estaba de turno (fls. 7-1). En ampliación de declaración manifestó que esa tarde hacía las veces de maitre, y que en el lugar, además de él, se encontraban tres empleadas, el cajero Luis Gonzaga, y el ayudante de nombre Fernando (fls.43-1).

Gloria Nancy Osorio Patiño relató que entre 5 y 6 de la tarde llegaron al bar siete personas y empezaron a tomar aguardiente. Ella se sentó en su compañía y a los pocos minutos, uno de los integrantes del grupo le dijo "negra, todos ellos son pistolocos", y en ese momento se escucharon los disparos, sin que hubiera mediado discusión alguna entre ellos. La víctima cayó hacia el lado de Carlos (conductor del establecimiento), quien de inmediato arrastró el cuerpo hacia la calle con la ayuda de otro sujeto. El homicida abandonó el lugar y todos los que estaban en la mesa se fueron, dejando el muerto tirado en el andén. La mesa era redonda, ella estaba cerca del agresor, separada por una persona. A su lado derecho estaba el muchacho de camisa roja que fue retenido por la policía [se refiere a Juan Antonio García Osorio], y a su lado izquierdo Carlos, administrador y dueño también del bar. El homicida, quien también fue detenido, estaba frente de Bayron, y vestía una camisa negra. La víctima, vestía una camisa blanca, y tenía como una chaqueta en la mano. A ninguno de ellos les vio armas antes de los hechos. Conocía a Bayron desde hacía siete meses, pero hacía como veinte días no lo veía, y no sabía su nombre, aunque mantuvieron buena amistad. Después de los hechos dieron la orden de trapear el piso, y la instruyeron para que declarara que solo hasta ese día había iniciado labores en el bar, "y que no había visto nada". Sostiene que Luis Gonzaga se encontraba en ese momento en la administración, Claudia y Luz Dary en una mesa, y el *maitre* cerca del baño (fls.11-1).

En indagatoria, Luis Fernando López Bernal aceptó haber disparado contra Bayron Castro Ramírez después de haberse presentado un intercambio de palabras entre ellos, a raíz de un reclamo que le hizo a éste por haber matado hacía 15 días a un muchacho invidente en el café "Viejo Polo". Bayron se quedó callado en ese momento, pero minutos más tarde le dio a entender que había sido producto de los tragos, y que si esto le había causado mucho dolor, estaba resuelto a enfrentarlo, aunque podría pasarle lo mismo. Y agrega: "como en el momento yo estaba armado, yo me enceguecí de ira y le disparé. Las personas que allí se encontraban se sorprendieron, y yo en ese momento salí en huida" (fls.20 vto). El occiso estaba armado, pues cuando se quitó la chaqueta que traía puesta pudo observar que sacó el arma de la pretina del pantalón y la colocó entre las piernas tapándola con dicha prenda. Cuando Bayron le dio a entender que no se metiera, se le vino a la mente que su vida estaba en peligro, y entonces sacó el revólver y le disparó, no "porque viera que él me iba a disparar de pronto, sino por la reacción de sentirme agredido por sus palabras" (fls.22). El arma la había adquirido en la calle hacía como mes y medio, y no tiene salvoconducto. Desde las 2 de la tarde se encontraba tomando con dos amigos. Luego, al llegar a la fuente de soda "La embajada" se unieron al grupo Bayron y un amigo suyo, encontrándose adentro otras personas, entre ellas una muchacha. También estaban Carlos, Juan, y el cajero

del bar. No conoce a Hernando Evelio Giraldo Aristizábal, ni tenía conocimiento que hubiera resultado lesionado en los hechos. Sostiene que del susto pudo haberles ofrecido plata a los agentes de policía que lo capturaron, pero la verdad es que solo tenía veinte mil pesos en los bolsillos (fls.20-1).

Juan Antonio García Osorio (capturado) relató que encontrándose con dos señores, cuyos nombres desconoce, en la mesa siguiente donde departía la víctima, sintió que empezaron a disparar. Salió corriendo, y como a una cuadra un agente de la policía lo capturó y lo devolvió al sitio del insuceso. Nada sabe de los hechos, puesto que se encontraba muy borracho (fls.24-1).

Oído en declaración juramentada Carlos Eduardo Ochoa Arango, manifestó compartir las funciones de cajero y administrador del bar con Luis Gonzaga Martínez Ocampo. Preguntado sobre los hechos, negó haber estado presente cuando ellos sucedieron, argumentando que aproximadamente una hora antes había dejado el establecimiento en compañía de Liliana Vallejo. Es falso, por tanto, que estuviera en la mesa, y falso que hubiera arrastrado el cadáver hasta la calle. Sostiene que en el bar se encontraban Luis Gonzaga (cajero), Fernando Morales (operador de discos), el "salonero" o "maître" apodado "el peludo", y varias mujeres, entre ellas Claudia (fls.69-1).

Del proceso hacen también parte los testimonios de los agentes de la Policía Nacional José Nelson Marín Morales (fl.46-1) y Juan Carlos Cuéllar Cárdenas (fl.47-1), y la declaración de Hernando Evelio Giraldo Aristizábal (lesionado), quien manifestó haber recibido el impacto encontrándose dormido, y luego haber sido trasladado al hospital (fls.80-1). De igual manera, comunicación del Ministerio de Defensa Nacional, donde se informa que el revólver decomisado aparece registrado a nombre de Carlos Alberto Vásquez Escobar, quien manifestó que el arma se hallaba en poder de Luis Fernando porque éste, ese día, se la sustrajo para guardarla, al verlo dormido en los billares "Los Lagos" (fls. 124 y 141-1).

En ampliación de indagatoria, Luis Fernando López Bernal reafirmó lo dicho por Vásquez Escobar sobre la forma como entró en posesión del arma. Negó que hubiera ofrecido dinero a los agentes de policía, y manifestó haber sido presionado y maltratado por ellos antes de la indagatoria, la cual se llevó a cabo a la 1:30 horas de la madrugada, después de dormir la "rasca" en un calabozo, sin que se le hubiera permitido comunicarse con un abogado. Y agrega: "... quiero aclarar que cuando yo le hice la pregunta al señor Bayron sobre la muerte de un cieguito porque se oía el rumor que él lo había matado, entonces yo le dije que eso era una bellaquería, una guachada, ahí fue cuando él me dice que si yo me estaba metiendo a mí también me daba, ahí fue cuando yo vi que él se volvió a agarrar el arma, yo sentí algo que yo no había sentido en mi vida, pánico, terror y fue cuando resulté con el arma en la mano, pues no sabía siquiera que la tenía porque estaba en estado de embriaguez y como me habían dicho de la peligrosidad de este señor, no sentí sino miedo. Ahora yo por averiguaciones que he hecho en la cárcel quiero que la Fiscalía investigue sobre la pérdida del revólver porque tengo entendido

que al muerto no le encontraron arma y me han dicho que quien se llevó el arma y una chaqueta es un señor que llaman "El Peludo", que trabajó ahí" (fls.140-1).

También fue escuchada en ampliación de testimonio Gloria Nancy Osorio Patiño, quien al ser preguntada por su relación con el occiso, manifestó que eran amantes desde hacía aproximadamente un mes. Afirma que Bayron siempre andaba armado, y cuando tomaba acostumbraba envolver el arma en una chaqueta y colocarla encima de las piernas. Ese día se levantó de la mesa con la chaqueta puesta, se dirigió al baño, y regresó con ella envuelta, como solía hacerlo, colocándola encima de las piernas. Antes de que el agresor le disparara, Bayron se mandó la mano a las piernas donde tenía la chaqueta, como a sacar algo, y en ese momento le dispararon. Bayron cayó, y la chaqueta la cogió "El peludo", quien era el "salonero", y salió con ella, y no se le volvió a ver por ninguna parte (fls. 143-1).

Resuelta la situación jurídica y cerrada la investigación, la Fiscalía, mediante providencia de 11 de julio de 1994, calificó el mérito de sumario con resolución de acusación por los delitos de homicidio en Bayron Castro Ramírez, lesiones personales culposas en Hernando Evelio Giraldo Aristizábal, porte ilegal de armas de fuego de defensa personal, y cohecho por dar u ofrecer, conforme a lo previsto en los artículos 323 del Código Penal (art.29 de la ley 40 de 1993), 143 *ejusdem* y 1° del Decreto 3664 de 1986, incorporado a la legislación permanente por Decreto 2266 de 1991, decisión que causó ejecutoria el 19 de julio siguiente (fls.149 y 166-1).

En la audiencia pública, a instancia de la defensa, fue escuchado en declaración William Ceballos (a. El Peludo), quien aseguró que el día del insuceso se hallaba en el bar "La Embajada" cumpliendo labores de "salonero", por contratación que le hiciera Luis Gonzaga la tarde anterior. Nadie más, sino él, cumplía ese día dichas funciones. Sostiene que minutos antes de los hechos, Bayron se paró de la mesa y se dirigió al baño, pero no ingresó, sino que sacó un revólver de la pretina del pantalón y lo envolvió en la chaqueta, rechazando el ofrecimiento suyo de guardárselo. Ya en la mesa, trató sorpresivamente de levantarse y alzar las manos, y en ese momento recibió el disparo. El recogió la chaqueta junto con el arma, y salió del negocio a llamar al papá de Bayron, pero cuando abandonaba el lugar fue sorprendido por los policiales, quienes lo encarcelaron y lo despojaron de los mencionados elementos, manifestándole que se "perdiera". Después alguien le comentó que habían vendido el revólver (fls.244 y 246 ss-1).

El 6 de marzo de 1995, el Juzgado Décimo Penal del Circuito de Manizales condenó al procesado a la pena principal de 25 años y 6 meses de prisión, y la accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas por el término de 10 años, como autor responsable de los delitos de homicidio, porte ilegal de armas de fuego de defensa personal, y cohecho por dar u ofrecer, y lo absolvió por el delito de lesiones personales, debido a que no fue posible acreditar incapacidad y/o secuelas. En la misma decisión, ordenó expedir copias para

investigar penalmente la conducta del personal del bar "La Embajada", y el posible delito de falso testimonio en que pudo haber incurrido William Ceballos (fls. 279-1).

Apelado este fallo por el acusado y su defensor, el Tribunal Superior, mediante el suyo que ahora es objeto del recurso extraordinario, lo modificó en el sentido de ordenar el comiso del arma con la cual se cometió el homicidio, y dispuso expedir también copias para investigar un posible delito de falsedad, por estimar que la testigo Gloria Nancy Osorio Patiño pudo haber sido suplantada en su segunda versión (fls.339, 362-1).

La Demanda

Dos cargos, uno con fundamento en la causal tercera de casación, y otro con apoyo en la primera, presenta el recurrente contra la sentencia impugnada.

Causal tercera:

Comprobada existencia de irregularidades sustanciales que afectan el debido proceso, y violación del derecho de defensa.

Sostiene que Luis Fernando López Bernal fue detenido el 6 de marzo en las primeras horas de la noche y llevado a las instalaciones de la Sijín. La Fiscalía 19 de la Unidad Previa Permanente dispuso inmediatamente la apertura de la instrucción, recibió varios testimonios, y escuchó en indagatoria al imputado siendo las 12:30 de la noche, dejando constancia en el sentido de que "dada la ausencia de profesionales del derecho a esta hora en este Despacho" se le nombraba como defensor de oficio al señor Blemer Valencia Hincapié, persona de "gran honorabilidad".

En el proceso existía evidencia de que López Bernal había estado ingiriendo licor, y que pocas horas antes se encontraba embriagado. Sin embargo, fue sometido a indagatoria, con desconocimiento de lo dispuesto en el artículo 358 del Código de Procedimiento Penal, que ordena que este acto debe ser libre y voluntario, y resulta claro que bajo los efectos del alcohol tanto la libertad como la voluntad se minimizan.

Según reza en la diligencia, al procesado se le previno para que nombrara un defensor que lo asistiera en ella, pero una advertencia de esta índole, en un cuartel de policía, a la una de la mañana, viola también el artículo 358 del Código de Procedimiento Penal, por traducirse en una garantía imposible de ser materializada, puesto que la Fiscalía debía saber que a esa hora, y en ese lugar, no había abogados disponibles.

Igual acontece con la constancia dejada por el funcionario sobre la ausencia de abogados en el lugar, pues la Fiscalía, como se dejó visto, sabía de antemano que allí no era posible conseguir profesionales del derecho, y que la garantía que pretendía brindar era aparente.

El solo hecho de haber recibido la indagatoria sin la asistencia de un abogado, constituye violación al derecho de defensa, ya que a partir de la vigencia de la nueva Constitución Política, y por virtud de lo dispuesto en su artículo 29, el procesado debe estar acompañado de un profesional del derecho, o en su defecto de un estudiante de consultorio jurídico, siendo el artículo 148.1 del estatuto procesal contrario a este mandamiento. De allí que técnicamente, la indagatoria del procesado sea inexistente, e ineficaz la actuación procesal adelantada a partir de ese momento.

Consecuente con sus planteamientos solicita a la Corte casar el fallo impugnado, y decretar la nulidad del proceso a partir del auto que dispuso el cierre de la instrucción, disponiendo que el Fiscal competente reciba indagatoria al imputado con el lleno de las garantías procesales previstas para el efecto.

Causal primera

Subsidiariamente, el demandante plantea violación indirecta de ley sustancial, debido a errores de hecho en la apreciación de los testimonios de Gloria Nancy Osorio Patiño y William Ceballos, y la indagatoria de Luis Fernando López Bernal, que llevaron a los juzgadores de instancia a negar el reconocimiento de la defensa putativa en favor del procesado.

Sostiene que el fallo impugnado, después de valorar los testimonios de Gloria Nancy Osorio Patiño y William Ceballos, y de precisar que la restante prueba incorporada al proceso resultaba inocua en punto al esclarecimiento de los hechos, terminó excluyendo la segunda declaración de la testigo, con la peregrina tesis de que había sido suplantada por otra mujer.

En este proceso de apreciación, los juzgadores incurrieron en error de hecho, en cuanto desconocieron las condiciones de lugar, tiempo y modo en que estas pruebas se "formaron", con violación de los artículos 254, 294 y 264 del Código de Procedimiento Penal, como se deja visto a continuación:

1. El testimonio de Gloria Nancy Osorio Patiño consta de las declaraciones de 6 de marzo y 10 de junio de 1994. La sana crítica de la prueba imponía su análisis conjunto, pero la sentencia, con violación de los citados artículos 294 y 254 del estatuto procesal penal, llevó a cabo una evaluación parcial de ellas, sentando la tesis de que solo la primera correspondía a la testigo.

Como si esto fuera poco, el Tribunal, al motivar su decisión, afirmó que no se requerían conocimientos grafológicos para advertir que las firmas puestas en las declaraciones correspondían a personas distintas, anunciando, a renglón seguido, la expedición de copias para investigar el posible delito de falsedad, lo cual viene a constituir una posición injusta e infame, en cuanto se acusa al defensor de falsario bajo presupuestos insostenibles, extraprocesales e inexactos.

Esta apreciación configura un error de hecho, puesto que la conclusión más ajustada a una sana crítica habría sido admitir la probabilidad de que la

testigo hubiese variado la forma de firmar, por cualquier razón, dejando abierta la posibilidad de adquirir certeza por los medios técnicos sobre las causas de las diferencias observadas en las firmas, como necesariamente sería un examen grafológico.

También se presenta error de hecho en la apreciación de este testimonio cuando se afirma que la primera versión es incontrastable, dejando de lado factores como la formación de la percepción, la moralidad de la deponente, sus circunstancias sociales, su interés en el proceso, las singularidades de su relato y la unidad de sus dos intervenciones testificales, con violación "indirecta" del artículo 294.

Una apreciación adecuada de este testimonio, permite concluir que carece de crédito, y que su segunda versión -que es auténtica-, solo contribuye a restarle veracidad, entre otras razones, porque su percepción fue parcial, defectuosa y errada; porque estaba vinculada afectiva y sexualmente con Bayron, lo que supone en ella interés en agravar la situación de quien le dio muerte a su amante; porque se dedica a una profesión degradante, que la hace poseedora de una ética y moral dudosa, pues las prostitutas viven en un mundo inestable, cambiante y frágil, que se refleja en la concepción de la verdad; porque su versión aparece en abierta contradicción con los hechos; y, porque sus dos declaraciones no guardan "unidad interna", existiendo entre ellas contradicciones sustanciales que determinan que no pueda dársele crédito, ya que se hace imposible saber cuándo ha mentido, y en qué aspectos ha dicho la verdad.

De lo anterior se concluye que Gloria Nancy Osorio Patiño carece de credibilidad, y que su dicho no es suficiente para desvirtuar las afirmaciones de Luis Fernando López Bernal en lo que toca con las incidencias que motivaron el homicidio, y las causas objetivas y subjetivas de su comportamiento.

2. El testimonio de William Ceballos, por su parte, fue apreciado insularmente en la sentencia, incurriéndose por este modo en un error de hecho, con violación "indirecta" del artículo 254 del Código de Procedimiento Penal.

Este deponente, corrobora dos afirmaciones básicas de la defensa putativa: Que Bayron Castro estaba efectivamente armado al momento de los hechos, y que "gesticuló en actitud suficiente" para que el procesado interpretara ese movimiento como una agresión. Sin embargo, al ser apreciado este testimonio por los juzgadores, se le aísla de su contexto general, para valorársele dentro de un mundo de subjetivismos y academicismos, que pretenden someter el comportamiento del declarante a un frío y deliberado modelo de laboratorio, ajeno por entero a las pasiones, emociones, intereses y reacciones en la vivencia cruda y directa de los hechos.

Ilustra sus afirmaciones con transcripciones de la sentencia, e insiste en que una adecuada apreciación de este testimonio, bajo la sana crítica, y con arreglo a los factores de formación de su percepción, las condiciones morales

y sociales del deponente, y sus intereses directos e indirectos, demuestran su errónea apreciación por parte de los juzgadores de instancia.

Cierto es que William Ceballos solo vino a ser interrogado en la audiencia, pero no puede decirse que sea un testigo que ha llegado inopinadamente al proceso, puesto que desde el 11 de marzo, el cajero Carlos Eduardo Ochoa, quien presenció los hechos, incluye entre los testigos presenciales al "peludo", apodo con el cual se conoce el testigo. Además de esto, dio una completa razón histórica de su dicho, pues refiere por qué estaba en el bar, quiénes se encontraban laborando, y quiénes ocupaban la mesa donde se presentó el problema, afirmaciones que son corraboradas por los demás declarantes.

William Ceballos era amigo personal de Bayron, y no mantenía relaciones de amistad, afectivas, laborales o económicas con el procesado, lo cual garantiza su imparcialidad; tampoco tiene sentencias judiciales en su contra, ni antecedentes de policía, ni objeción alguna de carácter social que lo inhabilite moralmente como testigo. Su relato es coherente, racional, exento de singularidades que lo hagan increíble, ilógico, y contrario a la experiencia media del comportamiento humano.

La decisión de recoger los objetos personales de su amigo Bayron cuando lo vio caer, y de salir corriendo, se ajustan a un patrón de fuerte impacto emotivo y súbito, normal en la generalidad de las personas, y los actos que sobrevinieron (interceptación por los agentes de la policía, despojo de los elementos y amenazas), se corresponden con el patrón socio político que estamos viviendo, donde las fuerzas policiales generan los más graves atropellos a los ciudadanos.

Su presencia en el lugar de los hechos es corroborada por Carlos Eduardo Ochoa, y si bien es cierto Gonzaga Martínez dice que el "salonero" era Hernán Vásquez, éste en su declaración no lo acepta, sino que se limita a decir que estaba viendo televisión, y ninguno de los demás empleados afirma que Hernán Vásquez fuese el "salonero" del lugar en esa fecha.

También corrobora su versión el padre de la víctima, quien declara haber recibido una llamada telefónica alrededor de las 7 de la noche del día de los hechos, de una persona que no se identificó, para informarle lo sucedido, pues William sostiene que después de haber sido despojado de los elementos por la policía, se dirigió a la academia de ajedrez, desde donde llamó al papá del muerto.

Por consiguiente, a la luz de la sana crítica, y en el contexto general de la prueba incorporada al proceso, William Ceballos es testigo intachable, de entero crédito.

No obstante, los juzgadores, al apreciar este testimonio, descontextualizan su contenido, aislándolo, y dejando de analizar sus condiciones generales de formación, la razón histórica del dicho, las condiciones morales, sociales y personales del declarante, sus intereses en el proceso, la lógica de sus afirmaciones, y "la virtualidad social y personal de su comportamiento en las

condiciones precisas de nuestra actual forma de vida", incurriendo en un error de hecho, con violación "indirecta de las ya citadas normas de derecho sustancial, artículos 254 y 294 del Código de Procedimiento Penal".

Si se analiza la prueba en conjunto, se advertirá que el informe de la SIJIN, da cuenta del hallazgo en el bolsillo interno delantero del pantalón de Bayron Castro, de tres cartuchos calibre 38 largo, prueba que permite inferir que el occiso se encontraba realmente armado cuando sucedieron los hechos, como lo afirman el procesado y el testigo William Ceballos, lo cual resulta lógico si se tiene en cuenta que su profesión era la de guardaespaldas.

Los agentes que intervinieron en la captura del procesado, informan que éste, al ser aprehendido, aseguró haber disparado contra Bayron Castro porque había matado un muchacho en el café "Viejo Polo", lo cual no se discute, pero esto no implica, como se sostiene en la sentencia, exclusión de las afirmaciones justificantes del acusado.

El testimonio de Carlos Eduardo Ochoa Arango, tiene doble significación probatoria: Referir la presencia en el lugar de los hechos del "peludo", quien después fue identificado como William Ceballos, y dar a conocer los nombres de otras personas que estuvieron en el bar esa tarde, coincidiendo con el relato que después hizo Ceballos en la audiencia.

La declaración de Luis Gonzaga Martínez fue descalificada por su evidente interés en mentir. De cualquier forma, resulta importante destacar cómo este testigo se empeña en introducir confusión al proceso, asegurando, por ejemplo, que Hernán Vásquez era el salonero en la tarde del insuceso, cuando la verdad es que éste, en ninguna de sus intervenciones, asegura haberlo sido, limitándose a decir que se encontraba viendo televisión.

Los relatos de Hernando Evelio Giraldo, Juan Antonio García y Claudia Patricia Cardona tienen la virtualidad de confirmar parcialmente el dicho del acusado sobre la identidad de algunas de las personas que se hallaban en el lugar; y, el testimonio de José Oscar Castro, padre del occiso, la de confirmar la llamada que le hizo William Ceballos, quien no se identificó. Y aunque estos testigos difieren en algunos aspectos, como la hora y el lugar donde se hallaba el cuerpo, esto puede explicarse como producto de la tensión mutua vivida en esos momentos, que no permite una recordación exacta y minuciosa de lo sucedido.

Analizado, entonces, el conjunto probatorio, claramente puede verse que ninguna de las pruebas aportadas controvierte la versión del inculpado, y en cambio muchas de ellas concurren a afianzar las afirmaciones.

3. La indagatoria de Luis Fernando López Bernal y su ampliación fueron valoradas conjuntamente en el fallo, pero el Tribunal incurrió en error de hecho al sostener que en lo relativo a la causa inmediata de la acción homicida, la segunda versión contradecía la primera.

Una correcta valoración de esta prueba, imponía analizar las circunstancia en las cuales fueron percibidos los hechos, y en el concreto caso las

anormales condiciones en que López Bernal rindió la primera versión (después de ser sacado de un calabozo, a la media noche, bajo los efectos del alcohol y sin defensor), situación que explica sus imprecisiones conceptuales, luego aclaradas en su ampliación.

Solo bajo esta óptica, puede ser valorado el alcance de las expresiones de la primera declaración, que revelan la reacción suya ante un peligro inminente, iniciado con un ataque verbal, y el carácter complementario de las explicaciones ofrecidas en la ampliación, surgiendo de esta manera, claros los dos aspectos centrales de la defensa putativa invocada: que Bayron estaba armado, y que realizó un gesto suficiente para ser interpretado como el comienzo del ataque armado.

Apoyado en estas consideraciones solicita a la Corte casar el fallo impugnado y, en su lugar, absolver al procesado de los cargos por el delito de homicidio, por haber actuado dentro de la circunstancia de inculpabilidad prevista en el artículo 40.3 del Código Penal (fls.397-1).

CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

Cargo primero: En relación con este reparo, el Procurador Primero Delegado en lo Penal considera que no está llamado a prosperar, porque si bien es cierto la decisión de la Fiscal de escuchar inmediatamente al capturado en indagatoria, siendo la media noche, y con la asistencia de una persona honorable como defensora, no resulta acertada, una tal informalidad no determina la ineficacia de la actuación, puesto que para el momento de la diligencia se encontraba todavía vigente el artículo 148 del estatuto procesal, que habilitaba esta clase de designaciones.

El otro reproche, consistente en haber escuchado al procesado en indagatoria sin tener en cuenta que horas antes se encontraba embriagado, tampoco resulta admisible, toda vez que no existe elemento de juicio alguno que indique que al momento de la diligencia estuviera ebrio, y el tiempo transcurrido desde su captura (seis horas) había permitido su restablecimiento, como se desprende de la absoluta coherencia y precisión que revela en la exposición de sus ideas.

Cargo segundo: Para el Procurador Delegado tampoco son de recibo los fundamentos de este reproche, de una parte, porque técnicamente adolece de inconsistencias en su formulación, en cuanto se omite indicar las normas sustanciales indirectamente transgredidas, y de otra, porque no se estructura la transgresión de los artículos del Código de Procedimiento Penal que la demanda considera violados.

En relación con el testimonio de Gloria Nancy Osorio Patiño, sostiene que para advertir la disimilitud de las firmas puestas en la versión inicial y la ampliación, no se requería la concurrencia de un perito, porque la diferencia entre ellas resulta palmaria, no siendo por tanto necesaria la intervención de un especialista.

La otra crítica, fundada en que este testimonio no guarda unidad interna, emerge fuera de contexto, ya que esta falta de unidad fue precisamente uno de los aspectos que llevaron al Tribunal a desechar el segundo relato, junto con la diferencia en las firmas, y a ordenar la expedición de copias para la investigación respectiva.

Respecto de las condiciones personales, laborales y sociales de la testigo, que en criterio del demandante restan credibilidad a su dicho, sostiene que estos aspectos juegan papel importante en la valoración de la prueba, pero no la descalifican *a priori*. Corresponde al juzgador determinarlo frente a los parámetros de la sana crítica y los demás elementos de juicio aportados al proceso, labor que desarrollaron coherentemente los juzgadores, quienes llegaron a la conclusión acertada de que su primera versión se ajustaba a la verdad.

La crítica formulada en relación con el testimonio de William Ceballos, tampoco es de recibo, como quiera que el actor no precisa si el supuesto yerro provino de falta de apreciación o de distorsión de su expresión fáctica, y la afirmación consistente en que fue valorada por fuera del contexto general, carece de fundamento, ya que los juzgadores confrontaron su dicho con las versiones de los agentes de policía que intervinieron en la captura del procesado, llegando a la conclusión de que su relato sobre la entrega del arma y la chaqueta de propiedad de la víctima a los policías, no era cierto.

El Tribunal, en aplicación de la lógica y la experiencia, consideró inaceptable el relato del testigo, al estimar, frente a las circunstancias que rodearon la intervención de los policiales y la aprehensión de López Bernal y García Osorio, que los agentes apenas tuvieron tiempo de salir en persecución de quienes abandonaban sospechosamente el lugar de los hechos. Además, porque ningún comentario le habría hecho al padre de la víctima sobre la existencia de los referidos elementos cuando supuestamente lo llamó para informarlo de lo ocurrido.

El dicho del testigo sobre la existencia de la chaqueta y el arma, busca sustentar la afirmación de que la víctima se hallaba armada, y que al momento de ser herida levantó los brazos dando lugar a que el procesado creyera que podía ser atacado, con lo cual se pretende sustentar la tesis de la legítima defensa putativa, pero el raciocinio de los juzgadores aparece desprovisto de yerros en su valoración.

Por último, la credibilidad que el Tribunal le otorgó a la primera versión del procesado, no se ampara en la sola lógica que conduce a desechar sus explicaciones vertidas después en ampliación de indagatoria, sino también en su valoración conjunta con los testimonios de los agentes de policía, quienes relatan que López Bernal aceptó ante ellos haber disparado contra Bayron Castro Ramírez, porque una semana antes había dado muerte "al dueño del Viejo Polo o algo así", lo cual concuerda con el dicho de la testigo Gloria Nancy Osorio Patiño, quien asegura que el procesado disparó sin mediar acción de ninguna clase por parte de Bayron.

En suma, el censor a lo largo de su disertación impugnatoria se dedica a contraponer su personal criterio valorativo al expresado por los juzgadores, sin lograr demostrar los errores que denuncia, razón por la cual este cargo debe también desestimarse (fls.5 y siguientes del cuaderno de la Corte).

SE CONSIDERA

Causal tercera:

Dos ataques comprende realmente este primer cargo contra la sentencia impugnada. Uno, relativo a la violación del derecho que tenía el imputado de nombrar un abogado que lo asistiera en indagatoria; otro, fundado en el hecho de haber sido indagado en estado de embriaguez.

1. En relación con el primer aspecto resulta forzoso admitir que las circunstancias en que fue recibida la indagatoria no eran las más adecuadas, en razón de lo avanzado de la hora y la dificultad de poder conseguir un abogado que asistiera al imputado en la diligencia, pero este hecho no constituye irregularidad que vicie de nulidad la actuación cumplida por violación del derecho de defensa.

Para la fecha en que fue recibida la indagatoria (marzo 7/94), se encontraba todavía vigente el inciso 1° del artículo 148 del Código de Procedimiento Penal, que establecía la posibilidad de confiar el cargo de defensor del imputado para esta diligencia a una persona honorable, cuando en el lugar no hubiere un abogado que pudiera asistirlo, norma a la que acudió el funcionario instructor, y cuya aplicación, por tanto, resulta legítima.

Repetidas veces la Corte ha dicho que la expresión "cuando no hubiere abogado inscrito que lo asista en ella", utilizada por la norma, debe ser entendida no en el sentido material de ausencia de abogados en la ciudad sede del despacho, sino desde una perspectiva de disponibilidad, en consideración a las circunstancias en las cuales debía ser recibida la injurada, de suerte que la alegación fundada en el hecho consistente en que en la ciudad de Manizales existían abogados residentes, y que por tal motivo la designación de una persona honorable no era posible, carece de fundamento.

La Sala entiende que el funcionario instructor pudo haber esperado algunas horas en procura de asegurar el concurso de un abogado que asistiera al imputado en indagatoria, sobre todo si se toma en cuenta que no tenía apremio de términos, y que las características del hecho investigado no imponían una indagación inmediata, pero haber dejado de hacerlo no constituye anomalía que pueda afectar la validez del proceso.

La diligencia, como acertadamente lo sostiene la Delegada en su concepto, se ajustó a la regulación procesal vigente, y el sindicado accedió a su realización sin pedir aplazamiento, después de haber sido informado del derecho que tenía de nombrar un defensor que lo asistiera en ella, y de solicitar la designación de uno de oficio, según se desprende del contenido del acta correspondiente (fls.20-1).

En ampliación de injurada, López Bernal sostiene que la noche de los hechos, cuando era conducido a rendir indagatoria, entregó a uno de los agentes de policía la tarjeta de presentación de su abogado para que procediera a llamarlo, obteniendo como respuesta la destrucción del documento, pero sus afirmaciones en este sentido, además de carecer de sustento probatorio, resultan inverosímiles, si se da en considerar que al momento de rendir indagatoria nada dijo sobre el incidente que venía de presentarse, ni refirió tener abogado de confianza que lo asistiere en la indagatoria, no obstante haber sido expresamente preguntado sobre el particular.

De manera que, por este aspecto, ningún vicio con afectación del debido proceso o el derecho de defensa puede imputarse a la actuación del funcionario instructor.

2. La crítica consistente en que el sentenciado se encontraba en estado de embriaguez cuando se llevó a cabo la diligencia de indagatoria, la apoya el demandante en la circunstancia de haber estado el procesado ingiriendo licor en las horas de la tarde, pero este hecho, por sí solo, no necesariamente indica que estuviera ebrio cuando ocurrió el insuceso, o cuando rindió la indagatoria.

La testigo Gloria Nancy Osorio Patiño, quien ocupaba la mesa de la víctima, sostiene que los integrantes del grupo se encontraban en sano juicio (fl.13), afirmación que resulta corroborada por la condición física y actitud lúcida que el agresor develó al emprender veloz carrera en procura de asegurar la impunidad del delito, y la versión del agente de policía Juan Carlos Cuéllar Cárdenas, quien asegura que López Bernal se encontraba tomado mas no borracho (fls.47 vto.-1).

Si a lo anterior se suma el tiempo transcurrido desde la ocurrencia de los hechos (aproximadamente seis horas), se concluye que el cargo carece de fundamento, puesto que el procesado, además de no encontrarse en estado de embriaguez cuando sucedieron los hechos, habría tenido tiempo suficiente para recuperarse del estado de alteración psicomotora que hubiere podido provocar el licor ingerido, lo cual se revela en la forma coordinada y coherente en que expone sus ideas en la indagatoria, como lo destaca el Procurador Delegado en su concepto.

Por carecer, entonces, de sustento fáctico, se impone también la desestimación de esta censura.

Causal primera:

1. Apreciación errónea del testimonio de Gloria Nancy Osorio Patiño.

El planteamiento del demandante en relación con esta probanza resulta contradictorio, o cuando menos confuso, pues al tiempo que censura al Tribunal por haber desechado la segunda versión de la testigo con la tesis de la suplantación personal, asegura que su dicho, como unidad testimonial, no resulta creíble por defectuoso, interesado, y provenir de persona dedicada a una profesión degradante.

El error susceptible de ser invocado en sede de casación debe ser trascendente, lo cual significa que ha de proyectarse con efectos vinculantes sobre la parte dispositiva del fallo, como decisión de mérito, de suerte que si lo atacado es el fundamento de la desestimación de una determinada prueba, mas no la desestimación en sí misma, con la cual se está de acuerdo, el ataque termina siendo absolutamente inane.

Es lo que acontece en el presente caso con la censura fundada en el hecho de haber el Tribunal desechado la segunda versión de la testigo, pues el demandante parece estar de acuerdo con su desestimación, solo que disiente de los motivos que los juzgadores tuvieron para hacerlo, y complementariamente de la decisión de acoger de manera integral lo dicho en el primer relato.

Por estas razones, la Corte se abstendrá de incursionar en el estudio de la censura, no sin dejar de precisar que la disparidad advertida en los rasgos escriturales de las firmas de la testigo, solo constituyó un argumento complementario para su desestimación, y que la concurrencia de un perito grafólogo no era necesaria para invocarlo, ni para ordenar la expedición de copias en orden a una investigación de carácter penal.

La descalificación del relato vertido en la ampliación estuvo precedido de un análisis crítico y razonado del mismo, frente a las reglas de la sana crítica, que llevaron a los juzgadores a concluir que la testigo mentía en esta segunda oportunidad, con el inocultable propósito de beneficiar al acusado, como claramente se infiere de los siguientes apartes de la sentencia del juez *ad quem*:

"Cuánta diferencia hay en este relato y el que Gloria Nancy hizo la misma noche de los hechos. Una lectura a los dos basta para deducir que quien declara en la última oportunidad miente sin escrúpulos, sin duda con el ánimo de favorecer al acusado.

"Pero dijimos que desde allí se estaba preparando el terreno para lo que declararía William Ceballos y explicamos por qué (...).

"No hay que hacer malabarismos mentales para descubrir los (sic) que hacen quienes dan las versiones en comento, con el evidente propósito de favorecer al acusado. Pero, como casi siempre ocurre en tales casos, quedan fisuras tan importantes que al final los esfuerzos de los mentirosos se pierden y sus versiones resultan irreconciliables en puntos fundamentales. Aquí, por ejemplo, según la ampliación de que hicimos mérito, Luis Fernando López disparó en el preciso momento en que Bayron hizo el ademán de coger el arma que tenía sobre las piernas, entre tanto, recordamos cómo, William vio fue que Bayron levantaba los brazos. Además, no se ponen de acuerdo acerca de si Bayron entró al baño para allí camuflar el arma entre la chaqueta, como dice la ampliación, o si no entró, como afirma William.

"Pero las cosas no paran aquí. La enorme diferencia entre la versión inicial de Gloria Nancy y lo que consta en la ampliación que venimos comentando

llamó tan poderosamente la atención del Tribunal que escudriñó en todos sus detalles y encontró con sorpresa, cómo la firma que respalda la ampliación dicha no tiene la más remota similitud con la que aparece en la inicial declaración. Sin necesidad de especiales conocimientos en grafología, no vacilamos en afirmar que corresponden a dos personas diferentes. Y esto significa, ni más ni menos, que estamos frente a un hecho que puede constituir delito de falsedad y reclama ser investigado por las autoridades competentes" (fls.361 y 362-1).

Equivocado resulta, así mismo, el ataque que el actor plantea por error de hecho derivado de una supuesta descontextualización de la versión de la testigo, no solo porque dicha situación jamás se presentó, sino porque el reparo termina convirtiéndose en una crítica personal a la valoración del mérito de este testimonio, que, como se sabe, carece de aptitud para conmover los fundamentos probatorios de la decisión impugnada, en virtud de la doble presunción de acierto y legalidad de que está amparado el fallo de segunda instancia.

Si se examina la sentencia, se advertirá que el Tribunal analizó en conjunto las dos versiones de la testigo, poniendo de presente sus notables diferencias, e interrelacionándola con otros medios de prueba allegados al proceso, como el testimonio de William Ceballos y la versión del procesado, para concluir, después de un pormenorizado análisis de los mismos, que la testigo mentía en su segunda versión, y que solo su primer relato ameritaba atendibilidad frente a las reglas de la sana crítica.

De allí que carezca de fundamento la afirmación del casacionista, en el sentido de que los juzgadores de instancia violaron la ley procesal al haber realizado una evaluación parcial de este testimonio, con desconocimiento de los demás elementos de prueba allegados al plenario, y del principio de unidad intrínseca, aspecto sobre el cual resulta preciso señalar que no por presentarse divergencias entre las varias versiones de un mismo testigo, su dicho debe necesariamente desestimarse.

Cuando una situación de este tipo tiene ocurrencia, corresponde al juzgador adelantar un trabajo analítico de comparación, que no de eliminación a priori, a fin de establecer en cuál de sus distintas versiones el testigo dice la verdad, tarea que cuidadosamente realizaron los juzgadores en el presente caso, permitiéndoles concluir, con criterio razonado, que la testigo mentía en la segunda declaración.

Se equivoca también el censor al considerar que la condición personal, social y laboral de la testigo, constituyen factores que descalifican *ab initio* su dicho. El mérito probatorio de un testimonio solo puede ser determinado a partir del estudio de su contenido y de la aplicación de los criterios de apreciación señalados en el artículo 294 del Código de Procedimiento Penal, no de disquisiciones abstractas en torno de la forma de vida o condición moral del testigo, como equivocadamente lo hace el impugnante.

El actor, como se ve, no logra demostrar la existencia de los errores de apreciación probatoria denunciados.

2. Apreciación errónea del testimonio de William Ceballos.

Este reparo carece de fundamento, pues no es cierto que los juzgadores hayan apreciado el citado testimonio al margen del contexto probatorio, con violación del artículo 254 del Estatuto Procesal, como lo plantea el actor en el enunciado, ni tampoco que su desestimación haya obedecido a errores de apreciación probatoria.

Una lectura desprevenida de las sentencias de instancia permite advertir que a su rechazo se llegó después de ser confrontado su contenido con las versiones de Gloria Nancy Osorio Patiño, José Nelson Marín Morales y Juan Carlos Cuéllar Cárdenas (agentes de policía que realizaron las capturas), y José Oscar Castro Montoya (padre de la víctima), y de concluir que su relato no solo resultaba discordante, sino que su presencia en el lugar aparecía indemostrada, siendo evidente el carácter mendaz de sus afirmaciones. De allí que un ataque soportado en la afirmación de que la prueba fue valorada selectivamente, resulte totalmente alejado de la verdad fáctico procesal.

Distinto es que el casacionista no comparta la valoración que los juzgadores hicieron del mérito de esta prueba, y que a partir de tal premisa pretenda deducir la existencia de un error de hecho por desconocimiento de las reglas de la sana crítica, como sin reservas lo plantea en el desarrollo de la censura, pero tampoco este desacierto logra ser demostrado por el impugnante.

La Corte ha sido reiterativa en señalar que para que un ataque de esta naturaleza pueda tener posibilidad de éxito, es necesario que el actor demuestre, con apego irrestricto en la información recogida en el proceso, que la valoración realizada por los juzgadores transgrede de modo grotesco los principios de la estimación racional de la prueba, por desconocimiento de los postulados de la lógica, la experiencia y la ciencia, y que por virtud de este desacierto se llegó a una decisión equivocada.

También ha dicho que los enunciados generales sobre la precariedad persuasiva de las pruebas que sirvieron de soporte a la sentencia recurrida, y la supuesta solvencia demostrativa de las que no lo fueron, no constituyen argumentos válidos para sustentar un ataque de esta naturaleza, como tampoco pueden serlo las alegaciones por atentados a una lógica construida y operada con criterio personal.

El demandante se esfuerza en demostrar que el presunto testigo se hallaba presente en el lugar de los hechos, y cumplía las funciones de maitre o salonero, pero esto no es lo que indica la prueba allegada al proceso. Basta examinar las versiones de Hernán Vásquez, Luz Dary Marín Díaz y Luis Gonzaga Martínez, para concluir que dicho sujeto no hacía parte de la planta de personal que laboraba la noche de los hechos, y que las funciones de *maitre* venían siendo cumplidas por el primero de ellos. Veamos:

Declaración de Hernán Vásquez "Hago de mitre (sic) en el establecimiento la embajada de esta ciudad... me toca entregar las mesas a las muchachas"

(fls.43-1). Declaración de Luz Dary Marín Sánchez "Estaba Fernando que es el discómano, estaba Gonzaga que es el cajero, estaba Hernán que es el mitra (sic) o el mesero. Estaba Claudia y la otra pelada Gloria Nancy, y yo nada más" (fls.16-1). Declaración de Luis Gonzaga Martínez: "Estaba Patricia Cardona, Gloria, Luz Dary, Hernán Vásquez este último es el *mitra* (sic), o sea el que está pendiente de las mesas que tocan en una mesa y ordena a las peladas para que atiendan, está pendiente de los clientes" (fls.18-1).

Ninguno de los empleados del bar que fueron conducidos la misma noche de los hechos a las oficinas de Policía Judicial con el objeto de ser oídos en declaración, señala a William Ceballos, o el "peludo", como persona que hiciera parte de la nómina de personal, o se encontrara en el establecimiento. Su nombre solo vino a ser suministrado al proceso varios días después por Carlos Eduardo Ochoa Arango (coadministrador del bar), persona que, como se recuerda, arrastró el cadáver hacia la calle, y que luego mintió a la justicia al afirmar que no se encontraba en el bar cuando sucedieron los hechos.

Sostener, entonces, que la presencia de William Ceballos en el lugar está acreditada porque Ochoa Arango así lo sostiene, sin consultar el contenido de la restante prueba aportada al proceso, resulta insolente, y contrario a los más elementales principios de la sana crítica, como también resulta sin sentido sostener que el testigo dio cuenta cabal del conocimiento de su dicho, y que su relato es coherente, racional, y exento de particularidades que lo hagan increíble, sin demostrar de qué manera las reglas de la lógica, la experiencia o la ciencia dejaron de ser aplicadas por los juzgadores al desestimar su dicho.

Nada dice, por ejemplo, sobre las incoherencias advertidas por los fallos entre las versiones del acusado, el segundo relato de la testigo Gloria Nancy Osorio Patiño y el dicho de William Ceballos, en torno al momento en que la víctima supuestamente camufló el arma entre la chaqueta, y la actitud que habría determinado la reacción violenta del procesado.

Tampoco, sobre lo ilógico que resultaba que el testigo hubiera optado por huir con el arma y la chaqueta, pudiendo haberlos guardado en el establecimiento, o que hubiera llamado al padre de la víctima, y no le hubiera comentado de la existencia de los referidos elementos.

De igual manera, sobre las inconsistencias de sus explicaciones sobre los motivos por los cuales omitió denunciar el hecho a la justicia; y la falta de concreción del momento en que los policiales lo habrían despojado de los objetos, así como la falta de correspondencia entre su accionar y el de los agentes del orden: aspectos todos estos analizados prolija y racionalmente por los juzgadores de instancia, y que complementariamente determinaron la descalificación de su dicho, así como la orden de expedir copias para que se investigue la posible comisión de un delito de falso testimonio.

No solo, entonces, por adolecer de falencias de orden técnico en su formulación, sino por resultar infundada, se impone también la desestimación de esta censura.

3. Apreciación errónea de las versiones del procesado Luis Fernando López Bernal.

Para el actor, las explicaciones suministradas por el acusado en la ampliación de indagatoria en relación con las causas que determinaron la acción homicida, no contradicen lo dicho en la primera versión, sino que la complementan, sobre todo si son tomadas en cuenta las anormales circunstancias en que fue practicada la diligencia.

Ya se dijo, al resolver el primer cargo, que las críticas consistentes en haber sido recibida la indagatoria hallándose el imputado en estado de embriaguez, resultaban infundadas, y el casacionista no explica de qué manera las demás circunstancias en que fue recepcionada (de noche, en las instalaciones de la Unidad Previa Permanente y asistido por una persona honorable como defensor) pudieron haber incidido negativamente en la veracidad del relato sobre la forma como ocurrieron los hechos.

Veladamente lo que el demandante plantea es la ineficacia de la indagatoria por las razones que vienen de ser precisadas, y sobre este supuesto, que no se la tenga en cuenta, o se la aprecie condicionadamente, pero este reparo, además de haber sido ya estudiado y desechado, resulta ajeno a la vía de ataque seleccionada, en cuanto comportaría un error *in procedendo*, susceptible solo de ser alegado por la vía de la causal tercera.

El otro argumento del casacionista, relativo a que la segunda versión del procesado es complementaria de la primera, carece de sentido. Los supuestos fácticos que sustentan cada una de estas versiones no solo son distintos, sino jurídicamente excluyentes. En la primera oportunidad el procesado es claro en manifestar que accionó su arma "no porque viera que él me iba a disparar de pronto, sino por la reacción de sentirme agredido por sus palabras", mientras que en la segunda sostiene que lo hizo porque "él se volvió a agarrar el arma" y creyó que su vida se encontraba en peligro, lo cual resulta ser totalmente diferente.

Sobre las razones que determinaron que los juzgadores desecharan la segunda versión del procesado, preciso es señalar que esta decisión no fue producto del capricho, ni de una valoración realizada al margen de las reglas de la sana crítica, o del conjunto probatorio, sino el resultado de una evaluación cuidadosa, ponderada, e integral, que permitió concluir que López Bernal disparó sin que mediara acción de ninguna especie por parte de la víctima, como lo sostuvo la testigo Gloria Nancy Osorio Patiño en la primera versión, y lo aceptó el procesado en su indagatoria.

De allí que ningún reparo amerite la valoración probatoria que los juzgadores de instancia hicieron de las dos versiones del inculpado.

El cargo no prospera.

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

RESUELVE:

No casar la sentencia impugnada.

Devuélvase al tribunal de origen. Cúmplase.

Jorge Aníbal Gómez Gallego, Fernando E. Arboleda Ripoll, Jorge Córdoba Poveda, Carlos A. Gálvez Argote, Edgar Lombana Trujillo, Mario Mantilla Nougués, Carlos E. Mejía Escobar, (Aclaración de Voto); *Alvaro Orlando Pérez Pinzón, Nilson Pinilla Pinilla.*

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

ACLARACION DE VOTO

No me parece bien que la Sala admita por la vía de una regla general que la expresión gramatical "cuando no hubiere abogado inscrito" debe entenderse en una perspectiva de disponibilidad. Y que no deduzca anomalía que pueda afectar la validez del proceso de la actuación de la Fiscalía de Manizales en cuanto recibió indagatoria al procesado, sin defensor técnico, a las 12:30 de la noche, "dada la ausencia de profesionales del derecho a esta hora en este despacho".

Obviamente que en esas circunstancias nunca habrá disponibilidad de defensores abogados en los despachos judiciales. Y que así se corre el riesgo de legitimar cualquier abuso de esta clase, en los procesos tramitados antes de la declaratoria de inexequibilidad parcial del artículo 148 del Código de Procedimiento Penal.

Para mí, la Sala ha venido ampliando sin precisar adecuadamente sus límites, el contenido de su propia decisión de mayo 9/95. Y por ese camino se exponen seriamente las garantías procesales, como ha podido ocurrir en este proceso si no hubiera sido porque una ampliación de indagatoria posterior y regularmente practicada convalidara la actuación.

En términos más amplios y explícitos, considero haber precisado mis puntos de vista en las aclaraciones de voto a los Rdos. 11.396 (M.P. Dr. Gálvez Argote) y 11.532 (M.P. Dr. Lombana Trujillo). A ellas me remito.

Con todo respeto,

Carlos E. Mejía Escobar.

DEMANDA DE CASACION

El recurso de casación no es una tercera instancia que permita revivir el debate probatorio agotado en las instancias. Su finalidad es la de verificar la legalidad de la sentencia impugnada y allí no se encuentra comprendida la posibilidad de que el recurrente acuda al simple planteamiento de oponer su criterio de valoración de los medios de prueba, al realizado por el fuzgador. Por tal razón, cuando se invoca como causal de casación la violación indirecta de la ley sustancial, originada en un error de hecho (el cual atañe al examen material de la prueba), es deber del recurrente demostrarle a la Corte en qué exactamente consistió la equivocación del sentenciador: qué prueba que obraba en el proceso fue ignorada, cuál se supuso existente, qué medio probatorio fue distorsionado en su contenido material, cómo resultaron quebrantados de manera insolente los postulados de la lógica y de la sana crítica y, en cada caso, de qué forma el respectivo error orientó la determinación finalmente adoptada.

Lo anterior exige precisión en la selección del tipo de error y en su fundamentación. Así lo impone tanto la ley como la técnica casacional y no fue propiamente lo que hizo la casacionista.

Corte Suprema de Justicia. - Sala de Casación Penal. - Santa Fe de Bogotá, D.C., julio catorce (14) de mil novecientos noventa y nueve (1999).

Magistrado Ponente: Dr. *Carlos Eduardo Mejía Escobar*

Aprobado Acta No. 103 Proceso No. 10855

Resolver el recurso de casación interpuesto por la defensora del procesado Carlos Alberto Solanilla Varón, contra la sentencia del Tribunal Superior de Ibagué de marzo 23 de 1995, confirmatoria de la del Juzgado 2º Penal del Circuito de la misma ciudad, mediante la cual condenó al mencionado a la pena principal de un año de prisión, interdicción de derechos y funciones públicas por el mismo lapso y al pago de 20 gramos oro por concepto de los perjuicios morales causados con el delito, al encontrarlo responsable de falsedad en documento privado.

HECHOS Y ACTUACIÓN PROCESAL

La Caja de Compensación Familiar Acopi del Tolima "Comfacopi" giró en favor de Alcalis de Colombia, el 29 de noviembre de 1991, el cheque 0715981 de la cuenta corriente del Banco de Colombia 4352 112384 7, por $246.508.oo. El pago que se pretendía hacer con el mismo, por concepto de la adquisición de un producto químico, fue cubierto de otra manera y el título valor, en consecuencia, no llegó a poder del beneficiario ni fue anulado. Dos veces se aparentó que el beneficiario lo endosaba y en las mismas oportunidades, el 20 de abril y el 5 de mayo de 1992, resultó consignado a la cuenta de ahorros 941 05096 5 del Banco de Caldas, oficina Ibagué. En ambas fue devuelto. La primera vez por falta de claridad en el primer endoso y la segunda por haber transcurrido más de 6 meses de girado.

La mencionada cuenta fue abierta el 15 de abril de 1992 por Carlos Alberto Solanilla Varón, quien se había desempeñado en la Caja de Compensación, paralelamente, como Coordinador de Contabilidad (entre el 27 de marzo de 1990 y el 15 de marzo de 1992) y Jefe Encargado de la División Financiera (entre el 13 de diciembre de 1990 y el 15 de marzo de 1992 -fecha de su retiro).

Por tales hechos, denunciados el 3 de junio de 1992 por Jairo Riveros Angarita, Jefe de Personal de Comfacopi Tolima, se abrió investigación y fue vinculado a la misma Solanilla Varón, quien en su indagatoria se mostró completamente ajeno a lo sucedido. Sin embargo, la Fiscalía resolvió acusarlo por el cargo de falsedad en documento privado el 16 de diciembre de 1993. Esta determinación fue apelada por la defensa y la Unidad Delegada ante el Tribunal Superior de Ibagué la confirmó el 28 de julio de 1994, misma fecha en la cual cobró ejecutoria.

Tramitada en debida forma la fase del juicio, dentro de la cual se practicaron algunas pruebas, el Juzgado 2°. Penal del Circuito de Ibagué, por medio de providencia del 12 de diciembre de 1994, dictó la sentencia condenatoria que resultó confirmada por la que es objeto del recurso de casación.

LA DEMANDA

El único cargo que la casacionista realiza a la sentencia lo apoya en el inciso 2o. del artículo 220 del Código de Procedimiento Penal, esto es, por violación indirecta de la ley sustancial "por error manifiesto de hecho causado por apreciación errónea de la prueba indiciaria (falso juicio de existencia), habiéndose infringido de manera directa los artículos 1°, 2°, 6°, 18, 247, 248, 249, 253, 254 y 300, 301, 302, 303 y 304 del Código Procesal Penal y de manera indirecta los artículos 4°, 23, 41, 42, 52, 103, y 221 del Código Penal, dejándose de aplicar los artículos 2°, y 21 del Código Penal y 445 del Código de Procedimiento Penal".

Dice la censora que la sentencia recurrida se edificó sobre los "indicios de oportunidad, aprovechamiento, manifestaciones anteriores y posteriores al hecho, móvil y mala coartada".

El primero lo hizo consistir el juzgador en el hecho de que el procesado abrió la cuenta de ahorros en la cual resultó consignado el cheque y, además, laboró en la entidad giradora como empleado de confianza y manejo, por lo que "pudo tener acceso" al título valor. Advierte la defensa que "...de esta manera dubitativa", se excluyeron medios de prueba "...que demuestran plenamente lo contrario...". Cita al respecto el manual de funciones que como Coordinador de Contabilidad se comprometió a cumplir el procesado, obrante a folio 18, según el cual no se le señalaron facultades de girar cheques, de custodiarlos y mucho menos la de anularlos. A renglón seguido, para demostrar que su representado no tenía acceso a los cheques, trae a colación apartes de lo declarado por Magnolia Isabel Quimbayo Pérez, David Cardozo Rodríguez, Miguel Salavarrieta Marín, Magda Fabiola Clavijo Melo y Alba Marina Echeverry y su conclusión, originada en que Solanilla Varón no manejaba ni contaba con acceso a los documentos, es que "...no le era posible sustraer el que es materia del proceso para adulterar su endoso, de donde surge el error en la inferencia lógica (art. 302 C. de P.P.) que se traduce en el error de hecho (error de existencia) y por ende en la ilogicidad de la deducción que llevó a la sentencia condenatoria".

El indicio de oportunidad, continúa la defensa, se dedujo de la circunstancia de que el cheque fue consignado a la cuenta del procesado. Y se edificó "...ignorando pruebas que dan fe de que no fue él quien consignó en título valor...", sino un tercero "...pero no estafeta suyo, el mismo que sin autorización escrita del titular de la cuenta (como es de rigor), lo retiró para luego reconsignarlo, pruebas que de haber sido valoradas por el juzgador de segundo grado hubieran definido el proceso con sentencia absolutoria".

Precisa la censora que de los testimonios de los empleados del Banco de Caldas se deduce que el cheque no fue consignado por su representado. E igualmente que tampoco se presentó a reclamarlo, sino que por el contrario mostró extrañeza, se alteró y se negó a recibirlo cuando fue informado de su existencia. "De haber sido el falsario -concluye- hubiera retirado el instrumento negociable que se entregaba por caducidad, el que en estas condiciones hubiera destruido evitándose los sufrimientos que durante largos años le han ocasionado los trámites de este proceso".

Menciona las informaciones suministradas por el Banco de Caldas (fls. 19 y 83), relativas a las razones que motivaron las devoluciones del cheque, al hecho de que Solanilla Varón envió a un tercero a consignarlo, el mismo que lo solicitó ante la primera devolución, y a la circunstancia de que frente a la segunda "no fue reclamado", lo cual riñe con la afirmación del denunciante consistente en que el procesado lo había solicitado en varias oportunidades.

Cita a continuación apartes de las declaraciones de Cilia María Troncoso, gerente del banco; Juan Carlos Orjuela, auxiliar de cuentas corrientes, y Liliana Calderón Olaya, también empleada de la institución financiera. Resalta del dicho de la primera su desconocimiento sobre quién efectuó la consignación, el hecho de no constarle que Solanilla haya enviado a un tercero a hacerla y

su precisión en cuanto a que un cheque devuelto sólo le puede ser entregado al titular de la cuenta o a otra persona debidamente autorizada, requisitos éstos que según el censor no se cumplieron en el caso examinado al ser impagado el cheque en la primera oportunidad. Del testimonio de Orjuela extrae la defensora la negativa de Solanilla a admitir que el cheque le perteneciera y la forma como se alteró. Y del de Liliana Calderón el que le parezca que el tercero a quien se entregó el cheque luego de la primera devolución no presentó autorización para reclamarlo. Aunque refiere que se comunicó telefónicamente con el cliente, dice la recurrente que dicha circunstancia (difícil de comprobar), sólo es una excusa de la testigo ante la violación de las normas que se encontraba obligada a observar.

Se ignoró por otra parte, sigue la demandante, que la inconsistencia del saldo que ante el Banco alegó su representado no obedecía a que "...no se hubiera cargado el valor del cheque de autos como erróneamente lo entendió la sentencia recurrida, sino por inconsistencias contables...", como con claridad lo explican los empleados de la sucursal bancaria.

Se desconoció igualmente la adulteración burda del primer endoso, esto es, haber estampado un sello completamente ilegible, lo cual a juicio de la recurrente no tuvo por finalidad "...evitar que los funcionarios del Banco lograran detectar la anomalía como de manera errónea lo plantea el Tribunal, sino todo lo contrario, para llamar la atención sobre la adulteración ... y de esta manera involucrar penalmente al titular de la cuenta ya que todas estas maniobras se hicieron a espaldas de Solanilla y con la plena seguridad de que en esas condiciones el cheque sería impagado". Lo mismo se desprende, afirma, del recibo de consignación, donde aparece nítido el nombre de su defendido sin que se hubiera anotado el del depositante, "...para que no quedara duda alguna sobre el beneficiario".

"Desconoció de esta manera el Tribunal que el Banco Caldas contraviniendo normas claras y precisas que imperan en los Bancos devolvió el cheque dubitado a persona distinta al ahorrador, no autorizada por escrito y sin que exhibiera su cédula y la del ahorrador (como lo dice la Gerente) y además cuidándose de que en tan anómalas circunstancias quedara de ello constancia escrita de la entrega del cheque como era lo correcto".

Otro aspecto que se ignoró, precisa la recurrente, fue la gran experiencia del procesado como contador, lo cual tenía que hacerlo conocedor de la manera correcta de endosar un cheque e igualmente sobre el término de su caducidad, de lo que se deduce que si hubiera "intentado estafar con él, no lo hubiera consignado a su propia cuenta de ahorros, con un endoso tan burdo y menos lo reconsignara advirtiendo su caducidad".

La desaparición de los documentos relacionados con el movimiento de la cuenta de ahorros, de otra parte, es una circunstancia que no puede ser atribuida a Solanilla. "Así que es por demás injusta frente a esta evidencia, la conclusión (del Tribunal) acerca de que "cuando se fueron a confrontar los documentos, rúbricas, escrituras, etc. con los escritos y demás antecedentes

que de la cuenta y todo su movimiento existían en el Banco, éstas desaparecieron 'por encanto'".

Como demostración del "desconocimiento total de las pruebas transcritas y reseñadas, o su tergiversación", cita la casacionista algunos párrafos de la sentencia. El que sigue es el primero:

"Pero aún, procediendo con la más ingenua mentalidad, qué explicación se da al hecho de que fue el mismo procesado en su carácter de cuentacorrentista quien recibió el llamado de la devolución del cheque, cuando estuvo averiguando por el saldo, se le devolvió a la persona que envió para tal menester y luego, el día hábil y bancario siguiente, lo vuelve a consignar?".

Señala la recurrente que es falso lo anterior. Su representado sólo concurrió al Banco en una oportunidad para confrontar el saldo de su cuenta y fue esa la ocasión cuando se le enteró de la segunda devolución del cheque, negándose a recibirlo por cuanto no le pertenecía. Entonces no es cierto que después de ello haya enviado a una persona a retirarlo "...para consignarlo el día hábil y bancario siguiente".

Con sustento en la versión del procesado, según la cual el hecho correspondía a una maquinación en su contra, el juzgador, sobre la base de que la cuenta de ahorros había sido recientemente abierta y por ende era desconocida su existencia, señaló, según la presentación que hace la demandante, que quien hizo la consignación debió "...averiguar en todos los bancos la existencia de una cuenta de ahorros suya ... mentira monumental ... no resiste el menor análisis ... Qué decir tiene por ejemplo que bancarios y directivos de dos empresas tan serias se confabularon para llevar a término tan compleja e irracional maniobra con ingredientes de espionaje propios de una película de suspenso". Al respecto precisa la defensora que tales disquisiciones se las hubiera ahorrado el Tribunal de haber atendido lo sostenido por el denunciante, según el cual el día que Solanilla abrió la cuenta de ahorros él se encontraba presente, por lo que dicho hecho no era secreto para COMFACOPI.

Según el Tribunal el móvil "...no fue otro que el dinero, abonado a la circunstancia de haber quedado cesante el procesado de su trabajo en la empresa en que laboró por varios años, o, quizás, cobrar venganza contra ella, llevándose parte de su patrimonio".

Dice sobre el particular la recurrente que no existe ninguna evidencia indicadora del hecho de que quien falsificó el endoso persiguiera la obtención ilícita de dinero. Insiste, por el contrario, que lo burdo del sello del primer endoso y la diferencia ostensible con el utilizado en el segundo, buscaban hacer manifiesta la irregularidad y evitar que el título valor se hiciera efectivo.

De otra parte, Solanilla no quedó cesante, sino que se retiró voluntariamente de su cargo, para ocupar un cargo oficial mejor remunerado, como quedó demostrado dentro del proceso. Y no era víctima de ningún apremio de tipo económico que lo hubiera llevado a intentar apoderarse de la suma representativa del cheque: no sólo acababa de recibir una liquidación de

prestaciones por un valor superior al millón de pesos sino que el nuevo salario era mayor.

En cuanto a la venganza la desvirtúa aduciendo que a una empresa como COMFACOPI, con millones de pesos de patrimonio, "no le va a causar perjuicio alguno el endoso falsificado de manera tan burda que no permitió la efectividad por la suma irrisoria de $246.508.oo". De haber existido la venganza -dice- fue de la empresa hacia su defendido "...a quien no quería perder por lo eficiente y correcto y por lo tanto era difícil reemplazarlo, de ahí que en su ausencia no hubieran podido presentar en debida forma los informes financieros como lo asegura el secretario general señor Salavarrieta".

Finalmente, en cuanto a los indicios de aprovechamiento, manifestaciones anteriores y posteriores al hecho y mala coartada, dice la casacionista que no es posible desvirtuarlos ya que se ignora sobre qué hechos indicadores se afianzó el juzgador para deducirlos.

Concluye solicitándole a la Sala casar la sentencia condenatoria y en su lugar absolver al procesado del cargo por el cual resultó acusado por la Fiscalía.

CONCEPTO DEL PROCURADOR 1° DELEGADO EN LO PENAL:

En cuanto a los aspectos técnicos de la demanda aduce el Agente del Ministerio Público que si bien es cierto se planteó un único cargo, la casacionista terminó entremezclando errores de hecho por falso juicio de identidad, falsos juicios de existencia y suposición de pruebas, "...tratando de sacar avante sus propias hipótesis respecto a la ocurrencia de los hechos y lógicamente la exoneración de su defendido, que resultan contrapuestas a las del juzgador".

No es cierto que el juzgador haya dejado de considerar las pruebas que la recurrente echa de menos, dice el concepto. Lo que hizo fue valorarlas observando el principio de la sana crítica, arribando a conclusiones opuestas a las pregonadas por la demandante, quien pretende que sus propias hipótesis sean consideradas como elementos de juicio del proceso.

En términos generales lo que se advierte es una disparidad de criterios. "De un lado el análisis y valoración efectuado por los juzgadores, quienes escrutaron una serie de indicios incriminatorios (el de oportunidad, aprovechamiento, manifestaciones anteriores y posteriores al hecho, móvil, mala coartada) de orden concordante y convergente que analizados en conjunto (pues son en un todo interdependientes), los llevaron por vía de inferencia lógica por tener a Carlos Alberto Solanilla Varón, como autor responsable de la falsedad en documento privado objeto de investigación. De otra parte, la demandante que presenta sus personales consideraciones sobre la apreciación probatoria. Pero esta antagónica posición de opiniones no puede resolverse en favor de lo que afirma ella demandante, sino de lo que ha deducido el Tribunal, pues, estudiado el proceso, no se advierte por manera alguna la violación ostensible al principio de la sana crítica, ni inexactitud aberrante

que riña abiertamente con la realidad jurídico procesal; y de otro lado su fallo, en estas circunstancias prevalece por la doble presunción de acierto y legalidad".

Para la Procuraduría, fue acertada la valoración probatoria realizada por el Tribunal de Ibagué, "...porque en verdad la cadena indiciaria en la apreciación conjunta con los demás elementos de juicio de que informa el proceso, señalan a Carlos A. Solanilla como el responsable de la falsedad en documento privado por la que fuera investigado, acusado y condenado".

Cita algunos apartes de las sentencias de primera y segunda instancia. Insiste en que los sentenciadores lo que hicieron fue valorar las pruebas como una comunidad y no aislada o individualmente, para arribar a la conclusión de la sentencia, la cual "...consulta la realidad objetiva de que da cuenta el proceso, sin que en su estudio, Juzgado y Tribunal hayan infringido los principios constitucionales, legales o de la sana crítica".

En estas condiciones -concluye el Procurador- no está llamada a prosperar la censura por violación indirecta de la ley sustancial, porque el actor no demuestra error ostensible en la apreciación de los medios de convicción y acude únicamente como ya se ha expresado a su personal y subjetiva estimación de la prueba enfrentándola a la del Tribunal máxime cuando ésta (que unida en forma inescindible a la del Juez del conocimiento por ser confirmatoria de la misma, en estos aspectos) resulta ajustada a los preceptos legales".

Consideraciones de la Sala

El recurso de casación no es una tercera instancia que permita revivir el debate probatorio agotado en las instancias. Su finalidad es la de verificar la legalidad de la sentencia impugnada y allí no se encuentra comprendida la posibilidad de que el recurrente acuda al simple planteamiento de oponer su criterio de valoración de los medios de prueba, al realizado por el juzgador. Por tal razón, cuando se invoca como causal de casación la violación indirecta de la ley sustancial, originada en un error de hecho (el cual atañe al examen material de la prueba), es deber del recurrente demostrarle a la Corte en qué exactamente consistió la equivocación del sentenciador: qué prueba que obraba en el proceso fue ignorada, cuál se supuso existente, qué medio probatorio fue distorsionado en su contenido material, cómo resultaron quebrantados de manera insolente los postulados de la lógica y de la sana crítica y, en cada caso, de qué forma el respectivo error orientó la determinación finalmente adoptada.

Lo anterior exige precisión en la selección del tipo de error y en su fundamentación. Así lo impone tanto la ley como la técnica casacional y no fue propiamente lo que hizo la casacionista. En primer lugar, en la presentación del cargo, aunque acusa la sentencia por violación indirecta de la ley sustancial, la hace derivar de un "error manifiesto de hecho causado por apreciación errónea de la prueba indiciaria" e iguala este concepto al de falso juicio de existencia. Acto seguido menciona varias normas que con ocasión del error se violaron de manera directa, otras de manera indirecta y otras que se deja-

ron de aplicar. Y en los fundamentos de la demanda alude a que el Tribunal dejó de considerar algunas pruebas y tergiversó el contenido de otras.

Las fallas en la valoración de la prueba son constitutivas de error de derecho por falso juicio de convicción y el falso juicio de existencia corresponde a un error de hecho que se presenta cuando se omite una prueba existente o se supone una inexistente. Además, impugnar la sentencia por violación indirecta de la ley y al tiempo advertir que se infringieron de manera directa algunas normas o se dejaron de aplicar otras, traduce una confusión conceptual de la defensa y la circunstancia de que carece de claridad sobre la naturaleza de su inconformidad.

No obstante lo precedente, lo que queda claro luego de examinar la demanda, es el desacuerdo de la casacionista con las conclusiones del juzgador. Advertir que no es inferible que su representado haya sido el autor de la falsedad, del hecho de haber abierto el día hábil anterior la cuenta de ahorros en la cual resultó consignado y de la circunstancia de ser empleado de confianza de la entidad con la posibilidad de haber tenido acceso al documento, es un juicio de valoración que no prueba ninguna equivocación del juzgador. El intento de demostración que presentó así lo evidencia. Lo que hizo fue enfatizar, con sustento en varios testimonios y en las funciones que se comprometió a cumplir el procesado como Coordinador de Contabilidad, que el mismo no estaba encargado del manejo ni de la custodia de los cheques y que por lo tanto no le era posible sustraer el que es materia del presente proceso.

Aparte de que tal juicio es fácilmente criticable, comporta en esencia una deducción distinta de la obtenida por el juzgador, a la cual se contrapone. Y aunque la defensora expresa que el Tribunal dejó de considerar las pruebas que llevaban a concluir que su representado no tenía acceso a los cheques, ello no sucedió. Que en la sentencia recurrida no se haya hecho mención expresa a las mismas, no significa que se hayan excluido del análisis. Sencillamente el juzgador, "con respaldo absoluto en la prueba recogida y por lo tanto de pleno recibo" -como lo señaló en la providencia recurrida -desechó la versión del procesado y dedujo que fue el autor del delito materia de la acusación, con lo que por sustracción de materia no le otorgó ninguna trascendencia a la apreciación formalista que hace la defensa y por cuya vía pretende demostrar que el Tribunal incurrió en error de hecho por falso juicio de existencia.

Igual equivocación abarca lo restante de la demanda. La defensora persiste en presentar como errores del Tribunal las conclusiones de éste que no comparte. Dice que se ignoraron las pruebas indicadoras de que el procesado no fue quien consignó el cheque a su cuenta y que se alteró cuando fue enterado de la segunda devolución y afirmó que no le pertenecía, cuando simplemente el juzgador, al no creerle su historia, tácitamente le restó importancia a esos sucesos. Por lo demás, respaldó de manera explícita el contenido de la sentencia de primera instancia, que forma con la recurrida una unidad, en la cual se tomó la mencionada actitud de Solanilla Varón como un acto que le convenía representar. No es verdad, entonces, frente al punto examinado, que se hayan omitido pruebas. Simplemente la lectura dada a las mismas

por los juzgadores, sin desbordar los principios de la lógica, condujo a una conclusión con la que la defensa se encuentra en desacuerdo.

Qué no decir del argumento según el cual era derivable del primer endoso (se estampó un sello completamente ilegible) y del segundo (se usó un sello más grande que el primero), que lo que se buscaba era llamar la atención del Banco, que el cheque no se pagara e involucrar penalmente a Solanilla Varón. Como el Tribunal dedujo del primer endoso, del sello de tinta "burdamente explayado, borroso", que se trataba precisamente de la maniobra utilizada por el autor para evitar que el Banco lograra detectar la anomalía, entonces según la casacionista incurrió en error de hecho. Nuevamente es una contraposición de juicios no admisible en desarrollo del recurso de casación. Es la elaboración de un razonamiento a partir de la prueba, una alternativa de conclusión distinta a partir de la misma premisa que en manera alguna demuestra un error manifiesto del juzgador. Es, en tales circunstancias, tratar de hacer competir el criterio de la recurrente con el vertido en la sentencia por el Tribunal, olvidando que ésta goza de la doble presunción de acierto y de legalidad.

Y cabe la misma conclusión ante los restantes argumentos de la demanda, que más parece un alegato de instancia. Advertir que se ignoró que el procesado tenía que conocer la forma correcta de endosar un cheque y su término de caducidad, en atención a su experiencia como contador, para derivar de ahí que no fue el autor del hecho porque de haberlo sido no hubiera consignado el instrumento a su cuenta de ahorros, es plantear un error de hecho a partir de que el juez no hizo una determinada reflexión que se le ocurre a la defensa, en especial cuando la misma no demuestra el quebrantamiento de los principios de la lógica y la sana crítica. Es pretender, como lo afirma el Procurador Delegado, que sus propias hipótesis sean tomadas como elementos de juicio del proceso.

Aunque resulta suficiente lo dicho para concluir que el cargo formulado a la sentencia no prospera, cabe precisar que a la recurrente le asiste razón en una observación que hace a la sentencia, que sin embargo carece de la entidad suficiente para destronarla. El Tribunal adujo que Solanilla Varón estuvo averiguando por el saldo, fue llamado para informarle sobre la devolución del cheque, éste le fue entregado a un tercero, y al día hábil siguiente lo volvió a consignar. Aquí la sentencia mezcló varios instantes y desacertadamente ubica la segunda consignación del título valor el día hábil siguiente a aquel en el cual el procesado estuvo en el Banco preguntando el saldo de su cuenta. Como lo dice la recurrente sólo se probó que su asistido estuvo en la sucursal bancaria el día que le informaron de la segunda devolución y como no existió una tercera, se presentó una equivocación del funcionario de segunda instancia. Pero ésta, como se dijo, carece de la trascendencia necesaria para afectar el fallo. La misma fue parte de un argumento final con el cual simplemente el juzgador pretendió reforzar la conclusión de responsabilidad penal, haciendo ver lo inverosímil del relato presentado por el procesado, y si se le excluyera de la sentencia ésta permanecería incólume.

Así pues, no se casará la sentencia. Sencillamente porque lo que en suma hizo la recurrente fue tomar en forma aislada cada conclusión de la sentencia y cuestionarla a partir de sus propias reflexiones, sin que en momento alguno le haya demostrado a la Corte que el juzgador incurrió en algún tipo de error de hecho.

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

RESUELVE:

NO CASAR la sentencia impugnada, ya señalada en su origen, fecha y naturaleza.

Cúmplase.

Jorge Aníbal Gómez Gallego, Fernando Arboleda Ripoll, Jorge E. Córdoba Poveda, Carlos Augusto Gálvez Argote, Edgar Lombana Trujillo, Mario Mantilla Nougués, Carlos E. Mejía Escobar, Alvaro Orlando Pérez Pinzón, Nilson Pinilla Pinilla.

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

TERCERO CIVILMENTE RESPONSABLE

Como lo ha sostenido la jurisprudencia de la Sala, si bien es cierto que el tercero civilmente responsable es extraño frente a la comisión del hecho delictivo, ello no implica que no goce de todas las garantías judiciales, motivo por el cual la ley procesal señala que tendrá " los mismos derechos y facultades de cualquier sujeto procesal. No podrá ser condenado en perjuicios cuando no se haya notificado debidamente y se le haya permitido controvertir las pruebas en su contra" (art. 155).

Lo anterior quiere decir que el legislador quiso que se protegiera al tercero civilmente responsable, en forma tal que no puede ser condenado en perjuicios sino cuando tuvo en el interior del proceso las garantías estatuidas en la Constitución y en la ley procesal. Por ello debe ser vinculado oportunamente, esto es, durante la instrucción o aun iniciándose el juicio, para que pueda ejercer plenamente el derecho de defensa, en pie de igualdad frente a los demás sujetos procesales.

Corte Suprema de Justicia. - Sala de Casación Penal. - Santa Fe de Bogotá, D.C., catorce (14) de julio de mil novecientos noventa y nueve (1999).

Magistrado Ponente: Dr. *Jorge Córdoba Poveda*

Aprobado Acta No. 103 Proceso No. 14449

Procede la Sala a resolver el recurso de casación interpuesto por el defensor de Ricardo Leal y el apoderado del tercero civilmente responsable contra la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Manizales, el 5 de diciembre de 1997, por medio de la cual, al confirmar la del Juzgado Primero Penal del Circuito de Chinchiná, condenó al procesado a las penas principales de 30 meses de prisión, suspensión en el ejercicio de conducir vehículos automotores por un lapso de 18 meses y multa de $2.666,60, y a las accesorias de rigor, como autor de los delitos culposos de homicidio y lesiones personales. Así mismo lo condenó, en forma solidaria con la empresa Servientrega, al pago de los perjuicios ocasionados por las infracciones a la ley penal.

Hechos

Fueron sintetizados así, por el juzgador de segunda instancia:

"Sucedieron a las ocho y media de la mañana del siete de abril de mil novecientos noventa y tres, cuando en la esquina de la carrera octava con calle once, esquina, de Chinchiná, chocaron un furgón Chevrolet, modelo 1992, blanco, afiliado a la empresa Leasing de Occidente, conducido por el señor Ricardo Leal, con una motocicleta adscrita a la Policía Nacional y en la cual se movilizaban los agentes Jorge Hernán Marín Giraldo Y Augusto Ramírez Quintero. A causa de las graves heridas recibidas, falleció el primero y el segundo quedó severamente afectado".

ACTUACIÓN PROCESAL.

Después de algunas diligencias, la Unidad Local de Fiscalías, mediante resolución del 15 de abril de 1993, declaró la apertura de la instrucción.

Recibidos varios testimonios, Ricardo Leal fue escuchado en diligencia de indagatoria y el 11 de mayo siguiente, el instructor definió su situación jurídica, absteniéndose de proferirle medida de aseguramiento.

Mediante providencias del 10 y del 28 de junio de 1993, se admitieron las demandas de constitución de parte civil presentadas a nombre de la esposa del occiso y del lesionado.

Perfeccionada la instrucción, se calificó el mérito del sumario, el 5 de julio de 1994, con resolución de acusación en contra del procesado, por los delitos culposos de homicidio y lesiones personales. Así mismo, le fue concedida la libertad provisional, previo al pago de caución. Esta decisión cobró ejecutoria el 2 de agosto de 1994.

El expediente pasó al Juzgado Penal del Circuito de Chinchiná que, luego de dar cumplimiento a lo reglado en el artículo 446 del Código de Procedimiento Penal, y ante petición de la representante de la parte civil, mediante providencias del 5 y del 30 de mayo de 1995, ordenó tener como sujetos procesales a las sociedades Servientrega Ltda y Leasing de Occidente S.A., en calidad de terceros civilmente responsables. Celebrada la diligencia de audiencia pública, se pronunció la sentencia de primera instancia, el 24 de julio de 1997, en la que se condenó a Ricardo Leal a las penas principales de 30 meses de prisión, suspensión en el ejercicio de la profesión de conducir por un lapso de 18 meses y multa por $2.666.60, y a las accesorias de rigor, como autor de los delitos citados en precedencia.

Igualmente, de manera solidaria con la Empresa Servientrega, lo condenó a pagar los perjuicios ocasionados con las infracciones a la ley penal, de la siguiente manera:

1. A favor de Jorge Augusto Ramírez (lesionado), la suma de $20.504.257.oo como "lucro cesante".

2. A favor de "Yaneth Insuasty o su herederos" la suma de $309.864, por perjuicios materiales.

3. Por el daño moral en favor del lesionado Ramírez Quintero, el equivalente a 400 gramos oro y a favor de los padres del occiso "y los herederos de su

difunta esposa Yaneth Insuasty, el equivalente a 800 gramos oro, para cada uno de ellos".

4. Con relación a la empresa Leasing de Occidente S. A. se afirmó que su vinculación se produjo cuando ya se había dado todo el debate probatorio, negándosele la oportunidad de defenderse, "lo cual implicaría ... que no habría lugar a hacer ninguna declaración en su contra". Pero, de todo modos, se le exoneró de responsabilidad, con fundamento en que ésta tenía un contrato de leasing o arrendamiento financiero con Servientrega, habiéndose desprendido de la tenencia, dirección y control del automotor y, además, no tenía ningún vínculo con el conductor Ricardo Leal, por lo cual no se le podía endilgar "a la luz del artículo 2347 del Código Civil responsabilidad por el hecho ajeno".

Inconforme con la anterior decisión, el defensor, el apoderado de Servientrega y el representante de la parte civil interpusieron el recurso de apelación. El Tribunal Superior de Manizales, al desatar el recurso, la confirmó en su integridad, el 5 de diciembre de 1997.

Las Demandas de Casación

1. Demanda presentada a nombre del procesado Ricardo Leal.

Al amparo del cuerpo segundo de la causal primera de casación, el censor presenta tres cargos contra la sentencia, por cuanto considera que el sentenciador violó indirectamente la ley sustancial, por errores generados en la apreciación de las pruebas.

Primer cargo:

"Error de hecho por falso juicio de identidad".

Dice que el sentenciador tergiversó las pruebas, por distorsión total, por omisión parcial y por yerros de lógica, lo que lo llevó a darles una identidad diferente de lo que objetivamente aparece en el proceso.

Manifiesta que los hechos se reducen a un accidente de tránsito ocurrido entre un camión conducido por el procesado y una motocicleta en la que iban dos agentes de la Policía Nacional, con los resultados ya conocidos.

Asegura que desde que se le resolvió la situación jurídica a su defendido, se dejó en claro que al respecto obraban dos versiones de cómo ocurrieron los hechos. "Unos decían que el camión que conducía LEAL iba rápido por la calle 11, no hizo el pare al llegar a la Carrera 8ª y por esto se estrelló con los policías que subían por la carrera 8ª. En esta primera decisión el señor Fiscal se abstuvo de proferir aseguramiento por encontrar los testimonios 'ambiguos', vagos'".

En la otra versión, varios declarantes informan que el vehículo llevaba una velocidad normal, que hizo el pare al llegar a la carrera octava y que la colisión se produjo por cuanto el automotor en que se desplazaban los policiales

se vino de frente contra el camión por la calle 11, en contravía, tratando de alcanzar la citada carrera, lugar del accidente.

Dice que si los hechos sucedieron como lo narra el primer grupo, el conductor del camión es el responsable. Si no fue así, tal como lo explican los segundos, la culpa es de la víctimas, lo que exonera al procesado de cualquier responsabilidad penal.

Arguye que al tenor de lo expuesto, existe una tercera opción, en razón a que si no se logra aclarar los hechos, el fallo debe ser absolutorio, "por mandato legal de resolver la duda en favor del procesado".

Puntualiza que para demostrar los desatinos del sentenciador se referirá a los errores que presenta cada medio de prueba, los que apreciados en conjunto "lo condujeron a encontrar una verdad diferente de la que aparece en el proceso y de ahí su decisión violatoria de la ley sustancial al proferir una condena que no podía decretar en su declaración de derecho".

A continuación copia algunos apartes de las motivaciones de los fallos, respecto al testimonio de Héctor Henao Giraldo y, seguidamente, en el acápite que denominó "EL ERROR", sostiene que conforme a esas transcripciones se advierte que existen omisiones graves en las sentencias, al tenerlo como testigo presencial, cuando en verdad el declarante lo que dijo fue que "sintió un totazo", es decir, que no observó la colisión, "lo que interpretado correctamente significa que oyó".

Además, si el deponente se encontraba ubicado en la calle 11 con la carrera 8ª, debió ver el accidente. "Si fuera cierto que el conductur del camión no hizo el pare el choque se produjo de inmediato, entonces si vio que no hizo el pare, lo elemental es que hubiese visto la colisión, pero resulta que su subconsciente lo traiciona y dice que 'sintió', que de pronto vio a los policías en el suelo..."

En lo atinente a este testigo, advierte que hubo otro error de apreciación, pues éste manifestó que el accidente había ocurrido a mitad de la calle subiendo por la carrera, lo que califica como falso, pues según el croquis y la diligencia de inspección judicial allegadas al proceso, se observa que el impacto se produjo "en el extremo derecho donde concluyen la carrera octava con la calle 11", por lo que colige que el deponente no pudo haber observado el insuceso.

Agrega:

"Lo explicado nos lleva a que en el caso de este testimonio el fallador incurre en los tres errores por falso juicio de identidad en que se puede caer: primero hay distorsión total cuando se le tiene como testigo presencial, cuando él apenas dice que 'sintió', omisión parcial de parte de su versión, cuando no tienen en cuenta la parte cuando falta a la verdad sobre el lugar de ocurrencia del choque y yerro de lógica, al no darse cuenta que no podía ver la carrera octava desde su posición, por lo tanto mal podía ver policías en la vía".

Posteriormente copia porciones de los fallos referentes a la declaración vertida por Antonio Alvarez Pineda, para acusar como yerro que se haya omitido parte de su versión, "y por razones de elemental lógica, a la luz de las otras pruebas".

Asegura que el declarante manifestó que los rodantes habían colisionado por el lado derecho y, sin embargo, tal afirmación no fue tenida en cuenta, no obstante ser veraz, pues, resalta, el agente Jorge Augusto Ramírez, quien conducía la moto, sufrió fractura en la pierna derecha al igual que el occiso, por lo que se puede concluir que "la colisión fue por la parte derecha de la moto y la parte delantera del camión".

Dice que el error del fallador consistió en omitir parte del testimonio, lo que lo condujo a que no se diera cuenta que mintió "cuando dijo que los policías subían por la carrera octava, pues no es posible a la luz de las reglas de la lógica que al subir la moto por la carrera y omitir el pare el camión, se estrellaran precisamente por la parte derecha ambos."

Asevera que tal omisión llevó también "a encontrar una verdad diferente a los juzgadores", toda vez que de acuerdo con la diligencia de inspección judicial realizada en el lugar de los acontecimientos, el deponente se ubicó "a espalda de la carrera octava", por lo que no podía observar a los policías que, según él, subían por la carrera octava, mintiendo así a la justicia.

Lo anterior se evidencia con las fotografías tomadas a la motocicleta, con las que se puede comprobar "que quedó casi intacta, le aparece un golpe en el tanque lado izquierdo, que se pudo producir por la caída sobre el andén. No es posible que el sentenciador admita ante esas fotos que el golpe se produjo en la mitad de la vía y que la moto fue arrastrada por el camión, porque si así hubiese ocurrido, la motocicleta hubiese quedado completamente destruida".

Nuevamente transcribe apartes de las sentencias, en lo concerniente con el testimonio rendido por Rogelio Osorio Guzmán, para aseverar que con esta declaración el sentenciador respaldó el dicho de Henao Giraldo y el de Álvarez Pineda. Sin embargo, dice que si el declarante estaba en el mismo lugar que Héctor Henao, debió observar lo visto por éste, esto es, que el camión no hizo el pare y la moto se desplazaba por la carrera 8a. Empero, sólo expresó que le gritó al conductor del camión, pero que no le consta si el vehículo realizó el pare respectivo.

Como una hipótesis más, agrega que si en verdad la actividad de Osorio fue la de gritarle al conductor del automotor, pero no observó más, "entonces Héctor Henao tampoco vio nada de lo que dijo".

Así, acota, se evidencia que las dos versiones son excluyentes, por cuanto que si le creemos a Henao se tendría que descartar la versión de Osorio, "y si le creemos a Osorio, entonces Henao no vio nada".

Por tanto, el fallador no podía tener las dos declaraciones "como válidas" en contra del procesado, presentando la "argumentación" un yerro de lógica que conduce a que la conclusión se quede sin base probatoria.

En otro capítulo que llamó "Declaración de Diego Castaño Rendón", luego de transcribir un pequeño párrafo de los fallos, atinentes a esta versión, expone que el testigo es importante frente a un aspecto que no fue analizado, ya que, a su juicio, está cabalmente definido que no vio nada. Únicamente se aprecia su dicho en cuanto sostiene haber visto a los policías subir por la carrera octava, pero si se encontraba dentro de las instalaciones del Palacio Municipal es poco probable que los hubiese observado.

Asevera que, por tal motivo, su dicho debió ser rechazado por "tendencioso, cuando afirma 'iban por su vía', lo que subrayé atrás, pues con ello pretende orientar la investigación en un aspecto que no le han preguntado. Si a esto le agregamos que su trabajo es dentro del edificio, la conclusión lógica inevitable es que pretende manipular la investigación, cosa que le ocurrió al señor Fiscal...".

Agrega que por "el momento", el yerro del Tribunal consistió en darle "plena credibilidad a un testigo que dice que no vio nada", pues, además, conforme al croquis y al plano "es un imposible que los agentes fueran por la carrera octava como ya lo anunciamos..."

Siguiendo por el mismo sendero, enuncia otro acápite que titula "Declaraciones de Luis Edgar Galeano Martínez y Luz Marina Villamizar Largo". Dice que en la sentencia se afirma que estas personas vieron circular a los policías por la carrera 8ª, la que tenía la prelación vial.

Luego de analizar, desde su personal perspectiva, el contenido de estas declaraciones, sostiene que el yerro consistió en haberles dado "la misma credibilidad cuando se contradicen, pues el señor Galeano dice que estaban en la puerta del edificio, los otros que en el interior, en donde dan las escarapelas, los servidores del municipio, o sea la agente y el portero, que salieron cuando oyeron el impacto", por lo que no se podían tener "como testigos uniformes de la misma cosa".

Por lo expuesto concluye que el sentenciador se quedó en una simple afirmación, pues conforme al croquis y al plano levantados en el lugar de los hechos, era un imposible físico que los agentes se movilizaran por la carrera 8ª. "En consecuencia, estos dos testigos forman parte del grupo que le manipuló las pruebas al señor Fiscal".

Como otro testimonio mal apreciado cita la declaración de Jorge Hernán Arroyave, con relación al cual acusa "la tergiversación en cuanto este deponente es una omisión parcial, cuando al tomar la parte por el todo se cambia la verdad que aparece en el expediente, que no es otra que la mentira a la justicia".

En efecto, asevera que él manifestó ser amigo de los policías y, sin embargo no recuerda cuál de los agentes iba conduciendo la moto, de lo que deduce que el yerro es "inmenso".

En otro aparte que llamó "Declaración de Julialba Patiño", luego de transcribir apartes de las sentencias, argumenta que el fallador cometió un falso

juicio de identidad, pues no obstante ser "clarísimo", el de primera instancia lo desconoció, con la simple afirmación "a pesar de no estar establecido en el proceso en opinión del Juzgado".

Cree que el Tribunal puso en labios de la declarante algo que no ha dicho, como fue que ella vio un furgón que, a su juicio, hizo el pare. Así mismo, tal entidad le critica que no hubiese visto a los policías, sin embargo "el problema radica en que ella está diciendo la verdad y es lógico que no los podía ver por la calle 11, en la misma dirección que el camión, ya que si venían en contravía el camión se los tapaba. Desconocer su testimonio en la forma en que lo hicieron los juzgadores implica ni más ni menos que ha quedado incursa en perjurio y han debido entonces ordenar se la investigara".

En otro acápite que denominó "Declaración de Carlos Eduardo Otálvaro Ramírez", copia algunos párrafos de las motivaciones de los fallos y afirma que al igual que con el deponente anterior, se le "desconceptuó" con la afirmación "contrario a lo acreditado en el proceso". También se le descalifica por no precisar los términos "pare" y "amague", lo que causa desconcierto, pues se trata de un menor de 14 años, a quien no se le puede exigir tales precisiones, cuando los mismos juzgadores, para el efecto, tienen que valerse de un diccionario.

Manifiesta que la tergiversación "por omisión parcial" consiste en que el joven narró los hechos con lujo de detalles, lo que fue omitido por el Tribunal, que demostraban que éste no miente, más aún cuando su dicho lo respalda la Fiscalía. "Inexplicable que lo desecharan por la precisión entre amague y pare, cuando en el fondo un pare es una disminución de velocidad, sin llegar casi nunca a la velocidad cero. Además quien lleva testigos falsos a un proceso nunca se vale de un menor por el riesgo que supone".

A continuación, en otro capítulo, acusa errores. "Por Tergiversación Del Croquis", por cuanto asevera que de las informaciones allí plasmadas algunas se omitieron, otras se interpretaron mal y otras se distorsionaron del todo.

Expresa que es claro que la colisión se produjo en el extremo derecho de la calle y al final de la carrera 8ª, por lo que no es posible que los policiales fueran por la citada carrera, pues el choque habría ocurrido por el lado izquierdo.

Si el camión se le fue encima a la moto cuando "ya iban salvando la calle 11, los daños del automotor habrían sido en el frente y no en el lado delantero derecho".

De igual manera señala que si la moto hubiese ido más adelante y "el camión llevaba velocidad extrema, le hubiese golpeado en la parte trasera derecha y no adelante y en los cuerpos de los policías como en efecto ocurrió".

Asegura que del dibujo se vislumbra que la moto se desplazaba por la calle 11 y cuando pretendía alcanzar la carrera octava, "se encontró intem-

pestivamente con el camión produciéndose la colisión", tal como lo narraron los declarantes Julialba Patiño y Carlos Eduardo Otálvaro.

Critica que se hable de una huella de frenada de 6.70 metros, y en el documento exista una cifra ambigua y confusa "que dice 2006 mts 70 cms", por lo que del informe no se puede sacar ninguna conclusión, "y lo más grave fue que no lo aclararon, porque una frenada de más de dos mil metros no cabe en la mente del ser humano", tergiversándose así la verdad objetiva.

Sostiene que en la parte final del informe se plasmó que hubo exceso de velocidad en el vehículo 1, refiriéndose a la motocicleta, afirmación que fue omitida por el sentenciador, ya que el croquis solamente se utilizó en los fallos para demostrar una frenada que no aparece allí "y excluyó esta mención, con lo cual su omisión le cambió identidad objetiva a la prueba".

Finaliza argumentando que tales yerros condujeron al fallador , "a tener una certeza que no resulta en el expediente", aplicándose indebidamente el artículo 247 del Código de Procedimiento Penal y dejándose de aplicar el artículo 445 de la misma obra.

Segundo cargo:

"Errores de hecho por falso juicio de existencia".

Dice que el informe de los peritos, el plano que levantaron las autoridades respectivas y unas fotografías, no fueron apreciados. Así, en el informe de los peritos aparece con claridad que el camión presentaba daños en la parte delantera derecha, pero esta prueba no fue apreciada en ninguna de las providencias dictadas en el caso.

También fue omitido el plano que hicieron expertos oficiales. Con él se puede comprobar que Carlos Eduardo Otálvaro se encontraba en situación privilegiada para observar todo. Además los vehículos aparecen en la ubicación que tenían al momento de colisionar.

Así mismo, la fotografía tomada al testigo Antonio Alvarez en la inspección judicial, y con la que se demuestra que estaba de espaldas al sentido de la vía de la carrera 8ª , por lo que no pudo ver a los policías en tal calle, tampoco se menciona para nada en las sentencias.

Finalmente, también se ignoraron las fotografías obrantes a folios 37 y 38, las que corroboran que el camión sufrió daños en la parte delantera derecha y la moto no tuvo sino algunos golpes, no contra el camión sino contra el piso.

Si tales medios no hubieran sido ignorados, según el demandante, se habría concluido que la colisión se produjo en la forma como lo expuso el sindicado, explicación que se encuentra ratificada con el testimonio de Carlos Eduardo Otálvaro. Caso contrario, la aplicación del principio del *in dubio pro reo* era la decisión a adoptar, "ya que aplicó indebidamente el 247 pregonando una certeza que no se puede deducir del proceso y que lo condujo a aplicar indebidamente el precepto".

Tercero cargo:

"Error de derecho sobre otra prueba".

Dice que se cometió un falso juicio de legalidad, pues hay una prueba que fue apreciada por el juez de primera instancia, a pesar de haber sido ilegalmente aducida.

Argumenta que en la parte motiva de la sentencia se dice que el procesado manifestó por escrito, ante las autoridades de tránsito, que la colisión ocurrió por cuanto no vio el pare, ante la poca visibilidad que existía en dicho lugar.

Tal escrito, acota, no puede tenerse como prueba, ya que no reúne los requisitos legales, pues no fue ordenado por "ningún funcionario, ni se dispuso tenerla como prueba".

No puede tenerse como confesión, pues no se recibió con los requisitos establecidos en el artículo 296 del Código de Procedimiento Penal, como son: ante funcionario judicial, que estuviera asistido por un defensor y la advertencia que no podía declarar contra sí mismo. Agrega que ni siquiera puede calificarse como versión libre, según lo reglado en el artículo 322 de la misma obra.

Por tal motivo, de conformidad con los artículos 296 y 322 del C.P.P., la misma es nula de pleno derecho.

Asevera que los anteriores errores llevaron a que el fallador aplicara indebidamente los artículos 329, 333 y 334 del Código Penal y el 247 del Código de Procedimiento Penal. "Por surgir dudas insalvables, encontramos que la sentencia acusada viola entonces por falta de aplicación el mandato del artículo 445", de la misma obra.

Dice que los anteriores yerros son transcendentes, pues condujeron a que se dictara sentencia condenatoria, pues "el juzgador tomó partido por endilgarle responsabilidad al sindicado, sin darse cuenta de que al proceso le manipularon la prueba a tal punto que incluso en el juicio los testigos que declararon en Manizales también denunciaron que el sindicado 'se comió el pare'".

Por lo expuesto, solicita a la Corte casar la sentencia impugnada y, consecuencialmente, absolver al procesado de los cargos formulados en la resolución de acusación.

2. Demanda de casación presentada a nombre del tercero civilmente responsable.

Al amparo de la causal tercera, acusa al fallador de haber dictado sentencia en un juicio viciado de nulidad, por violación del derecho a la defensa.

Manifiesta que las demandas de constitución de parte civil fueron presentadas y admitidas en el mes de junio de 1993. Sin embargo, sólo hasta el 5 de mayo de 1995, cuando ya había transcurrido el término de traslado del

artículo 446 del Código de Procedimiento Penal, se ordenó notificar a Servientrega Ltda. Además, conforme al acta de audiencia pública, la labor defensiva se limitó al procesado, sin hacer mención de la empresa citada, que unos días antes había sido vinculada como tercero civilmente responsable.

Lo anterior significa que transcurrieron cuatro años largos, "sin que al proceso llegara alguien a hablar diciendo que lo hacía a nombre de Servientrega Ltda". El derecho de defensa, como esencia del debido proceso, se encuentra protegido en el artículo 155 del C. de P.P., que prohíbe condenar al tercero civilmente responsable, si no se le ha vinculado debidamente y permitido controvertir las pruebas que obran en su contra.

Luego de realizar un recuento de la actuación procesal, sostiene que con la misma se le ha ocasionado perjuicio a la citada empresa, pues si se pretendía tramitar un proceso ajustado a la ley, debió notificarse desde junio de 1993, cuando admitieron las demandas de constitución de parte civil.

A continuación agrega:

"No tuvo la empresa oportunidad de asistir por ejemplo a la inspección judicial para que lo fuera realmente y no ser una simple diligencia en la que se recaudaron tres testimonios sin precisar otros hechos. Tampoco contrainterrogar a los testigos en que se respaldaron las providencias desde la que resolvió la situación jurídica, hasta la sentencia de segunda instancia...".

Aduce que no haber permitido a Servientrega Ltda formar parte del proceso, "sino cuando ya lo tenían 'completo'", condujo a que el fallador la condenara en perjuicios de manera solidaria.

Así mismo, que el defensor de tal entidad apeló la sentencia, sin que el Honorable Tribunal hubiera tenido en cuenta el recurso, el que no le mereció el más mínimo comentario en la providencia.

Como normas violadas cita los artículo 29 de la Constitución Política 1°, 155 y 304-3 del Código de Procedimiento Penal.

Por lo expuesto, solicita a la Corte casar la sentencia recurrida, declarando la nulidad del proceso, "el cual debe quedar apenas en la etapa de instrucción, a partir del momento en que se admitieron las demandas de constitución de parte civil".

ALEGATOS DE LOS NO RECURRENTES

La representante de la parte civil presentó tres escritos, cuyos argumentos se sintetizan de la siguiente manera:

En el primero pide que no se admita la demanda de casación presentada a nombre del tercero civilmente responsable, por cuanto que su defensor carece de poder para velar por los intereses de la sociedad.

En efecto, afirma que el poder otorgado por el señor Carlos Alberto Valderrama Orjuela al doctor Roberto Cárdenas Ulloa, lo fue a título de susti-

tución, cuando aquel no tenía dicha facultad, "que como bien se sabe tiene que ser EXPRESA y no se entiende otorgada de manera alguna con el mandato".

Por tal razón, quien presentó la demanda no tenía poder para actuar, "por tanto carece del derecho de representación que alega tener".

En el segundo, sostiene que el censor desconoció la técnica que rige al recurso extraordinario de casación, ya que no integró la proposición jurídica completa, en lo que atañe a la demanda presentada a nombre del tercero civilmente responsable, pues no se hizo referencia a las normas del procedimiento civil que regulan la materia.

En lo atinente con la demanda presentada a nombre del procesado, señala que le faltó impugnar todos los testimonios en los que se soportó el fallador de segunda instancia, los que enuncia.

Así mismo, asegura que faltó demostrar los errores de hecho, pues solamente se hace un examen parcial de los testimonios. Además, se "colige fácilmente que lo que los declarantes afirman es todo lo contrario de lo pretendido por éste (el demandante), pues todos dan fe de hechos que llevan a la certeza de la responsabilidad..."

Sobre el ataque a la prueba documental, estima que no es de recibo, ya que, además de no haber sido objeto de censura en el curso del proceso y en los recursos interpuestos, no hubo un análisis conjunto, pretendiendo, "parcializarse y darle alcance a la misma que no tiene, quitarle fuerza legal...".

CONCEPTO DEL PROCURADOR TERCERO DELEGADO EN LO PENAL

1- Demanda presentada a nombre del procesado.

Primer cargo:

Dice que el fallador basado en el análisis unificado de las pruebas, se pronunció sobre los delitos culposos de homicidio y lesiones personales. Sin embargo, reconoce que si bien no se pronunció en "apartados específicos sobre todas y cada una de las probanzas aportadas al expediente, la demostración de la responsabilidad no se fundamentó en una sola prueba o una sola declaración...".

Asevera que el censor desconociendo la estructura de la sentencia, se refiere, de manera individual, a cada uno de los testimonios para predicar sobre ellos presuntos errores de apreciación cometidos por el fallador.

Es así como respecto de Héctor Henao Giraldo critica la forma como fue apreciado, pero no señala "qué sector de la providencia, o en qué conclusión de ella, se ubica el error".

La expresión del declarante que "sintió" el ruido del accidente, no descarta su presencia en el sitio de los sucesos y lo que percibió, sin que haya duda

sobre su condición de testigo presencial, así utilice determinados vocablos para narrar los hechos.

Asegura que es el censor quien distorsiona el contenido de la declaración para descalificarla, "pero sin argumentos valederos frente a las razonadas consideraciones de la sentencia", que tomó la versión en su justo y real contenido "y fue indicativa de la dirección en la que se movilizaba la motocicleta, así como la forma de la colisión".

Acota que el libelista cuestiona este testimonio porque señala como lugar del accidente uno diferente al que aparece en el croquis levantado por las autoridades de policía, sin tener en cuenta que en éste "no se muestra el sitio del impacto, sino el lugar en donde quedaron los vehículos después de la colisión" y, además, al deponente no se le interrogó sobre esta última circunstancia.

Así, entonces, su respuesta es indicativa de que observó la ocurrencia del hecho y que señaló, sin duda alguna, el lugar del choque. "El casacionista no le cree y tacha de falsa su respuesta, para lo cual tiene que hacer, el defensor, una interpretación acomodada de los dichos de este declarante, para tratar de favorecer a su representado, pero sin que su análisis encuentre respaldo en el expediente".

Sobre la declaración de Antonio Alvarez Pineda, afirma que éste dice la verdad, pero que el casacionista sólo acepta una parte de ella y desestima la otra. Pretende este último demostrar que la motocicleta se desplazaba en contravía, sin embargo, estima que las sentencias de instancia desvirtuaron dicha exculpación y señalaron "los daños sufridos por ese vehículo y que permiten inferir la naturaleza del golpe que recibió".

En lo que atañe al testimonio de Rogelio Osorio Guzmán, conceptúa que fue descontextualizado por el libelista, pues presenta unas hipótesis de su ubicación en el lugar de los hechos, con el fin de sacarlo de la escena, sin demostrar en qué consistieron los yerros del sentenciador, "toda vez que las hipótesis utilizadas para demostrar el error, parten de un supuesto falso: que el señor Osorio no estaba en el sitio del accidente".

Califica como equivocado el razonamiento del censor en el sentido de que no todos los testigos son coincidentes, ya que cada uno de ellos relata lo que observó, teniendo en cuenta los diferentes momentos, "lo que no es indicativo de mentira ni contradicción; cada uno expuso lo que le constaba sobre el hecho, sin que deba exigirse coincidencia absoluta en todos ellos como condición previa a la valoración o la aceptación de sus contenidos".

Es enfático en afirmar que la sentencia tomó las versiones como coincidentes respecto al sitio del accidente y al lugar en que se desplazaba la motocicleta, pero reconoció diferencias en los demás aspectos del relato y así los apreció, sin que incurriera el fallador en error alguno.

Respecto a la declaración de Diego Castaño Rendón, dice que éste nunca afirmó que se encontraba dentro de las instalaciones del Palacio Municipal,

en razón a que su trabajo consistía en ser portero del edificio y que observó cuando pasaron los policiales frente al inmueble por la carrera octava, "y luego vio el tumulto de gente en el sitio del accidente", por lo que su testimonio no fue tergiversado, "ni sirvió para manipular la investigación, como lo insinúa el libelista".

Con relación a los testimonios de Luis Edgar Galeano Martínez y Luz Marina Villamizar Largo, opina que el censor mediante un juego de palabras pretende poner en duda que éstos se encontraban en la portería del Palacio Municipal y que se asomaron a la calle cuando sintieron el golpe, intentando desvirtuar que las declaraciones son coincidentes en cuanto a la vía por la que se desplazaba la motocicleta. "Todos los declarantes afirman que se asomaron cuando sintieron el golpe; esta expresión, empero, no puede distorsionarse para derivar de ella una tácita aseveración de que se encontraban dentro del inmueble y en consecuencia no vieron pasar a los agentes de policía", pues desde el sitio en que se encontraban podían advertir la presencia de los policiales.

Resalta que con estas declaraciones el fallador acreditó el "recorrido de los ocupantes de la motocicleta y fueron ellas apreciadas, dándole credibilidad a tales dichos, sin que se haya variado su contenido o se haya modificado la expresión fáctica de tales medios de convicción".

Como absurdo tilda los argumentos del impugnante frente al testimonio de Jorge Hernán Arroyave, habida cuenta que éste en ningún momento expresó que los agentes fueran amigos suyos, "solamente manifestó que hacía poco tiempo los conocía y que la mañana del accidente los saludó de pasada por la carrera octava".

En consecuencia la aseveración del testigo de que no sabía quien manejaba la motocicleta, no es indicativa de mentira, como lo pretende el impugnante, "sino una suspicacia" para pretender descalificar la declaración.

De otro lado, asegura que el testimonio de Julialba Patiño fue apreciado en forma correcta, en torno al recorrido del camión y la consideración de que hizo el pare, "pero no indica la dirección en la que se desplazaba la motocicleta y tampoco observó la colisión; así lo señala la providencia del Tribunal".

No existe otra información distinta a la diligencia de indagatoria que indique que el conductor del camión hizo el pare exigido en la intersección de la calle 11 con carrera 8ª, "además que el análisis que hizo la sentencia sobre los golpes recibidos y la huella de la frenada que aparece marcada en el croquis, le indicó que la velocidad a la que se desplazaba el camión no era la que se obtiene luego de hacer un pare a pocos metros de distancia".

En lo que atañe al testimonio de Carlos Eduardo Otálvaro, advierte que éste fue analizado pormenorizadamente en la sentencia, ya que no se mostraba muy preciso en la información que suministró y fue rechazado porque sus explicaciones no encontraron respaldo con el caudal probatorio allegado al proceso.

Para el sentenciador las informaciones suministradas por el declarante fueron de su propia creación, y su dicho perdió credibilidad por las contradicciones que exhibió, pero en ese análisis no se observa error alguno de la sentencia, cuando existen otras pruebas que también lo contradicen.

Tampoco existieron errores por tergiversación del croquis, ya que quien lo interpreta erradamente es el censor, ya que no se dice en este documento que la motocicleta fuera en contravía, cuya conclusión es del demandante, tergiversando el contenido de la prueba "cuyo dibujo se limita a señalar el lugar donde se encontraban ubicados los vehículos y el posible sitio de colisión". Respecto a la cifra que suministra de la frenada de 2006 mts. 70cms. "Lo que se aprecia en el documento, es que el vehículo 2 tuvo una huella de frenada de 6 metros 70 centímetros, y ese dato no sólo lo aportaba el croquis, sino también las declaraciones que se recibieron en la investigación".

Además, que no es cierto que la huella de frenada sea de 2006 mts 70 cm, sino que lo que se aprecia en ese documento es que el vehículo dejó una huella de 6 mts 70 centímetros, lo que se corrobora con las declaraciones recibidas.

"Así las cosas pretende el censor confundir con sus argumentos y con la lectura equivocada de los datos anotados en el croquis levantado", sin que se evidencie yerro por parte del fallador.

Por lo anterior, manifiesta que el cargo no está llamado a prosperar.

Segundo cargo:

Conceptúa el Delegado que las pruebas que señala el libelista como omitidas sí fueron consideradas en la sentencia, así no haya existido mención expresa y detallada de ellas, y sirvieron de fundamento a la declaratoria de responsabilidad del procesado.

Agrega:

"La ubicación de los diferentes testigos, el daño sufrido por los vehículos, fueron circunstancias tenidas en cuenta por el juzgador de segundo grado y el análisis que se hizo del material probatorio fue conjunto. Que no se mencionaran separadamente cada una de las pruebas indicadas por el censor, no indica que se hubiera generado un error de hecho por falso juicio de existencia".

Sostiene que la naturaleza y la ubicación de los golpes sufridos por los vehículos fueron objeto de análisis en la providencia, así no se hubiese hecho referencia a las fotografías. Sin embargo, advierte que en el fallo de segunda instancia se hizo un listado de todas las pruebas incorporadas al diligenciamiento, "relación en la que obviamente se incluyen las fotografías tanto de la inspección judicial como las allegadas al plenario anteriormente".

A renglón seguido expresa:

"Es contradictorio el censor cuando pretende que lo consignado en esas pruebas -que en su sentir fueron omitidas- fue tergiversado, porque en el

cargo anterior, fundamentado en un falso juicio de identidad, se refiere a las mismas pruebas que afirma que no fueron apreciadas. Es decir, que en el primero de los cargos -que no formuló como principal- pretende demostrar que las pruebas fueron distorsionadas y en el segundo -no sujeto al principio de subsidiaridad-, su pretensión es la de que se reconozca que las pruebas -antes mal apreciadas- no fueron tenidas en cuenta por el juzgador. De esta forma, afecta con su argumento el principio lógico de no contradicción".

Tercer cargo:

En lo relacionado con la queja del casacionista de que un elemento de convicción fue aducido ilegalmente al proceso y, no obstante, se apreció, advierte que es cierto que el sentenciador de primera instancia relaciona la versión que rindió el procesado ante las autoridades de tránsito, en la que indica la forma como se desplazaba "y nada dice sobre el avance en contravía de los agentes de policía".

Sostiene que no se observa la tildada ilegalidad, ya que la citada versión forma parte del documento, "pues es conocido que en todo croquis se anota por parte de la autoridad competente la versión rendida por cada uno de los conductores sobre la posible causa del accidente, pero esa declaración no tiene la calidad de versión libre, indagatoria o confesión".

Tampoco en la sentencia se le imprimió ninguna de esas calidades, sino que, simplemente, "se hizo referencia a ella para luego indicar cómo se cambió la versión del procesado cuando se enteró del fallecimiento de uno de los lesionados, además de que en la construcción de la responsabilidad del procesado no se tomó esta prueba como trascendente, ni se fundamentó la decisión en ella".

Arguye que en la sentencia de segunda instancia no se menciona el medio de prueba atacado, cuyas consideraciones tuvieron como base otros elementos de convicción, de modo que no es cierto que haya sido aportada de manera ilegal, ni que haya sido fundamento de la sentencia.

Por lo expuesto, estima que el cargo no está llamado a prosperar.

2. Demanda presentada a nombre del tercero civilmente responsable.

Estima que razón le asiste al recurrente, pues a este sujeto procesal se le violó el derecho a la defensa.

Manifiesta que conforme a la jurisprudencia de la Corte cuando se trata del tercero civilmente responsable, su vinculación al proceso debe hacerse en forma tal que se le garanticen sus derechos procesales, "especialmente el debido proceso y el derecho a la defensa".

Es cierto que desde que se presentó la demanda de parte civil, se solicitó la vinculación de Servientrega, pero no hubo pronunciamiento al respecto, sólo hasta la etapa del juicio se logró tal vinculación, la que fue tardía, en razón a que ya había fenecido el término de traslado del artículo 446 del Código de

Procedimiento Penal, por lo que "no tuvo, entonces, la empresa oportunidad de controvertir las pruebas que se habían practicado, de solicitar la práctica de otras, es decir, de ejercer un verdadero derecho de defensa y esta vulneración genera nulidad de la actuación en relación con este sujeto procesal".

Luego de reseñar las incidencias para su vinculación, afirma que si bien es cierto que el defensor del procesado fue el que posteriormente representó a la empresa, también lo es que "no era garantía para Servientrega de que se respetara su derecho de defensa, porque éste no sólo implica el conocimiento del proceso y de lo que vaya sucediendo, sino la posibilidad concreta de poder actuar en beneficio de los intereses de su representado, lo que no podía hacer, pues no contaba con poder para actuar...".

Advierte que, en contraste, la representante de la parte civil solicitó que se vinculara como tercero civilmente responsable a Leasing de Occidente y así se hizo, en el mismo momento procesal que Servientrega. Empero, en la sentencia de primera instancia, después de hacer consideraciones sobre las garantías de este sujeto procesal, expresa que "respecto de Leasing de Occidente, no se hará ningún pronunciamiento pues fue vinculado al proceso en forma tardía y no se le dió oportunidad de ser escuchado ni defenderse".

En consecuencia, "se condenó a Servientrega al pago de perjuicios en forma solidaria con el procesado, sin que tuviera la oportunidad de defenderse, de poder actuar en forma efectiva en la investigación, es decir con total vulneración de su derecho a la defensa".

Por lo expuesto, solicita a la Corte casar la sentencia recurrida y, en consecuencia, declarar la nulidad de la vinculación de Servientrega imitada como tercero civilmente responsable, a partir de la providencia del 5 de mayo de 1995. Así mismo, sugiere desestimar la demanda presentada a nombre del procesado.

Consideraciones de la Corte

1. Demanda presentá a nombre del procesado Ricardo Leal.

Es evidente, como lo anota el Procurador Delegado en lo Penal, que la demanda no puede prosperar por adolecer de protuberantes fallas de técnica, que impiden a la Corte entrar a estudiar el fondo de la misma.

Olvidó el censor que la casación no es una tercera instancia, sino un recurso extraordinario a través del cual se acusa una sentencia por adolecer de alguno de los vicios expresamente señalados en la ley, que deberá ser enunciado y demostrado con sujeción a la reglas técnicas establecidas.

Primer cargo:

En lo que atañe al primer reproche, que ubica en los senderos del error de hecho por falso juicio de identidad y que lo refiere a los testimonios de Héctor Henao Giraldo, Antonio Alvarez Pineda, Rogelio Osorio Guzmán, Diego Castaño Rendón, Luis Edgar Galeano Martínez, Luz Marina Villamizar Largo, Jorge

Hernán Arroyave, Julialba Patiño y Carlos Eduardo Otálvaro Ramírez y al croquis levantado por las autoridades de tránsito, sin demostrar ningún falsamiento del contenido material de las pruebas por parte del sentenciador, lo que pretende es oponerse a la credibilidad que les asignó o negó a las mismas, conforme a las reglas de la sana crítica, desconociendo que la simple discrepancia de criterios sobre tal aspecto, no configura destino demandable en casación. Es más, es el propio censor quien dándole, a veces, particular interpretación a lo expresado por el elemento de convicción, desfigura su contenido. Así, por ejemplo, en lo que respecta a la declaración de Héctor Henao Giraldo, quien asevera que estaba en el lugar de los hechos, trata de sacarlo de allí, dándole un interesado entendimiento a la expresión "sintió un totazo", y al croquis del accidente, pretendiendo que hay contradicción en cuanto al sitio que aparece en tal documento como lugar de la colisión y el que indicó el testigo, sin considerar que en aquel escrito no se muestra el sitio del impacto sino aquel en que quedaron los vehículos. Así mismo, cuando asevera que si Rogelio Osorio estaba en el mismo lugar de Héctor Henao, debió ver lo mismo, sin considerar que los testigos no pueden ser absolutamente coincidentes y que tales diferencias fueron apreciadas por el fallador al verificar el análisis conjunto de la prueba.

Consideró al respecto el Tribunal:

"El señor defensor critica los testimonios de los señores Alvarez, Henao y Osorio porque a su juicio se contradijeron en cuanto a las personas presentes en el lugar, o que "vieron o no vieron" otros vehículos aparcados y respecto de la velocidad del furgón.

"La Sala no cree adecuado demandar de testigos que no vieron siquiera toda la evolución del hecho, ni se hallaban en las mismas condiciones, que apreciaran todas las circunstancias por decirlo así anexas, complementarias o ambientales. Uno, sin desmedro de su credibilidad, pudo no advertir si había por allí objetos, otro quizás pusiera atención al detalle siendo tan veraz como el primero. Alguno fijaría su atención en la velocidad y para otro pasaría desapercibida. Según los personales patrones alguien hablará de mucha velocidad y alguien de más bien rápido, no obstante referirse al mismo fenómeno.

"Pero esta no es, ni mucho menos, razón para descalificarlos".

En cuanto a la deposición de Castaño Rendón, quien nunca afirmó que estaba dentro de las instalaciones del Palacio Municipal, en razón a que es portero del mismo, intenta descalificarlo, colocándolo en el interior.

En lo concerniente al testimonio de Carlos Eduardo Otálvaro, a quien el censor pretende se le dé credibilidad, el Tribunal expresó:

"El señor defensor da especial importancia al testimonio del menor Carlos Eduardo Otálvaro. Sin embargo, la Sala juzga de mayor peso las numerosas declaraciones que lo contradicen. Además, las manifestaciones del joven acusan defectos graves que por sí solos le hacen perder credibilidad.

"Dice, por ejemplo, que el camión hizo el 'amague' de parar y el conductor miró hacia la 8ª, pero al volver la vista hacia adelante "se encontró con los Policías y ahí los cogió" (f.94 v). Esta presentación no se ve muy lógica porque si se encontró con la moto al volver la vista de nuevo cuando estaba prácticamente detenido, no se habría producido el accidente y menos en la forma tan violenta como sucedió, por el empuje del furgón que marcó huellas de frenada a considerable velocidad.

"El joven deterioró aun más su credibilidad con esta observación sobre la conducta del procesado en el momento previo al choque "yo no vi que miró pero sí vi que venía frenando" (ib.), corroborando así que supuso o inventó actuaciones al relatar inicialmente el episodio.

"El testigo fue contradictorio. Al rendir nueva declaración, refirió: 'Pues el chofer paró ahí en el pare de la octava que hay en la once, pero no vi si miraría para abajo' (f.109 v.). O sea que esta vez no hubo un simple 'amague' de detenerse sino un pare efectivo. Y no vio si el conductor tomó la precaución de observar la vía con prelación".

En lo tocante al croquis del accidente, no fueron los falladores quienes lo tergiversaron sino el recurrente quien lo procura, como lo conceptúa el Procurador Delegado, ya que en éste no se expresa que la motocicleta fuera en contravía y "lo que se aprecia en el documento es que el vehículo '2' tuvo una huella de frenada de 6 metros 70 centímetros", y no de 2006 metros, 70 centímetros, como lo muestra el impugnante.

En consecuencia, como se ve, el demandante no demuestra que el fallador haya distorsionado el contenido material de los elementos de prueba o que al valorarlos haya vulnerado las reglas de la sana crítica, al tenor de la enunciación del cargo, sino que lo pretendido es enfrentar sus conclusiones probatorias con las del sentenciador, en una especie de competición por una mejor dialéctica, para que la Sala escoja entre ellas, desconociendo que no es posible, pues tal valoración es propia de las instancias, y que la sentencia llega a esta sede amparada por la doble presunción de acierto y legalidad, por lo que el criterio del juzgador prevalece.

El cargo no prospera.

Segundo cargo:

Lo aduce por error de hecho por falso juicio de existencia, por cuanto considera que el informe de los peritos, el plano que levantaron las autoridades respectivas y la fotografía tomada al testigo Antonio Álvarez y otras que obran al interior del proceso (fls. 37 y 38), no fueron apreciados, de manera que, según su juicio, de haberlo sido, se habría concluido que la colisión se produjo como lo informó el procesado en la diligencia de indagatoria y lo corroboró el testigo Carlos Eduardo Otálvaro.

Como lo estimó el Agente del Ministerio Público, no es cierto que tales elementos de convicción hayan sido ignorados por las instancias, sino que

fueron considerados en la apreciación conjunta de la prueba y sirvieron de fundamento a la declaración de responsabilidad, así algunos de ellos no hayan sido mencionados de manera expresa, aunque otros sí lo fueron. Así, en la sentencia de primera instancia, que forma unidad inescindible con la de segunda, se dijo:

"Pero si se mira el croquis (f.4-5) levantado sobre la escena de los hechos, la ubicación de los vehículos, la constancia sobre la huella de frenada (6.70 mts.), el lugar del impacto, confrontado con las fotos tomadas a los mismos (fs. 37-38), el protocolo de necropsia al occiso Marín Giraldo, como los reconocimientos médico-legales practicados a Ramírez Quintero, que dan cuenta del lugar donde recibieron el impacto -lado derecho-, de donde se llega a la conclusión por el Despacho, que el choque se originó en la omisión del pare por parte del acusado...".

Así mismo, se expresaron las razones, ceñidas a la sana crítica, por las cuales se le negó credibilidad al testimonio de Carlos Eduardo Otálvaro y se le dió a Antonio Alvarez, siendo, por lo tanto, una mera opinión del libelista su aseveración de que con las pruebas ignoradas se habría comprobado que Otálvaro se encontraba en posición privilegiada para observar y que Alvarez no lo estaba, sin ninguna posibilidad de derrumbar una sentencia amparada por la doble presunción de acierto y legalidad.

Por lo expuesto, el cargo se desestima.

Tercer cargo:

El último reproche lo enuncia como error de derecho falso juicio de legalidad, y lo refiere a la versión rendida por el conductor de Servientrega a las autoridades de tránsito, y que considera ilegalmente aducida, no pudiendo tenerse como prueba, por no reunir los requisitos exigidos, pues no fue ordenada por "ningún funcionario", ni se recibió con la asistencia de un defensor, ni puede calificarse como confesión, y ni siquiera como versión libre, siendo, por ende, nula de pleno derecho.

El casacionista no demuestra la trascendencia del pretendido desatino, esto es, cómo de no haberse cometido, el fallo hubiera sido favorable al procesado, lo que cobra particular importancia frente a la multiplicidad de elementos probatorios de los cuales dedujeron las instancias su responsabilidad.

Aunque lo anterior es suficiente para desestimar el cargo, sin embargo, no es cierto que las versiones recogidas en circunstancias como la presente sean inexistentes, pues no sería razonable exigir el cumplimiento de formalismos que, en ese instante, serían de imposible observancia, lo que no obsta para que las versiones recibidas sean recogidas a través del informe policivo y de los testimonios de los respectivos agentes, lo que permite que puedan ser tenidas como medios de prueba y apreciadas conforme a las reglas de la sana crítica, tal como lo ha sostenido la Sala[1].

1 [Véase, entre otras, Casación 10.106, septiembre 2/98].

El cargo se rechaza.

2. Demanda presentada a nombre del tercero civilmente responsable.

2.1. Como quiera que en el término de traslado que ordena el artículo 224 del Código de Procedimiento Penal para los sujetos procesales no recurrentes, la representante de la parte civil ha cuestionado la personería del defensor del tercero civilmente responsable, por carecer de poder para actuar, pues el poderdante no tenía facultad para sustituir, es preciso que la Sala se ocupe, en primer lugar, de ese aspecto.

Es verdad que conforme al escrito visible al folio 535 del cuaderno original, el Representante Legal para Efectos Judiciales de la empresa Servientrega Limitada, revocó el poder que había conferido inicialmente y manifestó que "sustituía" el mandato a él conferido al letrado que hoy ejerce como casacionista.

De igual manera, con el Certificado de la Cámara de Comercio de Santa Fe de Bogotá, anexo al memorial poder, se evidencia que el señor Carlos Alberto Valderrama es el Representante Legal para Asuntos Judiciales de la citada empresa. Así mismo, en ese documento están especificadas las facultades que puede ejercer en razón del mandato conferido, entre las cuales están las de: "Recibir, pagar, allanarse, transigir, conciliar, desistir y reasumir este poder", lo que lleva a la Sala a concluir que si una de ellas es la de reasumir el poder, lógico es pensar que también pueda sustituirlo.

Además, de acuerdo con lo reglado en el artículo 68 del Código de Procedimiento Civil, la sustitución de los poderes solamente está vedada cuando dicha delegación esté expresamente prohibida, situación que no acontece en este asunto, ya que en el poder general no le fue negada dicha facultad al Representante Legal para efectos judiciales de la empresa Servientrega.

Así mismo, al tenor del precepto citado, "el poder conferido por escritura pública, puede sustituirse para un negocio determinado, por medio de memorial", hipótesis normativa que corresponde, exactamente, a lo ocurrido en el presente caso.

Por tal motivo, quien presentó la demanda de casación a nombre de Servientrega Ltda., estaba facultado para representarla.

Por otra parte, también dice la representante de la parte civil que no se integró la proposición jurídica completa, pues no se hizo referencia a las normas del Código de Procedimiento Civil infringidas.

Al respecto, la Sala ha manifestado que aunque la demanda debe sujetarse a las causales y cuantía para recurrir establecidas en las normas que regulan la casación civil, sin embargo la circunstancia de invocar el Código de Procedimiento Penal no constituye falta fundamental de técnica que impida el estudio del cargo, adecuadamente formulado y sustentado[9].

[9] (Véase, entre otras, Casación 11.431, septiembre/97). M.P. Dr. Carlos Augusto Gálvez Argote.

2.2. Lo pretendido por Servientrega, a través del cargo de nulidad, es que se invalide la condena al pago de los perjuicios, como deudora solidaria de los mismos, motivo por el cual, y al tenor de lo estatuido por el artículo 221 del C. de Procedimiento Civil, es necesario, ante todo, determinar si tiene interés, por razón de la cuantía.

Según los artículos 366, inciso 1°, del C. de P. C. (modificado por el Decreto 2282/89) y 2° y 3° del Decreto 522 de 1988, la cuantía del interés para recurrir en el bienio 1996 - 1997 debía ser igual o superior a $38.500.000. Si tenemos en cuenta que la entidad mencionada fue condenada al pago de todos los perjuicios causados con los punibles, en forma solidaria, el monto de la condena y el valor del gramo oro en la fecha de la sentencia ($11.984,98), concluiremos que sí le asiste interés.

2.3. En el único cargo que formula el censor, acusa al fallador de haber dictado sentencia en un juicio viciado de nulidad, por cuanto estima que a la empresa Servientrega Limitada se le vulneraron los derechos de defensa y el debido proceso, ya que su vinculación fue tardía, en razón a que tal cometido se cumplió cuando ya había concluido el término de traslado de que trata el artículo 446 del Código de Procedimiento Penal, por lo que no pudo ejercer el contradictorio, solicitando pruebas o participando en su practica. Además, dice que la labor defensiva ejercida por el apoderado fue a nombre del procesado y no de la sociedad.

Tiene razón el recurrente cuando demanda la invalidación del proceso, toda vez que revisada la actuación se observa que la empresa Servientrega Limitada fue vinculada en forma tardía, pues ello se cumplió cuando había fenecido el término estipulado en el artículo 446 del C. de P.P., lo que sin duda constituye una violación al debido proceso y al derecho de defensa.

En efecto, *como lo ha sostenido la jurisprudencia de la Sala, si bien es cierto que el tercero civilmente responsable es extraño frente a la comisión del hecho delictivo, ello no implica que no goce de todas las garantías judiciales, motivo por el cual la ley procesal señala que tendrá "los mismos derechos y facultades de cualquier sujeto procesal. No podrá ser condenado en perjuicios cuando no se haya notificado debidamente y se le haya permitido controvertir las pruebas en su contra" (art. 155).*

Lo anterior quiere decir que el legislador quiso que se protegiera al tercero civilmente responsable, en forma tal que no puede ser condenado en perjuicios sino cuando tuvo al interior del proceso las garantías estatuidas en la Constitución y en la ley procesal. Por ello debe ser vinculado oportunamente, esto es, durante la instrucción o aun iniciándose el juicio, para que pueda ejercer plenamente el derecho de defensa, en pie de igualdad frente a los demás sujetos procesales."

Ha dicho al respecto la Sala:

"De esta manera, el tercero civilmente responsable puede ser involucrado válidamente al proceso penal durante la instrucción, o aun iniciándose el

juicio siempre que tenga la oportunidad plena de solicitar, allegar y contradecir pruebas y de preparar debidamente su defensa, para que así se equilibre en los mismos 'derechos y facultades de cualquier sujeto procesal', teniendo en cuenta que para resultar condenado en perjuicios, si a ello hubiere mérito, se exige que se le haya 'notificado debidamente' y 'se le haya permitido controvertir las pruebas en su contra'.

"Todo lo anterior significa que la oportunidad para ser legalmente vinculado el tercero civilmente responsable al proceso penal, fenece cuando al expediente queda efectivamente 'a disposición común de los sujetos procesales por el término de treinta días hábiles, para preparar la audiencia pública, solicitar las nulidades que se hayan originado en la etapa de instrucción que no se hayan resuelto y las pruebas que sean conducentes', determinado por el artículo 446 del Código de Procedimiento Penal, por ser esta la última oportunidad procesal, particularmente para impetrar los elementos de comprobación que requiera.

"Ha de tenerse en cuenta, para mayor claridad, que la audiencia pública es un evento connatural para el acopio de pruebas, pero éstas, salvo lo dispuesto por el artículo 448 *ibidem*, no son otras que las solicitadas dentro del mencionado término del artículo 446." (Rad. 10.260, junio 17/97.M. P. Dr. Nilson Pinilla Pinilla).

De otro lado, como atinadamente lo señala el Procurador Delegado, el hecho que el apoderado de Servientrega haya sido quien ya venía actuando como defensor del procesado, no convalida la actuación, pues no sólo se trata de sujetos procesales distintos, sino que el derecho de defensa no sólo implica que se conozca el proceso y se tenga noticia de lo que va sucediendo, sino posibilidad concreta de poder actuar en beneficio del tercero, lo que no podía hacer, ya que carecía de poder.

Por tanto, la Sala casará parcialmente la sentencia, en lo referente a la condena del tercero civilmente responsable, esto es, en cuanto confirmó el numeral tercero de la parte resolutiva del fallo de primera instancia, en el que condenó a la empresa Servientrega Limitada a pagar, solidariamente con el procesado, los perjuicios ocasionados con las infracciones a la ley penal, decretando la nulidad de lo actuado a partir del auto fechado el 5 de mayo de 1995, mediante el cual el Juzgado Penal del Circuito de Chinchiná ordenó vincularla en tal calidad, quedando en ella comprendidas todas las actuaciones dependientes de esa indebida vinculación.

En consecuencia, el cargo prospera.

En lo que respecta a Leasing de Occidente S. A. aunque con su vinculación tardía como tercero civilmente responsable, también, al igual que a Servientrega, se le afectaron sus derechos a la defensa y el debido proceso, sin embargo, no hay lugar a declarar la nulidad, por las siguientes razones: en primer lugar, la entidad mencionada no la alegó, con lo cual saneó la irregularidad, al tenor del artículo 144 del C. de P. Civil (modificado por el D. E.

2282/89, art. 1°, numeral 84); en segundo lugar, fue exonerada de responsabilidad civil y, en tercer lugar, la parte civil no interpuso recurso de casación, frente a esa absolución.

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

RESUELVE:

1. Desestimar la demanda de casación presentada a nombre del procesado Ricardo Leal.

2. Casar parcialmente la sentencia recurrida, únicamente en cuanto confirmó la condena a la indemnización de perjuicios proferida contra el tercero civilmente responsable, empresa Servientrega Limitada, cuya vinculación como tal es nula, en la forma y alcance indicados en la parte motiva de esta providencia.

3. En lo demás, queda sin modificación el fallo recurrido.

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

Jorge Aníbal Gómez Gallego, Fernando Arboleda Ripoll, Jorge E. Córdoba Poveda, Carlos Augusto Gálvez Argote, Edgar Lombana Trujillo, Mario Manrique Nougués, Carlos E. Mejía Escobar, Alvaro Orlando Pérez Pinzón, Nilson E. Pinilla Pinilla.

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

ERROR DE HECHO/INDICIO

Si lo que se ataca es el hecho indicador, que admite cualquiera de la modalidades de error de hecho y de derecho por falso juicio de legalidad, ninguna utilidad tendría el ataque a la inferencia lógica, teniendo en cuenta que al haberse originado de una prueba viciada, esta corre igual suerte de improcedencia. Ahora; si el hecho indicador no resulta ser objeto de reproche alguno, es viable el ataque a la inferencia lógica por la vía del error de hecho, siempre que, obviamente esta clase de yerro en la inferencia haya sido cometido. Si se plantean ambos, puede hacerse pero independizando los cargos y haciéndolo subsidiariamente los unos frente a los otros.

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. - Santa Fe de Bogotá, D.C., catorce (14) de julio de mil novecientos noventa y nueve (1999).

Magistrado Ponente: Dr. *Carlos E. Mejía Escobar*

Aprobado Acta No. 103 Proceso No. 12120

Resuelve la Sala el recurso de casación presentado por el defensor del procesado Jorge Eliécer Zapata Palacio contra la sentencia proferida por el Tribunal Nacional que lo condenó a la pena de ocho (8) años de prisión por infracción al artículo 34 de la Ley 30 de 1986.

Hechos y Actuación Procesal

Aquellos ocurrieron el entre los días 26 y 28 de diciembre de 1991, cuando personal del Batallón de Contraguerrilla No. 11 Coyará, adscrito a la XI Brigada del Ejército llevó a cabo diligencia de allanamiento y registro en la Hacienda "Brasilia" ubicada en el Municipio de Canalete (Córdoba), donde se encontraron una pista de aterrizaje de aeronaves, con 900 metros de longitud y permiso provisional de funcionamiento, 82 lámparas de iluminación para dicha pista, 172 canecas plásticas con gasolina para aviones, 7 antenas aéreas y un hangar. También fueron decomisados seis mil kilos de clorhidrato de cocaína, que se hallaban en dos caletas que tenía la finca, tres vehículos automotores tales como un furgón marca Chevrolet Custom de Luxe, modelo 1989 de placas ITK 225, de servicio particular; un campero marca Toyota, modelo 1981 de placas MD 1219, de servicio particular y el campero Chevrolet

Trooper, modelo 1990 de placas OT 1279 de servicio oficial y en el cual se encontraron dos fusiles R - 15 con tres proveedores para esas armas y 49 proyectiles calibre 5.56.

En el operativo fueron retenidos los sujetos Carlos Julio Molano Zabala, Carlos Alberto Rodríguez Ruiz, Jorge Hernán Patiño González y Argemiro Mesa Chacón, quienes se encontraban en el predio. Posteriormente fueron vinculados a la investigación Jorge Eliécer Zapata, Arcadio de Jesús Gómez Orozco y Gilberto Riascos Ramírez, como sindicados de ilícita destinación de inmueble para el tráfico de narcóticos.

Por el acontecer fáctico descrito, el entonces Juzgado Octavo de Instrucción Criminal Ambulante radicado en Montería inició la correspondiente investigación el 7 de enero de 1992 y luego de escuchar en indagatoria a los individuos inicialmente aprehendidos, (Molano Zabala, Rodríguez Ruiz, Patiño González y Mesa Chacón) remitió las diligencias a los entonces denominados Juzgados de Instrucción de Orden Público de Medellín, donde se les impuso medida de aseguramiento de detención preventiva, en decisión del 28 de enero del año en mención, por la conducta descrita en el artículo 33 de la Ley 30 de 1986 a la que le concurría la circunstancia de agravación de que trata el artículo 38 de dicha normatividad, habida cuenta de la cantidad de cocaína decomisada, esto es, seis mil kilos.

Con posterioridad, en proveído de fecha marzo 25 de 1992, se adicionó la medida de aseguramiento en el sentido de hacerla extensiva por el delito consagrado en el Decreto 3664 de 1986/2266 de 1991, por el decomiso del material bélico encontrado dentro de uno de los automotores, disponiéndose además la captura de Jorge Eliécer Zapata Palacio, Arcadio de Jesús Gómez Orozco y Gilberto Riascos Ramírez.

La investigación pasó al conocimiento de uno de los Fiscales Regionales de la ciudad de Medellín, funcionario que mediante providencia de 7 de septiembre del año en mención declaró a los citados individuos personas ausentes y luego, el 3 de diciembre siguiente, les impuso medida de aseguramiento de detención preventiva, por infracción al artículo 34 del Estatuto Nacional de Estupefacientes, agravada por la cantidad de droga incautada.

El 21 de abril de 1993, el respectivo Fiscal Regional revocó la medida que impuso a Molano Zabala, Rodríguez Ruiz, Patiño González y Mesa Chacón respecto del porte ilegal de armas, habida cuenta que el material bélico fue encontrado en el vehículo oficial del cual, en ese momento, no se tenía información precisa acerca de su procedencia, pero con posterioridad se pudo establecer que pertenecía al DRI del Departamento de Nariño.

La etapa instructiva se declaró cerrada el 18 de mayo de 1993 y el mérito del sumario se calificó el 19 de octubre de ese año con resolución acusatoria en contra de Carlos Julio Molano Zabala, Carlos Alberto Rodríguez Ruiz y Jorge Hernán Patiño González por el ilícito que describe el artículo 33 de la Ley 30 de 1986 y a Jorge Eliécer Zapata Palacio, Aracadio de Jesús Gómez Orozco y Gilberto Riascos Ramírez, por infracción al artículo 34 de la mencio-

nada normatividad, concurriendo para todos ellos la causal de agravación contenida en el numeral 3° del artículo 38 *ibidem*, en razón a la cantidad de cocaína decomisada.

Allí mismo dispuso la preclusión de investigación en favor de Molano, Rodríguez, Patiño y Mesa por el delito de porte ilegal de arma de fuego de uso privativo de las Fuerzas Militares, y con fundamento en el texto inicial del artículo 439 del Código de Procedimiento Penal para entonces vigente dispuso continuar con tal investigación, así como respecto de Argerotro Mesa Chacón por infracción al Estatuto Nacional de Estupefacientes.

En virtud del recurso de reposición que se interpuso contra esa decisión, el respectivo Fiscal Delegado ante los Jueces Regionales, mediante providencia del 26 de enero de 1994 aclaró el calificatorio en el sentido de que Molano Zabala, Rodríguez Ruiz y Patiño González respondían como coautores de violación del artículo 33, inciso 2°, en concordancia con el 38 numeral 3° de la Ley 30 de 1986; en cuanto a Zapata Palacio, Gómez Orozco y Riascos Ramírez, también se les acusa de transgredir, además, el artículo 34 en concordancia con el numeral 3° del artículo 38, ambos del Estatuto Nacional de Estupefacientes; Además, precluyó investigación en favor de Argemiro Mesa Chacón y de los ausentes Zapata, Gómez y Riascos por la presunta infracción al artículo 2° del Decreto 3664 de 1986/2266 de 1991.

Al desatar el recurso de apelación que contra dicha providencia se interpuso de manera subsidiaria, el Fiscal Delegado ante el Tribunal Nacional, en providencia del 16 de julio de 1994 confirmó la decisión impugnada, pero dispuso además la devolución de la fianza prestada por el inculpado Mesa Chacón para obtener su excarcelación.

Ejecutoriada la decisión, el asunto pasó al conocimiento de un Juez Regional de la ciudad de Medellín, quien ordenó la apertura de la etapa de juzgamiento en auto del 13 de septiembre de 1994 y luego de agotada dictó la sentencia de primer grado el 15 de junio de 1995, condenando a los ausentes Jorge Ellecer Zapata Palacio, Arcadio de Jesús Gómez Orozco y Gilberto Riascos Ramírez a la pena de diez (10) años de prisión como coautores penalmente responsables de la infracción al artículo 34 del la Ley 30 de 1986, concurriendo la causal de agravación punitiva descrita en el numeral 3° del artículo 38 *ibidem*, así como a la accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas por tiempo igual a la principal.

En esa misma decisión absolvió a Carlos Julio Molano Zabala, Carlos Alberto Rodríguez Ruiz y a Jorge Hernán Patiño González de los cargos que se les había formulado por violación al artículo 33 de la mencionada normatividad. También ordenó la devolución del vehículo campero marca Toyota y el comiso definitivo y por ende extinción de dominio en favor del Estado del furgón marca chevrolet Custom De Luxe y del inmueble denominado "Brasilia" ubicado en el municipio de Canalete (Córdoba).

Apelada la decisión, el Tribunal Nacional, mediante providencia del 7 de noviembre de 1995, modificó la dosificación punitiva de primera instancia

quedando como pena principal a imponer a Jorge Eliecer Zapata Palacio, Gilberto Riascos Ramírez y Arcadio de Jesús Gómez Orozco, enjuiciados como personas ausentes, la pena de ocho (8) años de prisión, disminuyendo al mismo lapso la de interdicción de derechos y funciones públicas. Igualmente adicionó la decisión del *a quo*, en el sentido de condenar a la pena pecuniaria prevista en el artículo 34 de la Ley 30 de 1986 a cada uno de los mencionados, a multa por valor equivalente a trescientos (300) salarios mínimos mensuales vigentes para 1991, esto es, $15.516.000.oo pesos. También se abstuvo de condenar a Zapata, Riascos y Gómez al pago de indemnización de perjuicios, por no estar probados los presupuestos para ello.

Revocó el comiso del vehículo tipo furgón, marca chevrolet modelo 1989, para en su lugar ordenar que se compulsaran copias con destino a la Fiscalía Regional de Medellín para que, por separado, se investigue la conducta del presunto propietario del rodante en la comisión de los delitos que originaron esta investigación.

Contra esta decisión se interpuso el recurso de casación que se procede a desatar.

LA DEMANDA DE CASACIÓN

Un solo cargo eleva el censor contra la sentencia de segundo grado, al amparo de la causal primera, cuerpo segundo, del artículo 220 del Código de Procedimiento Penal, por considerar que el juzgador incurrió en violación indirecta de la ley sustancial, por error de hecho por falso juicio de identidad en la apreciación de varios elementos de prueba que lo condujo a aplicar indebidamente los artículos 23, 41, 42, 44, 46, 52 y 61 del C. P.; 34 y 38 numeral 3° de la Ley 30 de 1986 y 91 y 92 de la Ley 104 de 1993 y dejó de aplicar los artículos 2°, 5°, 19, 21 y 35 del Código Penal.

1. Según el casacionista, los siguientes son los errores del fallador en cuanto a la prueba documental:

a. Tergiversó y distorsionó la real naturaleza de un documento público, porque le dio a la escritura pública No. 152 de mayo 14 de 1985 un alcance que no tiene, en orden a probar la responsabilidad penal del señor Zapata Palacio. Es decir, le hizo producir a dicho documento, efectos probatorios que no se desprenden de su contexto.

Explica al respecto, que los bienes allanados por el Ejército Nacional a finales de 1991 estaban en cabeza del señor Zapata y así lo admitió su propietario en declaración rendida ante la Unidad de Orden Público de Montería, lo que no significa que estuviera dedicado al almacenamiento, distribución de materias estupefacientes o que hubiera mentido al afirmar que desde el segundo semestre de 1989 no estaba frente a sus dominios, por obra y acción de grupos guerrilleros que, como se sabe, operan en el Departamento de Córdoba desde épocas pretéritas.

El documento, agrega, no conduce a que se predique, con certeza, alguna colaboración física en el hecho delictivo, actos tendientes a conseguir como resultado concreto el almacenamiento del alcaloide o el propósito dirigido a un fin previamente determinado.

b. Tergiversó y distorsionó el contenido del folio de matrícula inmobiliaria No 140-0045573 expedido en la Superintendencia de Notariado y Registro, dándole un alcance probatorio que no tiene, en orden a demostrar la coautoría penal del señor Zapata. Le hizo producir efectos que van más allá de la prueba sobre la propiedad del bien raíz,

c. Tergiversó y distorsionó el sentido del poder otorgado por el procesado al Dr. Julio César Obando Correa, dándole un alcance probatorio que no surge de su contexto. Que el error de hecho es manifiesto por dos razones:

La primera, que la concesión del poder para solicitar, tramitar y obtener la devolución y entrega definitiva del inmueble rural "Brasilia", no pasa de ser un acto material de intervención en el proceso por parte del propietario del inmueble que, apenas había sido prometido en venta, con entrega real y material de la posesión al señor Gilberto Riascos sin renunciar al derecho de dominio, hasta tanto se cumplieran las obligaciones de la respectiva promesa.

Señala el libelista que su representado tenía justo temor de perder sus pertenencias inmuebles o de que estos sufrieran deterioro como el observado en la diligencia de inspección judicial, donde se certificó que la pista fue bombardeada y cubierta por la maleza, y que la casa y sus alrededores fueron saqueados y todo se convirtió en nido de murciélagos.

La segunda, que al leer el poder surge de manera ostensible que a partir de él no se puede concluir ni siquiera indiciariamente que el señor Zapata Palacio tenía conocimiento de que en las fincas entregadas en posesión al señor Riascos se estuviera organizando tal actividad ilícita. De él, solo puede desprenderse la idea de legítima reclamación de lo propio, de tratar de impedir su desmejora económica y su destrucción o ruina, pero no que hiciera aporte causal en un hecho prohibido.

d. Tergiversó y distorsionó el sentido de la resolución No. 2399 de marzo 7 de 1991 expedida por la Aeronáutica Civil, por la cual se autorizaba por tres años la utilización del aeródromo Brasilia y se le otorgaba permiso de explotación a su dueño.

Según el casacionista, esa resolución y otros permisos otorgados con antelación sólo demuestran que los propietarios del aeródromo se preocuparon por darle cumplimiento a las disposiciones legales y que la pista no era clandestina. Que el haberse tramitado en Santa Fe de Bogotá la autorización legal, no conducía a demostrar que el procesado estaba en contacto permanente y directo con sus terrenos del municipio de Canalete. Abandonar esa clase de trámites, hubiera sido falta de diligencia y cuidado. Estima que de ahí a sostener que la pista era utilizada para el transporte de droga, hay un abismo, así se tenga conocimiento de que cerca a la pista había tres caletas, dos de ellas con elementos prohibidos.

Agrega que no se debe olvidar que el Tribunal Nacional pareció prohijar la idea de que el transporte también se hacía por la vía terrestre, según se observa de lo resuelto en relación con el vehículo de placas ITK 225, reclamado por el señor Rodrigo Perdomo Coronado, para concluir que el arrendamiento del furgón tenía objetivos muy concretos y específicos.

Para el casacionista, la citada resolución no es prueba de la posesión real y material de la finca por parte de su propietario para el día de los hechos o con cercana anterioridad.

c. Tergiversó y distorsionó el sentido y naturaleza de la promesa de compraventa del predio "Brasilia" suscrita entre Jorge Eliécer Zapata Palacio, promitente vendedor y Gilberto Riascos Ramírez, promitente comprador, suscrita el 30 de octubre de 1991.

Para el libelista no es válido el argumento que vecinos de Medellín y Santa Fe de Bogotá no podían hacer reconocer sus firmas ante un notario de Cali, cuando esta clase de diligencias puede cumplirse en cualquier parte del país.

De otra parte, según se desprende del citado documento, este responde a todas las exigencias del artículo 1611 del Código Civil, pues la promesa consta por escrito, no es declarable ineficaz, determina el plazo, la condición, la fecha y notaría en la que ha de correrse la respectiva escritura y están claramente determinados los cinco lotes que se prometen, el precio que se paga por ellos, así como la entrega de todas sus anexidades, usos, derechos, permisos oficiales y demás.

La duda acerca de la autenticidad del documento la resaltan los juzgadores, al aseverar que el Notario 4° de Cali ha tachado de falsa su firma abreviada estampada en la diligencia de reconocimiento y tramitada conforme al artículo 34 del Decreto 2148 de 1983: que al tenor del artículo 68 del Decreto 960 de 1970, no se puede asegurar que se ha presentado una tacha de falsedad o que ya está probada la firma espuria del notario Dr. Samuel Buitrago Hurtado.

Dice que lo importante de destacar en este caso y que califica como protuberante error de hecho, es que solo con la tergiversación de la promesa se puede alegar que su contenido obedece a una hábil maniobra de Zapata o de Riascos, por fuera del giro normal de los negocios.

f. Tergiversó y distorsionó el contrato de arrendamiento suscrito entre Riascos Ramírez y Arcadio de Jesús Gómez Orozco.

Explica que a pesar de que Zapata Palacio es ajeno a la suscripción de ese documento, el Tribunal Nacional lo utiliza para señalarlo como responsable del ilícito investigado, sin tener en cuenta que de esa forma no se demuestra su participación criminosa o el conocimiento de un fin delictivo o que hayan surgido varias fuerzas que se dirigieron a un propósito común. Que el escrito no pasa de ser un acto neutro, en lo que se refiere a Zapata porque, si bien Riascos tenía la posesión de los inmuebles prometidos en venta, podía darlos

en arrendamiento o en anticresis sin causar menoscabo a la legalidad o al derecho de propiedad de Zapata, pese a que este quedara al margen del convenio de los otros dos.

2. En cuanto a la prueba indiciaria, luego de hacer una ilustración doctrinal de los aspectos generales de este medio probatorio, señaló que el fallador incurrió en los siguientes yerros:

a) Indicio de mentira o mala justificación.

Dice que con base en unos documentos analizados con anterioridad, el Tribunal Nacional insiste en que no otorgan la suficiente confiabilidad porque el funcionario notarial puso en tela de juicio la firma que como suya aparece en el reconocimiento de dos contratos y que fueron formalizados en ciudades distintas a los domicilios de los signatarios. Que estas son razones que llevan al *ad quem* a sostener que las justificaciones esgrimidas por los defensores de Zapata y Riascos no cuentan con el respaldo probatorio para ser acogidas, máxime cuando el primero aseveró ser ajeno a las actividades de la finca, estuvo gestionando el permiso ante la Aeronáutica Civil y solicitó la restitución del inmueble luego de la ocupación oficial. De ahí concluyó que se buscó dejar toda la responsabilidad en cabeza de Gómez Orozco, cuando el acervo probatorio indicaba que los tres ausentes estaban comprometidos en la ilícita destinación de la hacienda.

Para el libelista, lo anterior es demostrativo de que el concepto de "mala justificación" es en extremo subjetivo; que no existe un parámetro, una medida que permita colegir, cuándo está bien o suficientemente justificada una persona del cargo que le ha sido formulado, lo que da espacio a arbitrariedades y riesgos sufridos por el procesado. Agrega que el Tribunal saca por inferencia la prueba sobre la responsabilidad de Zapata únicamente porque le parece que los documentos aportados no lo justifican bien. Entonces se pregunta cuál es la relación directa y qué intensidad tienen los escritos indicadores con el hecho de que Zapata haya sido coautor del almacenamiento de alcaloides. A su juicio, esa inferencia lógica está viciada por el desatino y pisa los terrenos del falso juicio de identidad.

Explica, entre otros aspectos, que el contraindicio destruye la conexión causal que debe existir entre el hecho indicador y el hecho desconocido, al introducir factores que equilibran y refutan las inferencias lógicas que se han obtenido a partir de ciertas circunstancias. Que en el proceso existe un contraindicio serio y contundente, como es la declaración de la señora Stella Hernández Soto y que por no haber sido mencionada si quiera por el Tribunal, sirve para probar que el señor Zapata Palacio no estaba al frente de su propiedad, dándole alguna clase de explotación económica o sirviéndose de ella.

"El no haberse valorado testimonios (contraindicios) como el señalado, los que se oponen a la mera objetividad de los documentos tenidos en mente por el Tribunal, se le dio al razonamiento una fuerza demostrativa que no tenía".

b) Indicio de oportunidad para delinquir.

Se refiere a la existencia de una pista de aeronaves con permiso de funcionamiento en la finca "Brasilia". Dice que el *ad quem* incurrió en manifiesto error en cuanto a la inferencia lógica, "originado en presupuestos falsos del razonamiento". Según el censor, el hecho de que la finca tuviera aeródromo autorizado y que las caletas estuvieran ubicadas cerca a esa pista, "no conduce a inferir, necesariamente, que el dueño del inmueble dirigió el almacenamiento de sustancias que al parecer (no se probó debidamente y en forma científica la presencia de clorhidrato de cocaína) eran prohibidas o que participó o colaboró activamente en esas gestiones".

Para el libelista, el Tribunal aplicó criterios de responsabilidad objetiva al tomar la propiedad de la finca y el permiso de funcionamiento del aeródromo como indicio de oportunidad, infiriendo erradamente que si Zapata Palacio era el dueño debía asumir como actos propios todos los ejecutados por terceros que no tenían ninguna relación o dependencia con él.

Agrega que en el proceso se conoce con suficiencia la presencia física de cuatro ciudadanos que fueron absueltos y de la cocinera Stella Hernández que habla de otros trabajadores contratados por "ajuste" y que nunca vio aterrizar avionetas en la finca, así haya escuchado el ruido de ellas dos veces. Además, existen los testimonios de varios sujetos a los que el Tribunal Nacional ignoró y que la defensa presenta como contraindicios, como Hernán Enrique Martínez contratado por Arcadio Gómez Orozco; Edilberto Miguel Genez, Ermer Roberto Viloria, José Nicolás Guzmán, José Sandón Miranda, etc.

Entonces, según él, el material probatorio muestra la finca "Brasilia" en estado de abandono hasta el mes de noviembre, y de ahí en adelante en plena recuperación; y al señor Gómez Orozco contratando peones y obreros, asignando diversas tareas y mostrándose con diversos amigos por el municipio de Canalete. Dice que de esto, ningún nexo se le puede atribuir a Zapata.

c) Indicio de Huida.

Hace referencia a que el *ad quem* infiere que de ser cierta la ajenidad de Zapata lo lógico es que hubiera comparecido ante los funcionarios judiciales y demostrar su inocencia y no evadir la acción de la justicia.

Señala al respecto que para la doctrina y la jurisprudencia el fenómeno de la clandestinidad o de la contumacia no son indicios graves o necesarios de responsabilidad penal. Esas actitudes son alianzamiento del derecho a la libertad y demostración de una de las maneras de entender su ejercicio. Que para la acertada estimación de este indicio, no se pueden desconocer las condiciones del ser humano, el perfil de la sociedad ni el procedimiento penal que rige, debido a que el ciudadano carece de las suficientes garantías frente a la justicia.

Recuerda que en el indicio "la conclusión o hecho indicado" debe ser preciso y claro. Que frente a una condena, el indicio necesario debe producir tal certeza en el juez que pueda declararlo prueba idónea.

En este caso, agrega, el fallador tergiversó el alcance de los varios hechos que tomó como indicadores y elaboró equivocadamente sus inferencias lógicas tendientes a dar por sentada la responsabilidad de Zapata Palacio.

Según el casacionista, sin estos errores de hecho el Tribunal no hubiera hecho las declaraciones atinentes a la responsabilidad de los encausados como coautores.

Dicho lo anterior, se ocupa el censor de reseñar de manera amplia, desde el punto de vista doctrinal lo relativo al fenómeno de la coautoría, para luego explicar que la existencia de la calidad de autor está dado por el aporte que objetivamente juegue en la realización del hecho punible, porque entre coautores y partícipes puede existir mutuo acuerdo, pero no siempre que exista una decisión común para la realización de un hecho punible hay coautoría.

Para el censor, frente al hallazgo realizado por el personal del Ejército Nacional en la finca "Brasilia" y de acuerdo con los parámetros del artículo 247 del Código de Procedimiento Penal, con la sola demostración de la tipicidad de la conducta no era posible proferir un fallo de condena.

Desde su punto de vista, el señor Zapata Palacio venía disfrutando del derecho de dominio y posesión de los lotes de terreno denominados "Copacabana" y "Brasilia" desde el 14 de mayo de 1985 y el 29 de septiembre de 1987, respectivamente, por compra que le hiciera a Nelson García Plata; y de los lotes denominados "Las Claritas", "Otra Banda" y "La Playa" por compra efectuada a Hernando de Jesús Restrepo Ochoa, ubicados en la comprensión municipal de Canalete, incluido el aeródromo, cuyo permiso de funcionamiento estaba vigente y lo renovaba a medida que la Aeronáutica Civil lo autorizaba. Que las gestiones realizadas por Zapata ante dicha entidad eran las previstas en las normas legales, pues la pista no era clandestina ni utilizada para fines protervos.

Que debido a que la región de Córdoba ha sido escenario de constantes enfrentamientos entre el ejército y la guerrilla, su representado vendió a Riascos cinco (5) lotes y le hizo entrega real y material, contra el pago de la cuota inicial. Este, en posesión del predio, resuelve darlo en arrendamiento a Arcadio de Jesús Gómez, quien una vez llegó a Canalete con un grupo de amigos, se dedicó por su cuenta y riesgo a contratar personal de jornaleros y otro más especializado para labores intensas e ininterrumpidas hasta que apareció el ejército y encontró el fruto de esos esfuerzos y actividades.

Para el censor los planteamientos de responsabilidad hechos por el fallador se basaron en circunstancias que no tenían la virtud de demostrarla. En consecuencia, solicita se case el fallo y en su lugar se dicte sentencia absolutoria en favor del procesado Zapata Palacio.

CONCEPTO DEL PROCURADOR TERCERO DELEGADO EN LO PENAL

Luego de hacer alusión a la forma como el Tribunal Nacional analizó el contenido de la escritura de venta del predio "Brasilia" y la pista en él cons-

truida, identificada con el número 15 del 14 de mayo de 1985, señaló que la integración de todos los elementos probatorios allí mencionados modifica sustancialmente la visión que el casacionista tiene acerca de la decisión cuestionada, porque si bien el documento por sí solo no prueba que Zapata Palacio participara en el delito, "su condición de propietario y real poseedor del predio, sus reales obligaciones y derechos que surgen de tal calidad, la ilícita destinación del inmueble, los actos de señor y dueño, aún con posterioridad a la fecha en que decidió no ejercer su derecho de posesión y la sospechosa autenticidad de los documentos presentados para justificar su ajenidad con el predio, sí constituyen prueba de una relación jurídica y material con el inmueble por la fecha del hallazgo de las sustancias estupefacientes y conducen a deducir su condición de coautor del delito investigado".

De otra parte afirma que no puede aceptarse la propuesta del censor relativa a que el poder solo tuvo como propósito la reclamación pues entonces no tendría explicación el porqué de la premura a ejercer los actos de señor y dueño sobre un predio cuya posesión material había entregado antes de la incautación de las sustancias estupefacientes y había dejado de ejercer supuestamente dos años atrás y cuyo precio había recibido en parte de manos de su nuevo propietario, con el cual solo faltaba la formalización del negocio jurídico que habían celebrado.

Conforme a lo dicho, estima que las inconformidades del demandante obedecen a un análisis distinto de las pruebas y no a una distorsión de sus contenidos, lo que no constituye más que su enfrentamiento con las conclusiones del sentenciador.

Que debió formular el reparo por la vía del falso juicio de existencia si lo que extraña frente a estos documentos privados es la práctica de prueba pericial a fin de determinar autenticidad del sello y firma del notario que autenticó las firmas, teniendo en cuenta que el funcionario dudó de ellos y que dicha prueba no se solicitó ni practicó.

Para la Delegada, el examen de estos elementos de prueba que fueron presentados por Zapata Palacio son reveladores de una informalidad inusual que no se elevó a escritura pública, tratándose de un predio de la naturaleza del referido, sin que se pueda pasar por alto el relato de los comprometidos en el asunto sobre cómo se realizó el negocio de venta entre extraños, a lo que suma la coincidencia de ser experimentados negociantes y lo curioso que le resulta: a) que el tipo de máquina utilizada para la elaboración del contrato de venta parece ser la misma del de arrendamiento, aunque se hayan suscrito con mes y medio de diferencia; b) la autenticación de firmas en la misma notaría de Cali, y c) los valores tanto de la promesa de venta, como del contrato de arrendamiento.

Reconoce que si bien no hay demostración a través de medio técnico eficaz que permita afirmar la falsedad de los sellos o firma del notario, no resulta por fuera de la sana crítica afirmar que estos contratos solo revelan una coartada para evadir la responsabilidad en los hechos.

Además el libelista incurre en una distorsión de lo que entendió el fallador, porque no fue el contrato de venta o el de arriendo la prueba de la participación del ilícito. Y aunque no lo dijeron ni el juzgado ni el tribunal, fue su realización por fuera del giro normal de los negocios lo que llevó a concluir que Zapata Palacio además de ser el propietario del inmueble para el momento de los hechos, se encontraba ligado a cualquier destinación del bien y, por ende, es responsable del ilícito que se le imputa.

Hizo la Delegada unos comentarios acerca de aspectos generales de los indicios, por haber hecho referencia a ellos el libelista, más concretamente cuando se refiere a la presencia de un falso juicio de identidad sobre los tres indicios que dedujo en contra de los procesados ausentes Zapata Palacio, Riascos y Gómez. Luego destaca que cuando el libelista se refiere al indicio de mentira, cree que surge de los documentos del contrato de compraventa y de arrendamiento, prueba que por sí sola no serviría para concluir que el procesado mintió; también es necesario tener en cuenta, como complemento, las otras circunstancias en las cuales se realizaron las transacciones comerciales en relación con el predio y que llevaron al fallador a concluir que la supuesta ajenidad con el ilícito, no tenía respaldo probatorio.

La censura se orienta, entonces, es a justificar las acciones del procesado de manera diversa a como lo entendió el fallador. En ese sentido, estima que el libelista pierde la noción acerca del ilícito que se le endilga al procesado Zapata Palacio cuya participación no se desvirtuó a través de las pruebas aportadas como justificación de la venta y arriendo del fundo, razón por la que se le hace responsable, como propietario, de la destinación ilícita de inmueble que se le atribuye.

Señaló el Procurador también como equivocado el planteamiento del libelista, quien tergiversa la construcción del indicio y opta por traer como ingrediente o contraindicio el testimonio de Stella Hernández, del cual no formula error por falso juicio de existencia, sino que lo aduce como prueba de la desvinculación de Zapata con las labores realizadas en el predio, con lo que solo pretende incursionar en un nuevo análisis de la prueba o criticar las conclusiones del fallador.

Aclara que el tipo penal por el que se condenó a los procesados no requiere como ingrediente especial la presencia física de ellos en la elaboración, almacenamiento, transporte o venta de las drogas; basta con que se destine ilícitamente un bien inmueble o que se permita y de lo cual, seguramente, se obtendrá un beneficio y es por tanto que debe ser responsable de la conducta.

Frente al indicio de oportunidad para delinquir, asegura que no se destaca ni demuestra la ocurrencia del error de hecho, pues se limita a referir las consideraciones anotadas en el fallo de segunda instancia para denotar que la conclusión del fallador no sirve para probar la participación en el hecho concreto, lo que no es más que la demostración de que se ignora el principio general de la apreciación de las pruebas, previsto en el artículo 253 del Código de Procedimiento Penal.

El indicio, explica, debe tener relación con la circunstancia de participación en el hecho concreto, de forma que los hechos antes relatados permiten concluir que la hacienda de propiedad de Zapata Palacio se destinaba a las actividades de almacenamiento y transporte de sustancias estupefacientes, relación clara entre el indicio y la participación en el delito. Entonces, no hay el error denunciado, ni tampoco la determinación de responsabilidad objetiva.

Frente al contenido de la sentencia, concluye la Delegada, no se demuestra la ocurrencia de error alguno respecto del indicio de mentira, sino que nuevamente se desvía a la crítica de la conclusión del fallador, lo que resulta improcedente en esta sede extraordinaria.

En cuanto al indicio de huida, señala que el libelista también presenta una serie de justificaciones alejadas de las consideraciones hechas en las sentencias, sin demostrar la ocurrencia de tergiversación del hecho indicador de tal indicio o elemento de construcción del mismo.

Ante estas circunstancias, en opinión de esa representación del Ministerio Público, la sentencia debe permanecer incólume.

Consideraciones

Manifiesta el casacionista que en la sentencia de segundo grado se incurrió en violación indirecta de la ley sustancial por error de hecho por falso juicio de identidad en la apreciación de varios elementos de prueba.

Pues bien, ha de anticiparse la Sala a señalar que pese a lo enunciado, en el desarrollo del cargo el libelista incurre en insalvables errores que le impiden demostrar en qué consistió la distorsión del contenido material de las pruebas que señaló como erróneamente apreciadas, así como la incidencia del desacierto en el fallo de instancia. Como consecuencia lógica, tampoco atinó a demostrar la efectiva vulneración de las normas sustanciales a las que hizo referencia en su libelo.

Lo primero que se debe señalar es que la metodología que escogió para dar por demostrado el yerro, se ocupó de analizar separadamente cada prueba y, asumiendo que cada una se constituía en elemento de certeza, se olvidó que en la legislación rige el mandato de que la prueba debe ser analizada en conjunto.

De otra parte, ninguna vocación de éxito puede tener el libelo que se analiza porque el mismo no consulta el tipo de análisis efectuado por el Tribunal ni la forma como se estructuró el fallo objeto de censura.

Por ello, para demostrar el yerro y no caer en interpretaciones equivocadas, el censor debió partir de la base de que la responsabilidad de Zapata Palacio no se dedujo de cada prueba individualmente considerada, ni se estimó que cada elemento de convicción era en sí mismo suficiente para demostrar el ilícito proceder del encartado. No; en este asunto, por virtud de haber sido aportadas al plenario probanzas de diversa naturaleza, aparece claro que

conforme con lo demostrado por cada una de ellas se plasmó en la sentencia un análisis de lo ocurrido a partir de lo que cada una de ellas informaba, así como de las razones de su convencimiento.

De allí que resulte inútil, y además contrario a la realidad procesal, afirmar por ejemplo, que a la escritura pública y al folio de matrícula inmobiliaria se les dio un alcance que no tienen en orden a probar la responsabilidad penal de Zapata Palacio porque, se reitera, es a partir de la concatenación de los distintos elementos de prueba que el fallador hace la reconstrucción histórica de los hechos con base en los cuales se emite la decisión final.

El otro aspecto que se debe destacar como insalvable, es la total ausencia de demostración de los errores atribuidos. El actor omitió por completo desarrollar debidamente el cargo, pues ninguno de sus fundamentos está orientado a acreditar que el fallador en el proceso de valorar las pruebas, se apartó de los parámetros que fija la ley para estos efectos y que no son otros que los principios que rigen la sana crítica, de tal manera que al fijarles su mérito, hubiera procedido caprichosamente a declarar unos hechos distintos a los que revelan la realidad procesal. Lo anterior, porque el libelista manifiesta una y otra vez, respecto de cada una de las probanzas, que se les otorgó un alcance que no tenían, objeción que debe entenderse como referida a que en el ejercicio de determinar el mérito probatorio, el juez se apartó de tales parámetros y, por ende, declara unos hechos distintos a los que realmente muestra el proceso.

En efecto, de acuerdo a las consideraciones plasmadas en la sentencia, no es el desconocimiento o la omisión de las reglas de la sana crítica lo que constituye el desarrollo del cargo. Como se pasará a ver, el libelista se limitó a presentar otra opción acerca de la forma como debió interpretarse el contenido de cada elemento de prueba, eso sí, con un criterio valorativo distinto al del fallador, lo que en manera alguna se constituye en error atacable en casación.

Ante todo, debe señalarse que para el Tribunal, tanto la materialidad de la infracción como la responsabilidad de los procesados encontraron completa demostración dentro del plenario.

Es sobre el segundo aspecto que radica la inconformidad del libelista, cuya certeza quiso desvirtuar sobre la base de argumentos tales como que a la Escritura Pública No. 152 de mayo 14 de 1985 y al folio de matrícula inmobiliaria No. 140 0045573 se les dio un alcance que no tenían porque, si bien Zapata Palacio admitió que los bienes allanados por el ejército estaban en cabeza suya, ello no significa que estuviera dedicado al almacenamiento de materias estupefacientes o que se tuviera como mendaz la afirmación hecha por el procesado de que desde el segundo semestre de 1989 ya no se encontraba al frente de sus propiedades debido a la acción de los grupos guerrilleros.

Para el Tribunal, distinto a lo que entendió el casacionista, tanto la referida escritura pública (mediante la cual José Nelson García Plata vendió a Jorge Eliécer Zapata Palacio dos predios rurales, entre ellos el denominado

"Brasilia" dentro del cual se encontraba el aeródromo) como el folio de matrícula inmobiliaria determinaban la propiedad del inmueble que fue allanado por el ejército en cabeza del procesado, y no precisamente su participación en el acto ilícito por el cual fue condenado. Además Zapata Palacio ha pretendido, a lo largo del proceso, mostrarse ajeno a la propiedad que según tales documentos tiene sobre la finca denominada "Brasilia". Sin embargo, en el fallo se puede ver que tal ajenidad quedó desvirtuada con el poder que en el curso de este proceso otorgó al Dr. Julio César Obando Correa para que en su nombre y representación obtuviera para sí la entrega definitiva del predio en mención (fl. 226. C.o No. 1).

Según el censor ese poder -acto material de intervención en el proceso por parte del propietario del inmueble- significan una legítima reclamación de lo propio, y el justo temor de perder el inmueble o que se deterioraran sus pertenencias, pero no el conocimiento de que en tales predios se estuviera organizando una actividad ilícita.

También interpreta en diverso sentido lo relativo a la resolución No. 2399 de marzo 7 de 1991, por medio de la cual la Aeronáutica Civil le autorizaba por tres años la utilización del aeródromo "Brasilia", prueba documental que junto con las anteriores desmentía la afirmación de que Zapata no tenía posesión real y material de la mencionada finca para la época de los hechos.

Para el libelista, la solicitud de ese permiso que originó el otorgamiento de la resolución es la demostración de que su propietario estaba dando cumplimiento a disposiciones legales y que el abandono de esta clase de trámites habría sido en cambio, faltas de diligencia y cuidado.

La interpretación relativa al sentido o alcance de estas pruebas documentales, jamás puede generar error de hecho atacable por esta vía porque el yerro endilgado por el censor a los razonamientos del fallador se basa sobre inferencias propias de ser debatidas en las instancias, como cuando afirma que así se tenga conocimiento de la existencia de caletas en cercanías de la pista, contentivas de elementos prohibidos, no se puede sostener que esta era utilizada para el transporte de droga.

Es que el fallador al analizar la resolución de la que se viene hablando, en ningún momento hizo tal deducción; de allí que resulte equivocada la postura del libelista porque si bien se consideró que la pista se había utilizado para ese tipo de actividades ilícitas, no fue precisamente con fundamento en el permiso de la Aeronáutica Civil, sino en otras probanzas obrantes en el proceso. El documento en cuestión sirvió para determinar, como todos los otros, que Zapata Palacio estaba pendiente de su predio y que tenía interés en él.

Otras pruebas documentales que sirvieron como respaldo a las consideraciones orientadas a determinar la responsabilidad de los procesados fueron la promesa de compraventa del predio "Brasilia" que aparece como suscrita por Jorge Elécer Zapata Palacio como promitente vendedor y Gilberto Riascos Ramírez como promitente comprador, de fecha octubre 30 de 1991 y el contrato de arrendamiento que sobre el mismo predio se celebró por el término de seis meses entre el mencionado Riascos Ramírez y Arcadio de Jesús Gómez

Orozco como arrendatario el 15 de noviembre de ese mismo año, quienes también resultaron cobijados con la sentencia condenatoria, motivo de censura.

Para el fallador, la autenticidad de tales documentos quedó en entredicho con el testimonio del Notario Cuarto del Círculo de Cali, quien al observar las firmas y sellos estampados en ellos afirmó que los rasgos de las firmas no parecían guardar mucha coincidencia con la que solía utilizar. Además, extrañó al fallador el hecho de que se hubieran formalizado en esa Notaría ubicada en la ciudad de Cali, cuando los intervinientes aparecían como vecinos de Medellín y Santa Fe de Bogotá.

Esta apreciación es la que no comparte el casacionista y pretende desvirtuarla sobre la base de otras consideraciones sobre cuestiones accesorias, que en nada inciden en el fondo del asunto, como cuando asegura que como tales documentos cumplían con las exigencias legales, debían tenerse como ciertos.

Hasta aquí es fácil observar que la presentación crítica de las pruebas efectuadas por el libelista no le permite arribar a planteamientos certeros ni congruentes con los razonamientos de la sentencia que impugna, pues claramente en ella se plasmó que dichos documentos no sirvieron para el propósito de hacer creer que las transacciones efectuadas sobre el predio "Brasilia" eran auténticas y que se constituían en maniobras orientadas a eximir de responsabilidad a Zapata Palacio, Riascos Ramírez y Gómez Orozco.

Pero la insuficiente formulación que hasta aquí se ha resaltado, también se evidencia cuando el libelista se propone a atacar la prueba indiciaria en la que, si bien es cierto, el Tribunal fundamentó la responsabilidad de los procesados, la censura aparece confusa en la medida que finalmente no acredita si lo que quería atacar era el hecho indicador o la inferencia lógica.

Conforme está plasmado en el libelo, ambos elementos estructurales los hace aparecer como errados, sin tener en cuenta que en sede de casación es necesario diferenciar uno y otro, para de allí construir una censura que guarde coherencia con la sentencia que se ataca. Este aspecto resulta importante, porque como lo ha dejado sentado la jurisprudencia de esta Corporación: *si lo que se ataca es el hecho indicador, que admite cualquiera de la modalidades de error de hecho y de derecho por falso juicio de legalidad, ninguna utilidad tendría el ataque a la inferencia lógica, teniendo en cuenta que al haberse originado de una prueba viciada, esta corre igual suerte de improcedencia. Ahora; si el hecho indicador no resulta ser objeto de reproche alguno, es viable el ataque a la inferencia lógica por la vía del error de hecho, siempre que, obviamente esta clase de yerro en la inferencia haya sido cometido. Si se plantean ambos, puede hacerse pero independizando los cargos y haciéndolo subsidiariamente los unos frente a los otros.*

Frente a lo reseñado, era deber del casacionista proceder a demostrar de qué manera el juzgador llegó a sacar conclusiones contrarias a las que evidencia el proceso o en qué consistió el desconocimiento de las pautas que orientan la sana crítica.

Infortunadamente el recurrente condujo el ataque de la prueba indiciaria indistintamente a ambos aspectos, lo que impide saber cuál era en últimas el objetivo de la censura, circunstancia que se revela a lo largo de su desarrollo, violando el principio de no contradicción.

Nótese cómo, por ejemplo, cuando se refiere el libelista al indicio de mentira o de mala justificación no tiene en cuenta todos los aspectos que recoge el fallo, sino que se limita a afirmar que la inferencia lógica está viciada de desatino y que pisa los terrenos del falso juicio de identidad; así mismo, que en el proceso existe un contraindicio serio que no fue tenido en cuenta (testimonio de Stella Hernández) y que servía para probar que Zapata Palacio no estaba al frente de sus propiedades.

Para muestra del desatino en el cargo formulado, basta considerar que el Tribunal dedujo la existencia de este indicio no solo del hecho de que los documentos (contratos de promesa de compraventa y arriendo) no le ofrecían la suficiente confiabilidad, sino por la manera en que se llevaron a cabo tales transacciones comerciales. Por tanto estimó como carentes de respaldo las justificaciones dadas al respecto por los procesados Riascos y Zapata máxime cuando este por un lado, quiso mostrarse ajeno a lo ocurrido en el predio "Brasilia" pero, por otro, gestionaba permiso ante la Aeronáutica Civil. Así mismo la circunstancia de que el promitente comprador arrendara a un desconocido el predio por un canon irrisorio, por seis meses, y por ello que toda la responsabilidad se buscó dejarla en cabeza de Gómez Orozco.

Lo mismo puede predicarse del indicio de oportunidad para delinquir, respecto del cual se limita a manifestar que se originó en supuestos falsos de razonamiento, pero desde el punto de vista técnico de la casación, no logró demostrar tal aserto. Consideró suficiente con plasmar distintas hipótesis acerca de los medios de prueba que, a su modo de ver, serían demostrativos de que Zapata Palacio no necesariamente se dedicaba al almacenamiento de sustancias prohibidas ni colaboró activamente en esas gestiones. Pero ignoró por completo los hechos indicadores que se tuvieron en cuenta en la sentencia para su deducción. Por ejemplo, el haberse hallado una pista de aterrizaje, con permiso de funcionamiento, con 87 lámparas de iluminación, 172 canecas plásticas con 6.680 galones, 7 antenas aéreas y un hangar, lo que para el juzgador, lo convertía en el lugar ideal para sacar "grandes cantidades de estupefacientes", máxime que se trataba de una zona guerrillera que garantizaba la no presencia de cuerpos armados estatales.

A lo anterior sirvió como respaldo el hecho cierto de que a ochenta metros de la pista de aterrizaje se habían construido tres caletas cubiertas por la maleza en las que se almacenaban alcaloides debidamente empacados, forrados con polietileno de colores fluorescentes para facilitar verlos de noche.

Ninguno de estos aspectos fue analizado por el libelista quien para desvirtuar este indicio debió enrutar su ataque hacia los elementos que consideraba erróneamente apreciados por el fallador. Sin embargo, en una equivocada postura que solo contribuye a restarle claridad al cargo, involucra

aspectos que no hicieron parte de estas precisas consideraciones del juzgador y que, de tenerlas en cuenta, harían parte de estimaciones propias de otra modalidad de error en la apreciación probatoria, más concretamente del originado por el falso juicio de existencia, como cuando asegura que no se probó debidamente en forma científica la presencia de clorhidrato de cocaína; o que el Tribunal Nacional no tuvo en cuenta algunos testimonios que se constituían elementos de prueba que desvirtuaban el nexo que se le atribuyó a su prohijado con las actividades ilícitas llevadas a cabo en la finca "Brasilia".

Advertir desde un comienzo un error manifiesto en la apreciación de los medios de prueba y plantear al mismo tiempo su suposición o exclusión, con los cuales se demostraría la ausencia de responsabilidad del procesado, es un contrasentido y evidentemente un desacierto, desde el punto de vista técnico imposible de conciliar con las precisas pautas que deben observarse en este recurso extraordinario.

Y si se trata del indicio de oportunidad, nuevamente se respalda en sus personales apreciaciones, que en nada inciden en la estructura del fallo.

Estima la Sala que el libelista se equivoca acerca de la forma como el fallador determinó la responsabilidad de Zapata Palacio en los hechos ilícitos, pues considera que solo era posible endilgarle la autoría sobre la base de un aporte objetivo en la realización del hecho punible que para él no existió, pero que en la sentencia quedó debidamente acreditado.

Para tal efecto el juzgador conjugó una serie de hechos que originados en diversas fuentes iban señalando a Zapata Palacio como coautor del ilícito. De allí que el Tribunal haya señalado que:

"Con el acervo probatorio antes analizado, queda para la Sala demostrado que Jorge Eliécer Zapata Palacio, Gilberto Riascos Ramírez y Arcadio de Jesús Gómez Orozco, efectivamente son coautores del ilícito tantas veces mencionado, que puso en peligro el bien jurídicamente tutelado de la salubridad pública -que descansa en la comunidad- dado que de los elementos de convicción allegados al plenario, son indicativos que los tres procesados -reos ausentes- realizaron material y directamente conductas independientes y determinables, que objetiva y subjetivamente estaban orientadas a la comisión del precitado hecho típico, con una obvia división de trabajo entre los encausados." (fl. 38 Cdno. Tribunal).

Es que como bien lo anotó la Procuraduría, a Zapata Palacio se le atribuyó la conducta consistente en destinación ilícita de bien inmueble para que se elabore, almacene o transporte, venda o use algunas drogas a que se refiere el artículo 32 y/o autorice o tolere en ellos tal destinación.

En el inmueble objeto de allanamiento se encontró una pista de aterrizaje para aeronaves; dos caletas construidas en cemento y varilla, cada una de las cuales contenía tres toneladas de alcaloide empacado en bultos forrados en polietileno rojo fluorescente que al someterlo al reactivo "Mather's" arrojó resultado positivo para identificarlo como clorhidrato de cocaína. Por tal mo-

tivo se dejó sentado en el fallo: "De lo anterior, se concluye con facilidad, que la finca materia de allanamiento, estaba destinada ilícitamente al almacenamiento de cantidad apreciable de droga que produce dependencia".

Como quiera que los reproches elevados contra la sentencia de instancia quedaron reducidos a propuestas apreciatorias del casacionista para enfrentarlas al criterio del Tribunal, el cual prevalece por estar precedido de la presunción de acierto y legalidad, lo procedente es rechazar el recurso de casación presentado por el defensor del procesado Jorge Eliécer Zapata Palacio.

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.

Cúmplase y devuélvase al Tribunal de origen.

Jorge Aníbal Gómez Gallego, Fernando Arboleda Ripoll, Jorge E. Córdoba Poveda, Carlos Augusto Gálvez Argote, Edgar Lombana Trujillo, Mario Mantilla Nougués, Carlos E. Mejía Escobar, Alvaro Orlando Pérez Pinzón, Nilson Pinilla Pinilla.

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

NOTIFICACION/LEGITIMA DEFENSA/ DOLO DE IMPETU/

1. Lo ideal es que todos los sujetos procesales puedan ser notificados directamente de las decisiones judiciales, pero, en el caso de la resolución de acusación, cuando el procesado se hallare en libertad, primero debe intentarse su notificación personal, citándolo para el efecto por el medio más eficaz. Sin embargo, transcurridos 8 días después de la fecha de la comunicación sin que compareciere el acusado, ahí sí es imperativa la notificación personal al defensor, caso en el cual inclusive puede acudirse a un defensor de oficio, si es que el titular reconocido presenta una excusa válida o es renuente a comparecer (inciso 2°).

Pero si el procesado ha sido notificado personalmente de la resolución acusatoria, bien porque estaba detenido ora porque estando en libertad fue hallado, ya no es obligatoria la notificación personal del proveído al defensor, pues válidamente puede comunicarse por estado. Correlativamente, si el sindicado que estaba en libertad no pudo ser hallado, después de agotar debidamente los esfuerzos para hacerlo comparecer, hasta la integración personal a su defensor, y el ausente puede ser informado por medio de la notificación por estado (inciso 3°).

2. Como la legítima defensa es una causal excluyente de la antijuridicidad, de conformidad con el numeral 4° del artículo 29 del Código Penal, su reconocimiento implicaría la declaración de una ausencia de delito (arts. 2° y 4° idem), que inexorablemente conduce también a un fallo absolutorio.

El exceso en las causales de justificación, en cambio, no desestructura el hecho punible ni la responsabilidad del acusado, sino que sería un factor atenuante de esta última, que se traduciría en una significativa reducción de la pena, de acuerdo con la previsión del artículo 30 del Código Penal.

3. Ahora bien, cuando el demandante reivindicaba el denominado dolo de ímpetu, no necesariamente se refería a la atenuante de responsabilidad por ira o intenso dolor (art. 60 C. P.), pues bien puede presentarse aquél sin que haya lugar a la segunda. En efecto, la aminorante punitiva no se da por la sola experiencia del estado de emoción o pasión, sino que es indispensable que él provenga de una grave e injusta provocación de la víctima.

Por lo demás, el dolo de ímpetu consiste en la consciencia y voluntad de dañar la integridad personal de otro, cualquiera sea la magnitud del daño, de modo que uno u otro resultado nocivo (lesiones o muerte) le pertenecen al sujeto por haber sido presupuestados directa y coetáneamente en su conocimiento y querer, así exista por dicho estado de ánimo una parcial superposición de la decisión y la ejecución del acto.

Corte Suprema de Justicia. - Sala de Casación Penal. - Santa Fe de Bogotá, D. C., catorce de julio de mil novecientos noventa y nueve.

Magistrado Ponente: Dr. *Jorge Aníbal Gómez Gallego*

Aprobado Acta No. 103 Proceso No. 10749

Por la vía del recurso extraordinario de casación, se examina la sentencia de segundo grado fechada el 21 de febrero de 1995, por medio de la cual el Tribunal Superior de Quibdó condenó al procesado Alexis Bermúdez Ruiz a la pena principal de doce (12) años y seis (6) meses de prisión, como autor del delito de homicidio simple, en el grado de tentativa, cometido en perjuicio del ciudadano Froilán Valois Mena.

Sobre la estructura y el mérito de la demanda ha conceptuado el Procurador Segundo Delegado en lo Penal.

HECHOS Y ACTUACIÓN PROCESAL

De acuerdo con las narraciones de instancia, el episodio violento se puede compendiar así:

Desde la noche del 31 de diciembre del año de 1993, se realizaba un baile en la caseta de propiedad del señor Darío Alvarez Valois, situada en la Playa de Nabugá, paraje que corresponde al municipio de Bahía Solano, departamento del Chocó, lugar en el cual compartían en distintas mesas Alexis Bermúdez Ruiz y Froilán Valois Mena, el primero acompañado de Carlos Mario Pérez Penagos y Henry Yovanny Ardila Salas, y el segundo al lado de las damas Saindra Milena Alvarez Muriel, hija del dueño del establecimiento, y Martha Potes.

Aproximadamente a las 2 de la mañana del día siguiente, tal vez disgustado porque la señora Mariela Muriel Lozano, esposa del propietario del local, le negó crédito por el valor de una botella de ron, Alexis tiró un envase de cerveza contra el piso, cerca a la mesa que ocupaba Froilán, entonces éste y Carlos Mario retiraron amistosamente al enervado hacia el patio, pero allí se suscitó una disputa entre Froilán y Alexis, pues, mientras el primero esgrimió una navaja, el segundo sacó un cuchillo que le incrustó a su detractor en la región toraco-abdominal derecha, causándole una lesión que comprometió profundamente el lóbulo derecho del hígado y el mismo costado del diafragma, y además le produjo una incapacidad definitiva de 35 días, sin otras secuelas.

Con fundamento en la instructiva del lesionado y en la evaluación médico-legal del mismo, la Fiscal Doce Delegada del municipio de Bahía Solano abrió instrucción y posteriormente le recibió indagatoria al imputado Alexis Bermúdez Ruiz (fls. 6, 7 y 17). Después, por medio de resolución del 7 de febrero de 1994, el mismo despacho instructor dictó medida de aseguramiento en contra del sindicado, consistente en detención preventiva, sin derecho a excarcelación, como autor del delito de homicidio tentado (fl. 32).

Cerrada la investigación, la instructora calificó el mérito sumarial el 26 de mayo de 1994, según resolución acusatoria que dictó por el delito de homicidio simple en el grado de tentativa, de conformidad con los artículos 22 y 323 del Código Penal (fls. 64 y 79). La acusación quedó ejecutoriada el 13 de julio de 1994, pues la última notificación del proveído se cumplió el 8 de julio del mismo año (fl. 89 vto.).

El conocimiento para el juicio le correspondió al Juzgado Promiscuo del Circuito de Bahía Solano, despacho que ordenó el traslado legal para preparar la audiencia pública, la cual se realizó el 30 de noviembre de 1994 (fl. 106 y 149). El Juzgado dictó sentencia de condena el 7 de diciembre de 1994, por medio de la cual le impuso al procesado la pena principal de 12 años y 6 meses de prisión, como autor del delito de homicidio (tentado), y la accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas por igual tiempo; además, el sentenciador dispuso el reconocimiento de los perjuicios en cuantía de 150 gramos oro y negó el subrogado de la condena de ejecución condicional (fl. 159).

Para atender el recurso de apelación interpuesto por el procesado y su defensor, el Tribunal Superior de Quibdó profirió el fallo de segundo grado que ahora es objeto de casación, decisión en la cual confirmó integralmente lo determinado en la primera instancia (fl. 187).

Contenido de la Demanda

El actor ataca la sentencia por la vía de la causal primera de casación, como violación indirecta de la ley sustancial, y propone dos cargos:

1. El primero lo califica como falso juicio de existencia que recayó sobre los testimonios de Henry Yovanny Ardila Salas (fl. 31), Carlos Mario Pérez Penagos (fl. 40) y Wilmar Potes Medina (fl. 41), quienes atestiguan que Alexis tiró la botella, después Froilán lo encuelló y sacó una navaja con la cual agredió al primero, éste lo esquivó y rápidamente se defendió con un cuchillo que portaba.

Dichas pruebas, dice el censor, fueron completamente ignoradas en el acápite que la primera instancia le destinó a la "valoración de las pruebas", y apenas sí las menciona al hacer un resumen de los argumentos de la defensa, dado que ésta las trae a colación en la audiencia pública. En cuanto al fallo de segundo grado, sí refiere los tres testimonios, para decir que en ellos se apoya la tesis defensiva de la legítima defensa, pero, sin realizar ningún

análisis valorativo sobre ellos, el fallador concluye que en el proceso obran otras testificaciones que los infirman.

La valoración probatoria, agrega el demandante, es un ejercicio que comporta señalar el alcance la convicción que se le otorga a los medios probatorios, pues no basta aducir que se excluyen los testimonios porque existen otros que dicen lo contrario, dado que esa actitud sería igual a que el Tribunal hubiese omitido la apreciación de los mismos.

De las pruebas cuya apreciación se omitió, se concluye que Alexis sí golpeó la botella contra el piso, pero no lo hizo en tono de provocación a Froilán ni a ninguno otro de los circunstantes; que hubo una acción violenta de Froilán en contra de Alexis, antes de que éste reaccionara para lesionarlo; y que no hubo una acción premeditada del procesado, porque precedentemente le habían dado a guardar el cuchillo, todo lo cual, si se considera en su dimensión, hubiera conducido a que el Tribunal descartara la tentativa de homicidio, o cuando menos, haber atendido la legítima defensa que ha pregonado el sindicado, o, en últimas, permite reconocer un exceso en esa causal de justificación, o también ha podido dar lugar a la existencia de un dolo de ímpetu.

Con la omisión endilgada, concluye el actor, se ha violado el contenido sustancial de los artículos 4°, 22, 29 y 30 del Código Penal.

2. El segundo cargo lo denomina como error de hecho por falso juicio de identidad, ya que, según su criterio, se ha alterado el contenido fáctico de los siguientes testimonios:

2.1 El de la señora Clementina Medina Bermúdez, de cuyo texto no podía inferirse que Froilán reaccionó con la navaja cuando ya estaba herido, pues claramente manifiesta la testigo que si aquél "no le hubiera tirado, Alexis tampoco le tira...", lo cual significa que el lesionado tomó la iniciativa en el ataque. Además, la testimoniante no dijo con seguridad que Froilán había atacado a Alexis con el puño, como lo sostiene el fallo, sino que ella a la distancia apreció que "le tiró como un puño", pero que después se acercó y vio que "cabellón" (así llaman a Froilán) tenía una navaja en la mano, observación que le permite aclarar al final que éste atacó previamente a su victimario.

2.2 La señora Mariela Muriel Lozano empieza por advertir que "no estaba en el preciso momento", y además no afirma decididamente que "Alexis le tiró primero a Froilán", sino que lo cree así porque cuando miró ya el segundo estaba herido.

2.3 De acuerdo con la versión del señor Hernando Segura Muriel, en realidad el procesado, antes del problema, había recibido el cuchillo de manos del joven "Pocholo", con el fin de guardárselo, razón por la cual se excluye la premeditación del acto reprochada en el fallo. Además, el mismo testigo dice que Froilán tenía una navaja en la mano, pero, a pesar de ello, ambos datos fueron pasados por alto en su valoración.

2.4 La testigo Sandra Milena Alvarez Muriel dice que Alexis posiblemente se haya alterado porque su progenitora le negó el crédito, pero el censor sos-

tiene que ella no pudo haber tenido la oportunidad de enterarse de tal circunstancia, pues estaba en la mesa con el ofendido, razón por la cual seguramente su afirmación deriva de los comentarios que se tejieron después de los hechos, amén de que su testimonio es "inconveniente" porque se trata de una persona menor de edad, amiga del lesionado y se encontraba con él al momento de los hechos.

2.5 Si el ofendido Froilán Valois Mena declara: "yo fui y le eché los brazos a Alexis...", ello da a entender que se trasladó de un lugar a otro, motivo por el cual no es exacta la afirmación del Tribunal de que el sindicado quebró las botellas en la mesa de Froilán, con el ánimo de provocarlo, pues éste mismo agrega que "él tenía era ganas de romper los envases...". No es cierto entonces que el procesado haya actuado premeditadamente para estimular al ofendido.

Dice el impugnante que si en las sentencias se hubiesen valorado e interpretado adecuadamente los mencionados testimonios, atendiendo sus verdaderos contenidos fácticos, sin duda se hubiese llegado al convencimiento de la no existencia de una tentativa de homicidio, dejando de aplicar así los artículos 22 y 323 del Código Penal, para entender que la conducta se enmarcaba en el artículo 331 del mismo estatuto, con reconocimiento adicional de los artículos 4° y 29 *idem*.

Pide finalmente que la Corte case la sentencia demandada y, de contera, proceda a revocar el fallo proferido por el Juzgado Promiscuo del Circuito de Bahía Solano.

CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

El Procurador Delegado expone su opinión en cuatro partes:

Pide, en primer lugar, que la Sala se ocupe oficiosamente de una nulidad por supuesta violación del derecho de defensa técnica, y la sustenta del siguiente modo:

Si bien el sindicado fue asistido por un defensor de su confianza en la diligencia de indagatoria, dicho profesional tenía su oficina de litigio en la ciudad de Santa Fe de Bogotá, razón por la cual la notificación de la resolución de cierre de investigación se hizo por medio de un despacho comisorio y el notificado no presentó alegatos en la oportunidad. De otra parte, proferida la resolución acusatoria, se le notificó por estado al defensor (fl. 103) y dicha pieza alcanzó ejecutoria sin que el letrado la haya objetado.

Aduce que sólo el procesado presentó alegaciones en la oportunidad del cierre de investigación, en orden a obtener el reconocimiento de la legítima defensa, pero desafortunadamente sus apreciaciones fueron desestimadas por la fiscalía. Al tiempo de la notificación de la resolución de acusación, el acusado intentó la obtención de la libertad, pero una vez más su propósito fue rechazado por el instructor.

Sostiene el Procurador que la nulidad adviene por la falta de notificación personal de la resolución acusatoria al defensor, hecho irregular que se

incrementa por la carencia absoluta de actividad defensiva del profesional en la fase sumarial. Agrega que, de conformidad con el artículo 440 del Código de Procedimiento Penal, modificado por el artículo 59 de la Ley 81 de 1993, la notificación de la resolución acusatoria debe hacerse imperativamente de manera personal al defensor, y no por estado, hasta el punto que la norma prevé la posibilidad de nombrar un defensor de oficio cuando no sea posible hacerle la comunicación directa al reconocido, la que si se omite genera una nulidad insubsanable.

Pide, en consecuencia, que se decrete oficiosamente la nulidad, a partir de la notificación de la resolución de acusación.

En segundo lugar, en caso de descartar la nulidad y en relación con el cargo de violación indirecta por error de hecho como falso juicio de existencia, expone que allí existen planteamientos contradictorios que hacen infructuosa la censura. En efecto, la alegación de ausencia de tentativa de homicidio, que supone la atipicidad de la conducta y/o la inexistencia del hecho, y de la justificación del comportamiento, son posturas que derivarían necesariamente en un fallo absolutorio; pero los reclamos de exceso en la causal de justificación o de dolo de ímpetu, éste traducible en la diminuente punitiva de que trata el artículo 60 del Código Penal, darían lugar a un pronunciamiento condenatorio, aunque con responsabilidad atenuada.

Ante la confusa disyuntiva de absolución-condena que plantea la demanda, el Ministerio Público dice que no se entiende, en últimas, cuál es el interés del recurrente para obtener un nuevo pronunciamiento, yerro que dimana de la fundamentación excluyente del cargo.

Finalmente, tampoco la censura contiene el señalamiento de la trascendencia del error por falso juicio de existencia, pues el actor no indicó cuáles normas fueron indebidamente aplicadas y cuáles se dejaron de aplicar.

En cuanto al falso juicio de identidad, que es la tercera parte del concepto, glosado de cara a los testimonios de Clementina Medina Bermúdez, Hernando Segura Muriel, Sandra Milena Alvarez Muriel y Froilán Valois Mena, el Procurador sostiene que los juzgadores de ninguna manera tergiversaron los contenidos fácticos de las probanzas, pues, por el contrario, le dieron el crédito naturalístico y teleológico a los testigos que narraron los hechos ocurridos de modo desprevenido, y por ello desechó las versiones de Carlos Mario Pérez Penagos, Wilmar Potes Medina y Henry Yovanny Ardila, encaminados éstos a hacer prevalecer una legítima defensa invocada por el sindicado, porque precisamente otros testimonios citados en la sentencia ofrecían mayor credibilidad (Mariela Muriel, Clementina Medina y Sandra Milena Alvarez).

Agrega que cuando el censor se refiere a una "deficiente valoración de las probanzas", no hace otra cosa que incursionar en un análisis probatorio ajeno al recurso de casación, porque es inapropiado en esta sede discutir el mayor o menor grado de credibilidad que el fallador le otorga a los testimonios, o comparar subjetivamente los valores dados por el demandante a ciertas pruebas, porque en esta materia rige la sana crítica y no la tarifa legal.

Tampoco comparte la Procuraduría que el hecho jurídicamente configurado sea de lesiones personales y no la tentativa de homicidio, como lo quiere hacer ver el demandante, porque, como se dijo en la jurisprudencia citada en el fallo de primera instancia, la acción sobre la víctima, "unida al empleo de un arma idónea, y el lugar del organismo lesionado fuese un centro vital, no otra cosa ha de colegirse que la intención de matar, y no la de lesionar".

Si no prospera la nulidad antes postulada, el Procurador sugiere que no se case la sentencia por razón de la demanda interpuesta.

El último segmento del concepto tiene que ver con la ilegalidad en la tasación de la pena accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas, la cual no podía superar el límite máximo de diez (10) años determinado en el artículo en el artículo 44 del Código Penal, pero al procesado se le impusieron 12 años y 6 meses. Para corregir este yerro, el Ministerio Público solicita que se case parcialmente y de oficio la sentencia, si es que no fructifica la aludida nulidad.

EXAMEN DE LA CORTE

Aunque el demandante no ha alegado la nulidad de la actuación procesal, el Procurador Delegado opina que es evidente la transgresión al derecho fundamental de la defensa técnica, razón por la cual le sugiere a la Corte que haga uso de la facultad determinadora de oficio, prevista en el artículo 228 del Código de Procedimiento Penal, con el fin de remover la irregularidad. Así pues, dado que el concepto del Procurador remite a una eventual invalidez del proceso, susceptible de provisión judicial oficiosa, se atenderá en primer lugar dicha inquietud, vista la prioridad que constituye el cuidado de la regularidad del procedimiento en relación con las decisiones de mérito.

I. La nulidad propuesta por el Procurador

Se advierte, en primer lugar, que el Procurador Delegado pasó por alto que la resolución acusatoria sí fue notificada personalmente al defensor, acto que se cumplió expresamente el 8 de julio de 1994, como puede verse a folios 89 vto. del cuaderno principal.

Ahora bien, no es atinada la lectura que hace el Ministerio Público del contenido del artículo 440 del Código de Procedimiento Penal, modificado el artículo 59 de la ley 81 de 1993, en el sentido de que la resolución acusatoria siempre debe notificarse personalmente al defensor.

Lo ideal es que todos los sujetos procesales puedan ser notificados directamente de las decisiones judiciales, pero, en el caso de la resolución de acusación, cuando el procesado se hallare en libertad, primero debe intentarse su notificación personal, citándolo para el efecto por el medio más eficaz. Sin embargo, transcurridos 8 días después de la fecha de la comunicación sin que compareciere el acusado, ahí sí es imperativa la notificación personal al defensor, caso en el cual inclusive puede acudirse a un defensor de oficio, si es que el titular reconocido presenta una excusa válida o es renuente a comparecer (inciso 2°).

Pero si el procesado ha sido notificado personalmente de la resolución acusatoria, bien porque estaba detenido ora porque estando en libertad fue hallado, ya no es obligatoria la notificación personal del proveído al defensor, pues válidamente puede comunicarse por estado. Correlativamente, si el sindicado que estaba en libertad no pudo ser hallado, después de agotar debidamente los esfuerzos para hacerlo comparecer, basta la integración personal a su defensor, y el ausente puede ser informado por medio de la notificación por estado (inciso 3°).

De otra parte, aunque en la fase de la instrucción el defensor no hizo peticiones de prueba en favor del sindicado, tampoco contrainterrogó a los testigos de cargo ni interpuso recursos en contra de las decisiones desfavorables, lo cierto es que siempre ejerció actos de control en el proceso que se concretan en la asistencia al acto de indagatoria (fl. 17) y la notificación personal de las providencias sobre situación jurídica (fl. 38), cierre de investigación (ff. 73ftc. y vto.) y resolución acusatoria (fl. 89vto.). Y si a estas posiciones de franca expectativa por parte del defensor, se añade que la fiscalía cumplió debidamente su cometido legal y constitucional de investigación integral, en la medida que verificó todas las citas de defensa que hizo el procesado (testimonios de Henry Yovanny Ardila Salas, Carlos Mario Pérez Penagos, Wilmar Potes Medina y Hernando Segura Muriel), se tiene que la actitud del profesional se parece más a una estrategia defensiva que a un desleal y completo abandono de su encargo, máxime que en la fase del juicio siempre trató de explotar la polarización probatoria que advertía para pedir el reconocimiento de una legítima defensa, o la cristalización del sólo propósito de lesionar, en lugar del ánimo de matar.

II. Primer Cargo: Falso juicio de existencia

Alega el censor que no se consideraron los testimonios de Henry Yovanny Ardila Salas, Carlos Mario Pérez Penagos y Wilmar Potes Medina, pruebas que señalaban situaciones de favor para el procesado, bien por potenciar una legítima defensa, ora por excluir el propósito de matar o indicar un exceso en la indicada causal de justificación.

Pues bien, no importa que la sentencia de primer grado no se haya ocupado de las mencionadas pruebas en el acápite destinado a su valoración, pues debe retomarse la idea de que el recurso extraordinario de casación se interpone es contra el fallo de segundo grado dictado por el Tribunal y éste, cuando es de confirmación, conforma una unidad con el primero (art. 218 C. P. P.).

Así entonces, la sentencia del Tribunal Superior del Chocó, en relación con las pruebas presuntamente ignoradas, hace la siguiente apreciación:

"Otro aspecto que se plantea es el de una posible legítima defensa ejercida por el procesado Alexis Bermúdez Ruíz, ante un ataque injusto por parte de Froilán Valois Mena. Es ésta la base de la sustentación presentada por el propio procesado, y que precisamente es la sostenida por el Ministerio Público en la diligencia de audiencia pública.

"La anterior tesis encuentra respaldo en los testimonios de Carlos Mario Pérez Penagos, Wilmar Potes Medina y Henry Yovanny Ardila Salas, quienes en resumen afirman que Froilán encuchilló a Alexis, y que fue quien primero le tiró con una navaja '07'; que ante la acción descrita, Alexis esquivó y sacó un cuchillo colocándolo hacia el frente, a lo que Froilán que iba a embestirlo se encontró con el cuchillo y se chuzó.

"No puede la Sala aceptar este último planteamiento, el de la legítima defensa, ya que en el proceso obran otros testimonios que infirman los anteriores como lo son el de la señora Mariela Muriel Lozano, quien dice que cuando Cabellón, o sea Froilán , le tiró a Alexis con la navaja, ya estaba herido. Clementina Medina Bermúdez, nos dice que Froilán le tiró a Alexis fue con el puño. Sandra Milena Alvarez, en su relato afirma que cuando Alexis llegó quebrando envases, Froilán le tiró con una navaja, pero no lo alcanzó, que entonces se sentó y lo llevaron para Bahia. (fs. 192 y 193. Se ha subrayado).

Bien puede apreciarse que las pruebas no fueron pretermitidas, dado que su contenido fue traído a colación en el fallo de segunda instancia, sólo que los juzgadores les restaron valor como base de convicción, al igual que a la coartada del procesado, pues acogieron lo dicho por otros testimoniantes que expresaban lo contrario.

De esta manera, el reparo no sería propiamente por un falso juicio de existencia, sino por un falso juicio de identidad, si es que se echa de menos la aplicación de las reglas de la sana crítica, aspecto del cual parece estar consciente el demandante cuando aduce que el Tribunal debió explicar porqué las pruebas descartadas estaban en inferior grado de persuasión a las acogidas (fl. 209).

Sin embargo, no sólo es evidente la confusión y el desvío en lo pretendido, sino que huelga afirmar que la hipótesis explicativa asumida por los juzgadores no fue arbitraria, pues, antes de rechazar unas pruebas que el actor echa de menos y acoger otras que consideró de mejor abolengo, el Tribunal prohijó en su estilo las siguientes razones de la primera instancia:

"...Que la Fiscalía se aparta de la coartada y presupuestos en que Alexis Bermúdez Ruiz erige la justificación del hecho, como son las declaraciones de unos testigos (cuyos apartes transcribe); que en la experticia médica se dice que la lesión es idónea para producir la muerte si no se recibe tratamiento oportuno. Que para desechar el dolo de ímpetu pregonado por el Dr. Salas Muñoz, como justificación del actuar de su defendido, tal como lo hizo la Unidad de Fiscalía Doce de Bahia Solano, el *a quo* anota que de paso se puede afirmar que Alexis Bermúdez Ruiz es descrito como peleador y provocador de conflictos, que deliberadamente provocó al acompañante de Sandra Milena, que su ánimo o propósito de causar daño se evidencia no sólo con el arma que guardaba previamente en la pretina de su pantalón, sino con el propósito protervo y premeditado de incitar al acompañante de Sandra Milena y hacerse el guapetón, circunstancias probadas en el plenario que permiten

desestimar los argumentos de la defensa, Ministerio Público y acoger lo pedido por la Fiscalía en el sentido de que se condena a Alexis Bermúdez Ruiz por estar reunidos los requisitos del artículo 247 del C. de P. Penal..." (fl. 189).

De otra parte, con algunas aclaraciones que se insertarán en acápites subsiguientes, tiene razón el Procurador Delegado en cuanto a la contradicción que entraña el hecho de que, bajo el amparo de un supuesto falso juicio de existencia referido a varios testimonios, se pretenda simultánea y unificadamente el reconocimiento de la legítima defensa, el exceso en dicha causal de justificación, o el cambio en la apreciación del contenido subjetivo de la conducta (dolo de matar por dolo de lesionar) o la admisión del dolo de ímpetu.

En verdad, *como la legítima defensa es una causal excluyente de la antijuridicidad, de conformidad con el numeral 4 del artículo 29 del Código Penal, su reconocimiento implicaría la declaración de una ausencia de delito (arts, 2° y 4° ídem), que inexorablemente conduce también a un fallo absolutorio.*

El exceso en las causales de justificación, en cambio, no desestructura el hecho punible ni la responsabilidad del acusado, sino que sería un factor atenuante de esta última, que se traduciría en una significativa reducción de la pena, de acuerdo con la previsión del artículo 30 del Código Penal.

La transmutación en el reconocimiento del aspecto subjetivo del delito para negar el propósito de matar y, por ende, el homicidio tentado, no significaría la absolución del acusado, como lo sostiene el Ministerio Público, sino que, como se acepta que sólo existió el ánimo de lesionar, la conclusión obvia sería que la acusación incurrió en un relevante error en la denominación jurídica del delito, que afecta el debido proceso, y como consecuencia debería propenderse por la nulidad de la actuación procesal a partir de dicha pieza procesal.

Así las cosas, como todas estas pretensiones se han reunido en el mismo cargo, al final no se sabe si el actor procuraba una sentencia absolutoria o una condena atenuada o la nulidad por violación del debido proceso. La cuestión pudo ser de otro modo si tan diversas aspiraciones se plantean en cargos separados, siempre que previamente se hubiese establecido la veracidad del reproche por error de hecho como falso juicio de existencia.

Ahora bien, cuando el demandante reivindicaba el denominado dolo de ímpetu, no necesariamente se refería a la atenuante de responsabilidad por ira o intenso dolor (art. 60 C. P.), pues bien puede presentarse aquél sin que haya lugar a la segunda. En efecto, la atenuante punitiva no se da por la sola experiencia del estado de emoción o pasión, sino que es indispensable que él provenga de una grave e injusta provocación de la víctima.

Por lo demás, el dolo de ímpetu consiste en la conciencia y voluntad de dañar la integridad personal de otro, cualquiera sea la magnitud del daño, de modo que uno u otro resultado nocivo (lesiones o muerte) le pertenecen al sujeto por haber sido presupuestados directa y coetáneamente en su conocimiento y

querer, así exista por dicho estado de ánimo una parcial superposición de la decisión y la ejecución del acto. Tal situación anímica del procesado era la que alegaba el defensor en el curso de las instancias, como consecuencia de la rabia que le produjo la negación del fiado y el estado de alicoramiento que lo abrumaba, de modo que, sin necesidad de acudir a presuntas afrentas de la víctima, ello era suficiente para discutir la configuración del dolo de ímpetu sin tocar el tema de la atenuante por ira.

Sin embargo, ya se sabe que la alegación del dolo de ímpetu estaba orientada a obtener una acusación por el delito de lesiones personales, en lugar del homicidio tentado, pero, como se dijo en párrafo anterior, la contradicción es evidente cuando se pone a concurrir dicha pretensión con otras que comportan consecuencias procesales notoriamente diversas.

III. Segundo Cargo: Falso juicio de identidad

Es inocultable que el actor en algunos apartes se atiene al concepto jurisprudencial de falso juicio de identidad, pues claramente señala que los juzgadores pudieron haber tergiversado el contenido material de algunas probanzas, verbigracia, porque le hacen decir a la testigo Clementina Medina Bermúdez que Froilán ya estaba herido cuando acometió a Alexis con la navaja, dado que ella con nitidez expresó que "si cabellón (Froilán) no le hubiera tirado, Alexis tampoco le tira", lo cual significa que quien atacó primero fue Froilán. Igualmente, en relación con la misma testigo, la sentencia sostiene como su afirmación que "Froilán le tiró a Alexis fue con el puño", cuando en realidad ella aseveró que "le tiró como un puño... me acerqué y vi a cabellón con una navaja en la mano...".

También existe claridad sobre la consistencia del falso juicio de identidad en relación con el testimonio de Mariela Muriel Lozano, pues ésta manifestó: "yo creo que primero le tiró Alexis a Froilán porque cuando yo miré ya Froilán estaba herido...", expresión que revela una incertidumbre de la testigo, pero que el fallo convierte en aseveración segura, máxime que ella ya había advertido que no estuvo "en el preciso momento".

Sin embargo, no existe ilación lógica entre las premisas planteadas como falso juicio de identidad y la conclusión que pretende el actor, pues éste procura que se descarte la existencia del homicidio en el grado de tentativa (arts. 22 y 323 C. P.), y en cambio se acepte la configuración del delito de lesiones, aunque con el reconocimiento de la legítima defensa. Si fueran ciertas las señaladas distorsiones testimoniales, la afirmación correcta sería que la víctima atacó primero y seriamente al victimario, lo cual habilitaría la legítima defensa de éste y, por tratarse de una causal dirimente de la antijuridicidad, no habría lugar a delito alguno (homicidio ni lesiones). Es decir, si los testimonios no hubieran sido alterados en su contenido, aceptado ello como hipótesis, en manera alguna podría sostenerse racionalmente que habría lugar a un cambio de atribución subjetiva del delito, sino, por el contrario, a la inexistencia de delito.

Pero es que el reproche ni siquiera es unívoco, porque, en otros apartes del desarrollo del cargo, el censor salta inopinadamente de un falso juicio de identidad a una crítica testimonial, a la manera de instancia, y como actitud que no es de recibo en esta sede extraordinaria, dado que la casación conducida por la apreciación de la prueba, se ha reservado para enmendar protuberantes errores de hecho o de derecho, no para prolongar las discusiones que racionalmente ya se dieron en los debates de grado.

En efecto, tiene el matiz indicado aquel reparo referente a que el testimonio de la menor Sandra Milena Alvarez Muriel se pudo haber basado en la suposición de que el procesado estaba disgustado porque la madre de la testigo no le fió una botella de ron, ya que ella, por hallarse en lugar diferente, no tenía la posibilidad de percibir ese hecho precedente; o que la deponente no es persona confiable, no sólo por su minoría de edad, sino porque era amiga del lesionado y precisamente compartía con él al momento de los acontecimientos (fl. 213). Igual connotación tiene el reproche de que algunos apartes de la declaración del ofendido, que transcribe el actor en lo pertinente, "fueron deficientemente valorados por los juzgadores, lo que les llevó a tener por cierto que Alexis hubiese actuado premeditadamente en provocación contra Froilán, en aras de cometer en su humanidad el delito de homicidio" (fl. 213). Es decir, en este último caso, las respectivas informaciones del afectado no fueron trastornadas en su sentido, sino que no se les dio la trascendencia y el valor esperado por el impugnante, censura que entonces pasa arbitrariamente del falso juicio de identidad, como error de hecho, a la mera crítica probatoria alternativa.

Frente a semejantes desarreglos en la conducción del recurso extraordinario por parte del defensor, la Corte desestimará las censuras. Sin embargo, como algo serio se intentó con un parcial acierto en la presentación de supuestos falsos juicios de identidad, la Sala debe resaltar que el fallo de segunda instancia fue preciso en lo que se refiere al señalamiento del propósito de matar, como ingrediente subjetivo inequívoco del delito de homicidio tentado, y dijo:

"Con base en los anteriores planteamientos, compartimos la decisión del *a quo* en este aspecto, ya que efectivamente el lugar y la gravedad de la herida, lo mismo que la capacidad del arma ofensiva, nos llevan a la aplicación de (sic) figura en comento (tentativa de homicidio)" (fl. 192).

Por lo transcrito, el *ad quem* infirió razonablemente el propósito homicida de la concurrencia de factores convergentes tales como la capacidad ofensiva del arma utilizada (un cuchillo que, por sus grandes proporciones, se le denomina en la región como "matavaca" o "mataganado"); la vulnerabilidad de la región anatómica afectada y el riesgo de muerte que representa su afectación, estimados los órganos vitales que alberga (la cavidad toraco-abdominal); la distancia desde la cual se accionó el instrumento letal (escasa); y la profundidad y los destrozos causados por el arma en su recorrido (herida profunda del lóbulo derecho del hígado que se ve hasta la región posterior del órgano y

lesión del diafragma del mismo costado), resultados indicativos no sólo de la potencia destructiva del aparato sino de la fortaleza con la cual lo impulsó el sujeto activo.

IV. Casación oficiosa

Por último, tal como lo hizo ver el Procurador Delegado, la sanción accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas excedió el límite legal de diez (10) años, razón por la cual se casará oficiosamente la sentencia para ajustarla en esta materia al contenido del artículo 44 del Código Penal, ya que la determinación del Tribunal violó la garantía fundamental de la legalidad de las penas.

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. Desestimar los cargos formulados en la demanda de casación que presentó el defensor en contra de la sentencia antes reseñada.

2. Como respuesta a la petición de nulidad introducida por el Procurador Delegado, abstenerse de proveer oficiosamente en tal sentido.

3. Casar parcial y oficiosamente la sentencia demandada, con el fin de modificarla para situar en diez (10) años la duración de la pena accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Jorge Aníbal Gómez Gallego, Fernando Arboleda Ripoll, Jorge Enrique Córdoba Poveda, Carlos A. Gálvez Argote, Edgar Lombana Trujillo, Mario Manrique Noguéz, Carlos E. Mejía Escobar, Alvaro Orlando Pérez Pinzón, Nilson Pinilla Pinilla.

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

LIBERTAD PROVISIONAL

Para el otorgamiento de la libertad que solicita no es suficiente el cumplimiento de las dos terceras partes de la pena impuesta y dedicarse durante el tiempo de reclusión a trabajar y a estudiar, así como haber observado en ese lapso una buena conducta, o carecer de antecedentes, pues el artículo 72 dispone que se examine también la personalidad, aspecto este último que en el caso concreto indujo a la Sala a negar la concesión del beneficio impetrado. Téngase presente, que el resultado negativo de uno cualquiera de los factores subjetivos señalados impide la concesión de la libertad provisional, pues permite considerar fundadamente que aún no se reúnen los presupuestos necesarios para que el sindicado regrese al medio social.

La crítica del impugnante en el sentido que no se debieron tener en cuenta las circunstancias anteriores al tiempo de reclusión por hacer parte del delito mismo, resulta equivocada, pues de conformidad con la ley penal y procesal penal, corresponde al juez al conceder o negar la excarcelación solicitada, verificar el cumplimiento de los requisitos exigidos para la procedibilidad de la libertad condicional, lo cual conlleva a que se tenga que examinar la personalidad del procesado. Así por ejemplo, en la labor de evaluación de ésta no se puede ignorar el comportamiento criminal desplegado por el sindicado, por cuanto la actividad humana, en particular la delictuosa, es generalmente reflejo de la personalidad. De modo que el análisis de aquella no obedece al simple capricho de la Sala sino a la voluntad de la ley.

Si el mencionado hecho punible es grave por su naturaleza desestabilizadora, en la medida en que compromete y amenaza complejamente bienes jurídicos tutelados, este relieve jurídico hace que la justicia no pueda ser indulgente ante tan abominable acto, que constituye hoy por hoy una de las causas de mayor descomposición social.

La Ley 415 de 1997 en su artículo primero excluyó al secuestro del "régimen especial de libertad condicional", lo cual no quiere decir, como lo ha entendido el censor, que para ese punible se esté negando la libertad provisional a que se refiere el artículo 415 del C.P.P., en concordancia con el art. 72 del C.P. Son dos situaciones con marcadas diferencias, así se

refieran a la libertad del procesado, de ahí que el estudio de la excarcelación solicitada se haya efectuado con base en el artículo 72 y no en el 72A del Código Penal.

Corte Suprema de Justicia. - Sala de Casación Penal. - Santa Fe de Bogotá, D.C., veintiuno (21) de julio de mil novecientos noventa y nueve (1999).

Magistrado Ponente: *Dr. Alvaro Orlando Pérez Pinzón*

Aprobado Acta No. 107 Proceso No. 15238

La Sala procede a resolver el recurso de reposición interpuesto por el apoderado de Luz Mery Cely Botia, contra la providencia de fecha junio ocho del año en curso por medio de la cual se negó la libertad provisional solicitada.

La Impugnación

El peticionario solicita la reconsideración de la providencia impugnada, con base en los siguientes argumentos:

1. Para el otorgamiento de la libertad provisional debe estimarse como factor primordial el esfuerzo del penado durante su condena, sin que aquella aspiración deba ser truncada por circunstancias que no correspondan al período de la pena, como las que provienen de antes y que hacen parte del delito mismo.

2. La ausencia de antecedentes penales, el trabajo diario realizado durante el tiempo que ha estado privada de la libertad, su buen comportamiento en este lapso y el hecho de haberse convertido Luz Mery para el menor en una madre, demuestran su rehabilitación. A estos aspectos no se les dio la trascendencia que tienen en este caso, para proceder a denegar la excarcelación considerando el hecho delictivo como tal.

3. El delito de secuestro simple no está excluido del artículo 72 del C.P.

Consideraciones de la Sala

En el mencionado proveído se sostuvo que la procesada no tiene derecho a la libertad provisional porque no cumple el factor subjetivo que exige el artículo 72 del Código Penal, precisando que la señora Cely Botia fue sentenciada por haber mantenido secuestrado durante más de dos años al menor de edad Miguel Calderón Quiñonez, ocultándolo bajo otro nombre y persistiendo en su negativa a entregarlo aún después de descubierto el ilícito por la autoridad. Esta manifestación de insensibilidad al desconocer la libertad de un menor, se precisó, atenta contra la dignidad del ser humano. Igualmente se puntualizó que por la gravedad de esta clase de comportamientos el legislador la excepluó del régimen especial de libertad condicional que consagró en la Ley 415 de 1997.

Tales consideraciones conservan su vigencia por cuanto que, a contrario de lo que opina el recurrente, *para el otorgamiento de la libertad que solicita no*

es suficiente el cumplimiento de las dos terceras partes de la pena impuesta y dedicarse durante el tiempo de reclusión a trabajar y a estudiar, así como haber observado en ese lapso una buena conducta, o carecer de antecedentes, pues el artículo 72 dispone que se examine también la personalidad, aspecto este último que en el caso concreto indujo a la Sala a negar la concesión del beneficio impetrado. Téngase presente, que el resultado negativo de uno cualquiera de los factores subjetivos señalados impide la concesión de la libertad provisional, pues permite considerar fundadamente que aún no se reúnen los presupuestos necesarios para que el sindicado regrese al medio social.

La crítica del impugnante en el sentido que no se debieron tener en cuenta las circunstancias anteriores al tiempo de reclusión por hacer parte del delito mismo, resulta equivocada, pues de conformidad con la ley penal y procesal penal, corresponde al juez al conceder o negar la excarcelación solicitada, verificar el cumplimiento de los requisitos exigidos para la procedibilidad de la libertad condicional, lo cual conlleva a que se tenga que examinar la personalidad del procesado. Así por ejemplo, en la labor de evaluación de ésta no se puede ignorar el comportamiento criminal desplegado por el sindicado, por cuanto la actividad humana, en particular la delictuosa, es generalmente reflejo de la personalidad. De modo que el análisis de aquella no obedece al simple capricho de la Sala sino a la voluntad de la ley.

Si el mencionado hecho punible es grave por su naturaleza desestabilizadora, en la medida en que compromete y amenaza complejamente bienes jurídicos tutelados, este relieve jurídico hace que la justicia no pueda ser indulgente ante tan abominable acto, que constituye hoy por hoy una de las causas de mayor descomposición social.

La Ley 415 de 1997 en su artículo primero excluyó al secuestro del "régimen especial de libertad condicional", lo cual no quiere decir, como lo ha entendido el censor, que para ese punible se esté negando la libertad provisional a que se refiere el artículo 415 del C.P.P., en concordancia con el art. 72 del C.P. Son dos situaciones con marcadas diferencias, así se refieran a la libertad del procesado, de ahí que el estudio de la excarcelación solicitada se haya efectuado con base en el artículo 72 y no en el 72A del Código Penal.

Como el señor defensor acepta la generalización que se hace del secuestro como un flagelo agobiante pero la rechaza, en concreto, para la señora Cely Botia, dígase que algunas características del hecho que se juzga señalan una personalidad que con mucho trabajo y estudio no cede ante el anhelo social y estatal, de readaptación. Luz Mery y Ana María fueron condenadas como coautoras, a título de determinación, de este suceso: un día de madrugada, tres encapuchados, fingiendo ser del Ejército Nacional, amenazantes y armados, irrumpieron en una pobre casa de habitación y con fuerza arrebataron un niño de 8 meses de vida, delante de sus padres, y luego lo entregaron a Luz Mery en casa de ésta, quien lo retuvo por 2 años. Si la personalidad debe ser analizada fundamentalmente a partir de aquello que dice el expediente, recuérdese que en este se habla de conseguir el recién nacido por las

buenas o por las malas; del precio del niño; de una dama que con gafas pretendía un disfraz; del cambio de nombre de la criatura; de la huida temporal de Luz Mery, una vez descubierta; de visitas previas de la madre de Luz Mery a la madre del niño Miguel para que se lo regalara o diera en adopción; del miedo de una persona para declarar; de la preparación de los movimientos subsiguientes al asalto, pues mientras unos abordaban un bus, otros tomaban un vehículo que los esperaba, etc. Si esto es lo que dice el expediente, y sólo para observar la "personalidad", es claro que mucho estudio y mucho trabajo en artesanías en una cárcel no permiten concluir que Luz Mery se halle readaptada.

En consecuencia, se tiene que los motivos de discrepancia con la providencia impugnada no desvirtúan las razones por las cuales se declaró la improcedencia de la libertad provisional reclamada, ni constituyen argumentos válidos para que la Corte cambie de criterio.

RESUELVE:

No reponer la providencia de fecha 8 de junio de 1999, mediante la cual se negó a la procesada Luz Mery Cely Bolía la libertad provisional.

Notifíquese y cúmplase.

Jorge Aníbal Gómez Gallego, Fernando E. Arboleda Ripoll, Jorge Enrique Córdoba Poveda, Carlos Augusto Gálvez Argote, Edgar Lombana Trujillo, Mario Mantilla Nougués, Carlos E. Mejía Escobar, Alvaro Orlando Pérez Pinzón, Nilson Pinilla Pinilla.

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

IN DUBIO PRO REO

Cuando se trata de alegar por vía de casación la duda, imprescindible es distinguir los casos en que el fallador efectivamente admite que de los diversos medios de convicción allegados al proceso no es posible arribar a la certeza como base objetiva de un asentimiento de verdad, bien sobre alguno de los elementos componentes del hecho punible o la responsabilidad del incriminado y no obstante profiere fallo condenatorio, pues en semejantes eventos surge evidente la vulneración directa de la ley sustancial, debiéndose por tanto mostrar absoluta conformidad con la valoración de los hechos y las pruebas tal y como el juzgador los consideró, toda vez que surge precisamente a partir de dicho análisis la admisión de la duda que sin embargo omite reconocer al momento de proferir el fallo.

Claramente es distinta la situación que se presenta en aquéllas hipótesis en que es el impugnante quien pretende demostrar que de no haberse incurrido por parte del fallador en una errónea determinación de los hechos, con origen en las categorías con sentido técnico-jurídico de falsos juicios de existencia por omisión o suposición y falso juicio de identidad, en el yerro fáctico, o de los falsos juicios de legalidad o de convicción frente al error de derecho, ya que en semejantes casos corresponde dada la naturaleza de los vicios in judicando así enmarcados a una violación indirecta de la ley sustancial, que tanto en su teórica concepción como en la dinámica que metodológicamente se impone para su demostración difiere de la primera alternativa de ataque expuesta, en la medida en que acá debe establecerse cada uno de los defectos en que incurrió el fallador en la apreciación de la prueba y la trascendencia que ellos tienen al momento de realizar su mancomunada valoración, todo lo cual habría sido conducente al desconocimiento de la duda y a aplicar en forma indebida aquellos preceptos que describen los delitos por los cuales se ha proferido la condena.

Corte Suprema de Justicia. - Sala de Casación Penal. Santa Fe de Bogotá, D.C., julio veintiuno (21) de mil novecientos noventa y nueve. (1999).

Magistrado Ponente: Dr. *Carlos Augusto Gálvez Argote*

Aprobado Acta No. 107 Proceso No. 13308

Mediante sentencia proferida el 4 de septiembre de 1995 un Juzgado Regional de la ciudad de Cali condenó a Mauricio Aponte Valencia y Jaime Ramírez Díaz a la pena principal de 21 años de prisión y multa del equivalente a 50 salarios mínimos legales mensuales y a la accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas por un tiempo igual al de la sanción privativa de la libertad, como coautores responsables de los delitos de homicidio agravado (art. 323 del Código Penal en concordancia con el art. 8° del Decreto 2790 de 1990 y artículo 1° del Decreto 099 de 1991) en concurso con el de porte de armas de uso privativo de las Fuerzas Armadas (artículo 2° del Decreto 3664 de 1986).

Por vía de apelación y de consulta conoció del fallo de primera instancia el Tribunal Nacional, modificándolo en el sentido de ajustar la pena principal de prisión para los dos procesados a 18 años y 8 meses y a la accesoria interdictiva al máximo legal de 10 años, como responsables de los delitos de homicidio agravado y porte ilegal de armas de fuego pero de defensa personal, confirmándola en lo demás.

Contra la decisión del Tribunal el defensor de Mauricio Aponte Valencia interpuso el recurso extraordinario de casación que ahora resuelve la Corte.

HECHOS Y ACTUACIÓN PROCESAL

Los hechos objeto de investigación tuvieron ocurrencia el 6 de octubre de 1991 en la ciudad de Cali, aproximadamente a las once de la noche, cuando al encontrarse el Concejal de esa ciudad Hebert Orlando Carmona Soto visitando a su amiga Solangy Moriano Martínez en la casa ubicada en la calle 50 No. 5N-40 del Barrio Olaya Herrera y haberle solicitado a Segundo Felipe Manuel Moriano Burbano le comprara algunos alimentos para que luego regresara y le entregara las llaves de su camioneta, al momento de dirigirse éste al vehículo que estaba parqueado en la calle fue abordado por varios individuos quienes intimidándolo con armas de fuego lo obligaron a que regresara a la casa y llamara al Edil, lo que efectivamente hizo, aprovechando ese momento los asaltantes para sacar por la fuerza a Carmona Soto y propinarle varios disparos, los que causaron su muerte cuando se intentaba prestarle asistencia médica en la Clínica de los Remedios a donde fue llevado de urgencia.

Practicado el levantamiento del cadáver por el entonces Juzgado Séptimo de Instrucción Criminal Permanente y recepcionados los testimonios de Solangy Moriano Martínez, Segundo Felipe Moriano Burbano, Luz Stella Payán y Javier Buitrago Lasso, una Unidad de Investigación designada por la Dirección Seccional de Orden Público donde fueron remitidas las diligencias por competencia con fundamento en los Decretos 2790 de 1990 y 099 de 1.991, inició la correspondiente investigación el 7 de octubre siguiente, allegando copiosa prueba testimonial.

Días después, por una llamada telefónica anónima que informó sobre los autores de la muerte del Concejal y su ubicación, se practicó allanamiento en

la residencia ubicada en la Carrera 1C No. 75-27 del Barrio San Luis, capturándose en su interior a Mauricio Aponte Valencia y Abraham Gerardo Santiago Bolaños, siendo encontrados en poder de éstos un revólver calibre 38 largo pavonado con seis cartuchos, que más tarde se estableció tenía el respectivo salvoconducto y una pistola calibre 22 con un proveedor de seis cartuchos, siendo escuchados en versión libre y reconocido el primero por un testigo con reserva de identidad, quien lo señaló como uno de los homicidas.

Sometidas las armas a pericia técnica por el Laboratorio de Balística de la Policía Regional de Cali, además de establecerse sus características, perfecto estado de funcionamiento y resultado positivo para disparos realizados en tiempo anterior, el estudio microscópico comparativo de las dos vainillas recogidas en el lugar de los hechos, se determinó respecto de una de ellas, que había sido percutida con la pistola calibre 22, descartándose el análisis respecto de la otra, pues no obstante pertenecer a un revólver calibre 38 largo, por las deformaciones que presentaban sus estrías visible, no fue posible su cotejo.

Vinculados mediante indagatoria estos capturados, quienes negaron su intervención en los hechos, la situación jurídica les fue resuelta mediante resolución del 25 de octubre, profiriéndose en su contra medida de seguramiento de detención preventiva como autores de los delitos de homicidio y porte ilegal de armas de fuego de que trata el Decreto 3664 de 1986.

En estas condiciones y como en el averiguatorio que adelantó la Unidad Investigativa se había establecido que en el primer piso del edificio donde funcionaba la sede política del movimiento "Avance Liberal de una vez" al que pertenecía el Concejal, funcionaba el Restaurante "Las mil y una delicias", en el cual trabajaba como empleada la señora Damaris Rubio Montoya, quien informó que días antes de la muerte del Edil había concurrido al establecimiento en varias oportunidades un muchacho a preguntar la hora de ingreso y salida del hoy occiso, en diligencia de reconocimiento señaló a Santiago Bolaños como ese individuo, a quien también se había referido en su declaración inicial.

Cerrada la investigación, el 26 de junio de 1992 se procedió a calificar el mérito probatorio del sumario profiriéndose resolución acusatoria en contra de estos procesados por los delitos de homicidio y porte ilegal de armas de uso privativo de las Fuerzas Armadas, decisión que después de ser recurrida en reposición y apelación, fue anulada por el Fiscal Delegado ante el Tribunal Nacional que conoció de la segunda instancia, bajo el inusitado argumento de que pese a existir otros imputados no se formó ninguna determinación en torno a su vinculación al proceso.

Por tal decisión y reiniciada la instrucción, se escuchó en diversas oportunidades la declaración del testigo reservado, quien manifestó que además de Santiago Bolaños y Aponte Valencia, en el homicidio habían participado otras personas, ofreciendo diversos datos conducentes a su localización e identificación.

A su turno, en ampliación de indagatoria, Santiago Bolaños modificando su postura anterior, reconoció haber estado presente junto con Aponte Valencia en el lugar en que se produjo la muerte del Concejal, acompañado por otras dos personas, pero por lo menos de su parte, con el convencimiento de que el propósito era apoderarse del vehículo automotor y no atentar contra la vida de nadie.

Capturado Jaime Ramírez Díaz y vinculado al proceso mediante indagatoria, el 4 de junio de 1993 también fue afectado con detención preventiva por los delitos de homicidio y porte ilegal de armas de fuego de las Fuerzas Armadas.

Impetrada por Santiago Bolaños la terminación irregular del proceso mediante sentencia anticipada, el 16 de diciembre se llevó a efecto la diligencia de formulación de cargos cuya aceptación determinó la ruptura de la unidad procesal y el consiguiente envío de fotocopias del expediente ante los Jueces Regionales con miras al proferimiento del consiguiente fallo.

Entre tanto, y fallida la petición de sentencia anticipada que igualmente había solicitado Aponte Valencia, pues no aceptó los cargos, la investigación fue cerrada el 4 de febrero 1994 y el mérito de las pruebas valorado por un Fiscal Delegado ante los Juzgados Regionales de Cali el 26 de abril mediante el proferimiento de resolución acusatoria contra este sindicado y Ramírez Díaz por los delitos de homicidio y porte ilegal de armas de fuego de uso privativo de las Fuerzas Armadas, al tiempo que se dispuso compulsar copias para investigar separadamente la posible participación de Jorge Pulido Valencia en estos delitos, determinación que impugnada fue confirmada por la Fiscalía Delegada ante el Tribunal Nacional el 27 de julio siguiente.

Adelantada la etapa del juicio dentro de la cual se practicaron pruebas de diversa naturaleza como testimoniales y periciales, rindió declaración Santiago Bolaños, oportunidad en la cual se retractó de las directas imputaciones hechas en contra de Aponte Valencia y Ramírez Díaz, aduciendo que otro individuo conocido con el alias de "pana" lo había amenazado para que los involucrara en los hechos, sin haber tenido ninguna participación en ellos.

Cumplido el rito de citación para sentencia, se profirieron los fallos de primera y segunda instancia en los términos que se dejaron consignados en precedencia.

La Demanda

Con fundamento en la causal primera del artículo 220 del Código de Procedimiento Penal, dos cargos propone el defensor del procesado Mauricio Aponte Valencia contra la sentencia impugnada.

En el primero, acusa el fallo del Tribunal por haberse vulnerado indirectamente la ley sustancial por error de derecho, al abstenerse de aplicar el artículo 445 *ibidem*, pese a reconocer la existencia de múltiples dudas dentro del proceso que han debido favorecer a su defendido.

Para desarrollar esta proposición comienza por recordar que el propio Tribunal advirtió cómo en el conocimiento del proceso no estaba limitado por los recursos de apelación propuestos, en razón de operar el grado jurisdiccional de consulta, de donde ha debido establecer la "ocurrencia de los hechos como está probado que acontecieron", esto es, acudir a los "elementos objetivos en su juicio de valor" sobre la responsabilidad que tenía cada uno de los encartados.

A continuación reproduce en extenso extractos del fallo censurado, enfatizando en que acorde con los diversos testigos, no logra saberse con precisión cuántas personas tomaron parte en el homicidio del Concejal Carmona Soto, pero principalmente el hecho de que si bien en principio se atribuye a la versión de Santiago Bolaños ser "pilar fundamental para edificar la sentencia de condena", al propio tiempo no logra darse explicación de los motivos por los cuales dicha incriminación es recogida a última hora, con lo cual se plantea una evidente duda sobre la participación de Aponte Valencia en los hechos investigados.

Se ocupa enseguida de compilar las diversas intervenciones que Santiago Bolaños tuvo en la investigación, comenzando por la primera en la cual mostró su ajenidad absoluta con los hechos, hasta la última en la que, después de intermedias donde aceptó su participación e incrimó a otras personas incluido su defendido, se retracta de las imputaciones a terceros para expresar que las mismas se produjeron por presiones y amenazas de muerte, de donde se pregunta: "Qué pruebas hay en el plenario de que la retractación no fuera la voz de la conciencia exigiéndole rectificar el error de involucrar a personas que nada tenían que ver con la conducta criminal, con el solo fin de lograr el beneficio de la rebaja de la pena, acogiéndose a la colaboración eficaz...?".

Y agrega: "Si hay algo que arroja sombras sobre la majestad de la justicia, es dejarle a la especulación y a la apreciación subjetiva de los Jueces, el destino de los encartados, con la disculpa de la sana crítica", inquiriendo a renglón seguido, si "Alguno de los honorables magistrados que conforman la *Sala de Casación Penal* de la Corte Suprema De Justicia, estaría en capacidad sin cometer orrenda (sic) injusticia, de demostrar con el caudal recaudado en este proceso, en cuál de las cuatro ocasiones en que Abraham Gerardo Santiago Bolaños, se pronunció, en cuál mintió o en cuál dijo la verdad...?". Por ello, colige, se imponía al Tribunal admitir la retractación de Santiago Bolaños, pues ninguna prueba desvirtúa la espontaneidad de su dicho.

Ahora, refiriéndose a la diligencia de reconocimiento en fila de personas que de Aponte Valencia hizo el testigo con reserva de identidad, que el Tribunal desechó por haberse realizado sin el lleno de los requisitos legales, estima que igual determinación debió tomarse respecto del testimonio rendido dentro de dicha diligencia por el mismo personaje, pues no existe razón para que se invalide una parte del acto y otra no.

Finalmente, y luego de afirmar su conformidad con la prueba balística, pues al no haber dado resultados positivos para el revólver 38 largo que era el

que portaba Aponte Valencia para el momento de su captura, termina solicitando de la Corte se case el fallo impugnado y en consecuencia, se absuelva a su defendido por todos los delitos que le fueron imputados.

Al amparo de la misma causal, por violación indirecta "a través de un error de hecho al violar la ley sustancial por haberse abstenido, el fallador, de dar aplicación al mandato contenido en los arts. 249, 254 y 445 del C. de P. Penal", propone el defensor un segundo reproche.

Bajo el título "Fundamentos", transcribe los preceptos referidos, para a continuación afirmar que pese a recordar ante los juzgadores de primera y segunda instancia que de acuerdo con la declaración de la señorita Sandra Milena Hernández en el momento de los hechos se encontraba en compañía de su defendido, con lo cual se demuestra plenamente su inocencia, nunca se tuvo en cuenta, es decir, que "fue mirada con completa indiferencia", existiendo una verdadera "conspiración del silencio" respecto de dicha prueba, incurriéndose así en una típica violación indirecta de la ley sustancial, pues si se hubiese valorado habría aumentado "el caudal de dudas vertidas en el proceso".

Por tanto, y al igual en el cargo anterior, termina solicitando se case la sentencia, para en su lugar se decrete la absolución del procesado.

Concepto del Procurador Segundo Delegado en lo Penal

Múltiples deficiencias de orden técnico advierte el representante del Ministerio Público, que lo llevan a solicitar la desestimación de los reproches.

Así, referido a la primera censura, hace ver cómo al proclamar el actor que el Tribunal pese a reconocer la existencia de la duda que debería favorecer al procesado profirió sentencia condenatoria, ha debido acorde con reiterada jurisprudencia de la Sala, presentar el reparo por la vía directa y no la indirecta, como lo hizo, en la medida en que esta es una notable falencia en orden a la técnica de la casación de por sí suficiente para rechazar el cargo.

No obstante, encuentra oportuno el Delegado precisar que "el justiprecio" dado por el sentenciador a la retractación de Santiago Bolaños, es un aspecto en relación con el cual no le es dado al actor discrepar abiertamente, al estar los fallos de instancia amparados por la doble presunción de acierto y legalidad, sin que puedan demeritarse con "argumentos meramente enunciativos".

Pero además, el desarrollo del ataque tampoco respeta el sentido que originalmente se le diera, pues si bien partió de la base de que el Tribunal reconoció la duda, la posterior valoración personal a que somete la diversa prueba parecería tener el propósito de demostrarla, con lo cual estaría entremezclando los dos disímiles sentidos de la causal primera, cuya proposición le obligaba abordar uno y otro aspectos en forma separada, ya que así se lo imponían los principios de autonomía y no contradicción de los cargos.

Ahora, respecto del segundo reproche, la deficiencia que en su formulación ostenta no impide entender a partir de la afirmación según la cual habría

incurrido el Tribunal en error de hecho al no tener en cuenta el testimonio de Sandra Milena Hernández, que es el falso juicio de existencia por omisión al que se refiere.

Sin embargo, para el Delegado, esta censura carece por completo de demostración, pues dirigida como está a demostrar la existencia de la duda, no basta con citar una prueba en favor del sindicado, sino que debe complementarse con todo el conjunto probatorio, procedimiento que además supone establecer cuál es su incidencia frente a los demás medios en que se ha consolidado el grado de certeza base de la condena.

Sugiere, de este modo a la Corte, la desestimación de los cargos y consiguientemente no casar la sentencia impugnada.

CONSIDERACIONES

1. Para impugnar por la vía extraordinaria el fallo proferido por el Tribunal Nacional, acude el defensor del procesado Mauricio Aponte Valencia a la primera causal estatuida en el artículo 220 del Código de Procedimiento Penal, acusándolo de ser violatorio por la vía indirecta de la ley sustancial, en un primer cargo por error de derecho y en el segundo por error sustancial de hecho.

2. A través de la primera censura afirma el actor que no obstante ser reconocido por el Tribunal que dentro del proceso emergen serias dudas en relación con la responsabilidad que podría serle imputada a su defendido, la sentencia emitida fue condenatoria, vulnerándose de esta forma el artículo 445 *ibidem*.

Está entonces el ataque referido al fenómeno de la duda que debería generar efectos favorables al recurrente en tanto habría existido de parte del sentenciador su reconocimiento en el proceso, sin adoptar una decisión correspondiente acorde con dicha aceptación.

3. Siendo ello así, necesario resulta para la Sala reiterar que *cuando se trata de alegar por vía de casación la duda, imprescindible es distinguir los casos en que el fallador efectivamente admite que de los diversos medios de convicción allegados al proceso no es posible arribar a la certeza como base objetiva de un asentimiento de verdad, bien sobre alguno de los elementos componentes del hecho punible o la responsabilidad del incriminado y no obstante profiere fallo condenatorio, pues en semejantes eventos surge evidente la vulneración directa de la ley sustancial, debiéndose por tanto mostrar absoluta conformidad con la valoración de los hechos y las pruebas tal y como el juzgador los consideró, toda vez que surge precisamente a partir de dicho análisis la admisión de la duda que sin embargo omite reconocer al momento de proferir el fallo.*

4. *Claramente es distinta la situación que se presenta en aquéllas hipótesis en que es el impugnante quien pretende demostrar que de no haberse incurrido por parte del fallador en una errónea determinación de los hechos, con origen en las categorías con sentido técnico-jurídico de falsos juicios de existencia por omi-*

sión o suposición y falso juicio de identidad, en el yerro fáctico, o de los falsos juicios de legalidad o de convicción frente al error de derecho, ya que en semejantes casos corresponde dada la naturaleza de los vicios in judicando *así enmarcados a una violación indirecta de la ley sustancial, que tanto en su teórica concepción como en la dinámica que metodológicamente se impone para su demostración difiere de la primera alternativa de ataque expuesta, en la medida en que acá debe establecerse cada uno de los defectos en que incurrió el fallador en la apreciación de la prueba y la trascendencia que ellos tienen al momento de realizar su mancomunada valoración, todo lo cual habría sido conducente al desconocimiento de la duda y a aplicar en forma indebida aquellos preceptos que describen los delitos por los cuales se ha proferido la condena.*

5. Así las cosas, desacertada es la postulación de este reproche, como quiera que salvo acudir a la primera causal casacional, ha equivocado el actor la vía de violación escogida, todo lo cual sirve de presupuesto suficiente para su rechazo, como lo propone el Ministerio Público, máxime cuando, si se atiende al verdadero contenido del fallo, fácilmente se observa que en ningún momento al referirse el Tribunal al procesado Aponte Valencia, concretó juicio alguno del cual se pudiese derivar siquiera hipotéticamente la aceptación de dudas en relación con su responsabilidad.

6. En efecto, dentro de la secuencia cronológica que en la estructuración del proceso recapitula el Tribunal a partir de la muerte del concejal Carmona Soto, a la cual integra la diversa prueba obrante en la actuación, básicamente indiciaria y que fuera además objeto de valoración en la primera instancia, pues precisamente este fue uno de los aspectos motivadores de la apelación, es contundente en señalar que por informaciones anónimas se logró la captura de Mauricio Aponte Valencia junto con Abraham Santiago Bolaños y encontradas en su poder sendas armas, una de las cuales fue positivamente identificada como la empleada para dar muerte al Edil y en relación con la otra, pese a encontrarse en el lugar del ataque criminal una vainilla para revólver calibre 38 como el que también fuera hallado en poder de éstos, solamente debido a las deformaciones presentes en las estrías visibles no fue posible obtener positivo resultado en relación con ella; al igual que la versión dada en una de las ampliaciones de indagatoria por Santiago Bolaños, en la que además de reconocer su participación en los hechos involucró en forma directa, entre otras personas, a Aponte Valencia, revelación que calificó de "pilar fundamental para edificar la sentencia de condena", descartando como de significativa importancia el hecho de que, una vez rota la unidad procesal y encontrándose ya condenado en actuación independiente, Santiago Bolaños hubiese modificado el recuento de los sucesos y las incriminaciones hechas, para retractarse de aquel vinculante relato, sobre la base de que en esta materia "el Juzgador goza de un prudente arbitrio, de acuerdo a las reglas de la sana crítica, para sopesar las versiones encontradas y acoger la que mayormente le parezca digna de credibilidad, procurando desentrañar el verdadero motivo de la retractación", avalando en tal sentido la sindéresis del juez de primera instancia, en razón a que este proceder el único cometido que tenía

era el de "sembrar la confusión" en el proceso y respecto de las razones dadas por la defensa como explicativas de esta actitud, calificarlas atinadamente de "simples apreciaciones subjetivas".

7. Pues bien, que ciertamente se desconozca en el proceso las razones por las cuales Santiago Bolaños se retractó de las imputaciones recaídas en Aponte Valencia, como lo pone de presente el Tribunal, con esta afirmación no se está significando que existan dudas sobre su responsabilidad, este no es ni puede ser el sentido que se le de a dicha reflexión, toda vez que termina el juzgador dándole prevalencia probatoria a sus primeros asertos por satisfacer en su criterio aquellas condiciones necesarias para fundar en ellos y en la restante prueba la condena del procesado, más aun cuando dicha retractación fue parcial y orientada simplemente a favorecer a los demás imputados cuando ya su situación personal estaba consolidada.

8. Ahora, descartado por parte del Tribunal el supuesto reconocimiento de la duda, aun cuando con un flexible criterio comprensivo de la demanda se admitiese que el propósito del censor ha estado realmente encaminado a demostrar en la esgrimida vía indirecta, errores de derecho en que haya podido incurrir el sentenciador, además de tener que distinguir a cuál de los falsos juicios ha estado referido, lo que tampoco hace, le era del mismo modo exigible evidenciar que de no haberse incurrido en tales vicios en la apreciación de la prueba, el sentenciador habría tenido que reconocer la duda, aspecto éste que de suyo le imponía abordar en su integridad los elementos de juicio tenidos en cuenta para el proferimiento de la sentencia. De ahí que las apreciaciones personales e interrogantes éticos que propone el censor a la Sala dirigidos por este medio a cuestionar la credibilidad de las imputaciones que Santiago Bolaños hiciera a Aponte Valencia, resulten realmente inanes frente al ataque casacional, pues traducen apenas una disparidad valorativa de eminente contenido instancial.

9. El único argumento que podría adecuarse al error de derecho bajo cuyo genérico postulado el actor enmarcó este reproche por la vía indirecta, es el atinente a la diligencia de reconocimiento en fila de personas que un testigo con identidad reservada realizó sobre Aponte Valencia y que obra al folio 55 del primer cuaderno original, sobre la base de que si para el Tribunal esta diligencia debe estimarse inexistente debido a que en su desarrollo fueron desconocidas las formalidades legales por cuanto era imperativa la presencia de un defensor y este requisito fue inobservado por la Unidad Investigativa de Orden Público que la practicó, de donde la declaración del mismo testigo vertida, según el actor, dentro de la misma diligencia, tampoco podría ser admitida probatoriamente, debe responderse que en el texto que contiene esta prueba no aparece testimonio alguno de persona con reserva de identidad, de donde si bien el razonamiento sería teóricamente admisible no resulta predicable en el caso concreto, máxime cuando posteriormente, como se aprecia a los folios 388, 433 y 442 del segundo cuaderno original, en diversas oportunidades depuso bajo juramento el testigo amparado en el especial procedimiento previsto en el artículo 239 del Código de Procedimiento Penal, y que en ellas hizo

directas imputaciones, entre otros, sobre Aponte Valencia respecto de su activa participación en los hechos delictivos investigados.

El reparo no puede prosperar.

10. Finalmente, en relación con el segundo cargo que por violación indirecta de la ley propone el actor acusando la presencia de error de hecho en tanto los sentenciadores habrían omitido tener en cuenta el testimonio de la señorita Sandra Milena Hernández Aponte, según el cual el día de los sucesos investigados y justamente a la hora en que estos se produjeron, habría estado en compañía de Aponte Valencia, con lo cual se demuestra "plenamente su inocencia", lo primero que se advierte es la falta de desarrollo del reparo, pues se queda en una escueta formulación sin sustento, omitiendo de paso explicar justificativamente la trascendencia del yerro y el poder enervante del mismo con miras a la decisión solicitada, en relación con los demás elementos probatorios en que se fundó el fallo.

11. Finalmente, si bien le asiste razón al casacionista en afirmar que ninguna consideración mereció a los juzgadores dicha prueba, cuando ciertamente es deber inexcusable de los funcionarios judiciales someter a valoración la totalidad de los diversos medios demostrativos fundamentales que legalmente han sido allegados al proceso y al margen de que carezca el reproche del debido sustento y demostración, lejos está el referido testimonio de constituir elemento de convicción que sea decisivo para modificar las conclusiones vertidas en el fallo, toda vez que de manera imprecisa se limitó la declarante a afirmar que "un domingo que iba a empezar la premier Caracol y él -Aponte Valencia-, me estuvo invitando al Autocine pero yo no podía ir porque mi mamá estaba durmiendo y además estaba brisando, hace como veinte días y estuvimos conversando antes de empezar la película entonces nos despedimos, el se entró para allá para donde la mamá de él", sin que este relato permita sostener con certidumbre que el día al que se refiere la deponente fue aquél en que los hechos se produjeron y sin que por el breve lapso en que el procesado habría estado en su compañía posibilite descartar su presencia en el lugar del crimen a la hora en que el mismo se produjo.

Este cargo también debe desestimarse.

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

RESUELVE:

No casar la sentencia impugnada.

Cópiese, cúmplase y devuélvase al Tribunal de origen

Jorge Aníbal Gómez Gallego (no hay firma), *Fernando Arboleda Ripoll, Jorge Enrique Córdoba Poveda, Carlos Augusto Gálvez Argote, Edgar Lombana Trujillo, Mario Mantilla Nougués, Carlos Eduardo Mejía Escobar, Alvaro Orlando Pérez Pinzón, Nilson Pinilla Pinilla.*

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

LIBERTAD CONDICIONAL/REBELION

El peticionario pretende que se de aplicación al artículo 72A del Código Penal en el caso concreto, pero no tiene en cuenta que la reciente Ley 504 del 25 de junio de 1999, que comenzó a regir el 1° de julio siguiente, es plurilemática y debe efectuarse comparación sistemática e integrada del conjunto de preceptos referidos a una materia frente a otros de diferente expedición pero que en una u otra forma se refieren al mismo tema.

El artículo 1° de la Ley 415 de 1997 es sustancial y hace relación al instituto de la libertad condicional, generando una previsión menos exigente que la consagrada en el artículo 72 del Código Penal, mientras que el artículo 5° de la citada Ley 504 es procesal y trata de la competencia de los juzgados penales del circuito especializados.

El artículo 72A en mención no fue estructurado sobre la competencia otorgada a los otrora juzgados regionales, sino de acuerdo con la naturaleza del hecho o su lesividad o gravedad, sin importar el funcionario judicial de conocimiento e hizo una enumeración de las excepciones en las que no tiene aplicación. Es así, como varios delitos cuyos juicios corresponde a los juzgados penales del circuito no especializados están excluidos del beneficio solicitado, como la concusión y el peculado.

Expresamente el artículo 1° de la Ley 415 de 1997 establece que los delitos previstos en el Decreto-ley 2266 de 1991 no son susceptibles de la nueva previsión sobre la libertad condicional que allí se creó; entre ellos aparece la rebelión, reformada como punible por el Decreto 1857 de 1989, precisamente convertido en legislación permanente por el Decreto 2266 de 1991, sin que aparezca en las excepciones que el mismo artículo 72 A consagra al respecto: porte ilegal de armas de fuego de defensa personal, interceptación de correspondencia oficial, utilización ilegal de uniformes o insignias y amenazas personales o familiares.

Corte Suprema de Justicia. - *Sala de Casación Penal.* - Santa Fe de Bogotá, D. C., veintiuno (21) de julio de mil novecientos noventa y nueve (1999).

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

Aprobado Acta No. 107 Proceso No. 13435

Se procede a resolver la solicitud de libertad que presenta el defensor de Gildardo Arias Valencia, sindicado de rebelión.

FUNDAMENTOS DE LA PETICIÓN

El representante judicial del procesado solicita la libertad, porque la reciente Ley 504 de 1999, que derogó algunas disposiciones del Decreto 2700 de 1991, no contempla el delito de rebelión, dentro de la competencia de los nuevos jueces penales del circuito especializados. En consecuencia, pasó a ser de conocimiento de los jueces ordinarios y se debe aplicar la normatividad ordinaria. Por eso, frente a un hecho punible susceptible de la libertad provisional y la libertad condicional conforme a lo dispuesto en el artículo 1° de la Ley 415 de 1997, se debe aplicar el principio de favorabilidad.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

El 9 de mayo de 1996 un Juzgado Regional de Bogotá condenó a Gildardo Arias Valencia a 66 meses de prisión, por falsedad personal y rebelión. El Tribunal Nacional el 2 de octubre siguiente declaró la nulidad en lo relacionado con el delito contra la fe pública y le aumentó la pena a 8 años de prisión por la rebelión, mediante fallo que ahora es objeto del recurso extraordinario de casación.

El peticionario pretende que se de aplicación al artículo 72A del Código Penal en el caso concreto, pero no tiene en cuenta que la reciente Ley 504 del 25 de junio de 1999, que comenzó a regir el 1° de julio siguiente, es pluritemática y debe efectuarse comparación sistemática e integrada del conjunto de preceptos referidos a una materia frente a otros de diferente expedición pero que en una u otra forma se refieren al mismo tema.

El artículo 1° de la Ley 415 de 1997 es sustancial y hace relación al instituto de la libertad condicional, generando una previsión menos exigente que la consagrada en el artículo 72 del Código Penal, mientras que el artículo 5° de la citada Ley 504 es procesal y trata de la competencia de los juzgados penales del circuito especializados.

El artículo 72A en mención no fue estructurado sobre la competencia otorgada a los otrora juzgados regionales, sino de acuerdo con la naturaleza del hecho o su lesividad o gravedad, sin importar el funcionario judicial de conocimiento e hizo una enumeración de las excepciones en las que no tiene aplicación. Es así, como varios delitos cuyos juicios corresponde a los juzgados penales del circuito no especializados están excluidos del beneficio solicitado, como la concusión y el peculado.

Expresamente el artículo 1° de la Ley 415 de 1997 establece que los delitos previstos en el Decreto-ley 2266 de 1991 no son susceptibles de la nueva previsión sobre la libertad condicional que allí se creó; entre ellos aparece la rebelión, reformada como punible por el Decreto 1857 de 1989, precisamente convertido en legislación permanente por el Decreto 2266 de 1991, sin que aparezca en las

excepciones que el mismo artículo 72A consagra al respecto: porte ilegal de armas de fuego de defensa personal, interceptación de correspondencia oficial, utilización ilegal de uniformes o insignias y amenazas personales o familiares.

El último artículo en mención no fue modificado por la Ley 504 del 25 de junio de 1999, que tampoco estableció nuevos delitos a los cuales le fuera aplicable dicha clase de libertad condicional, por lo cual resulta incongruente considerar que su artículo 5°, destinado a modificar el artículo 17 del Código de Procedimiento Penal; que consagra la competencia de los juzgados penales del circuito especializados, hubiera modificado algo que no guarda relación con ella, como es el artículo 72A del Código Penal, consagratorio de una libertad condicional menos exigente en su otorgamiento que la que sigue siendo regulada por el artículo 72 *ibídem*, cuando se trata de normas que se refieren a temas diferentes.

Como la rebelión, delito por el cual fue condenado el sindicado en primera y segunda instancia, no es susceptible del beneficio previsto en el artículo 1° de la Ley 415 de 1997, se despachará negativamente la petición de libertad provisional, formulada por el defensor.

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

RESUELVE:

NEGAR la excarcelación de Gildardo Arias Valencia por las razones expuestas en precedencia.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Jorge Aníbal Gómez Gallego, (no hay firma), *Fernando E. Arboleda Ripoll, Jorge E. Córdoba Poveda, Carlos Augusto Gálvez Argote, Edgar Lombana Trujillo, Mario Mantilla Nougués, Carlos Eduardo Mejía Escobar, Alvaro Orlando Pérez Pinzón, Nilson E. Pinilla Pinilla.*

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

IDENTIDAD DEL PROCESADO/INDIVIDUALIZACION/ INCONGRUENCIA DE LA SENTENCIA

La Sala, en providencia de fecha 5 de octubre de 1994 (rad. 8515, M. P. Juan Manuel Torres Fresneda), estableció sobre la individualización del sindicado:

"Ya en su momento el artículo 127 del Decreto 050 de 1987 establecía que la necesidad de determinar la identidad del procesado imponía al instructor la obligación de practicar con preferencia las pruebas orientadas a obtenerla, siempre y cuando 'surgieran dudas' sobre ella, y dentro del mismo sentido el artículo 128 clarificaba que 'la posibilidad de identificar al procesado con su verdadero nombre y apellido o con sus otras generalidades, no retardará ni suspenderá la instrucción, el juicio ni la ejecución de la sentencia, cuando no exista duda sobre su individualización física', condiciones que hoy subsisten aplicadas a los diferentes estadios procesales como sucede para comenzar cuando el artículo 319 del Código de Procedimiento Penal, impone como objeto de la averiguación preliminar la determinación de la 'identidad o individualización de los autores o partícipes' de la infracción, el artículo 352 solo autoriza oír en indagatoria a quien sorprendido en flagrancia o señalado por los antecedentes o circunstancias contenidos dentro del proceso se pueda tener como autor o partícipe del hecho, y concordantemente el artículo 356 advierte que no podrá emplazarse 'a persona que no esté plenamente identificada', en una clara prohibición a las vinculaciones de personas indefinidas, de una pluralidad de homónimos o de sujetos simplemente señalados como n. n., hasta culminar en la exigencia de que la redacción de la sentencia contenga los datos de 'identidad o individualización del procesado' (art. 180 ibidem)."

El mencionado artículo 180, ordinal 2°, instituye así la suficiencia de la individualización para proferir sentencia, de tal manera que el proceso puede ser tramitado sin necesidad de que el sindicado aparezca plenamente identificado, pero sí individualizado y, se refiera, en este caso medió captura en flagrancia, lo cual significa que antes de escucharlos en injurada ya habían sido singularizados como aquéllos que perpetraron los hechos.

Puede suceder que se esté frente a un indocumentado o alguien que por astucia utilice diversos nombres y apellidos e incluso posea ilegalmente varias cédulas de ciudadanía. Aunque la cabal identidad es lo ideal, lo primero y más importante es su determinación física, como aquél que ha intervenido en un hecho punible, que permita distinguirlo de los demás individuos.

De otra parte, la tarjeta decadactilar no es lo que identifica a una persona; sirve para individualizarla, al igual que una fotografía, y es uno de los elementos que se elabora con miras a la expedición del documento establecido con primacía para identificar, como es la cédula de ciudadanía.

La falta de consonancia entre la sentencia y la resolución de acusación es un yerro in procedendo que afecta el debido proceso. La congruencia entre esas dos providencias constituye una garantía para el sindicado y da seguridad jurídica a todos los sujetos procesales sobre la imputación efectuada, en la medida en que el fallo resolverá los cargos formulados en la resolución de acusación, sin que pueda comprender hechos no incluidos en ella, ni desconocer atenuantes reconocidas, ni deducir agravantes no endilgadas, ni cambiar la denominación jurídica o condenar por un delito distinto al contenido en la resolución calificatoria, salvo eventualidades como las que se mencionan a continuación, que en ningún caso irán en disfavor del enjuiciado.

Es claro que el juzgador no viola dicha garantía cuando procede, entre otros eventos, a condenar como cómplice a quien fue acusado de autoría, o al llamado por un concurso de hechos punibles sentenciarlo por un delito complejo, o por tentativa a quien se le imputó como consumado el hecho punible, o degradarle la culpabilidad.

La acusación es provisional y no rígida, lo cual significa que en el fallo se puede variar el hecho punible en cuanto a su especie, pero no respecto al género. El juez puede efectuar los ajustes que considere necesarios dentro del mismo capítulo, siempre y cuando no desborde el marco fáctico esencial fijado en la resolución de acusación, ni agrave la situación del enjuiciado.

Por otra parte, demandada la corrección de la incongruencia a través de la causal segunda de casación, si ésta se demostrare lo que vendría a corresponderle a la Corte no es la absolución del procesado, que inmotivadamente demanda el censor, sino dictar el fallo de reemplazo (art. 229 ordinal 1°, C. de P. P.) para de esta forma restablecer la consonancia.

Corte Suprema de Justicia. - Sala de Casación Penal. - Santa Fe de Bogotá, D. C., veintiuno (21) de julio de mil novecientos noventa y nueve (1999).

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

Aprobado Acta No. 107 Proceso No. 11452

Se resuelve el recurso de casación interpuesto en defensa de los procesados Wilson Castro Cortés y José Cenén Morales Rodríguez, contra la sentencia del Tribunal Superior de Santa Fe de Bogotá que confirmó la condena que, junto a otros dos sindicados, les impuso el Juzgado 40 Penal del Circuito, por tentativa de homicidio, porte ilegal de armas de fuego de defensa personal, fuga de presos y además, en este delito sólo dos de ellos, falsedad de particular en documento público agravada por el uso.

Hechos

La mañana del 25 de octubre de 1993, el interno de la Cárcel Distrital de Varones de esta ciudad Quitián Rojas Lozano, custodiado por dos guardianes, salió a que le practicaran unos exámenes de laboratorio en el Hospital La Hortúa. Después de realizados, ingresaron al restaurante Carne y Sazón, ubicado en calle 1ª Nº 10-58, a desayunar. Allí llegaron aproximadamente seis personas, que encañonaron y desarmaron al guardián Eduardo Cárdenas, el otro servidor público reaccionó y se presentó un intercambio de disparos, en el cual resultaron heridos los funcionarios y muertos los atacantes Jorge Cruz y Pablo Reinel Gómez, sin que se hubiera podido evitar la fuga.

Al poco tiempo, la Policía capturó a Wilson Castro Corrés, Segundo Genaro Chavarro Galeano, José Cenén Morales Rodríguez y Raúl Elías Graciano George y les incautó tres revólveres y una pistola, con dos salvoconductos exhibidos por los dos primeros, que resultaron ser falsos.

Antecedentes Procesales

La Fiscalía 98 Seccional de Santa Fe de Bogotá abrió investigación, oyó en indagatoria a dichos capturados y el 8 de noviembre de 1993 decretó su detención preventiva (fls. 119 y Sa. cd. 1). Cerrada la investigación, el 22 de abril de 1994 les fue proferida resolución de acusación por tentativa de homicidio agravado, fuga de presos y porte ilegal de armas de defensa personal, además de falsedad material de particular en documento público en lo que respecta a Wilson Castro Cortés y Segundo Genaro Chavarro Galeano (fs. 372 y ss. ib.).

Esta providencia fue apelada por los defensores y el 28 de julio de 1994 la Fiscalía Delegada ante los Tribunales de Santa Fe de Bogotá,

y Cundinamarca la confirmó, aclarando que debían responder como determinadores de fuga de presos y que la falsedad estaba agravada por el uso. De otra parte, precluyó la investigación en lo referente a la muerte de Jorge Cruz y Pablo Reinel Gómez (fls. 16 y ss. cd. respectivo).

Correspondió al Juzgado 40 Penal del Circuito de esta ciudad adelantar el juicio y, celebrada la audiencia pública, el 5 de abril de 1995 condenó a José Cenén Morales Rodríguez y Raúl Elías Graciano George a 30 años de prisión por tentativa de homicidio agravado, porte ilegal de armas de fuego de defensa personal y cómplices de fuga de presos, y a Wilson Castro Cortés y Segundo

Cenaro Chavarro Calcano a 31 años de prisión, por los mismos delitos y falsedad material de particular en documento público agravada por el uso. Se ordenó el comiso de las armas incautadas e impuso a todos interdicción de derechos y funciones públicas por 10 años, obligándolos a indemnizar los perjuicios ocasionados (fls. 170 y ss. cd. 2).

Apelada la sentencia por dos de los sindicados y los defensores, el 11 de agosto de 1995 la confirmó el Tribunal Superior de Santa Fe de Bogotá, mediante providencia que es objeto del recurso de casación, interpuesto en representación de los procesados José Cenén Morales Rodríguez y Wilson Castro Cortés.

La Demanda

Al amparo de las causales tercera, segunda y primera de casación, en su orden, el defensor común de esos dos procesados formula la censura al fallo impugnado, así:

Cargo Primero: El recurrente dice que se dictó sentencia en un juicio viciado de nulidad, porque no fueron identificados plenamente sus dos representados, de conformidad con las exigencias establecidas por los artículos 334 y 356 del Código de Procedimiento Penal. No se aportaron las tarjetas decadactilares o reseñas de los procesados y el juzgador se conformó con la información suministrada por ellos y los agentes de Policía que efectuaron las capturas, de manera que el *ad quem* condenó a José Cenén Morales Rodríguez y Wilson Castro Cortés sin tener absoluta certeza de que efectivamente se trate de esos ciudadanos.

Cargo Segundo: El demandante aduce que la sentencia recurrida no está en consonancia con los cargos formulados en la resolución de acusación.

El censor transcribe las partes resolutivas de la providencia de primera instancia que calificó el mérito sumarial y de la sentencia de primer grado, para hacer notar que a sus defendidos se les acusó de porte ilegal de armas de fuego y a Wilson Castro Cortés también por falsedad material de particular en documento público, pero fueron condenados por fabricación y tráfico de armas y el segundo además por falsedad en documento público agravada con su uso, concluyendo que esas conductas son diferentes y hay una variación notable entre los cargos y el fallo.

Cargo Tercero: El demandante aduce violación directa de los artículos 220 y 36 del Código Penal, por aplicación indebida al haber condenado a los "dos recurrentes" por falsedad material de particular en documento público, sin que hubiere prueba que acreditara su comisión.

Dice que de conformidad con esos preceptos y el artículo 247 del Código de Procedimiento Penal, se requiere certeza del obrar doloso de Wilson Castro Cortés, que no tuvo demostración en el proceso. Unicamente se estableció que portaba un salvoconducto falso, pero no que lo hubiera falsificado. De ahí que el juzgador se equivocó en la selección de la norma.

Como una petición común a todos los cargos, en conclusión de los reproches referidos, solicita casar la sentencia recurrida y absolver a sus dos representados.

CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

Cargo Primero: El Procurador Tercero Delegado en lo Penal señala que frente a una nulidad, es necesario demostrar la efectiva afectación de los derechos del sindicado o la distorsión seria de la estructura del proceso y establecer la trascedencia del motivo alegado.

Expresa que el recurrente afirma no estar comprobada la identidad de los condenados, pero no indica la incidencia de ello en el contenido de la sentencia. La acción penal se adelanta contra una persona individualizada o individualizable y lo importante es su existencia y caracteristicas, que permitan diferenciarla de otras.

Exigir la tarjeta decadactilar de la Registraduria del Estado Civil o la que otro órgano del Estado haya levantado, seria negar que el derecho penal pueda perseguir a quienes no han obtenido documentos de identidad. Tales tarjetas no son la única forma de acreditar la identidad de los acusados, ni son documento de identidad, como si lo es la cédula de ciudadanía.

Los procesados fueron individualizados a plenitud en las indagatorias y aparece fotocopia de sus cédulas de ciudadanía, además de la libreta militar y el certificado judicial de Wilson Castro. De ahí que no exista duda sobre los sujetos pasivos de la acción penal.

Cargo Segundo: Señala el agente del Ministerio Público que el recurrente no hace ningún esfuerzo por demostrar este cargo. Con relación al delito contra la seguridad pública endilgado, dice que no se presenta la inconsonancia mencionada:

"Es cierto que la resolución de acusación proferida en contra de los cuatro procesados, la que posteriormente confirmó la Unidad de Fiscalías Delegadas ante los Tribunales, le formuló cargos por el delito de porte ilegal de armas, ello no invalida la acusación ni la saca de sus estrictos marcos jurídicos, a pesar del error en el *nomen iuris*, para el cual se prefirió en una decisión el nombre común del delito (resolución de acusación) y para la otra (sentencia) el más técnico que describe la conducta de portar armas de fuego sin permiso de autoridad legal competente."

Tampoco ocurrió la pregonada incongruencia en la falsedad en documento público, porque la Unidad de Fiscalías Delgadas ante los Tribunales adicionó la circunstancia del uso y esta providencia es así referente para establecer la armonía con la sentencia.

Cargo Tercero: Anota el representante de la sociedad la suficiencia de que se dedujera la falsedad, al hallarse en poder de dos de los sindicados armas, la exhibición de salvoconducto y la comunicación del Ministerio de Defensa Nacional que indicó que no estaban registrados como propietarios de armas.

Añade que tratándose de violación directa, el censor ha debido demostrar la aplicación indebida o que los hechos se adecuan a otra disposición normativa, lo cual omitió.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

Primero se estudiará el cargo de nulidad, por haberlo planteado así el casacionista y de conformidad con un orden lógico, pues de llegar a prosperar no sería necesario examinar los otros reproches, por sustracción de materia.

Cargo Primero: Confunde el recurrente la individualización de los procesados con su identificación, aspectos de connotación distinta; así, invoca la violación del artículo 356 del Código de Procedimiento Penal, referente al emplazamiento para indagatoria, el cual no tuvo aplicación en el caso concreto, porque los sindicados no fueron vinculados mediante declaración de persona ausente sino a través de sus respectivas indagatorias, recibidas después que fueron capturados a los pocos minutos de intentados los homicidios, portando armas de defensa personal y dos de ellos exhibiendo salvoconductos falsos, con los cuales pretendieron acreditar que tenían permiso para portarlas.

Es procedente deducir de lo anterior que las capturas se efectuaron en flagrancia, sobre personas que estaban individualizadas por su participación en la fuga de presos y en los delitos contra la vida que se acababan de cometer, hallándoseles en el mismo instante las armas y los salvoconductos. Es decir, su individualidad fue establecida desde el primer momento, permitiendo diferenciarlos de cualquier otra persona, para determinar que fueron ellos y no otros los autores de los hechos punibles imputados.

La Sala, en providencia de fecha 5 de octubre de 1994 (rad. 8515, M. P. Juan Manuel Torres Fresneda), estableció sobre la individualización del sindicado:

"Ya en su momento el artículo 127 del Decreto 050 de 1987 establecía que la necesidad de determinar la identidad del procesado imponía al instructor la obligación de practicar con preferencia las pruebas orientadas a obtenerla, siempre y cuando 'surgieran dudas' sobre ella, y dentro del mismo sentido el artículo 128 clarificaba que 'la posibilidad de identificar al procesado con su verdadero nombre y apellido o con sus otras generalidades, no retardará ni suspenderá la instrucción, el juicio ni la ejecución de la sentencia, cuando no exista duda sobre su individualización física', condiciones que hoy subsisten aplicadas a los diferentes estadios procesales como sucede para comenzar cuando el artículo 319 del Código de Procedimiento Penal, impone como objeto de la averiguación preliminar la determinación de la 'identidad o individualización de los autores o partícipes' de la infracción, el artículo 352 solo autoriza oír en indagatoria a quien sorprendido en flagrancia o señalado por los antecedentes o circunstancias contenidos dentro del proceso se pueda tener como autor o partícipe del hecho, y concordantemente el artículo 356 advierte que no podrá emplazarse 'a persona que no esté plenamente identificada', en una clara prohibición a las

vinculaciones de personas indefinidas, de una pluralidad de homónimos o de sujetos simplemente señalados como n. n., hasta culminar en la exigencia de que la redacción de la sentencia contenga los datos de 'identidad o individualización del procesado' (art. 180 ibidem)."

El mencionado artículo 180, ordinal 2°, instituye así la suficiencia de la individualización para proferir sentencia, de tal manera que el proceso puede ser tramitado sin necesidad de que el sindicado aparezca plenamente identificado, pero sí individualizado y, se reitera, en este caso medió captura en flagrancia, lo cual significa que antes de escucharlos en injurada ya habían sido singularizados como aquéllos que perpetraron los hechos.

Puede suceder que se esté frente a un indocumentado o alguien que por astucia utilice diversos nombres y apellidos e inclusive posea ilegalmente varias cédulas de ciudadanía. Aunque la cabal identidad es lo ideal, lo primero y más importante es su determinación física, como aquél que ha intervenido en un hecho punible, que permita distinguirlo de los demás individuos.

De otra parte, la tarjeta decadactilar no es lo que identifica a una persona: sirve para individualizarla, al igual que una fotografía, y es uno de los elementos que se elabora con miras a la expedición del documento establecido con primacía para identificar, como es la cédula de ciudadanía.

Además, los policiales que realizaron las aprehensiones allegaron la cédula de ciudadanía de Wilson Castro Cortés y fotocopia de la de José Cénen Morales, con lo cual se satisface adicionalmente la pretensión del impugnante, en el sentido de quedar identificados. También fueron acopiadas la libreta militar del primero, cuyo número (79'637.860) coincide con el de la cédula, y certificación del DAS sobre pasado judicial de los dos sindicados.

Como los procesados fueron individualizados y también identificados, no hay lugar a confundirlos y no se presenta el vicio endilgado, que mucho menos daría lugar a la absolución pretendida por el impugnante (art. 229 ordinal 2°, C. de P. P.), por lo cual el reproche no está llamado a prosperar.

Cargo Segundo: *La falta de consonancia entre la sentencia y la resolución de acusación es un yerro in procedendo que afecta el debido proceso. La congruencia entre esas dos providencias constituye una garantía para el sindicado y da seguridad jurídica a todos los sujetos procesales sobre la imputación efectuada, en la medida en que el fallo resolverá los cargos formulados en la resolución de acusación, sin que pueda comprender hechos no incluidos en ella, ni desconocer atenuantes reconocidas, ni deducir agravantes no endilgadas, ni cambiar la denominación jurídica o condenar por un delito distinto al contenido en la resolución calificatoria, salvo eventualidades como las que se mencionan a continuación, que en ningún caso irán en disfavor del encausado.*

Es claro que el juzgador no viola dicha garantía cuando procede, entre otros eventos, a condenar como cómplice a quien fue acusado de autoría, o al llamado por un concurso de hechos punibles sentenciarlo por un delito complejo, o por tentativa a quien se le imputó como consumado el hecho punible, o degradarle la culpabilidad.

La acusación es provisional y no rígida, lo cual significa que en el fallo se puede variar el hecho punible en cuanto a su especie, pero no respecto al género. El juez puede efectuar los ajustes que considere necesarios dentro del mismo capítulo, siempre y cuando no desborde el marco fáctico esencial fijado en la resolución de acusación, ni agrave la situación del enjuiciado..

Por otra parte, demandada la corrección de la incongruencia a través de la causal segunda de casación, si ésta se demostrare lo que vendría a corresponderle a la Corte no es la absolución del procesado, que inmotivadamente demanda el censor, sino dictar el fallo de reemplazo (art. 229 ordinal 1°, C. de P. P.) para de esta forma restablecer la consonancia.

En el caso concreto, el censor no invoca la violación de precepto alguno y procede a confrontar las partes resolutivas, sin demostrar que la del enjuiciamiento hubiere sido extralimitada en el fallo. La conducta descrita en el artículo 201 del Código Penal, modificado por el 1° del Decreto 3664 de 1986, convertido en legislación permanente por el 2266 de 1991, fue denominada por la Fiscalía como porte ilegal de arma de fuego, de conformidad con uno de los verbos rectores y el juzgado se refirió a ella por el nombre que aparece en la norma: fabricación y tráfico de armas de fuego. Cada uno le dio diferente apelativo, pero el tipo penal imputado en la resolución de acusación es el mismo que fue tenido en cuenta en la sentencia y en la parte motiva de la de primera instancia, el *a quo* analiza el comportamiento realizado por el sindicado y lo menciona como porte ilegal de arma de fuego.

De otra parte, el recurrente no tomó en consideración la providencia que resolvió la apelación interpuesta contra la resolución de acusación, que motiva precisamente que la falsedad material de particular imputada por la Fiscalía Seccional a Wilson Castro Cortés, estaba agravada por el uso; estas decisiones constituyen unidad inescindible en cuanto la una adiciona y confirma la otra, conteniendo la imputación tanto fáctica como jurídica también en lo relacionado con el delito contra la fe pública.

Así, la condena impuesta por el Juzgado 40 Penal del Circuito de Santa Fe de Bogotá y confirmada por el respectivo Tribunal guarda plena armonía con la resolución de acusación, pues la sentencia incluyó la falsedad material de particular en documento público, agravada por el uso (inciso 2° del artículo 222 del Código Penal), que la Fiscalía Delegada ante el Tribunal endilgó al acusado.

De tal manera, no hay inconsonancia alguna entre el pliego de cargos y el fallo. Al no presentarse el yerro imputado al juzgador, este reproche tampoco prospera.

Cargo Tercero: El demandante dice formular la censura por violación directa de la ley sustancial, pero en el ínfimo desarrollo que le da se inmiscuye con las pruebas, con lo cual mezcla las dos vías y en la sustentación se inclina hacia la vulneración indirecta, postura contradictoria que se aparta de la técnica que gobierna el recurso extraordinario, al conformar un híbrido que no es de recibo en esta sede.

El recurrente tampoco pudo explicar ni demostrar la supuesta aplicación indebida del artículo 220 (sic) del Código Penal y lánguidamente señala que no hay certeza de la responsabilidad de su representado, con lo cual no desvirtúa las apreciaciones efectuadas por el *a quo* en la sentencia de primera instancia, que conforma unidad con el fallo de segundo grado que la confirmó. Allí se indica con relación a la falsedad reprochada a Wilson Castro Cortés, lo siguiente:

"Así mismo, no siendo suficiente lo anterior pretendió engañar a las autoridades con un salvoconducto falso comprobado con la respectiva comunicación de las fuerzas armadas, donde comunica que dicho organismo no ha expedido autorización de porte a su favor, lo que de contera significa que el documentado presentado es falso, determinando la realización del punible de falsedad de particular en documento público al haber proporcionado sus datos personales, su retrato, su identificación, además de pagar los servicios de un falsificador lo que lo coloca dentro de la figura de la coautoría.

... el simple hecho de contratar un intermediario cuando ha debido acudir a la autoridad competente de ello se deduce fácilmente que su adquisición no fue para defenderse de enemigos fantasmagóricos o cuidar una mercancía sin valor pecuniario considerable, sino para fines ilícitos, usando además el documento falso que igualmente hizo elaborar ilícitamente." (fls. 209 y 210, cd. 2).

Claramente se aprecia que no hay error del juzgador al inferir que el documento incautado es falso, por no haberlo expedido la autoridad competente, ni al estimar probado que dicho sindicado fue su determinador, ni al deducir que concurre la circunstancia de agravación consagrada en el inciso segundo del artículo 222 del Código Penal, por haber exhibido el documento espurio a la policía, con el fin de pretender probar que contaba con permiso para portar el arma de fuego, con la cual acababa de cometer otros delitos.

Resulta así claro que el recurrente no estableció error alguno en el razonamiento del fallador, ni desarrolló a cabalidad el reproche, ni logró demostrar equívocos en la selección de los preceptos aplicados, ni siquiera si se aceptara la vía indirecta tomando como un simple lapsus la mención de la forma directa de violación de la norma sustancial, caso en el cual le correspondía determinar si se incurrió en error de hecho, por falso juicio de existencia o de identidad, o error de derecho por falso juicio de convicción o de legalidad.

Cualquiera que sea el motivo aducido, se observa la deficiente y antitécnica formulación y sustentación del cargo, además de no demostrar la presencia de yerro alguno demandable en casación, como se acaba de anotar, lo cual origina su improsperidad.

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

RESUELVE:

NO CASAR la sentencia condenatoria objeto de impugnación.

Cópiese, comuníquese y devuélvase al Tribunal de origen.

Cúmplase.

Jorge Aníbal Gómez Gallego, (No hay firma); *Fernando E. Arboleda Ripoll, Jorge E. Córdoba Poveda, Carlos Augusto Gálvez Argote, Edgar Lombana Trujillo, Mario Mantilla Nougués, Carlos Eduardo Mejía Escobar, Alvaro Orlando Pérez Pinzón, Nilson E. Pinilla Pinilla.*

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

DETENCION PREVENTIVA/DETENCION DOMICILIARIA/ PERMISO-Para estudiar

Siendo que la detención domiciliaria, como la detención preventiva, constituye una medida restrictiva de la libertad autónoma e independiente, que implica por ende una limitación para este derecho en tanto el procesado debe permanecer en su residencia, sin que le sea posible abandonarla salvo aquellos casos en que le es dable al funcionario judicial conceder permisos excepcionales "especificando la duración del mismo sin que exceda de veinticuatro horas, por cada vez que se lo conceda", pero exclusivamente "En caso de comprobarse enfermedad grave, fallecimiento de un familiar cercano o siempre que se produzca un acontecimiento de particular importancia en la vida del interno", acorde con el artículo 139 de la Ley 65 de 1993, no tiene ningún respaldo en el ordenamiento positivo el permiso que de manera general y prácticamente ilimitada en el tiempo, sin obedecer a parámetro legal alguno concedió el Juez Sexto Penal del Circuito al interno para adelantar un curso de especialización, pues si bien indesconocible mente el estudio dignifica al hombre, nadie discute que el trabajo también rinde tributo a la misma condición y merecimiento, pero cuando se está sub judice las medidas restrictivas de la libertad deben cumplirse con estricta sujeción al sistema procesal que las regula sin que pueda el funcionario judicial crear excepciones a la ley, ya que se dejaría al libre criterio del intérprete la introducción de tratamientos desiguales a los destinatarios de las medidas de privación física de la libertad.

Corte Suprema de Justicia. - Sala de Casación Penal. - Santa Fe de Bogotá, D.C., veintidós (22) de julio de mil novecientos noventa y nueve (1999).

Magistrado Ponente: Dr. *Carlos Augusto Gálvez Argote*

Aprobado Acta No.108 Proceso No. 15623

Decide la Sala la solicitud de libertad condicional elevada por el defensor del procesado Carlos Abel Coy Pineda, de acuerdo con lo previsto por el artículo 72 del Código Penal.

CONSIDERACIONES

1. Sostiene el peticionario que como el Tribunal Superior de Cali mediante decisión del 22 de octubre de 1998, al momento de negar la liberación condi-

cional a Coy Pineda lo hizo poniendo de presente que aquél habría completado privado de la libertad 23 meses y 25 días, siendo este lapso inferior a las dos terceras partes de la pena de 36 meses de prisión que le fuera irrogada en la sentencia (esto es 24 meses), el primero de julio del año en curso se "internó voluntariamente" en la Cárcel del Distrito Judicial de Cali, previamente el Inpec le asignara una Casa Especial para dicho propósito, razón por la cual en la actual fecha estaría satisfecho el requisito objetivo a que se refiere el artículo 72 del Estatuto Penal para hacerse merecedor al subrogado penal.

Referido al aspecto subjetivo, recuerda que durante el período en que Coy Pineda estuvo en detención domiciliaria cumplió con las obligaciones que le fueron impuestas, e igualmente que merced al permiso otorgado por el Juzgado Sexto Penal del Circuito de Cali, durante dicho período cursó un posgrado en Derecho Procesal Penal en la Universidad San Buenaventura, como consta en el proceso, por lo que solicita que estos estudios, de no ser tenidos en cuenta como período para redención de pena, tal y como ya lo resolvió el Tribunal, lo sean como "manifestación de buen comportamiento y deseo de superación" del procesado.

Por lo expuesto y en atención a que Coy Pineda es un hombre honorable, cumplidor de sus obligaciones como padre y esposo, que siempre ha estado dispuesto a legalizar su situación y a reincorporarse como profesional a la sociedad, estima que también este segundo requisito se encuentra satisfecho y por ende, que se hace merecedor de la libertad condicional solicitada.

2. El Juzgado Sexto Penal del Circuito de la ciudad de Cali condenó a Coy Pineda, junto con Ferney Antonio Hortúa Rayo, a la pena principal de tres (3) años de prisión y multa de 50 salarios mínimos legales mensuales, como responsables del delito de cohecho por dar u ofrecer consagrado en el artículo 24 de la Ley 190 de 1995 -modificatorio del artículo 143 del Código Penal-, concediéndoles la condena de ejecución condicional, decisión esta última que el Tribunal Superior de dicha ciudad revocó mediante proveído del 8 de septiembre de 1998, ordenando su inmediata captura y confirmando en lo demás la sentencia.

3. Se tiene que Coy Pineda estuvo inicialmente privado de la libertad en la Cárcel Villahermosa de la ciudad de Cali del 18 de noviembre al 28 de diciembre de 1995, fecha a partir de la cual le fue concedida detención domiciliaria hasta el 14 de noviembre de 1997, cuando fue dejado en libertad por razón de habérsele otorgado en el fallo de primer grado la condena de ejecución condicional, es decir, por un lapso de 23 meses y 25 días. A su vez y como quiera que el Tribunal Superior de Cali revocó el subrogado del artículo 68, se expidió en su contra orden de captura de inmediato cumplimiento en razón de no haberle sido concedida durante el proceso excarcelación como factor anticipado del sustituto.

Finalmente, Coy Pineda se entregó a las autoridades y se encuentra privado de la libertad desde el pasado primero de julio, es decir, que al período antes referido debe agregarse 21 días más, completando a la fecha actual 24

meses y 16 días, tiempo que es superior a las dos terceras partes de la pena irrogada en la sentencia y que, en primer orden permite ciertamente constatar el cumplimiento del requisito objetivo a que alude el artículo 72 del Código Penal, cuyo estudio se avoca exclusivamente en tanto la solicitud de libertad condicional impetrada corresponde al motivo de libertad provisional señalado en el art. 415.2 del Código de Procedimiento Penal, habida cuenta de que la Corte no está facultada para conceder el referido subrogado penal, al encontrarse el fallo de segunda instancia recurrido en casación.

4. En estas condiciones, debe procederse a valorar el segundo de los requisitos a que alude el citado artículo 72 y que dice relación con "su personalidad, su buena conducta en el establecimiento carcelario y sus antecedentes de todo orden", a través de los cuales se pueda suponer fundadamente su readaptación social.

5. A este respecto necesario es recordar que acorde con los hechos denunciados por el Técnico Judicial de la Secretaría Común de la Fiscalía Regional de la ciudad de Cali Luis Hernando Bolaños Suárez, el día 22 de agosto de 1995 el también Técnico Judicial Ferney Antonio Hortúa Rayo se acercó a su lugar de trabajo manifestándole que se estaban dando 36 millones de pesos por "hacer desaparecer" dos expedientes que se encontraban en diligencias previas, atinentes a dos allanamientos realizados por el bloque de búsqueda. Al día siguiente llegó hasta la propia secretaría el ex fiscal Regional, abogado Carlos Abel Coy Pineda y le reiteró el mismo ofrecimiento agregando que si él no quería hacerlo ya encontrarían a otra persona para que se ganara ese dinero.

6. Así las cosas, determinante resulta para la Sala en orden a valorar el aspecto subjetivo que motiva este análisis acorde con el artículo 72 del Código Penal, observar a través del hecho delictivo que se juzga la más clara manifestación de la personalidad del procesado, que actúa como un verdadero termómetro al momento de realizar los juicios de diagnóstico y pronóstico que forzosamente deben tenerse en cuenta con miras a definir positiva o negativamente el merecimiento de la libertad condicional o el imperativo de que para satisfacer integralmente con las funciones de la pena, deba cumplirse la totalidad de la sanción impuesta en el fallo.

7. Para dicha finalidad, necesario es recordar que Coy Pineda es abogado y que en diversos períodos se desempeñó como Fiscal Regional de la ciudad de Cali, último de los cuales lo fue hasta el 27 de abril de 1995, cuando mediante Resolución No. 0-0954 fue declarado insubsistente, y que precisamente prevalido de estas dos condiciones se decidió a obrar como agente corruptor de la propia administración de justicia, siéndole imputado haber ofrecido 36 millones de pesos con el propósito de "hacer desaparecer" dos averiguaciones previas derivadas de sendos allanamientos producidos en desarrollo de los operativos adelantados por el bloque de búsqueda para combatir el narcotráfico en la ciudad de Cali, demostrando una absoluta indiferencia con la función social implícita en la profesión que ha escogido, la cual le impone colaborar

con las autoridades en la conservación y perfeccionamiento del orden jurídico y en defensa de los derechos de la sociedad, máxime cuando se ha pertenecido a altos y especializados niveles de la propia administración de justicia y no en el auspicio de mecanismos ilegales de impunidad que muy a las claras constituyen manifestaciones negativas de la personalidad de Coy Pineda, las cuales hacen forzoso que deba cumplir íntegralmente con la pena privativa de la libertad.

8. De otra parte y en relación con los estudios superiores que adelantó Coy Pineda mientras permaneció en detención domiciliaria y específicamente durante el año de 1997, en que habría asistido "los viernes de 8 a 10 de la noche y los sábados de 8 A.M. a 6 P.M." al Programa de Posgrado en Derecho Procesal Penal en la Universidad San Buenaventura, de acuerdo con el irregular permiso que le fuera otorgado por el titular del Juzgado Sexto Penal del Circuito de Cali, doctor Carlos Arturo Sinisterra Caldas, mediante auto del 20 de febrero de ese año, no pueden, desde luego, servir como actividades válidas para redención de pena, por no haber sido autorizadas en ningún momento por las directivas carcelarias ni estar programadas por éstas y mucho menos cumplir con los requisitos exigidos para dicho propósito en la Ley 65 de 1993 y las Resoluciones Nos. 3272 y 6541 de 1995 y 2376 de 1997.

Pero además, y *siendo que la detención domiciliaria, como la detención preventiva, constituye una medida restrictiva de la libertad autónoma e independiente, que implica por ende una limitación para este derecho en tanto el procesado debe permanecer en su residencia, sin que le sea posible abandonarla salvo aquellos casos en que le es dable al funcionario judicial conceder permisos excepcionales "especificando la duración del mismo sin que exceda de veinticuatro horas, por cada vez que se lo conceda", pero exclusivamente "En caso de comprobarse enfermedad grave, fallecimiento de un familiar cercano o siempre que se produzca un acontecimiento de particular importancia en la vida del interno", acorde con el artículo 139 de la Ley 65 de 1993, no tiene ningún respaldo en el ordenamiento positivo el permiso que de manera general y prácticamente ilimitada en el tiempo, sin obedecer a parámetro legal alguno concedió el Juez Sexto Penal del Circuito al interno para adelantar un curso de especialización, pues si bien indesconociblemente el estudio dignifica al hombre, nadie discute que el trabajo también rinde tributo a la misma condición y merecimiento, pero cuándo se está sub judice las medidas restrictivas de la libertad deben cumplirse con estricta sujeción al sistema procesal que las regula sin que pueda el funcionario judicial crear excepciones a la ley, ya que se dejaría al libre criterio del intérprete la introducción de tratamientos desiguales a los destinatarios de las medidas de privación física de la libertad.*

En consecuencia, con destino al Consejo Seccional de la Judicatura de la ciudad de Cali se expedirán copias de este proveído y del auto fechado el 20 de febrero de 1997 por medio del cual el doctor Carlos Arturo Sinisterra Caldas en su condición de Juez Sexto Penal del Circuito de esa capital concedió el irregular permiso al procesado Coy Pineda para el adelantamiento de estudios de posgrado pese a encontrarse en detención domiciliaria, a efectos de

que si hay lugar a ello se adelante la investigación disciplinaria correspondiente.

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

RESUELVE:

1. NEGAR la libertad provisional al procesado Carlos Abel Coy Pineda.

2. EXPEDIR las copias a que se hizo referencia en la parte motiva de este proveído con destino al Consejo Seccional de la Judicatura de la ciudad de Cali.

Notifíquese y cúmplase.

Jorge Aníbal Gómez Gallego, Fernando Arboleda Ripoll, Jorge Enrique Córdoba Poveda, Carlos Augusto Gálvez Argote, Edgar Lombana Trujillo, Mario Manrique Noguéz, Carlos Eduardo Mejía Escobar, Alvaro Orlando Pérez Pinzón, Nilson Pinilla Pinilla.

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

REDENCION DE PENA/PERMISO ADMINISTRATIVO

1. El artículo 5° del Decreto 1542 de 1997, reglamentario del artículo 147 de la Ley 65 de 1993, por la cual se adoptó el Código Penitenciario y Carcelario, señala que los directores de los establecimientos carcelarios y penitenciarios podrán conceder permiso hasta por setenta y dos (72) horas a los condenados en única, primera y segunda instancia, o cuyo recurso de casación se encuentre pendiente, con el lleno de los requisitos allí señalados. Uno de ellos hace referencia a que el interno haya alcanzado la fase de mediana seguridad, que según el inciso 3° de la norma en cita, se entiende cuando el procesado ha superado la tercera (1/3) parte de la pena impuesta, (o el setenta por ciento (70%) si se trata de condenados por los Jueces Penales de Circuito Especializados), y observado buena conducta, de acuerdo con el concepto emitido por el Consejo de Disciplina.

2. De los preceptos anteriores surge como primera conclusión que el beneficio administrativo es otorgado por los directores de los establecimientos carcelarios y penitenciarios y favorece a los condenados definitivamente y a aquellos que están pendientes de la sentencia de casación, correspondiendo a la Sala pronunciarse provisionalmente sobre las rebajas de pena por trabajo y estudio invocadas por los condenados cuyo recurso de casación se encuentre en trámite, como medio para acreditar ante aquellas autoridades el cumplimiento del presupuesto objetivo previsto en el inciso 3° del artículo 5° del Decreto 1542 de 1997.

Corte Suprema de Justicia. - Sala de Casación Penal. - Santa Fe de Bogotá D. C., veintiséis (26) de julio de mil novecientos noventa y nueve (1999).

Magistrado Ponente: Dr. *Edgar Lombana Trujillo.*

Aprobado Acta No. 110 Proceso No. 14548

La Sala resuelve la solicitud de redención de pena, para efectos del permiso administrativo de que trata el artículo 5° del Decreto 1542 de 1997, elevada por el señor Luis Antonio Marino Martínez, quien se encuentra recluido en la Penitenciaría Central de Colombia "La Picota".

Consideraciones de la Sala

1. El artículo 5° del Decreto 1542 de 1997, reglamentario del artículo 147 de la Ley 65 de 1993, por la cual se adoptó el Código Penitenciario y Carcelario, señala que los directores de los establecimientos carcelarios y penitenciarios podrán conceder permiso hasta por setenta y dos (72) horas a los condenados en única, primera y segunda instancia, o cuyo recurso de casación se encuentre pendiente, con el lleno de los requisitos ahí señalados. Uno de ellos hace referencia a que el interno haya alcanzado la fase de mediana seguridad, que según el inciso 3° de la norma en cita, se entiende cuando el procesado ha superado la tercera (1/3) parte de la pena impuesta, (o el setenta por ciento (70%) si se trata de condenados por los Jueces Penales de Circuito Especializados), y observado buena conducta, de acuerdo con el concepto emitido por el Consejo de Disciplina.

2. De los preceptos anteriores surge como primera conclusión que el beneficio administrativo es otorgado por los directores de los establecimientos carcelarios y penitenciarios y favorece a los condenados definitivamente y a aquellos que están pendientes de la sentencia de casación, correspondiendo a la Sala pronunciarse provisionalmente sobre las rebajas de pena por trabajo y estudio invocadas por los condenados cuyo recurso de casación se encuentre en trámite, como medio para acreditar ante aquellas autoridades el cumplimiento del presupuesto objetivo previsto en el inciso 3° del artículo 5° del Decreto 1542 de 1997.

En este orden de ideas, si el procesado no ha descontado aún la tercera parte de la condena, (o el setenta por ciento (70%) si fuere el caso), incluyendo todos los factores que contribuyen al respecto, no es factible que la Sala reconozca períodos de redención, puesto que, se insiste, la decisión con carácter provisional está destinada a que los directores de los centros de reclusión tengan noticia cierta sobre la llegada del procesado a la fase de mediana seguridad, contando para ello las penas redimidas, cuyo reconocimiento y determinación pertenecen exclusivamente a la órbita del juez.

En segundo término, se infiere que el permiso hasta de setenta y dos horas, para salir del establecimiento sin vigilancia, puede ser concedido a todos los condenados en quienes converjan los requisitos señalados, sin importar la naturaleza y modalidades del reato, con la única diferencia de los que hubieren sido sentenciados por delitos de competencia de los Jueces Penales del Circuito Especializados, quienes deben descontar el setenta por ciento (70%) de la condena, porque así lo dispuso el artículo 29 de la Ley 504 de 1999.

3. El procesado Luis Antonio Mariño Martínez, fue capturado el dos (2) de junio de mil novecientos noventa y cinco (1995), (folio 14 cdno. 1), y condenado por el Juzgado Cuarenta y Cinco Penal del Circuito de Bogotá, el veintinueve (29) de julio de mil novecientos noventa y siete (1997), a la pena principal de veinticinco (25) años de prisión, "como responsable a título de autor del hecho punible de homicidio". (folio 223 cdno. 2).

La decisión fue confirmada íntegramente por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, el doce (12) de diciembre de mil novecientos noventa y siete (1997), (folio 58 cdno. Tribunal), y en contra de ella se interpuso el recurso extraordinario de casación que está haciendo trámite en la Corte Suprema de Justicia.

Significa lo anterior que en la actualidad cumple cuarenta y nueve (49) meses más veinticuatro (24) días en privación física de la libertad, que hacen parte de la condena que está purgando en la Penitenciaría Central de Colombia, puesto que su confinamiento no ha sido interrumpido desde el día en que se produjo la aprehensión.

4-. Consistiendo el punible en homicidio simple, podría acceder al permiso administrativo descrito por el artículo 5° del Decreto 1542 de 1997, en el evento de acreditar a cabalidad los requisitos ahí establecidos, entre ellos haber cumplido la tercera parte de la condena y observar buena conducta en prisión.

Como se dosificó la pena en veinticinco (25) años, equivalentes a trescientos (300) meses de prisión, la tercera parte es igual a cien (100) meses.

5-. Se trata ahora de verificar si el señor Luis Antonio Mariño Martínez, alcanza ese guarismo, siendo pertinentes algunas precisiones:

A la petición se adjuntaron catorce (14) certificados en los que consta el trabajo y el estudio llevados a cabo en prisión:

Certificado No.	Concepto	Actividad	Horas	Folio
5190	estudio	en biblioteca[1]	192	59
5191	trabajo	mantenimiento	204	61
0511	trabajo	cafetería	405	63
1933	trabajo	frutería	700	65
3082	trabajo	asco rotonda	628	67
4370	trabajo	mantenimiento	432	69
1269	trabajo	mantenimiento	392	71
2728	trabajo	cafetería	368	73
4938	trabajo	cafetería	728	75
0494	trabajo	cafetería	296	77
3894	trabajo	cafetería	288	79
046156	trabajo	cafetería	200	81
048633	trabajo	cafetería	1.448	109
2487	trabajo	cafetería	400	119

Se avalan ciento noventa y dos (192) horas de estudio y seis mil cuatrocientas noventa y dos (6.492) horas de trabajo, por las que eventualmente podría reconocerse como redención de pena el tiempo de catorce (14) meses

[1] De acuerdo con el Certificado No. 5190, (folio 59 Cdno. Corte), el interno asistió a la biblioteca a sesiones de estudio dirigido.

más un (1) día, en atención a que las directivas de la penitenciaría, remitieron los documentos de soporte como los conceptos de la Junta Evaluadora de Trabajo, Estudio y Enseñanza, en los que se afirma que la labor del interno Luis Antonio Mariño Martínez, es "satisfactoria" acorde a los requerimientos de la Ley 65 de 1993, y en cuanto a su conducta que es calificada como "ejemplar" y "buena" por el Consejo de Disciplina. (folios 83 a 120 cdno. Corte).

En este orden de ideas, la proporción global de pena redimida en virtud de las prerrogativas consagradas en el Código Penitenciario y Carcelario, Ley 65 de 1993, asciende a catorce (14) meses más un (1) día.

Sumando la cifra de redención a la de privación física de la libertad, se obtiene un total de sesenta y tres (63) meses más veinticinco (25) días de pena descontada, cantidad ésta que resulta inferior a cien (100) meses, que indican la tercera parte de la condena.

Por manera que, el señor Luis Antonio Mariño Martínez, no ha demostrado el cumplimiento del requisito cronológico señalado en el artículo 147 de la Ley 65 de 1993, reglamentado por el Decreto 1542 de 1997, de donde resulta improcedente por ahora el pronunciamiento sobre la redención de pena por trabajo y estudio, pues tal reconocimiento está encaminado a establecer la tercera parte de la sanción impuesta, para que las autoridades carcelarias puedan decidir sobre el referido permiso.

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

RESUELVE:

ABSTENERSE de reconocer, por ahora, al procesado Luis Antonio Mariño Martínez, identificado con cédula de ciudadanía No. 9.529.656 de Sogamoso (Boyacá), la redención de pena solicitada.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Jorge Aníbal Gómez Gallego, Fernando E. Arboleda Ripoll, Jorge E. Córdoba Poveda, Carlos A. Gálvez Argote, Edgar Lombana Trujillo, Mario Montilla Nougués, Carlos E. Mejía Escobar, Alvaro O. Pérez Pinzón, Nilson Pinilla Pinilla.

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

CASACION DISCRECIONAL-Requisitos

Considera la Sala oportuno reiterar los requisitos formales que se deben cumplir en el escrito que pretende la admisión del recurso excepcional de casación. Tales son:

1. Que se trate de un fallo de segunda instancia, el cual si fue proferido por el Tribunal debe ser por delito que tenga pena privativa de la libertad inferior a 6 años; o no privativa de la libertad: y si lo fue por el Circuito, basta esa circunstancia, sin que sea necesario ningún otro requisito, es decir, no importa ni el quantum punitivo ni la clase de pena.

2. Que se interponga por escrito dentro de los 15 días siguientes a la última notificación de la sentencia de segunda instancia (art. 223 del C. de P.P.).

3. Que exista legitimación para recurrir, esto es, que sólo puede ser interpuesto por el procesado, su defensor, y el Procurador o su Delegado (art. 218, ibidem, subrogado por la Ley 81 de 1993, art. 35).

4. Que se sustente en debida forma, a saber, que se precisen los motivos para que se acepte, que no pueden ser otros que el desarrollo de la jurisprudencia, bien sea para determinar el alcance interpretativo de alguna disposición, o aclarar algún aspecto que jurisprudencialmente no ha sido suficientemente desarrollado; o las razones para considerar que se han vulnerado los derechos fundamentales (art. 218 inciso 3° del C.P.P.).

Así las cosas, el escrito por medio del cual se solicita la admisión del recurso excepcional de casación, se habrá de construir con base en los anteriores postulados, pues de lo contrario, su rechazo se impone.

Corte Suprema de Justicia. - *Sala de Casación Penal.* - Santa Fe de Bogotá, D.C., veintisiete (27) de julio de mil novecientos noventa y nueve (1999).

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

Aprobado Acta No. 111 Proceso No. 15963

Se pronuncia la Corte sobre la concesión del recurso de casación que por vía de excepción interpusiera en tiempo oportuno el defensor del procesado

Alberto Blanco Quiceno, en contra de la sentencia condenatoria proferida por el Juzgado Cuarto Penal del Circuito de Cali, mediante la cual lo condenó por el delito de lesiones personales culposas.

ANTECEDENTES

1. El Juzgado 26 Penal Municipal de Cali, mediante sentencia del 30 de julio de 1998, condenó al citado procesado a las penas principales de 4 meses y 24 días de prisión y a la suspensión del oficio de conductor por 6 meses, y al pago de perjuicios materiales y morales por 250 y 600 gramos oro, respectivamente.

Así mismo le concedió el subrogado penal de la condena de ejecución condicional.

Apelado el fallo por el procesado, el Juzgado 4° Penal del Circuito de la misma ciudad, al desatar el recurso, lo confirmó, mediante sentencia del 15 de abril de 1999.

2. Contra la anterior decisión el defensor del procesado interpuso el recurso extraordinario de casación discrecional, ya que advierte que no está de acuerdo con el fallo en lo relativo a "las facultades que se le otorga al órgano procesal como juez de causa, para valorar una responsabilidad civil, referenciado en el título 6° del capítulo único Art. 103 y concordantes del C.P. a más de probable vulneración de normas de carácter sustancial".

Agrega que dicho motivo "sin duda enriquecerá la jurisprudencia respecto al tema...".

Anexa extracto de una decisión de esta Corporación.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

Sin mayor esfuerzo se advierte que el defensor no sustentó en debida forma la impugnación interpuesta, ya que no precisó los motivos por los cuales se debe conceder el recurso.

Previamente, *considera la Sala oportuno reiterar los requisitos formales que se deben cumplir en el escrito que pretende la admisión del recurso excepcional de casación. Tales son:*

1. Que se trate de un fallo de segunda instancia, el cual si fue proferido por el Tribunal debe ser por delito que tenga pena privativa de la libertad inferior a 6 años; o no privativa de la libertad: y si lo fue por el Circuito, basta esa circunstancia, sin que sea necesario ningún otro requisito, es decir, no importa ni el quantum punitivo ni la clase de pena.

2. Que se interponga por escrito dentro de los 15 días siguientes a la última notificación de la sentencia de segunda instancia (art. 223 del C. de P.P.).

3. Que exista legitimación para recurrir, esto es, que sólo puede ser interpuesto por el procesado, su defensor, y el Procurador o su Delegado (art. 218, ibidem, subrogado por la Ley 81 de 1993, art. 35).

4. Que se sustente en debida forma, a saber, que se precisen los motivos para que se acepte, que no pueden ser otros que el desarrollo de la jurisprudencia, bien sea para determinar el alcance interpretativo de alguna disposición, o aclarar algún aspecto que jurisprudencialmente no ha sido suficientemente desarrollado; o las razones para considerar que se han vulnerado los derechos fundamentales (art. 218 inciso 3° del C.P.P.).

Así las cosas, el escrito por medio del cual se solicita la admisión del recurso excepcional de casación, se habrá de construir con base en los anteriores postulados, pues de lo contrario, su rechazo se impone.

En el presente caso resulta evidente que el defensor del procesado no lo sustentó en debida forma, ya que no dio las razones por las cuales la Sala debe conceder el recurso extraordinario de casación discrecional.

En efecto, dentro del término legal, se limitó a manifestar que su inconformidad radicaba en las facultades que establece la ley para la tasación de los perjuicios ocasionados con el comportamiento delictual por parte del sentenciador, "a más de probable vulneración de normas de carácter sustancial". Así mismo, que dicho tema "enriquecerá la jurisprudencia".

Si su intención era el desarrollo jurisprudencial sobre este tema, era necesario que explicara si lo pretendido era fijar el alcance interpretativo de alguna disposición, o la unificación de posiciones disímiles, o el pronunciamiento sobre un punto concreto que jurisprudencialmente no ha sido suficientemente desarrollado, o la actualización de la doctrina, al tenor de las nuevas realidades fácticas y jurídicas; y, además, la incidencia favorable de la pretensión doctrinaria frente al caso y la ayuda que prestaría a la actividad judicial, por trazar derroteros de interpretación con criterio de autoridad.

En conclusión, la Corte no puede entrar a admitir el recurso basada en meras especulaciones o personales puntos de vista de quien demanda la concesión del recurso.

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

RESUELVE:

NO CONCEDER el recurso de casación discrecional interpuesto por el defensor del procesado Alberto Blanco Quiceno.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Jorge Aníbal Gómez Gallego, Fernando Arboleda Ripoll, Jorge E. Córdoba Poveda, Carlos Augusto Gálvez Argote, Edgar Lombana Trujillo, María Mantilla Nougués, Carlos E. Mejía Escobar, Alvaro Orlando Pérez Pinzon, Nilsón E. Pinilla Pinilla.

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

LIBERTAD PROVISIONAL-Competencia para otorgarla

En pasada oportunidad y ante igual situación, la Sala señaló:

"(...) A riesgo de parecer elementales, debe la Corte abordar el estudio de esta situación tan poco ortodoxa, reiterando sus pronunciamientos sobre la naturaleza de las decisiones de libertad cuando la sentencia no está en firme aunque se haya dictado la de primera instancia.

"La libertad que se solicita en estos casos, debe tramitarse siempre bajo los preceptos del artículo 415 del Código de Procedimiento Penal, pues se trata de una pretensión provisional, por el estadio procesal de la actuación que es el de sentencia en trámite de impugnación. En punto al ordinal 2° de tal norma, es decir, la libertad provisional por haber cumplido el tiempo necesario para obtener la libertad condicional, el factor de competencia ha sido establecido por el legislador con claridad meridiana: 'la libertad provisional a que se refiere este numeral será concedida por la autoridad que esté conociendo de la actuación procesal al momento de presentarse la causal aquí prevista'.

"Claro queda, entonces, cuál es la autoridad que ha de conceder la libertad, si a ella hubiera lugar. Ahora bien, como para esta precisa causal debe tenerse en cuenta no solo el tiempo que el procesado lleve en detención preventiva, valga decir privado efectivamente de la libertad, sino 'la rebaja de pena por trabajo o estudio', no puede concluirse otra cosa, sino que la regla de competencia para la concesión del beneficio, lo es también para el análisis y reconocimiento -provisional se reitera- de los abonos por trabajo o estudio, incluida aquí la enseñanza. Este es el único y claro entendimiento que acepta la norma citada.

"(...) Ahora bien la anterior conclusión, se obtiene igualmente por el método exactamente contrario, es decir, demostrando la incompetencia de las demás autoridades.

"No es competente el Juez de primera instancia, porque al dictar la sentencia de tal grado jurisdiccional y haber sido impugnada, la concesión del recurso ha debido hacerse en el efecto suspensivo que significa 'como su nombre lo indica (que) se suspende la competencia del funcionario

que dictó la providencia, a quien le queda vedada cualquier actuación posterior, hasta cuando el superior decida el recurso y la decisión recurrida no puede cumplirse hasta que el Juez ad quem *lo confirme".*

"(...) el Juez de Primera Instancia únicamente recupera la competencia respecto del proceso, para efectos de la ejecución de la sentencia, siempre y cuando en su territorio no exista aún Juez de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad, pero es requisito sine qua non de tal competencia la ejecutoria de la sentencia que impone la pena o la medida de seguridad.

"Tampoco es competente el Tribunal de Segunda instancia que agota su competencia con la expedición de la decisión que resuelve el recurso interpuesto, sin que vuelva a recuperarla jamás".

Corte Suprema de Justicia. - Sala de Casación Penal. - Santa Fe de Bogotá, D.C., veintisiete (27) de julio de mil novecientos noventa y nueve (1999).

Magistrado Ponente: Dr. *Carlos E. Mejía Escobar*

Aprobado Acta No. 111 Proceso No. 10889

Resuelve la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia la solicitud de libertad provisional, impetrada por el procesado Fabio España Carvajal.

La Petición del Procesado

1. El señor Fabio España Carvajal solicita su "libertad condicional" por considerar que ha cumplido con los requisitos del artículo 72A del Código Penal que creó la Ley 415 de 1997.

Advierte que se encuentra detenido desde el 5 de febrero de 1994, por lo que ha completado 5 años, 4 meses y 20 días de privación física de la libertad, a lo que suma los lapsos reconocidos por redención de pena por el Juzgado 1° Penal del Circuito de Pitalito (Huila) el 11 de febrero de 1997 y el 16 de octubre de 1998, por un total de 23 meses y 19 días, agregando copias de esas decisiones, y los 88 días que liquidó esta Corporación, para señalar que ha cumplido un tiempo superior a los 90 meses, por lo que considera que tiene derecho a la libertad.

Referente al aspecto subjetivo, estima que su buena conducta y comportamiento en el establecimiento carcelario, permiten suponer fundadamente su readaptación social.

Antecedentes y Consideraciones

1. El señor Fabio España Carvajal fue detenido el 5 de febrero de 1994 (folio 24, cuaderno original No. 1) como consecuencia de la orden de captura que se había librado en su contra y la de su hermano José Lizardo, a raíz de que habían sido denunciados como presuntos autores de un atentado contra la vida del señor Jairo Yustes Losada.

2. Adelantada la correspondiente investigación, previa clausura y calificación del sumario, se adelantó la etapa del juicio que culminó con sentencia condenatoria en su contra por el delito de tentativa de homicidio, por lo que se le tasó una pena definitiva de 12 años y 6 meses de prisión.

3. Apelado el fallo, recibió confirmación por parte de una Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Neiva (Huila) mediante el suyo del 28 de febrero de 1995, contra el que se interpuso recurso extraordinario de casación por parte del defensor de los procesados.

4. La libertad provisional que solicita el señor España Carvajal, que se halla detenido como responsable del delito de tentativa de homicidio simple, tal como él lo indica, debe tramitarse con fundamento en la Ley 415 de 1997 que adicionó al Código Penal el artículo 72A, norma a la que debe entenderse referida la concordancia del inciso 2° del artículo 415 del Código de Procedimiento Penal, en cuanto señala que "se considerará que ha cumplido la pena, el que lleve en detención preventiva el tiempo necesario para obtener libertad condicional, siempre que se reúnan los demás requisitos para otorgarla".

5. Sin embargo, previo a lo anterior y como para esta nueva petición de libertad ante la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, el señor España Carvajal reclama que se le tengan en cuenta las redenciones de pena por trabajo que el Juzgado 1° Penal del Circuito de Pitalito (Huila) le hizo en autos del 11 de febrero de 1997 y octubre 16 de 1998 en cuantía de 14 meses 7 días y 9 meses 12 días, respectivamente (folios 132 y 138, cuaderno de la Corte), resulta necesario el pronunciamiento de la Sala sobre semejante situación.

5.1. Aunque el actual Juez 1° Penal del Circuito de Pitalito, aclara que solo profirió la decisión del 16 de octubre de 1998 e indica las razones por las que lo hizo, es lo cierto que tanto él, como su antecesor que suscribió la decisión del 11 de febrero de 1997, actuaron sin tener competencia para ello.

En pasada oportunidad y ante igual situación, la Sala señaló:

"(...) A riesgo de parecer elementales, debe la Corte abordar el estudio de esta situación tan poco ortodoxa, reiterando sus pronunciamientos sobre la naturaleza de las decisiones de libertad cuando la sentencia no está en firme aunque se haya dictado la de primera instancia.

"La libertad que se solicita en estos casos, debe tramitarse siempre bajo los preceptos del artículo 415 del Código de Procedimiento Penal, pues se trata de una pretensión provisional, por el estadio procesal de la actuación que es el de sentencia en trámite de impugnación. En punto al ordinal 2° de tal norma, es decir, la libertad provisional por haber cumplido el tiempo necesario para obtener la libertad condicional, el factor de competencia ha sido establecido por el legislador con claridad meridiana: "la libertad provisional a que se refiere este numeral será concedida por la autoridad que esté conociendo de la actuación procesal al momento de presentarse la causal aquí prevista".

"Claro queda, entonces, cuál es la autoridad que ha de conceder la libertad, si a ella hubiera lugar. Ahora bien, como para esta precisa causal debe tenerse en cuenta no solo el tiempo que el procesado lleve en detención preventiva, valga decir privado efectivamente de la libertad, sino 'la rebaja de pena por trabajo o estudio', no puede concluirse otra cosa, sino que la regla de competencia para la concesión del beneficio, lo es también para el análisis y reconocimiento -provisional se reitera- de los abonos por trabajo o estudio, incluida aquí la enseñanza. Este es el único y claro entendimiento que acepta la norma citada.

"(...) Ahora bien la anterior conclusión, se obtiene igualmente por el método exactamente contrario, es decir, demostrando la incompetencia de las demás autoridades.

"No es competente el Juez de primera instancia, porque al dictar la sentencia de tal grado jurisdiccional y haber sido impugnada, la concesión del recurso ha debido hacerse en el efecto suspensivo que significa 'como su nombre lo indica (que) se suspende la competencia del funcionario que dictó la providencia, a quien le queda vedada cualquier actuación posterior, hasta cuando el superior decida el recurso y la decisión recurrida no puede cumplirse hasta que el Juez ad quem *la confirme'[1].*

"(...) el Juez de Primera Instancia únicamente recupera la competencia respecto del proceso, para efectos de la ejecución de la sentencia, siempre y cuando en su territorio no exista aún Juez de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad[2], pero es requisito sine qua non *de tal competencia la ejecutoria de la sentencia que impone la pena o la medida de seguridad.*

"Tampoco es competente el Tribunal de Segunda instancia que agota su competencia con la expedición de la decisión que resuelve el recurso interpuesto, sin que vuelva a recuperarla jamás[3].

5.2. Deviene de lo expuesto la incompetencia del Juez 1° Penal del Circuito de Pitalito (Huila) para el proferimiento de las decisiones del 11 de febrero de 1997 y del 16 de octubre de 1998, pues la actuación procesal a la que está vinculado el señor Fabio España Carvajal se halla en la actualidad pendiente de la solución del recurso extraordinario de casación y por tanto la autoridad que está conociendo de la actuación al momento de presentarse la solicitud de libertad provisional es la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, autoridad por ende competente para decidir tales peticiones y concomitantemente las de abono de pena por trabajo, estudio o enseñanza.

---

[1] Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal; Auto de Segunda Instancia, 28 de junio de 1988, Magistrado Ponente: Jorge Carreño Luengas; en Gaceta Judicial No. 2432, Tomo CXCIII, primer semestre, 1988, página 647.

[2] Confrontar Acuerdo 54 de la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, del 24 de mayo de 1994 y artículo 15 transitorio del Código de Procedimiento Penal.

[3] Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, auto que niega libertad, del 14 de octubre de 1997. Casación. Radicación No. 13.450.

5.3. Incluso frente a la explicación que entrega el señor Juez 1° Penal del Circuito de Pitalito, de haber reconocido las redenciones de pena por no considerar que se tratara de una petición de libertad reservada a la Sala de Casación Penal de la Corte, para lo cual cita el artículo 231 del Código de Procedimiento Penal, y que podía entonces actuar con fundamento en los artículos 75-1 y 15 transitorio del mismo Código, por tratarse de redenciones para obtener los beneficios administrativos del permiso de las 72 horas (decisión del 11 de febrero de 1997) y de la libertad preparatoria (auto del 16 de octubre de 1998), tales pronunciamientos están igualmente viciados de nulidad por falta de competencia.

En efecto, para cualquier actuación procesal de cualquier Juez de la República es menester que éste actúe con competencia, que, en su acepción más simple, es el ámbito dentro del que ejerce su jurisdicción, y que para el caso concreto de los Jueces de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad está determinada por dos factores concurrentes: que se trate de una condena ejecutoriada y que su ejecución esté ocurriendo en un centro carcelario ubicado dentro del ámbito territorial de su Circuito, ó, en los casos de sentencias sin privación efectiva de la libertad, que ésta se halla dictado, en primera o única instancia, en el lugar de su sede, con la excepción que deviene del factor subjetivo de los aforados constitucional o legalmente[4].

Resulta entonces evidente la incompetencia con la que actuaron los señores Jueces 1° Penales del Circuito de Pitalito al asumir el conocimiento de un asunto para el que carecían de competencia, habida cuenta que la sentencia proferida contra el señor Fabio España Carvajal no ha adquirido aún ejecutoria, por cuanto está pendiente del recurso de casación y, por tanto, no hay pena que ejecutar, entendiéndose la privación de la libertad solo como medida de aseguramiento, aunque debe ser abonada como parte de la pena que definitivamente haya de ejecutarse.

Y súmase a la falta de competencia, la notoria improcedencia de esas decisiones que se tomaron a instancias del asesor jurídico de la cárcel del Circuito Judicial de Pitalito, funcionario que no tiene el carácter de sujeto procesal dentro de la actuación penal y que por ende carecía de legitimación para hacer peticiones, lo que han debido advertir los señores Jueces 1° Penales del Circuito de Pitalito si hubieran actuado sobre el expediente, máxime que al mismo ni siquiera tenían acceso, ni entonces ni ahora, por carecer de competencia para conocer de él.

5.3. La así demostrada incompetencia del Juez 1° Penal del Circuito de Pitalito, para la producción de esa actuación procesal la hace nula por adecuarse exactamente a la situación descrita en el ordinal 1° del artículo 304 del Código de Procedimiento Penal como causal de nulidad: Falta de competencia del funcionario judicial.

---

[4] Confrontar. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Auto del 24 de abril de 1996. Radicación No. 4083. Única Instancia. Magistrado Ponente: Ricardo Calvete Rangel.

6. Como la Corte ha obtenido del Juzgado 1° Penal del Circuito de Pitalito, la remisión de los documentos originales que le sirvieron a ese Despacho para el anulado reconocimiento de redención de pena por trabajo, se asume su estudio.

6.1. Aparecen actas del Consejo de Disciplina en los que se califica la conducta carcelaria del señor Fabio España Carvajal como ejemplar, la última de fecha 16 de abril de 1999. y certificados de trabajo que señalan su dedicación a labores de panadería desde el mes de junio de 1994, certificándose indistintamente dominicales y festivos, para un gran total de 11.360 horas dedicadas a trabajo que significan un total de 1.420 días dedicados esa actividad.

6.2. Como el artículo 100 de la Ley 65 de 1993, señala que para la realización de trabajo los días dominicales y festivos se requiere autorización del director del establecimiento carcelario y esta no se ha agregado a las certificaciones, se descontarán los días feriados así: 34 días del año de 1994, 34 de 1995, ninguno de 1996, 40 de 1997 y 34 de 1998, para un total de 142 que disminuidos de los 1.420 certificados, resultan en 1.278 días trabajados, que divididos por 2, tal como lo ordena el artículo 82 de la misma Ley, le da derecho al procesado Fabio España Carvajal a una redención de pena de 639 días o de 21 meses y 9 días.

6.3. Se tiene entonces, que el procesado Fabio España Carvajal ha descontado en privación física de la libertad hasta hoy (26-07/99) un total de 5 años, 5 meses y 20 días, que sumados a los 2 meses y 28 días (o 88 días) de redención por trabajo a que se hizo mención en la decisión del 31 de mayo de 1999.de ésta Sala y a los 21 meses y 9 días que se reconocen hoy, entrega un gran total de 7 años, 5 meses y 27 días de pena cumplida (89 meses y 27 días), de la de 12 años y 6 meses que se le impuso (150 meses).

7. Como la pena impuesta fue de 150 meses, una quinta parte de la misma son 30 meses y tres quintas partes son entonces 90 meses, que es el requisito objetivo que exige el nuevo artículo 72A del Código Penal para tener derecho a la libertad condicional, provisional cuando se aplica esa norma en concordancia con el artículo 415 del Código de Procedimiento Penal, ha de señalarse que el señor España Carvajal no ha cumplido aún el requisito objetivo de tal norma.

No obstante, como el lapso que le falta es extremadamente exiguo, 3 días, se concederá la libertad a partir del próximo 29 de julio, pues cumple los demás requisitos de la norma, como quiera que ha observado buena conducta carcelaria y según respuestas de la División de Identificación y Registros Judiciales del DAS, no le figura orden de captura vigente (folio 101, cuaderno de la Corte) y la que reporta la Fiscalía a través de la jefatura del Centro de Información Sobre Actividades Delictivas, es la que se libró con motivo de este asunto.

8. En cuanto hace a la caución que el liberado deberá sufragar para garantizar las obligaciones del artículo 419 del Código de Procedimiento Penal

que se le impondrán, la actuación procesal únicamente entrega como elementos de juicio los recaudados en la indagatoria, en la que el instructor omitió preguntar por los bienes y las obligaciones del indagado, de quien se sabe que es una persona de 37 años actualmente, casado, con dos hijas menores de edad, grado de instrucción medio, de ocupación conductor de un campero marca Willis de propiedad ajena y con ingresos diarios de $2.500.00 y que durante toda su reclusión ha trabajado en labores de panadería, por lo que no hay evidencia de la que pueda concluirse que está en capacidad de sufragar alguna suma de dinero y por tanto se le fijará caución juratoria.

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

RESUELVE:

1°. ANULAR los autos del 11 de febrero de 1997 y 16 de octubre de 1998 del Juzgado 1° Penal del Circuito de Pitalito (Huila), por medio del los cuales se concedió redención de pena por trabajo al procesado Fabio España Carvajal.

2°. CONCEDER a partir del próximo 29 de julio, la libertad provisional solicitada por el procesado Fabio España Carvajal, siempre y cuando no sea solicitado por otra autoridad, previa suscripción de diligencia en la que se compromete a cumplir las obligaciones del artículo 419 del Código de Procedimiento Penal, las que garantizará mediante caución juratoria.

3°. Comisiónase al Juzgado 1° Penal del Circuito de Pitalito (Huila), para la imposición de las obligaciones del artículo 419 del Código de Procedimiento Penal, la suscripción de la caución juratoria y la emisión de la boleta de libertad. Líbrense las comunicaciones de rigor.

4°. Comuníquese esta decisión al Juez 1° Penal del Circuito de Pitalito (Huila).

Notifíquese y cúmplase.

Jorge Aníbal Gómez Gallego, Fernando Arboleda Ripoll, Jorge E. Córdoba Poveda, Carlos A. Gálvez Argote, Edgar Lombana Trujillo, Mario Mantilla Nougués, Carlos E. Mejía Escobar, Alvaro O. Pérez Pinzón, Nilson Pinilla Pinilla.

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

TERMINACION ANTICIPADA DEL PROCESO/SENTENCIA ANTICIPADA-Interés para recurrir

Con relación a la sentencia anticipada, ha dicho la reiterada jurisprudencia de esta Sala, que es parte "de los mecanismos político -criminales tendientes a que principios como los de celeridad, economía procesal y eficacia tengan cabal operancia a cambio de hacer menos gravosa la pena.

"Pero esa facultad del Estado en favor del acusado no es gratuita, sino que exige de parte de éste una contraprestación consistente en que debe reconocer su responsabilidad penal con relación a los cargos que se le imputan en el acta de presentación de los mismos y renunciar a parte del trámite procesal, optando por uno abreviado, previsto en la ley, y una sentencia inmediata, que sólo podrá impugnar en los casos taxativamente señalados en ella. Por lo mismo se extingue para él cualquier posibilidad de retractación o negación de su responsabilidad, libremente aceptada.

"De ahí que el legislador plasme, consecuentemente con la teleología de la terminación anticipada del proceso, como regla general, la imposibilidad de recurrir la sentencia, salvo en algunos eventos.

"En efecto, el numeral 4 del artículo 37-B, intitulado interés para recurrir", señala:

"4o. Interés para recurrir. La sentencia es apelable por el fiscal, el ministerio público, por el procesado y por su defensor, aunque por estos dos últimos sólo respecto de la dosificación de la pena, el subrogado de la condena de ejecución condicional, la condena para el pago de perjuicios y la extinción del dominio sobre bienes".

"O sea que la consagración normativa que se hace en precedencia, es producto de una lógica interrelación de los principios orientadores referidos, pues no sería entendible y mucho menos razonable, que aceptada libre y voluntariamente la responsabilidad penal, con sus consecuencias jurídicas, posteriormente sobrevenga su propia negación, lo que sin discusión no solo contraría el instituto referido, sino que al mismo tiempo lo haría inoperante. (auto 8 marzo-96. M.P. Dr. Córdoba Poveda).

Y dado que la propuesta de inculpabilidad introducida por la defensa en la demanda de casación involucra, ni más ni menos, la retractación de la declarada responsabilidad por parte del procesado, que es el fundamento de la sentencia anticipada, cumple reiterar lo que al respecto también ha dicho la Corte:

"Y si la ley considera que uno y otro no tienen interés para apelar el fallo en aspecto relacionado con la aceptación del acuerdo, tampoco lo tendrán para impugnarlos en sede de casación, puesto que implicaría utilizar el recurso extraordinario para burlar la limitación anotada e introducir una retractación, como ya esta Sala en referencia al original artículo 37 del Código de Procedimiento Penal, lo había advertido. (Cas. marzo 4/96 M.P. Dr. Arboleda Ripoll).

Corte Suprema de Justicia. - Sala de Casación Penal. - Santa Fe de Bogotá, D.C., veintisiete (27) de julio de mil novecientos noventa y nueve (1999).

Magistrado Ponente: Dr. *Mario Mantilla Nougués*

Aprobado Acta No. 111 Proceso No. 14394

Examina la Corte la viabilidad de la demanda con que se sustenta el recurso de casación interpuesto contra la sentencia anticipada dictada el 18 de julio de 1997 por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira en la cual se condena a Dagoberto Gutiérrez Toro como coautor del delito de hurto calificado y agravado en perjuicio de Martha Cecilia Osorio.

ANTECEDENTES

1. Refiere el proceso que en horas de la mañana del 7 de noviembre de 1996 al salir de la sucursal del Banco Cooperativo ubicada en la carrera 8a. con calle 20 de la ciudad de Pereira, la señora Martha Cecilia Osorio fue despojada de la suma de nueve millones de pesos, de un teléfono celular, de varios documentos y de otras cantidades menores de dinero que portaba, por un sujeto que la amenazó con arma de fuego y que resultó identificado como Dagoberto Gutiérrez Toro.

2. El sindicado fue comprometido en juicio mediante resolución de acusación del 14 de abril de 1997 (fls. 206 y ss. cd. ppl.1) por el delito de hurto calificado y agravado, por la Fiscalía Delegada ante el Tribunal al confirmar la calificación sumarial realizada en la primera instancia.

3. En la etapa del juicio el propio procesado Gutiérrez Toro solicitó la emisión de sentencia anticipada previa aceptación del cargo que se le había formulado (fls. 231, 233 y ss. cd. id.) y accediendo a su pretensión el Juzgado 6° Penal del Circuito profirió fallo de condena (fls. 240 y ss. cd. ppl. 1), que apelado por el procesado y su defensor por varios motivos, entre ellos, la no concesión del subrogado de la ejecución condicional, fue confirmado a integridad por el Tribunal en la sentencia (cd. Tr.) que la defensa busca impugnar con la demanda de cuyo examen formal se ocupa ahora la Corte.

La Demanda

Consiste en un breve escrito, en el que se omite el requisito informativo de la relación de la actuación procesal, no se menciona causal alguna de casación, no se relaciona completa la proposición jurídica, no se formula concretamente la petición casacional, y de contera, se relatan unos hechos que no concuerdan con los que aparecen en el fallo impugnado como premisa de la investigación, en los que se afirma que el procesado fue coaccionado a delinquir por "una banda de policías retirados" circunstancia que en sentir del censor constituye la causal de inculpabilidad prevista en el numeral 2o. del artículo 40 del C.P., pero sin explicar el profesional si es que se trata de cuestionar el aspecto probatorio sustento de la decisión, terminando por advertir que en el ejercicio de la defensa "ha puesto en riesgo su vida" por haber enviado una grabación a la Fiscalía denunciando "que los tiempos de persecución y captura fueron premeditados".

Consideraciones de la Corte

Dos factores concurren a impedir la viabilidad del recurso extraordinario: la falta de interés jurídico del recurrente y la total inobservancia de las formas previstas en el artículo 225 del C. de P.P. en la redacción de la demanda.

En cuanto al primero, se tiene que el procesado Gutiérrez Toro solicitó la sentencia anticipada después de haber sido calificado el mérito de la investigación con resolución de acusación, en la que se le imputó el delito de hurto calificado y agravado, y que en la audiencia correspondiente manifestó expresamente aceptar ese cargo, siendo esta la razón para que se hubiera proferido la sentencia condenatoria anticipada, reconociéndole la rebaja punitiva a que por esta causa se hizo acreedor.

Cierto es, que tanto el acusado como la defensa discreparon del fallo *a quo*, porque, entre otros motivos, se le denegó el subrogado de la ejecución condicional de la pena, y recurrieron en apelación, pero sin dejar de reconocer la culpabilidad del peticionario de la sentencia anticipada.

Ya proferida la sentencia de segunda instancia, confirmatoria integral de la del Juzgado, la defensa, en cabeza del mismo profesional del derecho, interpuso el recurso de casación, pero no para discutir los tópicos que habían generado la apelación, sino para plantear, sin ningún miramiento por las exigencias de forma de la demanda como después se verá, la falta de culpabilidad de su procurado en el hecho punible por haber obrado bajo insuperable coacción ajena (artículo 40-2 C. P.) y pretender su absolución; en otras palabras, desconociendo la aceptación de responsabilidad expresada por el implicado bajo el auspicio del instituto de la sentencia anticipada regulado en el último inciso del artículo 37 del C. de P.P..

Pues bien, *con relación a la sentencia anticipada, ha dicho la reiterada jurisprudencia de esta Sala, que es parte "de los mecanismos político-criminales tendientes a que principios como los de celeridad, economía procesal y eficacia tengan cabal operancia a cambio de hacer menos gravosa la pena.*

"Pero esa facultad del Estado en favor del acusado no es gratuita, sino que exige de parte de éste una contraprestación consistente en que debe reconocer su responsabilidad penal con relación a los cargos que se le imputan en el acta de presentación de los mismos y renunciar a parte del trámite procesal, optando por uno abreviado, previsto en la ley, y una sentencia inmediata, que sólo podrá impugnar en los casos taxativamente señalados en ella. Por lo mismo se extingue para él cualquier posibilidad de retractación o negación de su responsabilidad, libremente aceptada.

"De ahí que el legislador plasme, consecuentemente con la teleología de la terminación anticipada del proceso, como regla general, la imposibilidad de recurrir la sentencia, salvo en algunos eventos.

"En efecto, el numeral 4o. del artículo 37-B, intitulado interés para recurrir", señala:

"4. Interés para recurrir. La sentencia es apelable por el fiscal, el ministerio público, por el procesado y por su defensor, aunque por estos dos últimos sólo respecto de la dosificación de la pena, el subrogado de la condena de ejecución condicional, la condena para el pago de perjuicios y la extinción del dominio sobre bienes".

"O sea que la consagración normativa que se hace en precedencia, es producto de una lógica interrelación de los principios orientadores referidos, pues no sería entendible y mucho menos razonable, que aceptada libre y voluntariamente la responsabilidad penal, con sus consecuencias jurídicas, posteriormente sobrevenga su propia negación, lo que sin discusión no solo contraría el instituto referido, sino que al mismo tiempo lo haría inoperante. (auto 8 marzo-96. M.P. Dr. Córdoba Poveda).

Y dado que la propuesta de inculpabilidad introducida por la defensa en la demanda de casación involucra, ni más ni menos, la retractación de la declarada responsabilidad por parte del procesado, que es el fundamento de la sentencia anticipada, cumple reiterar lo que al respecto también ha dicho la Corte:

"Y si la ley considera que uno y otro no tienen interés para apelar el fallo en aspecto relacionado con la aceptación del acuerdo, tampoco lo tendrán para impugnarlos en sede de casación, puesto que implicaría utilizar el recurso extraordinario para burlar la limitación anotada e introducir una retractación, como ya esta Sala en referencia al original artículo 37 del Código de Procedimiento Penal, lo había advertido. (Cas. marzo 4/96 M.P.Dr. Arboleda Ripoll).

Fluye de lo hasta aquí dicho, la ausencia de interés impugnatorio por parte de la defensa, enervante de su posibilidad de cuestionar el fallo de segundo grado.

En cuanto a lo segundo, es imperativo legal, a la luz de la preceptiva que regula el recurso extraordinario, que la demanda de casación reúna los taxativos requisitos de forma previstos en el artículo 225 del C. de P.P.; de lo contrario, la impugnación habrá de inadmitirse y declararse desierta según lo establece el artículo 226 de la misma codificación.

Así pues debe el escrito contener la relación de los hechos "materia del juzgamiento" y de la actuación procesal, ubicar el cargo en la causal de casación que se aduzca para pedir la revocación del fallo, y es de recordar que esas causales son las contempladas en el artículo 220 ibíd.; indicar en forma clara y precisa los fundamentos de esa causal y citar las normas que el recurrente estime infringidas, esto es, la proposición jurídica completa, todo ello, cuando de un solo cargo se trata, según el citado artículo 225, numerales 2 y 3.

En el caso materia de estudio, tal como lo revela la detallada reseña del escrito de demanda, ninguno de esos requisitos fue advertido por el casacionista, pues se abstuvo de relacionar la actuación procesal, de puntualizar bajo qué causal de casación impugnaba el fallo de segundo grado, de fundamentar de manera clara y precisa los motivos de disenso, y, de desarrollar de manera completa el ataque, reduciendo su empeño enjuiciatorio a una serie de afirmaciones fácticas que no correlaciona con la sentencia y a procurar estructurar una causal de inculpabilidad sin fundamentarla adecuadamente, falencias éstas todas que, como se acotó, tampoco otorgan viabilidad al recurso. Se resolverá de conformidad.

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

RESUELVE:

RECHAZAR *IN LIMINE* la demanda de casación presentada en este proceso y por consiguiente, DECLARAR DESIERTO el recurso extraordinario presentado a nombre de Dagoberto Gutiérrez Toro contra la sentencia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira, que lo condena por el delito de hurto calificado y agravado. Esta providencia carece de recursos al tenor de los artículos 197 y 226 del C. de P.P.

En firme, devuélvase el expediente a la oficina de origen.

Cópiese y cúmplase.

Jorge Aníbal Gómez Gallego, Fernando E. Arboleda Ripoll, Jorge E. Córdoba Poveda, Carlos A. Gálvez Argote, Edgar Lombana Trujillo, Mario Manrique Noguera, Carlos E. Mejía Escobar, Alvaro O. Pérez Pinzón, Nilson Pinilla Pinilla.

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

FALSO JUICIO DE EXISTENCIA/FALSO JUICIO DE IDENTIDAD

Desde la enunciación de la causal se descubre que el libelista no distingue entre el error de hecho por falso juicio de existencia y el error de hecho por falso juicio de identidad, siendo menester que la Sala le precise que aunque ambos desatinos se refieren al proceso de contemplación material de un específico elemento de convicción, en el primero se supone la existencia del que no consta en el expediente o se omite la valoración del que sí se ha recaudado, el que es, por lo tanto, ignorado. En cambio, en el segundo se falsea o desfigura el contenido material del que existe y es jurídicamente válido, sin que las dos modalidades puedan ser alegadas al tiempo y con relación al mismo medio de prueba, ya que si ésta no existe o existiendo ha sido ignorada, no se puede afirmar que fue tergiversada.

Corte Suprema de Justicia. - Sala de Casación Penal. - Santa Fe de Bogotá, D.C., veintisiete (27) de julio de mil novecientos noventa y nueve (1999).

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

Aprobado Acta No. 111 Proceso No. 14317

Resuelve la Corte la admisibilidad formal de la demanda de casación presentada a nombre del procesado Juán Carlos Villamizar Carrillo.

ANTECEDENTES

1. El Tribunal Superior de Santa Fe de Bogotá sintetizó los hechos así:

"Da cuenta el diligenciamiento que el 27 de abril de 1992, a eso de las diez de la mañana, cuando Rosa María Santibañez quedó sola en su residencia en la calle 6B.N° 18-09 sur del barrio 'Palestina' en Bosa, fue brutalmente lesionada con arma cortopunzante, encontrándola uno de sus hijos en horas de la tarde cuando se presentó al inmueble y estableció que había fallecido y la casa totalmente en desorden, notando la desaparición de un revólver, dos chaquetas en cuero, unas joyas, dinero en efectivo y una cámara fotográfica".

2. El Juzgado 24 Penal del Circuito de la misma ciudad, mediante sentencia del 17 de abril de 1997, condenó al procesado Juan Carlos Villamizar

Carrillo a la pena principal de 20 años de prisión y a las accesorias de rigor, como autor de los delitos de homicidio agravado y hurto calificado.

Inconforme con la anterior decisión, el defensor del procesado interpuso el recurso de apelación, el cual al ser desatado por el Tribunal Superior de esta ciudad capital, el 25 de julio siguiente, la confirmó en su integridad, fallo contra el cual se interpuso el recurso extraordinario de casación y dentro del término de ley se presentó la respectiva demanda.

LA DEMANDA DE CASACIÓN

El defensor del acusado, al amparo del cuerpo segundo de la causal primera de casación, presenta un único cargo contra la sentencia del Tribunal, por error en la apreciación de las pruebas, lo que llevó a la aplicación indebida de los artículos 324 del Código Penal y 247 del Código de Procedimiento Penal y falta de aplicación del artículo 445 del C. de P. Penal.

"La violación de la ley sustancial se produjo por incurrir el fallador en error de hecho, falso juicio de identidad al omitir la apreciación de las pruebas".

En lo que denomina fundamentación del cargo, manifiesta que de las pruebas recaudadas en el proceso no surge el grado de conocimiento de certeza para condenar al sindicado, tal como lo ordena el artículo 247 del Código de Procedimiento Penal.

Sobre los testimonios recaudados dice que son de oídas, tales como el de Esther González, quien sostuvo que "escuchó por ahí a unos muchachos que andaban jugando por ahí, que decían que Juan Carlos era él que había matado a la señora Santibañez". Afirma que esta declaración fue desvirtuada por la defensa en la etapa del juicio y, aún así, sirvió de base para la sentencia de condena.

Igualmente se queja de que la inspección judicial practicada a una guarnición militar en Barrancabermeja no fue apreciada. Al mismo tiempo, no acepta que el Tribunal hubiese condenado basado en indicios, ya que los mismos fueron "destruidos" en la etapa del juzgamiento.

Tampoco comparte que de las huellas que aparecieron en el lugar de los hechos se deduzca que eran de "zapatos tenis".

Luego de sostener que no hay prueba para condenar a su prohijado y de volver a citar las normas trzansgredidas, solicita a la Corte casar la sentencia para, consecuencialmente, absolver a su defendido.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

Una vez más debe reiterar la Sala lo siguiente:

"La demanda de casación no es una alegación contentiva de subjetivas apreciaciones personales, sino que debe ser un escrito sistemático que indica y demuestra, lógica y jurídicamente, los errores cometidos en la sentencia

y que son violatorios de una norma sustancial o de una garantía judicial. Por ello, su construcción debe ceñirse a las exigencias mínimas de forma y contenido que establece el artículo 225 del Código de Procedimiento Penal, y cuya observancia delimita a la Corte como tribunal de casación, admitiendo o rechazando la demanda". (Auto del 2 de julio de 1997, M.P. Jorge E. Córdoba Poveda).

Planteadas así las cosas, resulta fácil colegir que la demanda de casación presentada a nombre de Juan Carlos Villamizar Carrillo, no reúne las exigencias mínimas legales para su admisión.

En efecto, *desde la enunciación de la causal se descubre que el libelista no distingue entre el error de hecho por falso juicio de existencia y el error de hecho por falso juicio de identidad, siendo menester que la Sala le precise que aunque ambos desatinos se refieren al proceso de contemplación material de un específico elemento de convicción, en el primero se supone la existencia del que no consta en el expediente o se omite la valoración del que sí se ha recaudado, el que es, por lo tanto, ignorado. En cambio, en el segundo se falsea o desfigura el contenido material del que existe y es jurídicamente válido, sin que las dos modalidades puedan ser alegadas al tiempo y con relación al mismo medio de prueba, ya que si ésta no existe o existiendo ha sido ignorada, no se puede afirmar que fue tergiversada.*

En lo que concierne al desarrollo de la censura, el recurrente se limita a hacer afirmaciones generales, como la de que las pruebas recaudadas no conducen al grado de conocimiento de certeza, o que a determinado testimonio no se le debe dar credibilidad por ser de oídas, o que las huellas encontradas en el escenario de los acontecimientos no son de zapatos tenis y no corresponden a los que el procesado acostumbra usar, etc, pero sin demostrar ningún error, ni de existencia, ni de identidad, como lo denuncia, ni mucho menos su trascendencia, esto es, que de no haberse cometido, el fallo hubiera sido distinto y favorable al acusado.

De todo lo cual, lo único que aparece claro es que lo pretendido es, como si se tratara de una tercera instancia, oponer su criterio al del fallador sobre el mérito otorgado a los medios de convicción, desconociendo que el de éste prevalece, por venir la sentencia amparada por la doble presunción de acierto y legalidad.

Como la Sala, en virtud del principio de limitación, no puede suplir las deficiencias técnicas de la demanda ni remediar sus desaciertos, el rechazo será la decisión a tomar, al tenor del artículo 226 del Código de Procedimiento Penal.

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

RESUELVE:

Rechazar *in limine* la demanda de casación presentada a nombre del procesado Juan Carlos Villamizar Carrillo. En consecuencia, se declara desierto el recurso interpuesto.

Contra esta decisión no procede ningún recurso (art.197 del código de procedimiento penal).

Devuélvase al tribunal de origen.

Comuníquese y cúmplase.

Jorge Aníbal Gómez Gallego, Fernando Arboleda Ripoll, Jorge E. Córdoba Poveda, Carlos Augusto Gálvez Argote, Edgar Lombana Trujillo, Mario Mantilla Nougués, Carlos E. Mejía Escobar, Alvaro Orlando Pérez Pinzón, Nilson E. Pinilla Pinilla.

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

DEMANDA DE CASACION

La demanda de casación no es un escrito de libre índole, pues siendo el recurso extraordinario un enjuiciamiento técnico que se efectúa sobre la sentencia impugnada y no una instancia más, debe sujetarse a una serie de reglas que la ley ha determinado para tal efecto.

Así, tiene dispuesto el artículo 225 del Código de Procedimiento Penal que el libelo deberá contener, entre otros requisitos formales, la causal que se aduzca para pedir la revocación del fallo, indicando en forma clara y precisa sus fundamentos, mientras el 226 ibidem determina que el recurso se declarará desierto si la demanda no reúne tales condiciones.

Que la causal que se estime procedente sea la tercera, en nada reduce los requisitos ni la consecuencia de su incumplimiento. Esta corporación ha reiterado, por ejemplo en sus providencias de fecha marzo 8 de 1996, radicación 9095, M. P. Carlos Augusto Gálvez Argote y octubre 24 de 1996, radicación 9755, M. P. Carlos Eduardo Mejía Escobar, que la formulación de cargos con base en esta causal no es libre ni caprichosa, pues se mantiene la obligación de fundamentar y demostrar, también de manera precisa y clara, cómo los errores in procedendo *trascendieron contra las garantías fundamentales o hacia el desconocimiento grave de la estructura básica del procedimiento, indicando desde qué momento procesal se debe invalidar.*

Corte Suprema de Justicia - Sala de Casación Penal - Santa Fe de Bogotá, D. C., julio veintisiete (27) de mil novecientos noventa y nueve (1999).

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

Aprobado Acta No. 111 Proceso No. 13329

Se decide sobre la admisibilidad de la demanda de casación presentada por el defensor de Silvio Naranjo Zuluaga, contra la sentencia de una Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior de Cali que lo condenó por hurto calificado y agravado.

Hechos y Actuación Procesal

En Cali, alrededor de la una de la mañana del 8 de mayo de 1990, dos hombres y dos mujeres le pidieron a Luis Fernando Robles Romero, conductor

del taxi Renault 9, modelo 1984, negro, de placas VAI1709, de propiedad de Adolfo León Franco González, afiliado a Sindiunión, dotado de radio-teléfono, que los condujera al barrio Cañaveralejo, a cuya entrada le asestaron un golpe en la cabeza y encañonaron, diciéndole que era un atraco. Lo hicieron mover a la mitad del asiento delantero, amarrándolo y amordazándolo; asumió la conducción uno de los asaltantes, que prosiguió hacia Jamundí y luego de varias vueltas y de quitarle unos documentos, el reloj de pulso, la argolla de oro y $7.200, lo bajaron, llevándose el auto y los mencionados objetos.

Un mes después, unidades de la Policía Nacional hallaron en Popayán lo principal del vehículo, que no obstante estar cambiado en lo notorio, fue reconocido por su propietario Adolfo León Franco González por varios desperfectos y algunos detalles que él mismo había atendido y colocado. Otras partes del vehículo, que había sido conducido por Apolinar Vidal, fueron encontradas instaladas en el automóvil Renault 9 de placas SY2804, de propiedad de Silvio Naranjo Zuluaga y algunas más estaban en lugares a donde él tenía acceso.

El entonces Juzgado 4° de Instrucción Criminal de Cali profirió contra Naranjo Zuluaga medida de aseguramiento de detención preventiva por el delito de receptación, el 8 de agosto de 1990 (fs. 155 y ss.), medida que mantuvo al reabrir la investigación el 1° de noviembre del mismo año (fs. 228 y ss.), reformando la calificación a hurto calificado con circunstancias de agravación, absteniéndose de proferirla contra Apolinar Vidal y Flor Esneda Cardona Bermúdez, a quienes el 4 de septiembre de 1990 había declarado personas ausentes (fs. 179 y ss). Dictó en cambio cesación de procedimiento a favor de esta última.

Esta providencia la repuso parcialmente el 21 de los mismos mes y año, ante recurso del defensor de Naranjo Zuluaga, únicamente para revocarle la medida de aseguramiento y una orden de embargo y secuestro (fs. 246 y Ss).

El 23 de marzo de 1995 la Fiscalía 48 de la Unidad de Patrimonio Económico de Cali profirió resolución de acusación contra Apolinar Vidal y Silvio Naranjo Zuluaga, como autor y cómplice, respectivamente, de hurto calificado y agravado, providencia que no fue recurrida (fs. 321 y ss).

El adelantamiento del juicio le correspondió al Juzgado 25 Penal del Circuito de Cali, que el 5 de febrero de 1996 condenó a Apolinar Vidal a 36 meses de prisión y de interdicción de derechos y funciones públicas, como coautor del hurto calificado y agravado, y absolvió a Naranjo Zuluaga (fs. 418 y ss.).

Apelada esta sentencia por el apoderado de la parte civil, la Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior de Cali revocó la absolución y, en su lugar, condenó como cómplice de dicho delito a Silvio Naranjo Zuluaga, fijándole 30 meses de prisión y de interdicción de derechos y funciones públicas; le negó la condena de ejecución condicional y le impuso, al igual que a Apolinar Vidal, la indemnización "en abstracto" de los perjuicios causados con el delito (fs. 459 y ss.).

La demanda de Casación

Silvio Naranjo Zuluaga interpuso recurso extraordinario contra tal fallo del Tribunal y su defensor presentó la respectiva demanda, aduciendo que la sentencia está viciada de nulidad (causal tercera), "porque en ella se dio aplicación indebida a una norma que no corresponde a los hechos probados en el plenario, ni a la motivación de la misma sentencia".

Como normas violadas refiere los artículos 29 y 228 a 230 de la Constitución; 1°, 4°, 9°, 10, 13, 20, 246, 304 numeral 2 y 308 del Código de Procedimiento Penal; 8° de la Ley 16 de 1972; 15 de la Ley 74 de 1968, y 1°, 5°, 6°, 7°, 24, 349, 350 numerales 1 y 2, 351 numerales 6, 9 y 10, 372 numeral 1 y 23 del Código Penal.

Analizando los conceptos de complicidad y autoría, con amplia transcripción de lo expuesto sobre tal temática por un destacado tratadista nacional, empieza el censor por reprochar que el Tribunal encontrara creíble el testimonio de Luis Fernando Robles Romero contra el procesado, a quien "ubica el día y hora de los hechos atracando", no obstante que Naranjo Zuluaga se hallaba en tal momento en el Cauca ingiriendo licor con varios amigos, a lo cual niega verosimilitud, "no se dice por qué", no obstante que varias personas lo atestiguan, y el delito fue cometido por cuatro y no por cinco personas.

Sin embargo lo condena como cómplice y no como autor, existiendo "un desfase gravísimo entre la motivación y la parte resolutiva, pues conlleva a una confusión bastante notoria entre lo que se dice de mi defendido y la razón de la condena, existe confusión entre las normas aplicables y su expresión procesal y por lo mismo ya es suficiente para que por violación directa por errónea selección se pueda casar la sentencia" (f. 529).

Comenta que en poder de su asistido fue hallada "un arma de fuego de cachas blancas, que se reporta como reconocida por el ofendido como aquélla con la cual fue amenazado y lesionado", lo cual permitiría "preconizar de pronto que contribuyó a la realización del hecho punible, prestando el arma que era suya y que se utilizó en la acción contra la propiedad", y que en su taller e instaladas en su propio carro fueron encontradas partes del vehículo hurtado, pero a pesar de tenerlo el Tribunal ejerciendo "actos de coautoría material en la parte motiva a mi defendido, lo condena como cómplice en clara detonación de nulidad, en que se está refiriendo la indebida aplicación de la norma con que se condena a mi poderdante, con respecto a la que supuestamente correspondía según la motivación, o sea que el raciocinio está dirigido y entendido a dos normas totalmente diferentes entre la sustentación y la resolución...", enfatizando luego que siendo evidente que lo condenarían por el punible de hurto como coautor, se indica en la misma página que responderá como cómplice.

Efectúa a continuación una crítica al reconocimiento del arma referida, que "es sólo una inferencia sin probanza real" y encuentra ausente "la motivación de cuál fue la ayuda posterior que pudo prestar mi defendido a los

asaltantes y cumpliendo promesa anterior", que debe aparecer sustentada en pruebas y no en mera suposición, pues ésta transgrede la presunción de inocencia "y se adentra en la proscrita responsabilidad objetiva".

Menciona también el recurrente que haberse hallado piezas "que en apariencia estuvieron antes" en el automotor hurtado, "en el taller de propiedad de mi prohijado" o "en algunos vehículos propiedad de mi mandante", daría lugar a una investigación por receptación, de haberse encontrado "un hilo conductor que fuese relación causal entre lo hurtado por unos maleantes y lo que se le decomisó a mi defendido".

Pasa luego a efectuar unos comentarios acerca de la concordancia entre el fallo y la calificación, volviendo abigarradamente a la falta de motivación de la complicidad y a la ausencia de "probanza ínfima alguna contra mi defendido", transgrediéndose "el principio de la plena prueba para condenar, en un reemplazo judicial a la normatividad y a la valoración legal para llegar a tal instancia".

Finge luego buscar en la resolución de acusación la motivación de la complicidad que alega faltarle al fallo, para más adelante evocar lo relativo a la redacción y contenido de una sentencia e incluir algunas citas jurisprudenciales, refiriendo de nuevo que si bien es cierto que la Fiscalía llamó a juicio a su defendido por la presunta complicidad en el delito de hurto calificado y agravado, por el cual efectivamente condenó el Tribunal, la motivación efectuada por éste, "de convicción sobre la autoría material", desembocó "en una parte resolutiva equivocada que entra en disonancia absoluta con la motivación".

Añade que así se incurrió "en error de identidad al momento de proferir la sentencia condenatoria... al predicarse un acaecer y condenar por una norma diferente y que en perspectiva es la negación de la negación la autoría y la complicidad".

En lo que llama "incidencia de la nulidad en el fallo", aduce que "no es presentable que se diga una cosa en el cuerpo de la sentencia y se condene por otra a una persona. Más yendo contra la presunción de inocencia y la permisibilidad. Esa contradicción gravísima genera la nulidad y atenta de manera grave contra la legalidad, sostén básico el debido proceso". A continuación agrega: "...cuando a mi defendido se lo está condenado sin prueba, por un hecho que no cometió, claro es que la sentencia de la segunda instancia se está llevando por delante el principio de la necesidad de la prueba y con esto también se arriba a que el juicio siga ostentando el vicio de nulidad".

Después de adicionar a la confusión de su libelo "la adjetividad que tiene operancia para casos como el presente", pide que se case la sentencia y se decrete la nulidad de la actuación a partir de la resolución de acusación, "en procura que la inocencia de mi patrocinado y su honorabilidad puedan clarificarse procesalmente hablando".

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

La demanda de casación no es un escrito de libre índole, pues siendo el recurso extraordinario un enjuiciamiento técnico que se efectúa sobre la sentencia impugnada y no una instancia más, debe sujetarse a una serie de reglas que la ley ha determinado para tal efecto.

Así, tiene dispuesto el artículo 225 del Código de Procedimiento Penal que el libelo deberá contener, entre otros requisitos formales, la causal que se aduzca para pedir la revocación del fallo, indicando en forma clara y precisa sus fundamentos, mientras el 226 ibidem determina que el recurso se declarará desierto si la demanda no reúne tales condiciones.

Que la causal que se estime procedente sea la tercera, en nada reduce los requisitos ni la consecuencia de su incumplimiento. Esta corporación ha reiterado, por ejemplo en sus providencias de fecha marzo 8 de 1996, radicación 9095, M. P. Carlos Augusto Gálvez Argote y octubre 24 de 1996, radicación 9755, M. P. Carlos Eduardo Mejía Escobar, que la formulación de cargos con base en esta causal no es libre ni caprichosa, pues se mantiene la obligación de fundamentar y demostrar, también de manera precisa y clara, cómo los errores in procedendo *trascendieron contra las garantías fundamentales o hacia el desconocimiento grave de la estructura básica del procedimiento, indicando desde que momento procesal se debe invalidar.*

En el caso que motiva este pronunciamiento de la Corte, el farragoso ir y venir sobre el punto lleva a establecer que el aspecto cardinal de la censura radica en que en la parte motiva de la sentencia de segunda instancia se efectuaron análisis conducentes a una condena contra Naranjo Zuluaga como coautor del hurto calificado y agravado del taxi VAH709 y de los bienes portados por su conductor Luis Fernando Robles Romero, pero en la parte resolutiva fue condenado únicamente como cómplice, nivel de participación por el cual la Fiscalía lo había acusado.

Es falta grave a la claridad que le es exigida al libelista en la fundamentación del reproche, y al propio interés jurídico por el cual debía propender, que acuse el fallo de segunda instancia por no haber quebrantado la consonancia que debía observar frente a los cargos formulados en la resolución de acusación, para hacer más gravosa la situación del defendido, condenándole como coautor aunque únicamente hubiese sido enjuiciado como cómplice, despropósito que por sí sólo torna la demanda en inadmisible.

Entre sus múltiples disquisiciones se rescata que el impugnante previó lo anterior, al impetrar "que no se vaya a decir de pronto que estoy intentando perjudicar a mi defendido con la presente casación, con el prurito que la complicidad tiene menor penalidad que la autoría" (f. 534), pero no por ello se abstiene de efectuar el incongruente planteamiento, sino que deriva hacia su otra aspiración de establecer que a su asistido "se lo está condenando sin prueba", para lo cual efectúa con intermitencia su propia evaluación demostrativa, que pretende oponer a la efectuada por el Tribunal, con la

inconsistencia adicional de intentarlo dentro de la misma causal tercera, sin acudir, de acuerdo con su referencia escueta a un eventual "error de identidad al momento de proferir la sentencia condenatoria", a la primera, separada y subsidiariamente, como ha debido hacerlo si era su propósito mantener el cargo de nulidad.

En ese esfuerzo por controvertir los elementos de convicción en que se basó el Tribunal para condenar, el censor sólo logra poner en evidencia, opuesta a las conjeturas por él ensayadas, que el *ad quem* sí efectuó la debida sustentación de la condena contra Naranjo Zuluaga por su participación en el hurto calificado y agravado, por lo menos como cómplice, que fue el grado de intervención reprochado en la acusación y asumido de tal manera por el fallador, como debía.

Resultando innecesario referir otras imprecisiones en que incurre el libelista, como cuando alude, sustentando una casación por la causal tercera, a que la "confusión entre las normas aplicables y su expresión procesal" deviene "suficiente para que por violación directa por errónea selección se pueda casar la sentencia", basta con mencionar finalmente que si la censura de nulidad endilgada al fallo de segunda instancia proviene de la presunta falta de motivación de la complicidad, el remedio estaría en invalidar esa única pieza procesal hipotéticamente inmotivada, para que fuera repuesta con la adecuada sustentación, por lo cual queda sin fundamento el último acápite de la demanda, que precisamente bajo el título "petición", insta la nulidad "a partir de la resolución de acusación".

Como a la Corte tampoco le sería factible, por el principio de limitación, abordar el análisis de la sentencia atacada a través de una causal distinta de la expresamente aducida, ni puede suplir al casacionista para superar los vacíos o escoger entre sus planteamientos ambivalentes, de conformidad con lo dispuesto por los artículos 225 y 226 del Código de Procedimiento Penal se impone el rechazo de la demanda por las imprecisiones y contradicciones en que incurre, lo cual conduce a declarar desierta la impugnación, mediante decisión de la Sala que no admite recurso alguno al adquirir ejecutoria en la misma fecha en que es suscrita (art. 197 ib.).

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

RESUELVE:

Rechazar *in limine* la demanda de casación presentada por el defensor de Silvio Naranjo Zuluaga y, en consecuencia, declarar desierto el recurso interpuesto.

Contra esta providencia no procede recurso alguno.

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

Jorge Aníbal Gómez Gallego, Fernando E. Arboleda Ripoll, Jorge E. Córdoba Poveda, Carlos Augusto Gálvez Argote, Edgar Lombana Trujillo, Mario Montilla Nougués, Carlos Eduardo Mejía Escobar, Alvaro Orlando Pérez Pinzón, Nilson E. Pinilla Pinilla.

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

SANA CRITICA

La Corte, en no pocas oportunidades, ha precisado que los errores en la apreciación del mérito de las pruebas susceptibles de ser atacado en casación, no surgen de la disparidad de criterios entre la valoración realizada en los fallos y la pretendida por los sujetos procesales, sino de la comprobada y grotesca contradicción entre aquélla, y las reglas que informan la sana crítica.

Corte Suprema de Justicia. - Sala de Casación Penal. - Santa Fe de Bogotá, D. C., veintisiete de julio de mil novecientos noventa y nueve.

Aprobado Acta No.111 Proceso No. 13173

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

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

ANTECEDENTES

El 25 de julio de 1995, en las primeras horas de la mañana, varios sujetos provistos de armas blancas penetraron intempestivamente a la residencia de la señora Berlly Valencia de Agudelo, ubicada en la carrera 49 No.125A-93 interior 14 de esta ciudad, y se apoderaron de joyas, electrodomésticos, y del vehículo mazda 323NB, de placas APD-243, de propiedad de Néstor Agudelo Cuberos, esposo de la señora Berlly (fls.1-1).

El 10 de agosto siguiente, en el taller "Carros Antiguos" de la calle 128A No.42-46, unidades de la policía nacional recuperaron el referido vehículo en poder de Yesid Hernández, quien exhibió una tarjeta de propiedad y un seguro obligatorio a su nombre, que resultaron apócrifos. El automotor presentaba para entonces las placas MBB-688 (fls.6-1).

Por estos hechos, el Juzgado Quinto Penal del Circuito de Santa Fe de Bogotá, mediante sentencia de julio 11 de 1996, condenó a Yesid Hernández a la pena principal de 86 meses de prisión, y la accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas por el mismo tiempo, como autor penalmente responsable de los delitos de hurto calificado agravado, falsedad material de particular en documento público, y falsedad en documento privado (fls. 331-1).

Apelado este fallo por el acusado, el Tribunal Superior, mediante el suyo de 12 de noviembre de 1996, que ahora es objeto del recurso extraordinario, lo confirmó en todas sus partes (fls.35-2).

La Demanda

Con fundamento en la causal primera de casación, cuerpo segundo, el casacionista plantea violación indirecta de la ley sustancial, por errores en la apreciación de las pruebas.

Sostiene que la sentencia impugnada, al concluir que los indicios de tenencia, mentira o mala justificación, de móvil, capacidad para delinquir, y huellas del delito, son suficientes para imputar la responsabilidad al acusado, en los términos del artículo 247 del estatuto procesal penal, incurre en error, puesto que supone una inferencia lógica que no puede existir, situación que constituye un falso juicio de existencia de la responsabilidad del agente.

El indicio de tenencia, resulta inevitable, puesto que dentro del investigativo está demostrado que hubo un operativo policial que culminó con la recuperación del vehículo. En la construcción del indicio una tal circunstancia podría denominarse hecho indicador, no pudiéndose de ella predicar nada distinto que cumple con los requerimientos legales para que haga parte del proceso como componente de un medio probatorio, y para que a partir de allí pueda continuarse con la abstracción que debe conducir a la inferencia lógica.

La deducción que los juzgadores extraen de enlazar el hecho indicador (tenencia del objeto material del delito) y el resultado que demuestra el mismo, es que el procesado participó en el hurto porque tenía el vehículo en su poder, conclusión que proviene de la "nula" credibilidad que le otorga a las exculpaciones de éste. "En eso se basa la suposición del sentenciador acerca del fundamento lógico del proceso de inferencia necesario en la construcción de la prueba indiciaria".

La versión del procesado debe tomarse como un legítimo ejercicio al derecho de defensa, buscando que su versión no lo complique más de lo que la investigación pudiera hacerlo. Así las cosas, la inferencia lógica del sentenciador en cuanto que la tenencia del vehículo demostraba su participación en el hurto, constituye una mera suposición. Si la versión de Yesid Hernández acerca de su arribo a Bogotá proveniente del Caquetá y la inmediata adquisición del automotor a un desconocido no es creíble, no se justifica que por haberse descartado su explicación se concluya que hace parte de una banda de "jaladores" de carros, como se afirma en la sentencia.

La inferencia lógica de los juzgadores parece provenir de un análisis de lo desfavorable al procesado, con renuncia de lo favorable, pues sin aceptar tesis alternativas, como la posibilidad de que Yesid Hernández hubiese tenido conciencia de estar comprando un vehículo hurtado, deduce que lo robó, o que participó con la banda criminal que lo hizo. No es que se quiera plantear la evidencia de un error de "derecho", solo se quiere significar el error de

hecho que surge de la tergiversación en la fundamentación de la inferencia lógica.

En relación con los delitos de falsedad, el juzgador aceptó la insuficiencia de los indicios para afirmar que el procesado los elaboró, o participó en su creación, pero tales medios de prueba tampoco llevan a la demostración cierta y absoluta que los utilizó, pues en el expediente está demostrado que al momento de su captura los llevaba consigo, pero no que haya hecho uso de ellos.

Apoyado en estas argumentaciones, solicita a la Corte casar la sentencia impugnada y dictar la que deba reemplazarla, declarando que la prueba indiciaria no corresponde a las exigencias legales para mantener el fallo de condena.

SE CONSIDERA

No se requiere mayor esfuerzo para advertir que detrás de la propuesta de ataque presentada por el actor dentro del marco de la violación indirecta de la ley sustancial, por un supuesto error de hecho derivado de la "suposición" de la inferencia lógica en la construcción del indicio de tenencia, lo que realmente está planteando es una crítica personal a la valoración que las sentencias hicieron de la fuerza demostrativa de la prueba indiciaria aducida en contra del acusado, y a la circunstancia de no haber sido acogidas sus explicaciones sobre la forma como adquirió el vehículo.

Siendo ello así, el cargo debió haberse orientado a demostrar que los juzgadores de instancia, en el proceso de establecimiento del mérito persuasivo de estas probanzas, desconocieron las reglas de la sana crítica, por atentados manifiestos a la lógica, la experiencia, o la ciencia, tarea que en manera alguna el demandante procura cumplir.

Su propuesta se circunscribe a la afirmación reiterada que los fallos de instancia "supusieron" la inferencia lógica en el proceso de construcción del indicio de tenencia del automotor, sin explicar ni intentar demostrar la razón de ser de esa afirmación, y sin examinar el supuesto error invocado frente a la restante evidencia de carácter indiciario que compromete al acusado, en orden a demostrar su trascendencia.

Situación similar se presenta cuando alude a la condena por los delitos de falsedad material de particular en documento público, y de falsedad en documento privado, puesto que funda el ataque en la aislada consideración que los indicios de mentira y mala justificación, y de posesión de los documentos espurios, no demuestran las ilicitudes imputadas al procesado, pero sin identificar el error o errores cometidos, su naturaleza, las pruebas sobre las cuales habrían recaído, ni su trascendencia.

A esto se agrega que el demandante omite precisar las normas de derecho sustancial indirectamente violadas, y el sentido de la violación, todo lo cual hace que su escrito se reduzca a un alegato propio de instancia, en el cual

contrapone su personal criterio de valoración de la prueba indiciaria a la del juzgador, en el equivocado entendido de que un tal planteamiento basta para desquiciar los fundamentos fácticos y jurídicos del fallo impugnado.

La Corte, en no pocas oportunidades, ha precisado que los errores en la apreciación del mérito de las pruebas susceptibles de ser atacado en casación, no surgen de la disparidad de criterios entre la valoración realizada en los fallos y la pretendida por los sujetos procesales, sino de la comprobada y grotesca contradicción entre aquélla, y las reglas que informan la sana crítica.

Visto, entonces, que la demanda no cumple las exigencias mínimas de técnica y fundamentación requeridas para su estudio, y que la Corte, en virtud del principio de limitación que preside el recurso no puede ajustarla a los presupuestos mínimos de admisibilidad (art. 225 C.P.P.), se la rechazará *in limine*, conforme lo prevé el artículo 226 *ejusdem*, y se declarará desierto el recurso.

Contra esta decisión no procede recurso alguno acorde con lo establecido en el artículo 197 del mismo estatuto. En consecuencia, se ordenará la devolución inmediata del proceso al Tribunal de origen, previa comunicación a las partes.

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

RESUELVE:

INADMITIR la demanda de casación presentada por el defensor del procesado Yesid Hernández. En consecuencia, se declara desierto el recurso.

Comuníquese y devuélvase al tribunal de origen. Cúmplase.

Jorge Aníbal Gómez Gallego, Fernando E. Arboleda Ripoll, Jorge Córdoba Poveda, Carlos A. Gálvez Argote, Edgar Lombana Trujillo, Mario Manrique Nougués, Carlos E. Mejía Escobar, Alvaro Orlando Pérez Pinzón, Nilson Pinilla Pinilla.

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

DEMANDA DE CASACION

Sin concretar la censura, es decir, si se trata de un error de hecho o de derecho, es prácticamente imposible hacer una sustentación clara y precisa. En esta falla incurre la defensora, pues si se entendiera que el reparo apunta al error de hecho por falso juicio de identidad por desconocimiento de los "Criterios para la apreciación del testimonio", principios de la "sana crítica", es oportuno anotar que tal planteamiento resulta abiertamente contradictorio con la supuesta "violación al principio de legalidad que para su aducción estableciera el legislador", pues de acuerdo con la jurisprudencia en que se apoya, se infiere que lo que intenta plantear la censora es un error de derecho por falso juicio de legalidad que por ende resulta extraño al error de hecho invocado.

De otro lado, tampoco es posible mezclar dentro de un mismo cargo ataques correspondientes a distintas causales, pues cada uno tiene fundamentos diferentes, se rige por precisas reglas técnicas y tiene consecuencias jurídicas diversas.

Corte Suprema de Justicia. - Sala de Casación Penal. - Santa Fe de Bogotá, D.C., veintisiete (27) de julio de mil novecientos noventa y nueve (1999).

Magistrado Ponente: Dr. *Alvaro Orlando Pérez Pinzón*

Aprobado Acta No. 111 Proceso No. 13720

Resuelve la Sala sobre la admisibilidad de la demanda de casación presentada por la defensora del procesado Pedro Hernando Palacios Rodríguez, contra la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Santa Fe de Bogotá, confirmatoria de la del Juzgado Cincuenta y Dos Penal del Circuito de esta misma ciudad, que condenó al aquí recurrente a la pena principal de veinticinco (25) años de prisión, por el delito de homicidio, y lo absolvió por el punible de porte ilegal de arma de fuego de defensa personal.

Hechos

Tuvieron ocurrencia el 28 de septiembre de 1995, aproximadamente a la media noche, en un taller de carpintería situado en la carrera 90 No. 118B-12 de Suba municipio anexo a las capital, donde un grupo de amigos se

encontraba ingiriendo licor, entre ellos, Pedro Hernando Palacios Rodríguez, Emiro Antonio González, y Manuel Antonio Gómez Marroquín. El primero de los citados agredió al segundo y el tercero intervino para separarlos, y después del intercambio de puñetazos, Pedro Hernando se dirigió hacia el interior del taller, momento que aprovechó Emiro Antonio para salir de allí, escuchando luego disparos al interior del taller. Al día siguiente, en dicho establecimiento se encontró sin vida a Manuel Antonio, quien recibió un proyectil en el ojo izquierdo, dejándole tatuaje, lo mismo que impregnación de pólvora en las palmas de las manos, falleciendo por hipertensión endocraneana secundaria a laceración cerebral.

LA DEMANDA

Al amparo del artículo "220.1" del C. de P.P. la defensora formula contra el fallo de segunda instancia las siguientes censuras:

Primera: "Violación de manera indirecta y por error de hecho de la Ley sustancial, violación a la cual llegó con vulneración del artículo 294 del Código de Procedimiento Penal al otorgarle al conjunto de dos diligencias testimoniales del mismo individuo el valor de prueba que no tenía al querer demostrar que la fuerza del primero vertía sobre el segundo hesitación en el ánimo del juzgador por encima de la duda razonable". Este error de hecho hizo aplicar indebidamente el artículo 323 del C.P., que describe el homicidio simple, "y dejó de aplicar en su lugar el artículo 247" del C. de P. P. vigente.

Segunda: "de manera subsidiaria, por violación de manera indirecta y por error de derecho de la ley sustancial, violación a la cual se llegó con vulneración del artículo 272 del Código de Procedimiento Penal al otorgarle a la diligencia pericial el valor de prueba que no tenía".

Luego se refiere al "Cargo primero" para decir que el sentenciador incurrió en "errónea interpretación de la prueba", respecto de dos situaciones perfectamente diferenciables: "1) La interpretación que el fallador de primera instancia no hace del primer testimonio de Emiro Antonio González Aguirre, lo que, para los efectos de casación, sería simple "falta de apreciación de la prueba" pero que vierte íntegramente en; 2) la interpretación que el sentenciador de primera instancia hace del segundo testimonio del mismo sujeto, que sirvieran para fundamentar el fallo de condena..."

Dice que "se violentaron los artículos 333, investigación Integral el funcionario tiene la obligación de investigar tanto lo favorable como lo desfavorable a los intereses del sindicado y de las demás partes (249 C.P. y 250 *ibidem* Inc. último) Artículo 294; criterios para la apreciación del testimonio, 'la sana crítica y ante todo lo relativo a la naturaleza del objeto percibido, al estado de sanidad del sentido o los sentidos, por los cuales se tuvo la percepción, las circunstancias del lugar, tiempo y modo en que se recibió o la personalidad del declarante la forma como hubiera declarado y las singularidades que puedan observarse en el testimonio' Artículo 272 - Comparecencia de los Peritos a la Audiencia, conformación de cuestionario, explicación de los dictámenes que se hayan rendido, a todo lo cual el juez podrá ordenarlo oficiosamente".

Las violaciones citadas "se presentan cuando las pruebas que han servido de fundamento para emitir el fallo de condena se producen con violación del principio de legalidad que para su aducción establece el legislador": Así lo señaló la Corte Suprema en fallo de abril 1° de 1993: "Este yerro se da cuando la prueba se produce o aporta con ausencia de sus requisitos esenciales, establecidos en la misma ley; cuando ello ocurre el mismo medio de convicción respectivo debe tenerse como inexistente o declararse inválido, no pudiendo, en todo caso, tenerse en cuenta en el fallo...".

Bajo el título "El error por parte de los falladores", dice que después de establecida la objetividad del delito de homicidio, toda vez que Manuel Antonio Gómez Marroquín "falleció de manera violenta", el fallador finca la responsabilidad de su representado en que "converge el señalamiento de Pedro Hernando Palacios Rodríguez, como la persona que puso fin a su existencia. Dicho testimonio lo vierte Emiro Antonio González Aguirre que, posteriormente el fallador respalda con los testimonios de Emiro, señor Carlos Endilfo Sosa Suárez, la hermana de Emiro y la esposa de Carlos Edilfo Sosa, señora María Aydee González Santos y un trabajador de la Fábrica de Carlos Edilfo, Jairo Marroquín, según lo narra Emiro Antonio González (fl. 51 c.o.). 'Alonso Melo, quien a su turno es pariente del occiso Manuel Antonio Gómez Marroquín (A esta altura se corrige, Manuel Antonio Gómez era algo de familia')...".

El "primer motivo de ilegalidad": consiste en que el "juzgador permitió, la consolidación de uno solo de los testimonios, el de Emiro Antonio González Aguirre, con los de sus familiares" y solamente uno "dependiente laboral de Carlos Endilfo. Al hacerlo incurrió en errónea interpretación de la prueba sobre cuyos contenidos estaba obligado a observar particular cautela por aquello de la tendencia que tienen los testimonios de familiares entre sí a desnaturalizar los hechos. Permitió imperceptibles observaciones pasaran totalmente inadvertidas a saber: a) las dubitaciones testimoniales en general en materia de la presencia activa de Emiro Antonio González Aguirre en las dos partes, a saber, la panadería (sic) y, el taller en donde se supone que pasaron los hechos. Tomado, entonces, del testimonio de Jairo Alonso Melo Cruz, (fl. 59 c.o.)".

Transcribe respuestas de los testigos Jairo Alonso Melo Cruz y María Aidé González Santos, para decir que "salta a la vista algo que resulta más que pura curiosidad", si se comparan ocurre algo similar, "hasta determinado punto Emiro Antonio González Aguirre, no figura pero al avanzar el testimonio súbito aparece mediante un acto aclaratorio idéntico..."

Se refiere al testimonio de Emiro Antonio González Aguirre y de la transcripción que hace destaca la afirmación "yo me emborraché", para señalar "que si Emiro estuvo en el taller acerca de lo cual hay duda más que razonable debido a las declaraciones dubitativas y la firme declaración del condenado de que (sic) sumado a que nunca se ha peleado con éste en ningún momento lo vio en el taller ni tampoco en la panadería". En el taller puesto que ni siquiera el procesado recuerda haber estado esa noche. En el evento de que

hubiera estado, él mismo declara que se emborrachó desde la tienda y no tiene idea de la hora en que salieron. "Como todos los demás dice que él se fue del taller dejando solos a Manuel Antonio Gómez con Pedro Hernando Palacios, para enterarse solamente hasta la mañana siguiente de lo acontecido a Manuel. No hay registro de que se hubiera presentado una pelea entre ellos".

Habían pasado diez días de haber rendido su declaración, "cuando Emiro resuelve hacer una ampliación de indagatoria y contradice todo lo dicho en su primera declaración; ...da detalles hasta de lo más significativo del evento cuando antes había declarado bajo juramento que no se acordaba...Este segundo testimonio de Emiro Antonio González es vertido dentro del plenario cuando...curiosamente...ya habían dado su testimonio su cuñado y su hermana y en igual sentido lo haría...el trabajador de Carlos, Jairo, dejando puestas las bases para (sic) el testimonio de Emiro, encajara, lo más creíble posible dado el brusco giro de 180 grados que tendría que hacerse para poder dejar de una vez por fuera de las sospechas al propio Emiro Antonio González, última persona en haber visto con vida a Manuel Antonio Gómez".

En lo que tiene que ver con la incidencia del error en el fallo, dice que hasta 1968 la Corte sostuvo que incurría en error de derecho el juez que atribuía mérito suficiente a los testimonios vagos, contradictorios o incompletos...Pero, en sentencia del 7 de mayo de 1968, la Corte inició la rectificación de la anterior doctrina para acoger en cambio la de que en dichos casos el ataque se debía hacer por error de hecho y no de derecho...si ha de dárseles o no credibilidad, de acuerdo con los principios de la sana crítica, ect...es una cuestión de hecho que cae bajo el poder discrecional de que goza el juzgador de instancia en la apreciación de la prueba y cuyo desacierto al enjuiciar esas calidades, por referirse a la objetividad misma de la prueba, entraña un error de hecho y no de derecho.

Siendo el "fundamento real de la sentencia proferida el conjunto formado por la declaración de Emiro Antonio González Aguirre, sus familiares y el empleado, sumado a las vainillas percutidas de pistola 25 recaudadas y una cápsula también encontrada aparentemente, o bien dispuesta en ese sitio, al practicar diligencia de inspección judicial a la vivienda del procesado, frente, a la situación surgida de profunda duda, no resulta responsiva (sic) a que todo en materia probatoria estaba en orden y en regla que su aporte era legal, resultando insuficiente para sostener una sentencia de condena. Al dejar de lado las mencionadas ilegalidades, los sentenciadores de instancia no tenían otra alternativa que emitir sentencia absolutoria por lo dispuesto en el artículo 247 del Código de Procedimiento Penal...Ya que en el presente asunto, se insiste en dejar de la do la mal (sic) interpretación del testimonio estrella, no existe en el plenario la prueba que arroje la necesaria certeza sobre la responsabilidad de Pedro Hernando Palacios Rodríguez, en el homicidio investigado".

Solicita a la Corte casar el fallo recurrido y proferir en favor del procesado sentencia absolutoria.

En cuanto al "segundo cargo" que presenta de manera subsidiaria, expresa lo siguiente:

"No existe certeza de que la ojiva recuperada del interior del Cráneo del occiso, de los casquillos vacios (sic) y el cartucho incólume encontrado en la vivienda de Pedro Hernando Palacios Rodríguez, forman parte de un mismo contingente de municiones que en conjunto con una supuesta arma de la cual admitió Pedro Hernando Palacios, haber visto un día mientras buscaba en el fondo de un cajón mientras con su hermano buscaban unas facturas. No existió nunca un contraste natural, arma con la cual se hubiera podido hacer alguna comparación o cotejo. El juzgador, en consecuencia, incurrió en la violación indirecta de la ley sustancial por error de hecho, falso juicio de existencia (artículo 220.1 del (sic) código de Procedimiento Penal) que trajo como consecuencia la aplicación indebida del artículo 323 del Código Penal, modificado por la Ley 40 de 1993 en su artículo 29, dejando, correlativamente de aplicar el artículo 445 'presunción de inocencia', que señala 'Toda persona se (sic) presume inocente mientras no se le haya declarado judicialmente responsable. En las actuaciones penales toda duda debe resolverse a favor del sindicado. (2° -136; Const, Pol. 29 Párrafo 4° : C.P. Y C. 11; Leyes 74 de 1968, 14 num. 2; 16 de 1978 , 8°)".

En la "demostración", dice que se cuenta con el informe del Instituto de Medicina Legal y Ciencias Forenses Regional Bogotá - Laboratorio de Balística, en relación con cinco cartuchos, seis vainillas y un proyectil, remitidos en el acta del levantamiento. Los aspectos solicitados fueron con el "finde (sic) establecer identidad entre las pruebas y si corresponden al proyectil con el que se le causara la muerte a Manuel Antonio Gómez Marroquín, arrojó como era de esperar las características generales de los elementos dados a estudio, particularmente el proyectil que fuera remitido con el Acta de Levantamiento resultando ser tipo -blindado; constitución camisa: latón dorado núcleo plomo y su forma original cilíndrica ojival; como son las balas de una pistola calibre 25".

El estudio comparativo se realizó entre sí y se estableció la identidad entre las vainillas y el único proyectil recuperado. Se pudo establecer que las seis vainillas habían sido percutidas con la misma arma, prueba que para el actor "resulta a todas luces dudosa ante la no existencia del arma para comparar. Ahora, la huella que deja la aguja percutora en el fulminante pueden ser características afines entre distintas armas de la misma marca solamente el resultado es confiable, aunquando (sic) no suficiente para condenar, cuando se puede establecer la identidad de las estrías marcadas en la ojiva. No salta, entonces en especulación, la posibilidad de dos armas similares, como también de una variedad de crimen enteramente distinto al dibujado por rápidas apariencias recogidas durante la vida instructiva del proceso, forma que igualmente pudo hacer desaparecer la evidencia que es la que ahora agobia de dudas el veredicto, lo cual podría haber determinado la existencias (sic) actores remotos y desconocidos en búsqueda de los cuales, en grave error de

hecho el instructor en su etapa y los juzgadores en su cuarto de hora jamás intentaron".

En cuanto a las incidencias del error en el fallo dice que: "Si los juzgadores de instancia hubieran tenido en cuenta las pruebas echadas de menos a traves (sic) de un medio de encontre (sic), la pistola, habrían arromado (sic) a la conclusión de que habría habido (sic) la posibilidad de la presencia de una segunda arma y de un enteramente distinto presunto homicida que previó o improvisó sobre la marcha los detalles como para que las sospechas recayeran en Pedro Hernando Palacios Rodriguez, y o, posiblemente en Emiro Antonio González Aguirre".

Estima que resulta dudosa la responsabilidad que los juzgadores le endilgan a su representado , y por ello invoca el principio del *in dubio pro reo*, y solicita a la Corte casar la sentencia recurrida y en su lugar proferir la absolución en favor del procesado.

Cargo tercero: se presenta de manera subsidiaria y acusa la violación indirecta de la ley sustancial (cuerpo 2° del artículo 220.1 C.P.P.) por "errónea interpretación de la prueba", respecto de dos situaciones diferenciables: "1: 'interpretación que el sentenciador hace de las posibilidades de que hubiera existido un homicidio culposo frente: 2: a la 'interpretación que los juzgadores hacen acerca de la existencia de un homicidio dolosos simple. Hecho que nos obliga a regresar al fallo de segunda instancia'

"Testimonios (de Emiro Antonio, María Aidee, Carlos y Jairo Alfonso) que en forma unívoca convergen al señalamiento de Pedro Hernando Palacios Rodriguez como la persona que puso fin a la existencia de Manuel Antonio Gómez Marroquin...evocan hechos y circunstancias que conducen indefectiblemente a presentarlo como el autor de los disparos: las conclusiones del Despacho son en primert lugar como dice Emiro porque se quedó en el taller buscando algo para atacarlo ya ese algo se presume entonces que era un arma de fuego; porque el resultado de la aspiración atómica de las manos del cadáver de Manuel recogen huellas de pólvora y tatuaje en las palmas de ambas manos no el dorso que es donde quedan las huellas para aquél que acciona un arma normalmente así sea para suicidarse. Para el Despacho se debe asociar a que fue un acto defensivo al colocar en instintivo ademan de protección habida consideración de que el disparo fue a quemarropa. Esta casacionista disiente del criterio y cree solamente que el juzgador erró en su apreciación de la prueba pues de idéntica manera en el fragor de una lucha hipotética los dos contendientes se pudieron haber liado por las manos atadas a la misma arma, lo cual es lógico, y al producirse el disparo accidental o voluntario el tatuaje alcanza las palmas de ambos contendores, de la otra manera presentada por el juzgador lo más seguro es que la bala le hubiera interesado una de las manos al occiso. De otra parte es inevitable aceptar que el disparo se produjo a boca de jarro y el cuerpo a cuerpo también allí es includible. Versión plena de posibilidades que mejor encajaría en la segunda y fantástica versión del testigo Emiro Antonio González quien en su retirada

dejó a los dos últimos cotertulios solos en medio del taller, lo único que falla en el discurrir es la carencia de causalidad entre ellos dos de quienes no se registra en el plenario la más remota intención de pelearse".

Para arribar a la condena de su representado, el *a quo* centra su atención y sostiene el grado de responsabilidad "con fundamento en la tesis del asesinato, intencional, sobre una víctima perpleja, desarmada y ebria; hunde en lo imposible como después lo reitera el *ad quem*, toda posibilidad de haber sido un homicidio culposo simple, se desvanecía frente a la sistemática renuencia del acusado hoy procesado Pedro Hernando Palacios Rodríguez, de sostener un estado de amnesia que no fuera corroborado por los facultativos, pues como bien lo dice de la única manera que se hubiera podido determinar ello hubiera sido emborrachando otra vez al procesado y sobre ese campo científico haber practicado un seriado de test de alcoholemia. Ya que eso se repite aquí valga sea dicho de que ese examen es posible y es del resorte de oficio del sentenciador. Protege, el sentenciador su decisión descartando la posibilidad de la lucha cuerpo a cuerpo porque así fue su interpretación del contenido testimonial que lo soporta y que para esta casacionista se reduce, con el debido respeto, en la abstracción total de la apreciación de la prueba siendo por ello atribuible a los sentenciadores un error de hecho pues si sostuviera que se trató más bien de una mala apreciación bajo ningún punto, podría, entonces alegar que lo que allí hubo fue una interpretación equivocada que condujo a que el fallador violara la ley pues soportó sus argumentos en un examen del Instituto de Medicina Legal y Ciencias Forenses en el cual se diagnostica que el protagonista de los hechos no padeció ni padece de ninguna clase de amnesia y que disfruta de perfecta salud".

La ausencia del arma que no apareció en el teatro de los acontecimientos, "forzó el ajuste por la línea de menor resistencia en las decisiones para el sentenciador y aquí vale la pena destacar las afirmaciones de la segunda instancia (fl. 8c.o.).

"Sentada la anterior premisa, que se ciñe a la 'verdad procesal' también es importante destacar que el arma no desapareció, vale decir, que la llevó con sigo quien lo abandonó de último, que lo fue Pedro Hernando Palacios Rodríguez, sobre quien desde los albores de la investigación militó tal señalamiento..." Sin embargo, ese hecho no quedó probado en el proceso; nadie estuvo en capacidad de precisar con certeza de que en vez de haber sido Emiro Antonio González quien por su propio decir abandonara primero el taller o lo hubiera hecho Pedro Hernando Palacios Rodríguez quien ya mostraba bastantes signos de ebriedad porque había principiado a beber primero que todos. Ese hecho jamás se debatio (sic) ni a ese respecto se allegaron testimonios que distintos de los familiares de Emiro especularan con la posibilidad de que quien salió de último hubiera sido Pedro Hernando Palacios Rodríguez. Remalando el Despacho ..."Y lo que contribuye a brindar mas relleve al compromiso penal que le asiste a Pedro Hernando, es que en su morada se halló un cartucho calibre 25 mm sin encontrar allí la policía al incriminado ...".

El sentenciador apunta a definir como cierta y nítida la autoría para los disparos que extinguieron la vida de Manuel Antonio, "y que forzaran la impostora postura de amnesia asumida por el procesado; 'Al grado convicción que fluye de los elementos de prueba analizados' solamente se trata de poner la simple negativa de Pedro Hernando Palacios Rodríguez, quien esgrime el argumento de no recordar nada, inclusive, desde antes de ubicarse en el taller de carpintería que servirá de escenario al hecho sangriento, cuando su misma actitud y ataque frente a Emiro Antonio González Aguirre y el intercambio de golpes con éste...' Resulta honorable Magistrado Ponente un prejuicio del juzgador porque este episodio brota, únicamente, de los labios del testigo quien presuntamente abandonara el taller segundos antes de que se produjera el hecho del cual tambie (sic) se parte por las palabras pronunciadas por Emiro Antonio González Aguirre y nada más. No existió nadie distinto a ese sujeto quien corroborara con un medio paralelo e independiente, pero genuino y fehaciente que efectivamente hacia las horas de la media noche tres o cuatro disparos atronadores habían salido del interior del taller y escandalizado la paz de la noche. Es solo un decir, precisamente, pronunciado por quien en su alternativa sería la última persona que pudo haber visto con vida al hoy occiso quien presenció el ataque de Pedro Hernando a Emiro. ¿Si fue de tal violencia y rigor por qué no hubo un examen médico de reconocimiento practicado a Emiro Antonio?".

"A continuación y seguido el *ad quem* prosigue:... 'pues tan conciente estaba que abandonó de inmediato el lugar de los hechos, llevando consigo el arma, que sabía guardaba en el taller, según sus propias palabras porque a Soza Suárez, quien se résentó (sic) con inmediatez (sic) a la producción de los disparos, ninguno le respondió en el taller de carpintería y a la inspección d (sic) este tampoco apareció el arma'. Agrega que los graves errores de interpretación de los hechos lo que arrojan es "un error de hecho en los juzgadores aunque cuando más propiciado en el de Segunda Instancia, pues son tantas las inferencias que se dan y a las que se les atribuye certeza como para condenar que vale la pena enunciarla: ¿Quién vio que Pedro hernando (sic) Palacios Rodríguez abandonara de inmediato a los disparos el taller? La respuesta es nadie su Señoría: ¿Quien vio a Carlos Sosa Suárez aproximarse al taller solo a media noche a tocar insistentemente y a llamar a la puerta seriamante preocupado porque a su amigo Manuel le pudiera haber pasado algo? la respuesta también Nadie, su señoría. No es especulativo ni atenta contra la gran discrecionalidad de los jueces en sus fallos atreverse a decir que no hubo apreciación de la prueba y ese fue el resultado.

"Una condena de 25 años de prisión. Y, prosigue el sentenciador de la segunda instancia (fl.8 c.o.)...'empero, lo que más traduce que Pedro Hernando actuó conscientemente y falta a la verdad situarse en el plano amnésico es que la misma pericia médico legal lo hubiera ubicado como persona que no ha sufrido o está sufriendo enfermedad mental alguna...' hipótesis fraguada en un experticio (sic) que no tiene fuerza probatoria como para condenar, y acerca del cual ya me ocupé".

La incidencia del error acusado la radica en que si los falladores hubieran sopesado de la misma forma las posibilidades que aquí se mencionan "podríamos decir que habría hecho una apreciación completa del valor del haz probatorio y que los postulados del artículo 333 investigación integral, mediante el cual el Legislador determinó que el funcionario tiene la obligación de investigar tanto lo favorable como lo desfavorable a los intereses del sindicado y de las demás partes. Y, para la hora de sentenciar era menester devolverse a los postulados del artículo 445. Presunción de Inocencia".

"Pero aceptando en gracia de discusión, al abandonar los contertulios el taller uno a uno se quedaron solos Pedro Hernando Palacios, Emiro Antonio González Aguirre y Manuel Antonio Gómez, pudo haberse desatado un incidente personal que fatalmente desencadenó en la muerte violenta de uno de ellos. No es censurable, proponer acoger la versión de que lo más plausible fuera una lucha cuerpo a cuerpo entre los complicados en el problema y en medio del forcejeo se hubiera producido un disparo accidental, ajeno a premeditación, dolo o preterintención . simplemente baladronadas de borrachos entre amigos figura que hoy se contempla hasta en menores de edad, casi infantes, que esgrimen, súbitamente un arma y se les va un tiro con el (sic) fatalmente hieren a su padre, la madre, un familiar o un amigo. Conducta la cual indefectiblemente nuestro ordenamiento no puede, todavía (sic), preiniicpiar (sic) a fallar de dolosa".

Solicita a la Corte casar el fallo acusado "para dejarlo unicamente (sic) por homicidio culposo simple", imponiéndole al procesado la pena principal de 8 años y 4 meses de prisión.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

1. Las transcripciones que se hicieron, muestran claramente que el escrito de demanda adolece de yerros de tal entidad, que impiden entender su contenido, pues se trata de un alegato confuso, incoherente y por si fuera poco, contradictorio, alejado por completo de los requisitos formales que exige el artículo 225 del Código de Procedimiento para la admisibilidad de la demanda de casación.

2. Primer cargo: La expresión "errónea interpretación de la prueba" que utiliza la libelista al referirse al testimonio de Emiro Antonio González Aguirre, da lugar a un falso juicio de identidad. Y la "falta de apreciación de la prueba" en relación con el mismo testimonio, da lugar a un falso juicio de existencia. Estas dos modalidades del error de hecho son excluyentes y por ende no pueden invocarse simultáneamente en relación con una misma prueba, sin incurrir en una evidente contradicción.

Ahora bien, en el desarrollo del ataque, se descubre que lo que quiere decir la impugnante es que no se le debió dar el mérito probatorio que se le reconoció al testimonio de Emiro Antonio González Aguirre, que "el fallador respalda" con los testimonios de Carlos Edilfo Sosa Suárez y su esposa María

Aydee González Santos cuñado y hermana de Emiro respectivamente, Jairo Alonso Melo pariente del occiso y Manuel Antonio Gómez Marroquín familiar de Emiro, aspiración explicable, pero a la que no está sometido el juzgador, de ahí que esa diversidad de criterio no puede ser demandada como error procedente en casación porque no lo es.

Sin concretar la censura, es decir, si se trata de un error de hecho o de derecho, es prácticamente imposible hacer una sustentación clara y precisa. En esta falla incurre la defensora, pues si se entendiera que el reparo apunta al error de hecho por falso juicio de identidad por desconocimiento de los "Criterios para la apreciación del testimonio", principios de la "sana crítica", es oportuno anotar que tal planteamiento resulta abiertamente contradictorio con la supuesta "violación al principio de legalidad que para su aducción estableciera el legislador", pues de acuerdo con la jurisprudencia en que se apoya, se infiere que lo que intenta plantear la censora es un error de derecho por falso juicio de legalidad que por ende resulta extraño al error de hecho invocado.

De otro lado, tampoco es posible mezclar dentro de un mismo cargo ataques correspondientes a distintas causales, pues cada uno tiene fundamentos diferentes, se rige por precisas reglas técnicas y tiene consecuencias jurídicas diversas.

En este error también incurre la libelista, cuando para hacer más ininteligible su verdadero propósito, simultáneamente alega que se vulneró el principio de la investigación integral consagrado en el artículo 333 del Código de Procedimiento Penal, según el cual, el funcionario tiene la obligación de investigar tanto lo favorable como lo desfavorable a los intereses del sindicado y de las demás partes, tema que ha debido tratar en capítulo separado, pues se refiere a un supuesto error *in procedendo* que no tiene cabida en la causal primera invocada.

Así las cosas, es evidente la imposibilidad para abordar el estudio de fondo del reparo, pues la Corte no puede entrar a corregir la demanda, ni a tratar de adivinar el pensamiento de la autora.

3. Segundo cargo: Como si la demanda de casación pudiese confeccionarse con la misma informalidad de un alegato de instancia, la actora no tiene inconveniente en afirmar dentro del mismo cargo subsidiario, la violación de manera indirecta "por error de derecho...al otorgarle a la diligencia pericial el valor de prueba que no tenía -yerro que se quedó sin ningún desarrollo- y la violación indirecta de la ley sustancial por en error de hecho por "falso juicio de existencia, porque "no existió nunca un medio de contraste natural, arma con el cual se hubiera podido hacer alguna comparación o cotejo.

Si lo que se pretende demostrar es que el informe del Instituto de Medicina Legal -Laboratorio de Balística-, "resulta a todas luces dudoso ante la inexistencia de arma para comparar", hay que reconocer que se incurre en contradicción al invocar simultáneamente los errores de derecho y de hecho que por su naturaleza resultan excluyentes.

Además de que no se concreta la censura, la libelista se dedica a hacer afirmaciones especulativas, con las cuales no demuestra la ocurrencia de ningún error demandable en casación, mucho menos su trascendencia.

Y es que en realidad a nada puede conducir un escrito en el que simplemente se afirma, que si los juzgadores de instancia hubieran tenido en cuenta las pruebas echadas de menos, "la pistola", habrían arrimado a la conclusión de "la posibilidad de la presnecia (sic) de una segunda arma y de un enteramente distinto presunto homicida que previó o improvisó sobre la marcha los detalles como para que las sospechas recayeran en Pedro Hernando Palacios Rodríguez, y o, posiblemente en Emiro Antonio González Aguirre".

Lo que ha debido tener en cuenta, y que parece ignorar la demandante, es que el Tribunal llegó a una conclusión diferente, la cual está amparada por la doble presunción de legalidad y acierto que puede ser desvirtuada, pero siempre que se demuestre la existencia de un error, no como lo pretende la censora, haciendo afirmaciones que nacen de su particular manera de ver posibilidades y que por lo tanto son intranscendentes.

4. En el tercer cargo las fallas se repiten, como quiera que en lugar de precisar el vicio que le atribuye a la sentencia, utiliza la expresión "errónea interpretación de la prueba", en relación con "las posibilidades de que hubiera existido un homicidio culposo" frente a la "interpretación que los juzgadores hacen de la existencia de un homicidio doloso simple".

Desde la presentación del cargo se vislumbra la dificultad de su demostración, pues no existiendo claridad sobre los posibles errores en qué incurre el juzgador al momento de apreciar los elementos de convicción, como era de esperarse, el desarrollo es también una argumentación que no cumple con el requisito de claridad y precisión que exige el numeral 3° del artículo 225 del Código de Procedimiento Penal.

Sobre la consideración del fallo, en el sentido de que el resultado de las huellas de deflagración de la carga en las palmas de las manos de la víctima y no en el dorso de ellas, que es lo propio al accionar un arma de fuego, así sea tomada con ambas manos, debe asociarse a un acto defensivo al colocarlas en instintivo ademán de protección habida consideración de que el disparo fue a quemarropa, dice la defensora que "disiente del criterio y cree solamente que el juzgador erró en su apreciación en la prueba, pues de idéntica manera en el fragor de una lucha hipotética los dos contendientes se pudieron haber liado por las manos atadas a la misma arma, lo cual es lógico, y al producirse el disparo accidental o voluntario el tatuaje alcanza las palmas de ambos contenedores", lo que pone de presente que lo que hace la libelista es enfrentar su pensamiento al del juez.

Es inocuo que la demandante exprese que tiene una opinión diferente, pues la finalidad del recurso extraordinario es poner en evidencia que la providencia impugnada es ilegal.

Pero la defensora, en lugar de individualizar el cargo, demostrar su existencia y acreditar su trascencencia, como le correspondía, resuelve mencionar dentro del mismo reparo otro aspecto que impide saber cúal es su verdadero propósito, según el cual, "si los falladores hubieran sopesado de la misma forma las posibilidades que aquí se mencionan podríamos decir que se habría hecho una apreciación completa del valor del haz probatorio y los postulados del artículo 333. Investigación integral... Y, para la hora de sentenciar era menester devolverse a los postulados del artículo 445. Presunción de inocencia".

En definitiva, la demanda ofrece muchas debilidades y, por lo tanto, no se ajusta a los presupuestos de admisibilidad legalmente establecidos.

5. El numeral 3 del artículo 225 del estatuto procesal exige no solo que se señale la causal de casación, sino además que se expongan en forma clara y precisa los fundamentos de ella, requisitos que en este caso no cumple el libelo, pues como se acaba de ver, en el escrito presentado a manera de demanda no se concreta ningún cargo y el alegato que contiene es completamente alejado de las exigencias propias del recurso, de manera que la consecuencia no puede ser otra que el rechazo *in limine*.

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

RESUELVE:

Rechazar la demanda de casación presentada por la defensora del procesado Pedro Hernando Palacios Rodríguez, y en consecuencia declarar desierto el recurso.

En virtud de lo dispuesto en el artículo 197 del Código de Procedimiento Penal, contra esta providencia no procede recurso alguno.

Comuníquese y cúmplase.

Jorge Aníbal Gómez Gallego, Fernando E. Arboleda Ripoll, Jorge Enrique Córdoba Poveda, Carlos Augusto Gálvez Argote, Edgar Lombana Trujillo, Mario Manrique Nougués, Carlos E. Mejía Escobar, Alvaro Orlando Pérez Pinzón, Nilson Pinilla Pinilla.

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA-Competencia
/REDENCION DE PENA

La Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia en materia de redención de pena por trabajo, estudio o enseñanza y como excepción a la regla general de que son los Jueces de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad los competentes para concederlas (artículo 75, Código de Procedimiento Penal y 51 del Código Penitenciario y Carcelario), las reconoce provisionalmente en desarrollo de lo ordenado por el inciso 3° del numeral 2° del artículo 415 del Código de Procedimiento Penal de que "la rebaja de pena por trabajo o estudio se tendrá en cuenta para el cómputo de la sanción".

Con la expedición del Decreto 1542 de 1997 se amplió el ámbito de la Corte para el reconocimiento de redenciones de pena, pues el artículo 5° de tal norma modificó la oportunidad para obtener el beneficio administrativo del permiso hasta de 72 horas, al hacerlo extensivo a aquellos internos "(...) cuyo recurso de casación se encuentre pendiente", por lo que la Sala mediante acuerdo del 20 de noviembre de 1997 (acta No. 144) señaló que "el reconocimiento provisional de esta rebaja solo procede para los fines señalados en el artículo 147 de la Ley 65 de 1993. Por consiguiente si el peticionario no cumple la tercera parte de la pena impuesta, la Sala se abstendrá de hacer dicho reconocimiento".

Y ahora se amplía nuevamente el ámbito de competencia de la Corte para este efecto con la expedición de la Ley 504 del 25 de junio de 1999, que en su artículo 29 modificó el numeral 5 del artículo 147 de la Ley 65 de 1993 (por la cual se expide el Código Penitenciario y Carcelario), en el sentido de incluir entre los potenciales beneficiarios del permiso hasta de 72 horas a quienes condenados por los delitos de competencia de los Jueces Penales del Circuito Especializado, hayan descontado el 70% de la pena impuesta, acabando así con la exclusión de tal beneficio administrativo para ese tipo de condenados.

Corte Suprema de Justicia. - Sala de Casación Penal. - Santa Fe de Bogotá, D.C., veintiocho (28) de julio de mil novecientos noventa y nueve (1999).

Magistrado Ponente: Dr. *Carlos E. Mejía Escobar*

Aprobado Acta No. 112 Proceso No. 12713

Decide la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia la solicitud de redención de pena que ha presentado el procesado Jorge Enrique Monguí Duarte con el propósito de adelantar los trámites ante el Inpec para obtener el beneficio administrativo del permiso de las 72 horas.

ANTECEDENTES

1. El 15 de febrero de 1994, en diligencia de allanamiento realizada en un inmueble del sector noroccidental de Santa Fe de Bogotá D.C., fueron aprehendidos los señores Edgar Jiménez Londoño y José Jairo Rendón Jiménez, ocupantes de la casa en la que se halló cocaína en cantidad superior a 23 kilos, así como varios elementos utilizados para el embalaje y transporte aéreo del estupefaciente, en trolis (armarios metálicos) que se usan en los aviones para dispensar las comidas abordo.

Como algunos de los elementos utilizados para el aforo aéreo del estupefaciente estaban rotulados a nombre de Jorge Monguí junto a un número telefónico, se averiguó a dónde correspondía tal línea, ubicándola en un inmueble del sur de la ciudad el que fue inmediatamente allanado, capturándose a Jorge Enrique Monguí Duarte, a quien, entre otros elementos, se le halló una plaqueta de identificación similar a la que mantenían adherido uno de los trolis decomisados en el primer allanamiento y dentro del que se halló parte de la cocaína incautada.

2. Definida la situación jurídica de los procesados, adelantada y finiquitada la instrucción con el proferimiento de resolución de acusación en su contra, finalmente un Juez Regional los condenó el 9 de noviembre de 1995 como coautores de infracción a los artículos 33 y 38 de la Ley 30 de 1986 a la pena principal de 114 meses de prisión. Apelada la decisión, una Sala de Decisión del Tribunal Nacional confirmó el fallo del *a quo*, contra el que se interpuso el recurso extraordinario de casación, en cuyo trámite se hallan las diligencias en esta Corporación.

3. El procesado Monguí Duarte, detenido en la cárcel del Distrito Judicial de Villavicencio (Meta), remitió escrito en el que solicita que se le reconozca "el cómputo de trabajo, con la finalidad de obtener los beneficios consagrados en la Ley 65 de 1993, modificados Decreto 1542 de 1997 y ley 504 del 25 de junio de 1999, en lo referente al permiso de 72 horas".

A la petición agregó 10 certificados de conducta, el más antiguo del 26 de enero de 1995 y el más reciente del 23 de febrero de 1999, en los que se califica su conducta de buena y ejemplar, indistintamente. También adicionó certificados de trabajo en labores de mantenimiento, locativas, avícolas, cafetería y ordenanza interno, en las que el Establecimiento carcelario hace constar que empleó 5.872 horas. E igualmente adjuntó certificados de estudio por un total de 1.440 horas.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

1. *La Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia en materia de redención de pena por trabajo estudio o enseñanza y como excepción a la regla general de que son los Jueces de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad los competentes para concederlas (artículo 75, Código de Procedimiento Penal y 51 del Código Penitenciario y Carcelario), las reconoce provisionalmente en desarrollo de lo ordenado por el inciso 3° del numeral 2 del artículo 415 del Código de Procedimiento Penal de que "la rebaja de pena por trabajo o estudio se tendrá en cuenta para el cómputo de la sanción".*

2. Con la expedición del Decreto 1542 de 1997 se amplió el ámbito de la Corte para el reconocimiento de redenciones de pena, pues el artículo 5° de tal norma modificó la oportunidad para obtener el beneficio administrativo del permiso hasta de 72 horas; al hacerlo extensivo a aquellos internos "(...) cuyo recurso de casación se encuentre pendiente", por lo que la Sala mediante acuerdo del 20 de noviembre de 1997 (acta No. 144), señaló que "el reconocimiento provisional de esta rebaja solo procede para los fines señalados en el artículo 147 de la Ley 65 de 1993. Por consiguiente si el peticionario no cumple la tercera parte de la pena impuesta, la Sala se abstendrá de hacer dicho reconocimiento".

3. *Y ahora se amplía nuevamente el ámbito de competencia de la Corte para este efecto con la expedición de la Ley 504 del 25 de junio de 1999, que en su artículo 29 modificó el numeral 5 del artículo 147 de la Ley 65 de 1993 (por la cual se expide el Código Penitenciario y Carcelario), en el sentido de incluir entre los potenciales beneficiarios del permiso hasta de 72 horas a quienes condenados por los delitos de competencia de los Jueces Penales del Circuito Especializado, hayan descontado el 70% de la pena impuesta, acabando así con la exclusión de tal beneficio administrativo para ese tipo de condenados.*

4. En este orden de ideas y como se advierte que el reconocimiento de la redención de pena por trabajo y estudio es necesario para que el procesado Jorge Enrique Monguí Duarte, condenado por infracción a la Ley 30 de 1986, reato de competencia de los anteriores Jueces Regionales y ahora de los Jueces Penales del Circuito Especializados, pueda completar el tiempo descontado de la pena impuesta necesario para tramitar el permiso administrativo hasta de 72 horas, a ello procede la Sala.

5. El peticionario Monguí Duarte se encuentra condenado a la pena de prisión de 114 meses (3.420 días) de prisión, sanción punitiva de la que el 70% exigido por la norma citada, son 79 meses y 24 días (2.394 días), por lo que capturado desde el 15 de febrero de 1994 (folio 19, cuaderno No. 1), hasta la fecha (27-06/99) ha cumplido físicamente un total de 65 meses y 12 días.

6. Por trabajo acredita haber empleado 5.872 horas, pero de ellas la Sala solo reconocerá 5.144, pues debe excluirse el certificado No. 0258 del 23 de julio de 1998 (folio 322, cuaderno de la Corte) por contener lapsos ya certifica-

dos en el No. 0571 del 28 de septiembre de 1998 (folio 309, cuaderno de la Corte).

Con tal aclaración, se reconocerá de redención por trabajo un total de 321 días, guarismo al que se reducen en la forma señalada por el artículo 82 de la Ley 65 de 1993 el número de horas referidas.

7. Por estudio acredita 1.440 horas, de las cuales la Sala únicamente reconocerá 1.368, pues las 72 horas que se hacen constar en el documento No. 4618 (folio 319, cuaderno de la Corte) corresponden a la asistencia del interno Monguí Duarte a la biblioteca, actividad que no corresponde a ninguna actividad de educación formal o no formal.

Así, se reconocerá redención de pena por estudio en cantidad de 114 días, que se obtienen de la reducción de las horas referidas en la forma ordenada por el artículo 97 de la Ley 65 de 1993).

8. En conclusión se tiene, que sumados los 5 años 5 meses y 12 días de privación física de la libertad del interno Monguí Duarte, a los 10 meses y 21 días que redime por trabajo y a los 3 meses y 24 días que redime por estudio, completa un total de 6 años, 7 meses y 27 días (79 meses y 27 días), lapso superior en 3 días al 70% de la pena impuesta.

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

RESUELVE:

1°. RECONOCER 14 meses y 15 días de redención de pena por trabajo y estudio al procesado Jorge Enrique Monguí Duarte en forma provisional y sólo para el propósito específico contemplado en el artículo 147 de la Ley 65 de 1993 en concordancia con el artículo 5° del Decreto 1542 de 1997 y el 29 de la Ley 504 del 25 de junio de 1999.

Notifíquese y cúmplase

Jorge Aníbal Gómez Gallego, Fernando Arboleda Ripoll, Jorge E. Córdoba Poveda, Carlos A. Gálvez Argote, Edgar Lombana Trujillo, Mario Mantilla Nougués, Carlos E. Mejía Escobar, Alvaro Orlando Pérez Pinzón, Nilson Pinilla Pinilla.

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

NULIDAD/DERECHO DE DEFENSA

No puede perderse de vista que la declaratoria de nulidades en nuestro sistema penal está regida, entre otros principios, por el de instrumentalidad de las formas, de acuerdo con el cual no habrá lugar a la invalidez del acto cuando cumpla la finalidad para la cual estaba destinado.

En punto a la violación del derecho de defensa por inactividad profesional, debe precisarse, una vez más, que la inexistencia de actos positivos de contradicción probatoria, impugnación, o alegación, no necesariamente indica ausencia de asistencia técnica, ya que el abogado puede optar por ejercitar solo algunos de estos derechos, o guardar silencio dentro del marco de una actitud vigilante, como estrategia defensiva, sin que ello signifique abandono de la gestión encomendada (Cfr. Cas. sep.18/97. feb. 25/99, marzo 23/99. Mag. Pte. Dr. Arboleda Ripoll, entre otras).

De allí que carezca de sentido invocar como motivo de nulidad la circunstancia de haber dejado el defensor de impugnar la resolución de acusación o de insistir en la práctica de una determinada prueba, pues, como ya se dejó dicho, el abogado goza de autonomía en el ejercicio y orientación estratégica de la gestión que le ha sido encomendada, y no por estar en desacuerdo con su forma o contenido, puede afirmarse que no exista o haya sido inadecuada.

Corte Suprema de Justicia. - Sala de Casación Penal. - Santa Fe de Bogotá, D. C., veintinueve de julio de mil novecientos noventa y nueve.

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

Aprobado acta No.113 Proceso No. 14333

Resuelve la Corte el recurso extraordinario de casación interpuesto contra la sentencia de 27 de diciembre de 1996, mediante la cual el Tribunal Nacional condenó a los procesados Carlos Alberto Rodríguez Franco o José Gabriel Gómez Rodríguez (a. Albeiro o el Palomo), a la pena principal de 39 años, 7 meses y 12 días de prisión, y multa de 165 salarios mínimos mensuales, por los delitos de rebelión y secuestro extorsivo; Guillermo Leonel Vásquez (a. Ferney), a la pena principal de 30 años, 9 meses y 26 días de prisión, y multa de 91.7 salarios mínimos mensuales, por el delito de secuestro extorsivo;

y, José Albeiro Ortiz Quiñonez (a. Gildardo) y Alba Libia Esquivel (a. Yuveny), a la pena principal de 38 años de prisión, y multa de 120 salarios mínimos mensuales por el delito de secuestro extorsivo.

HECHOS Y ACTUACIÓN PROCESAL

El primero de junio de 1993, en las horas de la tarde, cerca de la población de Juntas, por la vía que de Ibagué conduce al Nevado del Tolima, tres hombres y una mujer que dijeron pertenecer al Frente XXI de las FARC, secuestraron al ganadero Benjamín Gutiérrez Hernández, cuando regresaba de la finca "Las Brisas" de su propiedad en compañía de Myriam Muñoz Figueroa, quien fue dejada en libertad.

En los días siguientes, Benjamín Gutiérrez Navarro y Eric Alexander Gutiérrez Navarro (hijos del secuestrado); Myriam Muñoz Figueroa (compañera permanente), y Orlando Celis Rodríguez y Alfonso Londoño (amigos de la familia), establecieron contacto personal en la zona del plagio con "Albeiro" o "El Palomo", Jefe del Grupo de Finanzas del Frente, quien después de varios encuentros terminó exigiendo por su liberación la suma de cincuenta millones de pesos.

El 17 de junio, el Ejército Nacional, en un operativo coordinado con los familiares de la víctima, logró la captura de "Albeiro" o "El Palomo", cuando se disponía a recibir de Eric Alexander Gutiérrez Navarro parte del dinero exigido, después de enfrentarse con los militares, y de resultar lesionado con arma de fuego en el tobillo del pie derecho. En su poder, fue hallada una pistola marca Star, calibre 9mm., semiautomática, varios cartuchos, y una granada de fragmentación.

En indagatoria, el capturado, quien dijo llamarse Alberto Rodríguez Franco, manifestó haber sido lesionado y capturado sobre la carretera que conduce a Tapias, cuando se dirigía con un amigo a jugar tejo, sin saber los motivos por los cuales fue herido, ni los de su aprehensión. Acepta que la pistola es de su propiedad, pero niega pertenecer a las FARC, y haber tenido participación en el secuestro de Gutiérrez Hernández (fls. 15 y 24-1). La investigación estableció luego que el indagado responde al nombre de José Gabriel Gómez Rodríguez (fls. 228, 230 y 231-1).

El 20 de septiembre de 1993, Guillermo Leonel Vásquez (a. Ferney), guerrillero perteneciente al XXI Frente de las FARC, se entregó al Ejército Nacional en el paraje denominado "El Moral de Tapias", dejando a su disposición un fusil AK-47. Merced a su colaboración, las autoridades capturaron ese mismo día a José Albeiro Ortiz Quiñónez (a. Gildardo), y Alba Libia Esquivel (a. Yuveny), compañera permanente del anterior, y localizaron dos (2) caletas contentivas de armas de largo y corto alcance, equipos de campaña, y abundante munición (fls. 233-1).

Con fundamento en la información suministrada por Guillermo Leonel Alvarez, y los elementos de prueba recogidos, la justicia regional inició investigación en contra suya y de José Albeiro Ortiz Quiñónez y Alba Libia Esquivel

por el delito de rebelión, y los escuchó en indagatoria, diligencia en la cual los primeros aceptaron pertenecer a la comisión de finanzas del XXI frente de las FARC, y haber tenido participación en el secuestro de Benjamín Gutiérrez Hernández, junto con Alba Libia Esquivel y otros, por orden de "Albeiro" o "El Palomo", comandante del grupo.

En vista de las revelaciones hechas por los indagados, la funcionaria instructora dispuso trasladar copia de sus versiones a este proceso, donde se ordenó escucharlos en indagatoria, con el fin de establecer su posible responsabilidad penal en el referido delito de secuestro (fls. 233, 237, 251-1).

Oído Guillermo Leonel Vásquez (a. Ferney), aceptó haber intervenido en los hechos cumpliendo labores de custodia del secuestrado, bajo las órdenes de "Albeiro" o "El Palomo", junto con "Gildardo" y "Yuveny", quienes hicieron parte del grupo que ejecutó la orden (fls. 255-1).

José Albeiro Ortiz Quiñonez (a. Gildardo), reconoció también su participación en los hechos, pero aclaró que la orden de realizar el secuestro la recibió de "Ferney". Negó conocer a "Albeiro" o "El Palomo", y afirmó que "Yuveny" (su compañera permanente) no intervino en ellos (fls. 257-1).

Alba Libia Esquivel (a. Yuveny), aceptó, por su parte, pertenecer al frente XXI de las FARC, más no que hubiese participado en el plagio de Benjamín Gutiérrez Hernández. Al ser preguntada por Carlos Alberto Rodríguez Franco, alias "Albeiro" o "El Palomo", manifestó no conocerlo (fls. 252-1).

En el trámite del sumario fueron recepcionados también los testimonios de Luis Francisco Vega Verona (fls.36-1), Nemesio Tafur Cardoso (fls. 38-1) y Carlos Germán Bermúdez (fls. 41-1), miembros del Ejército Nacional que participaron en el operativo donde fue herido y capturado el procesado Carlos Alberto Rodríguez Franco; Eric Alexander Gutiérrez Navarro (fls. 2, 17-1), Benjamín Gutiérrez Navarro (fls. 106-1), Myriam Muñoz Figueroa (fls. 114-1), Alfonso Londoño (fls. 134-1), Orlando Celis Rodríguez (fls.140-1), y Benjamín Gutiérrez Hernández (secuestrado), quien manifestó que su liberación se produjo el 26 de septiembre de 1993 (fls. 240-1).

Resuelta la situación jurídica de los procesados y clausurado el ciclo investigativo, la Fiscalía calificó su mérito el 5 de julio de 1994 con resolución acusatoria por los delitos de rebelión, secuestro extorsivo agravado y concierto para secuestrar respecto de Carlos Alberto Rodríguez Franco o José Gabriel Gómez Rodríguez (a. Albeiro o El Palomo); y por los delitos de secuestro extorsivo agravado y concierto para secuestrar en relación con Guillermo Leonel Vásquez (a. Ferney), José Albeiro Ortiz Quiñónez (a. Gildardo) y Alba Libia Esquivel (a. Yuveny), de conformidad con lo establecido en los artículos 125 del Código Penal, (modificado por el 8° del Decreto 2266 de 1991), y 1°, 3° numerales 3° y 7°, y 5° de la ley 40 de 1993, decisión que causó ejecutoria el 2 de agosto (fls. 383, 411 vto. 412 y 420-1)

En la etapa probatoria del juicio, Alba Libia Esquivel fue sometida a reconocimiento en fila de personas por parte del secuestrado Benjamín Gutiérrez

Hernández, quien a la pregunta de si en la fila se hallaba alguna de las personas que conformaban el grupo de secuestradores, respondió negativamente (fls. 536-1).

Mediante sentencia de 9 de agosto de 1996, un Juzgado Regional de Santa Fe de Bogotá condenó a Carlos Alberto Rodríguez Franco o José Gabriel Gómez Rodríguez a la pena principal de 40 años, 7 meses y 12 días de prisión, y multa de 165 salarios mínimos mensuales; Guillermo Leonel Vásquez a la pena principal de 31 años, 9 meses y 26 días de prisión, y multa de 91.7 salarios mínimos mensuales; y, José Albeiro Ortiz Quiñonez y Alba Libia Esquivel, a la pena principal de 39 años de prisión y multa de 120 salarios mínimos mensuales, como autores responsables de los delitos imputados en la resolución de acusación (fls.1 cuaderno No.2).

Apelado este fallo por los defensores de los procesados, el Tribunal Nacional, mediante el suyo de 27 de diciembre de 1996, que ahora recurren en casación José Albeiro Ortiz Quiñónez, Alba Libia Esquivel y Carlos Alberto Rodríguez Franco o José Gabriel Gómez Rodríguez, lo modificó en el sentido de condenar únicamente por rebelión y secuestro extorsivo a Carlos Alberto Rodríguez Franco, y por secuestro extorsivo a los demás procesados, tras considerar que el delito de concierto para secuestrar quedaba comprendido en este último (fl.7 cuaderno No.3). Consecuentemente, rebajó la pena privativa de la libertad en un año a cada uno de los sentenciados (fl7 del cuaderno No.3).

Las Demandas

1. A nombre de José Albeiro Ortiz Quiñónez.

Al amparo de la causal tercera de casación, varios reparos presenta el demandante contra la sentencia impugnada:

1. Violación del derecho de defensa, por ausencia de asistencia técnica. Sostiene que el procesado permaneció sin defensor desde su indagatoria hasta después de la clausura del ciclo investigativo, cuando fue designado el doctor Alvaro Rodríguez Salazar, cuya actuación se circunscribe a un alegato de conclusión de "dos hojas y media", en el cual solicitó la preclusión de la investigación para sus defendidos.

Después, Ortiz Quiñonez otorgó poder a la doctora Betty Flórez, quien presentó alegatos previos al fallo de primera instancia, y apeló esta decisión, pero cuando sustentó el recurso, ya el procesado le había revocado el poder, y el nuevo defensor solo fundamentó la impugnación a nombre de Alba Libia (fl.120-2).

En la indagatoria, el procesado estuvo asistido de un abogado de oficio designado solo para esa diligencia, situación de la cual tenía conocimiento el Fiscal, según se constata en los informes dejados por funcionarios de la secretaría en el acto de notificación de algunas de las providencias dictadas en el curso del sumario, como por ejemplo la medida de aseguramiento.

2. Incompatibilidad de la defensa. Asegura que la Fiscalía, al designar al doctor Alvaro Rodríguez Salazar como defensor de los acusados José Albeiro Ortiz Quiñónez, Alba Libia Esquivel y Guillermo Leonel Vásquez, violó los artículos 29 de la Constitución Nacional y 143 del Código de Procedimiento Penal, puesto que entre los referidos procesados se presentaban intereses encontrados, habida cuenta de las recriminaciones mutuas que se hacen, y que fue Guillermo Leonel Vásquez quien entregó a los otros a la justicia.

3. Violación de las garantías fundamentales, toda vez que el procesado fue sometido a torturas por parte del Ejército desde el momento mismo de su captura, como quedó consignado en las constancias dejadas en la indagatoria de 23 de septiembre de 1993, y se reafirmó en la rendida el 19 de noviembre siguiente. Dichas torturas, y las amenazas de que fue objeto, determinaron que en su primera versión presentara cargos contra Alba Libia Esquivel, con violación de lo establecido en el artículo 358 del estatuto procesal, puesto que la funcionaria omitió informarlo del derecho que tenía de no declarar contra su compañera permanente.

4. Violación del principio de investigación integral. Después de haber sido escuchado en indagatoria, la Fiscalía no practicó prueba alguna, situación que se mantuvo hasta la sentencia, con violación de lo dispuesto en el artículo 333 *ejusdem*, que ordena investigar tanto lo favorable como lo desfavorable a los intereses del procesado. El funcionario debió practicar las diligencias necesarias para determinar la veracidad de la confesión de Ortiz Quiñónez, y establecer las circunstancias del hecho, pero no lo hizo, ni averiguó por las torturas de que fue objeto.

5. Violación del artículo 188 del estatuto procesal, que ordena que las notificaciones de las providencias al sindicado privado de la libertad deben hacerse personalmente, so pena de incurrir en nulidad. En el presente caso, la resolución que dispuso el cierre de la investigación no fue notificada personalmente al procesado Ortiz Quiñonez, y la anotación por estado resulta ineficaz, ya que fue realizada antes del agotamiento del término para la notificación personal. Al acusado tampoco se le notificó el auto por medio del cual se abrió el juicio a pruebas.

Apoyado en estas consideraciones, solicita a la Corte aceptar los cargos propuestos, y casar la sentencia impugnada (fl. 98-3).

2. A nombre de Alba Libia Esquivel.

Dos cargos, uno con fundamento en la causal primera de casación, y otro con apoyo en la tercera, presenta el libelista contra la sentencia impugnada.

Causal primera:

Violación indirecta de la ley sustancial, debido a los siguientes errores de hecho en la apreciación de las pruebas:

1. Haber ignorado el reconocimiento en fila de personas realizado con la presencia de la procesada Alba Libia Esquivel y el testigo Benjamín Gutiérrez

Hernández (secuestrado), quien no logró identificar a la inculpada como miembro de la banda que intervino en el secuestro.

Sostiene que Gutiérrez Hernández, en calidad de víctima, percibió directamente los hechos y circunstancias que rodearon su inicial aprehensión y posterior cautiverio, siendo la persona más indicada para dar cuenta de ellos. El Tribunal, sin embargo, omitió hacer alusión a esta prueba, limitándose a precisar que el testigo mencionó a "Yuveny" como la persona que más lo cuidaba, y que la descripción que suministró de ella coincidía con la dejada por el instructor en indagatoria, lo cual no es cierto, puesto que dichas descripciones son vagas e imprecisas.

2. El Tribunal, al fundamentar la sentencia, acoge la versión rendida por Guillermo Leonel Vásquez en el proceso seguido por el delito de rebelión, donde señala a "Gildardo", "Yuveny", "Manuel", "Antonio" y "El Japonés" como las personas que ejecutaron el secuestro, e insiste que su relato fue reiterado en este asunto. Sin embargo, su dicho ofrece inconsistencias y contradicciones, ya que no es claro en la narración que hace de las actividades cumplidas por "Albeiro" antes de haber sido conformado el grupo de finanzas, ni precisa en dónde se hallaba "Yuveny", ni qué tipo de arma portaba, refiriéndose a ella como una de las personas que cuidaba al secuestrado con varios subversivos más, sin entrar en detalles.

Su relato adolece de falta de sinceridad en razón a las ventajas que pretendía obtener con su delación, como la rebaja de pena por haber confesado, mientras los otros acusados resultaban perjudicados con sus versiones confusas y contradictorias. Basta ver cómo en su relato sostiene que para la fecha de la liberación de Gutiérrez Hernández no se hallaba presente porque había sido enviado a Cocorá a verificar la presencia del Ejército, cuando la verdad es que para el día que fue dejado en libertad el secuestrado (septiembre 26 de 1993), Guillermo Leonel Vásquez ya se hallaba detenido (septiembre 20/93).

Si el juez *ad quem* hubiera analizado estos aspectos, habría advertido que el testigo faltó al deber de sinceridad, deformando la realidad a través de su relato.

3. El Tribunal dejó de analizar la parte de la indagatoria de José Albeiro Ortiz Quiñonez, donde sostiene que lo dicho en su versión inicial sobre la participación de "Yuveny" en el acto de aprehensión del secuestrado es falso, y donde afirma que su versión fue producto de amenazas y torturas, limitándose a sostener que Ortiz Quiñonez suministró información concreta sobre las labores desarrolladas por el grupo, y las personas comprometidas en el secuestro.

La afirmación del Juez *a quo*, en el sentido de que la "película de las torturas" solo constituyen argucias sin respaldo procesal, riñe con la realidad probatoria, puesto que José Albeiro Ortiz Quiñonez y Orlando Celis fueron objeto de ellas, como se dejó consignado en la indagatoria del primero, y lo dictaminó medicina legal en relación con el último.

Al incurrir en estos errores, los juzgadores violaron lo establecido en los artículos 254 del Código de Procedimiento, que ordena que la apreciación de las pruebas debe hacerse en conjunto y de acuerdo con las reglas de la sana crítica, y el 294 *ejusdem* que señala los criterios de valoración del testimonio.

En el caso *sub judice*, el juzgador partió de la versión de Guillermo Leonel Alvarez como testigo único acusador, lo cual hace desde un comienzo sospechosa su palabra, no pudiendo, por tanto, constituir base legítima de una condena, porque no ofrece certeza para ella, pues el testigo único solo puede ser tenido como un enunciado, no como prueba de responsabilidad, por ser extraño y contrario a todo principio de justicia, así como al de presunción de inocencia, razón por la cual su dicho no puede prevalecer sobre la versión del acusado, si no existen otros elementos de prueba que lo reafirmen.

Concluye solicitando a la Corte casar el fallo impugnado.

Causal tercera:

Con excepción del cargo por ausencia de defensa técnica, que presenta algunas variantes en su contenido, los demás que el casacionista plantea contra la sentencia impugnada son literalmente idénticos a los propuestos en la demanda compendiada en precedencia, razón por la cual la Corte se remite al resumen que se hizo de ellos en el acápite respectivo.

En relación con la ausencia de asistencia profesional, el actor agrega que después de haber sido nombrado el doctor Alvaro Rodríguez Salazar como defensor de los procesados Guillermo Leonel Vásquez, José Albeiro Ortiz Quiñónez y Alba Libia Esquivel, y de proferida la resolución acusatoria, esta última otorgó poder al doctor Tito Augusto Gaitán Prieto (sic), pero esta representación fue ejercitada en forma precaria, ya que del examen del proceso se constata que no recurrió la acusación, y que en el juicio de limitó a pedir cuatro pruebas, habiendo sido decretadas dos y solo practicada una: el reconocimiento en fila de personas con la intervención del testigo Benjamín Gutiérrez (fls. 470 473, 536-1).

Nada hizo el profesional del derecho en procura de lograr la práctica del otro reconocimiento en fila de personas con la intervención del testigo acusador Guillermo Leonel Vásquez, no obstante ser fundamental para definir la participación de la procesada, y tener aptitud inequívoca para variar su situación jurídica.

En esto consistió la intervención del doctor Gaitán Crespo como defensor de la acusada. Después, Alba Libia otorgó poder al doctor Jair Rubiano Zarazo, quien fue reconocido cuando ya se había proferido sentencia de primera instancia. Dicho profesional interpuso recurso de apelación en su contra, pero cuando lo sustentó ya la acusada había nombrado como nuevo apoderado al doctor Jesús Hernán Lozano Bernal, quien no realizó ninguna actividad profesional (fl. 142-3).

3. A nombre de Carlos Alberto Rodríguez Franco o José Gabriel Gómez Rodríguez.

Con fundamento en la causales tercera y primera de casación, sendos cargos presenta el demandante contra el fallo impugnado.

Causal tercera:

Existencia de irregularidades sustanciales que afectan el debido proceso, así:

1. Carlos Alberto Rodríguez Franco no fue interrogado de manera adecuada en la indagatoria sobre los hechos punibles imputados, lo cual genera violación del derecho de defensa. El artículo 360 del Código de Procedimiento Penal dispone que el funcionario judicial debe preguntar al imputado acerca de los hechos que originaron su vinculación, de suerte que, cuando este mandato es desconocido, resultan inobservadas las formalidades del debido proceso, y se hace nugatorio el derecho de defensa.

Solo fue interrogado por la negociación que venía adelantando para la liberación del secuestrado, y sobre su vinculación con el frente XXI de las FARC. Y, al terminar la diligencia, si sabía quiénes eran los autores, cómplices o auxiliadores de los delitos de *"rebelión, secuestro extorsivo, porte ilegal de armas de uso privativo de las Fuerzas Armadas que se investiga en este proceso para estas diligencias y por el cual ha sido indagado"*.

2. En contra del procesado se dictó medida de aseguramiento de detención preventiva por los delitos de *"secuestro extorsivo, concierto para secuestrar, rebelión, terrorismo, porte ilegal de armas de uso privativo de las Fuerzas Armadas y lesiones personales con fines terroristas"*, pero si se revisa la indagatoria, podrá advertirse que en ella no se hizo pregunta alguna que se relacione con los delitos de *"concierto para secuestrar, rebelión, terrorismo y lesiones personales con fines terroristas"*, después se le acusaría por concierto para secuestrar y rebelion".

Esta actuación vulnera el debido proceso, porque "imponerle al procesado una medida de aseguramiento que no tiene nexo causal con el contenido de la indagatoria, en razón a que uno de esos punibles no fue objeto de controversia por parte del sindicado en su injurada", viola el derecho de defensa, "con mayor razón si el delito no cuestionado es incluido en la resolución acusatoria".

3. Durante toda la instrucción y el juzgamiento la institución de las notificaciones fue erradicada. Las certificaciones sobre su realización no aparecen suscritas por el empleado encargado de efectuarlas, lo cual viola lo dispuesto en el artículo 315 del estatuto procesal civil, aplicable al procedimiento penal en virtud del principio de integración previsto en el artículo 21.

También se desconoció el artículo 157 del Código de Procedimiento penal, pues siendo el acusado analfabeta, debió darse cumplimiento a lo establecido en dicha norma, que prescribe que si una de las personas intervinientes en el acto no puede firmar "se le tomará la impresión digital y firmará por ella un testigo, de lo cual se dejará constancia".

4. De acuerdo con los artículos 188 y 190 *ejusdem*, la notificación al sindicado que se encuentre privado de la libertad, y al Ministerio Público, debe hacerse en forma personal.

Examinado el expediente, se advierte que la providencia mediante la cual se dispuso el cierre de la investigación, no fue notificada personalmente al procesado Ortiz Quiñonez, no obstante encontrarse detenido, de donde se sigue que la decisión no causó ejecutoria, y por ello el término de traslado para la presentación de los alegatos, no podía iniciarse, según lo determina el artículo 331 del citado estatuto.

5. Otro grave error que vulnera las formas propias del juicio lo cometió el juez *a quo* al inaplicar el artículo 457 *ejusdem*, que prevé un procedimiento especial para el juzgamiento de los delitos de competencia de la justicia regional, y que entró en vigencia el 30 de noviembre de 1993, derogando todas las normas que le fueran contrarias.

Frente a las nuevas preceptivas, el Juez debió aplicar el artículo 466 del estatuto adjetivo, ordenando que el proceso quedara a disposición de las partes por el término de 30 días para la preparación de la audiencia. Luego, decretar las pruebas pedidas, y finalmente dejar el proceso a disposición de las partes para la presentación de alegatos. Todo este procedimiento fue desconocido, porque se aplicó una norma derogada, Decreto 2790 de 1990 en sus artículos 42 a 46, adoptado como legislación permanente por el Decreto 2271 de 1991.

Consecuente con sus planteamientos, pide a la Corte decretar la nulidad de lo actuado a partir de la providencia que resolvió la situación jurídica del procesado.

Causal primera:

Violación indirecta de la ley sustancial derivado de errores de hecho por falsos juicios de identidad en la apreciación de las pruebas, que llevaron a los juzgadores a declarar penalmente responsable al procesado Rodríguez Franco en el delito de secuestro extorsivo, en calidad de coautor.

Sostiene que el Tribunal, en el proceso de apreciación de la prueba, no tuvo en cuenta lo afirmado por los declarantes Eric Alexánder Gutiérrez Navarro, Nemecio Tafur Cardozo, Carlos Germán Bermúdez García, Myriam Muñoz Figueroa y Benjamín Gutiérrez Navarro, en el sentido de que Rodríguez Franco no tenía conocimiento del secuestro de Benjamín Gutiérrez Hernández.

Conforme a lo declarado por estos deponentes, no puede sostenerse que Rodríguez Franco sea el autor material o intelectual del secuestro, por cuanto, como lo demuestran dichos testigos, nada sabía del hecho, y por eso cuando fue avisado del secuestro por parte de Orlando Celis Rodríguez, se comprometió a adelantar las respectivas averiguaciones, para luego ponerse en comunicación con los interesados.

En estas condiciones, si alguna responsabilidad podía atribuírsele, sería a título de cómplice, no de coautor, por el hecho de haber prestado su colabo-

ración en el proceso de negociación con los plagiarios, lo cual lo ubicaría dentro del ámbito de contribución de que trata el artículo 24 del Código Penal.

Por consiguiente, solicita a la Corte casar la sentencia impugnada, y modificar la pena impuesta al procesado.

CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

1. Demanda a nombre del procesado José Albeiro Ortiz Quiñónez, y cargo segundo de la demanda a nombre de Alba Libia Esquivel.

Después de aludir a la identidad de estos reproches, y la conveniencia de su análisis conjunto, el Procurador Tercero Delegado en lo Penal sostiene que en ambos casos se presentan graves deficiencias de orden técnico que imposibilitan el estudio de las censuras.

El demandante plantea, por ejemplo, plurales irregularidades, que debieron ser propuestas de manera separada, puesto que comprendían temas diversos e imponían demostración argumental diferente. Además de ello, no señala la incidencia de las informalidades en el trámite surtido, y consecuencialmente, en la sentencia impugnada, dejando los cargos sin fundamentación.

En cuanto a la falta de defensa técnica, el cargo se sustenta en la afirmación de que el defensor designado al procesado José Albeiro Ortiz Quiñónez en indagatoria, lo fue solo para esta diligencia, permaneciendo sin asistencia hasta tanto la Fiscalía le designó uno de oficio en su reemplazo, pero el artículo 139 del estatuto procesal establece que la designación se entiende hecha para todo el proceso, y en tales condiciones mal puede el demandante suponer que lo hubiera sido únicamente para la injurada.

Después del cierre de la investigación, el funcionario le nombró un nuevo defensor, que presentó alegatos previos a la calificación del mérito del sumario, y en la etapa del juicio, el procesado otorgó poder a una abogada de la defensoría pública, con quien continuó el trámite, actuación de la que surge que Ortiz Quiñónez no estuvo desprovisto de defensa técnica.

El actor plantea igualmente que el procesado no fue informado en su indagatoria sobre la excepción a la obligación de declarar contra su compañera permanente, pero del texto del acta se infiere que a Ortiz Quiñónez se le hicieron las previsiones del artículo 357 y siguientes del Código de Procedimiento, que contienen tal advertencia. Aparte de ello, el indagado no hizo cargos en contra de su compañera por el delito de secuestro extorsivo.

Se equivoca así mismo el censor cuando pretende desestimar la labor del defensor de oficio en la fase del sumario, con el argumento de que presentó alegatos en dos hojas y media, porque no es la extensión del escrito lo que determina una mayor o menor actividad de la defensa, sino su contenido.

Tampoco constituye irregularidad que el defensor designado en el juicio por el procesado hubiese dejado de sustentar el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia, porque no existe norma que obligue a hacerlo, pudiéndose tratar de una estrategia defensiva.

Asegura también el recurrente que el acusado fue sometido a torturas desde el momento de su aprehensión, violándose de esta manera sus garantías fundamentales, pero la indagatoria cuya validez cuestiona el censor no fue la recibida en este proceso. De suerte que, por virtud de lo actuado en este asunto, no puede afirmarse que haya sido violada garantía alguna al procesado.

En cuanto tiene que ver con la falta de notificación personal de la providencia mediante la cual se dispuso la clausura del sumario, el demandante no indica la trascendencia de esta irregularidad procesal, como era su deber. Además, el defensor presentó alegatos de conclusión, lo cual indica que de todas formas se cumplió con la finalidad para la cual estaba instituido el acto omitido.

En lo tocante a la violación del derecho de defensa por haber sido nombrado el mismo defensor a los procesados Guillermo Leonel Vásquez, José Albeiro Ortiz Quiñonez y Alba Libia Esquivel, no obstante tener intereses contrapuestos, el recurrente no demuestra cuáles son esos intereses, ni la etapa procesal en la cual la situación se produjo. Con todo, resulta importante destacar que el doctor Alvaro Rodríguez Salazar se posesionó como defensor de los procesados el 9 de junio de 1994, y que solo mantuvo una tal condición por espacio de un mes, ya que Alba Libia Esquivel y José Albeiro Ortiz Quiñónez otorgaron poder a otros abogados.

Las consideraciones precedentes, son también predicables de los cargos formulados en la demanda presentada a nombre de Alba Libia Esquivel, al amparo de la misma causal, debiéndose agregar que algunas de las irregularidades denunciadas, no tuvieron ocurrencia en la realidad procesal, como la relativa a que la procesada no fue notificada del cierre de la investigación, cuando aparece claro que dicho acto se cumplió el 30 de mayo de 1994.

2. Demanda a nombre de Alba Libia Esquivel.

Cargo primero.

Sostiene que el actor entremezcla indebidamente dos propuestas distintas, como quiera que afirma que los sentenciadores ignoraron la prueba de reconocimiento en fila de personas, con lo cual pareciera estar proponiendo un error de hecho por falso juicio de existencia, y al mismo tiempo sugiere que la confesión es ineficaz por haber sido obtenida mediante torturas, desviando el reproche hacia un error de derecho por falso juicio de legalidad.

Cierto es que los juzgadores ninguna referencia hicieron a la prueba de reconocimiento donde el ofendido afirmó que ninguna de las personas que conformaban la fila había tenido participación en el secuestro, pero el actor olvida demostrar la trascendencia de esta omisión, tarea que resultaba bien

difícil si se toman en cuenta, como se impone hacerlo, los múltiples medios de convicción que comprometen la responsabilidad de la procesada en el hecho.

3. Demanda a nombre de Carlos Alberto Rodríguez Franco o José Gabriel Gómez Rodríguez.

Cargo primero: Para el Procurador Delegado, las irregularidades indicadas por el demandante no tienen la trascendencia requerida para generar nulidad, porque la eficacia del proceso penal está determinada no solo por el cumplimiento del fin (búsqueda de la verdad, respeto de las garantías etc), sino por el logro de la función pretendida (administrar justicia con prevalencia del derecho sustancial).

La posición doctrinaria a la cual se adscribe el libelista, corresponde a una teoría formal, según la cual, la eficacia o ineficacia de un acto procesal se determina por lo que ordena la ley, considerándose válido lo que se haga conforme a ella, e ineficaz lo que la contraríe. Bajo esta perspectiva, los ritos procedimentales deben cumplirse estrictamente, como lo sostiene el demandante.

La teoría material, a la cual se acoge nuestro ordenamiento procesal penal, considera, en cambio, que la eficacia o ineficacia de los actos debe valorarse frente a los fines y la función del proceso, entendido como método. Por tanto, muchas irregularidades, que pueden entrañar quebrantamiento de una determinada norma, pueden a su vez cumplir metodológicamente con los fines del proceso, no estando llamadas a generar nulidad de la actuación.

La corriente material no acude al formalismo, sino a la esencia del proceso. No se apoya en el culto a los ritos, sino en la búsqueda de los fines para los cuales el proceso está establecido, debiéndose distinguir las irregularidades en trascendentes, si obstaculizan la obtención del fin del proceso, o instrascendentes en caso contrario, consagración que contiene el numeral 1 del artículo 308 del estatuto procesal.

En este orden de ideas, resulta irrelevante que el empleado judicial haya dejado de firmar las constancias de notificación, si surge evidente, como en el presente caso, que el acto cumplió con el propósito de enterar a los sujetos procesales de las decisiones contenidas en las providencias respectivas.

Cierto es, de otro lado, que uno de los detenidos no fue notificado personalmente de la providencia de clausura de la investigación, y que esto constituye una informalidad, pero ello en nada afecta los intereses de Rodríguez Franco, quien fue debidamente notificado de la providencia.

Tampoco resulta ser constitutivo de nulidad que el Juez de primera instancia, en el auto de iniciación de la fase de juzgamiento, haya expresado que el trámite debía cumplirse "conforme al procedimiento señalado en los artículos 42 a 46 del Decreto 2790 de 1990", cuando, a juicio del recurrente, ha debido citar el artículo 457 del Código de Procedimiento Penal.

Las normas invocadas por el Juez no se contraponen al trámite señalado en el mencionado artículo 457; por el contrario se complementan. El artículo

42 del Decreto 2790 otorga a los sujetos procesales el término de 20 días para solicitar pruebas cuando el asunto es de competencia de los Jueces Regionales, y el Código establece que vencido ese término (el de traslado para preparación de audiencia y solicitud de pruebas), el Juez las decretará en el término de tres días y ordenará su práctica en los veinte días siguientes, luego de lo cual el expediente se dejará a disposición de las partes por ocho días para presentación de alegatos.

En el caso *sub judice*, si se examina la actuación cumplida en el juicio, se advertirá que el funcionario judicial fue celoso cumplidor de la garantía de defensa que tenían los procesados, y que el cargo sustentado en la susodicha informalidad, carece de fundamento.

Para terminar, sostiene que la ley procesal no exige congruencia alguna entre la calificación jurídica realizada en la resolución que definió la situación jurídica y la que contiene la acusación, como tampoco entre la indagatoria y dichas piezas procesales. Por ello, ninguna irregularidad se aprecia en el proceso de decantación de los cargos formulados al sindicado.

Cargo segundo:

Argumenta que una simple lectura de las declaraciones cuya apreciación cuestiona el actor, resulta suficiente para advertir que los errores de hecho que denuncia, derivados de falsos juicios de identidad, no tuvieron ocurrencia, pues los testigos afirman claramente la participación del procesado Rodríguez en el secuestro objeto de investigación. Lo que se advierte, es que los declarantes lo señalan con el "alias" que adoptó en las filas guerrilleras, pero después se estableció que responde al nombre de Carlos Alberto Rodríguez Franco.

Además, dichos medios de convicción no fueron los únicos en los cuales los juzgadores de instancia sustentaron la decisión de condena. También lo fueron otros, de los que surge con claridad que el acusado participó en el secuestro investigado, a título de autor, puesto que fue la persona que ordenó su ejecución, en calidad de comandante de la columna guerrillera.

Consecuente con estos planteamientos, solicita a la Corte no casar la sentencia impugnada.

Se Considera

1. Demanda a nombre de José Albeiro Ortiz Quiñónez.

1.1. Causal tercera:

1.1.1. Ausencia de defensa técnica. La afirmación consistente en que el defensor de oficio que asistió al procesado en la indagatoria fue designado solo para esta diligencia, no es cierta. En el texto del acta respectiva no aparece anotación en dicho sentido, y ante ello, debe necesariamente entenderse que el nombramiento se hizo para todo el proceso, conforme a lo establecido en el artículo 139 del Código de Procedimiento Penal.

El demandante apoya el ataque en las constancias dejadas por un funcionario de Secretaría a folios 314 y 344 del cuaderno principal, donde se afirma que los defensores de oficio designados en indagatoria a los procesados Alba Libia Esquivel, Guillermo Leonel Vásquez y Jorge Albeiro Ortiz Quiñonez, lo fueron solo para dicha diligencia (fls. 314 y 344-1), pero ello es cierto únicamente en relación con la sindicada Alba Libia Esquivel, quien exigió que el nombramiento se hiciera en dichos términos, no respecto de los otros indagados (fls. 252-1).

De todas formas, preciso es señalar que en vista de las citadas constancias dejadas por la Secretaría, el funcionario instructor, al disponer la clausura del período investigativo, procedió a nombrar nuevo defensor de oficio a los procesados, corrigiendo de esta manera la falencia que hubiera podido presentarse por ausencia de defensa calificada (fls. 348, 349, 364 y 365-1).

Además de ello, se tiene que en el lapso durante el cual los imputados estuvieron supuestamente desprovistos de asistencia técnica, no se registró actividad probatoria de índole alguna, ya que por razones de competencia, una vez recibidas las indagatorias en la ciudad de Ibagué, el expediente debió ser remitido a la Dirección Regional de Santa Fe de Bogotá, donde se resolvió la situación jurídica y se dispuso el cierre de la investigación.

Siendo ello así, no se advierte, entonces, de qué manera la pretendida circunstancia de desprotección técnica pudo haber afectado el derecho de defensa del acusado, ni el casacionista se toma el trabajo de demostrarlo, como resulta imperioso hacerlo cuando se alega nulidad por violación de esta garantía fundamental.

En cuanto tiene que ver con la crítica a la actividad desarrollada por los abogados responsables de la asistencia profesional del procesado a partir de ese momento, basta señalar que no por haber dejado de impugnar una decisión, o haber presentado una alegación en un determinado sentido y no en otro, o en cierto número de folios, puede afirmarse que el derecho a la defensa haya sido afectado.

El defensor, en el ejercicio de la función de asistencia profesional, goza de total iniciativa, pudiendo optar por abstenerse de impugnar providencias, o dejar de ejercer una activa controversia conceptual o probatoria, e inclusive por el silencio como estrategia defensiva, sin que ello signifique desatención o abandono de la función que le ha sido confiada.

Menos aun puede llegar a constituir violación del derecho de defensa, con repercusiones en la eficacia de la actuación procesal, la orientación jurídico dogmática de sus alegaciones, o la forma, laconismo o prolijidad de sus escritos, pues la ley no le impone al defensor derroteros en torno al estilo o contenido de sus propuestas, y no por estar en desacuerdo con ellos, o haber sido adversos los resultados del juicio, puede sostenerse que el procesado estuvo desamparado en su defensa.

1.1.2. Incompatibilidad de la defensa. Cierto es que el doctor Alvaro Rodríguez Salazar fungió a un mismo tiempo como defensor de oficio de los procesados José Albeiro Ortiz Quiñónez, Guillermo Leonel Alvarez y Alba Libia Esquivel, quienes suministran versiones contrapuestas sobre su participación en el delito de secuestro, llegando incluso a las acusaciones mutuas, pero el libelista no explica de qué manera dicha representación conjunta pudo haber incidido negativamente en el ejercicio del derecho de defensa de su representado, con lo cual incumple acreditar la trascendencia del vicio, indispensable para la prosperidad de la censura.

Aunque la aludida falta de sustentación sería suficiente para desestimar el reparo, no puede dejar la Sala de precisar que la actuación del doctor Rodríguez Salazar como defensor de los tres procesados se circunscribió a los alegatos precalificatorios, donde planteó en favor de todos ellos la causal de inculpabilidad prevista en el artículo 40.3 del Código Penal, sobre el supuesto de que las órdenes impartidas por sus comandantes constituían imperativos de imposible desconocimiento, y subsidiariamente, su condición de simples contribuidores, y por tanto, de cómplices, tesis ambas que sustentó en debida forma, no advirtiéndose, en consecuencia, de qué manera esta concreta actividad suya pudo haber comprometido el derecho de defensa de Ortiz Quiñónez, o los demás procesados.

El examen de la actuación procesal permite constatar que inmediatamente después de proferida la resolución de acusación, Alba Libia Esquivel otorgó poder al doctor Tito Augusto Gaitán Crespo, quien de inmediato asumió su defensa (fls. 429 y 430-1), y después, en el curso del juicio, los acusados José Albeiro Ortiz y Guillermo Leonel Vásquez hicieron lo propio, nombrando, en su orden, a las doctoras Betty Flórez Castañeda y Martha Cecilia Reina Gómez, abogadas adscritas a la defensoría pública, como defensoras (fls. 711, 713, 810, 812-1).

Además de lo expuesto, no surge clara la afirmada existencia de incompatibilidad de intereses entre los enjuiciados José Albeiro Ortiz Quiñonez y Guillermo Leonel Vásquez, si se toma en cuenta que ambos aceptan haber tenido participación en el secuestro del hacendado Benjamín Gutiérrez Hernández, y que sus versiones, por tanto, no implican exclusión recíproca de responsabilidad.

La discrepancia se presenta solo en cuanto a la persona que habría dado la orden de ejecutar el secuestro (Guillermo Leonel Vásquez sostiene que "Albeiro", y Ortiz Quiñónez que "Ferney"), y en que Ortiz Quiñónez procura excluir de responsabilidad a Carlos Alberto Rodríguez Franco y Alba Libia Esquivel, asegurando que no conoce al primero, y que la última no participó en el hecho, pero tales divergencias resultan irrelevantes en orden a la definición de su compromiso penal.

1.1.3. Haber sido torturado por los militares que lo capturaron, y no haber sido informado del derecho que tenía a no declarar contra su compañera permanente cuando rindió indagatoria. La diligencia a la cual se refiere el

demandante no fue la recibida en este proceso, sino en la investigación adelantada por el delito de rebelión, cuyo texto aparece en copia a folio 237 del cuaderno principal, en calidad de prueba trasladada.

En el proceso que es objeto de estudio no existe elemento de juicio alguno del que pueda inferirse que Ortiz Quiñónez fue sometido a malos tratos, o a amenazas que lo hubieran llevado a aceptar su participación en el delito investigado, o a declarar en un determinado sentido, y no se entiende de qué manera las torturas supuestamente recibidas en el momento de su captura, pudieron haber viciado su capacidad de libre determinación en la indagatoria rendida dos meses después en este asunto (noviembre 19 de 1993).

Tampoco resulta predicable del presente caso la irregularidad consistente en no haber sido informado el indagado del derecho que tenía a no declarar contra su compañera permanente. De la lectura del acta respectiva se advierte que Ortiz Quiñónez no solo fue enterado del texto del artículo 358 del Código de Procedimiento Penal, que contiene, entre otras advertencias, la relacionada con dicha excepción, sino que en la citada diligencia, no hace cargo alguno contra Alba Libia, siendo evidente, por el contrario, su interés en excluirla de toda responsabilidad, de donde se sigue que el cargo carece por completo de fundamento fáctico (fls.257-1).

Ahora bien. Si la pretensión del impugnante era atacar, fundamentado en los mismos motivos, la validez de la indagatoria rendida por Ortiz Quiñónez en el proceso que se le siguió por el delito de rebelión, debió enderezar el ataque por la vía de la causal primera de casación, cuerpo segundo, por error de derecho por falso juicio de legalidad, mas no por los cauces de la tercera, toda vez que la declaración de ilegalidad de esta diligencia no tendría la virtualidad de comprometer la validez de la actuación correspondiente a este asunto, sino simplemente de excluirla como elemento de juicio, dada su condición de prueba trasladada.

1.1.4. Violación del principio de investigación integral. Reiteradamente la Corte ha sostenido que los enunciados generales en torno al desconocimiento de este principio, no constituyen argumento válido para sustentar un ataque por nulidad en sede extraordinaria. Para ello se requiere que el libelista relacione las pruebas que, siendo importantes para el establecimiento de la materialidad del delito o la responsabilidad del inculpado, dejaron de ser incorporadas al proceso, y demuestre que de haber sido allegadas, habrían procurado en el juzgador una solución distinta del asunto.

Nada de ésto hace el censor, quien se limita a afirmar la violación del principio, con el único argumento de que entre la indagatoria de Ortiz Quiñónez y el cierre de la investigación no se practicó prueba alguna, aludiendo al deber que tenía el funcionario instructor de verificar la confesión del procesado y averiguar las circunstancias del hecho, sin precisar qué clase de pruebas debieron practicarse para tales efectos, ni cómo esta situación pudo haber procurado el desquiciamiento de los supuestos fácticos o probatorios de la decisión de condena, dejando la censura en el solo enunciado.

Con todo, preciso es señalar que la verificación pretendida por el libelista carecía de sentido, como quiera que el hecho punible confesado por el indagado se hallaba acreditado plenamente en el proceso, y su dicho no era el único medio de convicción con que contaba el funcionario en esos momentos, pues de la actuación surgían otras pruebas que afirmaban su participación en el ilícito.

1.1.5. Indebida notificación de la resolución de cierre de la investigación. Las posibles irregularidades que pudieron haberse presentado en la notificación de esta providencia resultan totalmente irrelevantes, si se da en considerar que el defensor del procesado al cual dejó de notificarse personalmente la citada providencia, presentó oportunamente alegatos de conclusión, y que de esta manera se cumplió con el propósito buscado a través de acto omitido.

No puede perderse de vista que la declaratoria de nulidades en nuestro sistema penal está regida, entre otros principios, por el de instrumentalidad de las formas, de acuerdo con el cual no habrá lugar a la invalidez del acto cuando cumpla la finalidad para la cual estaba destinado, situación que, como acaba de verse, se habría presentado.

Visto, entonces, que ninguna de las falencias denunciadas por el casacionista tiene la entidad requerida para viciar de nulidad la actuación procesal, se impone la desestimación de la censura.

2. Demanda a nombre de Alba Libia Esquivel.

2.1. Causal tercera:

Como se dejó anotado en el resumen que se hizo de los escritos de sustentación, los cargos presentados por el actor al amparo de esta causal son literalmente idénticos a los planteados en el libelo que viene de ser analizado. Por manera que las consideraciones expuestas para su rechazo, resultan también válidas en orden a la desestimación de los cargos aquí formulados, con las siguientes acotaciones:

El proveído mediante el cual se declaró cerrada la investigación fue notificado personalmente a la acusada el 30 de mayo de 1994, según consta a folio 336 vuelto del cuaderno principal. De suerte que el vicio denunciado no tuvo lugar en relación con ella, y el demandante carece de interés para alegar en favor de su representada la ausencia de notificación personal de la referida providencia al procesado Ortiz Quiñonez.

En punto a la violación del derecho de defensa por inactividad profesional, debe precisarse, una vez más, que la inexistencia de actos positivos de contradicción probatoria, impugnación, o alegación, no necesariamente indica ausencia de asistencia técnica, ya que el abogado puede optar por ejercitar solo algunos de estos derechos, o guardar silencio dentro del marco de una actitud vigilante, como estrategia defensiva, sin que ello signifique abandono de la gestión encomendada [Cfr. Cas. sep.18/97, feb. 25/99, marzo 23/99, Mag. Ptc. Dr. Arboleda Ripoll, entre otras].

De allí que carezca de sentido invocar como motivo de nulidad la circunstancia de haber dejado el defensor de impugnar la resolución de acusación, o de insistir en la práctica de una determinada prueba, pues, como ya se dejó dicho, el abogado goza de autonomía en el ejercicio y orientación estratégica de la gestión que le ha sido encomendada, y no por estar en desacuerdo con su forma o contenido, puede afirmarse que no exista o haya sido inadecuada.

Examinada la actuación procesal, se advierte que el doctor Tito Augusto Gaitán Crespo, a quien Alba Libia Esquivel otorgó poder después de haber sido proferida la resolución acusatoria (fls. 429 y 430), solicitó pruebas en el juicio (fl. 479, 488-1), asistió a la acusada en la diligencia de reconocimiento en fila de personas con la participación del testigo Benjamín Gutiérrez Hernández (fls. 536-1), y presentó alegatos de conclusión (fls..608-1), actuación de la que claramente se deduce que estaba atento y controlaba el trámite del asunto, y la suerte de su defendida.

Dentro del mismo acápite, el demandante critica la actividad del abogado, por no haber insistido en la práctica de la diligencia de reconocimiento en fila de personas de la procesada por parte del también inculpado Guillermo Leonel Alvarez, pero dicha probanza, contrario a lo sostenido, resultaba inoficiosa, toda vez que Guillermo Leonel Alvarez fue la persona que la delató y entregó a las autoridades.

El cargo no prospera.

2.2. Causal primera:

2.2.1. Haber ignorado los juzgadores de instancia la diligencia de reconocimiento en fila de personas realizada en el juicio. Cierto es que los fallos no hicieron alusión a la citada diligencia, pero el casacionista no demuestra la trascendencia del yerro.

Una tal acreditación implicaba tener que realizar una nueva valoración de los elementos de prueba que sirvieron de soporte a la decisión impugnada, con inclusión de la prueba omitida, a fin de demostrar que el sentido o alcance del fallo habría sido distinto si hubiese sido apreciada, tarea que omite realizar el censor.

Sus argumentaciones, como se recuerda, comprenden solo una crítica a la afirmación del Tribunal en el sentido de que el secuestrado mencionó a "Yuveney" como una de las personas encargadas de su vigilancia, y que la descripción física de ella suministrada coincidía con la dejada por el instructor en indagatoria, argumentos que el tribunal adujo solo con carácter complementario, pues la decisión de condena se apoya fundamentalmente en el dicho de Guillermo Leonel Vásquez, y la primera versión del procesado José Albeiro Ortiz Quiñónez, quienes señalaron a Alba Libia como una de las personas que tomó parte en la aprehensión del hacendado, y luego desempeñó funciones de custodia.

Afirmar, entonces, que la procesada no participó en el hecho delictivo porque Benjamín Gutiérrez Hernández (víctima), en la diligencia de reconocimiento

en fila de personas, dijo que ninguna de ellas había intervenido en su secuestro, es desconocer los elementos de prueba a los cuales se ha hecho alusión, que inequívocamente la señalan como militante de las FARC, y miembro de la columna que llevó a cabo el plagio de Gutiérrez Hernández.

El temor apenas natural del testigo de verse expuesto a represalias por parte del grupo guerrillero, "si hablaba más de la cuenta", sobre lo cual informa en su declaración juramentada, resulta ser argumento suficiente para poner en tela de juicio la sinceridad de su dicho, y concluir que la prueba en comento no tiene la virtualidad, frente a las reglas de la sana crítica, de desquiciar el soporte probatorio del fallo impugnado.

2.2.2. Apreciación indebida de la versión del procesado Guillermo Leonel Vásquez. En relación con este reparo basta decir, para desestimarlo, que el actor no identifica la clase de error de apreciación probatoria cometido, y aun cuando de su desarrollo resulta evidente que discute la apreciación que los juzgadores hicieron de su mérito, no demuestra el yerro, sino que se limita a contraponer al criterio de valoración de los Jueces el suyo propio, olvidando que un ataque de esta naturaleza no tiene ninguna posibilidad de éxito en sede extraordinaria, en virtud de la doble presunción de acierto y legalidad de que está amparado el fallo de segunda instancia.

2.2.3. Apreciación indebida de la indagatoria del procesado José Albeiro Ortiz Quiñónez. El planteamiento que hace el impugnante en relación con este medio de prueba es contradictorio, pues al tiempo que atribuye al Tribunal haber omitido apreciar parte de ella (concretamente donde el indagado sostiene que lo dicho en su anterior versión sobre la participación de "Yuveny" en el hecho, es falso), cuestiona también su validez, por estimar que fue producto de torturas, propuesta que implica la formulación de dos clases de error en la apreciación de la misma prueba, uno de hecho por falso juicio de identidad, y otro de derecho por falso juicio de legalidad, lo cual, en casación, entraña un contrasentido, pues mientras el primero presupone que la prueba es jurídico-formalmente válida, el segundo niega su legitimidad por defectos de producción.

Aunque esta inconsistencia resulta suficiente para rechazar el cargo, no puede dejar de precisarse que los argumentos expuestos por el censor para afirmar la ineficacia de la citada diligencia, son equivocados, y que no es cierto que los juzgadores de instancia hayan dejado de apreciar la retractación del declarante.

Tanto la indagatoria rendida por Ortiz Quiñónez dentro del proceso seguido en su contra por el delito de rebelión (que hace parte de la presente actuación en calidad de prueba trasladada), como la vertida en este asunto, fueron recibidas por un fiscal, en una oficina pública, y con la asistencia del defensor, sin que exista elemento de prueba alguno que permite siquiera sugerir que hayan sido obtenidas a través de torturas o amenazas. Por el contrario, aparece anotación en el sentido de que al procesado se le dejó libre de "juramento, coacción y apremio", constancia que debe ser atendida mientras no sea desvirtuada (fls. 237 y 257-1).

Cierto es que en la primera de ellas Ortiz Quiñónez afirmó haber sido objeto de torturas por quienes realizaron su aprehensión, y que la Fiscal dejó constancia en el sentido de que el procesado presentaba "morados y pequeñas escoriaciones" en diferentes partes del cuerpo (fls. 237 vto. y 238-1), pero esto no significa que lo dicho en esa diligencia haya sido producto de las torturas denunciadas, como equivocadamente parece insinuarlo el recurrente.

Finalmente debe decirse que el Juzgador goza de relativa libertad en el proceso de evaluación del mérito de la prueba, y que dentro de los marcos de racionalidad que imponen las reglas de la sana crítica, el Tribunal descartó implícitamente la versión suministrada por Ortiz Quiñonez en este asunto, al acoger como prueba de la responsabilidad de Alba Libia la versión rendida por aquél en el proceso que separadamente se le venía adelantando por rebelión, y el testimonio de Guillermo Leonel Vásquez en ambos asuntos (fls. 26-3).

De igual manera, que no es verdad, como ya se ha dejado anotado, que la decisión de condena de Alba Libia se haya fundamentado exclusivamente en las declaraciones de este último. También lo fue en el dicho de Ortiz Quiñónez, quien en el proceso adelantado por el delito de rebelión afirmó la participación de Alba Libia en el hecho, aunque debe precisarse que en nuestro sistema procesal rige el principio de libertad probatoria, de acuerdo con el cual cualquier medio, ya sea singular o plural, es apto para la demostración de los elementos constitutivos del hecho punible y la responsabilidad del procesado.

3. Demanda a nombre de Carlos Alberto Rodríguez Franco o José Gabriel Gómez Rodríguez.

3.1. Causal tercera:

3.1.1. No haber sido interrogado el procesado en su indagatoria sobre los hechos punibles que originaron su vinculación. El demandante sostiene que Rodríguez Franco o Gómez Rodríguez no fue "adecuadamente" interrogado por el funcionario instructor, pero no explica de qué manera debió adelantarse el interrogatorio, cuáles las falencias que supuestamente se presentaron, ni su incidencia en el fallo materia de impugnación.

Solo atina a precisar que en la indagatoria no aparece "absolutamente ninguna pregunta" que se relacione con los delitos de concierto para secuestrar, terrorismo y lesiones personales con fines terroristas, planteamiento que resulta impertinente, puesto que Rodríguez Franco no fue condenado por estos delitos. Además de ello, la ley no exige que el imputado sea interrogado sobre nominaciones típicas, sino en relación con "los hechos que originaron su vinculación" (art. 360 C.P.P.).

Por lo demás, de la lectura de la indagatoria claramente surge que Rodríguez Franco fue ampliamente interrogado sobre las circunstancias que rodearon su captura, su vinculación a las FARC, las declaraciones que dio a los medios de comunicación reconociendo su condición de subversivo, las exigencias que venía haciendo para la liberación de Benjamín Gutiérrez Hernández, sus contactos con los familiares y amigos del secuestrado, aspectos todos directamente

relacionados con los hechos que determinaron luego su condena por los delitos de rebelión y secuestro extorsivo.

De allí que el reproche, además de adolecer de ausencia de sustentación, resulta infundado.

3.1.2. Falta de correspondencia entre los hechos por los cuales se interrogó al procesado en indagatoria y los que sustentaron la medida de aseguramiento. También este cargo resulta inaceptable, puesto que, como ya se dejó dicho, Rodríguez Franco no fue condenado por los hechos punibles por los cuales, según el censor, dejó de ser interrogado en indagatoria, y el casacionista no demuestra de qué manera la inconsonancia denunciada afectó el derecho de defensa, o desconoció las bases fundamentales de la instrucción o el juzgamiento.

3.1.3. Preterminisión de requisitos formales en la realización de las notificaciones. El demandante sostiene que ninguna de las notificaciones llevadas a cabo a lo largo del proceso aparece suscrita por el funcionario encargado de hacerlas, y que en las efectuadas a su defendido no se tomó impresión digital, no obstante ser analfabeta, pero al igual que en el caso anterior, no demuestra cómo dichas informalidades pudieron haber incidido negativamente en el derecho de defensa, o quebrantado el debido proceso, cuando nadie discute, o pone en duda, la producción misma del acto de notificación.

En nuestro ordenamiento procesal penal, no toda irregularidad tiene la virtualidad de afectar la validez del proceso. Para que pueda llegar a hacerlo, se requiere que sea sustancial y trascendente, es decir esencial para los fines del procedimiento, y que por razón de ella se hayan quebrantado las garantías de los sujetos procesales, o las bases de la instrucción o el juzgamiento, características que no comparten las informalidades a las cuales alude el casacionista.

3.1.4. No haber sido notificada personalmente al procesado José Alberto Ortiz Quiñónez de la providencia que dispuso el cierre de la investigación. En relación con este reproche basta decir que además de irrelevante, por las razones expuestas al responder los cargos correspondientes a la demanda de Ortiz Quiñónez, el demandante carece de interés para proponerlo, como quiera que respecto de Rodríguez Franco la notificación se cumplió en forma personal, habiendo suscrito a ruego el asesor de la cárcel, según consta a folios 336 vto. del cuaderno principal.

3.1.5. Falta de aplicación del procedimiento especial establecido en el artículo 457 del estatuto procesal penal. El trámite previsto en los Decretos 2790 de 1990 y 099 de 1991 (artículos 42 a 46), incorporados a la legislación permanente por los artículos 3° y 4° del Decreto 2271 de 1991, para el juzgamiento de los delitos de competencia de la justicia regional, es sustancialmente idéntico al establecido en el artículo 457 del Código de Procedimiento Penal, en cuanto ambos prevén un término para solicitud de pruebas, otro para su práctica y, finalmente, un traslado de 8 días para presen-

tación de alegaciones de conclusión. La diferencia radica en la duración del tiempo establecido para cada una de las dos primeras fases, pues mientras el código prevé 30 días para la solicitud de pruebas (art. 466) y 20 días para su práctica, los Decretos citados fijan para tales efectos 20 y 60 días, respectivamente.

Independientemente, entonces, de si el artículo 457 derogó o no las normas de los Decretos 2790 de 1990 y 099 de 1991, relativas a dicho procedimiento especial, o si dichas disposiciones se complementan, como lo postula el Procurador Delegado en su concepto, no se advierte que el trámite cumplido haya quebrantado las bases fundamentales del juzgamiento, o que, por dicho motivo, el procesado haya visto comprometido el derecho de defensa.

El Juez, en el caso *sub judice*, agotó cada una de las fases procesales a las cuales se hizo alusión, en la forma como se lo indicaban los Decretos especiales, habiendo sido, como lo anota el Procurador Delegado, celoso cumplidor de la garantía de defensa, en cuanto no solo amplió el término de pruebas, sino que prorrogó en varias oportunidades el señalado para la presentación de alegatos.

El cargo no prospera.

3.2. Causal primera:

3.2.1. Haber incurrido en errores de hecho por falsos juicios de identidad en la apreciación de los testimonios de Eric Alexander Gutiérrez Navarro, Nemecio Tafur Cardozo, Carlos Germán Bermúdez García, Myriam Muñoz Figueroa y Benjamín Gutiérrez Navarro.

Cierto es que los fallos omitieron referirse a la afirmación hecha por los citados testigos, en el sentido de que cuando Orlando Celis Rodríguez logró entrevistarse por primera vez con el procesado Carlos Alberto Rodríguez Franco (a. Albeiro), éste manifestó no tener conocimiennto de lo sucedido, y que dicho cercenamiento de la prueba vendría a constituir en rigor técnico un error de hecho por falso juicio de identidad, en cuanto a través suyo se tergiversa el contenido del medio, pero tal error ninguna incidencia tiene en la decisión impugnada.

Eric Alexánder y Benjamín Gutiérrez Navarro (hijos del secuestrado), manifiestan que los encuentros llevados a cabo en procura de obtener su liberación, los sostuvieron directamente con "Albeiro", quien hacía las exigencias, fijaba las citas, y ponía las condiciones, y quien además portaba un radio a través del cual se comunicaron en varias oportunidades con su padre.

Aparte de estos testimonios, se tiene la versión de Guillermo Leonel Vásquez (a. Ferney), integrante de la misma columna guerrillera, quien lo señala como la persona que en calidad de comandante del grupo, ordenó la ejecución del secuestro, y el dicho de José Albeiro Ortiz Quiñónez (a. Gildardo), quien en su indagatoria dentro del proceso por el delito de rebelión reconoció haber ejecu-

tado la referida orden, y haber estado en el encuentro que terminó con la captura de aquél.

También se cuenta con las declaraciones de Luis Francisco Vega Verona, Nemecio Tafur Cardozo, Carlos Germán Bermúdez y Edgar Alfredo Castro Sarmiento, militares que participaron en el operativo donde fue capturado Rodríguez Franco (a. Albeiro), quienes contrariamente a lo sostenido por el casacionista, afirman que el procesado, al momento de su aprehensión, reconoció ser miembro del frente XXI de las FARC, y tener en su poder al hacendado Benjamín Gutiérrez Hernández.

Todos estos elementos de prueba permiten concluir que Rodríguez Franco tenía conocimiento del hecho, y afirmar, en consecuencia, la intrascendencia del yerro, pues a pesar de que los juzgadores omitieron hacer referencia a sus manifestaciones en sentido contrario, habría de mantenerse de todas formas el sentido del fallo.

El cargo no prospera.

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

RESUELVE:

NO CASAR la sentencia impugnada.

Devuélvase al tribunal de origen. Cúmplase.

Jorge Aníbal Gómez Gallego, Fernando E. Arboleda Ripoll, Jorge Córdoba Poveda, Carlos A. Gálvez Argote, Edgar Lombana Trujillo, Mario Mantilla Nougués, Carlos E. Mejía Escobar, Alvaro Orlando Pérez Pinzón, Nilson Pinilla Pinilla.

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

SANA CRITICA/ERROR DE HECHO

Como lo ha sostenido reiteradamente la Sala, la apreciación probatoria corresponde hacerla a los sentenciadores en la forma indicada en el artículo 254 del Código de Procedimiento Penal, esto es, en conjunto y de acuerdo con las reglas de la sana crítica. Tratándose de pruebas no sujetas a tarifa legal, si la credibilidad que el juez otorga viola las reglas de la lógica, la ciencia y la experiencia, esa equivocación es demandable por la vía del error de hecho, pero desde luego corresponde al libelista demostrar no solamente el error sino su trascendencia.

Corte Suprema de Justicia. - Sala de Casación Penal. - Santa Fe de Bogotá, D.C., veintinueve (29) de julio de mil novecientos noventa y nueve (1999).

Magistrado Ponente: Dr. *Alvaro Orlando Pérez Pinzón*

Aprobado Acta No. 113 Proceso No. 11121

Resuelve la Sala la demanda de casación presentada por el defensor del procesado Narces Cuartas Flórez, contra la sentencia de julio 11 de 1995 proferida por el Tribunal Superior de Manizales, que modificó el fallo condenatorio dictado el 7 de abril del mismo año por el Juzgado Octavo Penal del Circuito de esa misma ciudad, en el sentido de reducir la pena principal impuesta al aquí recurrente, de treinta (30) a veintiocho (28) meses de prisión, y la accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas por el mismo término de la privativa de la libertad, por el delito de acceso carnal violento.

Hechos

Diana Lucía Cardona Restrepo formuló denuncia ante la Unidad de Policía Judicial de Manizales, contra el profesional del derecho Narces Cuartas Flórez, a quien acusó de haberla accedido carnalmente mediante violencia, el día 13 de noviembre de 1993 en el apartamento de propiedad del acusado.

Actuación Procesal

1. La Fiscalía Once de la Unidad Especializada Grupo Uno de Manizales declaró abierta la investigación el 2 de diciembre de 1993, a la que se vinculó mediante indagatoria a Narces Cuartas Flórez el 7 del mismo mes y año, a

quien se le resolvió la situación jurídica el 1° de febrero de 1994, providencia en la que se abstuvo de imponerle medida de aseguramiento.

2. El 10 de mayo de 1994 fue negada la preclusión de la investigación; se profirió medida de aseguramiento en la modalidad de detención preventiva contra Narces Cuartas Flórez, por el delito de acceso carnal violento y se le reconoció el derecho a la libertad provisional. Contra esta decisión se interpuso recurso de apelación y la Fiscalía Tercera Delegada ante el Tribunal Superior de Manizales le impartió su confirmación.

3. El 20 de junio de 1994 se cerró la investigación, y la Fiscalía Once de la Unidad Especializada Grupo Uno de Manizales procedió a calificar el mérito probatorio del sumario en providencia de agosto 2 de 1994, con resolución de acusación contra el procesado Cuartas Flórez por el delito de acceso carnal violento.

4. La etapa del juicio fue adelantada por el Juzgado Octavo Penal del Circuito de Manizales, despacho que luego de practicada la audiencia pública dictó sentencia, en la que condenó al acusado Narces Cuartas Flórez a la pena principal de treinta (30) meses de prisión, por el delito de acceso carnal violento en Diana Lucía Cardona Restrepo, a la accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas por el mismo término de la pena principal, le otorgó al procesado el subrogado de la condena de ejecución condicional y se abstuvo de condenarlo en perjuicios.

5. Apelado el fallo de primer grado, el Tribunal lo confirmó, con la única modificación consistente en reducir la pena principal a veintiocho (28) meses de prisión y la accesoria por un término igual.

La Demanda

Con invocación del cuerpo segundo de la causal primera de casación consagrada en el artículo 220 del C. de P .P., el actor ataca la sentencia del Tribunal por violación indirecta de la ley sustancial, por considerar que en este caso se imponía la aplicación del principio *in dubio pro reo*, pero que pese a que de los autos afloraba una duda razonable y manifiesta, "la comisión de una serie de ostensibles errores de hecho en la apreciación de la prueba", llevaron a los falladores de instancia a desestimar la aplicación del referido principio, para condenarlo, en lugar de absolverlo como lo imponía la existencia de esa incertidumbre probatoria. Cita como normas vulneradas los artículos 445 del C. de P. P. por falta de aplicación, 41, 42, 45, 50, 52, 56, 68 y 289 del C. P. por aplicación indebida.

Desarrolla su afirmación así:

1. Errores de hecho por falso juicio de existencia por omisión en la apreciación probatoria:

1.1. Omisión absoluta en el análisis probatorio efectuado por los falladores de instancia, de la inspección judicial practicada al apartamento del proce-

sado, concretamente en lo que tiene que ver con la "fácil comunicabilidad" de este con los demás apartamentos y dependencias del edificio, circunstancia que según la Fiscal Once fue acreditada "de manera indubitable". En la sentencia de primera instancia se hace referencia a "aquello de lo comunicado entre los pisos" pero "no se sacó deducción alguna" de esa fácil comunicabilidad. En el fallo de segundo grado se dijo que obra en el expediente la referida diligencia, pero en las consideraciones de la Sala "no se extrajo inferencia alguna sobre lo establecido en esa inspección".

Los resultados de la diligencia en mención llevaron al anterior defensor a solicitar la preclusión de la instrucción, en memorial en el cual con atinado planteamiento se precisa que en la inspección judicial se probó plenamente que en la reducida área del lote sobre el que se levanta el edificio, del cual forma parte como unidad de propiedad horizontal el apartamento que ocupaba y ocupa el procesado, propicia un fenómeno de acústica acentuado. "Es decir, sin esfuerzo, en el primer piso del edificio se alcanzan a oír claramente los ruidos, por tenues que sean, que se ocasionen en los pisos superiores y viceversa, lo que hubiere permitido, si fuera cierta la versión de la denunciante, oír por parte de todos los ocupantes del inmueble los gritos de auxilio que pregona haber emitido durante la comisión del presunto reato ...".

Según se estableció en la misma diligencia, el cuarto que ocupaba el acusado en ese apartamento tenía entre otras características, "una pequeña ventana" sobre "un espacio común con los otros apartamentos", lo que hubiera podido llevar perfectamente a alguno de los vecinos a tratar de fisgonear al apartamento del doctor Cuartas Flórez para tratar de averiguar cuál era la causa de los ruidos y los desesperados gritos de la mujer. Incluso, en un momento dado, al percibir que dentro de ese apartamento se estaba perpetrando un atropello sexual, alguna persona, con un poco de sensibilidad, perfectamente hubiera podido romper el vidrio de la ventana para de esa manera tratar de interrumpir el acto delictuoso que se estaba ejecutando allí.

Los falladores de instancia no explicaron por qué eran irrelevantes en el conjunto probatorio las constataciones efectuadas por la Fiscal Once en esa diligencia y por qué debían desestimarse las múltiples inferencias que podían extraerse de esas confrontaciones.

1.2. Los juzgadores de instancia no se preocuparon por analizar la trascendencia probatoria de las siguientes afirmaciones del procesado en su indagatoria: que según Isabel Restrepo de Cardona "el compañero" de su hija Diana Lucía Cardona Restrepo "era un vago que la trataba muy mal"; que al llegar a su apartamento, la denunciante estaba "agitada"; que el "compañero" de Diana Lucía y padre de su hija "había regresado" y "estaba aquí en Manizales" y que por tal motivo "no se podía demorar mucho"; que la denunciante le pidió "que por qué no le prestaba veinte mil pesos para irnelos pagando". Estas afirmaciones del sindicado no fueron desvirtuadas en el proceso; ni siquiera Diana Lucía las desmintió, pues su versión nunca fue ampliada para interrogarla sobre tales aseveraciones.

Esas afirmaciones daban lugar a una hipótesis nada descabellada: "el coito sostenido por la denunciante ... lo había realizado con su compañero. Y...sobre las huellas de violencia que registraba en su cuerpo: eran consecuencia de golpes que le había propinado ese mismo individuo".

1.3. Omisión parcial en la apreciación de la declaración de Gloria Patricia Cardona Restrepo. Los falladores de instancia no se preocuparon por analizar la trascendencia probatoria de lo revelado por la citada señora acerca de la salida "tan temprano" de su hermana de su casa el día de los hechos. No se sacó inferencia alguna sobre esa "madrugada".

La respuesta al interrogante "¿por qué esa mañana la denunciante salió tan temprano de su casa?", es que iba a entrevistarse con su "compañero", pero por causa del mal trato que ese "vago" le daba, la relación de Diana Lucía no debía ser bien vista por su madre y por sus hermanas. Ante esta situación, las entrevistas de la pareja debían ser clandestinas. Entonces la mujer aprovechó la circunstancia de tener que ir ese día al apartamento del Dr. Cuartas Flórez a hacer el aseo y lavar la ropa, para encontrarse con su compañero, quien es posible que se hubiera alojado en alguno de los hoteles o pensiones del sector y seguramente aprovecharon el encuentro para copular.

1.4. Los falladores de instancia no extrajeron inferencia alguna de la ausencia de huellas de violencia en la cara interna de los muslos de la pretensa ofendida. La ausencia de esas "lesiones necesarias" era un nuevo y poderoso motivo para dudar de la sinceridad del testimonio inculpatorio de la denunciante.

El Tribunal en la sentencia recurrida reprodujo casi textualmente la historia clínica, y sin el análisis crítico pertinente, concluyó que "todas esas son lesiones altamente compatibles con la violación", pero pese a que se hicieron dos citas de expertos en la materia, no se hizo inferencia alguna sobre la ausencia de huellas de violencia en la cara interna de los muslos de Diana Lucía.

La ausencia de las "más típicas huellas de violencia" propias de episodios de violación, por configurar un contraindicio de inocencia, era otro motivo para aplicar en favor de Cuartas Flórez el principio *in dubio pro reo*.

1.5. Los falladores de instancia no analizaron ni sacaron deducción alguna de la renuencia de la doctora Carmen Leonor Moreno Cubillos para dar "una categórica respuesta afirmativa a la pregunta de la señora Fiscal sobre la compatibilidad de 'los hallazgos encontrados en el examen ginecológico' con un acceso carnal violento", pues esta médica ginecóloga que examinó a Diana Lucía el mismo día en que había ocurrido la presunta violación, solo se atrevió a sostener que lo único que "yo puedo decir es que hubo un coito reciente", lo que demuestra, simple y llanamente, que en momento alguno le creyó a la señora Diana Lucía Cardona Restrepo su historia sobre la violación.

Por la ausencia de esas típicas huellas de violencia propias de la violación, por ausencia de las "lesiones necesarias" provocadas por "la lucha cuerpo

a cuerpo" que suele registrarse en los casos de acceso carnal violento, en especial excoriaciones, arañazos y equimosis en la parte anterointerna como consecuencia de la "separación violenta" de los muslos de la víctima, era apenas lógico que, así la denunciante presentara otras muestras de violencia, así registrara algunos traumas en cara y brazos, la doctora Moreno Cubillos no podía concluir y menos pregonar la existencia de un acceso carnal violento.

Tanto el Juez *a quo* como el Tribunal "omitieron la apreciación de esa contestación negativa de la Dra. Moreno Cubillos a la pregunta de la señora Fiscal Once sobre la compatibilidad de 'los hallazgos encontrados en el examen ginecológico con 'un acceso carnal violento': No explicaron por qué era irrelevante el análisis del conjunto probatorio y por qué debía desestimarse la obvia inferencia que podía extraerse de la incredulidad de la profesional sobre la versión de Diana Lucía".

1.6. Omisión parcial en la apreciación de la historia clínica en la que se lee "última relación sexual hace un mes"; esta anotación de la denunciante fue ratificada por la doctora Moreno Cubillos en su declaración, sin embargo en la ampliación de denuncia, cuando la Fiscal le preguntó a Diana Lucía "si había tenido otras relaciones sexuales recientemente", respondió: "No, tuve relaciones sexuales con el papá de mi hija hace unos tres o cuatro meses, pero hace tres o cuatro meses lo dejé del todo".

No se efectuó ningún análisis sobre esa contradicción, la que debe vincularse con otro detalle: Diana Lucía admitió ante la doctora Moreno Cubillos que "planificaba con Neogibon" y de ello pueden deducirse dos situaciones: No era cierto que la denunciante hubiera tenido su última relación "hace unos tres o cuatro meses"; y la denunciante llevaba una vida sexual más activa que la reconocida ante la Fiscal Once.

1.7. Omisión en la apreciación de la declaración de Claudia Milena Restrepo Cardona: Los juzgadores no se preocuparon por analizar la trascendencia probatoria de la contradicción entre el relato que suministró la denunciante sobre la salida del apartamento del procesado y lo que le contó sobre ese mismo aspecto de los sucesos a su hermana Claudia Milena. "Mientras en la noticia *criminis* Diana Lucía sostuvo que logró salir del apartamento del Dr. Cuartas Flórez porque le prometió a su violador que "no le decía a nadie, que yo me olvidaba de eso" a la hermana le comentó que escapó de ese sitio gracias a que el acusado "se metió al baño y ella como que encontró las llaves".

Para responder al interrogante sobre el por qué esa contradicción?, puede formularse la siguiente hipótesis: "si la denunciante necesitaba veinte mil pesos, si el Dr. Cuartas Flórez no le prestó ese dinero y si el 'compañero' de tal mujer 'la trataba muy mal', a lo mejor fue ese individuo quien la golpeó cuando regresó sin ese dinero". Entonces cuando Claudia Milena le escuchó a su hermana el relato sobre la presunta violación, la denunciante todavía no había madurado suficientemente la historia con que iba a explicar los golpes que presentaba en su rostro y los enrojecimientos que registraba en sus antebrazos y, de paso, iba a ocultar la identidad del verdadero autor de esa violencia

sobre su cuerpo. Pero cuando formuló la denuncia, la mujer tenía mucho mejor maquinada esa historia". Y le pareció mucho más conveniente la versión que allí dio. Los sentenciadores de instancia no explicaron por qué era irrelevante en el estudio del conjunto probatorio y por qué debía desestimarse la inferencia que podía extraerse a partir de esa contradicción entre las dos hermanas.

1.8. Se omitió la apreciación del testimonio de Isabel Restrepo de Cardona, concretamente en lo declarado respecto al encuentro con Narces Cuartas Flórez en el corredor al frente de Medicina Legal. El pasaje de tal declaración es como lo señaló el procesado en el memorial de sustentación del recurso de apelación interpuesto contra la sentencia de primera instancia."tal vez una de las muestras más significativas de mi inocencia obrantes en este asunto". La razón es que si el acusado realmente hubiera violado a Diana Lucía jamás habría tenido el "cinismo" y el "descaro" de acercarse tan campante a la señora Restrepo de Cardona y como si nada, entablar diálogo con ella acerca de la gestión profesional que le estaba adelantando. Esa actitud, además de cínica, descarada, desfachatada, desvergonzada, atrevida, habría sido torpe y peligrosa.

Entonces la actitud del Dr. Cuartas Flórez, únicamente puede tener una explicación posible: "Era completamente ajeno al repugnante episodio denunciado por Diana Lucía. Y, además ignoraba por entero la incriminación que la muchacha venía formulándole". Además esa actitud del acusado demuestra indiscutiblemente, que era falso que Gloria Patricia Cardona Restrepo, hermana de la denunciante, lo hubiera llamado en la mañana del sábado 13 de noviembre anterior, para formularle un enérgico reclamo por el abuso que presuntamente había acabado de perpetrar con Ana Lucía. El relato de la señora Restrepo de Cardona , por permitir el levantamiento de otro contraindicio de inocencia, era un motivo más para aplicar el principio *in dubio pro reo*.

1.9. Omisión en la apreciación de las declaraciones de Edilma Jiménez de Cardona, Lucena Marín Pinilla y Gloria Yanet Aguirre, quienes dieron cuenta de la honorabilidad y decencia del procesado, de su comportamiento moral y social intachable, del trato digno que suele dar a las mujeres, en especial a sus empleadas y de la conducta respetuosa que asumía al encontrarse solo con sus secretarias, cuando por una u otra razón iban a su apartamento. En la sentencia de primera instancia se hizo alusión al contenido de estas declaraciones, "Pero en ningún momento se tuvieron en cuenta tales testimonios en el estudio crítico que debía realizarse sobre la credibilidad que podía dársele a la incriminación" formulada por la denunciante contra el procesado.

Los antecedentes personales del acusado permiten cuestionar la veracidad de la versión de Diana Lucía, y la construcción de un contraindicio de inocencia.

1.10. Omisión en la apreciación de las certificaciones juradas de los doctores Cesar Augusto López y Jesús María Cardona, quienes aseguraron que Narces Cuartas ha sido siempre un caballero, nunca le han conocido procederes censurables o actos que desdigan o demeriten su personalidad. En la

sentencia de primera instancia se hizo mención de tales certificaciones, pero no se tuvieron en cuenta para efectos de la credibilidad que podía dársele a la incriminación, circunstancia que permite recelar de la sinceridad de la versión de Diana Lucía, además de que permite el levantamiento de otro contraindicio de inocencia.

1.11. Omisión de la apreciación del pasado judicial de Narces Cuartas Flórez. En la sentencia de primera instancia no se sacó deducción alguna de la trascendencia probatoria de la ausencia de antecedentes por delitos sexuales, y en el fallo de segundo grado no se hizo referencia alguna a la "falta de condenaciones" en el pasado judicial del procesado.

La circunstancia de que Cuartas Flórez no registre ninguna sindicación por delito contra la libertad sexual, impide considerarlo como alguien proclive a ejecutar tal clase de atropellos, y lleva a dudar de que hubiera perpetrado la violación denunciada por Diana Lucía, y de la veracidad de su versión. La imposibilidad de poder edificar en este caso un indicio de capacidad para delinquir, daba lugar a un motivo más para aplicar la duda en favor del procesado.

2. Errores de hecho por falso juicio de existencia por suposición en la apreciación probatoria:

2.1. Suponer que en la mañana del sábado 13 de noviembre de 1993 los gritos de la denunciante no fueron escuchados porque los demás habitantes del edificio no se encontraban allí o que no acudieron en su auxilio porque eran unos "apáticos" o unos "indolentes". Si no se allegaron las declaraciones de todos y cada uno de los habitantes del edificio donde estaba situado el apartamento del procesado, el *a quo* no podía preconizar, con algún asomo de seriedad, que como era "puente", estaban "disfrutando del descanso en distintos lugares" y que por tal razón, Diana Lucía Cardona Restrepo "no fue escuchada en sus gritos, cuando era violentada y accedida contra su voluntad". Estas suposiciones impidieron aplicar en favor del Dr. Cuartas Flórez el principio *in dubio pro reo*.

2.2. Suponer que los gritos de la denunciante fueron "débiles". En la sentencia el *a quo* formuló el siguiente planteamiento: "Si alguien escuchó los débiles gritos de la ofendida en el apartamento del acusado, por aquello de lo comunicado entre los pisos, como se estableció en la inspección judicial, nada de raro que no hubieran acudido en su auxilio..."

O sea que para restarle "valor a la inspección judicial", durante la cual se demostró, "de manera indubitable", la "fácil comunicabilidad" que había entre los apartamentos y dependencias del edificio, la Juez *a quo* supuso, sin fundamento alguno que esas voces de auxilio lanzadas a "todo pecho" por la denunciante, eran apenas unos "débiles gritos". Con esta suposición "fortaleció una credibilidad que no podía concedérsele al relato de Diana Lucía, además de que impidió la aplicación del *in dubio pro reo* en favor del procesado.

2.3. Suponer que la señora Brucela Ciuffetelly no escuchó los gritos de la denunciante porque no estaba en su apartamento o porque estaba "dormida

o escuchando radio" o porque "algún sonido impidiera oír los ruidos originados en el exterior". La declarante expuso en su declaración: "No, nosotros nunca sentimos un grito, ni nada, el apartamento mío es comunicado con el de él". "Recuerdo que ese día estaba en el apartamento, yo merco los viernes...". Y cuando la fiscal le preguntó "por qué recuerda usted con tanta precisión que para la semana del 13 de noviembre de 1993, usted se encontraba en su apartamento y no hubo ningún problema en el apartamento del Dr. Narces Cuartas", doña Brucela, con toda seguridad respondió lo siguiente: "Porque yo los sábados no salgo de mi apartamento, no salgo de ahí". Sin embargo el sentenciador de primera instancia "no hizo ningún estudio crítico de su testimonio ni sacó deducción alguna de sus afirmaciones".

El Tribunal para "descalificar el dicho de la señora Ciuffitelly supuso sin ningún fundamento que estaba realizando una diligencia menor o había hecho una salida temporal o estaba de viaje etc. y con tal suposición robusteció una credibilidad que no podía otorgarle al relato de Diana Lucía".

2.4. Suponer que el acusado fue el causante de la "presencia de espermatozoides" descubiertos durante el "frotis vaginal" practicado a la denunciante. Si no se estableció mediante confrontación científica que los espermatozoides descubiertos en la vagina de la denunciante habían sido depositados allí por una eyaculación de Cuartas Flórez, el hallazgo de los vestigios de una emisión seminal, solo puede significar que "hubo un coito reciente, en un lapso inferior a doce horas por la movilidad de los espermatozoides" como lo señaló la doctora Carmen Leonor Moreno.

Al suponer la Juez *a quo* que los "espermatozoides vivos" encontrados en la vagina de Diana Lucía "no de otro podían ser" que del Dr. Cuartas Flórez, reforzó una credibilidad que no podía concedérsele al relato de la denunciante.

2.5 Suponer que el acusado "aleccionó" a los declarantes Diana Insuasty Agreda, Alberto López Morales y José Gildardo Herrera Arenas, cuando ninguna de estas tres personas admitió haber recibido precisas instrucciones de Cuartas Flórez para declarar en un determinado sentido. Al parecer ese aleccionamiento lo "dedujo" la Juez *a quo* de "las numerosas contradicciones que existen entre el acusado Cuartas Florez y sus testigos que supuestamente lo acompañaban para la fecha de los hechos". Esto, para el censor, revela precisamente que el acusado "obró tan desprevenidamente que ni siquiera se preocupó en "arreglar" los testigos que citó en su indagatoria, con el fin de evitar que al momento de sus intervenciones procesales se presentaran incongruencias entre las versiones de estas personas y su dicho.

Al suponer tal "aleccionamiento" los juzgadores de instancia fortalecieron una credibilidad que no podía concedérsele al relato de Diana Lucía, lo que impidió aplicar en favor del acusado el principio del *in dubio pro reo*.

3. Errores de hecho provenientes de falsos juicios de identidad en la apreciación probatoria:

3.1. Tergiversación de la historia clínica y del dictamen médico legal. Antes de entrar a desarrollar el reproche, el censor hace la siguiente aclaración: Es lógico que si la prueba fue desconocida no puede ser tergiversada. Sin embargo, la situación es diferente cuando el fallador fracciona la probanza y omite parcialmente un aspecto relevante, pero valora otros aspectos de esa prueba y al hacer esa estimación los tergiversa. Si el aparte omitido tenía trascendencia porque de haber sido apreciado, hubiera incidido en la suerte del proceso, porque por ejemplo, hubiera permitido aplicar el principio *in dubio pro reo*, es legítimo, entonces, "formular un ataque por error de hecho por falso juicio de existencia estribado en esa preterición. Al fin y al cabo, en tal evento no es, en puridad jurídicoprocesal, un mismo aspecto de la prueba el que sufre el doble ataque, sino apartes diferentes: el omitido y el valorado pero distorsionado".

Tal ocurrió en este caso con la historia clínica y con el dictamen médico legal: el Tribunal pretermitió aspectos substanciales de esas pruebas, como la ausencia de huellas de violencia en la cara anterointerna de los muslos de la pretensa ofendida y el tiempo sobre su "última relación sexual", los cuales de haber sido apreciados, hubieran permitido aplicar el principio *in dubio pro reo*. Pero, al mismo tiempo valoró otros aspectos de esas mismas pruebas y al hacerlo, incurrió en ostensible error de hecho por falso juicio de identidad.

En la sentencia de primer grado, luego de transcribir literalmente el aparte de la historia clínica que contenía la descripción de las huellas de violencia que presentaba Diana Lucía, resumir los pasajes de las declaraciones de Isabel Restrepo de Cardona, Claudia Milena y Gloria Patricia Cardona Restrepo, que hacían referencia a los signos de violencia que le observaron a su pariente cuando volvió a su casa en la mañana del sábado 13 de noviembre de 1993 y condensar la declaración de la doctora Carmen Leonor Moreno Cubillos, la Juez *a quo*, sin mediar ninguna profunda interpretación crítica de tal evidencia "concluyó paladinamente que esas lesiones eran indicativas de la comisión de una violación y, por tanto, respaldaban la versión de la denunciante".

Y en la sentencia de segundo grado, luego de transcribir igualmente casi todo el contenido aparte de la historia clínica y "aparentar un toque de profundidad en unos razonamientos que realmente se quedaron en la superficie de lo que debe ser un auténtico análisis crítico de tal clase de evidencia, el Tribunal también concluyó alegremente que los signos de violencia que presentaba la denunciante eran la demostración de la ejecución de un coito violento y, por tanto, avalan su versión".

Toda "la duda que afecta la credibilidad del dicho de la denunciante, necesariamente lleva a darle otra interpretación a la historia clínica y al dictamen médico legal. Esa otra interpretación era la que realmente se ajustaba al sustrato fáctico: Esas huellas de violencia no habían sido causadas en el curso de una violación".

Los sentenciadores de instancia al dar por compatibles las huellas de violencia que presentaba Diana Lucía Cardona con las propias de una viola-

ción, reforzaron una credibilidad que no podía concedérsele al relato de la denunciante.

3.2. Tergiversación de la declaración de Gloria Patricia Cardona: Al examinar este testimonio los juzgadores de instancia omitieron parcialmente aspectos relevantes mientras tergiversaron otros. Por eso es legítimo formular un ataque por falso juicio de existencia por preterm isión parcial de la prueba y otro por falso juicio de identidad por tergiversación de otro aspecto de esa misma prueba.

Frente a las palabras de Gloria Patricia Cardona, cualquier observador imparcial necesariamente tiene que formularse el siguiente interrogante: Si Diana Lucía Cardona Restrepo, como lo había asegurado a su madre y demás hermanas, había sido víctima de un miserable atropello sexual, por qué no quería formular la denuncia del caso contra quien, según ella, había sido el autor de tan detestable hecho punible?. Como se ha demostrado, hay demasiados detalles que permiten recelar de la veracidad del testimonio de Diana Lucía . "Toda la duda que se cernía sobre la credibilidad del relato de la denunciante, sólo permitía darle una interpretación posible a su renuencia a formular denuncia contra el Dr. Cuartas Flórez: No quería denunciarlo porque sabía que era inocente, porque sabía que no la había violado, porque sabía incluso que nunca se había producido un acceso carnal violento y porque, además, quería proteger a su 'compañero' de las iras de su parentela cuando se supiera que la había golpeado causándole en su rostro las lesiones tantas veces descritas".

Los sentenciadores de instancia le dieron un alcance completamente diferente a la negativa inicial de Diana Lucía a formular denuncia. "Esta tergiversación del comentado aparte de la declaración de Gloria Patricia Cardona impidió aplicar en favor del Dr. Cuartas Flórez el principio *in dubio pro reo*"

3.3. Tergiversación parcial del dicho del acusado Narces Cuartas Flórez, del cual los juzgadores de instancia omitieron parcialmente aspectos relevantes mientras tergiversaron otros. En la denuncia Diana Lucía contó que cuando en la mañana del 13 de noviembre de 1993 llegó al apartamento del procesado, "el estaba envuelto en una toalla de color azul claro". Por tal motivo pudo observar que su pretenso violador "tiene como cicatrices en el estómago". Y en la ampliación de denuncia reiteró que "él estaba envuelto en una toalla" y que "en la cintura, en el estómago tiene una cicatriz como de una operación, cicatriz vieja ya en forma horizontal cerca del ombligo". En su injurada Cuartas Flórez afirmó, al interrogársele si el tiene alguna cicatriz notoria en alguna parte del cuerpo, que: "Sí, fui operado en la vesícula (sic) pero ocurre que uno sale y por cualquier circunstancia esté abierta la pijama y como es tan notoria la cicatriz debe verse o se ve".

Los falladores de instancia, por causa de su ostensible desconocimiento de los múltiples factores de duda que cuestionaban absolutamente toda la credibilidad de la versión de Diana Lucía, le dieron un alcance distinto a esa

explicación del acusado sobre la percepción por parte de la denunciante de su cicatriz y concluyeron, por el contrario, que, si la mujer había visto esa huella de su notoria herida quirúrgica, había sido porque, cual sátiro largamente reprimido, esa mañana, escasamente "envuelto en una toalla", había esperado que la pretensa ofendida llegara a su apartamento para asaltarla sexualmente y, así, poder satisfacer sus libricas apetencias.

Al desatender la satisfactoria explicación dada por el acusado sobre la razón por la cual la denunciante había percibido su notoria cicatriz, los sentenciadores de primera y segunda instancia reforzaron una credibilidad que no podía concedérsele al relato de esta señora. Esa tergiversación de ese aparte de su exposición de descargos impidió aplicar en favor de Cuartas Flórez el principio *in dubio pro reo*. Por "la cantidad de errores de hecho cometidos en la apreciación probatoria, la sentencia de segunda instancia, cuya superficialidad analítica no puede menos que causar asombro, puede y debe ser calificada como injusta. Y la única forma de reparar al agravio inferido con esa determinación condenatoria, es casando el fallo recurrido".

El casacionista solicita a la Corte que se case la sentencia del Tribunal, para que en su lugar, se absuelva a Narces Cuartas Flórez de todos los cargos que se le han formulado en este proceso.

CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

El Procurador Primero Delegado en lo Penal solicita a la Corte no casar la sentencia impugnada por las siguientes razones:

1. La censura por falso juicio de existencia por omisión absoluta de los medios probatorios es infundada. Examinados los fallos de instancia que para efectos del recuso extraordinario, en el presente caso, conforman una unidad, en ellos se observa que los juzgadores sí consideraron las pruebas mencionadas por el recurrente. Transcribe apartes de las sentencias de primera y segunda instancia.

2. El ataque por falso juicio de existencia por omisión parcial de las pruebas señaladas en la demanda no está llamado a prosperar. El error de hecho carece de fundamentación, ya que el demandante no determina con claridad qué aparte del texto de la declaración de Gloria Patricia Cardona pudo haber sido omitido por los falladores y de qué manera pudo incidir en la sentencia. El libelista se limita a expresar que los juzgadores no analizaron la trascendencia probatoria de lo relatado por la testigo citada "acerca de la salida 'tan temprano' de su hermana Diana Lucía de su casa en la mañana del sábado 13 de noviembre de 1993, y concluye exponiendo su propia hipótesis frente a ese hecho".

La hipótesis del censor desemboca en el campo de la valoración probatoria, y se tiene como la confrontación de su criterio personal frente a la del juzgador en relación con el valor otorgado a las pruebas, lo que no es de recibo en casación. Si examinamos el fallo de segunda instancia, vemos que

el juzgador reprodujo el testimonio en todo su contenido y lo analizó en conjunto con los demás medios probatorios del proceso.

Tampoco configura error por falso juicio de existencia por omisión parcial, la argumentación relacionada con que los juzgadores no tuvieron en cuenta que, conforme a la historia clínica y el dictamen médico legal la ofendida no presenta "huellas de violencia en la cara anterointerna de los muslos", y que omitieron considerar la contradicción en que incurrió la ofendida respecto al tiempo de su última relación sexual, pues como se acaba de anotar, esta alegación del recurrente no es más que la contraposición de su criterio frente al del fallador en relación con la valoración probatoria que no es de aceptación en este recurso. Además, en los fallos de instancia se apreció lo relativo a las huellas de violencia física que presenta la ofendida con el delito.

3. En cuanto a los errores de hecho por falsos juicios de existencia por suposición en la apreciación probatoria, el reproche no puede ser acogido, porque en su planteamiento el censor en nada se refiere a que el juzgador supuso una prueba que en el proceso no existe; se limita a cuestionar las inferencias o conclusiones a que llegó el juzgador luego de haber analizado las pruebas que conforman el proceso y que sirvieron de fundamento para proferir el fallo condenatorio. Esta crítica del demandante no tiene aceptación, conforme se desprende de la jurisprudencia de la Corte cuyo contenido transcribe.

4. Los errores de hecho por falso juicio de identidad en la apreciación probatoria, constituyen una censura que al igual que las anteriores no tiene vocación de prosperar, porque es infundado, ya que el juzgador en modo alguno distorsionó o tergiversó el contenido objetivo de las pruebas mencionadas por el demandante, ni les dio un alcance diferente al que ellas tienen.

El censor no señala con claridad los apartes de la historia clínica y el experticio médico-legal que, según él, fueron tergiversados o se les dio un alcance diferente al que su contenido ofrece. Más bien dirige su ataque hacia el yerro de *facto* por falso juicio de existencia por omisión parcial en relación con dichas probanzas, reproches que ya fueron respondidos.

En relación con la declaración de Gloria Patricia Cardona Restrepo, no hay claridad en el demandante respecto del error de hecho por falso juicio de identidad, ya que no precisa de qué manera el juzgador tergiversó algún aparte de su dicho o le hubiera dado un alcance diferente al que la prueba tiene; solamente se dedica a efectuar un planteamiento que enfrenta la valoración probatoria de los juzgadores, aspecto vedado en casación como ya se ha expuesto.

En cuanto a la versión suministrada por el acusado Narces Cuartas Flórez, el censor no indica en qué medida el juzgador "le dio un alcance diferente" a la explicación del procesado sobre la percepción por parte de la denunciante de la cicatriz que él presentaba en el abdomen como consecuencia de una intervención quirúrgica, y lo que hace es mostrar su inconformidad con la conclusión del fallador sobre tal explicación del sindicado, lo que viene a cons-

tituir nuevamente un enfrentamiento de criterios, que como se ha expresado no tiene cabida en casación.

El recurso extraordinario es una oportunidad para examinar problemas específicos de ilegalidad de la sentencia y de la aplicación del derecho objetivo en ella, pero no es un nuevo debate sobre los medios de prueba tenidos en cuenta en la sentencia como equivocadamente lo entiende el impugnante.

La Delegada recuerda un pronunciamiento de la Corte de diciembre 6 de 1996 en el que se hace referencia al error de hecho, yerro este sobre el cual está constituido el único cargo que formula el censor contra la sentencia impugnada. Seguidamente advierte que resulta sin respaldo en el proceso la supuesta amplicación indebida del principio *in dubio pro reo*, y por el contrario, como bien lo anotan los juzgadores de instancia -luego de apreciar en conjunto todas las pruebas dentro del marco de la sana crítica-, el acusado Cuartas Flórez es responsable del delito de acceso carnal violento investigado, por lo que es forzoso concluir que deben despacharse en forma desfavorable las pretensiones del recurrente.

Consideraciones de la Corte

La sentencia objeto del recurso no puede ser casada, por las siguientes razones:

1. Una visión panorámica de la extensa demanda que ocupa la atención de la Sala, evidencia que se enuncian supuestos errores de hecho por falso juicio de existencia (omisión y suposición de pruebas) y falso juicio de identidad (distorsión en la apreciación probatoria), censuras todas que se nutren de argumentos encaminados a demeritar la credibilidad que los sentenciadores de instancia le dieron a la denunciante y a reclamar la que le negaron al procesado, así como a controvertir la valoración probatoria dada a las pruebas allegadas al proceso, con lo que desvía su ataque a campos ajenos al yerro alegado.

2. *Como lo ha sostenido reiteradamente la Sala, la apreciación probatoria corresponde hacerla a los sentenciadores en la forma indicada en el artículo 254 del Código de Procedimiento Penal, esto es, en conjunto y de acuerdo con las reglas de la sana crítica. Tratándose de pruebas no sujetas a tarifa legal, si la credibilidad que el juez otorga viola las reglas de la lógica, la ciencia y la experiencia, esa equivocación es demandable por la vía del error de hecho, pero desde luego corresponde al libelista demostrar no solamente el error sino su trascendencia.*

3. Lo que hace el libelista es enfrentar su particular punto de vista sobre la "existencia de la duda", al criterio expuesto en la decisión recurrida por el fallador, con la pretensión de que la Corte la acoja como mejor pasando por alto que con ello no está demostrando ningún error sino tratando de revivir un debate probatorio ya agotado en las instancias, ajeno por completo al recurso de casación.

4. Como se verá a continuación, la idea del defensor es tratar de hacer ver a la Sala que la forma como él aprecia las pruebas es más válida que la contenida en la sentencia, justamente lo que no es recibo en casación, pues ello se opone al principio de que el fallo de segunda instancia está amparado por la doble presunción de legalidad y acierto, que solo es posible quebrantar con la demostración de un error *in iudicando o in procedendo* trascendente.

Pasando a individualizar los reparos se tiene lo siguiente:

4.1. El censor aduce falso juicio de existencia por omisión absoluta de los siguientes medios probatorios: diligencia de inspección judicial al lugar de los hechos, indagatoria del procesado Narces Cuartas Flórez, certificaciones juradas de los doctores César Augusto López Londoño y Jesús María Cardona Ruiz, el pasado judicial del acusado, y las declaraciones de Carmen Leonor Moreno Cubillos, Claudia Milena Cardona Restrepo, Isabel Restrepo Cardona, Edilma Jiménez Cardona, Lucena Marín Pinilla y Gloria Yaneth Aguirre.

La decisión de primera instancia al ser acogida por el Tribunal, pasa a formar un solo cuerpo con la segunda; de tal manera que se debe tener en cuenta el análisis probatorio hecho en conjunto. Así las cosas, es evidente que no se omitió la apreciación de las pruebas a que se refiere el demandante, como pasa a verse:

4.1.1. En el fallo de primera instancia se hizo expresa referencia al contenido de la inspección judicial -como puede observarse con la transcripción que de un aparte del referido fallo se hizo en la demanda-, lo que ocurre es que no se le dio la capacidad suficiente para restarle credibilidad a los dichos de la denunciante.

Una cosa es que el sentenciador ignore una prueba allegada al proceso y otra muy diversa es que no le dé a la misma el alcance probatorio que pretende el impugnante.

Al respecto el fallador de primer grado luego de hacer un análisis conjunto de todas las pruebas allegadas al proceso, se pronunció en los siguientes términos:

"Así que si alguien escuchó los débiles gritos de la ofendida en el apartamento del acusado, por aquello de lo comunicado entre los pisos, como se estableció con inspección judicial: nada raro que no hubieran acudido en su auxilio. Ello entonces no resta credibilidad a los dichos de la mencionada Diana Lucía, que por el contrario, se encuentran reforzados con las numerosas contradicciones que existen entre el acusado Cuartas Flórez y sus testigos que supuestamente lo acompañaron para la fecha de los hechos".

En síntesis, no ignoraron los falladores de instancia la "fácil comunicabilidad" referida en la diligencia de inspección judicial, lo que ocurre es que no le dieron el alcance probatorio que pretende el demandante, luego la censura aquí formulada carece de fundamento.

4.1.2. Situación similar se presenta respecto de la supuesta omisión en la apreciación de la injurada del procesado, pues lo que en realidad hace el

defensor es tomar apartes de su contenido para plantear, con su particular forma de ver lo sucedido, que las afirmaciones del acusado "perfectamente daban lugar a una hipótesis nada descabellada" en el sentido de que la denunciante había realizado el coito con su "compañero". "Y así mismo daban lugar a una hipótesis plausible sobre las huellas de violencia que registraba en su cuerpo" que "Eran consecuencia de golpes que le había propinado el mismo individuo".

La hipótesis que plantea el libelista fue ampliamente debatida en el curso del proceso. Sobre el particular es importante destacar que la Fiscalía Delegada ante el Tribunal al confirmar la medida de aseguramiento impuesta al procesado consideró que teniendo en cuenta el tiempo transcurrido entre el arribo de Diana Lucía a la residencia del procesado "-aproximadamente de las 08:00 a las 08:30 horas- y el momento de la denuncia 10:00 horas-, contándose además el traslado desde aquél apartamento (Calle 28, carreras 22 y 23), hasta su casa de habitación (Calle 40, carrera 25) y luego de este sitio al Depto. de Policía (Calle 33 con carrera 25), además de las labores de aseo y arreglo de ropas que debió cumplir en la habitación del incriminado (sin contar el tiempo que estuvo en brazos del mismo, como ella lo refiere), no dan para pensar que haya tenido ocasión de asistir a otros lugares, ni mucho menos de sostener intimidades con terceras personas. Incluso, pensar, como lo argumenta la defensa subjetiva e hipotéticamente de que fue el ex-amante de Diana Lucía quien la ultrajó, golpeó y violó, se cae de peso máxime si tenemos en cuenta que entre esa pareja sí había existido algunas diferencias y las mismas la hubieran llevado necesariamente a denunciarlo directamente en caso de haber sido atacada por esta persona"

En la resolución de acusación la Fiscal instructora nuevamente se refiere a la hipótesis que planteó el procesado y su defensor para rechazarla por "inaudita" e "infantil", reiterando que el mismo tiempo transcurrido, desde que Diana Lucía salió del apartamento del sindicado y todo el itinerario a que hace alusión la Fiscalía Delegada ante el Tribunal Superior, demuestra la imposibilidad de que ella hubiese estado en sitio diferente como para creer que hubiese tenido relaciones sexuales con persona distinta a la que denuncia.

En la sentencia de primera instancia se hizo expresa alusión a los argumentos expuestos por la Fiscal, los cuales le sirvieron de apoyo para exponer "que la historia de que pudo haber sido el compañero de la víctima el autor del ilícito, no es más que una suposición del profesional; y que aquella no tuvo tiempo para ser violada en la calle en consideración a que el acusado dijo no haberle visto golpes en el rostro a las ocho de la mañana, cuando ella llegó a realizar las labores, mientras lo hizo fue accedida, salió de allí y fue a denunciar".

El Juez *a quo* y el Tribunal en sus respectivas sentencias luego de analizar conjuntamente las pruebas recaudadas, expresamente consignaron que compartían "todos los planteamientos de la fiscal instructora" concluyendo finalmente que existe certeza de que quien "cometió y es responsable" del hecho punible es Narces Cuartas Flórez.

En síntesis, no ignoraron los falladores de instancia las afirmaciones y planteamientos del procesado en su indagatoria, lo que ocurre es que no les reconocieron los efectos pretendidos, porque frente a los demás elementos de convicción no los producían.

4.1.3. Basta leer la sentencia de primer grado para darse cuenta que no es cierto que se hayan ignorado las declaraciones referidas en la demanda y el pasado judicial del procesado, que dan cuenta de la buena conducta del mismo. Sobre el particular se consideró que ante la certeza de la responsabilidad del procesado "no es suficiente para relevarlo, que se hubiera probado su buena conducta anterior, su buen comportamiento como vecino, jefe y amigo respectivamente"; el hecho de que no se les haya dado los efectos que pretende el libelista, no pasa de ser una disparidad de criterios que no constituye error demandable en casación.

4.1.4. Según el impugnante no fueron tenidos en cuenta aspectos relevantes de la declaración de Gloria Patricia Cardona Restrepo acerca de la salida "tan temprano" de su hermana de la casa el día de los hechos, pero lo que en realidad cuestiona es que los sentenciadores de instancia no hubieran llegado a inferir lo que según su parecer correspondía, esto es, que la ofendida iba a entrevistarse con su "compañero", pero que por causa del mal trato que ese "vago" le daba, la relación de Diana Lucía no debía ser vista por su madre y por sus hermanas, razón por la que la mujer aprovechó la circunstancia de tener que ir ese día al apartamento de Cuartas Flórez a hacer el aseo y lavar la ropa, para encontrarse con su compañero, quien es posible que se hubiera alojado en alguno de los hoteles o pensiones del sector y seguramente aprovecharon el encuentro para copular.

Como fácilmente puede verse el demandante lo que hace es censurar que no se hubiera aceptado la hipótesis planteada por el procesado en su indagatoria, apoyándose en simples suposiciones que carecen de capacidad para restarle validez a las conclusiones de los funcionarios de instancia. Recuérdese que el recurso de casación es para demostrar la existencia de un error que afecte la legalidad del fallo y no para oponer el criterio personal sobre la valoración probatoria que ha hecho el sentenciador de instancia.

4.1.5. El censor enuncia un error de hecho por falso juicio de existencia por omisión parcial en la apreciación de la historia clínica, pero del desarrollo de la censura surge claramente que lo que realmente no comparte es que el Tribunal en la sentencia recurrida, con fundamento en las lesiones allí descritas, "concluyó que todas esas son lesiones altamente compatibles con la violación", pues, a su juicio, la ausencia de huellas de violencia en la cara interna de los muslos de la ofendida, por ser "lesiones necesarias" propias de la violación, es una circunstancia que configura un contraindicio de inocencia y un poderoso motivo para dudar del testimonio inculpatorio de la denunciante.

El censor incurre en el error de confundir la no apreciación de un medio de prueba, con el hecho de que se le reconoció a la misma un mérito probato-

rio que a su juicio no tiene, situaciones completamente diferentes y excluyentes. Pero además lo que pretende el censor es oponer su particular punto de vista a la valoración probatoria efectuada por el Tribunal, disparidad de criterios que no constituye un error demandable en casación. Con ello no se demuestra que la providencia impugnada sea ilegal, objetivo este al que debe orientarse la sustentación del recurso para que pueda prosperar.

4.1.6. Tampoco configura error de hecho por falso juicio de existencia por omisión parcial, la argumentación del impugnante respecto de que los juzgadores no tuvieron en cuenta lo siguiente: las abiertas contradicciones en que incurrió la ofendida al haberle manifestado a la doctora Moreno Cubillos que su última relación sexual la había tenido hacía un mes, y al afirmar en ampliación de denuncia, que databa de unos tres o cuatro meses, así como al haber relatado a su hermana Claudia Milena que se escapó del sitio de los hechos gracias a que el acusado "se metió al baño y ella como que encontró las llaves", que la doctora antes citada no dio una respuesta positiva y categórica a la pregunta de la fiscal sobre la compatibilidad de los hallazgos encontrados en el examen ginecológico con un acceso carnal violento, y lo declarado por Isabel Restrepo de Cardona sobre su encuentro con el procesado en el corredor al frente de Medicina Legal, aspectos estos que para el impugnante, permitían llegar a una serie de deducciones hipotéticas y eminentemente subjetivas, que en su sentir constituyen contraindicios de inocencia y motivos para aplicar el principio *in dubio pro reo*.

Pasó por alto el libelista que el debate propio de las instancias ya ha terminado y que la única forma de atacar la sentencia es por la vía extraordinaria que ofrece la casación, donde solo son demandables errores *in iudicando o in procedendo*, no simples pareceres o formas diferentes de valorar las pruebas, ya que en definitiva la apreciación que haga el fallador, respetando las reglas de la sana crítica, es la que prima.

4.2. Los errores de hecho por falso juicio de existencia por "suposición en la apreciación probatoria", los radica el actor en que el sentenciador hizo las siguientes suposiciones: a) Que el día de los hechos los gritos de la denunciante no fueron escuchados porque los demás habitantes del edificio no se encontraban allí o que no acudieron en su auxilio porque eran unos "apáticos" o unos "indolentes". b) Que los gritos de la denunciante fueron "débiles". C) Que la señora Brucela Ciuffetelly no escuchó los gritos de la denunciante porque estaba "dormida" o "escuchando radio" o porque "algún sonido impidiera oír los ruidos originados en el exterior". d) Que el acusado Narces Cuartas fue el causante de la "presencia de espermatozoides" descubiertos durante el "frotis vaginal practicado a la denunciante. e) Que el procesado "aleccionó" a los declarantes Alberto López Morales, José Gildardo Herrera Arenas y Diana Insuasty Agreda.

El reproche no puede prosperar, pues como con acierto lo advierte el Procurador, el error de hecho que invoca el recurrente solamente se presenta cuando el juzgador, por un falso juicio de existencia, supone una prueba que en el proceso no existe, y en el planteamiento de la demanda su autor lo que

hace es cuestionar las inferencias o conclusiones a que llegó el sentenciador luego de haber analizado en conjunto las diferentes pruebas que conforman el proceso y que sirvieron de fundamento para proferir fallo condenatorio en contra del procesado.

Esta crítica del demandante no tiene aceptación por cuanto como lo ha sostenido reiteradamente la Sala, "...analizar las pruebas y valorarlas de acuerdo a la sana crítica para tomar una decisión es función que corresponde al juez, y si la conclusión no coincide con el planteamiento del defensor, no puede decirse que hay un error demandable en casación. Este tipo de alegación no es otra cosa que la contraposición del criterio del demandante al del juzgador, práctica inocua ante la presunción de legalidad y acierto que ampara el fallo..." (Casación de agosto 18 de 1994. M.P: Doctor Ricardo Calvete Rangel).

4.3. En relación con los errores de hecho por falso juicio de identidad en la apreciación probatoria de la historia clínica, dictamen médico legal relacionado con el examen médico a que fue sometida la ofendida Diana Lucía Cardona Restrepo y del dicho parcial del procesado Narces Cuartas Flórez, hay que decir que evidentemente esta censura al igual que las anteriores no tiene vocación de prosperidad. Veamos por qué:

4.3.1. El contenido argumentativo del ataque a la sentencia impugnada no es otro que el cuestionamiento de las pruebas mencionadas sobre la base de anteponer la personal y subjetiva apreciación del impugnante a la de los sentenciadores de instancia, respecto de la valoración dada a las mismas, disparidad de criterios que a juicio de la Sala no puede disfrazarse de errores de hecho o de derecho. Como reiteradamente lo ha sostenido la jurisprudencia de la Corte, está llamada al fracaso la demanda que -como ocurre en este caso concreto- funda la censura en una valoración personal del censor respecto de los medios de persuasión allegados al proceso.

4.3.2. En lo que atañe a la historia clínica y al dictamen médico legal, el censor omite precisar el aparte de las pruebas que según afirma fueron tergiversadas, y en lugar de demostrar el error que invoca, lo que hace es cuestionar: al fallador de primera instancia, porque "concluyó paladinamente que esas lesiones eran indicativas de la comisión de una violación y, por tanto, respaldaban la versión de la denunciante", y al Tribunal, porque "también concluyó alegremente que los signos de violencia que presentaba la denunciante eran la demostración de la ejecución de un coito violento y, por tanto, avalan su versión"; seguidamente expresa que: "Toda la duda que afecta la credibilidad del dicho de la denunciante, necesariamente lleva a darle otra interpretación a la historia clínica y al dictamen médico legal. Esa otra interpretación era la que realmente se ajustaba al sustrato fáctico: Esas huellas de violencia no habían sido causadas en el curso de una violación."

El falso juicio de identidad aducido por el demandante se queda sin demostración alguna, y la fundamentación se reduce a tratar de anteponer su opinión a la del Tribunal.

4.3.3. En cuanto a la declaración de Gloria Patricia Cardona Restrepo, lo que se advierte es que el censor en lugar de precisar de qué manera el juzga-

dor tergiversó o distorsionó algún aparte de su dicho, se ocupa de formular un interrogante: ¿Si Diana Lucía Cardona Restrepo había sido víctima de un "miserable atropello sexual como lo declara su hermana Gloria Patricia, por qué no quería formular la denuncia del caso contra quien, según ella, había sido el autor?. Seguidamente insiste en que "Toda la duda que se cernía sobre la credibilidad de la denunciante, sólo permitía darle una interpretación posible a la renuencia a formular denuncia contra el acusado Cuartas Flórez : No quería denunciarlo porque sabía que era inocente, porque sabía que no la había violado, porque sabía incluso que nunca se había producido un acceso carnal violento y porque, además, quería proteger a su 'compañero' de las iras de su parentela cuando se supiera que la había golpeado".

Es cierto que el sentenciador le dio un alcance completamente diferente al que pretende el libelista, a la negativa inicial de Diana Lucía a formular denuncia, pero ello no constituye ninguna "tergiversación" de la declaración de Gloria Patricia Cardona.

4.3.4. Caso similar ocurre con la supuesta tergiversación parcial del dicho del acusado Narces Cuartas Flórez, puesto que lo que realmente censura el libelista es que "Al desatender la satisfactoria explicación" dada por el procesado sobre la razón por la cual la ofendida "había percibido su notoria cicatriz de 'aproximadamente dieciséis centímetros en forma diagonal' en el abdomen", los sentenciadores de instancia reforzaron "una credibilidad que no podía concedérsele al relato de dicha señora".

En síntesis, lo que ocurre es que en la demanda no se atendió al principio de que no se puede presentar la discrepancia con el fallo como si fuera una distorsión, pues si bien lo primero es explicable en el defensor, no es censura de recibo en casación, como sí lo sería que se demostrara que alterando el contenido material de la prueba se llegara a la sentencia acusada.

De acuerdo con el concepto del Procurador Delegado, la Sala concluye que el cargo carece de fundamento, ya que el Tribunal no omitió, ni supuso, ni tergiversó ninguna prueba. Lo que hizo fue apreciarlas, sin que se pueda afirmar válidamente que desconoció las reglas de la sana crítica.

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

RESUELVE:

NO CASAR la sentencia recurrida.

Cópiese, cúmplase y devuélvase al Tribunal de origen

Jorge Aníbal Gómez Gallego, Fernando E. Arboleda Ripoll, Jorge E. Córdoba Poveda, Carlos Augusto Gálvez Argote, Edgar Lombana Trujillo, Carlos E. Mejía Escobar, Mario Mantilla Nougués, Alvaro Orlando Pérez Pinzón, Nilson Pinilla Pinilla.

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

SECUESTRO/PENA

Recuérdese que el delito de secuestro del señor (...) tuvo ocurrencia entre el 6 y el 29 de agosto de 1992, cuando ya estaba vigente el artículo 6° del Decreto 2790 de 1990, (adoptado como legislación permanente, art. 11 Dto. 2266/91), según el cual la pena es de 20 a 25 años de prisión cuando, entre otros eventos, el delito de secuestro -entre otras cosas- persiga los objetivos enunciados en el artículo 268 del Código Penal", fines extorsivos que se reprocharon al acusado por la exigencia de dinero a la víctima y/o a su familia.

La equivocación del casacionista consiste en entender que el aumento de pena que trajo el referido artículo 6°, se aplica únicamente al secuestro que se lleve a cabo en persona cualificada o con fines terroristas, pero ya se vio que también procede la agravante si se dan los mencionados propósitos del artículo 268.

Corte Suprema de Justicia. - Sala de Casación Penal. - Santa Fe de Bogotá, D.C., veintinueve (29) de julio de mil novecientos noventa y nueve (1999).

Magistrado Ponente: Dr. *Edgar Lombana Trujillo*

Aprobado Acta No.113 Proceso No. 12371

Decide la Corte el recurso extraordinario de casación interpuesto por el defensor de Gilberto Ospina Zambrano contra la sentencia de marzo 13 de 1.996, mediante la cual el Tribunal Nacional condenó a dicho procesado a 25 años de prisión por los delitos de rebelión y secuestro extorsivo.

ANTECEDENTES

1. En la noche del 6 de agosto de 1992 Mauricio Arciniegas Vera se encontraba con unos amigos en el corregimiento de Pance, jurisdicción de Santiago de Cali, cuando arribaron varios miembros del 8° Frente de las FARC y secuestraron al mencionado comerciante, exigiendo luego 400.000 dólares por su liberación. El 29 de dicho mes Arciniegas fue rescatado por una patrulla del Ejército Nacional y se fue para su residencia en Manizales, adonde siguieron llamando los subversivos, concretamente el segundo comandante de ese Frente, conocido como "Marcial" y que resultó ser Gilberto Ospina Zambrano,

quien justamente fue capturado por la Policía el 8 de septiembre del citado año, cuando desde la ciudad de Cali llamaba por teléfono a la referida residencia de Arciniegas Vera. En el momento de dicha aprehensión se incautaron videos donde se daban muestras de supervivencia del secuestrado y unos casetes correspondientes a conversaciones que conciernen a tal delito.

2. En versión dada ante el Jefe de la Unidad Investigativa de la Policía Judicial (fl. 18 cdno. No. 1), el imputado Ospina Zambrano contó el recorrido que desde muy joven ha tenido en las filas subversivas, reconociéndose ahora como segundo comandante del 8° Frente de las llamadas Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia (FARC), y haber realizado el secuestro que se le atribuye por órdenes de "Alfonso Cano".

3. Abierta la investigación, la Fiscalía indagó al imputado, quien repitió todos esos antecedentes en las filas revolucionarias, pero afirmó que desde que perteneció al M-19 y fue amnistiado, no ha ejecutado conducta alguna contra las leyes y que, por tanto, nada tiene que ver con el referido secuestro.

Al enterársele de lo que aparece diciendo en la versión policial, respondió que fue presionado y amenazado por la Policía para que aceptara en esos términos la responsabilidad en el secuestro (fl. 30).

- Decidida la detención preventiva por los delitos de rebelión y secuestro (fl. 36), se practicaron varias pruebas y, cerrada la investigación, esta se calificó con resolución acusatoria de abril 23 de 1994, proferida por la Fiscalía Regional de Cali (fl. 349, cdno. No. 2) y se le reprocharon a Ospina Zambrano los delitos de rebelión, secuestro extorsivo y extorsión tentada (C.P. arts. 125, 268 6° Dto. 2790/90 y 355).

Apelada por el defensor, la Fiscalía Delegada ante el Tribunal por medio de resolución de agosto 2 de 1994, (fl. 398) confirmó la acusación por rebelión y secuestro, decretando la nulidad parcial con respecto al delito de extorsión, al considerar que a su respecto se había sorprendido al procesado y se imponía la expedición de copias y la ruptura de la unidad procesal.

4. Un Juzgado Regional de Cali citó para audiencia (fl. 570) y, en armonía con la acusación, dictó sentencia de septiembre 20 de 1936, mediante la cual condenó al procesado a 25 años de prisión, fallo que, apelado por el defensor de Ospina Zambrano, recibió entera confirmación del Tribunal por medio del suyo que es objeto del recurso extraordinario (fl. 19 cdno. Tribunal).

La Demanda

Primer cargo:

Con base en el artículo 220-3 del Código de Procedimiento Penal se aduce la nulidad sobre la base de que el fallador de segundo grado "desconoció prueba documental glosadas (sic) a la sumaria en cuestión" (fl. 70 cdno. Tribunal), en la cual constaba que "me alzé en reveldía (sic)" contra la decisión que negó la libertad provisional al procesado, apelación que fue concedida en el efecto suspensivo, a pesar de lo cual el juzgador de primera instancia dictó senten-

cia, cosa que estima irregular y no advertida por el Tribunal, por lo que señala violados "el debido proceso y el derecho de defensa", aparte de que, al estar suspendida, el fallador de primer grado carecía de competencia.

Pide entonces la nulidad de lo actuado a partir del pronunciamiento "cuando la competencia estaba suspendida" (fl. 71 infra).

Segundo cargo:

Al amparo del artículo 220 citado alega la violación indirecta de la ley, la cual hace consistir en que en la averiguación preliminar el imputado fue oído en versión libre sin la presencia de un defensor, versión que se tuvo en cuenta para condenar, "y la gravación (sic) que se hizo bajo tortura física, como se desprende del análisis que se realize (sic) a la transcripción del casete que se encuentra relacionado a fls..." (fl. 72), y que parcialmente transcribe el censor.

Insiste en la vulneración del "principio de legalidad de la prueba" y pide que se case el fallo.

Tercer cargo:

Aduce la violación directa de la ley (art. 220-1 cit. cuerpo 1°.), por "exclusión" del artículo 268 del Código Penal, ya que el secuestro se cometió en persona no cualificada y sin ánimos terroristas, y anota que la conducta se llevó a cabo "antes de la vigencia de la 40 de 1993" (fl. 76).

Solicita que se case el fallo "en cuanto a la redosificación de la pena" (fl. 77).

CONCEPTO DE LA PROCURADURÍA

Primer cargo:

Conceptúa el señor Procurador Primero Delegado en lo Penal que si bien el juzgador de primer grado erró al conceder en el efecto suspensivo la apelación interpuesta contra el auto que negó la libertad provisional, de todos modos el proceso continuó, como era lo legal, pues la competencia realmente no debía suspenderse, como lo prevé el artículo 204 del Código de Procedimiento Penal al consagrar el efecto devolutivo, a más de que la ejecutoria de esa clase de decisiones es meramente formal.

Conceptúa entonces que el cargo de nulidad no prospera.

Segundo cargo:

Con respecto a la ausencia de abogado en la versión libre que rindió el acusado, opina que esa prueba resulta inválida frente al artículo 29 de la Carta Política y no puede, por lo tanto, ser tenida en cuenta, más si se observa el fallo impugnado dicha versión "no fue fundamento único" del mismo (fl. 11 infra, cdno. Corte), pues también se consideraron las declaraciones de los policiales Bilver Aimel Astorquiza, Lenis Bonilla Gersain y Oscar Espinosa

Quintonez, "quienes al decir del Tribunal 'dan cuenta de la situación de flagrancia en que fue aprehendido el procesado, cuando telefónicamente insistía en las mencionadas exigencias económicas a nombre de las Farc'".

Añade que, además, los cargos fueron ratificados por la propia víctima y de tres declarantes que afirman haber recibido llamadas telefónicas del acusado.

Con relación a que la referida versión libre fue obtenida mediante torturas y amenazas, dice la Delegada, que esa afirmación no está respaldada en prueba alguna y no es creíble, dado que a dicha diligencia acudió como garantía un representante del Ministerio Público, quien no dejó constancia sobre el vicio argüido.

Indica que, de todos modos, ya se dijo que la sentencia atacada no dependió de esa prueba, pero que como se han denunciado dichas torturas y éstas "no fueron dilucidadas en el proceso", sugiere que se expidan las respectivas copias con destino a la Justicia Penal Militar.

Considera entonces que el cargo no sale avante.

Tercer cargo: .

Sobre la falta de aplicación del artículo 268 del Código Penal, anota para la época de los hechos estaba vigente el artículo 6° del Decreto 2790 de 1990 tipificador del secuestro extorsivo antes previsto en los artículos 22 del Decreto 180 de 1988 y 268 del Código Penal, no consagrando dicho artículo 6° la calificación del sujeto pasivo ni la gravedad de ese delito.

Concluye entonces que la norma a aplicar "era el artículo 268 del Código Penal, modificado en cuanto a la pena por el artículo 6° del Decreto 2790 de 1990, convertido en legislación permanente por el artículo 11 del Decreto 2266 de 1991", por lo cual el cargo no debe prosperar.

Pide, pues, que la sentencia no se case y reitera la referida expedición de copias.

Consideraciones de la Corte

Cargo primero

Es cierto que la apelación interpuesta contra el auto mediante el cual el Juzgado Regional de Santiago de Cali negó la libertad provisional al procesado, fue concedida en el efecto suspensivo (fl. 627), pero también lo es que tal cosa debió hacerse en el efecto devolutivo, como lo enseña, por exclusión, el literal c) del artículo 204-5 del Código de Procedimiento Penal.

Es decir que no obstante ese yerro formal, realmente la competencia del Juez Regional no se suspendió (art. 203 id.) y entonces no comporta ninguna trascendencia que, concedido así el recurso, se haya entrado a dictar el fallo de primera instancia (fl. 628), de ahí que el Tribunal, cuando revisó la misma, tampoco haya incurrido en la omisión que le censura el demandante, al no pronunciarse sobre tal defecto en la concesión del recurso, máxime que tal

tema no era objeto de impugnación ni constituía violación de las garantías al acusado, condiciones en las cuales resulta insólita la afirmación del censor de que por la alegada "suspensión de competencia" el Tribunal no la había adquirido para proferir el fallo.

No prospera el cargo.

Segundo cargo:

Si bien el censor invoca la violación indirecta de la ley, no precisa, como es la obligación de todo casacionista, si el error es de hecho o de derecho, y si se trata de este último (por ausencia de un requisito para la validez de la prueba), cuál es su especie, si por falso juicio de legalidad o de convicción.

Ha repetido esta Sala que la casación es recurso extraordinario precisamente porque, a diferencia de las instancias, el sustento del mismo (es decir la demanda) debe cumplir con las rigurosas exigencias de fondo y forma previstas en los artículos 225 y siguientes del Código de Procedimiento Penal.

Sin perjuicio de lo anterior, de todos modos se pasa a examinar el reproche:

Es evidente la razón que asiste al casacionista cuando aduce que la versión libre que el procesado Ospina Zambrano rindió en la Policía (fl. 18 cdno. Nro. 1) se torna inexistente por la no presencia allí de un apoderado (C.P.P. art. 322 y art. 29 C.N.), pero también deviene ostensible que, a pesar de la invalidez de esa diligencia, no demuestra el demandante, ni la Sala lo ve, que la sentencia atacada vaya siquiera a tambalear por su ausencia, ya que otros varios medios de convicción se tuvieron en cuenta para fundamentar dicho fallo condenatorio.

En efecto, los sentenciadores de instancia recordaron la situación de flagrancia en que fue aprehendido el procesado, cuando llamaba por teléfono a la víctima del secuestro, como ratificaron los policiales testigos Bilmer Amiel Astorquiza, Lenis Bonilla Gersaín, Oscar Espinosa Quiñónez, Oscar Martínez Toro y José Fernando Valencia Ortiz. También se apoyaron en los testimonios de Luz Adriana Carmona Montoya, Margarita Malva de Navarro y Elsa Giraldo López, quienes recibieron en Manizales las llamadas extorsivas de "Marcial".

Finalmente los juzgadores consideraron que cuando la víctima habló por teléfono con "Marcial", por la voz reconoció a la misma persona que le hablaba cuando estaba secuestrado (fl. 24 cdno. Tribunal).

Desde luego que los censores en casación deben impugnar toda la prueba en que se basó el sentenciador para decidir, pues si, como en este caso, se limitan a controvertir una mínima parte de la masa probatoria de cargo, éste deviene del todo inane y no tiene éxito.

Con respecto a la petición de la Delegada consistente en que se expidan copias con destino a la Justicia Penal Militar para efectos de las torturas que afirma el procesado y repite el casacionista, la Sala no encuentra que dicha compulsa proceda, ya que, por una parte, el representante de la Personería Municipal, doctor Luis Enrique Ladínez, "deja constancia de que el aquí pre-

sente Gilberto Ospina Zambrano, no presenta huellas de maltrato físico o moral, lo cual es corroborado por el mismo al ser preguntado sobre el mismo", según se puede ver a folio 18, en diligencia que desde luego también suscribió el referido Ministerio Público.

El "buen trato" que se le dio a dicho imputado es también corroborado por los policiales que intervinieron en su captura (fls. 70, 75, 76, 79 y 110).

Por otra parte es bien diciente en orden a desechar esas "torturas" alegadas posteriormente, que la versión y la injurada de Ospina Zambrano coinciden en cuanto a los antecedentes que contó sobre su pertenencia a diversos movimientos subversivos, difiriendo únicamente por lo que atañe a este concreto delito de secuestro que se le imputó, del cual se infiere que buscó evadir responsabilidad con la aducción en su indagatoria de las referidas amenazas y coacciones, las cuales, como se dijo, están huérfanas de todo respaldo procesal.

De ahí que no se accederá a la petición nombrada.

Tercer cargo:

Recuérdese que el delito de secuestro del señor Mauricio Arciniegas Vera tuvo ocurrencia entre el 6 y el 29 de agosto de 1.992, cuando ya estaba vigente el artículo 6° del Decreto 2790 de 1990, (adoptado como legislación permanente, art. 11 Dto. 2266/91), según el cual la pena es de 20 a 25 años de prisión cuando, entre otros eventos, el delito de secuestro -entre otras cosas- persiga los objetivos enunciados en el artículo 268 del Código Penal", fines extorsivos que se reprocharon al acusado por la exigencia de dinero a la víctima y/o a su familia.

La equivocación del casacionista consiste en entender que el aumento de pena que trajo el referido artículo 6°, se aplica únicamente al secuestro que se lleve a cabo en persona cualificada o con fines terroristas, pero ya se vio que también procede la agravante si se dan los mencionados propósitos del artículo 268.

Como en esa norma, pues, ancló el Tribunal la conducta del acusado, no hubo error en su elección y por lo tanto el reparo no sale avante.

La sentencia entonces no se casará.

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

RESUELVE:

1. NO CASAR el fallo recurrido.

2. No expedir las copias referidas en el concepto de la Delegada.

En firme esta providencia, devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

Cópiese, comuníquese y cúmplase.

Jorge Aníbal Gómez Gallego, Fernando E. Arboleda Ripoll, Jorge Enrique Córdoba Poveda, Carlos Augusto Gálvez Argote, Edgar Lombana Trujillo, Mario Mantilla Nougués, Carlos E. Mejía Escobar, Alvaro Orlando Pérez Pinzón, Nilson Elías Pinilla Pinilla.

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

TESTIMONIO-Del menor/JURAMENTO/TESTIGO DE OIDAS

En relación con el testigo menor de 12 años, al igual que cualquier persona requerida por el órgano competente, está en la obligación de testificar, sólo que no se le recibirá juramento y, en lo posible, deberá estar asistido por su representante legal o por un pariente suyo mayor de edad, a quien se le tomará juramento acerca de la reserva de la diligencia. Así lo dispone claramente el inciso primero del artículo 282 del Código de Procedimiento Penal.

De modo que, si la legislación procesal penal autoriza la convocatoria del menor de 12 años como testigo dentro del proceso, no son posibles de lege ferenda aquellos juicios anticipados que sugiere el demandante y expone también el Procurador Delegado, en el sentido de que una persona de esa edad no puede ser fiel a las impresiones que recibe durante el desarrollo de un acontecimiento cualquiera, dado que su capacidad de concentración es dispersa y también es limitada su comprensión de lo que ocurre en el mundo exterior. Si esto fuera tan fatal y categórico como se insinúa, de una vez el legislador hubiera descartado como testigos a los menores de 12 años, pero, por el contrario, la psicología experimental enseña que la minoría de edad, la vejez o la imbecilidad no impiden que en determinado caso se haya podido ver u oír bien.

Por ello, cualquier persona, sin importar su condición, de la cual se pueda pregonar que de alguna manera estuvo en contacto con los hechos pasados, debe ser admitida como testigo dentro del proceso, obviamente sin perjuicio del valor probatorio que los funcionarios judiciales en su oportunidad le puedan adjudicar al testimonio, en relación con las características personales de aquellos de quienes proviene y otros criterios legalmente dispuestos (C. P. P., arts. 254 y 294).

El juramento del testigo es apenas una facultad de compulsión que la ley autoriza para procurar su vinculación con la verdad de lo percibido, lo cual permite amonestarlo sobre la importancia moral y legal del acto, al igual que de las sanciones penales a que se haría acreedor si declarare falsamente o incumple lo prometido (art. 285 C. P. P.). En el caso del menor de 12 años, precisamente por su corta edad, la ley optó por no

compelerlo con una formalidad por la cual aún no está en capacidad de responder, porque, en últimas, jurídicamente no interesa tanto que el testigo haya faltado al compromiso moral sino que haya violado un vínculo legal para ocultar o desdibujar la verdad que conoce, conducta que es la que lo podría conducir a una sanción penal.

Así pues, aunque el juramento apunta a garantizar la verdad en la declaración del testigo, la ausencia del mismo no significa que el deponente voluntariamente no pueda ser fiel a la misma, como evidentemente puede ocurrir en el caso del menor de 12 años. De igual manera, si la importancia del juramento es más funcional que de regularidad de la diligencia (de hecho en otras legislaciones no existe y sólo se acude a las advertencias previas de las consecuencias legales), imponerlo artificiosa o equivocadamente al menor, siempre y cuando no se le trate de obligar a declarar en contra de las personas incluidas en el círculo de protección legal, no tiene repercusión en la validez del testimonio, pues lo que sigue, se repite, es la evaluación crítica del testimonio por los funcionarios judiciales, ya que las conminaciones penales están excluidas de antemano por la excepción que hace el artículo 282 del C. de P. P. y no por voluntad judicial.

Igualmente, como la exoneración que la ley hace del juramento al menor de 12 años tiene que ver con el riesgo asumido para que el testigo diga espontáneamente la verdad, si lo quiere, también con toda relatividad se previó que aquel pueda estar asistido para garantía de un trato libre y no compulsivo, en lo posible, por el representante legal o un pariente cercano. Aunque en este caso estuvieron presentes otras personas no tan próximas familiarmente a la testigo menor, lo cierto es que la ley abre esa posibilidad ante la ausencia de su parentela, pero además se trataba de ciudadanos responsables y no ha sido objeto de discusión la libertad de la testigo en su declaración.

De otro lado, si bien es cierto que a los asistentes de la menor no se les recibió juramento sobre el deber de guardar la reserva sumarial, tal omisión tendría que ver con las dificultades posteriores para imponer legítimamente consecuencias en esta materia, si eventualmente se violare el secreto de la investigación por los intervinientes, pero para nada afecta la regularidad de la diligencia.

Corte Suprema de Justicia. - Sala de Casación Penal. Santa Fe de Bogotá, D. C., veintinueve de julio de mil novecientos noventa y nueve.

Magistrado Ponente: Dr. *Jorge Aníbal Gómez Gallego*

Aprobado Acta No. 113 Proceso No. 10615

En razón del recurso extraordinario de casación interpuesto, examina la Corte el fallo de segunda instancia fechado 24 de enero de 1995, dictado por el Tribunal Superior de Riohacha, por medio del cual el procesado Reyber Rubén Taplas Guerra quedó finalmente condenado en las instancias a la

pena principal de veinticinco (25) años de prisión, como autor del delito de homicidio consumado en contra de la vida del ciudadano Gerardo Pardo Avendaño.

Sobre los temas propuestos en la demanda, ha emitido su concepto previo el Procurador Tercero Delegado en lo Penal (E.).

Hechos

De acuerdo con las determinaciones adoptadas en los fallos de instancia, los episodios delictivos ocurrieron en la ciudad de Riohacha, el día 7 de febrero del año de 1994, aproximadamente a las 10 de la mañana, cuando el señor Gerardo Pardo Avendaño, comerciante de productos de mar, se hallaba en su residencia situada en la calle 11B N° 22-33 (barrio Marbella) de la mencionada población, dedicado al empaque de unas langostas para remitir a la ciudad de Santa Fe de Bogotá y acompañado en la ocasión de su hija Carmenza Alejandra Pardo León, entonces una menor de 11 años de edad. De pronto, irrumpieron en el lugar dos sujetos provistos de arma corta de fuego, le reclamaron al comerciante el dinero que poseía, éste se apartó hacia una de las alcobas para tomar una escopeta y entretanto se produjo un intercambio de disparos con uno de los individuos armados.

Tanto el dueño de la residencia como uno de los sujetos asaltantes resultaron heridos en el acto, razón por la cual ambos fueron conducidos al hospital Nuestra Señora de los Remedios de la mencionada localidad, pero después el primero fue trasladado a la ciudad de Santa Marta y allí falleció. Posteriormente, el agresor fue identificado con el nombre de Reyber Rubén Tapias Guerra.

Actuación Procesal

Las primeras pesquisas fueron adelantadas por miembros del Cuerpo Técnico de Investigación de la Fiscalía radicados en el lugar, oportunidad en la cual, además de presentar el informe y realizar otras actuaciones, recibieron versión sobre los hechos a la menor Carmenza Alejandra Pardo León (fs. 38). El fiscal competente abrió formalmente la investigación el 15 de febrero de 1994 y después amplió la queja de la hija del ofendido (fs. 20 y 48).

El imputado Reyber Rubén Tapias Guerra fue recibido en indagatoria el 19 de febrero de 1994, por medio del funcionario comisionado de la ciudad de Barranquilla, y se amplió el 4 de marzo siguiente (fs. 109 y 119). La situación jurídica se resolvió en la resolución del 16 de marzo de 1994, por medio de la cual se impuso al sindicado la medida de aseguramiento de detención preventiva, sin derecho a excarcelación, como autor del delito de homicidio simple (fs. 154).

Cerrada la investigación, la Fiscalía adoptó la calificación en providencia del 12 de julio de 1994, de acuerdo con la cual dispuso la acusación del procesado por el delito de homicidio doloso previsto en el artículo 323 del Código Penal (fs. 218 y 371).

Apelada la resolución calificatoria por el defensor de confianza del procesado, la Unidad de Fiscalía ante el Tribunal de Riohacha la confirmó por decisión del 12 de agosto de 1994 (cuaderno de 2ª instancia de la Fiscalía, fs. 2).

Para el juicio asumió el conocimiento el Juez Primero Penal del Circuito de Riohacha, funcionario que realizó la audiencia pública a partir del 20 de octubre de 1994 (fs. 394; 429 y 459).

El juez de primer grado dictó sentencia el 14 de noviembre de 1994, por medio de la cual condena al procesado a la pena principal de veinticinco (25) años de prisión, como autor del delito de homicidio previsto en el artículo 323 del Código Penal, y la sanción accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas por un período de diez (10) años. Igualmente, por carecer de "fundamentos legales", se abstiene de condenar al pago de perjuicios y también le niega al sentenciado el subrogado penal de la condena de ejecución condicional (fs. 482).

El fallo fue impugnado por el defensor, pero el Tribunal Superior de Riohacha lo confirmó integralmente en la decisión citada en el introito (fs. 517).

No deja de inquietar, así no sea motivo de revisión en esta sede extraordinaria, que todos los funcionarios judiciales se hayan referido a un delito de homicidio simple, a pesar de que siempre acordaron que el móvil de la muerte violenta fue el hurto de los bienes de la víctima (art. 324, numeral 2).

Contenido de la Demanda

El actor presentó dos (2) demandas de casación, una inmediatamente después de la notificación de la sentencia de segundo grado, y la segunda dentro del término de traslado previsto en el artículo 224 del Código de Procedimiento Penal. Aunque ambos escritos contienen algunas manifestaciones comunes, la Sala entiende que la segunda demanda no solo es la última razón de su inconformidad, sino también que fue la presentada dentro del lapso legal. Además, en ambos libelos se ataca, en el fondo, la legalidad del testimonio de la menor Carmenza Alejandra Pardo León.

En el acápite destinado a la "actuación procesal", el recurrente expone que el Tribunal Superior de Riohacha confirmó la sentencia condenatoria de primera instancia y, para el efecto, acogió como fundamento el testimonio de la menor Carmenza Alejandra Pardo León, pero igualmente se expresa en el fallo que dicha declaración tuvo respaldo en la suministrada por el señor Eder Barragán Quiñones, primo hermano de la víctima, quien conoció los hechos por la versión de la niña. De modo que, como se trata de un testigo de oídas, le parece al actor que carece de suficiente valor incriminatorio para sustentar la sentencia condenatoria.

Y en cuanto al testimonio del oficial de la policía Oscar Madrid Cuéllar, por cuanto igualmente se enteró de los hechos por la manifestación que le hizo la víctima, de la misma manera no puede ser prueba suficiente para condenar al procesado, dadas las mismas razones expuestas sobre el testigo anterior.

Con fundamento en la causal primera de casación, conforme con el numeral 1 del artículo 220 del Código de Procedimiento Penal, el demandante aduce que la sentencia incurrió en violación indirecta de la ley sustancial por un error de derecho referido a la apreciación del testimonio de la menor Carmenza Alejandra Pardo León, el cual fue irregularmente aportado al proceso por omisión de las formalidades legales.

Indica que el testimonio carece de validez por cuanto se preterm itieron los siguientes requerimientos de ley:

1. En el acta que contiene la declaración, en principio, se dice que la testigo fue impuesta del juramento, conforme con los artículos 27 y 287 del C. de P. P. y 172 del Código Penal, ante lo cual la concurrente prometió decir la verdad, pero al final se deja constancia de que no se recibió juramento a la menor. Significa entonces que el documento contiene manifestaciones contradictorias que toman inexistente la prueba.

2. De otra parte, aunque en el acta consta que la menor estuvo acompañada por el teniente Manuel Alfaro Vargas y el agente Jhoany Contreras Garzón, pertenecientes al Comando de Policía de La Guajira, no se cumplió con la formalidad de tomarles el juramento a los asistentes, con el fin de imponerles la reserva del sumario, como lo ordena el citado artículo 282 del Código de Procedimiento Penal. Esta es una razón adicional para postular que el mencionado testimonio no puede ser tenido en cuenta como prueba legalmente producida, con el fin de sustentar en él la sentencia condenatoria.

3. El actor se apoya en el artículo 250 del Estatuto Procesal Penal, según el cual no se admitirán las pruebas obtenidas en forma ilegal para determinar la responsabilidad del procesado, y en el caso concreto la declaración de la menor Carmenza Pardo León se produjo en contra de la ley y de manera irregular, supuesto que no se cumplieron disposiciones de imperioso diligenciamiento.

Pide que se case la sentencia demandada y, por prosperar la causal primera del artículo 220 del C. de P. P., que la Corte la revoque y ordene la libertad de su defendido.

CONCEPTO DEL PROCURADOR

El representante del Ministerio Público opta por referirse a los dos escritos de impugnación, aunque reconoce que en el fondo de ambos reside la inquietud relacionada con la legalidad del testimonio de la menor.

Pues bien, en relación con el primer libelo dice que el actor comienza por observar una supuesta interpretación errónea o desfiguración del contenido de una norma, pero, como a renglón seguido expresa claramente que no se refiere a la violación indirecta, tal actitud revela una falencia de carácter técnico por la mezcla indebida de dos asertos de distinta naturaleza.

Tal vez en esa discordancia radica la razón por la cual, ya en la segunda demanda, el censor situó la irregularidad en la incorporación al trámite de la

citada prueba, pues ella no reunía los condicionamientos sustanciales ni jurídicos para servir de soporte a la sentencia condenatoria.

Radicado su estudio ya en la segunda demanda, el Delegado hace las siguientes observaciones:

1. A pesar del cambio de razones introducido en el segundo libelo, el Procurador entiende que no es acertado el desarrollo del pregonado error de derecho por falso juicio de legalidad, en relación con el testimonio de la menor, pues el actor usa los calificativos de ilegalidad y de irregularidad, que corresponden a dos vocablos de connotación diferente y por ello mismo generan tropiezo sobre la exigida claridad y precisión de la técnica casacional.

2. En cuanto a la formalidad del juramento en la exposición de la menor, el Procurador advierte que en la declaración del 7 de febrero de 1994 se dejó expresa constancia de que no se le imponía, pero en la ampliación del 11 de febrero siguiente se utilizó un formato cuyo texto incluye la forma del juramento a la denunciante. Sin embargo, como lo advirtió el Tribunal en el fallo cuestionado, tal irregularidad no invalidaba el dicho de la menor y sus consecuencias sólo tenían que ver con la exoneración del falso testimonio.

3. Sostiene el Ministerio Público que "un menor de doce años difícilmente puede ser fiel en la reproducción de las impresiones que recibe durante un acontecimiento cualquiera, dado que su capacidad de concentración es dispersa y de otro lado la comprensión exacta de lo que sucede en el mundo exterior es limitada, de ahí que resulte un contrasentido compelerlo a decir la verdad cuando sus facultades físicas y psicológicas no son las óptimas para lograr una percepción completamente objetiva".

4. Asegura que la validez del testimonio de la menor queda incólume, supuesto que ella inicialmente acudió como denunciante de la muerte de su progenitor, con clara capacidad jurídica para hacerlo, porque el artículo 282 del C. de P. P. autoriza recibir versión a los menores de 12 años, y ante funcionarios del C. T. I. de la Fiscalía de Riohacha, quienes tenían la atribución de allegar denuncias conforme con el artículo 47 del Decreto 2699 de 1991.

5. En cuanto a la omisión del juramento a los miembros de la policía que asistieron a la menor, con el fin de imponerlos de la reserva de la diligencia, el Procurador argumenta que ello no afecta la validez de la misma, porque tal fórmula apunta a procurar el éxito de la investigación, proteger a los deponentes, al respeto a la presunción de inocencia y de los demás derechos de un individuo sindicado, todo lo cual tiene efectos extrínsecos a la evolución misma de la obtención de la prueba y no afectan su lugar en el proceso, pues el fallador deberá tenerla en cuenta para la decisión. Así entonces, los argumentos del demandante no alcanzan a demostrar la deficiencia señalada para enervar sus efectos probatorios.

6. De otro lado, contrario a lo que sostiene el censor, el testimonio de la menor no fue acogido como medio probatorio para deducirle responsabilidad al procesado, pues, a pesar de que el Tribunal dedicó un espacio en la sen-

tencia para hacer ver su validez, finalmente se apuntaló en la declaración del ST. Oscar Madrid Cuéllar, oficial que dialogó personalmente con la víctima antes de su fallecimiento, quien le reveló la identidad del agresor, señalamiento este que el fallador consideró serio y suficiente para imponer la condena.

A más de lo anterior, el Tribunal se apoyó en el indicio de la mala justificación del procesado, debido a las múltiples contradicciones sustanciales en que incurrió cada vez que quiso explicarle a la Fiscalía la razón de su presencia en el lugar de los hechos.

Le parece al Ministerio Público que no tiene razón el demandante al objetar la validez del testimonio de la menor, siendo además que otras pruebas posteriores, sin el compromiso de la legalidad, ratificaron ampliamente sus manifestaciones.

Por consiguiente, concluye el Procurador, el sentenciador no incurrió en el error de derecho que se le atribuye, pues siendo su deber examinar conjuntamente las pruebas y que de allí surgió la certeza de la responsabilidad del acusado, tal declaración no puede merecer ningún reparo.

Propone la desestimación del cargo.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

1. El error de derecho y su trascendencia:

De acuerdo con la jurisprudencia de la Corporación, el error de derecho, como modalidad de violación indirecta de la ley sustancial, se comete cuando el sentenciador admite y confiere valor a un medio probatorio aducido con violación de las formas legalmente predeterminadas para su incorporación al proceso. Pues bien, a partir de tal definición, teóricamente estaría bien orientado el demandante cuando dirige la censura por esta vía, pues dice que se presentaron vicios en la formación del testimonio de la entonces menor Carmenza Alejandra Pardo León, por desconocer en la ocasión los requisitos de procedimiento señalados en el artículo 282 del Código de Procedimiento Penal.

Sin embargo, como igualmente se ha insistido en la doctrina jurisprudencial, el cargo concreto no contiene la argumentación jurídica completa, porque, a pesar de que el actor indica la norma probatoria supuestamente quebrantada (violación medio), no ha demostrado la infracción de la ley sustancial, pues ni siquiera se señalan los preceptos de esta naturaleza que presuntamente fueron vulnerados (violación fin). No se ha dicho de qué manera el error en el tratamiento de la disposición probatoria (artículo 282 C. P. P.) pudo haber contribuido a la conculcación de una norma sustancial.

Ahora bien, si en gracia de discusión se admitiera que hubo el error de derecho pregonado por el censor respecto del testimonio de la menor, tampoco se ha demostrado la influencia de dicha equivocación en el sentido y fundamento de la sentencia, pues ningún esfuerzo se asoma para establecer si el fallo condenatorio se sostenía con otras pruebas legalmente aportadas o, por

el contrario, se desvanecía al excluir la declaración objetada (principio de trascendencia), exigencia que es insoslayable en un sistema procesal que se rige por la regla del examen conjunto de las pruebas (art. 254 C. P. P.).

Mas no sólo se echa de menos tal demostración de la trascendencia del supuesto error, sino que, como lo destaca el Procurador Delegado, el Tribunal expresó abiertamente que el juzgado de primera instancia no había tenido en cuenta la declaración de Carmenza Pardo León para sustentar el fallo de condena, pero que era suficiente a tal fin el testimonio del oficial Oscar Madrid Cuéllar, reforzado por el evidente indicio de la falsa justificación, como pruebas de indiscutible origen; sin embargo de lo cual, con fines pedagógicos, el *ad quem* hizo algunas reflexiones para demostrar que el testimonio de la menor sí tenía valor probatorio.

En efecto, el Tribunal dijo:

"Dos son los fundamentos de responsabilidad tenidos en cuenta por el *a quo* para proferir el fallo de condena objeto de estudio.

"En primer lugar tuvo en cuenta el informe rendido por el comandante de la Tercera Sección de Vigilancia de la policía, ST. Oscar Madrid Cuéllar, quien fue ratificado bajo juramento. Según este oficial, El señor Gerardo Pardo Avendaño, manifestó que lo iban a atracar y a la vez hurtarle la mercancía, de donde tuvo que defenderse sacando una escopeta disparándole a uno de los sujetos hiriéndolo en la pierna, que es el que se encuentra en el hospital, el otro sujeto se dio a la huida al parecer con las armas ya que no se le encontró al sujeto herido".

Y la Corporación continúa:

"Pero, además, existe el indicio de mala justificación surgido de las manifiestas contradicciones en que incurre el procesado, como acertadamente lo analiza el *a quo*, reforzando sus razonamientos con criterios de la doctrina".

El juzgador de segunda instancia agrega:

"En lo que respecta al testimonio de Carmenza Pardo, no es cierto que el a quo lo haya tomado como prueba para condenar. Una simple lectura del fallo impugnado nos lleva a una conclusión diferente a lo afirmado por el recurrente, pues, allí se dice que la responsabilidad de Tapias Guerra está comprobada 'aún restándole valor probatorio a la declaración de la menor Carmenza Pardo León, como testigo presencial de los hechos' (fol. 497)".

2. Testimonio del menor y testigo de oídas:

A pesar de la insuficiente proposición de los reparos, la Corte no puede dejar de reiterar dos importantes precisiones sobre el testimonio del menor y el testigo de oídas, que son inquietudes manifiestas en la demanda, aunque mal encauzadas por el actor.

2.1 *En relación con el testigo menor de 12 años, al igual que cualquier persona requerida por el órgano competente, está en la obligación de testificar; solo*

que no se le recibirá juramento y, en lo posible, deberá estar asistido por su representante legal o por un pariente suyo mayor de edad, a quien se le tomará juramento acerca de la reserva de la diligencia. Así lo dispone claramente el inciso primero del artículo 282 del Código de Procedimiento Penal.

De modo que, si la legislación procesal penal autoriza la convocatoria del menor de 12 años como testigo dentro del proceso, no son posibles de lege ferenda aquellos juicios anticipados que sugiere el demandante y expone también el Procurador Delegado, en el sentido de que una persona de esa edad no puede ser fiel a las impresiones que recibe durante el desarrollo de un acontecimiento cualquiera, dado que su capacidad de concentración es dispersa y también es limitada su comprensión de lo que ocurre en el mundo exterior. Si esto fuera tan fatal y categórico como se insinúa, de una vez el legislador hubiera descartado como testigos a los menores de 12 años, pero, por el contrario, la psicología experimental enseña que la minoría de edad, la vejez o la imbecilidad no impiden que en determinado caso se haya podido ver u oír bien.

Por ello, cualquier persona, sin importar su condición, de la cual se pueda pregonar que de alguna manera estuvo en contacto con los hechos pasados, debe ser admitida como testigo dentro del proceso, obviamente sin perjuicio del valor probatorio que los funcionarios judiciales en su oportunidad le puedan adjudicar al testimonio, en relación con las características personales de aquellos de quienes proviene y otros criterios legalmente dispuestos (C. P. P., arts. 254 y 294).

El juramento del testigo es apenas una facultad de compulsión que la ley autoriza para procurar su vinculación con la verdad de lo percibido, lo cual permite amonestarlo sobre la importancia moral y legal del acto, al igual que de las sanciones penales a que se haría acreedor si declarare falsamente o incumple lo prometido (art. 285 C. P. P.). En el caso del menor de 12 años, precisamente por su corta edad, la ley optó por no compelerlo con una formalidad por la cual aún no está en capacidad de responder, porque, en últimas, jurídicamente no interesa tanto que el testigo haya faltado al compromiso moral sino que haya violado un vínculo legal para ocultar o desdibujar la verdad que conoce, conducta que es la que lo podría conducir a una sanción penal.

Así pues, aunque el juramento apunta a garantizar la verdad en la declaración del testigo, la ausencia del mismo no significa que el deponente voluntariamente no pueda ser fiel a la misma, como evidentemente puede ocurrir en el caso del menor de 12 años. De igual manera, si la importancia del juramento es más funcional que de regularidad de la diligencia (de hecho en otras legislaciones no existe y sólo se acude a las advertencias previas de las consecuencias legales), imponerlo artificiosa o equivocadamente al menor, siempre y cuando no se le trate de obligar a declarar en contra de las personas incluidas en el círculo de protección legal, no tiene repercusión en la validez del testimonio, pues lo que sigue, se repite, es la evaluación crítica del testimonio por los funcionarios judiciales, ya que las conminaciones penales están excluidas de antemano por la excepción que hace el artículo 282 del C. de P. P. y no por voluntad judicial.

Igualmente, como la exoneración que la ley hace del juramento al menor de 12 años tiene que ver con el riesgo asumido para que el testigo diga espontáneamente la verdad, si lo quiere, también con toda relatividad se prevé que aquél pueda estar asistido para garantía de un trato libre y no compulsivo, en lo posible, por el representante legal o un pariente cercano. Aunque en este caso estuvieron presentes otras personas no tan próximas familiarmente a la testigo menor, lo cierto es que la ley abre esa posibilidad ante la ausencia de su parentela, pero además se trataba de ciudadanos responsables y no ha sido objeto de discusión la libertad de la testigo en su declaración.

De otro lado, si bien es cierto que a los asistentes de la menor no se les recibió juramento sobre el deber de guardar la reserva sumarial, tal omisión tendría que ver con las dificultades posteriores para imponer legítimamente consecuencias en esta materia, si eventualmente se violare el secreto de la investigación por los intervinientes, pero para nada afecta la regularidad de la diligencia.

Este criterio ya había sido acordado por la Corte en las sentencias de casación del 19 de junio de 1991 (M. P. Guillermo Duque Ruiz) y el 27 de septiembre de 1994 (M. P. Gustavo Gómez Velásquez).

2.2 Y en relación con la improcedencia de una descalificación anticipada del testigo de *auditu* o de oídas, ha dicho la Corte:

"Si bien es cierto 'el testigo de oídas, lo único que puede acreditar es la existencia de un relato que otra persona le hace sobre unos hechos [...] y que generalmente ese concreto elemento de convicción no responde al ideal de que en el proceso se pueda contar con pruebas caracterizadas por su originalidad, que son las inmediatas', tampoco 'implica lo anterior que dicho mecanismo de verificación deba ser rechazado'; lo que ocurre es que frente a las especiales características en precedencia señaladas, es necesario estudiar cada caso particular, analizando de manera razonable su credibilidad de acuerdo con las circunstancias personales y sociales del deponente, así como las de la fuente de su conocimiento, si se ha de tener en cuenta que el testigo de oídas no fue el que presenció el desarrollo de los sucesos y que por ende no existe un real acercamiento al hecho que se pretende verificar" (Sentencia de segunda instancia, 29 de abril de 1999. M. P. Carlos E. Mejía Escobar).

No prospera el recurso de casación examinado.

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

RESUELVE:

No casar la sentencia de fecha, origen y contenido indicados en la motivación.

Jorge Aníbal Gómez Gallego, Fernando Arboleda Ripoll, Jorge Enrique Córdoba Poveda, Carlos A. Cálvez Argote, Edgar Lombana Trujillo, Mario Montilla Nougués, Carlos E. Mejía Escobar, Alvaro Orlando Pérez Pinzón, Nilson Pinilla Pinilla.

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

ERROR EN LA DENOMINACION JURIDICA DE LA INFRACCION

Cuando el juez se equivoca en la calificación jurídica de la conducta, se está en presencia de un error in iudicando, *que por trascender la validez de la actuación, debe, por excepción, aducirse y corregirse con fundamento en la causal tercera, pues si se subsanara con base en la primera, dictando fallo de sustitución, se generaría un nuevo desacierto, al no quedar la sentencia en consonancia con los cargos formulados en la resolución de acusación. Pero, de todas maneras, el yerro debe demostrarse conforme a la técnica de la primera, por lo cual se debe precisar la forma de violación de la ley sustancial, si directa o indirecta, y en este último caso, la naturaleza del error cometido, si de hecho o de derecho, y el falso juicio que lo determinó, así como su incidencia en la validez del proceso.*

Corte Suprema de Justicia. - Sala de Casación Penal. - Santa Fe de Bogotá, D.C., veintinueve (29) de julio de mil novecientos noventa y nueve (1999).

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

Aprobado Acta No. 113 Proceso No. 10761

Procede la Corte a resolver el recurso extraordinario de casación interpuesto por el defensor del procesado Alirio Alfonso Payares Pabón contra la sentencia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Valledupar (Cesar), emitida el 9 de febrero de 1995, por medio de la cual, al confirmar la del Juzgado Séptimo Penal del Circuito de la misma ciudad, fechada el 21 de noviembre de 1994, lo condenó a la pena principal de 15 años y 6 meses de prisión y a la accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas por el término de 10 años, como autor de los delitos de homicidio en el grado de tentativa y lesiones personales.

Hechos

Ocurrieron en la tarde del 30 de abril de 1994, en el perímetro urbano de la ciudad de Valledupar, cuando los hermanos José Angel y Jorge Enrique Cortez Ramírez se acercaron al kiosko ubicado en la carrera 4ª con calle 21, con el fin de tomarse unas cervezas, momento en el que pasó Alirio Alfonso Payares Pabón y agarró a José Angel por el cuello. Al reclamarle por su acti-

tud, aquél le asestó a éste varias puñaladas, hiriéndolo. Al intervenir el hermano del agredido en su defensa, también fue lesionado en el brazo derecho.

ACTUACION PROCESAL

Con base en la denuncia formulada por uno de los lesionados, la Fiscalía 15 de la Unidad de Permanentes, mediante resolución del 10 de agosto de 1994, dispuso la apertura de la instrucción.

Recibida la indagatoria de Alirio Alfonso Payares Pabón y los testimonios de Jorge Enrique y José Angel Cortez Ramírez, la situación jurídica se le resolvió, el 30 de mayo de 1994, con medida de aseguramiento de detención preventiva, como autor de los delitos de homicidio en el grado de tentativa y lesiones personales.

Perfeccionada la instrucción, el mérito del sumario se calificó, el 3 de agosto del mismo año, por la Fiscalía Cuarta Especializada, que ya conocía de la actuación, con resolución de acusación por los delitos anteriormente señalados, la que quedó ejecutoriada el 12 de agosto siguiente.

Tramitada la etapa de juzgamiento, el Juzgado Séptimo Penal del Circuito dictó sentencia de primera instancia, el 21 de noviembre de 1994, en la que condenó a Alirio Alfonso Payares Pabón a la pena principal de 15 años y 6 meses de prisión y a la accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas por 10 años y al pago de los perjuicios materiales y morales, como autor de los delitos de homicidio en grado de tentativa y lesiones personales.

Apelada por el defensor la anterior decisión, el Tribunal Superior de Valledupar, al desatar el recurso, la confirmó, el 9 de febrero de 1995.

LA DEMANDA DE CASACIÓN

El defensor del procesado Alirio Alfonso Payares Pabón, al amparo de la causal tercera de casación, censura la sentencia por haberse dictado en un juicio viciado de nulidad, por cuanto a "la infracción penal demostrada en el proceso o conducta delictiva se le da una denominación diferente, es decir, una adecuación típica que no le corresponde", pues lo que aparece es la comisión de un delito de lesiones personales y no de homicidio tentado.

Fundamenta el reproche en que no se le otorgó credibilidad a la injurada del procesado, quien manifestó expresamente que su intención no fue la de matar a una de las víctimas, "ya que éste era el propietario del cuchillo con el que fue herido él una vez lo desarmara y que las lesiones ocasionadas a las víctimas fueron producto de una riña o forcejeo entre los contrincantes pero jamás se pudo probar que la intención era segarle la vida, ya que no existía entre ellos conocimiento previo, ni animadversión, o un motivo para que mi cliente deseara la muerte de los hermanos Cortez Ramírez."

Asevera que los testimonios allegados al proceso son irrelevantes, "ya que a la luz de la sana crítica del testimonio son mendaces y parcializados".

Además, dice, de acuerdo con lo normado en el artículo 22 del Código Penal, "los actos que demanda la estructuración de la tentativa además de idóneos deben ser inequívocamente dirigidos a la ejecución del hecho punible que se quiere ejecutar". Señala que este propósito se establece a partir de un estudio ex ante de los hechos "analizando todas las circunstancias anteriores al resultado de la conducta delictiva, de allí que la sola lesión, la gravedad de esta no puede servir como elemento para demostrar la intención del agente, ya que quien lesiona gravemente a su víctima, puede hacerlo con el propósito de matarlo o bien lesionarlo gravemente".

Arguye que en este caso los sentenciadores de instancia infirieron el dolo homicida "de la cantidad de lesiones propinadas a la víctima... en la espalda y por la calidad del arma empleada, sin embargo, no se puede inferir de esta circunstancia de manera directa y perfecta que el encausado actuó con *animus necandi* ya que el arma empleada sirve para matar o para lesionar y si tenemos en cuenta que la víctima quedó en estado de indefensión, mi cliente no consumó el estado de homicidio tentado".

Luego de transcribir a un doctrinante y el artículo 331 del Código Penal, solicita a la Corte casar la sentencia impugnada para que decrete la nulidad a partir de la calificación del sumario y, en consecuencia, ordene enviar el expediente ante los jueces penales municipales para lo de su cargo.

Concepto del Procurador Primero Delegado en lo Penal

Sostiene el representante del Ministerio Público que "en el caso *sub judice* como bien lo anota el *ad quem* obran pruebas claras y contundentes que demuestran la existencia del punible de homicidio 'en el grado de tentativa cometido en la persona de José Angel Cortez Ramirez, y la responsabilidad frente a este ilícito del condenado Alirio Alfonso Payares Pabón".

Transcribe, a continuación, una parte del fallo de segunda instancia, para concluir que no existió error en la calificación jurídica que se le dio a la conducta por la que fue condenado Payares Pabón, por lo que el cargo debe desestimarse y, por lo tanto, no casar la sentencia impugnada.

Consideraciones de la Corte

El recurrente censura el fallo con fundamento en la causal tercera del artículo 220 del Código de Procedimiento Penal, por haberse dictado en un juicio viciado de nulidad, por la comprobada existencia de una irregularidad sustancial que afectó el debido proceso, en razón a que se incurrió en error en la denominación jurídica de la infracción, ya que el delito que se tipifica es el de lesiones personales y no el de tentativa de homicidio.

Al respecto la Sala ha sostenido que cuando el juez se equivoca en la calificación jurídica de la conducta, se está en presencia de un error *in iudicando*, que por trascender la validez de la actuación, debe, por excepción, aducirse y corregirse con fundamento en la causal tercera, pues si se subsa-

nara con base en la primera, dictando fallo de sustitución, se generaría un nuevo desacierto, al no quedar la sentencia en consonancia con los cargos formulados en la resolución de acusación. Pero, de todas maneras, el yerro debe demostrarse conforme a la técnica de la primera, por lo cual se debe precisar la forma de violación de la ley sustancial, si directa o indirecta, y en este último caso, la naturaleza del error cometido, si de hecho o de derecho, y el falso juicio que lo determinó, así como su incidencia en la validez del proceso.

En el caso que ocupa la atención de la Sala, el reproche está bien enunciado y en el desarrollo se escoge la vía indirecta, pero no se demuestra ninguna equivocación del sentenciador, sino que el libelista se limita a oponerse a la credibilidad que las instancias le negaron a la indagatoria del procesado y le otorgaron al testimonio de los ofendidos, al de José Noel Ascanto y a los dictámenes médico-legales, elementos de prueba que apreciados conjuntamente las llevaron, de manera razonada y crítica, a inferir que el acusado había actuado con intención de matar.

Frente a la causal tercera invocada, se debe demostrar un error in iudicando que incide en la validez de la actuación, sin que la simple discrepancia apreciativa sobre medios de convicción no sometidos al método de la tarifa legal, sino de la sana crítica, lo configuren.

En consecuencia, al no haberse demostrado por el recurrente que el fallador calificó los hechos con el nombre correspondiente a otro género delictivo, el cargo se rechazará.

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

RESUELVE:

No casar la sentencia impugnada.

Cópiese y devuélvase al Tribunal de origen. Cúmplase.

Jorge Aníbal Gómez Gallego, Fernando Arboleda Ripoll, Jorge E. Córdoba Poveda, Carlos Augusto Gálvez Argote, Edgar Lombana Trujillo, Mario Montilla Nougués, Carlos E. Mejía Escobar, Alvaro Orlando Pérez Pinzón, Nilson E. Pinilla Pinilla.

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

PRINCIPIO DE LIMITACION/CAUSAL DE JUSTIFICACION-
Orden de Superior

1. Debe recordar la Sala el "principio de limitación" previsto en el artículo 228 del Código de Procedimiento Penal, según el cual, salvo en tratándose de la causal de nulidad y de la ostensible violación de garantías fundamentales, a la Corte le está vedado "tener en cuenta causales distintas a las que han sido expresamente alegadas por el recurrente", no pudiendo entonces corregir, complementar o de cualquier otra forma suplantar al casacionista en la factura del libelo casacional.

2. El destinatario de la orden no puede ampararse en la causal de justificación, sino que obviamente debe correr con todos los riesgos que conlleva una orden así emitida.

Dijo al respecto esta Sala de Casación en sentencia de junio 13 de 1995, con ponencia del Magistrado Carlos Eduardo Mejía Escobar:

"...Pero cuando el contenido de una orden sea manifiestamente contrario a derecho, el funcionario público debe abstenerse de cumplirla, so pena de que al realizar la actuación contenida en el mandato se deriven consecuencias punibles, caso en el cual responderá al igual que su superior.

Por su parte, la orden como justificante, cuya previsión legal se encuentra en el artículo 29 numeral 2o del Código Penal, contiene en sí misma unos requisitos que obligan examinar si el mandato es legítimo.

De lo anterior se desprende que, en uno y otro caso, la orden debe ser legítima; que aun cuando se emita con las formalidades legales, si tiene un contenido antijurídico jamás podrá justificar un hecho, pese a que se invoque el principio Constitucional de que trata el artículo 91, pues de él no se desprende un obedecimiento ciego, sino su cumplimiento dentro de los límites racionales y coherentes que demarcan un Estado de derecho y apreciando las concretas circunstancias que rodean el hecho al momento de su ejecución".

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. - Santa Fe de Bogotá, veintinueve (29) de julio de mil novecientos noventa y nueve (1999).

Magistrado Ponente: Dr. *Edgar Lombana Trujillo*

Aprobado Acta No. 113 Proceso No. 14717

Decide la Corte el recurso extraordinario de casación interpuesto por los defensores de los procesados contra la sentencia de abril 23 de 1997, mediante la cual el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Valledupar condenó a Gloria Daza Camargo (3 años de prisión), Soledad Cantillo De Vargas (3 años de prisión), Eduardo Isaac Escobar Perea (84 meses de prisión), Loyola Zoraida Riveira Díaz (3 años de prisión), Ivis María Felizzola Castilla (7 años de prisión), Moisés Baquero Mojica y Sonia Patricia Machado Machado (1 año de arresto cada uno), Sara Quiroz Quiroz y Albania Ramírez Molina (5 años de prisión cada una), por los delitos de peculado culposo (Moisés Baquero Mojica), Peculado por apropiación en concurso con falsedad ideológica en documento público y falsedad por destrucción (Escobar Perea e Ibis María Felizola), falsedad ideológica en documento público (Gloria Daza , Soledad Cantillo y Loyola Zoraida) y falsedades ideológicas y por destrucción (Sara Quiroz y Albania Ramírez), delito de peculado en que resultó afectada la Beneficencia del Departamento del Cesar, Lotería "La Vallenata".

En dicho fallo se condenó y absolvió a otros procesados.

ANTECEDENTES

1. En septiembre de 1991, y por espacio de 3 meses, Moisés Mojica Baquero se desempeñó como gerente de la mencionada "Lotería La Vallenata", en la cual trabajaban Eduardo Isaac Escobar Perea como subgerente financiero, Liliana Torres Moscote como auxiliar de tesorería, Loyola Riveira Díaz como revisora de documentos, Albania Ramírez Molina como auxiliar de la oficina de personal, Gloria Daza Camargo y Sara Quiroz Quiroz, como secretaria y auxiliar de contabilidad, Sonia Patricia Machado Machado y Soledad del Socorro Cantillo de Vargas como tesorera y auxiliar de Tesorería, Sara María Socarrás Vanegas y Dunia Elena Maestre Guillén como secretaria y revisora de documentos adscritas a la Contraloría General del Departamento del Cesar ante dicha Lotería, Ivis María Felizzola Castilla como auditora de dicha Contraloría, Iván Francisco Aroca Ariza como auxiliar financiero, Cleofe Lugardith Araujonoguera como secretaria de la subgerencia administrativa, Máximo Caballero Mejía como auxiliar de contabilidad y Josefa de la Cruz de la Rosa como auxiliar de secretaría de la gerencia de dicha Lotería.

2. A raíz de la renuncia de Mojica Baquero se tuvo conocimiento de varias irregularidades ocurridas en dicha Lotería. La nueva gerente señora Consuelo Araujonoguera se quejó y entonces la Procuraduría y la Contraloría Departamentales procedieron a investigar, y fue así como el Contralor General del Departamento del Cesar, el 9 de marzo de 1992, procedió a formular la denuncia respectiva, la cual acompañó del "Informe de Visita Fiscal" practicado y de varias declaraciones rendidas ante dicha entidad y ante la Procuraduría (fls. 1 a 42 cdno. No. 1).

Según dicha queja se falsificaron ideológicamente "vales de devolución" de billetes y fracciones de lotería y se destruyeron las relaciones o "planillas' de los vales legítimos u originales, todo con el fin de defraudar a la "Lotería La Vallenata" en $ 127.000.000.oo. Los vales se hacían mentirosamente, a supuestos beneficiarios, por falsas cantidades, también se pagaron vales "ya caducados".

Explica el referido "informe", rendido por una comisión designada por la Contraloría y en la cual también intervino una Abogada Visitadora de la Procuraduría (fls. 4 a 24), que dicho "vale de devolución" es un documento asimilado a "título valor" y que se entrega al "agente lotero" antes de que se realice el respectivo sorteo de la Lotería, cuando este devuelve los billetes o fracciones que no vendió, para cobrarlo después del sorteo, bien en efectivo, ora recibiendo nuevos billetes. Agrega que los vales corresponden a unos "talonarios" y que existen en original y dos copias: la de color verde que pasa a "reconteo"a la sección de contabilidad y a la Auditoría, para que se haga la respectiva relación o "planilla"; la de color rosado queda en poder de quien elaboró el vale (en tesorería) y, cuando termina el sorteo, dicho vale es remitido a la gerencia, entregándose el original de dicho documento al beneficiario del mismo, quien (o el simple portador) lo lleva a contabilidad para que sea visado, cosa que se hace previo un cotejo con la relación o "planilla", pasando luego el vale a auditoría para que sea objeto de igual trámite. Finalmente el beneficiario del vale, ya con estos controles previos, lo lleva a Tesorería, para que se lo paguen en efectivo o "por canje" (recibiendo nueva lotería).

3. El Juzgado 3° de Instrucción Criminal Ambulante de Valledupar abrió investigación (fl.54), practicó varias pruebas y oyó en indagatoria a los siguientes imputados:

-Roberto Euclides Estaritz Teherán (fl.186) "mayorista" de Lotería, quien se afirmó enteramente inocente del referido fraude.

-Eduardo Issa Escobar Perea (fl.198), quien dijo que él no se ocupó en elaborar "vales" y que no estaba dentro de sus funciones autorizar el pago de los mismos. Agrega que los talonarios y valeras no estaban bajo su cuidado, pero admite que sí fue delegado por el gerente Mojica Baquero para lo concerniente a la supervisión y manejo de los sorteos de lotería, declarándose inocente con respecto a los hechos.

-Moisés Mojica Baquero (fl.359), dijo que como gerente de la Lotería tocábale resolver diversos problemas administrativos, financieros e incluso "morales", por lo cual, a instancias de la Contraloría General del Departamento, delegó en el subgerente financiero, Escobar Perea, el control, manejo y cuidado de los sorteos y agrega que nada tiene que ver con las irregularidades ocurridas en estos.

-Albania Ramírez Molina sostuvo (fl. 407) que elaboraba los "vales de devolución" mediante un "memo" donde se anotaba el nombre del lotero y el número de billetes o fracciones devueltos. En general, sostiene su inocencia.

-Sara Quiroz Quiroz dijo (fl.420) que sí elaboró con Albania Ramírez los vales correspondientes, relacionándolos en una hoja en blanco que le era entregada previamente al sorteo, en la cual ella anotaba lo pertinente y dice que los vales, su relación y los talonarios que sobraban los entregaba al subgerente Escobar Perea, quien era el encargado de los respectivos trámites. Añade que para tal cosa había que esperar que concluyera el sorteo, aprovechando los talonarios de vales que tenía Escobar Perea y dice que en las planillas que ella y la coprocesada Albania Ramírez Molina elaboraban, se anotaban los vales respectivos, destruyendo las actas o planillas que se habían hecho "la noche anterior". Al igual que la mencionada Ramírez Molina se afirma inocente de los cargos que se le hacen.

-Cleofe Lugardith Araujonoguera y Liliana Torres Moscote, secretarias, respectivamente, de Subgerencia y Tesorería se sostienen del todo ajenas a los hechos (fls.430 y 435).

-Sara María Socarrás Vanegas, secretaria de la Auditoría Especial a cargo de Ivis María Felizzola, dijo (fl. 526) que visaba los vales confrontando los mismos con la "planilla de reconteo" y cuando ya venían revisados por la Sección de Contabilidad, como también confrontaba esos documentos con la "copia verde" que reposaba en dicha Auditoría, siempre y cuando el lotero apareciera relacionado y hubiese concordancia con los billetes y fracciones agregando, que cuando tenía "dudas" en esa labor consultaba con su jefe inmediata Felizzola, quien entonces le daba las órdenes del caso para que hiciera la relación de los vales y les diera el visto bueno, no obstante que a veces llegaban a la oficina loteros que no estaban relacionados en la planilla de la noche anterior en que se había hecho el sorteo ("acta de reconteo"), pero la Auditora Felizzola le ordenaba que incluyera los vales por ellos presentados y los visara.

-Maximino Caballero Mejía, auxiliar de contabilidad, dijo (fl. 522) ser enteramente ajeno a las referidas defraudaciones.

-Ivis María Felizzola Castilla, la mencionada Auditora Especial ante la "Lotería La Vallenata", dijo (fl. 532) que si bien dió las órdenes para la expedición de los vales y visó tales documentos, lo hizo de buena fe al confrontar la "copia verde" de los vales que se encontraban en su oficina. Afirma que para el efecto no dispuso de la "planilla de reconteo", ya que esta queda en la Subgerencia Financiera una vez concluido el sorteo y establecido lo realmente entregado por los loteros, confiando entonces que todo se estaba desarrollando de forma correcta, razón por la cual impartía su aprobación al confrontar la copia verde referida con el original que presentaba el beneficiario del vale. También, pues, sostiene su inocencia.

-Loyola Zoraida Riveira Díaz, revisora de documentos, dijo (fl.546 cdno. No. 2) que visó los vales de devolución pero teniendo a mano la copia de la planilla de conteo o de relación de vales y la copia verde del vale que reposaba en la oficina junto con la planilla de reconteo y agrega que dentro de sus funciones no estaba la de ejercer control sobre los vales de devolución (esa

tarea, dice, estaba a cargo de Sara Socarrás), pero luego se contradice al anotar que cualquiera de las personas de la Sección podía visar dichos vales. Se afirma inocente de los hechos imputados.

-Iván Francisco Aroca Ariza, auxiliar financiero de la Lotería, asevera que no tuvo ninguna participación en los hechos investigados (fl.553).

-Dunia Elena Maestre Guillén, revisora de documentos de la Auditoría ante la Lotería, dijo (fl. 561) no tener compromiso alguno con las conductas averiguadas.

-Soledad del Socorro Cantillo de Vargas, secretaria de tesorería y en ocasiones también auxiliar de esa dependencia y de la Sección de Contabilidad, afirmó (fl. 600) que efectivamente visó varios vales de devolución luego de que el día anterior les había colocado el sello seco, todo a fin de que dichos vales pudieran hacerse efectivos en Tesorería. No obstante, como la mayoría de los implicados, sostiene que desarrolló dichas conductas de buena fe.

Sonia Patricia Machado Machado, tesorera de la Lotería, dijo (fl. 620) que si bien firmó notas créditos y débitos que sirvieron de soporte a los vales en cuestión, aclara que, por efectos de licencias y permisos, estuvo ausente del cargo de tesorera en varias oportunidades, siendo clara también en que fue su auxiliar Soledad Cantillo de Vargas quien elaboró las referidas notas crédito y débito, exhibiéndose entonces como funcionaria de buena fe en todo lo que hizo.

-Gloria Daza Camargo, secretaria de la Sección de Contabilidad, dijo (fls. 661 y 670) que si bien aparece visando los vales el día subsiguiente a los sorteos y cuando el respectivo lotero se presentaba a cobrarlos, su firma le fue falsificada en dichas labores, aparte de que para pagar dichos vales comparaba los mismos con la "copia rosada" que permanecía en la sección y afirma que no tuvo a su disposición la relación o planilla donde se anotaban los verdaderos vales. Sostiene entonces su inocencia.

4. La Fiscalía Décima Especializada dictó medida de aseguramiento de detención preventiva contra los sindicados, a excepción de Maximino Caballero Mejía, Iván Francisco Aroca y Cleofe Araújo Noguera (fl. 836 Cdno. Nro 3), resolución que, negado el recurso de reposición y concedida la apelación subsidiaria, fue confirmada (fl. 1469 Cdno No. 4).

5. Practicadas otras pruebas, se cerró parcialmente la investigación con respecto a Liliana Torres Moscote y Loyola Zoraida Riveira (fl. 2001 Cdno nro 6), y mediante resolución de junio 9 de 1994 (fl..2133 cdno No. 7) dichas sindicadas fueron acusadas como "autoras materiales" de los delitos de peculado por apropiación y falsedades ideológicas en documento público y por destrucción de documentos (C.P. arts. 133, 219 y 223), providencia que, apelada por los defensores, recibió confirmación mediante la fechada en agosto 1o. de 1994 (fl. 2286).

- Respecto a los demás sindicados se cerró luego la investigación mediante proveído de septiembre 20 de 1994 (fl. 2306 Cdno. No. 8) y se tomaron las siguientes decisiones:

a) Acusados:

-Moisés Mojica Baquero, Eduardo Isaac Escobar Perea e Ivis María Felizzola Castilla, como determinadores de los delitos de peculado por apropiación y falsedades ideológicas en documento público y por destrucción (C.P. arts 133, 219 y 223).

-Como "autores materiales" o coautores de dichos delitos, Albania Ramírez Molina, Gloria Daza Camargo, Sara Quiroz Quiroz, Sonia Patricia Machado, Soledad del Socorro Cantillo Vargas, Sara María Socarrás y Dunia Elena Maestre Guillén.

-Como cómplice de los mencionados punibles, Roberto Euclides Ustariz Teherán.

b) Preclusión:

Iván Francisco Aroca Ariza, Cleofe Lugardith Araújo Noguera, Josefa de la Cruz de la Rosa y Maximino Caballero Mejía.

Igualmente se ordenó la expedición de copias para investigar el delito de falso testimonio en que pudieron incurrir Juan Ustariz Teherán, Federico Mendoza Plata y Arturo Andrés Hurtado Gutiérrez.

6. El Juzgado 6to Penal del Circuito de Valledupar acumuló dichas dos acusaciones (fl. 2899 Cdno. No. 10), practicó algunas pruebas, celebró audiencia pública (fl. 3277 Cdno. No. 11) y, en armonía con la acusación, produjo en sentencia de junio 7 de 1996 (fl. 3595 Cdno. No. 12) las siguientes condenas:

Moisés Mojica Baquero a 7 años de prisión, Eduardo Isaac Escobar Perea a 84 meses de prisión, Ivis María Felizzola a 7 años de prisión, Sonia Patricia Machado a 4 años 8 meses de prisión, Sara Quiroz y Albania Ramírez a 32 meses de prisión.

El mismo fallo decidió las siguientes absoluciones:

-Por la totalidad de los cargos a Gloria Daza, Soledad Cantillo, Sara María Socarrás, Liliana Torres Moscote, Dunia Maestre Guillén y Roberto Euclides Ustariz Teherán.

Tal fallo fue apelado por uno de los defensores y por el fiscal Décimo acusador, y el Tribunal lo confirmó y revocó, parcialmente, mediante el suyo que ahora es objeto del recurso extraordinario (fl. 83 Cdno. Trib.) y en los términos que se precisaron al inicio del presente proveído de casación.

Las Demandas

Demanda a nombre de Gloria Daza Camargo y Soledad Cantillo de Vargas.

"Causal Primera. Violación indirecta de la ley sustancial por error de hecho".

Con mención del artículo 220 del Código de Procedimiento Penal dice el censor que "la sentencia acusada incurrió en error en la apreciación de las

pruebas del expediente, atribuyendo a unos (sic) un valor que no tienen, dejando de considerar otros (sic) y desconociendo el hecho por ignorar la existencia procesal de la prueba y en otras veces por creer que esta obra en el proceso, lo que determinó que allí se acogieran como plenamente acreditado tanto el cuerpo del delito como la responsabilidad de los procesados, lo cual de esta suerte contraría las previsiones del artículo 247 y 445 del C.P.P., toda vez que dicha sentencia resultó condenando a mis patrocinadas, en vez de absolverlas, como era lo debido si esas pruebas hubieran sido correctamente valoradas" (fl. 281 cdno. Tribunal).

1. Objeta que se haya dado "valor de prueba parcial" al informe presentado por la Comisión de la Contraloría Departamental del Cesar luego de la visita practicada a las instalaciones de la Beneficencia de dicho Departamento, Lotería "La Vallenata", en la cual se verificó "la adulteración o falsificación de los vales de devolución" (id.).

Concreta que dicho informe no fue firmado "por ninguno de los presuntos que en él intervinieron" más de que se trata de un documento "en fotocopias", y de que posteriormente quienes rindieron el informe no fueron ratificados en el mismo.

Tacha esa prueba de "inexistente" (fl. 282) y recuerda que la misma "fue fundamental" para la sentencia impugnada y afirma que esa prueba no fue ordenada mediante auto, violándose el artículo 55 del Código de Procedimiento Penal. "Es tan enorme el error -dice- de apreciación del Juez Colegiado que no nos dio la oportunidad de controvertir el dictamen del perito" (fl. 282 infra.).

2. Añade que no se apreció la "prueba técnica" practicada en la etapa del juicio por los peritos de la Fiscalía, quienes manifestaron que para "absolver el interrogatorio propuesto es menester conocer si en dicha Lotería existía el Manual de Funciones y Procedimientos en donde se definan las funciones y responsabilidades de los funcionarios que laboran en ella" (fl. 283), y sostiene que ningún funcionario que no tenga regladas sus funciones puede vulnerar los bienes jurídicos de la Administración y la fe públicas, citando al efecto los artículos 121, 122 y 123 de la Carta Política, concretando que "el Estado no les asignó funciones fiduciarias ni funciones de documentar a su nombre a mis patrocinadas" (fl. 284), por lo cual el error del sentenciador consistió "en creer que la función pública puede ser asignada indistintamente por cualquier funcionario o asumida por capricho del servidor público" (fl. cit. infra.).

3. Objeta que en la sentencia impugnada "se tiene como plena prueba del hecho y plena prueba de la responsabilidad la sola y única circunstancia de que ellas no niegan haber firmado ciertas copias de vales falsificadas en forma burda; el error de apreciación en este punto consistente en creer el Tribunal que se encuentra demostrada la unidad de designio criminoso y que cada individuo coadyuvó a la producción del ilícito de falsedad ideológica en documento público" (fl. 285), designio que el censor afirma no se encuentra comprobado en el expediente.

Habla sobre la "coautoria impropia", la determinación y la complicidad, y se refiere a las decisiones que al respecto tomó el fallador por los delitos de peculado por apropiación, peculado culposo y falsedad, lo cual lleva al casacionista a sostener que "no aparece nitida la unidad de designio criminoso, vale decir que no existe prueba en el expediente que permita suponer que verdaderamente los funcionarios encartados actuaron en empresa criminal para cometer un único delito" (fl. cit. infra.).

Anota que el Tribunal sentenciador aplicó "un derecho penal de autor" (fl. 286), desconociendo que "el derecho penal nuestro es de acto", y cita los artículos 2°, 19 y 21 del Código Penal.

"De manera subsidiaria" sostiene que el fallador desconoció "la garantía procesal del *individuo* (sic) *pro reo*" e insiste en que el proceso arroja dudas sobre la materialidad de los delitos y sobre la responsabilidad de las procesadas (fl. 287), afirmando al respecto que no se practicaron varias pruebas, "como fue la prueba grafológica a la señora Consuelo Araújo y la ampliación de su testimonio, al igual que el de la señora Catalina Gómez de Gómez" (id.).

Pide entonces que se case el fallo, "dictando el que en derecho corresponda" (fl. 288 supra.).

Demanda a nombre de Eduardo Isáac Escobar Perea.

Causal prioritaria: Primera "cuerpo segundo" (fl. 308).

Con apoyo en el artículo 220-1, cuerpo 2° del Código de Procedimiento Penal, acusa la sentencia "por graves y ostensibles errores de hecho relacionados con el desconocimiento del principio *in dubio pro reo* y el espíritu de los artículos 247, 54, 294, 303, y 445 *ibidem*", por aplicación indebida "de los artículos 133, 219 y 223 del Código Penal (sentido de la violación)", fl. 309.

Hace una "ilustración doctrinaria y jurisprudencial previa" transcribe ciertos apartes del fallo impugnado [fls. cit. y ss.) y hace los siguientes cargos:

Primer cargo: error de hecho por falso juicio de identidad, "al construir el Tribunal de Valledupar el indicio de mala justificación relativa a la tenencia de las llaves del armario donde se guardaban los talonarios de las valeras, tomarlo por tal y calificarlo de grave" (fl. 315).

Se refiere "al más completo caos" que la "Lotería Valleñata" exhibía con respecto a la contabilidad, inexistencia de Manual de Funciones "y ausencia de efectivos controles que posibilitaban la comisión de toda clase de irregularidades por parte de los mandos medios", y afirma que el procesado Escobar Perea fue delegado por el gerente de la Lotería para "supervisar los sorteos y guardar los talonarios de las valeras, afirmando que a dicho procesado "no se le dieron instrucciones de ninguna clase", a más de ser este subgerente financiero "inexperto y de profesión arquitecto" (fl. 316), y sostiene que en últimas fue la auditora Ivis Felizzola "quien *motu propio* concibió el plan criminal, actuando como única y exclusiva determinadora", hasta el punto que la Contraloría Departamental le dedujo un "alcance por considerable cantidad pecuniaria" (fl. 317).

Dice que dicha auditoría "no necesitaba contar con la connivencia de los Directivos", y que la Auditoría por ella manejada era "independiente de la Lotería" (fl. cit. infra.), y llama la atención por el salvamento que del fallo impugnado hizo el magistrado Ramiro Alfredo Larrazábal (fl. 318).

Trata sobre el "indicio de mala justificación" y anota que "las mentiras" que se atribuyen al procesado Perea Escobar no se demostraron plenamente, y se opone a la afirmación del Tribunal en cuanto a que dicho acusado "era el único tenedor de las llaves" (fl. 319), criticando la credibilidad que el Tribunal le dio a la secretaria del acusado, Lilia Toro.

Considera que la tenencia de las referidas llaves no tienen directa y necesaria relación con la falsificación de los "vales de devolución", pues "de antemano se sabe que las valeras tenían que ser entregadas funcionalmente a las empleadas encargadas de elaborar vales de devolución en cada sorteo" (fl. 320 supra.).

Anota que, en esas condiciones, así hubiera sido el procesado "el único tenedor de las llaves, el hecho resulta inocuo e intranscendente, con impotencia de servir de premisa en la elaboración del silogismo probatorio, porque él tenía la obligación funcional de entregar las valeras a Sara Quiroz y Albania Ramírez, para que elaborasen los vales de devolución en cada sorteo, y para no entorpecer el normal funcionamiento de la institución".

Concluye que, pues, "no existe ninguna relación de causalidad generadora de indicio alguno de culpabilidad", y que a lo sumo el indicio sería "levísimo, equívoco, proteiforme (sic) y saturado de indefinida polivocidad".

Segundo cargo: "a error de hecho por falso juicio de identidad, al construir el Tribunal el indicio de oportunidad o de presencia, tomarlo como tal (sic) calificarlos de grave" (fl. 321).

Dice que el procesado no intervenía "en el proceso de recepción de billetes devueltos, elaboración de relaciones y planillas, conteo y recontéo, elaboración de vales, visación de los mismos y pago final", sino que se limitaba a supervisar los sorteos, sin intervenir directamente en el proceso del mismo, "luego el indicio es inexistente"(fl. 322 infra.), desconociendo el sentenciador "el principio de la unidad o indivisibilidad del hecho indicador, para multiplicarlo, en flagrante violación del artículo 301 del Código de Procedimiento Penal".

Tercer cargo: "Error de hecho por falso juicio de identidad, al construir el Tribunal el indicio de mala justificación, por mendacidad, en relación con el testimonio de Eurípides Gómez y haberse desvirtuado la explicación de Escobar Perea de hallar 895 billetes en la bolsa de Evert Gómez" (fl. 323).

Dice que no se desvirtuó el dicho del procesado en el sentido de que algunos loteros "se les pagaban vales sin exhibir cédula, ni identificación alguna", como declararon Gustavo Granados y Federico Mendoza (fl. cit. infra.), y que en la investigación contra el lotero Evert Gómez él hizo lo correcto en presencia de la Auditora Felizzola, rindiendo el informe respectivo a la Gerencia de la Lotería, "ignorando si tal devolución era verdadera o falsa"(fl. 324), y "todo

indica que la comprometida Auditora Ivis Felizzola, quien había visado el vale de Evert Gómez para su pago, asaltó la buena fe de Escobar Perea. Además, la investigación no pudo comprobar la inexistencia de la bolsa de Evert Gómez y contenido real (sic) o ficticio de los 985 billetes, como para dar por desvirtuadas las explicaciones de Escobar, amén de la muy probable patraña a este respecto de la Auditora Felizzola".

Por todo lo cual estima que tal indicio a lo sumo sería "levísimo, dada su alta carga de polivocidad" (fl. cit. infra.).

Considera que de no haber existido dichos yerros, el fallo tendría que haber sido de absolución, como lo pide a la Corte previa la casación del mismo.

"Capítulo segundo".

Como cargo subsidiario aduce que se violaron indirectamente los artículos 133, 219 y 223 del Código Penal, por aplicación indebida "y exclusión evidente del artículo 137 *ibidem*" (fl. 326).

"Ilustra jurisprudencialmente" el reproche y hace un "cargo único: error de subsunción" (fl. 328 supra.), anotando que el gerente de la Lotería, Moisés Mojica, condenado por peculado culposo, se encuentra en las mismas condiciones de su defendido, por lo cual no cabe sostener que éste fue determinador de la delincuencia (fl. 329) "y que solamente le es atribuible negligencia o culpa por no haber ejercitado suficiente supervigilancia y control o haber incumplido el deber de cuidado", por lo que la condena ha debido proferirse por el delito de peculado culposo prevenido en el artículo 137 del Código Penal, y concederle la condena de ejecución condicional, como lo pide a la Corte previa ruptura del fallo impugnado.

Demanda a nombre de Loyola Zoraida Riveira.

"Causal prioritaria".

Con base en el artículo 220-1, cuerpo 2° del Código de Procedimiento Penal se afirma que la sentencia indirectamente aplicó de manera indebida el artículo 219 del Código Penal "y exclusión evidente del artículo 3° *ibidem* (sentido de la violación)" (fl. 342 supra.).

Concreta que "la única acción que se atribuye a Loyola Zoraida Riveira Díaz es la de haber visado los vales de devolución redargüidos de falsos, y nada más, calificándosele de coautora o sujeto activo" (fl. 343 infra, y 344).

Precisa que el delito de falsedad ideológica en los "vales de devolución" se consumó "en absoluta ausencia" de dicha procesada, quien posteriormente a que el ficticio beneficiario hizo visar en Auditoría "el vale original", tuvo que cumplir las órdenes de su jefe la Auditora Felizzola, es decir "visar el vale de devolución" (fl. 345), comparando el original con "la copia verde" que reposaba en la Auditoría, máxime en "una dependencia de la Contraloría Departamental donde reinaba el desorden, la confusión y la ausencia del manual de funciones".

Estima que el referido visado hecha por la procesada "no era de la esencia de la creación documental" (fl. 346), ni tampoco "determinaba el pago, como equivocadamente lo aprecia el juzgador de segunda instancia", y anota que, de otro lado, se violó el artículo 267 de la Carta Política, pues se ejerció el control fiscal previo, cuando dicha norma prescribe que el mismo será "posterior".

Agrega que, además, la tesorería pagaba "vales de devolución" sin visado previo sobre los mismos, y que los loteros Gustavo Granados y Federico Mendoza "habían cobrado vales sin endoso ni identificación alguna" (fl. 347), añadiendo que, según informó el subgerente financiero Escobar Perea, "se hacían devoluciones de billetes de lotería a nombre de terceros y con la obvia obtención de vales de devolución a nombre de estos, ya que los controles rudimentarios apuntaban más a la coincidencia de la cantidad de billetes de lotería devueltos con la descrita en los vales de devolución, que a los nombres de los beneficiarios de estos, ya que de fondo no había lesión patrimonial para la Institución, obligada a restituir los valores de los billetes de lotería que no fueran vendidos" (fl. 347 infra.).

Concluye que el comportamiento de su defendida "se torna atípico" (fl. 348 supra) y debe por tanto ser absuelta, sentido en el cual reclama el fallo de casación.

"Cargo subsidiario".

Dice que de manera indirecta se violó por aplicación indebida el artículo 219 del Código Penal "con exclusión evidente del artículo 29, numeral segundo, *ibídem*" (fl. 349), y como reproche único concreta que se ignoró la causal de justificación de "cumplimiento de orden de autoridad" prevista en dicha última disposición.

Recuerda que su defendida se desempeñaba como revisora de documentos de la Auditoría ante la Lotería Vallenata y que su jefe era la Auditora Ivis Felizzola, "bajo cuyas órdenes debía cumplir sus deberes ante la ausencia del manual de funciones" (fls. 350 infra. y 351), habiéndose limitado ella, como dijo en su indagatoria, a cumplir sus órdenes, visando "los respectivos vales de devolución redargüidos de falsos", como lo corroboraron los testigos Sara Socarrás y Dunia Maestre, como también la misma Auditora, por lo cual se configura la referida causal de justificación, pues "conforme al reglamento de la Contraloría y ante la ausencia de manual de funciones se presumía obviamente que la Auditora Felizzola estaba facultada para impartir órdenes verbales, amén de que la naturaleza del asunto no exigía orden escrita o con formalidad especial".

Ante dicha causal de antijuridicidad el censor pide que se case el fallo y se absuelva a su defendida.

"Capítulo tercero".

Como cargo subsidiario sustenta el demandante que, a tenor del artículo 220 del Código de Procedimiento Penal, la sentencia incurre en "graves y

ostensibles errores de hecho, relacionados con el desconocimiento de la presunción de inocencia, del principio *in dubio pro reo* y el espíritu de los artículos 247, 254, 294, 296 y 303 *ibidem* (violación medio), que determinaron la violación indirecta de la ley sustancial por aplicación indebida del artículo 219 del Código Penal y exclusión evidente del artículo 445 del Código de Procedimiento Penal (sentido de la violación)" (fl. 353).

Concreta que hubo falso juicio de identidad "al apreciar el Tribunal la versión de Loyola Zoraida Riveira Díaz como confesión y al construir el indicio de oportunidad"(fl. 354).

Reitera que dicha procesada fue condenada únicamente por los referidos indicios de oportunidad y de confesión, y anota que tal fallo "tergiversa el contenido material de la versión" de la indagada, pues al no haber ella reconocido que visó los mencionados vales "a sabiendas de su falsedad ideológica", no cabe afirmar que confesó" y añade que, por el contrario, en su indagatoria sostuvo la buena fe al respecto, como que cumplía con su deber y las órdenes de su jefe la Auditora.

Acota que también se distorsionó la construcción del indicio de oportunidad, pues varias personas más cumplían en la oficina de la Auditoria "la función de visar" (fl. 357 supra.).

Concluye que, así, el Tribunal la condenó "por responsabilidad objetiva" y en esa tarea supuso el dolo de la procesada, no obstante que la presunción de inocencia no se desvirtuó y por lo menos la acusada seguía amparada por el beneficio de la duda.

Pide entonces la casación del fallo y absolver a dicha dama.

Demanda a nombre de Ivis María Felizzola Castilla.

"Violación indirecta de la ley sustancial por error de hecho".

Bajo este epígrafe (fl. 370) afirma que el Tribunal le dio a unas pruebas el valor que no tienen, dejó de considerar otras "y otras veces por creer que esta obra en el proceso". Con esa introducción sustenta:

1. Creyó el sentenciador que obraba en el proceso "la prueba técnica de expertos requerida por la ley para demostrar la existencia de perjuicios del hecho investigado".

Considera que la "visita fiscal y disciplinaria" practicada por la Contraloría Departamental no es en modo alguno "peritación oficial", a más de que no fue ordenada mediante auto, ni los peritos se posesionaron ni fueron juramentados, y añade que "la sentencia viola el principio de la publicidad de la prueba", pues "no se nos permitió controvertir la prueba pericial o prueba de experto, debido a la inexistencia de la misma" (fl. 370 infra.), ya que la referida "visita fiscal" ni siquiera fue firmada por quienes en ella intervinieron y entonces "ni siquiera nació a la vida jurídica", no obstante la prueba fue la base "para condenar en un mismo designio criminal a mi protegida y a los socios".

Infiere que tal "no demostración de perjuicios" viola el artículo 55 del Código de Procedimiento Penal (fl. 371 supra.).

2. Ignoró el sentenciador "la prueba técnica" practicada en la etapa del juicio, en la cual el C.T.I. de la Fiscalía conceptúa que para absolver el interrogatorio propuesto debe establecerse si en la 'Lotería Vallenata' existía o no Manual de Funciones y Procedimientos, y creyó erróneamente que "la atribución o competencia puede ser escogida a capricho del funcionario o puede ser impuesta a dedo, al azar por cualquier funcionario" (fl. 371 infra.), carencia esta que llevó al sentenciador a afirmar "que mi defendida Ibis María Felizzola Castilla tenía atribuciones para quitar o asignar cupos en la Lotería a los agentes o loteros (sic).

Estima que sin la determinación que haga el Estado "de las atribuciones y competencias", no puede precisarse si el servidor público falseó ideológicamente o no un documento, y anota que "la sentencia impugnada no establece la fuente de las atribuciones que afirma tenía mi patrocinada".

3. Las "pruebas testimoniales" tenidas en cuenta en la sentencia "como plena prueba del hecho y plena prueba de la responsabilidad, no tienen ningún mérito probatorio" (fl. 372), especialmente porque "fueron extraídas del informe rendido por la Comisión Visitadora de la Contraloría Departamental, documento que no nació a la vida jurídica". Tilda de "dudoso" el testimonio de Catalina Gómez de Gómez y anota que ésta se ausentó de la audiencia pública con "un desmayo fingido", e insiste en que "no obra el juicio de derecho que de manera científica comprometa la responsabilidad penal de mi defendida".

De modo subsidiario, y con apoyo en el artículo 220-1, cuerpo 2o., del Código de Procedimiento Penal, aduce que la sentencia "atenta contra la garantía fundamental y principio universal del *in dubio pro reo*" (sic., fl. 373 supra.), pues existe la duda con respecto a la responsabilidad de su defendida, y repite los errores que a su juicio cometió el fallador.

Finalmente dice que el no haberse practicado en la audiencia pública los testimonios de Consuelo Araújo y de Catalina Gómez de Gómez "vulnera ostensiblemente" el artículo 29 de la Constitución Nacional.

Pide entonces casar el fallo "dictando el que en derecho corresponda".

Demanda a nombre de Moisés Mojica Baquero.

Al amparo del artículo 220-1, cuerpo 2°, del Código de Procedimiento Penal afirma el casacionista, defensor del ex gerente de la 'Lotería Vallenata', que el sentenciador ignoró los testimonios de Catalina Gámez de Gómez -Jefe División de Revisoras de la Contraloría Departamental-, Ibis María Felizzola Castilla -Auditora de la Lotería la Vallenata-, Sandra Patricia Machado Machado -Tesorera de dicha Lotería- y Sandra Quiroz, auxiliar de contabilidad de la misma Lotería (fl. 386).

Extracta apartes del fallo que condenó a Mojica Baquero por el delito de peculado culposo "por negligencia" y en primer término resalta cómo la testi-

go Gómez de Gómez declaró que el gerente "no tenía injerencia directa en el proceso de devolución y el pago de la misma" (fl. 387), siendo clara en que el gerente delegó las funciones respectivas en el subgerente financiero, para entonces el coprocesado Eduardo Isaac Perea.

Anota igualmente que, según dicha testigo, "el proceso de los vales de devolución no genera erogación alguna de la lotería" y, por lo tanto, a él es ajeno el gerente de la misma, como ratificó la declarante Sonia Patricia Machado, Tesorera de la Lotería y era "la encargada de recaudar los fondos y hacer las erogaciones" (fl. 388), testimonio este último que, dice el censor, tampoco fue tenido en cuenta, como ocurrió igualmente con las declaraciones de Albania Ramírez de Araújo y de Sara Quiroz Quiroz, "el cual permite ver a las claras el proceso de destrucción de documentos, el cual impedía que personas extrañas al ilícito se pudieran enterar, aun potenciando los elementos de cuidado sobre los procesos y los bienes" (fl. 389). Transcribe partes de dichas declaraciones y de la indagatoria de Ibis María Felizzola Castilla, la Auditora, a fin de corroborar sus referidos asertos, encaminados a sostener "la atipicidad" del comportamiento atribuido a Mojica Baquero, quien -considera- estaba "en imposibilidad de conocer el hecho delictivo" (fl. 390 supra.).

Cita como violados los artículos 246, 247, 254 y 294 del Código de Procedimiento Penal y 2°, 3° y 137 del Código Penal.

Segundo cargo:

Afirma que se incurrió en error de hecho por falso juicio de identidad con respecto a las indagatorias de Mojica Baquero y del subgerente financiero Escobar Perea.

Dice que en la indagatoria Mojica Baquero dejó clara la delegación en Escobar Perea "la responsabilidad del control en el proceso de devolución de vales y el cuidado de los demás procesos y bienes que se derivan de la venta y devolución de billetes de lotería" (fl. 391 supra.), delegación que es confirmada por el mencionado subgerente financiero, de donde el fallador erró al deducirle a Mojica Baquero "descuido o negligencia y por lo tanto violación al deber de cuidado que debía tener el gerente en su gestión".

Dice que los funcionarios de la Lotería actuaban "conforme al principio de confianza depositado en los funcionarios a quienes delegaba las tareas específicas" (fl. 392), "división de trabajo" que el casacionista encuentra lógica y necesaria, y añade que "de la declaración de Escobar Perea se observa con meridiana claridad que era muy difícil realizar labores de control que fueran más allá de la simple verificación aleatoria de determinadas actuaciones sospechosas".

Concluye que las referidas pruebas muestran "un cuidado razonable y dentro de los límites concretos de actuación del gerente Mojica" y que el sentenciador malinterpretó "el principio de confianza", reconocido doctrinaria y jurisprudencialmente, como elemento integrante del riesgo permitido que se estructura como uno de los elementos del deber objetivo de cuidado propio de

la estructura típica del delito culposo", y concreta que el subgerente Isaac Escobar Perea fue explícito en su indagatoria "al indicar que él informó al gerente sobre la investigación y el resultado de la misma respecto del vale de devolución 3193 del sorteo 1197" (fl. 392 infra.).

Repite con el primer cargo la cita de las normas violadas, pide que se case el fallo y se absuelva a Moisés Mojica Baquero.

Demanda a nombre de Sara Quiroz Quiroz y Albania Ramírez Molina.

Dentro del marco de la causal primera, cuerpo segundo, prevista en el artículo 220 del Código de Procedimiento Penal, el casacionista hace dos cargos:

Primer cargo:

"El *ad quem* incurre en flagrante error de hecho al sostener en la sentencia acusada que mis poderdantes admiten su responsabilidad en sus respectivas indagatorias, supuesto éste que no tiene asidero en la realidad" (dice el demandante a folio 405), ya que, por el contrario, "ellas pregonan su inocencia al expresar que confeccionaban los llamados 'vales de devolución' de acuerdo al mecanismo que desde tiempo atrás era de usanza (sic) en la Lotería la Vallenata".

Cuenta lo que a su juicio ocurría "el día del sorteo" y afirma que sus defendidas están amparadas por el "numeral 4 del C.P.. (sic) lo que doctrinariamente se denomina 'error de tipo', constitutivo de inculpabilidad penal".

Reitera la "interpretación falsa" de dichas injuradas y dice que al respecto se incurrió en error de hecho por falso juicio de identidad, y comparte el salvamento de voto del magistrado Ramiro Alfredo Larrazábal, quien opinó que las referidas procesadas "actuaron determinadas por Ibis Felizzola" (fl. 406), y anota que aquéllas "han sido enfáticas en afirmar que en ningún momento se percataron de que con base en los vales por ellas elaborados otros los utilizaban para esquilmar las arcas de la Lotería La Vallenata" (fl. 407 supra.), y repara que no eran funciones de ellas "recibir ni devolver dinero a los loteros", como tampoco "recibían ni contaban los billetes devueltos", y precisa:

"Respecto de la destrucción de algunas planillas y otros documentos, mis prohijadas han explicado que algunas veces lo hacían por orden de su superiora jerárquica, señora Ibis Felizzola, aserto que no ha sido controvertido ni por esta ni por otra prueba de igual o mejor calidad, y en cuanto a los llamados 'memos', eran botados a las canecas de basura porque los datos en ellos consignados se trasladaban a los vales de devolución. En ambos casos (planillas y memos) se trataba de documentos inocuos".

Segundo cargo:

Aquí ataca la valoración indiciaria hecha por el fallador respecto de la oportunidad para delinquir y la mala justificación. En cuanto al primero re-

cuerda que el oficio de las procesadas era "elaborar vales de devolución y las planillas correspondientes a dichos vales, pero lo hacían (repetimos por enésima vez) con base en los informes suministrados por la Oficina de Conteo y Reconteo a través de los 'memos', práctica esta de inveterada observancia en la institución", aparte de que las procesadas en mención no eran las únicas empleadas con dichas funciones.

Por lo que hace al indicio de mala justificación anota que las explicaciones de sus representadas no resultaron falsas, contradictorias o inverosímiles, por lo cual los dos nombrados indicios "son más bien fruto de la apreciación subjetiva del fallador y no de la existencia fáctica"(fl. 408).

Reitera que las dos damas en cuestión actuaron sin dolo, y señala como normas sustantivas violadas los artículos 219 y 223 del Código Penal, "en armonía con el artículo 40 *ibidem*" y el artículo 247 del Código de Procedimiento Penal.

Pide entonces que se case el fallo y se lo reemplace por el de carácter absolutorio.

CONCEPTO DE LA PROCURADURÍA

Demanda a nombre de Ivis Felizzola Castilla.

1. El señor Procurador Primero Delegado en lo Penal (E.) dice que el libelo presenta "planteamientos contradictorios y excluyentes", porque:

- En el primer cargo aduce un error de hecho por falso juicio de existencia por suposición de la prueba parcial, pero "el esfuerzo argumentativo" se orienta a demostrar un error de hecho por falso juicio de legalidad, "porque, en (sic) una sustentación orientada de modo definido a cuestionar los principios de necesidad, publicidad, aseguramiento y controversia de ese medio demostrativo, cae en la discusión sobre la legalidad misma de la prueba, principio que responde a la normatividad probatoria y que solo puede ser reclamado en sede de casación por la vía del error de derecho" (fl. 36 cdno. Corte).

- En los cargos tercero y cuarto "el censor también refunde el sentido y demostración de los pretendidos errores de hecho denunciados", pues se limita a controvertir las tesis que con respecto a las pruebas esgrimió el sentenciador al responder en las instancias reparos análogos a los que ahora se hacen en sede de casación.

En cuanto al ataque de la prueba indiciaria dice que la censura "es antitécnica" (fl. 37), pues si bien controvierte "la apreciación del valor del medio probatorio (testimonio e indicios)", no concreta que el sentenciador haya incurrido en yerros de distorsión fáctica, de alejamiento de la sana crítica o de existencia probatoria, "por consiguiente sus alegaciones resultan infundadas".

2. No obstante que no se supuso la existencia del "informe fiscal y disciplinario elaborado conjuntamente por la Contraloría y la Procuraduría

Departamental del Cesar", pues tal prueba fue aportada a la denuncia en fotocopia y tuvo la oportunidad de ser controvertida, "como también la apreciación por los funcionarios judiciales que conocieron del caso, lo que se efectuó de conformidad con lo establecido en los artículos 254 y 294 del C. de P. Penal" (fl. 38 supra.).

Estima que "no pasa de ser una irregularidad" que los investigadores no firmen el referido documento, cuyo original sí está firmado, "como lo asevera en declaración posteriormente el Contralor, como los testimonios de los investigadores", aparte de que esa prueba no fue el único fundamento del fallo condenatorio impugnado, pues también se tuvieron en cuenta las inspecciones judiciales practicadas en la Lotería y el dictamen pericial de la Contraloría General del Departamento, "al igual que los testimonios, documentos e indicios analizados por los falladores, que les sirvieron para llegar a la certeza sobre los injustos y la responsabilidad de los acusados" (fl. 39 supra.).

Sobre la no consideración expresa por parte del Tribunal de la prueba pericial practicada por el C.T.I. dice que esa prueba "implícitamente sí se tuvo en cuenta dentro del análisis y valoración conjunta del acervo probatorio" (fl. 39 infra.), a más de que si los peritos no respondieron si Gloria Daza pudo apropiarse de dineros de la Lotería, a éstos "no se les podía que decidieran sobre la responsabilidad" (fl. 40), y agrega la Delegada que de todos modos el sentenciador no supuso la existencia del Manual de Funciones y Procedimientos, ya que éste realmente obra a folios 1.209 a 1.233 del cuaderno número 4 del expediente.

Hace la Delegada unas consideraciones con relación a los otros procesados (fls. 41 y 42) y acerca del "concepto amplio de administración que aplicara el Tribunal" (fl. 42) estima que lo importante es "la relación del (sic) hecho del funcionario con la cosa, que lo ubica en la situación de ejercitar un poder de disposición de la misma y por fuera de la inmediata vigilancia del titular de un poder jurídico superior".

Concluye entonces que "los cargos resultan inatendibles".

Demanda a nombre de Moisés Mojica Baquero.

Primer cargo:

Considera que no es cierto que los juzgadores hayan dejado de apreciar las declaraciones de Catalina Gámez de Gómez, Ibis Felizzola Castilla, Sara Quiroz Quiroz y Sonia Machado Machado y "lo que ocurre -agrega- es que los falladores efectuaron un análisis y valoración opuestos a los intereses particulares del defensor del gerente Mojica Baquero" (fl. 43 infra.).

Cita los apartes del fallo que avalan dicho aserto (fls. 44 y 45) y dice que en cuanto al segundo cargo el fallador no incurrió en falso juicio de identidad con respecto a las indagatorias de Mojica Baquero y Escobar Perea, "como lo pregona el recurrente oponiendo su particular criterio a las consideraciones del Tribunal" (fl. 45 infra.).

Advierte que la prueba que sirvió de base a la sentencia está constituida por testimonios, documento e indicios" (fl. 46 infra.), "método utilizado por los falladores en la apreciación de las pruebas, pues amplia y detalladamente efectuaron un recorrido crítico de todas y cada una de las pruebas de cargo que en forma determinante señalan a Mojica Baquero y Escobar Perea como autor de peculado culposo y determinador de peculado por apropiación, falsedad ideológica, supresión y ocultamiento de documentos públicos respectivamente" (fl. 47 supra.), y se apoya nuevamente en extractos del fallo, donde el Tribunal "no aceptó razonadamente los supuestos justificantes de los procesados" (fls. 47 y 48).

Opina entonces que "los cargos se deben desestimar".

Demanda a nombre de Gloria Daza Camargo y Soledad Cantillo de Vargas.

Comienza por decir la Delegada que "notorios e insalvables resultan las falencias técnicas y conceptuales que presenta el libelo, las cuales imponen necesariamente su desestimación" (fl. 48 infra.).

Concreta que no obstante plantearse errónea apreciación de las pruebas, no se precisa la modalidad del yerro cometido, mas de todos modos la Delegada dice que el actor carece de razón, pues el informe rendido por la Comisión de la Contraloría Departamental y la Procuraduría del Cesar "ni formal ni sustancialmente constituye un peritaje" (fl. 49), y en armonía con ello se encuentran las consideraciones del sentenciador, cabiendo agregar que la ausencia de las firmar en las fotocopias de dicha prueba que fue adjuntada a la denuncia penal germen de este proceso "no constituye irregularidad fundamental que le reste valor incriminatorio", pues el contenido de dicha documentación fue ratificada mediante testimonios e inspecciones judiciales.

- En cuanto a los perjuicios de $127'991.220 dice que el sentenciador se basó "en el informe elaborado por la comisión fiscalizadora" (fl. 59 supra.), informe con base en el cual "no estimó necesaria la intervención de peritos".

- Objeta al demandante que la falta del Manual de Funciones no impide determinar la responsabilidad penal de las procesadas Daza Camargo y Cantillo Vargas en el delito de falsedad por el cual fueron condenadas, pues dicha ausencia "no implica que no estuvieran asignadas las labores que cada empleado debía llevar a cabo a cumplir la función pública de la entidad, designación de funciones que podía darse por los superiores jerárquicos a sus subordinados a través de órdenes administrativas, estando obligada la persona en todo caso a cumplirlas dentro de los parámetros legales" (fl. 51).

- Sobre "la coautoría de las procesadas" estima que el material probatorio muestra "la participación directa y consciente de Gloria Daza y Soledad Cantillo en la visación de los vales de devolución falsos, aportando cada una su colaboración para el logro de la empresa criminal", y resalta la Delegada las funciones de "contabilidad y tesorería" (fl. 52 supra.) que cumplían las acusadas, sobre cuya "división de trabajo" son razonables las consideraciones del sentenciador.

Demanda a nombre de Sara Quiroz Quiroz y Albania Ramírez Molina.

Primer cargo:

No comparte la alegación del casacionista de que se incurrió el falso juicio de identidad con relación a las indagatorias de las supradichas acusadas, pues el sentenciador no tergiversó el contenido material de las mismas, sino que simplemente no aceptó la inocencia reclamada por las nombradas damas, "al no darle crédito a la excusa de que actuaron así por orden de Ibis María Felizzola" (fl. 52), y recuerda como las acusadas aceptaron haber elaborado los "vales de devolución falsos, así como la destrucción de las planillas auténticas que los relacionaban" (fl. 53 supra.), a más de no ser de recibo para el sentenciador la "ignorancia" que con respecto a la ilicitud de tales comportamientos arguyeron ellas, dada especialmente la trayectoria que llevaban en la Lotería, inocencia que también se encuentra descartada "por el mecanismo utilizado para la defraudación" el cual es descrito por la misma Sara Quiroz, y agrega la Delegada:

"En lo atinente a que entre las funciones de las procesadas no estaba la de recibir ni devolver dinero a los loteros, es una cuestión suficientemente dilucidada en el proceso y en ningún momento se las atribuyen a los falladores, cuestión que carece de relevancia respecto a la responsabilidad deducida por los ilícitos contra la fe pública" (fl. 53 infra.).

Que no debe prosperar esta demanda, es el concepto de la Delegada.

Segundo cargo:

Tampoco comparte la Procuraduría el cargo de que se incurrió en falso juicio de existencia "en la valoración de los hechos que en criterio del Tribunal constituyen indicios de oportunidad para delinquir y mala justificación" (fl. 54 supra.), pues el casacionista "no precisa la modalidad del falso juicio de existencia que acusa, ni del desarrollo del cargo se deduce a cuál de las dos opciones corresponde, insuficiencia técnica insalvable ante el principio que rige el actuar de la Corte en el recurso de casación".

No obstante, anota que lo que hace el censor es "contraponer su propio criterio al vertido en la sentencia, "máxime que, de acuerdo con la realidad procesal, el fallador afirma que las acusadas eran las personas encargadas de elaborar los vales de devolución y las planillas de conteo, razón por la cual tenían acceso a las valeras y a las planillas en que se relacionan los vales" (fl. 55 supra.), sin que incida al respecto "el hecho de que ocasionalmente otros empleados realizaran las labores citadas", pues la propias versiones de las procesadas y de las inspecciones judiciales se desprende "de manera concreta los sorteos de la lotería en que se elaboraron los vales falsos, los números de estos y las planillas en cuya confección participaron Sara Quiroz y Albania Ramírez".

En cuanto al indicio de mala justificación, "el recurrente limita su ataque a afirmar que sus poderdantes actuaron de buena fe, convencidas de que no

estaban incurriendo en delito", lo cual no desvirtúa la tesis del Tribunal referentes a inadmitir tal excusa, sobre todo teniendo en cuenta la trayectoria en la Lotería de las implicadas "y la destrucción de las planillas ya reseñada anteriormente", a más de resultar insólito que "tantas equivocaciones" cometidas "sorteo tras sorteo", no generaran como mínimo la "sospecha" de que algo estaba ocurriendo.

Afirma que no prospera tampoco este cargo.

Demanda a nombre de Loyola Zoraida Riveira Díaz.

Primer cargo:

Objeto que el censor no precisa si la violación indirecta que aduce se dio por errores de hecho o de derecho.(fl. 56), limitándose a exponer "un nuevo debate sobre los medios de prueba tenidos en cuenta en el fallo", procedimiento no permitido en sede de casación que torna inepto el reproche.

Segundo y subsidiario cargo.

Anota la Delegada que el fallador no distorsionó el sentido de la injurada rendida por dicha procesada ni la calificó de confesión, como sostiene el censor, sino que aseveró que "la acusada admitió en sus descargos haber visado vales de devolución cuyos beneficiarios no figuraban como agentes loteros de la institución y otros que presentaban irregularidades que "fueron cohonestadas por la implicada al impartirle su adquiescencia" (fl. 57).

En cuanto al indicio de oportunidad opina que no se incurrió en el falso juicio de identidad alegado, pues de conformidad con las reglas de la sana crítica y examinada la prueba en su conjunto, el Tribunal lo dedujo razonadamente, razón por la cual no se dan los yerros de hecho aducidos.

Dicha censura debe, pues, "desecharse" (fl. 59 supra.).

Violación directa, cargo único.

En cuanto a la exclusión evidente del artículo 29-2 del Código Penal, "la censura presenta yerros técnicos que hacen que las pretensiones del actor no puedan prosperar" (fl. cit.).

Habla la delegada sobre los requisitos de la violación directa y repara en que el casacionista aquí incumple con los mismos, "pues se refiere a las pruebas, cuestionando la valoración que las pruebas hizo el juzgador y en nada hace mención a que el juez de la sentencia haya inaplicado la ley por error en la existencia de la misma" (fl. 60 supra.).

Sin perjuicio de ello anota la Delegada que la causal de justificación prevista en dicha norma (cumplimiento de orden legítima de autoridad competente) "no tiene respaldo probatorio alguno", pues, como lo anotó el sentenciador, la procesada "tenía la obligación de cumplir con su deber legal y con las funciones que le habían asignado en el desempeño de su cargo, visando los documentos o vales de devolución, previo el examen de los documentos exigi-

dos para el efecto, sin apoyarse en la creencia que (sic) las planillas y los vales de devolución que le llegaban para ponerles el visto bueno se hallaban correctos porque habían sido elaborados por otros compañeros de trabajo y sometidos a los trámites en las secciones de 'conteo y reconteo' (fl. 60).

Al hablar de la intervención que en la delincuencia tuvieron, además de la procesada Revisora de Documentos de la Auditoría de la Contraloría Departamental, los otros acusados, anota que en dicha coautoría o división de trabajo "el dominio del hecho no lo ejerce solo uno, sino todos, mediante una utilización mancomunada y recíproca, pues todos, de acuerdo, dominan en parte y en todo la realización del injusto, siempre que el hecho de cada uno constituya contribución de importancia" (fl. 61).

Concluye que esta demanda tampoco prospera.

Demanda a nombre de Eduardo Escobar Perea.

"Primer y tercer cargos".

Los estudia conjuntamente la Procuraduría porque ambos "hacen relación a presuntos errores de identidad respecto del indicio de mala justificación" (fl. 61), en lo que tiene que ver "con la tenencia de las llaves del mueble donde se guardaban los talonarios de los vales de devolución".

Al respecto opina que no lleva razón el actor en su ataque de falso juicio de identidad en la construcción de dicho indicio, porque:

1. Hay "falencia técnica notoria" al no señalarse "sobre cuál de los elementos del indicio recae la tergiversación o distorsión, si fue en relación con el hecho indicador o respecto de la inferencia lógica" (fl. 62).

2. Ese indicio lo dedujo el fallador de las mentiras en que incurre el procesado "en sus manifestaciones posteriores a los hechos", y concretamente al decir que en él no descansaba la responsabilidad del control y guarda de las llaves donde permanecían los formatos de los vales de devolución, cosa que resultó desmentida por su asistente Iván Aroca y por la secretaria Lilia Toro, como también por Albania Ramírez y Sara Quiroz, no existiendo de otra parte en el proceso elemento de juicio alguno que respalde el dicho del acusado Escobar Perea de que confiaba las referidas llaves a sus subalternos.

3. También se encuentra desmentido el acusado en cuanto a la devolución de unos billetes de lotería "que supuestamente hiciera Ever Gómez, hijo del celador de la Beneficencia, Euripides Gómez, pues éste afirma que Escobar en alguna oportunidad, en una cafetería cercana a la sede de la Lotería, le dijo que el problema en que se había involucrado su hijo se había solucionado porque todo se debía a una confusión de apellidos, pues el lotero no era Gómez sino Gámez. No obstante, Escobar dice haber constatado los 895 billetes de lotería relacionados en el vale de devolución No. 3193 a nombre de Ever Gómez, por valor de $1'006.875, cuando realmente devuelto fueron (sic) 12 billetes y una fracción por valor de $13.725. El vale que contenía la cifra real fue destruido por Albania Ramírez para proceder a elaborar el citado 3193" (fl. 63).

Dice que, en consecuencia, el procesado "materialmente no pudo haber contado 895 billetes de lotería, cuando la cantidad devuelta era de 12 billetes y una fracción", y recuerda que la presencia allí de la Auditora Felizzola Castilla no incide en nada, "toda vez que ella participó como conultora, en grado de determinadora (sic), en los ilícitos investigados".

El cargo entonces no debe prosperar.

Segundo cargo:

Sobre el falso juicio de identidad que se afirma cometido en la construcción del indicio de oportunidad, aparte de que no se dice sobre cuál de los elementos del indicio recayó dicho error, considera la Delegada que del hecho de atribuirse al procesado la determinación delictual no cabe inferir forzosamente que de él no pueda predicarse el indicio de oportunidad, "ya que era el encargado de la dirección y manejo de los sorteos, razón por la cual tenía bajo su control el manejo de los talonarios de los vales de devolución con que se perpetraron los ilícitos" (fl. 64).

No prospera el cargo.

Cargo subsidiario.

De entrada se afirma "la improsperidad técnica" de dicho cargo (fl. 65), pues al señalar la violación indirecta por aplicación indebida de los artículos 133, 219 y 223 del Código Penal y la exclusión evidente del artículo 137 *ibidem*, "hace una mezcla indebida de los dos cuerpos de la causal primera de casación, al plantear por vía del cuerpo segundo violación indirecta, un reproche que por su naturaleza corresponde al cuerpo primero, esto es, a la violación directa", aparte de que conceptualmente tampoco lleva razón el censor al pretender que se le iguale al coprocesado Moisés Mojica con una imputación de peculado culposo, pero sin hacer la respectiva argumentación encaminada al cambio de adecuación típica y olvidando el actor "que en materia penal la responsabilidad es individual", además de que realmente dichos dos implicados desplegaban funciones distintas, pues uno actuaba por delegación del otro, y el delegatario Escobar Perea tenía a su cargo "la supervisión general de los sorteos, la custodia de los talonarios de los vales de devolución y, obviamente, el estar pendiente de su correcta utilización, siendo el responsable directo de su correcto desarrollo, labor que no desarrolló cuando por el contrario integró el grupo de empleados que defraudó a la entidad estatal" (fl. 66).

Por lo dicho estima la Delegada que este reproche tampoco sale avante.

Solicita entonces no casar el fallo impugnado.

Dicho concepto de la Procuraduría fue recibido el 9 de julio del año en curso y en escrito del día anterior entregado en el Despacho, la Delegada advierte a la Sala que este asunto prescribe el 2 de agosto próximo.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

Nota introductoria.

Debe recordar la Sala el "principio de limitación" previsto en el artículo 228 del Código de Procedimiento Penal, según el cual, salvo en tratándose de la causal de nulidad y de la ostensible violación de garantías fundamentales, a la Corte le está vedado "tener en cuenta causales distintas a las que han sido expresamente alegadas por el recurrente", no pudiendo entonces corregir, complementar o de cualquier otra forma suplantar al casacionista en la factura del libelo casacional.

También impera reiterar que las sentencias recurridas en casación vienen precedidas de la doble presunción de acierto y legalidad, motivo por el cual para derrumbar esa presunción los censores deben demostrar que el sentenciador ha incurrido en yerros protuberantes, no siendo de recibo las simples oposiciones que aquellos hagan a las consideraciones del fallador.

Finalmente, también cabe recordar que los casacionistas no deben hacer un ataque parcelado de las pruebas, sino extender sus censuras a las pruebas en que se basó el sentenciador para decidir, y si lo consideran pertinente también deben hacer extender sus demandas el resto del material probatorio al cual el fallador no le dio la trascendencia que los censores consideran. Si no cumplen esta tarea los actores toman incompletas sus censuras, y de entrada destinan al fracaso las mismas.

Con tal introducción entra la Sala a examinar las demandas.

Demanda a nombre de Gloria Daza Camargo y Soledad Cantillo de Vargas.

Al amparo del artículo 220-1, cuerpo 2° del Código de Procedimiento Penal el actor dice que se violó indirectamente la ley, pero no especifica cuál norma sustancial fue objeto de dicha violación, que en este caso sería el artículo 219 del Código Penal, que tipifica el delito de falsedad ideológica en documento público por el cual fueron condenadas las supradichas acusadas, y el sentido de la transgresión sería la aplicación indebida de dicha disposición.

En cuanto a la alegada "indebida interpretación de las pruebas" y el sosla yo material de otras, debe anotar la Sala siguiendo el curso del Libelo Impugnatorio:

1. Con respecto a la tacha de "inexistencia" que se hace al "Informe de Visita Fiscal" que fue adjuntado por el Contralor General del Departamento del Cesar a la denuncia germen de este proceso, el actor no traduce ese reparo en términos casacionales , que sería error de derecho por falso juicio de legalidad debido a la falta de firmas de quienes aparecen rindiendo el informe, a más de no estar precedido el mismo de un auto que lo ordenara.

Replica la Sala que tal "Informe" (fls.4 y ss. cdno No. 1) fue rendido por una Comisión de "Profesionales Universitarios" que integró el Contralor denunciante cuando fue enterado de las irregularidades cometidas en la "Lotería La Vallenata", profesionales que responden a los nombres de Teófilo Bandera Trespalacios, Eduardo José Molina Pacheco y María Ortiz Quintero, quienes firman el oficio remisorio al Contralor (fl.3), y si no hacen lo propio con el

informe (fl. 24) es porque el ejemplar en referencia fue adjuntado en fotocopia reservándose el original del mismo para la correspondiente investigación interna de la Contraloría.

Ahora bien: que el sentenciador se haya referido a dichos profesionales universitarios como "peritos", ello no comporta yerro alguno, ni descalifica dicho "Informe" como prueba idónea en cuanto su objeto revelador. Además, el auto que dispuso la "Visita Fiscal" referida lo produjo el denunciante Contralor, según afirma en su denuncia, y que no obre tal auto en este proceso penal tiene la misma explicación que se dio anteriormente en cuanto a que tampoco se remitió el original del "Informe".

Pero aparte de lo dicho, al mencionado "Informe" se remitió repetidamente el fallador pero no insularmente , sino siempre en conjunto con las varias inspecciones judiciales practicadas a la Lotería y a las mismas indagatorias de los sindicados.

Y en cuanto a la queja del Censor de que "no se nos dio la oportunidad de controvertir el dictamen del perito" (fl. 282), además de que no fue tal "Informe" un peritaje practicado a instancias del funcionario penal, de todos modos el mismo obraba desde el puro inicio del sumario y, por tanto de su contenido fueron enterados los sindicados y apoderados a partir de las indagatorias, pues justamente de tal pieza nacieron los "cargos" que motivaron que los imputados fueran vinculados a la investigación.

Además debe recordarse que en investigaciones de la índole que dio origen a este proceso, la Contraloría Departamental del Cesar, así como la Procuraduría, cumplía funciones de Policía Judicial (C.P.P. art. 310).

Finalmente, el actor apoya en el artículo 55 del Código de Procedimiento Penal las críticas en que no aparece el referido auto que ordenó dicho "peritaje" ni la posesión de los peritos, pero tal norma resulta enteramente ajena al tema pues contempla es la "sentencia condenatoria y pronunciamiento sobre los perjuicios".

2. En lo que atañe a la "no apreciación" del peritaje rendido en la etapa del juicio por el C.T.I. de la Fiscalía (fl. 3170 cdno No. 10), el actor tampoco encuadra tal reparo en términos de casación, el cual aquí sería un error de hecho por falso juicio de existencia.

Sin perjuicio de lo anotado, debe decir la Sala que si bien el sentenciador no hizo referencia expresa a tal probanza, el casacionista no muestra la incidencia de tal omisión, aparte de que si se lee con atención el nombrado peritaje, se constata que este no hace sino corroborar la prueba correspondiente que ya obraba en el proceso, a la cual el C.T.I. hace repetida y expresa mención en sus conclusiones (fls. 3171 y ss.), apoyándose entonces en el "Informe inicial" (el adjuntado a la denuncia) y reiterando lo que ya estaba demostrado en el expediente sobre la ausencia del "Manual de Funciones y Procedimientos" en la "Lotería La Vallenata" (fl .3197 infra.) y en lo que las inspecciones judiciales allí mismo practicadas habían arrojado.

Las demás inquietudes que exhibe dicho peritaje ya tienen que ver es con las deducciones sobre la responsabilidad de los implicados y específicamente de Gloria Camargo, las cuales están privativamente reservadas al juzgador, no al perito.

3. No es cierto lo afirmado por el casacionista de que la "plena prueba" para condenar a las procesadas fue únicamente la admisión que hicieran ellas de haber firmado "ciertas copias de vales falsificados de forma burda" (fl.285), y de que también el tribunal erró al sostener que se encuentra demostrada "La unidad de designio criminoso".

En efecto, por un lado, aparte de la mencionada aceptación de "autoría material", el fallador consideró que, no obstante Gloria Daza Camargo sostuvo que le habían falsificado la firma en unos vales, ello no se demostró pero "de bulto se palpa su rúbrica, comprobándose que en varios de los sorteos visaba alternativamente vales falsos como también vales reales o auténticos, o con endosos o nombres ficticios" (fl.169).

En segundo término estimó que la jefe inmediata de Gloria Camargo, Amelia Mercedes Díaz Pumarejo, la desmintió al afirmar que no era cierto que para visar los vales Gloria Daza comparaba el valor original con la copia rosada del archivo, sino que tenía a su disposición también "la relación o acta donde se consignaban los vales respectivos", a más de afirmar dicha jefe que "le extraña" el dicho de la acusada en cuanto al trámite que explicó para la visación de los vales máxime que Gloria Daza tiene experiencia en esas tareas.

Sin perjuicio de lo dicho cabe anotar que esos ataques el casacionista no los armoniza con los requisitos de la casación pues por parte alguna los enmarca dentro de yerros de derecho y/o de hecho, dejándolos así ver como su mero criterio al respecto.

Por otro lado, en cuanto a esta acusada y a Soledad Cantillo de Vargas, el fallador tuvo en cuenta, además de la referida admisión de autoría al visar los vales, las inspecciones judiciales y las "visitas fiscales" llevadas a cabo (La adjuntada a la denuncia y la posteriormente practicada por la "Jefe de Control Posterior-Comisión V-" de la Contraloría General del Departamento, Catalina Gámez de Gómez, fl.1175 cdno Nro 4), los indicios de "oportunidad" y de "mala o falsa justificación" (Fls.170 y 191) , pruebas éstas "complementarias " que no merecen la mas mínima crítica del autor.

La "violación a la garantía del *in dubio pro reo*" (fl.286) no puede, como hace el censor, proponerse autónomamente como "cargo", pues a tal "*in dubio*" se llega es como consecuencia de haber demostrado que el sentenciador incurrió en los referidos errores de hecho o de derecho, cosa que ni de lejos hace el aquí demandante.

La demanda entonces deviene imprósperа.

Demanda a nombre de Eduardo Isaac Escobar Perea.

Primer cargo:

Para sustentar el error de hecho por falso juicio de identidad que el censor enrostra al tribunal en la construcción de la prueba indiciaria, es imperativo que se precise si el error denunciado fue con respecto a las pruebas indicantes o si recayó fue sobre la "inferencia lógica" (art. 300 C.P.P.), pero tal exigencia es desoída por el actor, quien, por el contrario, se dedica a hacer sus personales apreciaciones y deducciones sobre los siguientes tópicos probatorios:

-El "más completo caos" reinante en la "Lotería La Vallenata" y la ausencia de un Manual de funciones, deja la puerta abierta para que otras personas diversas a los directivos de la Lotería ("mandos medios" dice) cometieran la defraudación, aparte de que a Escobar Perea, cuando fue delegado por el gerente Moisés Mojica "no se le dieron instrucciones de ninguna clase" en cuanto a la supervisión de los sorteos y la guarda de los talonarios de valeras.

En dicho sentido atribuye sustancialmente todos los delitos a la auditora Ivis María Felizzola, "quien *motu propio* concibió el plan criminal, actuando como única determinadora" (fl. 317).

-En cuanto al indicio de "mala justificación", tampoco lo trata en términos de casación, pues no muestra el falso juicio de identidad cometido por el sentenciador al construir el mismo y afirma simplemente que las mentiras atribuidas a su defendido "no se demostraron plenamente" y que este "no era el único tenedor de las llaves" del mueble donde se guardaban los talonarios de valeras (fl. 319), a más de que dicha tenencia de llaves "no tiene directa y necesaria relación con la falsificación de los vales", y anota que de todos modos "él tenía la obligación" de entregar los vales a las coprocesadas Sara Quiroz y Albania Ramírez.

Constatada esa antitécnica manera de alegar en esta sede extraordinaria, el cargo de suyo fracasa, sin que sobre recordar que acerca de la responsabilidad de Escobar Perea el sentenciador tuvo en cuenta la vasta experiencia que tenía en la Lotería, la aceptada delegación que recibió del gerente coprocesado Moisés Mojica para supervisar y controlar todo lo concerniente a los sorteos, lo contradicha que resultó su afirmación de que a cargo de él no estaban las llaves que protegen los vales que el mismo Escobar Perea entregaba a las citadas Sara Quiroz y Albania Ramírez, y las declaraciones rendidas en dicho sentido comprometido (ser el encargado de dichas llaves) por los empleados "de confianza" de la Lotería Iván Francisco Aroca Ariza y Lilia Marina Toro Casellas (fl. 123).

También tuvo en cuenta el Tribunal que la coprocesada Sara Quiróz dijo que las órdenes de "rehacer" los vales que recibía de la auditora Ivis María Felizzola eran a su vez transmisión de las instrucciones provenientes de Escobar Perea.

Otras pruebas que, a manera de indicio, consideró el fallo impugnado fue que el celador de la "Lotería La vallenata", Eurípides Gómez Camargo, cuyo

hijo Everth fue suplantado en unos vales de devolución, dijo que cuando él se enteró del problema buscó al subgerente financiero Escobar Perea, quien en una cafetería aledaña a la Lotería le dijo que "el problema con su hijo se había arreglado porque se trataba de una equivocación, que no era Gómez sino Gámez" (fl.126), y unido a esa mentira el acusado Escobar Perea, también consideró el fallador que dicho procesado fue desmentido cuando dijo que constató los 895 billetes de lotería relacionados con el acta de devolución 3193 a nombre del referido Everth Gómez por $1.006.875 pues se demostró que el mencionado Eurípides, "celador-lotero", devolvió únicamente 12 billetes y una fracción equivalente a $ 13.725.

Piensa esta Sala que, en esas condiciones de ineficiencia del cargo, este no sale avante y la declaración de responsabilidad del procesado como determinador de los delitos de peculado por apropiación en concurso con falsedades ideológica y por destrucción, queda incólume.

Segundo cargo:

En cuanto al falso juicio de identidad en la construcción del indicio de "oportunidad" deducido a Escobar Perea, el casacionista, como en el cargo anterior, incurre en semejantes falencias técnicas, pues en vez de demostrar un falso juicio de identidad (distorsión objetiva de la prueba o la interpretación de la misma contra toda razón lógica) se limita a decir que tal indicio es "inexistente" (fl. 322 infra) porque dentro de las funciones del nombrado subgerente financiero no estaba la de "intervenir" en la recepción de billetes devueltos ni en el visado y pago de los vales.

Ese remedo de cargo por sí mismo fracasa, pues en definitiva carece de sustentación.

Tercer cargo:

Igual error achaca el sentenciador a la construcción del indicio de "mala justificación por mendacidad", referido al ya citado incidente con el celador-lotero Eurípides Gómez y con su hijo Everth (fl. 323).

Pretende sustentar el cargo con la superficial afirmación de que no se desvirtuó el dicho del procesado en el sentido de que, como corroboran los testigos Gustavo Granada y Federico Mendoza, en ocasiones "a algunos loteros se les pagaba sin exhibir cédula ni identificación alguna", y así dice el casacionista que Escobar Perea fue sincero al narrar el problema con el referido vale donde se falsificó la firma y cédula de ciudadanía a Everth Gómez y que la coprocesada auditora Ivis María Felizzola "asaltó la buena fe" del procesado (fl. 324).

Esas afirmaciones de verdad que se quedan en lo mero enunciado y son del todo ajenas al referido rigorismo que exige la casación como recurso extraordinario. Efectivamente, le queda a la Sala bien difícil (Y es que no puede reemplazar en esta tarea al censor, como inicialmente se advirtió), desentrañar de dicho cargo dónde reside y de qué especie son los yerros que anunció el demandante.

El cargo entonces no prospera.

"Cargo subsidiario".

En el mismo se aduce "el error de subsunción" al no tipificar el Tribunal la conducta del acusado en el delito de peculado culposo previsto en el artículo 137 del Código Penal.

Pero ese cargo debió sustentarse demostrando probatoriamente (yerros de hecho y/o de derecho) que el acusado no determinó la comisión de los delitos de peculado y falsedad por los cuales fue enjuiciado y condenado, pero jamás con la de verdad curiosa tesis de que el gerente Moisés Mojica Baquero (él sí condenado por peculado culposo) "se encuentra en las mismas condiciones" de su defendido, pues así fuera cierta esta última aseveración de "igualdad" (que evidentemente no lo es), el "cargo" carece de toda sustentación, de suerte que por sustracción de materia esta Sala está imposibilitada para formular cualquier réplica al respecto.

No prospera entonces el cargo, circunstancia que se comunica a la demanda toda como quedó expresada.

Demanda a nombre de Loyola Zoraida Riveira Díaz.

"Causal prioritaria".

Aduce la violación indirecta, por indebida aplicación del artículo 219 del Código Penal (falsedad ideológica en documento público) y la "exclusión evidente del artículo 3° *ibídem* (consagración de la tipicidad). fl. 342.

Lo primero que tiene que decir al respecto la Sala es que los "sentidos de violación", como las referidas aplicación indebida y exclusión evidente, no pueden en casación aducirse sino con respecto a las "normas sustanciales", es decir a las que, en caso de fallo condenatorio, tipifican la conducta realizada por el procesado. En esa línea de pensamiento, al igual que se anotó con anterioridad en el cargo con relación al "*in dúbio pro reo*", que si el casacionista pretende demostrar que dicha conducta es atípica, debe, en tratándose de la violación indirecta aquí planteada, demostrar probatoriamente que el sentenciador cometió evidentes e incidentes yerros de hecho o de derecho en la apreciación de las pruebas y, así, estimó erróneamente una conducta atípica como típica.

En este caso Riveira Díaz fue condenada en segunda instancia por el delito de falsedad ideológica en documento público, por haber visado como revisora de documentos los vales de devolución falsos, "única acción" que el demandante le atribuye, anotando al respecto que hizo tal visado "cumpliendo órdenes" de su jefe, de la coprocesada Ivis María Felizzola Castilla y comparando para ello el vale de devolución con la "copia verde" que reposaba en la Auditoría, y agrega que el referido visado "no era de la esencia de la creación documental" (fl. 346) ni "tampoco determinaba el pago".

Aparte de que este casacionista tampoco enmarca esa alegación dentro del yerro de hecho o de derecho con trascendencia para derribar la declarato-

ria de responsabilidad combatida, no son ciertas las afirmaciones de que dicho visado no era de la esencia de la creación del vale falso ni tampoco determinaba el pago del mismo, pues lo que aflora es precisamente lo contrario, pues el visado o "visto bueno" de la Auditoria eran requisitos previos imprescindibles para que el vale de devolución respectivo tuviera validez y, por tanto, pudiera ser pagado en la Tesorería.

Ahora bien: que ese control haya sido en esas condiciones "previo" y no "posterior" es cosa que, óntica y jurídicamente, no le quita legitimidad a la imputación penal , aparte de que ello tampoco excluye que el "control fiscal posterior" (que se ejerce para efectos distintos a permitir el pago) se haga en su oportunidad.

Se ofrece sin sustento la afirmación del censor en el sentido de que la tesorería a veces pagó vales de devolución sin visado previo de la Auditoría, no sólo porque esa irregularidad (no demostrada, se repite) no desvirtuaría de suyo dicho requisito esencial, sino porque la misma se dice apoyada en testigos como Federico Mendoza, con respecto al cual la Fiscalía acusadora decidió que se le investigara por falso testimonio (resolución acusatoria de septiembre 20 de 1994, fl. 2306 cdno. No. 8).

El cargo entonces no prospera.

"Cargo subsidiario"

Sobre la alegada violación directa por aplicación indebida del artículo 219 del Código Penal y la "exclusión evidente" del artículo 29-2 *ibidem*, la orden legítima de autoridad competente que dicha última norma consagra como causal de justificación, no logra demostrar el censor que sea predicable de su defendida, pues se limita a afirmar que tal causal se da porque la jefe inmediata de Riveira Díaz, la coprocesada Ivis María Felizzola Castilla, le dio las órdenes de efectuar el visado de los vales de devolución falsos, máxime que se carecía de un manual de funciones que precisara las actividades laborales de cada uno.

Pero para rechazar tal tesis del demandante baste anotar que aunque es cierto que la mencionada auditora era la superior jerárquica de la procesada Riveira Díaz y que efectivamente no existía para la época de los hechos un manual de funciones y procedimientos, lo evidente es que esas órdenes de visar los vales por fuera de todos los parámetros a observar, eran manifiestamente delictivas, caso en el cual, como han sostenido doctrina y jurisprudencia, *el destinatario de la orden no puede ampararse en la causal de justificación, sino que obviamente debe correr con todos los riesgos que conlleva una orden así emitida.*

Dijo al respecto esta Sala de casación en sentencia de junio 13 de 1995, con ponencia del Magistrado Carlos Eduardo Mejía Escobar:

"...Pero cuando el contenido de una orden sea manifiestamente contrario a derecho, el funcionario público debe abstenerse de cumplirla, so pena de que al

realizar la actuación contenida en el mandato se deriven consecuencias punibles, caso en el cual responderá al igual que su superior.

Por su parte, la orden como justificante, cuya previsión legal se encuentra en el artículo 29 numeral 2 del Código Penal, contiene en sí misma unos requisitos que obligan examinar si el mandato es legítimo.

De lo anterior se desprende que, en uno y otro caso, la orden debe ser legítima; que aun cuando se emita con las formalidades legales, si tiene un contenido antijurídico jamás podrá justificar un hecho, pese a que se invoque el principio Constitucional de que trata el artículo 91, pues de él no se desprende un obedecimiento ciego, sino su cumplimiento dentro de los límites racionales y coherentes que demandan un Estado de derecho y apreciando las concretas circunstancias que rodeen el hecho al momento de su ejecución".

Sobre dicho aspecto dijo el Tribunal que la mencionada causal de justificación no puede admitirse, ya que la procesada estaba en la obligación de corroborar si los documentos cumplían con los requisitos respectivos (fl. 200) y anota que si bien no existía "Manual de Funciones" sí cada uno de los empleados y funcionarios conocía sus funciones. "En delitos de esta naturaleza -agrega-, alegar que actuaron con base en la creencia y confianza de ser legítimo o correcto lo hecho por sus compañeros de actividad y que, por ello, ciegamente revisaron los documentos objeto de su propia revisión, cuando tampoco se advierte que se hubiese actuado en obedecimiento a una orden legítima, emanada de autoridad competente, expedida con las formalidades legales" (fl. 200 infra).

No prospera entonces el cargo.

"Capítulo tercero"

Como "cargo subsidiario" aduce el demandante que el sentenciador incurrió "en graves y ostensibles errores de hecho relacionados con el desconocimiento de la presunción de inocencia, del principio *in dubio pro reo* y el espíritu de los artículos 247, 254, 294, 296, y 303 del Código de Procedimiento Penal (violación medio), "errores que determinaron -añade el censor- la aplicación del artículo 219 del Código Penal y la "exclusión evidente del artículo 445 del Código de Procedimiento Penal" (fl. 253).

Y el falso juicio de identidad lo concreta al apreciar el fallador "la versión de Loyola Zoraida Riveira Díaz como confesión y al construir el indicio de oportunidad" (fl. 354).

Sobre la violación al *in dubio pro reo* ya en el cargo anterior tuvo la Sala la oportunidad de decir lo pertinente, y sobre la alegada "confesión" debe la Sala replicar que, contrariamente a lo sostenido por el censor, el Tribunal no reconoció que la procesada hizo una confesión, pues precisamente dijo que si bien ella admitió haber visado los vales falsos, "no confesó el dolo" (fl. 198), sino que se declaró actuante de buena fe e incluso se contradijo al decir primero que dentro de sus funciones no estaba la de ejercer controles sobre dichos vales, pero a renglón seguido aceptó que "cualquier persona de la Sec-

ción podía realizar esa tarea" (fl. cit. infra.), aparte de ser "evasiva e imprecisa" sobre el procedimiento para legalizar los mencionados vales (fl.197).

Tampoco demuestra el actor que al deducir el "indicio de oportunidad' el Tribunal haya contrariado la lógica, pues extrajo el mismo de las no discutidas funciones que desarrollaba la acusada como revisora de documentos de la Auditoría Especial ante la "Lotería La Vallenata", "hecho indicador" que encontró probado con la indagatoria de la acusada, las "visitas fiscales" y las inspecciones judiciales que se practicaron en dicha Lotería.

Ahora bien: tal imputación general que soporta Riveira Díaz ni siquiera se debilita con la posibilidad de que otras personas de la referida Auditoría tuvieran también la función de revisar documentos, afirmación del demandante que no muestra la incidencia que comporta dicha pluralidad de personas en la mencionada tarea de revisión.

Finalmente, tampoco es cierta la afirmación del actor en el sentido de que se lo condenó presumiendo su dolo o por "responsabilidad objetiva", pues aparte de que tal aserto queda en el mero enunciado, el Tribunal dedujo el dolo de falsedad ideológica en documento público de "las circunstancias modales y de las argucias defensivas de la procesada" (fl.198).

Esta demanda entonces no tiene éxito.

Demanda a nombre de Ivis María Felizzola Castilla.

"Violación indirecta de la ley sustancial por error de hecho".

Bajo dicho enunciado el demandante sostiene que se les dio a unas pruebas el valor que no tienen y que otras pruebas fueron ignoradas.

En los puntos "1" y "2" del libelo (fls. 370 y ss.) el actor sustenta que el tribunal le dio valor de "prueba pericial" a la "visita fiscal y disciplinaria" que la Contraloría General del Departamento del Cesar practicó en la "Lotería La Vallenata" y añade que tal visita no fue ordenada mediante auto, que los peritos no se posesionaron, que el documento que recoge dicha visita no aparece firmado por quienes la practicaron y, finalmente que no se dio la oportunidad de controvertir dicho dictamen, y agrega que el sentenciador ignoró el peritaje que en la etapa del juicio práctico el C.T.I. de la Fiscalía, refiriéndose luego a lo que en su sentir arroja esa prueba.

A idénticos reproches que se hicieron en la demanda a nombre de Gloria Daza Camargo y Soledad Cantillo de Vargas también en los puntos "1" y "2", ya esta Sala hizo las réplicas respectivas, por lo cual su repetición aquí deviene superflua y a ellas se remite para contestar dichos reparos de esta demanda que se examina.

3. En cuanto a las objeciones de "no credibilidad" que el casacionista hace a las "pruebas testimoniales" que estima extraídas de la referida "visita fiscal y disciplinaria" adjuntada por el Contralor General del Departamento del Cesar a la denuncia que originó este proceso, debe responderse que ese aserto no encaja en las exigencias casacionales, pues como ataca la prueba testimo-

nial le era imprescindible no apartarse de la "credibilidad" que le otorgó el Tribunal (ante la ausencia de tarifa legal, el yerro de derecho -no invocado, además- por falso juicio de convicción dejó de tener vigencia), sino demostrar que en la apreciación de tal "prueba testimonial" (que no identifica ni singulariza, además) el Tribunal se apartó de la lógica o de la sana crítica (Art. 294 C.P.P.) o que de algún modo les hizo decir a los testimonios aquello que no dicen, incurriéndose entonces en un falso juicio de identidad.

Esas falencias y principalmente la no sustentación de las afirmaciones impugnatorias , tornan de suyo fracasado el cargo.

"Cargo subsidiario"

Ya al responder la anterior demanda de casación se precisó que la "violación al *in dubio pro reo*" no puede alegarse como reproche autónomo, sino que , mediante la demostración de yerros de hecho y/o de derecho, tócale al censor concluir al respecto que el proceso ofrece "duda" con relación a la responsabilidad del procesado; ésto tratándose de violación indirecta, pues si el fallador reconoce la referida duda y olvida aplicar los artículos que contemplan la misma (247 y 445 C.P.P.), el motivo de casación a esgrimir es la violación directa por un yerro de existencia con respecto a dicha normatividad. Este tratamiento del *in dubio pro reo* en casación ya lo ha tratado en los expresados y sustanciales términos esta Sala, por ejemplo en sentencia de febrero 10 de 1998 con ponencia del magistrado doctor Carlos Gálvez Argote.

Por último, el libelista se muestra enteramente desenfocado, pues al terminar la censura y sin solución de continuidad , afirma la violación del artículo 29 de la Constitución Política por no haberse recibido en la diligencia de audiencia pública unos testimonios, reparo que no sólo merecía capítulo aparte por entrañar una causal de nulidad (Art. 225 C.P.P.), sino que al dejarse ver sin sustentación alguna (pues no dice la incidencia de dicha omisión testimonial) imposibilita cualquier respuesta de la Corte.

-Sin perjuicio de lo dicho conviene recordar que para condenar a Ivis María Felizzola Castilla el sentenciador estimó que ella, como auditora ante la Lotería, tenía acceso a todo lo concerniente con la realización de los respectivos sorteos y también a las personas que allí laboraban, por lo cual "estaba en capacidad de comelter o determinar al personal que trabajaba a su mando y aun al vinculado a la Lotería a que realizaran el concurso de hechos punibles" (fl.128, infra, y 129), agregando que en ese compromiso penal se exhibe apoyada por Martha Cecilia Zuleta Carrillo (secretaria III de la División Financiera), Alix Medina Morón y Catalina Gámez de Gómez (funcionarias de la Contraloría que practicaron la otra "visita fiscal" a la Lotería) y las coprocesadas Sara Quiroz y Albania Ramírez, además de también apoyarse el fallador en toda la prueba documental y pericial que obra en el expediente y que ratifica a Felizzola Castilla como determinadora de los hechos punibles contra la Administración y la fe públicas por los cuales fue acusada y condenada.

No prospera entonces la demanda.

Demanda a nombre de Moisés Mojica Baquero.

Recuérdese que Mojica Baquero, gerente de la "Lotería La Vallenata", fue acusado y condenado en primera instancia como determinador de los delitos de peculado por apropiación y de falsedades ideológicas en documento público y por destrucción, pero el sentenciador de segundo grado revocó tales decisiones y lo condenó únicamente por el delito de peculado culposo.

Sin embargo la Sala observa que en el primer reproche el casacionista sustenta la violación indirecta alegada (que no fundamenta expresamente en ninguna clase de error propio de la casación) como si estuviera censurando la referida condena de primera instancia en efecto, aduce que el Tribunal ignoró los testimonios de Catalina Gámez de Gómez -jefe de la División de Revisoras de la Contraloría Departamental del Cesar-, de la auditora Ivis María Felizzola, de la tesorera Sonia Machado Machado y las indagatorias de las auxiliares de Contabilidad y de Personal Sara Quiroz Quiroz y Albania Ramírez Molina, quienes dijeron que el nombrado gerente "no tenía injerencia directa en el proceso de devolución y en el pago de la misma" (fl. 387), a más de que al respecto había delegado las funciones de revisar y controlar los sorteos de la Lotería en el subgerente financiero coprocesado Escobar Perea, no teniendo entonces el procesado, a juicio del censor, relación alguna con el recaudo y erogación de los fondos de la Lotería.

Pero olvida el censor que precisamente por esa relativa "ajenidad" fue que el sentenciador *ad quem* (fl. 113 y ss) despojó a Mojica Baquero de la imputación de determinador de los mencionados delitos, pero estimó que de dicho gerente era predicable "negligencia o descuido por su inobservancia del deber objetivo de cuidado" (fls. 115 infra y 116), "a pesar de que tuvo conocimiento y fue advertido de las irregularidades que estaban ocurriendo en el seno de la institución", afirmación esta última que el censor no controvierte y que en sede de casación no puede ser abordada de oficio, no sólo por el "principio de limitación" (art. 228 C.P.P.), sino porque la misma se encuentra protegida por la doble presunción de legalidad y de acierto.

De nuevo hace ver esta Sala que salvo por la mención de que los referidos testimonios fueron ignorados (que traduciría un error de hecho por falso juicio de existencia), el demandante sustenta por fuera del ya reiterado rigorismo que identifica en parte al recurso extraordinario de casación, poniendo de presente sólo sus personales apreciaciones que tiene de algunos (modos de alegar "incompleta" y, por tanto, de entrada destinado al fracaso, como dijo esta Sala al comenzar las consideraciones que se vienen haciendo y al exigir que la censura comprenda toda la prueba de imputación) elementos de convicción que, junto con otros análogos, arribaron a la conclusión de responsabilidad de Mejía Baquero.

El cargo, pues, no prospera.

Segundo cargo:

El alegado yerro de hecho por falso juicio de identidad con respecto a las indagatorias de Mojica Baquero y de Escobar Perea, tampoco tiene éxito, pues

no demuestra el demandante que el Tribunal haya omitido o tergiversado, en su materialidad, tales pruebas.

En efecto, todo el argumento del actor se centra en que tales injuradas dicen muy claramente que Mojica Baquero delegó las referidas funciones de vigilancia y control de los sorteos en el subgerente Escobar Perea, pero resulta que el Tribunal en modo alguno desconoció tal "delegación"; por el contrario, la reiteró, hasta el punto que sustancialmente debido a la misma fue que revocó la mencionada y plural imputación y lo condenó solamente por culpa en el peculado.

Lo que se ve en cambio claro es que el casacionista cree que la dicha "delegación" exime totalmente a Mojica Baquero de responsabilidad Penal, pero no controvierte la violación "al deber objetivo de cuidado", que en sentir del Tribunal es predicable del acusado, y a pesar de admitir expresamente que el delegatario coprocesado Escobar Perea "le informó al gerente sobre la investigación y el resultado de la misma respecto del vale de devolución 3193 del sorteo 1197" (fl. 392 infra), el censor no se refiere a la consideración del Tribunal en el sentido de que en dicho caso Mojica Baquero "no se preocupó por averiguar qué había pasado, lo que permitió que la empresa criminal continuara rauda y campante" (fl.117), negligencia en la que, en últimas, sustentó el sentenciador la condena por peculado culposo.

Finalmente, el censor yerra al concluir este cargo de violación indirecta (controversia de la prueba) con un párrafo que encierra un planteamiento de violación directa (y que, por tanto, le merecía un capítulo independiente), pues se centra en la "malinterpretación del principio de confianza" (fl.392), equivocada interpretación que, por no recaer sobre una prueba sino sobre "un concepto" con incidencia en la aplicación de la respectiva norma penal, implicaría sin duda una violación "directa" (sin que medie la prueba) de la ley.

La demanda, pues, debe desestimarse.

Demanda a nombre de Sara Quiroz Quiroz y Albania Ramírez Molina.

También, como todos los aquí demandantes, con apoyo en el artículo 220-1, cuerpo 2º del Código de Procedimiento Penal, se hacen los siguientes reparos:

Primer cargo:

El yerro "flagrante" de hecho se hace consistir en que el sentenciador consideró que las procesadas admitieron su responsabilidad en sus respectivas indagatorias, "supuestos que no tienen asidero en la realidad", dice el demandante (fl. 405 supra), pues considera que ellas lo que sostuvieron fue su inocencia.

Reitera la "interpretación falsa" de dichas injuradas y anota que el error por falso juicio de identidad condujo al Tribunal a desconocer que ellas "actuaron determinadas por Ibis (sic) Felizzola" (fl. 406), y que están amparadas "por el numeral 4 del artículo 40 del C.P. , lo que doctrinariamente se denomi-

na "error de tipo", constitutivo de inculpabilidad penal" ya que las acusadas en ningún momento se percataron de que los vales que ellas elaboraban iban a ser utilizados por otras personas para defraudar a la Lotería, y en cuanto a la destrucción de las "plantillas" y de otros documentos afirma que "algunas veces" la llevaban a cabo por orden de la auditora Felizzola Castilla, considerando como "inocuos" las "planillas y los memos" destruidos.

Pues bien: estas dos acusadas, condenadas por falsedad ideológica en documento público y falsedad por destrucción, se desempeñaban, respectivamente, como auxiliares de Contabilidad y de Personal, y en lo que atañe al primer reparo del censor es manifiestamente inexacta su afirmación de que el Tribunal consideró que ellas confesaron, pues precisamente llegó a la conclusión contraria al estimar que no obstante haber aceptado las implicadas que elaboraban los vales de devolución, "destruían las planillas" y visaban documentos, alegan "de forma insincera y falsa su inocencia" (fl. 157), concluyendo que, en consecuencia, no confesaron. El actor ni siquiera menciona cuál es la clase de error de hecho que le endilga al fallador por este aspecto.

Al concluir el Tribunal que las anotadas "insinceridad y falacia" que exhiben las procesadas en sus indagatorias, por negar precisamente el dolo de su parte (conocimiento de que falseaban mentirosamente documentos y destruían otros, también con capacidad probatoria, y la voluntad de ejecutar tales conductas), precisamente y con razones negó el aducido "error de tipo' que ahora, con único apoyo en sus personales consideraciones, plantea el casacionista.

El censor, de otra parte, no se refiere a la siguiente afirmación del Tribunal que afirma la culpabilidad dolosa de las acusadas: que en sus indagatorias ellas dijeron que para realizar las mencionadas conductas "había que esperar a que concluyera el sorteo para aprovechar los talonarios de vales" que estaban a cargo del coprocesado Escobar Perea (fl.151).

Además, anota esta Sala, por sí mismas las mentiras que colocaban las procesadas en los documentos y la destrucción de otros para elaborar unos nuevos, son hechos que revelan el dolo de las dos damas en cuestión, sin que las órdenes, también dolosas, de la coprocesada Felizzola Castilla tengan incidencia en la imputación penal que soporta esta pareja de servidoras públicas.

El cargo no prospera.

Segundo cargo:

Aquí no solamente el actor omite siquiera mencionar mediante qué clase de error el Tribunal llegó a deducirles a las acusadas Quiroz Quiroz y Ramírez Molina los indicios de "oportunidad y de mala justificación" sino que, lejos de sustentar tales asertos, se limita a sostener, sin apoyo alguno en la realidad procesal, que las mencionadas acusadas "no eran las únicas" en desarrollar las ya sabidas funciones con relación a los sorteos, sino que también afirma, huérfano de todo sustento, que las explicaciones que ellas dieron al respecto "no resultaron falsas, contradictorias e inverosímiles".

El "cargo", así de deficientemente planteado resulta obviamente refractario a cualquier respuesta de la Corte.

Ante la improsperidad de esta última demanda, el fallo impugnado no se casará.

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

RESUELVE:

NO CASAR la sentencia recurrida. En firme, devuélvase el expediente al tribunal de origen.

Cópiese, comuníquese y cúmplase.

Jorge Aníbal Gómez Gallego, Fernando E. Arboleda Ripoll, Jorge Enrique Córdoba Poveda, Carlos Augusto Gálvez Argote, Edgar Lombana Trujillo, Mario Montilla Nougués, Carlos E. Mejía Escobar, Alvaro Orlando Pérez Pinzón, Nilson Pinilla Pinilla.

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

DEMANDA DE CASACION

El numeral 3° del artículo 225 del C. de. P. P. enseña como requisito formal de la demanda el señalamiento de la causal aducida pero, además, la indicación específica y cristalina de los fundamentos del planteamiento.

Como bastante se ha dicho por la jurisprudencia, cuando se busca acusar por errores en el juzgamiento la causal de casación que corresponde invocar es la primera, mientras que si se pretende censurar errores de procedimiento se debe acudir a la causal tercera. No es correcto, entonces, plantear la causal 1ª y querer, por esa vía, arribar a la petición de nulidad con fundamento en el No. 2° del artículo 304 del C. de. P. P.

Corte Suprema de Justicia - Sala de Casación Penal. - Santa Fe de Bogotá, D.C., agosto tres de mil novecientos noventa y nueve.

Magistrado Ponente: *Alvaro Orlando Pérez Pinzón*

Aprobada Acta No. 115 Proceso No. 13912

Resuelve la Sala sobre la admisibilidad de la demanda que presenta el defensor del ciudadano Octavio Bohórquez Silva, quien fue condenado el 10 de abril de 1997 por el Juzgado penal del circuito de Málaga a la pena principal de veinticinco (25) años y seis (6) meses de prisión y a la accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas por diez años, como responsable del delito de homicidio simple, cometido en concurso con porte ilegal de arma de fuego de defensa personal, sentencia que fue confirmada integramente por el Tribunal Superior de Bucaramanga, mediante fallo del 3 de junio de 1997.

Hechos

Domingo Silva Castro y sus sobrinos Milton y Octavio Bohórquez Silva laboraban en Santa Fe de Bogotá. Con el ánimo de celebrar las fiestas navideñas en Macaravita, viajaron el 17 de diciembre de1995. Una vez allí, se hospedaron en la casa de Aurelio Silva Novoa, padre de Domingo y abuelo de Milton y Octavio, y, después, decidieron trasladarse a la cantina "El rincón de los amigos", de propiedad de Benjamín Sierra Correa, situada en la vereda

Buraga, donde se dedicaron al consumo de cerveza, en compañía de Aurelio Silva Novoa, Gustavo Ortiz Díaz, José Fidel Ortiz Díaz, Cristo Ortiz Díaz, Hernando Novoa Silva y Raúl Sierra Correa.

Aproximadamente a las diez de la noche, Domingo Silva Castro le pidió un cigarrillo a Milton Bohórquez Silva, pero este no se lo pudo proporcionar porque no tenía. Ante ello, Silva Castro se lo solicitó al tabernero quien fue a dárselo, lo que no ocurrió debido a que Domingo encontró en sus bolsillos un paquete de Mustang que evitó la compra. Esto generó desavenencia entre tío y sobrino, y un cruce de palabras que llevaron a Milton a descargar la botella de cerveza que portaba, sobre el rostro de su pariente, hecho que produjo la reacción inmediata en Aurelio Silva Novoa, padre del lesionado, quien exhibiendo un machete trató de agredir al nieto que había golpeado a su hijo, y aunque la mediación del señor Benjamín Sierra Correa neutralizó el ímpetu del abuelo, no consiguió impedir que Milton y Aurelio salieran trenzados en una lucha cuerpo a cuerpo que los hizo rodar a la carretera aledaña al establecimiento.

Domingo Silva y Octavio Bohórquez Silva, armados de revólver, permanecieron en la zona superior del lugar de los hechos y entre ellos surgió una discusión que los indujo a amedrentarse mutuamente haciendo disparos al aire o al piso, sin que la intervención de Benjamín Sierra Correa, que estaba en medio tratando de evitar la tragedia, fuera suficiente para aplacar sus ánimos. Repentinamente, Octavio Bohórquez Silva dirigió el arma de fuego que empuñaba hacia el cuerpo de su pariente y disparó el plomo letal que penetró en el triángulo lateral derecho del cuello de Domingo, siguió una trayectoria posterior, horizontal, y salió a cinco centímetros de la horquilla external, luego de haber perforado la carótida externa derecha y la tráquea, causándole la muerte.

La Demanda

De la lectura del libelo, se puede establecer lo siguiente:

1. Que se demanda contra la sentencia condenatoria proferida por la Juez única penal del circuito de Málaga, que fue confirmada por el Tribunal Superior de Bucaramanga.

2. Que se pide casar la sentencia recurrida y conceder a don Octavio Bohórquez Silva, "lo que en derecho es merecedor por el delito de homicidio en Domingo Castro Silva, y el porte ilegal de arma de fuego de defensa personal y por los que se le condenó".

3. Que las "causales invocadas" son:

3.1. "Primera". Se da la nulidad estipulada en el numeral 2° del artículo 304 del C. de P.P. y por tanto se debe conceder la libertad inmediata al procesado de conformidad con lo normado en el numeral 4° del artículo 415 del decreto 2700 de 1992, porque: (1) El fiscal instructor, la Juez penal del circuito de Málaga y el Tribunal Superior, "violaron en forma total y abierta lo

normado en el artículo 201 del Código Penal vigente, modificado por el artículo 1° del Decreto 3664 de 1986". (2) Bohórquez, luego de cometer el hecho, confesó en indagatoria y lo reiteró en audiencia pública. (3) El fiscal debió averiguar quién cometió el hecho, saber a quién le fue comprada el arma, y si el señor Bohórquez portaba salvoconducto y quién se lo había expedido. (4) En vez de hacer lo anterior, el fiscal dictó resolución acusatoria por homicidio y porte ilegal de armas. (5) La juez, al avocar el conocimiento, no hizo nada para esclarecer el delito, como lo norma expresamente el artículo 446 del C. de. P. P. y se limitó a condenar. (6) El Tribunal se ciñó a confirmar la sentencia, luego de haber decretado una nulidad por la no inclusión del delito de porte de armas en el fallo original del *a quo*.

3.2. "Segunda". Solicita a la Corte se le conceda al señor Bohórquez rebaja de pena, conforme con el contenido de los artículos 286 y 299 del Código de Procedimiento Penal teniendo en cuenta que confesó la comisión del delito, porque: (1) Una vez perpetrado el hecho punible, se presentó ante las autoridades -Comandante del puesto de policía de Macaravita-. (2) Pudo haber eludido la acción de la justicia por cuanto luego de presentarse fue citado para indagatoria y, sin embargo, después de unos días, compareció. (3) En indagatoria y durante el debate procesal reconoció haber causado la muerte de Domingo Castro Silva. (4) Tanto la confesión como la rebaja de pena fue alegada en el debate público pero la Juez no se refirió al punto en la sentencia, mientras el tribunal solamente dijo sobre el tema: "La captura del sujeto que actuó en flagrancia entonces no es un elemento integrante de la misma sino su relativa consecuencia, que no desaparece por el sólo hecho de que no se produzca la retención del implicado. En otras palabras cuando una persona es sorprendida en situación de flagrancia, su aprehensión autorizada por la Constitución y la Ley, ninguna incidencia tiene al interior de la figura, bien para estructurarla o desvirtuarla porque la primera es la causa y la segunda el efecto, esto es, de la flagrancia depende la captura y no ésta de aquella".

"Siendo ello así y estando probado en el presente caso que Octavio Bohórquez Silva fue sorprendido en situación de flagrancia, porque fue visto por Aurelio Silva Novoa y Benjamín Sierra Correa, cuando disparaba sobre el occiso e identificado plenamente desde la misma diligencia de levantamiento del cadáver, obvio resulta concluir que Bohórquez Silva no tiene derecho a la reducción de pena por confesión prevista en el Artículo 299 del Código de Procedimiento Penal".

3.3. "Tercera". Acusa a los juzgadores de 1ª y 2ª instancias "por violación del numeral 1° del artículo 220 del Decreto 2700 de 1991", porque en sus respectivas sentencias "dieron una interpretación errónea al segundo elemento del artículo 247 del código de procedimiento penal, pues basaron la condena en confirmación única y exclusivamente en el testimonio de Benjamín Sierra Correa". Para probar los yerros, el casacionista anuncia, y así lo hace, un somero análisis de la prueba testimonial. A renglón seguido afirma que "se da la causal planteada y que conlleva por ende la nulidad plasmada en el numeral 2° del artículo 304 del Código de Procedimiento Penal", que la

Corte debe decretar "a partir de la sentencia condenatoria y por lo mismo absolver a Octavio Bohórquez Silva".

Termina solicitando a la Corte casar la sentencia que confirmó la condena: que "se decreten las nulidades planteadas y la absolución, si no las acepta y confirma se reforme concediendo la rebaja también propuesta".

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

La demanda presentada se rechaza por las siguientes razones:

1. El escrito no plasma el requisito formal de la identificación de los sujetos procesales, fácilmente perceptibles dentro del expediente. Alude, exclusivamente, al procesado y hace referencias tangenciales a uno que otro de los funcionarios que han adelantado el proceso.

2. El casacionista tampoco vierte en su demanda el relato de los hechos, con la objetividad necesaria. Hace, sí, una composición de lo sucedido, acomodada a su particular punto de vista.

3. Desconoce el mandato nítido del último inciso del artículo 225 del C. de. P. P. que, no obstante permitir la formulación de cargos excluyentes, compele a su presentación en forma separada y de manera subsidiaria, uno o unos de ellos.

4. En la "primera" censura, que denomina "causal", acusa la violación del artículo 201 del código penal, que tipifica y sanciona el delito de porte ilegal de armas de defensa personal, pero su reproche se queda en el mero enunciado pues no esboza su desarrollo.

Aunque no cita ninguna causal de casación, podría pensarse que se trata de la tercera, pues al finalizar el ataque sostiene que se da la nulidad señalada en el numeral 2° del artículo 304 de Código de Procedimiento Penal, y como consecuencia de ello, solicita que se decrete la anulación a partir del auto de apertura de la investigación. A pesar de ello, antes que sustentar con claridad y precisión los fundamentos de la censura, se limita a hacer acusaciones al Fiscal, a la Juez y al Tribunal. Nada aporta para especificar y para demostrar la naturaleza del error y su trascendencia.

Olvida el defensor, que aún tratándose de la causal tercera de casación, los requisitos formales y la consecuencia de su incumplimiento no permiten el reduccionismo argumental porque, como reiteradamente lo ha sostenido la Corte, la formulación de cargos con base en esta causal no es libre ni caprichosa, toda vez que existe para el censor la obligación de demostrar, nítida y concretamente, los errores de procedimiento así como su trascendencia frente a las garantías fundamentales o a la estructura básica del rito.

El numeral 3°, del artículo 225 del C. de. P. P. enseña como requisito formal de la demanda el señalamiento de la causal aducida pero, además, la indicación específica y cristalina de los fundamentos del planteamiento, exigencia que no se cumple en este caso, pues como ya se dijo, la sustentación no solo es contradictoria, sino incompleta.

5. Como "segunda" inconformidad, el actor objeta el que el Tribunal desconociera la "confesión y a la rebaja" que como defensor había blandido en el debate público y, posteriormente, en el memorial sustentatorio del recurso de apelación interpuesto contra la sentencia de primera instancia.

En este punto, tampoco invoca causal alguna, ni formula cargo o cargos concretos. Con tal actitud omisiva, el demandante olvida que lo relacionado con el recurso de casación es taxativo, como se desprende limpiamente del No. 3° del artículo 225 del C. de. P. P., que dispone:

"La demanda de casación se formulará por escrito y deberá contener: ...

3°. La causal que se aduzca para pedir la revocación, indicando en forma clara y precisa los fundamentos de ella y citando las normas que el recurrente estime infringidas".

Sobre el tema que insinúa, también yerra el defensor pues se limita a decir que en la injurada y en el debate público el procesado reconoció ser el autor de la muerte de Domingo Castro Silva y que, por ello, es jurídico sostener que se está frente a una "confesión", afirmación que apoya en aquello que personalmente opina. Con esto, deja de lado la tradicional jurisprudencia en torno de este aspecto: la simple divergencia criteriológica entre Juzgador y Censor no es suficiente para concluir la comisión de errores por parte de la Justicia.

6. Igualmente se equivoca el libelista inclusive desde cuando enuncia su "tercera" formulación pues le reprocha a la Juez de primera instancia y al Tribunal la violación "...del numeral 1° del artículo 220 del Decreto 2700 de 1991", sin tener en cuenta que allí se consagran dos motivos: la violación directa de la ley sustancial, en el propio contenido del numeral citado, y la violación indirecta de la misma, en el inciso del mismo numeral. Y no es posible, por el mismo respecto, predicar las dos clases de vulneración.

Desde luego que la falla habría podido ser subsanada si durante el desarrollo de la causal el casacionista hubiera precisado, en detalle y de manera correcta, el motivo de su inconformidad. Pero, lamentablemente, ahonda su equívoco cuando, tras partir de la causal establecida en el No. 1° de la norma procesal mencionada, termina solicitando la nulidad planteada en el numeral 2° del artículo 304 del Código de Procedimiento Penal, reproche que, como se sabe, se debe esgrimir con base en la causal 3ª de casación.

Y los errores del Profesional se enraizan aún más cuando, luego de hacer su particular valoración de unos testimonios, pide a la Corte que declare la nulidad desde la sentencia condenatoria y proceda a absolver al procesado "como autor y no responsable" del delito de homicidio por el cual se le condenó.

Como bastante se ha dicho por la jurisprudencia, cuando se busca acusar por errores en el juzgamiento la causal de casación que corresponde invocar es la primera, mientras que si se pretende censurar errores de procedimiento se debe acudir a la causal tercera. No es correcto, entonces, plantear la causal 1ª y

querer, por esa vía, arribar a la petición de nulidad con fundamento en el No. 2º del artículo 304 del C. de. P. P.

De lo anterior se desprende con evidencia que el escrito presentado para sustentar el recurso de casación no reúne los requisitos formales exigidos por la ley procesal. Se trata, eso sí, de una serie de afirmaciones contradictorias, sin la sustancia que se espera en el trámite del recurso extraordinario de casación. Por ello, la demanda presentada no se ajusta a derecho y, por ende, se impone su rechazo.

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

RESUELVE:

Rechazar la demanda presentada por el defensor del señor Octavio Bohórquez Silva. Por consiguiente, se declara desierta la impugnación interpuesta.

Según lo dispuesto en el artículo 197 del código de procedimiento penal, contra este auto no procede ningún recurso.

Comuníquese y cúmplase.

Jorge Aníbal Gómez Gallego, Fernando E. Arboleda Ripoll, Jorge Enrique Córdoba Poveda, Carlos Augusto Gálvez Argote, Edgar Lombana Trujillo, Mario Montilla Nougués, Carlos E. Mejía Escobar, Alvaro Orlando Pérez Pinzón, Nilson Pinilla Pinilla.

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

DEMANDA DE CASACION

Identificada por el casacionista la vía de su ataque, con la precisión que la norma procesal expresa, debe, para completar uno de los requisitos formales de la demanda, indicar en forma clara y precisa los fundamentos de la causal.

Claro: en términos de lenguaje es aquello "inteligible, fácil de comprender" y como concepto filosófico es "la concordancia del juicio con el objeto considerado", tal conceptualización excluye entonces, tanto la farragosidad o abstrusión del discurso jurídico que indique el fundamento de la causal, como los errores lógicos en la formulación del juicio con respecto del objeto (proceso - actuación procesal) del que se predica el juicio (violación directa/indirecta/nulidad, etcétera).

Preciso: es lingüísticamente hablando "lo conciso y rigurosamente exacto" y como definición filosófica es lo opuesto a vaguedad, por tanto "es preciso lo que está claramente diferenciado de todo aquello con lo que podría confundirse", expresión que en términos de la demanda de casación significa que los fundamentos de cada causal deben ser expresados de tal manera que no se confundan con los de otra causal (no contradicción) o con los de otro tipo de alegato (de instancia).

Tal deber implica para el casacionista que la causal aducida sea la conclusión lógica de su discurso, para llegar a la cual debe hilar una argumentación que establezca las premisas que demuestren esa conclusión, de manera tal que entre las premisas y la conclusión exista la relación de deducción que identifica al argumento como lógicamente correcto.

En este orden de ideas, el error de hecho o fáctico, versa sobre la equivocada observación material que el Juzgador hizo de una prueba en concreto, y en su forma del falso juicio de identidad, se refiere exclusivamente a la tergiversación objetiva del contenido material de la prueba.

La terminología que sostiene la definición de tal modalidad del error de hecho no es arbitraria, sino que corresponde a su esencia óntica, pues el censor - al concluir en tal vía de ataque - ha debido advertir un error del juzgador sobre la prueba como objeto de percepción material del cual

éste señaló un contenido que no corresponde a su ser, sino que lo distorsiona dándole un alcance que no tiene.

Si se quiere llegar a tal conclusión lógica - error sobre el contenido material del objeto prueba -, la argumentación ha de limitarse a señalar cuál es la prueba, qué es lo que ella acredita, y que es lo que el Juzgador le hizo acreditar; tan sencilla operación lógica es medida y límite del argumento, pues al demandante le basta, para acreditar este requisito formal, con advertir el yerro con precisión tal, que sólo sea menester por parte de la Corte un ejercicio comparativo entre lo que la prueba dice y lo que se le hizo decir, para advertir la existencia del error.

No puede entonces el censor - sin dejar de incurrir en contrasentidos señalar disparidades con el sentenciador sobre la apreciación probatoria otorgada al medio de prueba, pues tal tema, aunque luego se verá que puede ser ubicable como error de hecho, no discurre sobre la apreciación de la prueba como objeto de percepción, sino sobre el criterio del Juez como sujeto de la proposición valorativa de la prueba, para cuya determinación no puede utilizar (en el sistema probatorio nacional) sino los postulados de la sana crítica, cuyo contenido estrictamente fáctico, no normativo, permite sostener otro tipo de error de hecho.

Corte Suprema de Justicia. - Sala de Casación Penal. - Santa Fe de Bogotá, D.C., tres (3) de agosto de mil novecientos noventa y nueve (1999).

Magistrado Ponente: Dr. *Carlos E. Mejía Escobar*

Aprobado Acta No. 115 Proceso No. 12752

Decide la Sala sobre los requisitos formales de la demanda de Casación presentada por el defensor del procesado Víctor Fabio Angulo López.

HECHOS

Sucedieron en horas de la tarde del 28 de junio de 1994, en el sitio denominado Jarrillon del barrio Puerto Mallarino de la ciudad de Cali (Valle), donde hubo una discusión entre el occiso Vicente Romaña Ramírez, Luis Vásquez y Víctor Fabio Angulo López, en la cual resultó herido de muerte por arma de fuego Romaña Ramírez luego de lo cual se vió corriendo con un revólver en la mano al procesado Angulo López.

ANTECEDENTES

El Juzgado 24 Penal del Circuito de Cali (Valle), condenó mediante sentencia del 22 de mayo de 1996 al procesado Víctor Fabio Angulo López a la pena principal de 25 años de prisión, al hallarlo responsable del homicidio simple del señor Vicente Romaña Ramírez.

Por apelación que interpusieran el procesado y su defensor, una Sala de decisión Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali (Valle) cono-

ció del fallo de primera instancia para confirmarlo mediante el suyo del 27 de agosto de 1996.

Manifestada la disconformidad del defensor con la sentencia de segundo grado. La Sala Penal del Tribunal Superior concedió el recurso extraordinario de Casación, presentándose la correspondiente demanda, que se puede resumir en los siguientes términos.

La Demanda de Casación

El recurrente anuncia como causal de casación, la "primera del cuerpo segundo del artículo 220 del Código de Procedimiento Penal, consistente en falso juicio de identidad en la apreciación de la prueba indiciaria", censura que desarrolla así:

Afirma "que el fallador al momento de aplicar la inferencia lógica erró en el juicio de identidad, por cuanto al apreciar la prueba indiciaria la deformó en su aspecto objetivo del hecho base" e igual censura hace del fallo de segunda instancia, del que señala que erró "en la apreciación de la prueba indiciaria, toda vez que la inferencia lógica que hizo de los indicios, resultó desviada por cuanto al emplear la persuasión de la sana crítica llegó a conclusiones que la prueba no contenía, con lo cual conformó un error de hecho".

Bajo las anteriores premisas, aborda el estudio de los indicios deducidos en la sentencia, para criticarlos con afirmaciones de la siguiente estirpe:

a) Indicio de actitud sospechosa.

Se incurre respecto de él en error de hecho por falso juicio de identidad, cuando el fallador apoyado en la prueba testimonial arrimada al expediente lo infiere, "con lo cual sitúa al procesado en un comportamiento que probatoriamente no es permitido predicarle y, de contera, se converge a sustentar un fallo de condena que desde luego perjudica enormemente al acusado en referencia".

b) Indicio de mala justificación:

Señala que el juzgador no podía deducirlo, porque nadie en el expediente ha desvirtuado la afirmación del procesado sobre la presencia en el sitio de los hechos de un Renault 6 desde el cual se disparó y por el contrario hay testigos que señalan la presencia de ese vehículo en tal lugar.

Advierte que la conclusión del juzgador sobre el indicio de mala justificación, generó un error de hecho por falso juicio de identidad, por desviación objetiva del hecho base - presencia del Renault 6 desde el cual se disparó un arma de fuego -, pues una actuación diferente hubiera generado un fallo favorable para su procurado.

c) Indicio de presencia en el lugar de los hechos o de su oportunidad para delinquir:

Señala el mismo error, falso juicio de identidad, que dice ocurrió por la deformación objetiva del hecho base, por no considerar justificada la presen-

cia del sindicado en el lugar del crimen. Contradice la conclusión del Tribunal explicando que el expediente acredita las circunstancias en que actúo Víctor Fabio Angulo y que la discusión ocurrida entre el procesado, Luis Vásquez y el occiso se zanjó , por lo que la conclusión del Tribunal es equivocada al predicar un indicio de sospecha, por cuanto ella no corresponde al material probatorio.

Finaliza el acápite de la demanda dedicado a la sustentación del cargo, criticando el valor probatorio de los testimonios de oídas sobre los que - a su entender -, el Tribunal edificó los indicios que sirvieron para condenar a su defendido. Adicionalmente advierte que del hecho base - homicidio - se dedujeron indicios de actitud sospechosa y presencia del sindicado en el lugar de los hechos o de su oportunidad para delinquir que son fruto de la deformación objetiva de lo ocurrido.

Por ello, considera que la prueba no es suficiente para converger a una sentencia de condena y por tanto la sentencia debe casarse.

Consideraciones de la Corte

1. La demanda de Casación presentada por el señor defensor del procesado Víctor Fabio Angulo López habrá de ser rechazada in limine por no reunir los requisitos formales del artículo 225 del Código de Procedimiento Penal, y en consecuencia se declarará desierto el recurso tal como lo ordena el artículo 226 *ibidem*.

2. Las exigencias técnicas de la demanda de casación están expresamente consagradas en la norma atrás citada, una de las cuales impone a los demandantes la obligación de expresar "la causal que se aduzca para pedir la revocación del fallo, indicando en forma clara y precisa los fundamentos de ella y citando las normas que el recurrente estime infringidas".

3. El defensor de Víctor Fabio Angulo López en la demanda intenta un ataque contra la sentencia de instancia, alegando la violación indirecta de la ley sustancial por error de hecho generado en un falso juicio de identidad.

Identificada por el casacionista la vía de su ataque, con la precisión que la norma procesal expresa, debe, para completar uno de los requisitos formales de la demanda, indicar en forma clara y precisa los fundamentos de la causal.

Claro: en términos de lenguaje es aquello "inteligible, fácil de comprender" y como concepto filosófico es "la concordancia del juicio con el objeto considerado", tal conceptualización excluye entonces, tanto la farragosidad o abstrusión del discurso jurídico que indique el fundamento de la causal, como los errores lógicos en la formulación del juicio con respecto del objeto (proceso - actuación procesal) del que se predica el juicio (violación directa/indirecta/nulidad, etcétera).

Preciso: es lingüísticamente hablando "lo conciso y rigurosamente exacto" y como definición filosófica es lo opuesto a vaguedad, por tanto "es preciso lo que está claramente diferenciado de todo aquello con lo que podría confundirse", expre-

sión que en términos de la demanda de casación significa que los fundamentos de cada causal deben ser expresados de tal manera que no se confundan con los de otra causal (no contradicción) o con los de otro tipo de alegato (de instancia).

4. Tal deber implica para el casacionista que la causal aducida sea la conclusión lógica de su discurso, para llegar a la cual debe ilar una argumentación que establezca las premisas que demuestren esa conclusión. de manera tal que entre las premisas y la conclusión exista la relación de deducción que identifica al argumento como lógicamente correcto.

En este orden de ideas, el error de hecho o fáctico, versa sobre la equivocada observación material que el Juzgador hizo de una prueba en concreto, y en su forma del falso juicio de identidad, se refiere exclusivamente a la tergiversación objetiva del contenido material de la prueba.

La terminología que sostiene la definición de tal modalidad del error de hecho no es arbitraria, sino que corresponde a su esencia óntica, pues el censor -al concluir en tal vía de ataque- ha debido advertir un error del juzgador sobre la prueba como objeto de percepción material del cual éste señaló un contenido que no corresponde a su ser, sino que lo distorsiona dándole un alcance que no tiene.

Si se quiere llegar a tal conclusión lógica -error sobre el contenido material del objeto prueba-, la argumentación ha de limitarse a señalar cuál es la prueba, qué es lo que ella acredita, y que es lo que el Juzgador le hizo acreditar; tan sencilla operación lógica es medida y límite del argumento, pues al demandante le basta, para acreditar este requisito formal, con advertir el yerro con precisión tal, que sólo sea menester por parte de la Corte un ejercicio comparativo entre lo que la prueba dice y lo que se le hizo decir, para advertir la existencia del error.

No puede entonces el censor - sin dejar de incurrir en contrasentidos - señalar disparidades con el sentenciador sobre la apreciación probatoria otorgada al medio de prueba, pues tal tema, aunque luego se verá que puede ser ubicable como error de hecho, no discurre sobre la apreciación de la prueba como objeto de percepción, sino sobre el criterio del Juez como sujeto de la proposición valorativa de la prueba, para cuya determinación no puede utilizar (en el sistema probatorio nacional) sino los postulados de la sana crítica, cuyo contenido estrictamente fáctico, no normativo, permite sostener otro tipo de error de hecho.

5. Precisamente tales yerros son los que se advierten en la demanda de casación del defensor de Angulo López, pues aunque nomina el cargo como error de hecho por falso juicio de identidad, termina siendo incoherente para sostener esa conclusión, ya que no se refiere a la tergiversación material de la prueba, sino a su apreciación; y aunque dice que se infringieron las reglas de la sana crítica -lo cual ubica la enunciación del cargo de manera aparentemente correcta- no precisa cuáles reglas y de qué manera se violaron, sino que se queda en la mera afirmación general.

Así por ejemplo, critica la deducción del "indicio de la actitud sospechosa", contraponiendo la suya a la conclusión que, dice, el Juzgador derivó de la prueba testimonial, y advirtiendo que su defendido nunca evadió la justicia,

nunca se enteró que lo estuvieran buscando o que hubiera sido denunciado como autor del hecho, refunde en un solo tema, con infracción del principio de no contradicción, el ataque a la prueba del hecho indicador -testimonios de personas que no identifica-; el indicio propiamente dicho (el comportamiento del condenado), y el valor probatorio del mismo: sin que además sea posible saber, por ejemplo, por qué razón deben ignorarse esos testimonios como prueba del hecho indicador.

En los restantes indicios que denomina como de "mala justificación y de presencia del procesado en el sitio de consumación del delito o de su oportunidad para delinquir" incurre en iguales dislates.

Del primero señala que la probada presencia de un vehículo en el sitio de los hechos, desde el cual se disparó, no podía ser desconocida por el Juzgador por cuanto hay prueba testimonial que así lo señala, incurriendo aquí en la misma falla técnica, pues al señalar la ubicación de un automotor desde el cual se disparó, y advertir que ello se prueba con los testimonios de Yolanda y Amanda Ambuila Barón y Luis Angel Vásquez González, debió entonces discutir las razones que tuvo el Juez para desconocer esos testimonios, lo que no podía hacer (por la naturaleza del sistema procesal colombiano) sino demostrando que en tal apreciación negativa se violentaron los principios de la sana crítica, ya que si el Juzgador ni siquiera acepta la prueba del hecho, ningún objeto tiene discurrir sobre la inferencia lógica o sobre la fuerza probatoria del indicio.

Del segundo, o sea del "indicio de la presencia del procesado en el sitio donde se agotó el delito o de su oportunidad para delinquir", igual crítica ha de hacerse, pues allí también reúne, como si de un sólo tema se tratara, todos los elementos del indicio - hecho indicador, inferencia lógica y fuerza probatoria -, discutiendo mayormente sobre la concreta valoración de unos testimonios que en su sentir no fueron apreciados correctamente por el Juzgador, argumentación totalmente incompatible con la forma de censura propuesta.

6. En la parte final de su alegación ya el casacionista no se refiere a los indicios propiamente dichos, sino a los testimonios en los que se fundan tales indicios, criticando que se hayan tenido en cuenta unos, a pesar de ser de oídas o que se hayan descartado otros, para terminar condenando a su procurado con violación indirecta de los artículos 254 y 300 del Código de Procedimiento Penal. Este argumento que no hace sino agregar un yerro más al citar como normas sustanciales infringidas dichas disposiciones pues ellas no establecen derechos y obligaciones ni señalan formas de solución del problema o regulan la acción o la pena, esto es, no responden al concepto de norma sustancial, ampliamente precisado por la jurisprudencia y la doctrina. Se trata de disposiciones que regulan la apreciación de la prueba en conjunto y la regla de experiencia como criterio de apreciación del indicio. Son, entonces mandatos instrumentales que desarrollan el postulado de la sana crítica y, por tanto, de ninguna manera disposiciones de carácter material o sustancial.

7. Aunque las deficiencias técnicas advertidas son suficientes para el rechazo de la demanda, debe agregarse que el casacionista en el texto de su demanda nunca intentó siquiera, señalar la trascendencia del error. Es que no basta al impugnante indicar la existencia de un posible yerro por parte del Juzgador, sino que ha menester demostrar que la sentencia solo se sustiene en ese error, que advertido y corregido conduciría en este caso, a la absolución por falta de certeza para condenar (artículo 247 Código de Procedimiento Penal) o por lo menos al reconocimiento de la existencia de duda que impone la aplicación del In dubio pro reo (artículo 445, Código de Procedimiento Penal). Como nada de esto hizo el censor, es una razón más para el rechazo de su demanda.

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

RESUELVE:

PRIMERO. RECHAZAR In limine la demanda de Casación presentada por el defensor del procesado Víctor Fabio Angulo López.

SEGUNDO. Declarar desierto el recurso de Casación concedido por la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali (Valle) al defensor del procesado en este caso.

TERCERO. Disponer la devolución del proceso al Tribunal de origen.

Cúmplase.

Jorge Aníbal Gómez Gallego, Fernando Arboleda Ripoll, Jorge E. Córdoba Poveda, Carlos A. Gálvez Argote, Edgar Lombana Trujillo, Mario Mantilla Nougués, Carlos E. Mejía Escobar, Alvaro O. Pérez Pinzón, Milson Pinilla Pinilla.

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

DEMANDA DE CASACION

El artículo 225 del Código de Procedimiento Penal establece los requisitos que debe reunir toda demanda de casación, los cuales, de no ser cumplidos en su integridad por el actor, conducen a la desestimación del libelo y la declaratoria de deserción del recurso. Entre ellos se destaca que el impugnante está en la obligación de precisar la causal que aduzca para demandar la infirmación del fallo e indicar clara y precisamente los fundamentos en qué se apoya...

La jurisprudencia repetidamente ha sostenido, así mismo, que cuando la censura se orienta por cuestionar la calificación jurídica de la conducta por la que se irrogó condena, compete al demandante en casación demostrar de qué manera se llegó al desacierto, si mediante la violación directa de la ley sustancial por aplicación indebida de una disposición y falta de aplicación de la que corresponde al caso, o a través de la apreciación probatoria, sin que resulte lógico ni jurídico aducir ambas vías simultáneamente, por ser contradictorias, pues en el primer supuesto ha de partirse de aceptar las pruebas recaudadas y su mérito, tal y como fue apreciado por el juzgador, y en el segundo, es precisamente la errónea apreciación probatoria la que da lugar a la transgresión legal de modo indirecto.

Corte Suprema de Justicia - Sala de Casación Penal. - Santa Fe de Bogotá, D.C., tres de agosto de mil novecientos noventa y nueve.

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

Aprobado acta No. 115 Proceso No. 13568

Se pronuncia la Corte sobre la admisibilidad formal de la demanda de casación presentada por el defensor de la procesada Merly Omira Ortiz Peña.

ANTECEDENTES

Aproximadamente a las seis y cincuenta minutos de la noche del veinte de febrero de mil novecientos noventa y cinco, en el interior del Almacén Ley ubicado en la carrera 22 con calle 19 de la ciudad de Manizales en el cual se

hallaban cerca de doscientos clientes, explotaron tres bombas incendiarias de regular poder fabricadas en cajetillas de cigarrillo que causaron destrozos y pánico entre las personas que allí estaban.

Ocurrido el hecho, y por la información recibida de uno de los clientes, un vigilante del establecimiento de comercio afectado, a escasos cuatro metros de la puerta de salida dio captura a Merly Onira Ortiz Peña, quien estaba acompañada de una menor de edad, y había sido vista desde las cuatro y media de la tarde en la sección de ropa interior, encontrándose dentro de su pantalón una cajetilla con las mismas características de las que hicieron explosión.

Con ocasión del hecho, la señora Ortiz Peña resultó con quemaduras de segundo grado en el abdomen y cresta iliaca, y la joven acompañante con quemaduras en la palma de la mano derecha.

El asunto lo conoció la Fiscalía Regional de Medellín Delegada en Manizales, autoridad que abrió investigación (fl. 10), vinculó mediante indagatoria a Merly Ortiz Peña (fls. 21 y ss.) y resolvió su situación jurídica con medida de aseguramiento de detención preventiva (fls. 39 y ss.).

Luego de recaudar algunas pruebas, cerró la investigación (fl. 159) y el 17 de octubre de 1995 calificó el mérito probatorio del sumario con resolución de acusación en contra de la sindicada por el delito de empleo o lanzamiento de sustancias u objetos peligrosos de que trata el artículo 12 del Decreto 180 de 1988, adoptado como legislación permanente por el artículo 4o. del Decreto 2266 de 1991 (fls. 228 y ss.).

Del juicio conoció un Juzgado Regional de Medellín, autoridad que culminó la instancia condenando a la procesada a las penas principales de ciento ochenta (180) meses de prisión y multa en cuantía de veinte (20) salarios mínimos legales mensuales, por encontrarla penalmente responsable del delito imputado en el pliego enjuiciatorio (fls. 312 y ss.), mediante sentencia que, al ser recurrida en apelación por el Procurador Judicial en lo Penal y el defensor, el Tribunal Nacional modificó en el sentido de imponerle diez (10) años de prisión y multa por el equivalente a diez (10) salarios mínimos legales mensuales, y confirmó en sus restantes partes (fls. 8 y ss. cno. Tribunal).

Contra el fallo de segundo grado el defensor oportunamente interpuso recurso extraordinario de casación, el cual fue concedido por el *ad quem*, presentándose en el término legal el escrito con el cual persigue sustentar la impugnación, y sobre cuya admisibilidad se pronuncia la Corte.

La Demanda

Pasando por referir la sentencia impugnada, sintetizar los hechos que en su criterio tuvieron lugar, y resumir la actuación llevada a cabo, dos cargos formula el libelista contra la sentencia del Tribunal:

En el primero, que identifica como principal, denuncia la violación directa de la ley sustancial, por haberse aplicado indebidamente el artículo 12 del

Decreto 180 de 1988, convertido en legislación permanente por el Decreto 2266 de 1991, cuando debió considerarse que la conducta objeto de reproche correspondía a "una violación al art. 189 del Código Penal".

Luego de transcribir parcialmente algunos pronunciamientos jurisprudenciales, afirma indiscutible que el tipo penal que define el delito de incendio "subsume de manera más precisa el caso concreto que nos convoca; considerando que el requisito subjetivo previsto en la norma excepcional (propósito terrorista) no se acreditó en el desarrollo del plenario", e, "incluso el art. 189 del Código Penal, considera de manera exacta el delito de peligro común de incendio, cometido en establecimiento comercial; como lo es un Almacén".

Por lo anterior, solicita de la Corte casar la sentencia impugnada, "dictando en su lugar la que deba reemplazarla, tal como lo dispone el art. 229, numeral 1o. del Código de Procedimiento Penal, estudiando la conducta de la señora Ortiz Peña al tenor de lo dispuesto en el art. 189 del Código Penal".

En el segundo cargo, que propone como subsidiario del primero, acusa la sentencia de haber violado indirectamente la ley sustancial, por error de hecho derivado de falso juicio de existencia por omisión en la apreciación probatoria.

Alude al respecto que el propósito terrorista ha sido inferido por el juzgador, "ignorando algunos medios probatorios existentes en el proceso que ponen en evidencia que no existió", pues "para predicar el 'propósito terrorista' el *ad quem* restringió su estudio de los medios de convicción obrantes en el proceso al experticio del folio 19 y ss.; desconociendo de manera ligera otras probanzas que refutan el mérito de la prueba técnica antes aludida".

En ese sentido, plantea que el Tribunal omitió considerar el testimonio de Ernesto Ignacio Rico Acosta, Gerente del establecimiento de comercio donde se presentaron los acontecimientos, quien refirió que el hecho no produjo pánico, solo humo y daños en la estantería, la mercancía y la necesidad de pagar horas extras del personal que esa noche custodió el almacén, y que "no hubo desalojos, inclusive se continuó trabajando hasta las 8:00 de la noche que es la costumbre".

Tampoco tuvo en cuenta el fallo que el señor Henry Castro Jurado, Jefe Comercial del Almacén, dijo que el hecho no produjo pánico, "porque la situación fue manejada por la brigada de seguridad nuestra que actuó de inmediato y la colaboración de empleados y personal de Mercaderistas, la cual aisló la zona afectada y no permitió que nuestros clientes se dieran cuenta de lo que estaba pasando".

Y en cuanto se relaciona con la prueba pericial, según la cual el material explosivo utilizado tiene "efectos letales", aduce que el reconocimiento médico practicado a su asistida dio cuenta que las lesiones recibidas en manos y muslos, "determinaron una incapacidad provisional de veinte (20) días a pesar de su estado de embarazo". Se pregunta, entonces, "podrá un material

con las características que concede el 'Técnico en Explosivos' que realizó el experticio, ocasionar tan leves heridas a una persona, que según la valoración de las probanzas portaba dichos elementos", como también si "podrá realmente dicho medio producir destrucción colectiva, en los términos del Decreto 180 de 1988, cuando no fue capaz de generar daño grave o destrucción individual".

Por lo anterior demanda casar el fallo impugnado, "considerando que el error de hecho por desconocimiento de algunos medios de convicción obrantes en la foliatura, conllevó a predicar el 'propósito terrorista' en el caso que se debate, conduciendo al yerro en la selección de la norma sustancial aplicada" (fls. 51 y ss. cno. Tribunal).

SE CONSIDERA

El artículo 225 del Código de Procedimiento Penal establece los requisitos que debe reunir toda demanda de casación, los cuales, de no ser cumplidos en su integridad por el actor, conducen a la desestimación del libelo y la declaratoria de deserción del recurso. Entre ellos se destaca que el impugnante está en la obligación de precisar la causal que aduzca para demandar la infirmación del fallo e indicar clara y precisamente los fundamentos en que se apoya.

Estos presupuestos de claridad y precisión, son desatendidos por el defensor de la procesada Merly Onira Ortíz Peña, quien haciendo gala de una muy particular concepción del excepcional instituto, ni siquiera logra seleccionar adecuadamente la causal que correspondería al alcance que pretende darle a las censuras, y, en tal medida, por supuesto yerra en la solución que de la Corte demanda.

Aun cuando formula dos cargos contra la sentencia del Tribunal, ambos apoyados en la causal primera de casación, en realidad la propuesta del defensor se orienta por cuestionar la calificación jurídica de la conducta imputada a su asistida, sin percatarse que una tal postura trae consecuencias para el proceso, bien distintas de las soluciones que el libelo sustentatorio ofrece.

En efecto, cuando el censor denuncia la violación directa de la ley sustancial por aplicación indebida del artículo 12 del Decreto 180 de 1988 y falta de aplicación del artículo 189 del Código Penal, olvida que en tales condiciones el Juez de Casación no podría dictar el fallo de sustitución, pues de aceptarse la propuesta impugnatoria, de suyo implicaría reconocer que el funcionario que produjo la acusación, y las autoridades que profirieron el fallo de primer y segundo grado, carecían de competencia para conocer del proceso, siendo entonces la solución adecuada la invalidación de lo actuado.

En esta medida, si lo pretendido por el actor es cuestionar la calificación de la conducta, para ubicarla en el delito de incendio, no de empleo o lanzamiento de sustancias u objetos peligrosos de que trata el artículo 12 del Decreto 180 de 1988, adoptado como legislación permanente por el artículo 4o. del

Decreto 2266 de 1991 por el que se dictó la sentencia, ha debido presentar el cargo apoyado en la causal tercera de casación para demandar la nulidad de lo actuado.

Esto por cuanto de acreditarse la errada selección de la disposición sustancial aplicable al caso, no obstante ser un error *in iudicando*, tendría repercusiones en cuanto a la competencia de los juzgadores para proferir la sentencia impugnada, condiciones en las cuales no podría la Corte proferir el fallo de reemplazo, porque de hacerlo no subsanaría el vicio denunciado y sí en cambio, por estar manteniendo el vicio en la actuación perpetuaría el error, sin desconocer además, que podría dar lugar a la configuración de un motivo adicional de casación, denunciable al amparo de la causal segunda, por falta de congruencia entre el pliego de cargos y la sentencia de mérito.

La jurisprudencia repetidamente ha sostenido, asimismo, que cuando la censura se orienta por cuestionar la calificación jurídica de la conducta por la que se irrogó condena, compete al demandante en casación demostrar de qué manera se llegó al desacierto, si mediante la violación directa de la ley sustancial por aplicación indebida de una disposición y falta de aplicación de la que corresponde al caso, o a través de la apreciación probatoria, sin que resulte lógico ni jurídico aducir ambas vías simultáneamente, por ser contradictorias, pues en el primer supuesto hay de partirse de aceptar las pruebas recaudadas y su mérito, tal y como fue apreciado por el juzgador, y en el segundo, es precisamente la errónea apreciación probatoria la que da lugar a la transgresión legal de modo indirecto.

En este caso, no obstante presentar el censor dos cargos contra el fallo, y aducir que uno es subsidiario del otro, se establece que el ataque es uno solo, orientado a cuestionar la calificación jurídica de la conducta, y que al fundamentarlo incurre en contradicción insalvable pues, de una parte, denuncia la violación directa de la ley sustancial, y, de otra, la indirecta, para llegar a la misma conclusión, lo cual, como ya se vio, riñe contra los principios lógicos que gobiernan el recurso.

Además de esto, y de suponerse que la pretensión se apoya en la causal tercera, por indebida calificación jurídica de la conducta con incidencia en la competencia para conocer del proceso, y que el desacierto se presentó por incurrir el juzgador en errores en la apreciación probatoria, de todas maneras la fundamentación se mantiene incompleta, toda vez que la demanda no indica la trascendencia del falso juicio de existencia que persigue denunciar, pues nada se dice sobre cómo de haber sido apreciados los medios de prueba que echa de menos, valorados en conjunto con los demás incorporados válidamente al plenario cuyo mérito persuasivo no cuestiona, habría conducido a ubicar la conducta dentro del contenido típico de incendio, no de aquél por el cual se irrogó condena.

Son entonces, tantos y tan variados los defectos que la demanda ofrece, y como la Corte no puede enmendarlos para ajustarla a los presupuestos de

admisibilidad legalmente establecidos, la decisión correspondiente es su rechazo y declarar consecuencialmente desierto el recurso.

Puesto que esta decisión causa ejecutoria con su suscripción, según lo disponen los artículos 197 y 226 *ejusdem*, se ordenará la devolución inmediata del expediente al tribunal de origen, previa comunicación a los sujetos procesales.

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

RESUELVE:

RECHAZAR la demanda de casación presentada a nombre de la procesada Merly Onira Ortiz Peña, por lo anotado en la motivación de este proveído. En consecuencia SE DECLARA DESIERTO el recurso.

Comuníquese y devuélvase al Tribunal de origen.

Cúmplase.

Jorge Aníbal Gómez Gallego, Fernando E. Arboleda Ripoll, Jorge E. Córdoba Poveda, Carlos Augusto Gálvez Argote, Edgar Lombana Trujillo, Mario Mantilla Nougués, Carlos E. Mejía Escobar, Alvaro O. Pérez Pinzón, Nilson Pinilla Pinilla.

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

LIBERTAD Y SENTENCIA CONDENATORIA-Subrogado de la condena de ejecución condicional (art. 198 C. de P.P.)/ CUMPLIMIENTO INMEDIATO DE LAS PROVIDENCIAS

Como quiera que el punto ha sido reiteradamente considerado por la Sala, sin que ahora exista motivo para variar dicha posición, a ella se remite una vez más. Con ponencia de quien ahora también funge como tal, se dijo:

"Prescribe el artículo 198 del Código de Procedimiento Penal:

Cumplimiento Inmediato. 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 sólo podrá ordenarse cuando se encuentra en firme la sentencia, salvo que durante el proceso se hubiera proferido medida de aseguramiento de detención sin excarcelación.

Con base en la anterior disposición, no es procedente atender el pedimento del defensor del aquí acusado, pues la ley es clara en el sentido de que si se niega el subrogado de la condena de ejecución condicional, la captura sólo podrá ordenarse cuando se encuentre en firme la sentencia, hasta aquí le asistiría razón al libelista dado que se estaría dando cumplimiento al mandato legal a que se hizo referencia, pero el peticionario pasa por alto la salvedad a tal concesión, la cual establece que si durante el proceso se hubiere proferido medida de aseguramiento de detención sin excarcelación, como efectivamente sucedió en el presente asunto, la captura podrá ordenarse de inmediato, pues como ya se vio desde el momento en que se le resolvió la situación jurídica se le decretó medida de aseguramiento de detención preventiva sin excarcelación (fls. 134 y Ss. Cdno. No.1), bien porque la pena presupuestada superaba los tres (3) años de prisión ora porque el caso se enmarca dentro de los parámetros establecidos en el artículo 417 del Código de Procedimiento Penal, si posteriormente se ordenara la libertad provisional por causales distintas a las del numeral 1° del artículo 415 Código de Procedimiento Penal, en nada cambiaría los presupuestos considerados para negar tal subrogado."

Corte Suprema de Justicia. - Sala de Casación Penal. - Santa Fe de Bogotá, D.C., tres (3) de agosto de mil novecientos noventa y nueve (1999).

Magistrado Ponente: Dr. *Jorge Aníbal Gómez Gallego*

Aprobado Acta No. 115 Proceso No. 14898

El procesado Jaime Antonio Murillo Vallejo, solicita a esta Corporación "se ordene a quien corresponda Mi Libertad".

ANTECEDENTES

El Juzgado Promiscuo del Circuito de Belén de Umbría, mediante sentencia de fecha 19 de diciembre de 1997 condenó a Murillo Vallejo a la pena principal de 84 meses de prisión como autor responsable del delito de hurto calificado y agravado, en concurso con el punible de receptación. Frente a la anterior decisión el defensor del procesado interpuso el recurso de apelación y el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira, en fallo calendado 27 de abril de 1998, modificó la sanción fijando en definitiva 60 meses de prisión, sentencia que ahora es objeto del recurso extraordinario de casación.

CONSIDERACIÓN DE LA CORTE

El libelista con el fin de que se decrete en su favor una excarcelación prematura, fundamenta principalmente su pretensión en que si bien es cierto el Juzgado de primera instancia lo condenó y ordenó su captura, ésta no podría llevarse a cabo puesto que la sentencia aún no estaba ejecutoriada.

Como quiera que el punto ha sido reiteradamente considerado por la Sala, sin que ahora exista motivo para variar dicha posición, a ella se remite una vez más. Con ponencia de quien ahora también funge como tal, se dijo:

"Prescribe el artículo 198 del Código de Procedimiento Penal:

Cumplimiento Inmediato. 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 sólo podrá ordenarse cuando se encuentre en firme la sentencia, salvo que durante el proceso se hubiera proferido medida de aseguramiento de detención sin excarcelación.

Con base en la anterior disposición, no es procedente atender el pedimento del defensor del aquí acusado, pues la ley es clara en el sentido de que si se niega el subrogado de la condena de ejecución condicional, la captura sólo podrá ordenarse cuando se encuentre en firme la sentencia, hasta aquí le asistiría razón al libelista dado que se estaría dando cumplimiento al mandato legal a que se hizo referencia, pero el peticionario pasa por alto la salvedad a tal concesión, la cual establece que si durante el proceso se hubiere proferido medida de aseguramiento de detención sin excarcelación, como efectivamente sucedió en el presente asunto, la captura podrá ordenarse de inmediato, pues como ya se vio

desde el momento en que se le resolvió la situación jurídica se le decretó medida de aseguramiento de detención preventiva sin excarcelación (fls. 134 y Ss. Cdno. No. 1), bien porque la pena presupuestada superaba los tres (3) años de prisión ora porque el caso se enmarca dentro de los parámetros establecidos en el artículo 417 del Código de Procedimiento Penal, si posteriormente se ordenara la libertad provisional por causales distintas a las del numeral 1º del artículo 415 Código de Procedimiento Penal, en nada cambiaría los presupuestos considerados para negar tal subrogado."

Los demás argumentos que expone el libelista para tratar de que se decrete su excarcelación, como aquel de que al momento de concederle la libertad provisional por indemnización integral, la Fiscalía que venía conociendo del proceso por el delito de hurto calificado y agravado no canceló la orden de captura librada en su contra con anterioridad y por ello fue puesto a disposición de las presentes diligencias, o que no se le podía detener por este asunto dado que indemnizó integralmente los perjuicios, son circunstancias que en nada varían su situación, puesto que posterior a las determinaciones provisionales tomadas por el funcionario instructor, el juzgado de conocimiento consideró que no se cumplían en este diligenciamiento ni los elementos subjetivos ni objetivos para conceder el subrogado de la condena de ejecución condicional y ordenó su captura, con el fin de que cumpliera la pena impuesta, decisión que al ser revisada por el superior, fue modificada pero únicamente en cuanto a la sanción impuesta, por lo que una libertad anticipada en este asunto con fundamento en los argumentos expuestos por el libelista, implicaría desconocer los fallos antes mencionados, los cuales vienen precedidos de la doble presunción de legalidad y acierto.

En mérito de expuesto, La Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, NIEGA al procesado Jaime Antonio Murillo Vallejo la libertad provisional.

Notifíquese y cúmplase

Jorge Aníbal Gómez Gallego, Fernando E. Arboleda Ripoll, Jorge E. Córdoba Poveda, Carlos A. Gálvez Argote, Edgar Lombana Trujillo, Mario Mantilla Nougués, Carlos E. Mejía Escobar, Alvaro Orlando Pérez Pinzón, Nilson Pinilla Pinilla.

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

DEMANDA DE CASACION

Repetidamente la Corte ha sostenido que el recurso extraordinario de casación no constituye instrumento que dé lugar a continuar el debate fáctico y/o jurídico propio de las instancias. Su ejercicio ha de obedecer a precisos presupuestos de procedencia, mediante invocación acertada de alguno de los motivos preestablecidos en la ley de rito, y la demostración de haber sido transgredida la voluntad de la ley por el juzgador contenida en la declaración del fallo de segundo grado, pues el sistema que le da origen se estructura a partir de reconocer que el juicio feneció con su proferimiento y que éste se halla amparado por las presunciones de ser legal y acertado.

De ahí que se estime el trámite y decisión del recurso como un juicio lógico-jurídico de la sentencia de segunda instancia, siendo su presupuesto básico la presentación de una demanda en forma, en la que no pueden tener cabida particulares consideraciones para anteponerlas al criterio del juzgador, pues precisamente con miras a evitar este tipo de desnaturalizaciones, la ley ha dispuesto que el libelo sustentatorio solamente pueda ser presentado por un abogado, de quien se supone versado en cuanto hace a los fines señalados para el instrumento, los principios que lo rigen, la técnica que lo gobierna, el rito que lo comprende, y la forma de ejercitarlo.

Sobre el anterior supuesto, dígase una vez más que cuando se aduce la violación directa de la ley, sea que corresponda a cualquiera de sus sentidos: falta de aplicación, aplicación indebida, o interpretación errónea de determinado precepto, la propuesta ha de hacerse en el plano de estricto raciocinio jurídico, partiendo de aceptar los hechos y la apreciación de los medios de prueba tal como fue declarada en el fallo, pues de entrarse en debates probatorios, la censura pierde autonomía para desviarse al campo de la transgresión indirecta.

Corte Suprema de Justicia. - Sala de Casación Penal. - Santa Fe de Bogotá, D.C., tres de agosto de mil novecientos noventa y nueve.

Aprobado Acta No. 115 Proceso No. 13494

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

Se pronuncia la Corte sobre la admisibilidad formal de la demanda de casación presentada por el apoderado de la parte civil dentro del proceso tramitado contra Víctor Manuel Cárdenas Duarte y Fernando Eliécer Jiménez Subogal.

ANTECEDENTES

1. El once de mayo de mil novecientos ochenta y cinco, el señor Víctor Manuel Cárdenas Duarte, quien dijo actuar a nombre propio y autorizado mediante poder conferido por los herederos del causante Salvador Cárdenas Herrera, cuyo proceso de sucesión se adelantaba ante el Juzgado Dieciocho Civil del Circuito de Bogotá, mediante contrato escrito prometió en venta al señor Luis Alfonso Sarmiento Mora el derecho de dominio, propiedad y posesión "que obtendrá del proceso de sucesión" en su calidad de heredero, de la casa ubicada en la calle 56A número 75A-30 de Bogotá y sobre la cual pesa gravamen hipotecario a favor de Víctor Manuel Bulla Ovalle, cuyo cobro judicial hace trámite ante el Juzgado Trece Civil del Circuito, pactándose como valor del contrato la suma de dos millones cuatrocientos mil pesos, de los cuales dio por recibidos doscientos mil pesos en calidad de arras y un millón ochocientos mil pesos con los que "el prometiente vendedor se obliga a cancelar la deuda hipotecaria", en tanto que el saldo se pagaría el día del otorgamiento de la escritura pública en la Notaría Dieciséis del Círculo de Bogotá a suscribirse "dentro de los treinta días siguientes a la protocolización y registro de la sentencia de partición" en el juicio sucesorio (fls. 4 y ss. cno. 1).

2. El veinte de febrero de mil novecientos ochenta y seis, en similares condiciones a las antes expuestas, el señor Víctor Manuel Cárdenas Duarte prometió en venta a Trinidad García Arevalo y Manuel Antonio Ochoa González, el inmueble ubicado en la calle 56A número 75A 36, también sujeta al proceso sucesorio de Salvador Cárdenas Herrera tramitado ante el Juzgado Dieciocho Civil del Circuito de Bogotá. Se aclaró en el contrato que si bien sobre el citado inmueble pesaba obligación hipotecaria a favor de Víctor Manuel Bulla Ovalle, la deuda ya había sido cancelada subsistiendo solamente el embargo, y que la correspondiente escritura pública sería suscrita ante la Notaría Dieciséis del Círculo de Bogotá "el décimo día hábil siguiente a la fecha de aprobación del remate que se verificará en el Juzgado Trece Civil del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ejecutivo de Víctor Manuel Bulla contra los herederos de Salvador Cárdenas Herrera" (fls. 4 y ss. cno. 2).

3. Los referidos inmuebles fueron entregados a los promitentes compradores, pero ante la circunstancia de no haberse cumplido lo correspondiente a la suscripción de las escrituras públicas, los señores Luis Alfonso Sarmiento Mora y Trinidad García Arévalo, instauraron sendas denuncias independientes que dieron lugar a actuaciones posteriormente unificadas por el Juzgado Ochenta y Cuatro de Instrucción Criminal para su trámite conjunto (fls. 93 cno. 1).

Vinculado mediante indagatoria Víctor Manuel Cárdenas Duarte (fls.34-1 y 75-2), su situación jurídica fue definida por el Juzgado Ochenta y Cuatro de

Instrucción Criminal, absteniéndose de afectarlo con medida de aseguramiento (fls. 84 y ss.), en tanto que Fernando Eliécer Jiménez Sandoval fue declarado persona ausente por la Fiscalía 132 Seccional, a donde pasaron las diligencias por competencia (fl. 274), y definida su situación jurídica con medida de aseguramiento de caución prendaria (fl. 283).

Previa clausura de la investigación por la Fiscalía 96 Seccional de la Unidad Segunda de Fe Pública y Patrimonio Económico (fl. 322), a donde fue reasignado el conocimiento del asunto, el nueve de junio de mil novecientos noventa y cinco calificó el mérito probatorio del sumario con resolución de acusación contra Víctor Manuel Cárdenas Duarte y Fernando Jiménez Sabogal por el concurso homogéneo de delitos de estafa (fls. 327 y ss.-2).

El juicio se rituó ante el Juzgado Sexto Penal del Circuito, autoridad que llevó a cabo la audiencia pública (fls. 426 y ss.-2) y culminó la instancia absolviendo a los procesados de los cargos imputados en el pliego enjuiciatorio (fls. 431 y ss.-2), mediante fallo que el Tribunal Superior confirmó en segundo grado al revisarlo por vía de apelación interpuesta por los apoderados de las partes civiles (fls. 3 y ss. cno. del Tribunal).

Contra la sentencia de segunda instancia el apoderado de la parte civil que representa los sucesores de Luis Alfonso Sarmiento Mora, interpuso oportunamente recurso extraordinario de casación, el cual fue concedido por el *ad quem*, y, dentro del término legal presentó el correspondiente escrito sustentatorio cuya idoneidad formal compete calificar a la Corte.

La Demanda

Con apoyo en la causal primera de casación, por violación directa de la ley sustancial, el actor denuncia falta de aplicación de los artículos 356 y 372.1 del Código Penal.

Dice al respecto que en la definición hecha por el Código del tipo penal de estafa, utiliza las expresiones artificios o engaños, cada una de las cuales reviste alcance diverso, pues mientras el engaño consiste en la mentira con apariencia de verdad, el artificio corresponde a un concepto de habilidad en la presentación de la mentira.

El Tribunal pasó por alto que el punible de estafa se manifiesta precisamente a través de los actos aparentemente revestidos de legalidad. Por lo anterior no puede ser desconocida la conducta del abogado Fernando Eliécer Jiménez Sabogal, quien no solamente tenía conocimientos jurídicos, sino que, además, conocía en concreto los términos en que fue pactada la negociación entre Cárdenas Duarte y Sarmiento Mora, puesto que asesoró a aquél y elaboró los respectivos contratos.

En este caso, sostiene, el engaño no admite discusión alguna, por cuanto a Sarmiento Mora se le hizo creer que el promitente vendedor contaba con la autorización de los demás herederos para comprometer el inmueble, lo cual se desvirtuó con el desenlace del juicio sucesorio en donde debía constar la

calidad de cesionario de Víctor Manuel Cárdenas Duarte de los derechos sobre el bien, sin embargo en el folio de matrícula inmobiliaria que corre a folios 227 del expediente aparecen como adjudicatarios todos los sucesores.

Es así como se halla demostrado, continúa, que una era la condición mostrada por Víctor Manuel Cárdenas Duarte como único y exclusivo titular de derechos sucesorales, "y otra muy distinta la que se demostró en el proceso sucesorio que como ya se ha manifestado se refleja en el folio de matrícula inmobiliaria".

Se pregunta el libelista, "si de buena fe obraban los procesados, como lo afirma el fallador de segunda instancia, porque (sic) entonces los supuestos cedentes aparecen como adjudicatarios, es decir, como si nunca hubiesen cedido sus derechos".

Además, en el contrato suscrito por el procesado se afirma que con las arras recibidas del señor Sarmiento Mora, cancelaría el crédito hipotecario que pesaba sobre el inmueble, sin embargo Fernando Eliécer Jiménez Sabogal terminó siendo el acreedor hipotecario, según lo reconoce "en su declaración vista a folio 93 y su posterior ampliación a folio 145", en la cual se cuida de indicar las circunstancias que rodearon la compra del crédito, o aportar documento alguno que respalde la negociación.

Es más que ingenuo el Tribunal, sostiene, al afirmar que la aparición de Jiménez Sabogal como acreedor hipotecario constituyó simplemente una maniobra para poder cumplir el compromiso adquirido con los promitentes vendedores, pues si hubiese existido la intención de transferir el derecho de dominio, tal como había sido estipulado, el crédito hipotecario se habría cancelado.

Por ello considera que las exculpaciones del abogado Jiménez Sabogal se encuentran lejos de descartar la realización del punible de estafa, como lo sostuvo la Fiscalía al calificar el mérito del sumario algunos de cuyos apartes transcribe.

Es así como Víctor Manuel Cárdenas Duarte y Fernando Eliécer Jiménez Sabogal, "llevaron a motivar un consentimiento positivo, a través de los medios engañosos que saltan de bulto dentro del investigativo y que han quedado explicitados" pues cuando los promitentes compradores dieron su consentimiento contractual, lo hicieron de manera viciada por el engaño que ha puesto de presente.

De esta suerte, prosigue, si a Sarmiento Mora no se le hubiera engañado con los artificios que los sindicados hicieron creíbles, no habría expresado su consentimiento para realizar la transacción propuesta, ni pagado la suma que canceló en ese momento, porque con ese mismo dinero podía adquirir un inmueble semejante "sin los vicios y los riesgos con los que a la postre resultó el bien negociado".

Aún en el evento que para celebrar el contrato Sarmiento Mora hubiese estado acompañado de un abogado como lo afirma el procesado Cárdenas

Duarte, a ese profesional le quedaba muy difícil advertir el engaño de que estaba siendo víctima su asistido, pues el artificio utilizado consistió en la cesión de unos derechos que a la postre revirtieron al proceso sucesorio de Salvador Cárdenas Herrera, y a un crédito hipotecario en vía de ejecución mediante otro proceso judicial, los que revelaron una situación distinta a la contemplada en la promesa.

Entonces, además del engaño de que fue víctima su cliente, no admite discusión que también fueron engañados los funcionarios judiciales que conocieron de los referidos procesos civiles, pues si Jiménez Sabogal logra rematar el bien que respalda el crédito hipotecario del cual afirma ser su titular, los prominentes compradores serían desposeídos de los inmuebles según lo prevé el artículo 531 del C. de P. C.. De ahí, que no resulte acreditada la buena fe con que afirma el Tribunal actuaron los procesados.

Por ello no solo considera legítima la imputación formulada por la Fiscalía, sino que con base en las pruebas allegadas los acusados "han debido ser destinatarios del respectivo reconocimiento de responsabilidad penal, es decir de sentencia condenatoria", pues aunque se llegara a suscribir la correspondiente escritura por el promitente vendedor, no quedaría despenalizada la conducta ejecutada con dolo, el cual se hace patente con los engaños y artificios que utilizaron (fls. 35 y ss. cno. Tribunal).

SE CONSIDERA

Repetidamente la Corte ha sostenido que el recurso extraordinario de casación no constituye instrumento que dé lugar a continuar el debate fáctico y/o jurídico propio de las instancias. Su ejercicio ha de obedecer a precisos presupuestos de procedencia, mediante invocación acertada de alguno de los motivos preestablecidos en la ley de rito, y la demostración de haber sido transgredida la voluntad de la ley por el juzgador contenida en la declaración del fallo de segundo grado, pues el sistema que le da origen se estructura a partir de reconocer que el juicio feneció con su proferimiento y que éste se halla amparado por las presunciones de ser legal y acertado.

De ahí que se estime el trámite y decisión del recurso como un juicio lógico-jurídico de la sentencia de segunda instancia, siendo su presupuesto básico la presentación de una demanda en forma, en la que no pueden tener cabida particulares consideraciones para anteponerlas al criterio del juzgador, pues precisamente con miras a evitar este tipo de desnaturalizaciones, la ley ha dispuesto que el libelo sustentatorio solamente pueda ser presentado por un abogado, de quien se supone versado en cuanto hace a los fines señalados para el instrumento, los principios que lo rigen, la técnica que lo gobierna, el rito que lo comprende, y la forma de ejercitarlo.

Sobre el anterior supuesto, dígase una vez más que cuando se aduce la violación directa de la ley, sea que corresponda a cualquiera de sus sentidos: falta de aplicación, aplicación indebida, o interpretación errónea de determinado precepto, la propuesta ha de hacerse en el plano de estricto raciocinio jurídico,

partiendo de aceptar los hechos y la apreciación de los medios de prueba tal como fue declarada en el fallo, pues de entrarse en debates probatorios, la censura pierde autonomía para desviarse al campo de la transgresión indirecta.

Para el caso, constata la Corte que el actor incumple la carga de indicar clara y precisamente los fundamentos de la causal a que acude, en aras de lograr la invalidación del fallo demandado, pues si bien anuncia soportar la censura en la violación directa de la ley por falta de aplicación de los artículos 356 y 372.1 del Código Penal, en referencia a lo cual era de esperarse que demostrara que el juzgador halló acreditados en el proceso todos los elementos que configuran dichos tipos penales y sin embargo omitió su aplicación en la parte dispositiva del fallo, indebidamente traslada el discurso de demostración al campo de la transgresión indirecta, que tampoco culmina.

No a otra conclusión puede llegarse de la reiterada crítica en la demanda a los medios de prueba allegados al informativo tales como la declaración de Fernando Eliécer Jiménez Sabogal, el folio de matrícula inmobiliaria que según indica corre a folios 227, el contrato de promesa de venta, el dictamen pericial sobre la determinación de los perjuicios y la indagatoria del sindicado Víctor Manuel Cárdenas Duarte que a criterio suyo daría para concluir probada la realización del delito de estafa de que dice haber sido víctima su asistido.

Y aunque en gracia de discusión se asumiera que la propuesta invalidatoria se orientó por la vía de la transgresión indirecta de la ley sustancial, y que la enunciación del cargo obedeció simplemente a un lapsus, de todas maneras del posterior desarrollo no logra desentrañarse si el error fue de hecho por haber incurrido en falsos juicios de existencia, identidad o transgredido las reglas de la sana crítica, o de derecho por falsos juicios de legalidad o convicción respecto de determinado medio.

Lo ofrecido en últimas por la demanda, no es la intencionalidad concreta de demostrar que el fallo transgredió la ley sustancial, juicio para el cual ha sido instituida la casación, sino oponerse a su cumplimiento mediante una exposición particular de cómo debió haberse decidido la causa de cara al alcance persuasivo, que, en su criterio, poseen algunos medios de prueba allegados durante el proceso.

Dado entonces que el actor no cumple los presupuestos de admisibilidad establecidos por el artículo 225 del Código de Procedimiento Penal, la decisión que se impone, en obedecimiento a lo previsto por el artículo 226 *ejusdem*, es rechazar la demanda y declarar desierto el recurso.

Puesto que esta decisión causa ejecutoria con su suscripción, según lo disponen los artículos 197 y 226 del estatuto procesal, se ordenará la devolución inmediata del expediente al Tribunal de origen, previa comunicación a los sujetos procesales.

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

RESUELVE:

RECHAZAR la demanda de casación presentada por el apoderado de la parte civil en el presente asunto, por lo anotado en la motivación de este proveído. En consecuencia SE DECLARA DESIERTO el recurso.

Comuníquese y devuélvase al Tribunal de origen.

Cúmplase.

Jorge Aníbal Gómez Gallego, Fernando E. Arboleda Ripoll , Jorge E. Córdoba Poveda, Carlos Augusto Gálvez Argote, Edgar Lombana Trujillo, Mario Muñtilla Nougués, Carlos E. Mejía Escobar, Alvaro O. Pérez Pinzón, Nilson Pinilla Pinilla.

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

DETENCION DOMICILIARIA/RESTRICCION DOMICILIARIA

La restricción domiciliaria a que alude el procesado y que contempla el artículo 44 del Estatuto Penal, específicamente dentro del Título IV, De la punibilidad, Capítulo I, De las penas, constituye precisamente una de las accesorias sanciones consistente en la obligación que se impone al condenado de permanecer o no residir en un determinado lugar, es decir, que como sanción derivada de la condena, inexorablemente ella es materia sobre la cual, de concurrir los motivos que la hacen viable, debe ocuparse la sentencia.

Siendo esta su naturaleza, es evidente que el memorialista ha confundido la restricción domiciliaria con la detención domiciliaria consagrada en el artículo 396 del Código de Procedimiento Penal (modificado por el artículo 53 de la Ley 81 de 1993), que en todo caso tampoco le resulta aplicable, al serlo solamente en relación con procesados y no para condenados, excepción única hecha por el artículo 369A, literal h (Adicionado por el artículo 44 de la Ley 81 de 1993, a su vez derogado por la Ley 365 de 1997, artículo 26), esto es, en aquellos casos de beneficios por colaboración, dentro de los cuales es dable acumular a éstos la "detención domiciliaria durante el proceso o la ejecución de la condena, en delitos cuya pena mínima legal para el delito más grave, no exceda de ocho (8) años de prisión".

Corte Suprema de Justicia. - Sala de Casación Penal. - Santa Fe de Bogotá, D.C., tres (3) de agosto de mil novecientos noventa y nueve (1999).

Magistrado Ponente: Dr. *Carlos Augusto Gálvez Argote,*

Aprobado Acta No. 115 Proceso No. 12944

Decide la Sala la solicitud de sustitución de medida de aseguramiento elevada por el interno Harold Brayan Gualdría.

CONSIDERACIONES

1. Harold Brayan Gualdría fue condenado por el Tribunal Superior de esta capital mediante sentencia fechada el 18 de septiembre de 1996, a la

pena principal de 45 meses de prisión como responsable del delito de hurto calificado y agravado, encontrándose el proceso actualmente a despacho para resolver el recurso extraordinario de casación interpuesto por su defensor.

2. En estas condiciones y de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 44 del Código Penal, solicita se le conceda "la restricción domiciliaria", esto es "la sustitución de la medida de seguridad acorde al principio constitucional de la favorabilidad", consagrado en el artículo 10 del Código de Procedimiento Penal.

3. La restricción domiciliaria a que alude el procesado y que contempla el artículo 44 del Estatuto Penal, específicamente dentro del Título IV. De la punibilidad, Capítulo I, De las penas, constituye precisamente una de las accesorias sanciones consistente en la obligación que se impone al condenado de permanecer o no residir en un determinado lugar, es decir, que como sanción derivada de la condena, inexorablemente ella es materia sobre la cual, de concurrir los motivos que la hacen viable, debe ocuparse la sentencia.

Siendo esta su naturaleza, es evidente que el memorialista ha confundido la restricción domiciliaria con la detención domiciliaria consagrada en el artículo 396 del Código de Procedimiento Penal (modificado por el artículo 53 de la Ley 81 de 1993), que en todo caso tampoco le resulta aplicable, al serlo solamente en relación con procesados y no para condenados, excepción única hecha por el artículo 369A, literal h (Adicionado por el artículo 44 de la Ley 81 de 1993, a su vez derogado por la Ley 365 de 1997, artículo 26), esto es, en aquellos casos de beneficios por colaboración, dentro de los cuales es dable acumular a éstos la "detención domiciliaria durante el proceso o la ejecución de la condena, en delitos cuya pena mínima legal para el delito más grave, no exceda de ocho (8) años de prisión", todo lo cual es claramente indicativo de que la solicitud elevada debe negarse por improcedente.

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

RESUELVE:

NEGAR por improcedente la solicitud de sustitución de la medida de aseguramiento elevada por el procesado Harold Brayan Gualdrón.

Notifíquese y cúmplase.

Jorge Aníbal Gómez Gallego, Fernando Arboleda Ripoll, Jorge Enrique Córdoba Poveda, Carlos Augusto Gálvez Argote, Edgar Lombana Trujillo, Mario Mantilla Nougués, Carlos E. Mejía Escobar, Alvaro O. Pérez Pinzón, Nilson Pinilla Pinilla.

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

DEMANDA DE CASACION

El juicio contra la sentencia con la cual finaliza el debate de las instancias que se formula en el escrito de la demanda de casación es de carácter jurídico, y como tal debe estar debidamente fundamentado; por ello su enronización está autorizada únicamente al profesional del derecho en el artículo 137 del C. de P. P. que concede al sindicado, para los fines de su defensa los mismos derechos de su defensor. No puede pues, conferir viabilidad al recurso de casación un escrito conformado por afirmaciones insustentas y razonamientos especulativos que parten de un total desarraigo del contenido procesal, porque éste es el supuesto sobre el cual descansa la censura, sea para delatar errores jurídicos en la selección o interpretación de la ley sustancial atinente al caso, o irregularidades procedimentales susceptibles de comportar nulidad procesal en mayor o menor extensión que se pide subsanar a la Corte en su calidad de juez extraordinario.

Trátase pues, de una alegación calificada que debe sujetarse a las exigencias de forma señalada en el artículo 225 del C. de P. P., a riesgo de ser rechazada de plano en caso de desconocer algunas de ellas o todas; tal es el efecto de la desatención a este precepto instrumental a la luz del artículo 226 ibid.

Corte Suprema de Justicia. - Sala de Casación Penal. - Santa Fe de Bogotá, D.C., agosto tres (3) de mil novecientos noventa y nueve (1999).

Magistrado Ponente: Dr. *Mario Mantilla Nougués*

Aprobado Acta No. 115 Proceso No. 15750

En observancia de lo dispuesto en el artículo 226 del C. de P.P., decide la Corte sobre la viabilidad del recurso de casación interpuesto contra la sentencia dictada el 11 de noviembre de 1998 por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Fe de Bogotá, en la cual se condena a Erasmo Alberto Guasca Guasca como autor del delito de estafa.

ANTECEDENTES

1. Por intermedio de la inmobiliaria "Chicó 92" con sede en esta ciudad capital de la República, la señora Paulina Castañeda adquirió en compra un

apartamento situado en la calle 144 No. 53A-50 de la misma ciudad sobre el cual pesaba un gravamen hipotecario por valor de quince millones de pesos que ella debía cancelar, pero no lo hizo porque el Gerente de la firma, Erasmo Guasca Guasca, la convenció de que le prestase el dinero argumentando diversas razones que la beneficiarían. Sin embargo, pasados varios meses el prestatario se negó a pagarle la suma y los intereses pactados, mientras que el gravamen hipotecario seguía vigente.

2. Mediante resolución de acusación fechada el 22 de julio de 1997 el sindicado fue comprometido en juicio por el delito de estafa agravada por la cuantía (fl. 192 y ss. cd. ppl.), y por este mismo hecho punible el Juzgado 13 Penal del Circuito falló condenándolo (fls. 78 y ss. cd.2).

3. Apelada por la defensa esta decisión, el Tribunal Superior del Distrito la confirmó a través de la sentencia que ha sido impugnada extraordinariamente también por la defensa.

Para sustentar el recurso el profesional presentó la demanda cuyo aspecto formal revisa la Corte.

LA DEMANDA

En sentir del actor la sentencia se profirió en juicio viciado de nulidad por desconocimiento de la garantía del debido proceso, por inobservancia del principio de la investigación integral previsto en los artículos 250 y 29 de la C.N. y 333 y 1o. del C. de P.P., lo que determinó la indebida aplicación del artículo 356 del C.P.

En un acápite que titula "Las irregularidades sustanciales" hace referencia al contenido del artículo 334 y de las demás normas previamente citadas y afirma el quebrantamiento de todos esos dispositivos, porque según precisa, "los funcionarios que participaron en la instrucción incumplieron los claros y expresos mandatos ..." al no hacer "ningún esfuerzo" por practicar las pruebas indispensables para descubrir si en verdad se había violado el artículo 356 del C.P.". Tampoco se investigó "ni se profundizó en los motivos" del procesado para cometer el delito. Refiriéndose a éste afirma que "están a la vista de la sociedad y de las autoridades 54 años de vida honesta como esposo, padre y comerciante", "ni se hizo esfuerzo investigativo para determinar las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que se realizó el hecho", y lo único que se encuentra demostrado en este proceso es que aquél recibió un préstamo de la denunciante. Tampoco se investigaron las circunstancias sociales, familiares e individuales atinentes a la personalidad del implicado, "ni sus antecedentes judiciales, de policía, ni sus condiciones de vida, factores demostrativos de su honradez.

Con las precedentes reflexiones estima demostrada la censura y en un acápite que llama "trascendencia de las irregularidades sustanciales y su incidencia", añade que su cliente no tenía "motivos determinantes para estafar a nadie; puesto que del mismo no obtenía provecho económico", e insiste

en que "no se tuvo en cuenta" el haber sido siempre un hombre correcto y trabajador ...".

"Si se hubieran realizado estos esfuerzos investigativos", la sentencia habría sido absolutoria y ni siquiera se hubiera vinculado al implicado "a este injusto proceso, que es de la órbita del derecho civil". En seguida discurre sobre los fines esenciales del Estado social y democrático de derecho y su cumplimiento en el proceso penal. Luego de afirmar la necesidad de imparcialidad del investigador termina formulando la solicitud de nulidad sin señalar en qué extensión afectaría el proceso.

CONSIDERACIÓN DE LA CORTE

El juicio contra la sentencia con la cual finaliza el debate de las instancias que se formula en el escrito de la demanda de casación es de carácter jurídico, y como tal debe estar debidamente fundamentado; por ello su entronización está autorizada únicamente al profesional del derecho en el artículo 137 del C. de P. P. que concede al sindicado, para los fines de su defensa los mismos derechos de su defensor. No puede pues, conferir viabilidad al recurso de casación un escrito conformado por afirmaciones insustentas y razonamientos especulativos que parten de un total desarraigo del contenido procesal, porque éste es el supuesto sobre el cual descansa la censura, sea para delatar errores jurídicos en la selección o interpretación de la ley sustancial atinente al caso, o irregularidades procedimentales susceptibles de comportar nulidad procesal en mayor o menor extensión que se pide subsanar a la Corte en su calidad de juez extraordinario.

Trátase pues, de una alegación calificada que debe sujetarse a las exigencias de forma señalada en el artículo 225 del C. de P. P., a riesgo de ser rechazada de plano en caso de desconocer algunas de ellas o todas: tal es el efecto de la desatención a este precepto instrumental a la luz del artículo 226 ibid.

La demanda que ocupa la atención de la Corte no satisface los requisitos de claridad y precisión en la fundamentación de la causal de casación que aduce exigida por el numeral 3o. del artículo 225 citado, pues su signatario basado en la causal 3a. del artículo 220 del mismo estatuto pregona irregularidades que se abstiene de demostrar, dejando un vacío imposible de ignorar, como es el que tiene que ver con los motivos de nulidad por violación al principio de la investigación integral de que habla, y que pretende colmar con afirmaciones sueltas y críticas inasibles hacia la actividad judicial cumplida en el proceso.

Es así como dice que el ente investigador no hizo esfuerzo alguno por establecer si en verdad su poderdante infringió el artículo 356 del C.P. y que no investigó las circunstancias de todo orden atinentes a la persona del procesado, pero en ningún momento señala cuáles habrían sido las pruebas a practicar para satisfacer esa condición del proceso, cometiendo así una omisión que vierte falta de claridad y de precisión en el discurso, suficiente para impedir a la Corte conocer a plenitud el motivo de la censura.

Además, y como muestra adicional de falta de claridad en la exposición del pensamiento y desconocimiento del principio de no contradicción guardado por el numeral 4o. del artículo 225 cit., asegura que la conducta realizada por el procesado no constituyó delito, sino que corresponde "a la órbita del derecho civil" y considera que debió ser absuelto, con lo cual reconoce implícitamente, que una objeción de esta clase tiene su campo de acción en la causal 1a. de casación -artículo 220 cit. y no en la 3a. a la cual acude en su escrito y que por tanto, no puede proponerse dentro de la argumentación amparada en esta causal.

Abundando en falencias de índole objetiva consigna reiterantes afirmaciones de inocencia de su procurado por falta de motivos para delinquir, aseverando que "no se tuvo en cuenta" que aquél fue un hombre correcto, trabajador y honrado, razonamiento con el cual insinúa el distinguido demandante una falta de apreciación de la prueba, no obstante que renglones atrás había afirmado que no se investigaron sus circunstancias sociales, familiares e individuales, ni sus antecedentes, todo ello demostrativo de su honradez. Estos planteamientos dentro del mismo cargo constituyen una antinomia y por tanto se repelen recíprocamente, pues una cosa es la falta de apreciación por el Juez, de pruebas recaudadas reveladoras de alguna circunstancia, v. gr. la honradez de una persona, lo que justifica denunciar que no se tuvo en cuenta ese acervo probatorio, y otra cosa muy distinta es asegurar que no se practicaron las pruebas demostrativas de esa o de otra circunstancia.

La primera omisión es un error jurídico que siendo trascendente y demostrado puede variar el sentido o el alcance del fallo y debe proponerse al amparo de la causal 1a. cuerpo segundo, del artículo 220 del C. de P.P., mientras que la segunda es un error instrumental que puede acarrear la nulidad parcial del proceso y debe alegarse a través de la causal 3a. de casación. En otras palabras, son vicios que deben alegarse por separado y con sus respectiva fundamentación, pues así lo establece el numeral 4o. del artículo 225 premencionado.

Las precarias condiciones formales de la demanda imponen su rechazo y la declaratoria de deserción del recurso. Se resolverá de conformidad.

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

RESUELVE:

RECHAZAR IN LIMINE la demanda de casación presentada en este proceso y por consiguiente, DECLARAR DESIERTO el recurso extraordinario presentado a nombre de Erasmo Alberto Guasca Guasca, contra la sentencia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Fe de Bogotá, que lo condena como autor del delito de estafa. Esta providencia carece de recursos al tenor de lo dispuesto en los artículos 197 y 226 del C. de P.P.

En firme, devuélvase el expediente a la oficina de origen.

Cóptese y cúmplase.

Jorge Aníbal Gómez Gallego, Fernando E. Arboleda Ripoll, Jorge E. Córdoba Poveda, Carlos Augusto Gálvez Argote, Edgar Lombana Trujillo, Mario Montilla Nougués, Carlos E. Mejía Escobar, Alvaro O. Pérez Pinzón, Nilson Pinilla Pinilla.

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

COLISION DE COMPETENCIA/JUEZ DE EJECUCION DE PENAS

No obstante, la jurisprudencia de la Sala de Casación Penal, ha venido reiterando que no es válido jurídicamente predicar la existencia de verdaderas colisiones de competencia, frente a posturas antagónicas entre funcionarios judiciales, que se presenten a raíz del trámite de algún incidente suscitado dentro de procesos ya culminados con sentencia ejecutoriada.

En estricto sentido, al tenor del artículo 97 del Código de Procedimiento Penal, colisión de competencias puede presentarse exclusivamente en los siguientes casos:

–Cuando dos o más jueces consideren que a cada uno de ellos corresponde adelantar el juzgamiento.

–Cuando los jueces se nieguen a adelantar el juzgamiento por estimar que no es de competencia de ninguno de ellos.

–Cuando, tratándose de delitos conexos, se adelanten varias actuaciones procesales de manera simultánea.

La diferencia de criterios latente entre el juzgado que profirió la sentencia condenatoria y el juzgado de ejecución de penas, no es propiamente una colisión de competencias puesto que tal problema no se adecua en ninguna de la hipótesis que prevé el precepto en cita.

Sin embargo, como la realidad y la naturaleza de las cosas demuestra que ocurren y suelen existir verdaderos conflictos o choques de criterio entre el funcionario que emitió la sentencia y el juez de ejecución de penas, que deben ser definidos por una tercera autoridad judicial ante la renuencia de los dos enfrentados, también la jurisprudencia de la Sala, ha venido explicando que por analogía al principio general, tales conflictos deben ser resueltos por el superior funcional común a los dos jueces en litigio.

Se precisa contestar el interrogante que surge de inmediato: ¿Quién es el superior funcional común al juez que profirió la sentencia y al juez de ejecución de penas?

De igual manera, la Sala ha expresado que el superior funcional de los dos en controversia en este caso es el superior del juez o del Tribunal que hubiere proferido la sentencia de primera instancia, con la misma concatenación lógica que deriva de interpretar armónicamente el artículo 76 del Código de Procedimiento Penal, cuando estipula que:

"La apelación interpuesta contra las decisiones proferidas por los jueces de ejecución de penas y medidas de seguridad, serán resueltas por los superiores jerárquicos de los jueces que hayan dictado la sentencia condenatoria de primera instancia."

Las razones en que se fundan aquellos asertos están contenidos de manera muy didáctica, entre otros, en los autos que a continuación se invoca, destinados a dirimir "colisiones" como la que ahora ocupa a la Corporación:

Auto del 26 de marzo de 1996. Magistrado Ponente Dr. Fernando E. Arboleda Ripoll:

"El Código de Procedimiento Penal no resuelve esta eventualidad, pero este vacío legislativo en manera alguna impide acudir, por vía de analogía, al principio general que rige la materia consistente en que los conflictos de competencias sean resueltos por la autoridad jerárquicamente superior, común a los funcionarios en litigio.

"Esta regla se desprende de lo preceptuado por los artículos 68-5, 70-5 y 72-3 del Código de Procedimiento Penal y la ha aplicado esta Corporación para pronunciarse sobre colisiones surgidas entre Juzgados Regionales al disponer que éstas deben ser resueltas por el Tribunal Nacional y no por la Corte.

"En esa medida, la cabal comprensión del instituto permite afirmar que si el conflicto se llega a presentar en la postrera etapa referida a la ejecución del fallo condenatorio, necesario resulta concluir, en aplicación del mismo parámetro trazado, que éste debe ser resuelto por el superior jerárquico de los jueces enfrentados.

"Ahora bien, el superior de los jueces en litigio, cuando en él se halla involucrado un Juzgado de Ejecución de Penas, no es otro que el superior de aquél que haya emitido el fallo cuya ejecución demanda.

"Para ello baste con recordar que el rango de los Jueces de ejecución de penas y medidas de seguridad, para efectos procesales, es el mismo del juez que ha emitido la sentencia, así se haya dispuesto que ostenten la categoría de Jueces del Circuito, pues, de conformidad con el artículo 76 del Estatuto Procesal Penal las decisiones, que en ejercicio de sus facultades legales emitan, son recurribles ante el superior jerárquico del juez que dictó la sentencia cuya ejecución se demanda; o ante el mismo fun-

cionario que emitió el fallo de condena, si corresponde a proceso de única instancia a tenor del artículo 523 ibidem.

"Lo anterior porque en estricto sentido la competencia que la ley otorga a los Jueces de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad es funcional y no territorial por cuanto está relacionada directamente con el fallo de cuya ejecución se trate y referida exclusivamente al cumplimiento de sentencias condenatorias proferidas por los jueces penales; independientemente del lugar donde éstas hayan sido emitidas, de la categoría del funcionario que las emitió y del Circuito o Distrito en que se hallen radicados.

"Por eso si se llegare a presentar conflicto entre un Juzgado de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad y un Penal Municipal, el competente para dirimirlo es el Juez del Circuito al cual pertenezca el Juez Municipal por ser el superior jerárquico de los dos.

"Igualmente, si la discrepancia de criterios se presenta con un Juez Penal del Circuito, el llamado a dirimirla es el Tribunal del Distrito a que pertenece dicho funcionario.

"Si con un Juez Regional, es el Tribunal Nacional quien debe pronunciarse al respecto.

"Finalmente, si se presenta diferencia entre un Tribunal que profirió el fallo de primera instancia y el Juez de Penas encargado de su ejecución, sólo en esta eventualidad la Corte debe pronunciarse, por cuanto, al asumir el Juez de penas la misma categoría del Tribunal, se trataría de un conflicto entre dos funcionarios de igual rango, y solamente en esta última hipótesis, sería aplicable, por analogía como se ha dejado visto, el artículo 68 numeral 5o. del Código de Procedimiento Penal."

Auto del 26 de marzo de 1996, Magistrado Ponente Dr. Juan Manuel Torres Fresneda:

"Si bien se coteja este precepto (se refiere al artículo 76 del Código de Procedimiento Penal) con los principios que rigen en materia de colisión de competencia bajo la redacción de los artículos 68-5, 70-5 y 72-3 del Código de Procedimiento Penal, valga decir que ya no solo sobre factores territorial, material, foral y de cuantía que regirían con precedencia al fallo definitivo, sino subordinado a los factores funcional y jerárquico, fácil se infiere que para casos como el aquí propuesto a la consideración de esta Sala, ninguna posibilidad asoma para que sea la Corte la que dirima el conflicto.

"En efecto, ya se ha visto que a los juzgados de ejecución de penas se les fijó su sede en el territorio de precisos distritos judiciales, que son los encargados de proveer su nombramiento, pero que su competencia, como era de esperarse, ni se circunscribió a los asuntos del conocimiento de una sola categoría de Despachos, ni exclusivamente a los procesos surgi-

dos de conductas ocurridas en su sede, sino que dentro de un criterio de ubicuidad, se dieron a su conocimiento todos aquellas causas falladas en cualquier parte del territorio nacional, a condición apenas, de que el reo de cuya situación se trate, se halle purgando pena en alguna de las cárceles localizada en el Circuito de su sede.

"Desde este aspecto resulta comprensible que cuando surjan las diferencias para establecer si quien conoce de una determinada causa será el Juzgado que la falló en la primera instancia, o en su defecto un juez de ejecución de penas, las diferencias no están involucrando a jueces de distintos distritos judiciales, sino a dos llamados en principio -con abstracción del factor territorial- para entrar a dirimir conflictos relacionados con la ejecución de la sentencia, pero en el mismo grado sometidos en la revisión de sus decisiones a un mismo y único "superior jerárquico" fijado expresamente por la ley (artículo 76 del Código de Procedimiento Penal), que no es necesariamente la Corte Suprema de Justicia, sino el "de los jueces que hayan dictado la sentencia condenatoria de primera instancia".

Acorde con los anteriores planteamientos la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, se abstendrá de conocer el conflicto negativo sometido a estudio.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. - Santa Fe de Bogotá, D. C., cinco (5) de agosto de mil novecientos noventa y nueve (1999).

Magistrado Ponente: Dr. *Edgar Lombana Trujillo.*

Aprobado Acta No. 116 Proceso No. 15885

La Sala resuelve la "colisión negativa de competencia" por el factor funcional suscitada entre el Juzgado Treinta y Cuatro Penal del Circuito de Santa Fe de Bogotá y el Juzgado Segundo de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Tunja.

SITUACIÓN FÁCTICA

El 9 de abril de 1996, faltando un cuarto para las siete de la noche, cuando la señora Amanda Cortés de Castiblanco, llegaba a su casa, ubicada en la Carrera 55 No. 127B-32 de esta Capital, frente a la puerta pero aún a bordo de su vehículo Chevrolet Sprint, fue asaltada por un hombre, quien le disparó con arma de fuego en tres oportunidades, sobre su cabeza, generándole lesiones de tal naturaleza que perdió la vida de manera inmediata.

Por voces de auxilio de la ciudadanía agentes de la Policía Nacional persiguieron y capturaron al autor del ilícito mientras se alejaba del lugar en actitud de fuga, resultando ser el señor Gustavo Aldana Ramírez, quien portaba el revólver utilizado en el crimen y que tras su detención admitió la autoría del funesto hecho.

ACTUACION PROCESAL

1. Ejecutoriada la resolución por la cual el Fiscal 38 adscrito a la Unidad Tercera de Vida de la Dirección Seccional de Fiscalías de Santa Fe de Bogotá, definió provisionalmente la situación jurídica de Gustavo Aldana Ramírez, afectándolo con medida de aseguramiento, dicho señor manifestó, con el aval de su defensor de confianza, doctor Vicente Vega Pérez, su deseo de acogerse al artículo 37 del Código de Procedimiento Penal, para que en su caso se dictara sentencia anticipada.

2. Sin embargo, la diligencia de formulación y aceptación de cargos se llevó a cabo con un defensor diferente, de oficio y *ad hoc*, puesto que el doctor Vicente Vega Pérez, no acudió a pesar de que fue citado con antelación. (folio 120 cdno. 1)

3. Por reparto el asunto correspondió al Juzgado Treinta y Cuatro Penal del Circuito de Bogotá, despacho que profirió sentencia anticipada el 6 de junio de 1996, condenando al señor Gustavo Aldana Ramírez, a la pena principal de treinta (30) años más cuatro (04) meses de prisión, como autor y responsable del concurso de delitos conformado por homicidio agravado y porte ilegal de armas de fuego de defensa personal. (folio 14 cdno. 2)

4. El fallo fue notificado personalmente al procesado, al Procurador Judicial y al Fiscal 38, en tanto que el defensor de confianza se entendió notificado por edicto, de tal manera que la ejecutoria de la providencia se materializó el 21 de junio de 1996, pues ninguno de los sujetos procesales interpuso el recurso de apelación. (folios 14 y 25 vueltos cdno. 2)

5. Como quiera que el señor Gustavo Aldana Ramírez, fue trasladado de la Cárcel Modelo de Bogotá, a la Penitenciaría Nacional El Barne, con sede en Tunja, hacia ésta ciudad se remitieron las diligencias para que se ejecutara la sentencia. Así, asumió el conocimiento del asunto el Juez Segundo de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Tunja.

6. Con fecha 12 de marzo de 1999, el doctor Vicente Vega Pérez, aún actuando como abogado de confianza de Aldana Ramírez, radicó un memorial ante el Juzgado Segundo de Ejecución de Penas de Tunja, en el que solicita "decretar la nulidad de lo actuado" a partir de la diligencia de formulación y aceptación de cargos "y en consecuencia disponer la libertad inmediata" de su procurado.

Argumenta el apoderado que la Fiscalía violó el derecho de defensa del señor Gustavo Aldana Ramírez, cuando le asignó un defensor de oficio para la sesión preparatoria de sentencia anticipada, puesto que no se le explicaron los alcances y limitaciones que dimanan de una gestión procesal de tanta trascendencia.

7. Advirtiendo que carece de competencia para resolver la petición de nulidad, el Juez Segundo de Ejecución de Penas de Tunja, envió el memorial al Juzgado Treinta y Cuatro Penal del Circuito de Bogotá, por estimar que en él recaía la competencia, y a su vez, éste aceptó el conflicto, trabó la colisión y

remitió las actuaciones a la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, para que fuera dirimida.

ARGUMENTOS EN EL CONFLICTO

1. En auto del 15 de abril de 1999, el Juez Segundo de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Tunja, expresó que "las facultades otorgadas a los jueces de ejecución de penas en el Art. 75 del C.P.P. no alcanzan a llegar hasta que dichos jueces puedan decretar nulidades de actuaciones sucedidas antes de ejecutoriarse la respectiva sentencia condenatoria"

"Nosotros debemos obedecer y acatar las sentencias y vigilar su ejecución (...) y por eso consideramos que esta clase de nulidades debe resolverlas el Juez fallador"

"Vuelve el Juzgado a repetir que nuestra competencia no va hasta el punto de decretar nulidades de sentencias legalmente ejecutoriadas." (folio 71 cdno. 2)

2. Por su parte la señora Juez Treinta y Cuatro Penal del Circuito de Santa Fe de Bogotá, en auto del 14 de mayo de 1999, en réplica al anterior, sostiene que por mandato del artículo 211 del Código de Procedimiento Penal, la sentencia, que por demás ya está ejecutoriada, no puede ser reformada ni revocada por el mismo juez que la dictó, salvo las excepciones contenidas en el mismo precepto.

Por ello y con base en un antecedente de la misma índole en el cual el Tribunal Superior de Santa Fe de Bogotá, "resolvió anular lo actuado desde la providencia emitida por un Juzgado Penal de este Circuito que se pronunció resolviendo una solicitud de nulidad presentada contra una sentencia que él mismo había proferido y ya estaba ejecutoriada", insiste en que el llamado a decidir sobre la pretendida nulidad es el Juez de Ejecución de Penas, por ser quien tiene el conocimiento formal del asunto. (folio 78 cdno. 2)

De este modo, envió los expedientes a la Corte Suprema de Justicia, para que la Sala de Casación Penal dirima de plano el enfrentamiento según lo previsto en los artículos 99 y 68 del Código de Procedimiento Penal y 18 de la Ley 270 de 1996, Estatutaria de la Administración de Justicia.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

1. Corresponde a la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, como lo estipula el numeral 5° del artículo 69 del Código de Procedimiento Penal, dirimir los conflictos de competencia que se susciten entre juzgados de dos o más distritos judiciales, cuando los funcionarios en controversia sustentan en debida forma las razones de su renuencia a resolver el asunto concreto, como lo prevé el artículo 99 *ibidem*.

2. *No obstante, la jurisprudencia de la Sala de Casación Penal, ha venido reiterando que no es válido jurídicamente predicar la existencia de verdade-*

ras colisiones de competencia, frente a posturas antagónicas entre funcionarios judiciales, que se presenten a raíz del trámite de algún incidente suscitado dentro de procesos ya culminados con sentencia ejecutoriada.

En estricto sentido, al tenor del artículo 97 del Código de Procedimiento Penal, colisión de competencias puede presentarse exclusivamente en los siguientes casos:

–Cuando dos o más jueces consideren que a cada uno de ellos corresponde adelantar el juzgamiento.

–Cuando los jueces se nieguen a adelantar el juzgamiento por estimar que no es de competencia de ninguno de ellos.

–Cuando, tratándose de delitos conexos, se adelanten varias actuaciones procesales de manera simultánea.

La diferencia de criterios latente entre el juzgado que profirió la sentencia condenatoria y el juzgado de ejecución de penas, no es propiamente una colisión de competencias puesto que tal problema no se adecua en ninguna de la hipótesis que prevé el precepto en cita.

3. Sin embargo, como la realidad y la naturaleza de las cosas demuestra que ocurren y suelen existir verdaderos conflictos o choques de criterio entre el funcionario que emitió la sentencia y el juez de ejecución de penas, que deben ser definidos por una tercera autoridad judicial ante la renuencia de los dos enfrentados, también la jurisprudencia de la Sala, ha venido explicando que por analogía al principio general, tales conflictos deben ser resueltos por el superior funcional común a los dos jueces en litigio.

Se precisa contestar el interrogante que surge de inmediato: ¿Quién es el superior funcional común al juez que profirió la sentencia y al juez de ejecución de penas?

De igual manera, la Sala ha expresado que el superior funcional de los dos en controversia en este caso es el superior del juez o del Tribunal que hubiere proferido la sentencia de primera instancia, con la misma concatenación lógica que deriva de interpretar armónicamente el artículo 76 del Código de Procedimiento Penal, cuando estipula que:

"La apelación interpuesta contra las decisiones proferidas por los jueces de ejecución de penas y medidas de seguridad, serán resueltas por los superiores jerárquicos de los jueces que hayan dictado la sentencia condenatoria de primera instancia."

Las razones en que se fundan aquellos asertos están contenidos de manera muy didáctica, entre otros, en los autos que a continuación se invoca, destinados a dirimir "colisiones" como la que ahora ocupa a la Corporación:

3.1. Auto del 26 de marzo de 1996. Magistrado Ponente Dr. Fernando E. Arboleda Ripoll:

"El Código de Procedimiento Penal no resuelve esta eventualidad, pero este vacío legislativo en manera alguna impide acudir, por vía de analogía, al principio general que rige la materia consistente en que los conflictos de competencias sean resueltos por la autoridad jerárquicamente superior, común a los funcionarios en litigio.

"Esta regla se desprende de lo preceptuado por los artículos 68-5, 70-5 y 72-3 del Código de Procedimiento Penal y la ha aplicado esta Corporación para pronunciarse sobre colisiones surgidas entre Juzgados Regionales al disponer que éstas deben ser resueltas por el Tribunal Nacional y no por la Corte.

"En esa medida, la cabal comprensión del instituto permite afirmar que si el conflicto se llega a presentar en la postrera etapa referida a la ejecución del fallo condenatorio, necesario resulta concluir, en aplicación del mismo parámetro trazado, que éste debe ser resuelto por el superior jerárquico de los jueces enfrentados.

"Ahora bien, el superior de los jueces en litigio, cuando en él se halla involucrado un Juzgado de Ejecución de Penas, no es otro que el superior de aquel que haya emitido el fallo cuya ejecución demanda.

"Para ello baste con recordar que el rango de los Jueces de ejecución de penas y medidas de seguridad, para efectos procesales, es el mismo del juez que ha emitido la sentencia, así se haya dispuesto que ostentan la categoría de Jueces del Circuito, pues, de conformidad con el artículo 76 del Estatuto Procesal Penal las decisiones, que en ejercicio de sus facultades legales emitan, son recurribles ante el superior jerárquico del juez que dictó la sentencia cuya ejecución se demanda; o ante el mismo funcionario que emitió el fallo de condena, si corresponde a proceso de única instancia a tenor del artículo 523 ibidem.

"Lo anterior porque en estricto sentido la competencia que la ley otorga a los Jueces de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad es funcional y no territorial por cuanto está relacionada directamente con el fallo de cuya ejecución se trate y referida exclusivamente al cumplimiento de sentencias condenatorias proferidas por los jueces penales; independientemente del lugar donde éstas hayan sido emitidas, de la categoría del funcionario que las emitió y del Circuito o Distrito en que se hallen radicados.

"Por eso si se llegare a presentar conflicto entre un Juzgado de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad y un Penal Municipal, el competente para dirimirlo es el Juez del Circuito al cual pertenezca el Juez Municipal por ser el superior jerárquico de los dos.

"Igualmente, si la discrepancia de criterios se presenta con un Juez Penal del Circuito, el llamado a dirimirla es el Tribunal del Distrito a que pertenece dicho funcionario.

"Si con un Juez Regional, es el Tribunal Nacional quien debe pronunciarse al respecto.

"Finalmente, si se presenta diferencia entre un Tribunal que profirió el fallo de primera instancia y el Juez de Penas encargado de su ejecución, solo en esta eventualidad la Corte debe pronunciarse, por cuanto, al asumir el Juez de penas la misma categoría del Tribunal, se trataría de un conflicto entre dos funcionarios de igual rango, y solamente en esta última hipótesis, sería aplicable, por analogía como se ha dejado visto, el artículo 68 numeral 5o. del Código de Procedimiento Penal."

3.2. Auto del 26 de marzo de 1996, Magistrado Ponente Dr. Juan Manuel Torres Fresneda:

"Si bien se coteja este precepto (se refiere al artículo 76 del Código de Procedimiento Penal) con los principios que rigen en materia de colisión de competencia bajo la redacción de los artículos 68-5, 70-5 y 72-3 del Código de Procedimiento Penal, valga decir que ya no solo sobre factores territorial, material, foral y de cuantía que regirían con precedencia al fallo definitivo, sino subordinado a los factores funcional y jerárquico, fácil se infiere que para casos como el aquí propuesto a la consideración de esta Sala, ninguna posibilidad asoma para que sea la Corte la que dirima el conflicto.

"En efecto, ya se ha visto que a los juzgados de ejecución de penas se les fijó su sede en el territorio de precisos distritos judiciales, que son los encargados de proveer su nombramiento, pero que su competencia, como era de esperarse, ni se circunscribió a los asuntos del conocimiento de una sola categoría de Despachos, ni exclusivamente a los procesos surgidos de conductas ocurridas en su sede, sino que dentro de un criterio de ubicuidad, se dieron a su conocimiento todos aquellas causas falladas en cualquier parte del territorio nacional, a condición apenas, de que el reo de cuya situación se trate, se halle purgando pena en alguna de las cárceles localizada en el Circuito de su sede.

"Desde este aspecto resulta comprensible que cuando surjan las diferencias para establecer si quien conoce de una determinada causa será el Juzgado que la falló en la primera instancia, o en su defecto un juez de ejecución de penas, las diferencias no están involucrando a jueces de distintos distritos judiciales, sino a dos llamados en principio -con abstracción del factor territorial- para entrar a dirimir conflictos relacionados con la ejecución de la sentencia, pero en el mismo grado sometidos en la revisión de sus decisiones a un mismo y único "superior jerárquico" fijado expresamente por la ley (artículo 76 del Código de Procedimiento Penal), que no es necesariamente la Corte Suprema de Justicia, sino el "de los jueces que hayan dictado la sentencia condenatoria de primera instancia" "

Acorde con los anteriores planteamientos, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia se abstendrá de conocer el conflicto negativo sometido a estudio.

4. En este orden de ideas, corresponde al Tribunal Superior de Bogotá, arbitrar en este caso concreto, toda vez que dicha Colegiatura es superior funcional del Juzgado Treinta y Cuatro Penal del Circuito de esta Capital, y

por ende se torna necesario remitir a dicha sede los expedientes procurando solución a la pendencia.

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

RESUELVE:

ABSTENERSE de conocer sobre el conflicto negativo planteado y, en consecuencia, enviar los expedientes al Tribunal Superior de Santa Fe de Bogotá, de conformidad con la parte motiva de este auto.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Jorge Aníbal Gómez Gallego, Fernando E. Arboleda Ripoll, Jorge E. Córdoba Poveda, Carlos A. Gálvez Argote, Edgar Lombana Trujillo, Mario Montilla Nougués, Carlos E. Mejía Escobar, Alvaro O. Pérez Pinzón, Nilson Pinilla Pinilla.

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

ACCION CIVIL/DESISTIMIENTO

Esta Sala, en auto de agosto 28 de 1985 (M.P. Dr. Hernando Baquero Borda), dijo:

"De otra parte, y es lo fundamental, la Sala solo tiene competencia en el trámite del recurso extraordinario de casación para resolver lo atinente a la libertad del procesado, según el mandato del artículo 454 del Código de Procedimiento Penal. En relación con otras cuestiones incidentales carece de facultad para decidirlas. Además, es preciso destacar, la parte civil no es recurrente en este caso y su intervención se ciñe a lo descrito en el artículo 578 del Código de Procedimiento Penal, es decir, a formular alegato para oponerse a la demanda presentada por los demás interesados, acusado o Ministerio Público."

Sustancialmente, dicho criterio no ha sufrido en esta sede modificaciones, reiterándose que la competencia de esta Sala se circunscribe, aparte del recurso de casación, a decidir sobre la libertad provisional del procesado, su redención de pena (art. 431 C.P.P. y Ley 65 de 1993) y sobre las causales objetivas de improseguibilidad de la acción (muerte del procesado, prescripción, etc.).

Corte Suprema de Justicia. - Sala de Casación Penal. - Santa Fe de Bogotá D. C., cinco (5) de agosto de mil novecientos noventa y nueve (1999).

Magistrado Ponente: Dr. *Edgar Lombana Trujillo.*

Aprobado Acta No. 116 Proceso No. 15445

Uno de los apoderados de la parte civil desiste de la respectiva acción y solicita el desembargo de los bienes de la procesada Yolanda Castillo Maldonado.

La Sala, pues, resuelve lo pertinente.

ANTECEDENTES

1. El Juzgado Segundo Penal del Circuito de Bucaramanga, mediante sentencia del 6 de noviembre de 1997, condenó a Yolanda Castillo Maldonado y a Carlos Alberto Lizarazo Pinzón, a la pena principal de cuarenta años de pri-

sión como coautores responsables del delito de homicidio cometido en Guillermo Serrano Otero, esposo de aquella, el 18 de enero de 1996, en el restaurante Terranova de Piedecuesta (Santander).

El fallo anterior fue confirmado por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bucaramanga, en decisión del 23 de julio de 1998, y en su contra se interpuso el recurso extraordinario de casación que está haciendo trámite en esta Corte.

Este Despacho, mediante auto de febrero 12 último (fl. 3 cdno. Corte) declaró ajustadas a la normatividad respectiva las demandas de casación presentadas por los defensores de los procesados, dando el traslado de rigor a la Procuraduría Delegada en lo Penal.

2. En el desarrollo del proceso se constituyeron dos partes civiles. Se admitió en esa calidad a Saida Luz Serrano Castillo, hija del hoy occiso Guillermo Serrano Otero, y como su representante al doctor Rodolfo Eduardo Jaimes Castillo. En la misma posición fueron admitidos los hermanos del difunto, quienes son representados por el doctor Miguel Angel Pedraza Jaimes, decisiones tomadas por la Fiscalía en resolución de noviembre 12 de 1996 (fl.295 cdno. Nro.1).

3. El referido apoderado Pedraza Jaimes, coadyuvado por la procesada Yolanda Castillo Maldonado, manifiesta a la Corte que "desisto de la acción civil instaurada en nombre de todos mis poderdantes. En consecuencia, solicito que se cancelen las medidas cautelares de embargo y secuestro que se decretaron sobre los bienes de la procesada" (fl.10 cdno. Corte).

En orden a resolver tal pedimento se solicitó el proceso a la Delegada donde se encontraba para la emisión del concepto respectivo.

Consideraciones de la Corte

1. Esta Sala, en auto de agosto 28 de 1985 (M.P. Dr. Hernando Baquero Bordal, dijo:

"De otra parte, y es lo fundamental, la Sala solo tiene competencia en el trámite del recurso extraordinario de casación para resolver lo atinente a la libertad del procesado, según el mandato del artículo 454 del Código de Procedimiento Penal. En relación con otras cuestiones incidentales carece de facultad para decidirlas. Además, es preciso destacar, la parte civil no es recurrente en este caso y su intervención se ciñe a lo descrito en el artículo 578 del Código de Procedimiento Penal, es decir, a formular alegato para oponerse a la demanda presentada por los demás interesados, acusado o Ministerio Público."

Sustancialmente, dicho criterio no ha sufrido en esta sede modificaciones, reiterándose que la competencia de esta Sala se circunscribe, aparte del recurso de casación, a decidir sobre la libertad provisional del procesado, su redención de pena (art.431 C.P.P. y Ley 65 de 1993) y sobre las causales objetivas de improseguibilidad de la acción (muerte del procesado, prescripción, etc.).

De conformidad con lo anterior debe reiterar la Sala que carece de competencia para resolver el desistimiento en cuestión, por lo cual habrá de abstenerse de pronunciarse sobre la viabilidad del mismo.

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

RESUELVE:

ABSTENERSE de resolver sobre el desistimiento que hace el apoderado de una de las partes civiles, doctor Miguel Pedraza Jaimes, quien representa a los hermanos del occiso Guillermo Serrano Otero.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Jorge Aníbal Gómez Gallego, Fernando E. Arboleda Ripoll, Jorge E. Córdoba Poveda, Carlos A. Gálvez Argote, Edgar Lombana Trujillo, Carlos E. Mejía Escobar, Alvaro Orlando Pérez Pinzón, Nilson Pinilla Pinilla.

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

EXTRADICION-Trámite

Antes de cualquier interpretación exegética de los textos legales, la Corte debe reiterar en esta oportunidad que el trámite de extradición tiene una naturaleza mixta, en el sentido de que es administrativo-jurisdicional y, en todo caso, se cumple bajo el liderazgo y la responsabilidad preeminente del Gobierno Nacional, obviamente con la insoslayable colaboración de la Rama Judicial en cabeza de la Corte Suprema de Justicia, no solo por voluntad legal sino también constitucional, porque la sustanciación y las competencias del instituto son una consecuencia del mandato según el cual a la Rama Ejecutiva le corresponde la dirección de las relaciones internacionales (Const. Pol., art. 189, numeral 2°). De otro lado, ya se sabe que la institución de la extradición se ajusta al desarrollo de tales facultades gubernamentales, pues doctrinariamente se le estima como un acto de asistencia jurídica y solidaridad internacional para la lucha eficaz contra el delito.

En armonía con la establecida naturaleza constitucional y política de la extradición, el ordenamiento jurídico colombiano prevé que la oferta, concesión o negación corresponde y es facultativa del Gobierno, que lo hace al final del trámite por medio de una resolución administrativa, aunque previamente se requiere el concepto de la Corte Suprema de Justicia, que sólo sería vinculante si fuere negativo (arts. 547, 548, 557 y 559).

Así las cosas, el trámite formal sólo se inicia con la admisión del expediente por la Corte, como claramente lo indica el artículo 556 del Código de Procedimiento Penal, pues antes de ello sólo se advierte una fase preliminar de perfeccionamiento del legajo documental y apenas preparatoria de la parte judicial del rito. En esa etapa previa, además de alistar la documentación, el Ministerio de Relaciones Exteriores únicamente configura un requisito de procedibilidad, cuando debe indicar cuál sería la vía y la legislación aplicable al incidente, mientras que el Ministerio de Justicia y el Derecho solamente cumple una función requirente del trámite judicial y del concepto, aunque no de la decisión final que obviamente le concierne al Gobierno (arts. 552 a 555).

Corte Suprema de Justicia. - Sala de Casación Penal. - Santa Fe de Bogotá, D. C., cinco de agosto de mil novecientos noventa y nueve.

Magistrado Ponente: Dr. *Jorge Aníbal Gómez Gallego*

Aprobado Acta No. 116 Proceso No. 15825

El ciudadano colombiano Milton Perlaza Ortiz, requerido en extradición por la embajada de los Estados Unidos de América, constituyó un defensor, quien, después de aceptar el encargo, le solicita a la Corte "hacer devolución al Ministerio de Justicia de toda la actuación adelantada hasta el momento, para que éste, ceñido a las prescripciones del Código de Procedimiento Penal, en su artículo 567 abra campo de inmediato a las prescripciones contenidas en el Código Contencioso Administrativo encausándolas (sic) así en discurrir pacífico y transparente bajo la égida rectora del Debido Proceso".

El peticionario estima que tal devolución se justifica porque se ha quebrantado el derecho de defensa del requerido, ya que tal garantía debió dispensarse desde el momento en que el expediente ingresó al Ministerio de Justicia y el Derecho, conclusión en relación con la cual ofrece los siguientes fundamentos:

1. De acuerdo con el artículo 558 del Código de Procedimiento Penal, el concepto de la Corte en materia de extradición debe limitarse exclusivamente a los temas señalados en dicho precepto, esto es, la validez formal de la documentación, la identidad inequívoca del solicitado, la doble incriminación, la equivalencia de las decisiones en las cuales se sustenta la petición y el cumplimiento de las previsiones de los tratados públicos.

2. De otra parte, el artículo 556 del mismo estatuto indica que, dentro del trámite cumplido por la Corte, sólo pueden practicarse las pruebas "indispensables para emitir concepto", lo cual significa que se refiere únicamente a los medios relacionados con los temas del dictamen esperado de la Corporación, pues las demás serían rechazadas por inconducentes.

3. Conviene el solicitante en que sí se podrían aportar o solicitar pruebas distintas de las señaladas en el acápite anterior, pero no dentro de la etapa judicial del proceso de extradición, sino en el desarrollo del estadio administrativo que formalmente comienza con la solicitud del país requirente, pues la fase no formal se reduce a una orden provisional de captura con fines de extradición.

4. Sólo en dicha fase administrativa se puede debatir lo concerniente al *non bis in ídem*; la prescripción de la acción o de la pena; las condiciones de que trata el artículo 550 del C. de P. P.; la imputación de la detención preventiva en Colombia como parte de la pena; que el solicitado no puede ser sometido a tratos crueles, inhumanos o degradantes; a no ser extraditado a un tercer Estado sin su consentimiento y el del Gobierno colombiano; a la cuantía de la pena y otros temas pertinentes.

5. Las materias indicadas en el apartado precedente son ajenas a la función judicial que cumple la Corte en el trámite de extradición y, además, emitido el concepto, el expediente pasa al Ministerio de Justicia y el Derecho, instan-

cia en la cual no puede debatirse, porque llega a despacho únicamente para adoptar la decisión de fondo, si se tiene en cuenta estricta y debidamente el contenido del artículo 559 del Código de Procedimiento Penal.

6. Por estas potísimas razones, dice el peticionario, el artículo 567 ordena perentoriamente que el sujeto pasivo, desde el inicio del trámite de extradición, "tendrá derecho a designar un defensor y en caso de no hacerlo se le nombrará de oficio". Es tal el celo por el debido proceso, que la administración, ante el silencio del requerido, debe nombrar de oficio el defensor, aun en contra de su voluntad.

7. La razón de la mencionada disposición radica en el artículo 29 de la Constitución Política, precepto según el cual el debido proceso se aplicará no sólo a las actuaciones judiciales sino también a las administrativas. Es por ello que en el proceso administrativo de extradición, "se tiene derecho a la defensa y a la asistencia de un abogado escogido por él o de oficio", lo mismo que a presentar y controvertir las pruebas.

8. Según lo expone el abogado, el expediente debe llegar a la Corte con la provisión de la defensa, que debió hacerse desde el inicio del trámite. No corresponde a la Corte, hoy por hoy, suplir esa obligación gubernamental, como solía ocurrir en vigencia del artículo 667 del anterior Código de Procedimiento Penal (Decreto 050 de 1987), pues, según la parte final de dicho precepto, si al llegar el expediente a la Corte Suprema de Justicia se observaba que la persona no había designado un defensor, se procedía a hacerlo de oficio.

9. El nuevo Código de Procedimiento Penal no autoriza la medida antes indicada, por cuanto el legislador ordena que el expediente, una vez llegue a la Corte, debe ir satisfecho en cuanto al derecho de defensa y el debido proceso.

10. Así entonces, con el fin de que se restablezca el derecho al debido proceso quebrantado, le solicita a la Corte que devuelva el expediente al Ministerio de Justicia y el Derecho, ordenándole a la entidad que cumpla los ritos necesarios, bien para que el solicitado designe un defensor convencional, ora para que la célula administrativa se lo nombre de oficio.

CONSIDERACIÓN DE LA CORTE

Antes de cualquier interpretación exegética de los textos legales, la Corte debe reiterar en esta oportunidad que el trámite de extradición tiene una naturaleza mixta, en el sentido de que es administrativo-jurisdiccional y, en todo caso, se cumple bajo el liderazgo y la responsabilidad preeminente del Gobierno Nacional, obviamente con la insoslayable colaboración de la Rama Judicial en cabeza de la Corte Suprema de Justicia, no sólo por voluntad legal sino también constitucional, porque la sustanciación y las competencias del instituto son una consecuencia del mandato según el cual a la Rama Ejecutiva le corresponde la dirección de las relaciones internacionales (Const. Pol., art. 189, numeral 2º). De otro lado, ya se sabe que la institución de la extradición se ajusta al desarrollo de tales facultades gubernamentales, pues doctrinariamente se le estima como

un acto de asistencia jurídica y solidaridad internacional para la lucha eficaz contra el delito.

En armonía con la establecida naturaleza constitucional y política de la extradición, el ordenamiento jurídico colombiano prevé que la oferta, concesión o negación corresponde y es facultativa del Gobierno, que lo hace al final del trámite por medio de una resolución administrativa, aunque previamente se requiere el concepto de la Corte Suprema de Justicia, que sólo sería vinculante si fuere negativo (arts. 547, 548, 557 y 559).

Así las cosas, el trámite formal sólo se inicia con la admisión del expediente por la Corte, como claramente lo indica el artículo 556 del Código de Procedimiento Penal, pues antes de ello sólo se advierte una fase preliminar de perfeccionamiento del legajo documental y apenas preparatoria de la parte judicial del rito. En esa etapa previa, además de alistar la documentación, el Ministerio de Relaciones Exteriores únicamente configura un requisito de procedibilidad, cuando debe indicar cuál sería la vía y la legislación aplicable al incidente, mientras que el Ministerio de Justicia y el Derecho solamente cumple una función requirente del trámite judicial y del concepto, aunque no de la decisión final que obviamente le concierne al Gobierno (arts. 552 a 555).

Precisamente, por cuanto esas tareas administrativas de alistamiento del expediente, de constitución de un mero requisito de procedibilidad y de requerimiento de la vía judicial no están expuestos a la controversia, pues ésta se cumplirá cabalmente cuando se abra la fase jurisdiccional, no se prevé legalmente para dicha etapa preliminar el espacio probatorio y de contradicción que imagina el defensor del requerido para justificar su postura. Para ver de comprobar este carácter preparatorio de dichos actos, basta revisar el contenido de los artículos 551 al 555 del Código de Procedimiento Penal, en cuyo texto no se incluye la posibilidad de proposición y debate probatorio.

El defensor ha hecho una lectura recortada del artículo 556 del Código de Procedimiento Penal, pues durante el periodo probatorio allí previsto, además el único que contempla la ley para el trámite de extradición, podrán solicitarse todas las pruebas que las partes "consideren necesarias" y se practicarán, no sólo las que a juicio de la Corte sirvan para emitir su concepto sino las que hayan sido solicitadas por los intervinientes, desde luego en ambos casos circunscritas a su relación con los temas señalados en el artículo 558.

No sobra advertir que, una vez emitido el concepto judicial por la Corte, el expediente queda listo para que el Gobierno dicte la resolución que concede o niega la extradición, de conformidad con el artículo 559 del Código de Procedimiento Penal, la cual se expone a los controles administrativos y/o contenciosos que elijan los interesados, momento en el cual podrán reclamar por cualquier abuso relacionado, bien con los temas previstos en el artículo 558, ora con otras materias que ellos estimen pertinentes al ámbito de la extradición.

En razón de esta sistemática procesal, es apenas obvio que el artículo 567 del Código de Procedimiento Penal dispusiera que la defensa debe proveerse

desde la iniciación del trámite de extradición, comienzo que se entiende a partir del recibo del expediente por la Corte, no antes, como lo prevé el artículo 556 del mismo ordenamiento.

El artículo 667 del Decreto 050 de 1987 (anterior Código de Procedimiento Penal), en su letra generaba alguna confusión interpretativa, pues daba la impresión de que el trámite formal de la extradición comenzaba antes del recibo del expediente en la Corte, pero todo cuanto quería significar el precepto es que al requerido, si lo prefería, no le estaba vedado proveerse de un defensor desde el momento en que se ventilaba la petición en el Ministerio de Justicia y del Derecho, oportunidad que hoy sigue vigente, a pesar de la redacción más precisa y técnica del artículo 567.

Si se ha garantizado la defensa técnica a partir de la intervención de la Corte, sería necio devolver el expediente al Ministerio de Justicia y el Derecho, con el fin de que dicha entidad propicie la defensa técnica, pues en tal fase preliminar meramente administrativa no existen actos o decisiones para controlar.

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

RESUELVE:

Denegar la solicitud de devolución del expediente al Ministerio de Justicia y del Derecho. En consecuencia, una vez ejecutoriada esta decisión, se continuará el trámite judicial, conforme con el artículo 556 del C. de P. Penal.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Jorge Aníbal Gómez Gallego, Fernando E. Arboleda Ripoll, Jorge E. Córdoba Poveda, Carlos A. Gálvez Argote, Edgar Lombana Trujillo, Carlos E. Mejía Escobar, Alvaro Orlando Pérez Pinzón, Nilson Pinilla Pinilla.

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

REFORMATIO IN PEJUS/LEGALIDAD DE LA PENA

Como quiera que, en este caso, el procesado fue el único que recurrió en casación, podría pensarse que al agravar la pena accesoria impuesta en las instancias se está desconociendo el principio de la non reformatio in pejus, *consagrado en los artículos 31 de la C.P., y 227 del C. de P. P. la Sala se permite señalar que desde el 29 de julio de 1992, con ponencia del Magistrado doctor Dídimo Páez Velandia, ha venido sosteniendo que el principio constitucional que prohibe reformar en perjuicio del condenado apelante único, o recurrente único en casación, presupone la observancia del también principio constitucional de la legalidad, entendida como ordenadora del Estado de derecho.*

Así, si se ajusta la tasación punitiva a la normatividad aplicable, en acatamiento a la legalidad de la pena, no se está vulnerando la prohibición de la reforma peyorativa.

La legalidad de la pena no sólo es garantía para el procesado sino para el propio Estado, pues el ejercicio del poder punitivo que cumple a su nombre una autoridad judicial ha de desarrollarse en las condiciones prescritas en la ley. Así mismo, es garantía para todo el conglomerado social, pues se afectaría el principio de igualdad y la seguridad jurídica si se aplicaran penas convencionales, arbitrarias, por fuera del texto normativo, no ajustadas al mínimo y al máximo previstos para cada hecho punible.

Corte Suprema de Justicia. - Sala de Casación Penal. - Santa Fe de Bogotá, D.C., cinco (5) de agosto de mil novecientos noventa y nueve (1999).

Magistrado Ponente: Dr. *Jorge Córdoba Poveda.*

Aprobado Acta No. 116 Proceso No. 10791

Procede la Corte a decidir el recurso de casación interpuesto por el defensor del Procesado Jaime Jhon Montilla Sepúlveda contra la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, el 13 de marzo de 1995, en la que al confirmar la del Juzgado 22 Penal del Circuito de la misma ciudad, el 7 de febrero del mismo año, lo condenó a la pena principal de 40

años y 6 meses de prisión, como coautor de los delitos de homicidio agravado y porte ilegal de armas de fuego de defensa personal, en concurso.

Interpuesto el recurso extraordinario de casación por el defensor del procesado y presentada oportunamente la demanda, se declaró ajustada a las exigencias legales. Corrido el respectivo traslado al Ministerio Público, el Procurador Tercero Delegado en lo Penal solicita no casar el fallo impugnado.

HECHOS

Fueron relatados por el Tribunal de la siguiente manera:

"Poco antes de las 6:00 de la tarde del día 15 de julio de 1993, el joven estudiante Carlos Andrés Garcés Flórez fue baleado por parte de cinco individuos cuando acompañado de su abuela Ana Julia Arroyave y de su prima Viviana María Monsalve salía de la residencia de su tía Blanca Eugenia Garcés, habida en esta ciudad en calle 82 No. 43-91, con el fin de conseguir unos palos para hacer una tarea que le habían ordenado en el plantel educativo donde cursaba 4° de bachillerato.

Acto seguido, como los mismos personajes no pudieron penetrar en el inmueble que se detalla en busca de Alexander Monsalve, primo de Carlos Andrés, de inmediato regresaron al sitio donde este último yacía en el piso, rematándolo con las armas de fuego que portaban".

ACTUACIÓN PROCESAL

Practicada la diligencia de levantamiento de cadáver por la Unidad Seccional Permanente de la Fiscalía General de la Nación, se inició la correspondiente investigación.

Oído en indagatoria Jaime Jhon Montilla Sepúlveda, se le resolvió la situación jurídica con medida de aseguramiento de detención preventiva, por los delitos de homicidio agravado y porte ilegal de armas de defensa personal.

Cerrada la investigación, el mérito del sumario se calificó el 11 de agosto de 1994, con resolución de acusación en contra del procesado, por los delitos antes mencionados, la que quedó ejecutoriada el 22 del mismo mes.

La etapa de juzgamiento le correspondió al Juzgado 22 Penal del Circuito de la ciudad de Medellín, el que celebró la diligencia de audiencia pública y dictó sentencia, el 7 de febrero de 1995, en la que condenó al procesado a la pena principal de 40 años y 6 meses de prisión y a la accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas por el término de 6 años y al pago al equivalente en moneda nacional de 4.500 gramos oro, por concepto de perjuicios.

Impugnada la sentencia por el procesado y su defensor, el Tribunal Superior de Medellín la confirmó en su integridad. Contra esta decisión se interpuso el recurso extraordinario de casación que ocupa ahora la atención de la Sala.

La Demanda

Un sólo cargo formula el defensor del procesado, al amparo de la causal primera del artículo 220 del Código de Procedimiento Penal, por violación indirecta de los artículos 323, numeral 7°, y 324 del Código Penal y 1° del Decreto 3664 de 1986 "por virtud de graves y ostensibles errores de hecho en la apreciación de la prueba testimonial".

Asegura que el fallador erró de hecho en la apreciación del testimonio "de la anciana Ana Julia Arroyave Garcés, abuela del occiso", pues le otorgó credibilidad no obstante las imprecisiones y contradicciones que se observan en la versión que dio de los hechos, hasta el punto de no poder concretar la identidad o individualización de los partícipes del homicidio. Además, por mostrar un claro interés en perjudicar y acusar a Montilla Sepúlveda, hasta el punto que en la diligencia de reconocimiento en fila de personas manifestó que: "... le digo que al único que reconozco es a este animal que está encerrado allá" (fol. 115 c. o.).

Así mismo, que dislate de la misma clase cometió el sentenciador al apreciar el testimonio de la menor Viviana María Monsalve Garcés, al no advertir su edad de apenas once años, su relación de dependencia afectiva y sentimental con su abuela, su parentesco con el occiso y las imprecisiones en su contexto, que eran circunstancias más que suficientes para descalificarlo, "conforme a la sana crítica".

Que también se erró de hecho en la apreciación de la prueba de reconocimiento en fila de personas, la que era improcedente, ya que el conocimiento previo que las declarantes tenían del procesado, hacía obvio que lo señalarían como el autor del delito.

Finalmente, que igual desatino se cometió al no estimar el testimonio de la señora María Arminta Calle Londoño, "en cuanto la declarante Ana Julia Arroyave de Garcés y otras personas allegadas al occiso, trataron de comprometer su testimonio para que falseara la verdad y respaldara la farsa montada por ellas contra el procesado Montilla Sepúlveda".

Por todo lo anterior demanda el libelista la absolución del procesado, por lo menos en acatamiento al principio universal y legal del *in dubio pro reo*.

El Criterio del Agente del Ministerio Público

Estima el Procurador Delegado que las críticas efectuadas en el único cargo que efectúa el demandante se encuentran encaminadas a cuestionar la credibilidad de las pruebas que sin lugar a dudas sustentan y sirven de soporte de la sentencia condenatoria.

Es decir, el ataque se sitúa, en criterio del Procurador, en un error de derecho por falso juicio de convicción "pues la queja radica en la apreciación de las pruebas", alegación impertinente en sede de casación, pues dicha estimación no es planteable so pretexto de este extraordinario recurso.

Agrega que para el sentenciador las declaraciones de Ana Julia Arroyave y Viviana Garcés, criticadas por el censor, son idóneas, pues informaron en diferentes oportunidades procesales la ocurrencia de los hechos "en forma clara, precisa y objetiva y siendo las únicas testigos del homicidio, coinciden sus dichos con otras versiones que permiten comprobar circunstancias que rodearon el acontecer, como la información sobre la existencia de las denominadas "bandas", los integrantes de ellas, conocidos por sus sobrenombres al desconocer su real identidad, pero cuyas características físicas permiten individualizar a aquellos criados en el mismo barrio, como es el caso de quien apodan 'el Nato' ".

Que a su vez, el fallador descalificó los testimonios de quienes trataron de ubicar al procesado en lugar diferente al de los hechos, por acomodados y sin ninguna credibilidad.

Agrega que la circunstancia de que Ana Julia no asistiera a ampliar su testimonio a la diligencia de audiencia pública, cuando lo había hecho ya en cuatro oportunidades, no puede ser criterio para desestimarlo.

Por último, entorno a la acusación que efectúa el impugnante contra la diligencia de reconocimiento en fila de personas, advierte que tampoco denuncia error sustancial o procesal, sino que involucra meras aseveraciones y opiniones personales, sin que el conocimiento previo que tenían los declarantes del procesado, sea "presupuesto de legalidad de la diligencia, ni invalida su contenido ni la hace improcedente".

Finalmente, dice el Procurador, tampoco demuestra la incidencia de los pretendidos yerros en el contenido final de la sentencia.

En estas condiciones sugiere que no se case la sentencia materia del recurso.

La Corte Considera

La demanda presentada a nombre de procesado Jaime Jhon Montilla Sepúlveda adolece, como lo conceptúa el Procurador Delegado, de protuberantes yerros técnicos que la llevan a su desestimación.

Se olvida frecuentemente por los impugnantes en casación que ésta no es una tercera instancia, donde en forma libre y caprichosa se puedan hacer toda clase de cuestionamientos a una sentencia, que por ser la culminación de todo un proceso, está amparada por la doble presunción de acierto y legalidad, sino que se está en presencia de un recurso extraordinario y rogado, donde sólo es posible acusar los errores de juicio o de procedimiento cometidos por las instancias, al tenor de los motivos expresa y taxativamente señalados en la ley, demostrarlos e indicar su incidencia en la parte dispositiva de la sentencia.

En el caso que ocupa la atención de la Sala, el libelista ni siquiera acierta en la enunciación del reproche, pues no señala cuál fue el sentido de vulneración de la ley sustancial, esto es, falta de aplicación o aplicación indebida.

Así mismo, aunque acusa la comisión de errores de hecho en la apreciación de varios medios de convicción, no indica su naturaleza, es decir, si de existencia o de identidad, y en el primer caso, si por omisión o suposición, y en el segundo, si por falseamiento de su expresión literal, o por apartamiento de las reglas de la sana crítica, y tampoco los demuestra.

Como reiteradamente se ha sostenido por la jurisprudencia de la Sala, no basta, para la prosperidad de la censura, con afirmar que con respecto a determinado medio de prueba se cometió un desatino, sino que es menester señalar su naturaleza y demostrarlo, así como su trascendencia.

El demandante, ante la imposibilidad de probar las equivocaciones que denuncia, se desvía hacia el error de derecho por falso juicio de convicción, al oponerse a la credibilidad que, de manera razonada y crítica, le otorgó el Tribunal a los testimonios de Ana Julia Arroyave de Garcés y Vivina María Monsalve, desconociendo que tal clase de yerros no tienen cabida cuando se trata de elementos de prueba no sometidos en cuanto a su valoración al método de la tarifa legal sino al de la sana crítica, en el que el juzgador goza de libertad para determinar su mérito, sólo limitada por la ciencia, la lógica y la experiencia y sin que, por ende, la simple disparidad entre el censor y el fallador sobre su fuerza persuasiva configure vicio demandable en casación, prevaleciendo el criterio de éste, por venir la sentencia amparada por la doble presunción de acierto y legalidad.

En cuanto al cuestionamiento que hace el impugnante a los testimonios de Ana Julia Arroyave y Viviana Monsalve, por ser familiares del occiso, el Tribunal le respondió:

"Se equivoca el recurrente al pretender, en la prueba testimonial que ésta para ser considerada en plano de eficacia, tiene que provenir de persona totalmente ajena al occiso, pues ello equivaldría a privar a la averiguación penal de valiosos elementos de prueba, empezando por la propia versión del ofendido, y siguiendo con las de sus familiares, amigos, socios, etc., versiones que nunca ha repudiado la legislación ni la jurisprudencia, con base en este último factor", dijo la Corte Suprema de Justicia en sentencia de octubre 29/93, con ponencia del doctor Gustavo Gómez Velásquez".

A lo que se permite agregar la Sala que tampoco se pueden desestimar por razones de edad, pues "la psicología experimental enseña que la minoría de edad, la vejez o la imbecilidad no impiden que en determinado caso se haya podido ver u oír bien". (casación 10.615, julio 29/99 M.P. Dr. Jorge Aníbal Gómez Gallego).

En lo que concierne a los cuestionamientos que hace a la diligencia de reconocimiento en fila de personas, tampoco evidencia desacierto de ninguna naturaleza y sin que la circunstancia de que las declarantes conocieran al procesado afecte la validez de la misma, como lo conceptuó el Ministerio Público. Además, el casacionista no lo demuestra ni se ve qué incidencia podría tener este pretendido desatino en las conclusiones del fallo.

Finalmente, y en cuanto al alegado error consistente en haberse ignorado el testimonio de la señora María Aminta Calle Londoño, en cuanto aseveró que personas allegadas al occiso trataron de comprometerla para que declarara en contra del procesado, no evidencia su trascendencia, esto es, cómo de no haberse cometido y teniendo en cuenta los elementos de convicción que sustentaron la sentencia, y particularmente los testimonios de Ana Julia Arroyave y Viviana María Monsalve, corroborados por otros medios de prueba, la parte dispositiva del fallo hubiera sido distinta y favorable al procesado.

En consecuencia, el demandante no demuestra que se haya cometido ninguna equivocación por parte del sentenciador, sino que lo pretendido fue oponer sus conclusiones a las de aquel sobre el mérito de las pruebas, motivo por el cual el cargo se rechazará.

Casación Oficiosa

Según los artículos 52 y 44 del Código Penal, la pena de prisión implica la accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas, por un período igual al de la pena principal, pero sin que pueda exceder de 10 años.

En la sentencia la pena principal se tasó en 40 años y 6 meses de prisión y la accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas en 6 años, con lo que se quebrantaron los citados preceptos y se vulneró el principio de la legalidad de la sanción, que es garantía fundamental en un Estado social y democrático de derecho, por lo cual, de conformidad con los artículos 228 y 229.1 del Código de Procedimiento Penal, se casará parcialmente y de manera oficiosa el fallo, para corregir tal equivocación y fijar la pena accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas en 10 años, que es la legal.

Ahora bien, *como quiera que, en este caso, el procesado fue el único que recurrió en casación, podría pensarse que al agravar la pena accesoria impuesta en las instancias se está desconociendo el principio de la* non reformatio in pejus, *consagrado en el artículo 31 de la C. P., y 227 del C. de P. P. la Sala se permite señalar que desde el 29 de julio de 1992, con ponencia del Magistrado doctor Didimo Páez Velandia, ha venido sosteniendo que el principio constitucional que prohíbe reformar en perjuicio del condenado apelante único, o recurrente único en casación, presupone la observancia del también principio constitucional de la legalidad, entendida como ordenadora del Estado de derecho.*

Así, si se ajusta la tasación punitiva a la normatividad aplicable, en acatamiento a la legalidad de la pena, no se está vulnerando la prohibición de la reforma peyorativa.

La legalidad de la pena no sólo es garantía para el procesado sino para el propio Estado, pues el ejercicio del poder punitivo que cumple a su nombre una autoridad judicial ha de desarrollarse en las condiciones prescritas en la ley. Así mismo, es garantía para todo el conglomerado social, pues se afectaría el principio de igualdad y la seguridad jurídica si se aplicaran penas convencional-

les, arbitrarias, por fuera del texto normativo, no ajustadas al mínimo y al máximo previstos para cada hecho punible.

HA DICHO LA SALA

"...de lo que aquí se trata no es de incrementar la pena sobre factores ajenos al texto base normativo, sino precisamente de imponer la que el legislador previó como mínima para el caso juzgado.

"... La imposición de la única pena válida prevista por el legislador para un determinado delito jamás podría entenderse contraria al artículo 31 constitucional, sino precisamente con éste coherente, pues integrado este precepto con los artículos 29 y 230 de la Carta Política, con el primero se entenderá que en un Estado de derecho no es posible aplicar sino la ley penal previa al momento de la comisión del hecho, bajo la condición de ser favorable al procesado, no aquella que invente o modifique el juez a su talante, porque en el último de los preceptos que se evoca existe un presupuesto inmodificable, y es el del sometimiento del funcionario al exclusivo imperio de la ley. (casación 9236. Agosto 6/97. M.P. Dr.Juán Manuel Torres Fresneda).

EN OTRA OCASIÓN EXPRESÓ

"El criterio de la Sala es que la prohibición de agravar la sanción parte de la consideración de que la pena impuesta haya respetado el mínimo y el máximo previsto en la ley, y no aquella que por ignorancia o arbitrariedad judicial desconoce esos parámetros, ya que en esa condiciones no podría ser objeto de protección, pues la garantía constitucional no puede ser entendida de manera absoluta, esto es, aun a costa de la propia Constitución. Tampoco puede entenderse que la posibilidad de hacer respetar una garantía fundamental, como lo es el principio de legalidad, quede exclusivamente en manos de los sujetos procesales, obligando al juez que conoce de una apelación a confirmar una sentencia inconstitucional, so pretexto de que no puede agravar la pena al condenado cuando éste es apelante único, como si este principio fuera superior al inicialmente mencionado y como si no existiese el mandato que 'los jueces en sus providencias sólo están sometidos al imperio de la ley'".(casación agosto 31/91. M. P. Dr. Ricardo Calvete Rangel").

En consecuencia, el principio de la *non reformatio in pejus* no puede aplicarse soslayando el de legalidad, sino armónicamente con él, en forma que si la pena impuesta se ajusta a la prevista en la ley, el superior no la podrá agravar.

Por lo anterior, si bien es cierto que el artículo 31 de la Carta impone un límite al poder punitivo del Estado, cuando el condenado es apelante único, o

---

* (Véase, también, entre otras, Casación 9734 enero/98 M.P. Dr. Carlos E. Mejía Escobar, 28 de octubre/97. M. P. Dr. Carlos E. Mejía Escobar; junio 25/98. M.P. Dr. Fernando E. Arboleda Ripoll; 9764. marzo/97. M.P. Dr. Jorge Aníbal Gómez Gallego).

recurrente único en casación, no es absoluto, sino que está ponderado por la institución de la consulta y la legalidad de la sanción.

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

RESUELVE:

1. Desestimar la demanda.

2. Casar parcialmente y de manera oficiosa el fallo, para fijar en 10 años la pena accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas impuesta a Jaime Jhon Montila Sepúlveda.

3. En lo demás la sentencia queda sin modificación.

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

Jorge Aníbal Gómez Gallego, Fernando Arboleda Ripoll, Jorge Enrique Córdoba Poveda, Carlos Augusto Gálvez Argote, Edgar Lombana Trujillo, Mario Mantilla Nougués, Carlos E. Mejía Escobar, Alvaro Orlando Pérez Pinzón, [Salvamento Parcial de Voto]; *Nilson E. Pinilla Pinilla*.

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

SALVAMENTO PARCIAL DE VOTO
(Casación 10.791)

Señores Magistrados:

En el asunto de la referencia he salvado parcialmente el voto, en relación con el aumento oficioso que hace la Sala de la pena accesoria de interdicción del ejercicio de derechos y funciones públicas, por las siguientes razones:

1. El artículo 31-2 de la Constitución Política establece la prohibición de la *reformatio in pejus*, como uno de los derechos fundamentales, reconocido a título de principio. Expresamente dice: "El superior no podrá agravar la pena impuesta cuando el condenado sea apelante único".

El C. de P. P. en una de sus normas rectoras, el artículo 17, dispone: "El superior no podrá agravar la pena impuesta cuando el condenado sea apelante único".

En materia de casación, el artículo 227 del C. de P. P., adhiere al importante principio y acude a la rúbrica o rótulo de principio de no agravación, que define así: "Cuando se trate de sentencia condenatoria no se podrá agravar la pena impuesta, salvo que el fiscal, el ministerio público o la parte civil, cuando tuvieren interés, la hubiera recurrido".

Es claro, entonces, que la prohibición de la *reformatio in pejus* cuando el condenado es recurrente único con miras al debate en segunda instancia o en sede de casación, es derecho -principio fundamental- constitucional, norma superior legal que rige el procedimiento y regla que reitera el principio-derecho constitucional. Desde este punto, por donde o desde donde sea vista, la prohibición limita cualquier actuación en su contra.

2. Es cierto que la Corte Suprema de Justicia debe velar por la legalidad, por las garantías, por los derechos, etc. Pero también lo es que no todo se puede corresponder a Ella, pues igualmente la fiscalía y el ministerio público, por ejemplo, poseen vocación para buscar otra instancia, otra sede. Sin embargo, en este proceso no mostraron interés para, por ejemplo, velar por todo y acudir a la casación. Y si, según se dice, compete sobre todo al ministerio público luchar por la sociedad y por el estado, es claro que si se hallaba inconforme con la sentencia debería haber recurrido. No obstante, el único

interesado en llegar a la Corte fue el condenado. Y, naturalmente, a ese interés se debe ceñir la honorable Sala, sin que le sea viable, de oficio, suplir deficiencias por omisiones de otras entidades. Por ello el artículo 228 del C. de P. P. prevé la limitación del recurso en principio, a las causales expresamente alegadas por el recurrente, salvo cuando se trata de un juicio nulo o de sentencia que ostensiblemente atente contra garantías fundamentales. Dicho en pocas palabras, si las otras partes no recurren en casación es porque no se muestran interesadas en variar la sentencia con la cual, como es obvio, con mucho o poco cuidado, se hallan enteramente de acuerdo.

3. De lo anterior resulta nítido que por la vía de la oficiosidad señalada en la regla número 228 del C. de P. P. no es posible contrariar el principio, norma rectora o regla constitucional fijada en los artículos 31 de la Carta y 17 y 227 del C. de P. P. Si de eventual pugna entre principios y reglas se trata, no hay duda de la supremacía de aquellos, como que son adhesión a axiomas, principios generales y enunciados indiscutible a los cuales, sin disputa, se deben acomodar las reglas. Parece indiscutible, entonces, que a través de la parte final de la regla señalada en el artículo 228 del C. de P. P. no se puede sobrepasar, y desconocer, el principio derecho fundamental constitucional recogido por el artículo 31-2 de la Carta Política. Y, menos, si se trata de la situación del procesado. No es pensable que una regla legal pueda superar un principio-derecho fundamental-constitucional. La conclusión también es obvia: tratándose de casación provocada por el condenado como recurrente único, no es permisible la casación oficiosa en pro de garantías, excepto, claro está, que se trate de garantías del procesado.

4. El principio constitucional con rango de derecho fundamental conocido como prohibición de la *reformatio in pejus* (artículo 31-2), no permite excepciones, como se desprende de su simple literalidad. Y si no las permite, porque ni las expresa ni las insinúa, se revitaliza la máxima antiquísima: *Ubi lex non distingult. nec nos distinguere debemus:* cuando la ley no distingue, tampoco debemos distinguir.

5. La Sala mayoritaria da preferencia al principio de legalidad cuando lo parangona con el de la prohibición de la *reformatio in pejus*. El pensamiento del suscrito es que los principios constitucionales no se encuentran jerarquizados ni se repelen por opuestos o antagónicos, por esto:

5.1. Al contrario de lo que se acaba de exponer al inicio del párrafo anterior, los principios se pueden complementar y obustecer, vgr., como ocurre con presunción de inocencia, defensa, cosa juzgada, debido proceso concreto etc., que se auxilian y, entre todos ellos, y otros, conforman el amplio principio conocido como debido proceso.

5.2. Salvo muy contadas hipótesis, una característica general de los principios es que admiten excepciones. Así se dice de la cosa juzgada, del *non bis in idem*, de la defensa letrada, del proceso público, etc. Bien puede afirmarse, entonces, que una excepción a la legalidad como principio es la prohibición de la *reformatio in pejus*, excepción tan alta que ha recibido la categoría de

derecho y principio constitucional. Esto no es extraño a nuestra normatividad pues, por ejemplo, el principio de favorabilidad -retroactividad, ley intermedia, *lex tertia*- es una excepción al principio de legalidad en su forma de ley preexistente e irretroactiva.

6. Si se admite que oficiosamente es posible casar para modificar en peor la cantidad de una pena accesoria con el fin de volver el proceso a su estricta legalidad, practicamente comienza a desmoronarse el principio-derecho-fundamental-constitucional de prohibición de la *reformatio in pejus*, por cuanto, para ser consistente, sería imprescindible casar y adicionar cada vez que, por ejemplo, en las instancias se olvidara agravar la pena específica o genéricamente, vrg. cuando se determinara que como consecuencia del asalto sexual hubiera embarazo de la víctima o contaminación venerea, o cuando se impusiera el mínimo para un hurto agravado mientras el expediente señalara inequívocamente que el apoderamiento se había producido de noche. Aquí también habría ruptura del principio basilar de legalidad y así sucedería en hipótesis similares.

En síntesis, por ningún motivo se puede empeorar la situación del procesado cuando éste, exclusivamente éste, recurre en apelación o en casación.

De los señores Magistrados

Seguro servidor

Alvaro Orlando Pérez Pinzón.

CASACION DISCRECIONAL

La Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia en varios pronunciamientos ha señalado los requisitos formales que exige la ley para la admisión del recurso de casación discrecional. Tales son:

1. Que se trate de un fallo de segunda instancia, el cual si fue proferido por el Tribunal debe ser por delito que tenga pena privativa de la libertad inferior a 6 años: o no privativa de la libertad; y si lo fue por el Circuito, basta esa circunstancia, sin que sea necesario ningún otro requisito, es decir, no importa ni el quantum punitivo ni la clase de pena.

2. Que se interponga por escrito dentro de los 15 días siguientes a la última notificación de la sentencia de segunda instancia (art.223 del C. de P.P.).

3. Que exista legitimación para recurrir, esto es, que sólo puede ser interpuesto por el procesado, su defensor, y el Procurador o su Delegado (art.218. Ibidem, subrogado por la Ley 81 de 1993, art. 35).

4. Que se sustente en debida forma, a saber: que se precisen los motivos para que se acepte, que no pueden ser otros que el desarrollo de la jurisprudencia, bien sea para determinar el alcance interpretativo de alguna disposición, o aclarar algún aspecto que jurisprudencialmente no ha sido suficientemente desarrollado; o las razones para considerar que se han vulnerado los derechos fundamentales (art.218 inciso 3° del C.P.P.).

Corte Suprema de Justicia. - Sala de Casación Penal. - Santa Fe de Bogotá, D.C., cinco (5) de agosto de mil novecientos noventa y nueve (1999).

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

Aprobado Acta No. 116 Proceso No. 15903

Decide la Corte sobre la admisibilidad del recurso de casación que por vía de excepción interpusiera en tiempo oportuno el señor Procurador 316 Judicial II en lo Penal, en contra de la sentencia proferida por el Tribunal Superior Militar, mediante la cual condenó a Oscar Antonio Oviedo Díaz por el delito de deserción.

ANTECEDENTES

1. El Juzgado de Primera Instancia adscrito al Comando del Batallón de Infantería No. 7 José Hilario López de Popayán, mediante sentencia del 12 de enero de 1999, condenó al citado procesado a la pena principal de 7 meses de arresto, como autor del delito de deserción.

En razón al grado jurisdiccional de la consulta, el Tribunal Superior Militar, al conocer de la sentencia, la confirmó en lo fundamental, el 6 de abril siguiente, pero la adicionó en el sentido de que el procesado no es merecedor a la condena de ejecución condicional por expresa prohibición legal.

LA SUSTENTACIÓN DEL RECURSO

El Procurador 316 Judicial II en lo Penal, solicita a la Corte que conceda el recurso discrecional de casación contra la sentencia proferida por el Tribunal Superior Militar, toda vez que considera que los derechos fundamentales del procesado le fueron "maltratados", en especial el de la libertad y el debido proceso, "y una vez restablecidos sirvan desarrollar y unificar la jurisprudencia con respecto a la tasación de la pena por cualquier delito, y no se siga imponiendo más de la pena mínima sin estar demostrada ninguna causal de agravación punitiva específica ni genérica".

Asegura que tres de las Salas que integran el Tribunal Superior Militar estiman que quien esté incorporado al servicio militar "eluce su obligación de manera prolongada en el tiempo: seis (6) meses, aproximadamente, o cuasi definitivamente: se hace acreedor a que se le aumente la pena: por hacer más nocivas las consecuencias del hecho punible, al estructurar la circunstancia de agravación punitiva genérica contemplada en el numeral 11 del artículo 60 del Código Penal Militar. Lo cual conduce a que se aplique, aunque no lo digan, el artículo 61 *ibídem* (subrayas nuestras)".

En el capítulo que denominó "EL ALFA Y OMEGA DEL TIPO", dice que el principio y el fin del delito de deserción consiste en retirarse violentamente de las filas de la fuerza pública, el cual se perfecciona con "alejarse" del lugar donde "prestare su servicio militar", por el término de 5 días.

De igual manera asevera que, al tenor del artículo 117 del Código Penal Militar, a la persona que se reintegre dentro de los 8 días siguientes a la consumación del delito, el Estado le otorga una "gratificación" como es la rebaja penológica.

En otro acápite que llamó 'CONOCIMIENTO DEL ATRASO EN SU REINTEGRO", afirma que la pena impuesta por encima del mínimo tiene como génesis la mora judicial, pues es esa la manera como los "operadores judiciales castigan con aumento de pena en un (1) mes o más adicionales al mínimo infractor; cuando los sancionados han debido ser sus jueces, por mora flagrante y posiblemente reiterada en su actuación judicial".

Por lo anterior, advierte que esa no es la forma de tasar la pena impuesta, pues al realizarse la deserción se agota el tipo, "y no produce otra consecuencia nociva. Es: un (1) soldado menos y pare de contar".

Posteriormente agrega que la agravante impuesta requiere de apreciación y que, por tal motivo, se debe demostrar "que con el mantenimiento de su evasión se han hecho más nocivas las consecuencias de su acto. Lo cual no es cierto".

Después reitera que en el proceso no está probado en qué consistió hacer más nocivas las consecuencias de su acto.

En la parte final de su escrito que intituló "CONSECUENCIAS DE LA PETICION", dice que así se le garantiza al procesado el derecho fundamental de la libertad y se "recupera el debido proceso, al no existir bases fácticas para aseverar que se da tal circunstancia, lo cual produce una violación directa de la ley".

Así mismo, "al prosperar esta solicitud", se logrará unificar la jurisprudencia en el sentido que las agravantes genéricas y específicas "y el mismo tipo deben estar demostrados procesalmente".

Consideración de la Corte

La Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia en varios pronunciamientos ha señalado los requisitos formales que exige la ley para la admisión del recurso de casación discrecional. Tales son:

1. Que se trate de un fallo de segunda instancia, el cual si fue proferido por el Tribunal debe ser por delito que tenga pena privativa de la libertad inferior a 6 años: o no privativa de la libertad; y si lo fue por el Circuito, basta esa circunstancia, sin que sea necesario ningún otro requisito, es decir, no importa ni el quantum punitivo ni la clase de pena.

2. Que se interponga por escrito dentro de los 15 días siguientes a la última notificación de la sentencia de segunda instancia (art.223 del C. de P.P.).

3. Que exista legitimación para recurrir, esto es, que sólo pueda ser interpuesto por el procesado, su defensor, y el Procurador o su Delegado (art.218, ibidem, subrogado por la Ley 81 de 1993, art. 35).

4. Que se sustente en debida forma, a saber, que se precisen los motivos para que se acepte, que no pueden ser otros que el desarrollo de la jurisprudencia, bien sea para determinar el alcance interpretativo de alguna disposición, o aclarar algún aspecto que jurisprudencialmente no ha sido suficientemente desarrollado: o las razones para considerar que se han vulnerado los derechos fundamentales (art.218 inciso 3° del C.P.P.).

Así las cosas, el escrito por medio del cual se solicita la admisión del recurso excepcional de casación, se habrá de construir con base en los anteriores postulados, pues de lo contrario, su rechazo se impone.

Teniendo en cuenta lo anterior, podría pensarse, en principio, que el escrito presentado por el señor Procurador 316 Judicial II en lo Penal se ajusta a ellos, por cuanto que se advierte que el recurso excepcional es contra una decisión de segunda instancia, por delito que tiene pena privativa de la libertad inferior a 6 años, impetrado por un sujeto procesal que tiene legitimidad para ello y sustentado con base en la protección de los derechos fundamentales a la libertad y al debido proceso y el desarrollo de la jurisprudencia.

Sin embargo, en lo que atañe a la sustentación debe decirse que fue deficiente, en razón a que señala los dos motivos, sin los debidos razonamientos, para impetrar la concesión del recurso discrecional de casación, desconociéndose así su verdadera inconformidad.

En efecto, respecto a la protección de los derechos fundamentales de la libertad y el debido proceso que advierte como transgredidos, su argumentación se quedó en un simple enunciado, al no señalar las razones por las cuales considera que fueron desconocidos y su incidencia en el fallo.

Respecto al segundo punto de la sustentación, es decir, el desarrollo jurisprudencial, además de ir sujeto a la prosperidad del anterior, no indicó si lo pretendido era fijar el alcance interpretativo de alguna disposición, o la unificación de posiciones disímiles de la Corte, o el pronunciamiento sobre un punto concreto que jurisprudencialmente no ha sido suficientemente desarrollado, o la actualización de la doctrina, al tenor de las nuevas realidades fácticas y jurídicas; y, además, la incidencia favorable de la pretensión doctrinaria frente al caso y la ayuda que prestaría a la actividad judicial, por trazar derroteros de interpretación con criterio de autoridad.

Es evidente que las explicaciones dadas en su escrito las centró en exponer, desde su personal óptica, el alcance del punible de deserción, a criticar la morosidad en el diligenciamiento y a informar que cualquier agravante imputada debe estar cabalmente acreditada en el proceso, mezclando, de manera confusa, diferentes hipótesis, sin que pueda saberse qué es lo realmente pretendido, razón por la cual no se concederá la impugnación extraordinaria solicitada.

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

RESUELVE:

NO CONCEDER el recurso de casación discrecional interpuesto por el Procurador 316 Judicial II en lo Penal.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Jorge Aníbal Gómez Gallego, Fernando Arboleda Ripoll, (Salvamento de Voto); *Jorge E. Córdoba Poveda, Carlos Augusto Gálvez Argote, Edgar Lombana Trujillo, Mario Mantilla Nougués, Carlos E. Mejía Escobar, Alvaro Orlando Pérez Pinzón, Nilson E. Pinilla Pinilla.*

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

SALVAMENTO DE VOTO

Por estar convencido que en el presente asunto la Corte ha debido conceder, en ejercicio de su discrecionalidad, el recurso de casación que de ella solicitó el Procurador 316 Judicial II en lo Penal, me veo precisado a salvar el voto.

He sido de la creencia que en razón de los propósitos político-institucionales de preservar las garantías y derechos básicos y servir a la conformación y desarrollo de la jurisprudencia, por los cuales fuera introducida la casación excepcional en el Código de 1991, el examen de los motivos por los que se pide a la Corte acceda discrecionalmente a su concesión, debe atemperarse en el rigor con que habitualmente corresponde establecer la procedencia de la casación común. Y más, si como acontece en este caso, quien invoca el instituto es un legitimado institucional, el Ministerio Público, de quien se espera actúe en representación del interés público de defensa del orden jurídico y/o de las garantías y derechos fundamentales.

Es verdad que como se pone de presente en la decisión de la que nos apartamos, la solicitud del impugnante a la Corte para que conceda el recurso no corresponde a ningún dechado de claridad y coherencia, pero ello en forma alguna puede dar lugar a sostener que resulta imposible establecer cuál es el sentido de la solicitud; en qué se apoya; o, que carezca de suficiencia para tener por acreditado el mínimo presupuesto de sustentación, en los términos establecidos por la propia jurisprudencia de la Sala.

En razón a la garantía que en apariencia resultaría comprometida en el planteamiento, muy importante habría sido que la Corte se pronunciara sobre la concurrencia de la circunstancia de agravación consistente en hacer más nocivas las consecuencias del delito en casos de deserción, sobre la base de dejar de reintegrarse a las filas después del límite temporal que para ello establece el respectivo tipo, cuando la realización de éste, como lo hace ver el impugnante, consiste precisamente en ausentarse del lugar de prestación del servicio más allá de cinco días; y aún más, cuando, según dice, entorno al punto las distintas Salas de Decisión del Tribunal Militar, mantienen criterios dispares.

Estos dos aspectos nos parece de suyo suficientes para que el recurso hubiera sido concedido. Frente a ello, los reproches al impugnante en el sen-

tido de no haber dado cumplimiento a la carga de indicar si lo pretendido era fijar el alcance interpretativo de alguna disposición, unificar posiciones disímiles de la Corte, actualizar la doctrina, etc., habiéndose sentado por él que lo pretendido era la preservación de garantías y la elaboración de un criterio jurisprudencial que guíe la función de administrar justicia en el sector castrense, se nos ocurren exagerados. Adicionalmente, y aunque no fue tema de proposición por el impugnante, ni de pronunciamiento por la Corte, muy pertinente nos parece habría sido el examen de este tipo de procedimientos, donde entre otras cosas apreciamos que los defensores solicitan la condena de sus defendidos (fl. 45).

Estas las razones de mi respetuosa discrepancia.

Fernando E. Arboleda Ripoll

Fecha *ut supra*.

CASACION DISCRECIONAL

La razón por la cual se acude a este recurso excepcional, mas como dijo esta Sala en auto de mayo 5 de 1.994 (M.P. Dr. Guillermo Duque Ruiz):

"Al respecto reiteró esta Sala en auto de 13 de diciembre último: 'en el fondo, al censor le corresponde efectuar dos sustentaciones, siendo la primera de ellas la orientada exclusivamente a establecer la necesidad de que la Corte admita el recurso por la vía excepcional, pues se parte de la base de que el recurso no es en principio procedente, bien porque no se cumple con el requisito de la pena o porque la sentencia de segunda instancia no ha sido dictada por un Tribunal'. La segunda sustentación -agrega ahora la Sala- la hace el actor en la demanda".

Corte Suprema de Justicia. - Sala de Casación Penal. - Santa Fe de Bogotá D.C., cinco (5) de agosto de mil novecientos noventa y nueve (1999).

Magistrado ponente: Dr. *Edgar Lombana Trujillo*

Aprobado Acta No.116 Proceso No. 15900

Se pronuncia la Sala sobre la procedencia del recurso de casación discrecional interpuesto por el defensor del sargento viceprimero del Ejército Nacional Jorge Eliécer Gómez contra la sentencia de marzo 5 último, mediante la cual el Tribunal Superior Militar condenó a dicho procesado a 18 meses de prisión por el delito de desobediencia.

CONSIDERACIÓN DE LA CORTE

1. - Como la sentencia impugnada (fl. 548) fue proferida por el delito de desobediencia, que tiene señalada pena máxima de prisión de 3 años, el recurso de casación sólo procede cuando la Corte lo estime necesario "para el desarrollo de la jurisprudencia o la garantía de los derechos fundamentales" (art.218 inc. 3° C.P.P.), necesidad que, como lo viene sosteniendo esta Sala (auto de octubre 18 de 1992, entre otros), debe ser fundamentada al momento de impugnar a fin de que la viabilidad de la pretensión pueda ser examinada.

2. Al recurrir el referido fallo, confirmatorio del dictado por el Comandante del Grupo Mecanizado Rincón Quiñones, el defensor del acusado precisamente incumplió con la referida necesidad de fundamentar, pues la impugnación es del siguiente e íntegro tenor:

"Considero que esta Honorable Sala deberá conceder el recurso impetrado, toda vez, que se han vulnerado derechos fundamentales y por ello es necesario contribuir mediante el presente recurso con el desarrollo de la jurisprudencia, proponiendo al mismo tiempo por la garantía y observancia de los derechos fundamentales de mi Patrocinado, los cuales fueron desconocidos y violentados, tal como lo esbozaré y demostraré al presentar la respectiva Demanda en sede de casación y dentro del término estipulado por la ley". (fl. 586).

Apenas se enunció, pues, *la razón por la cual se acude a este recurso excepcional, mas como dijo esta Sala en auto de mayo 5 de 1994 (M.P. Dr. Guillermo Duque Ruiz):*

"Al respecto reiteró esta Sala en auto de 13 de diciembre último: 'en el fondo, al censor le corresponde efectuar dos sustentaciones, siendo la primera de ellas la orientada exclusivamente a establecer la necesidad de que la Corte admita el recurso por la vía excepcional, pues se parte de la base que el recurso no es en principio procedente, bien porque no se cumple con el requisito de la pena o por que la sentencia de segunda instancia no ha sido dictada por un Tribunal'. La segunda sustentación -agrega ahora la Sala- la hace el actor en la demanda".

Como se vio al transcribir integralmente la sustentación del recurso, ésta es notoriamente insuficiente, pues no desarrolla las afirmaciones de que se violaron los derechos fundamentales del procesado y de que en ese sentido se debe desarrollar la jurisprudencia, tarea que el mismo recurrente dice dejar para cuando presente la demanda de casación, lo cual no es procedente, como anteriormente se dijo.

Se inadmitirá entonces el recurso.

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

RESUELVE:

1. NO CONCEDER el recurso de casación discrecional interpuesto por el defensor del sargento viceprimero Jorge Eliécer Gómez contra la sentencia de marzo 5 último, por medio de la cual el Tribunal Superior Militar lo condenó a 18 meses de prisión por el delito de desobediencia.

2. En firme, devuélvase el proceso a dicho Juzgado.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Jorge Aníbal Gómez Gallego, Fernando Arboleda Ripoll, Jorge Enrique Córdoba Poveda, Carlos Augusto Gálvez Argote, Edgar Lombana Trujillo, Mario Mantilla Nougués, Carlos E. Mejía Escobar, Alvaro Orlando Pérez Pinzón, Nilson Pinilla Pinilla.

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

SECUESTRO EXTORSIVO/CONEXIDAD/ COMPETENCIA

Dentro de la investigación se estableció que el procesado recurrente y sus compañeros de delincuencia intimidaron con armas de fuego de defensa personal al señor Carlos Bargut Flórez y a quienes lo acompañaban, consumando a más del secuestro el hurto de una considerable suma de dinero que se hallaba en la vivienda rural.

De lo anterior se infiere que los hechos punibles cometidos por los procesados estuvieron conectados por vínculos de carácter ideológico y ocasional, pues el primero de ellos -el porte ilegal de las armas de fuego- fue el medio para la ejecución del segundo -el secuestro extorsivo-; y, estos dos a la vez, la oportunidad para la realización del último -el hurto calificado-: se trató entonces de un concurso de hechos punibles ejecutados en conexidad, cuya investigación y fallo, por expreso mandato de la ley de procedimiento en su artículo 89 inciso segundo -antes de la última modificación introducida por el artículo 8o. de la Ley 504 de 1999-, norma basada en el principio de la especialidad, correspondía a la entonces justicia regional.

Ese dispositivo se encontraba vigente para la época de comisión de los delitos y establecía:

"Cuando se trate de conexidad entre hechos punibles de competencia del juez regional y de cualquiera otro funcionario judicial, corresponderá el juzgamiento al juez regional".

Corte Suprema de Justicia - Sala de Casación Penal. - Santa Fe de Bogotá D.C., cinco (5) de agosto de mil novecientos noventa y nueve (1999).

Magistrado Ponente: Dr. *Mario Mantilla Nougués*

Aprobado Acta No.116 Proceso No. 12860

Decide la Corte el recurso de casación interpuesto contra la sentencia dictada el 2 de julio de 1996 por el Tribunal Nacional, en donde, modificando el de primera instancia, condena a Jorge Antonio Carrascal Tovio y Julio José Miranda en calidad de coautores del concurso de delitos de porte ilegal de

arma de fuego de defensa personal, secuestro extorsivo y hurto calificado y agravado.

La misma providencia condena a Luis Enrique Acosta y Rafael Domingo Martínez como cómplices de los mismos hechos punibles.

HECHOS Y ACTUACIÓN PROCESAL

En horas de la tarde del 14 de abril de 1992, exhibiendo armas de fuego irrumpieron en la finca "San Antonio" de la jurisdicción de Lorica cuatro individuos, quienes ciertos de la identidad del dueño del inmueble, Carlos Bargui Flórez, procedieron a sustraerlo a la vez que encerraron a varios de los habitantes del lugar y maniataron a otro, hurtando al retirarse una suma superior a seiscientos mil pesos dinero que se encontraba en una de las habitaciones. A los familiares les exigieron ciento cincuenta millones de pesos por su libertad y en ese orden mantuvieron al secuestrado atado a un árbol por espacio de catorce días al cabo de los cuales fue rescatado por agentes de la Policía Nacional. El operativo policial arrojó como resultado la captura de Jorge Antonio Carrascal Tovio y cuatro individuos más, todos posteriormente vinculados a la investigación abierta por la Fiscalía Regional.

Los sindicados fueron comprometidos en juicio por el concurso de delitos de secuestro extorsivo, hurto calificado y agravado y porte de arma de fuego de defensa personal mediante resolución de acusación dictada el 21 de diciembre de 1993 pero que solo alcanzó ejecutoria el diez (10) de agosto de 1994 debido a fallas en la notificación inicial (fls. 371-379, 389, 391 y 392 cd. ppl.).

Uno de los acusados se acogió al instituto de la sentencia anticipada, por lo que a la finalización del juicio el Juzgado Regional emitió sentencia ordinaria respecto de los demás, condenando a los nombrados Carrascal Tovio y Miranda como coautores del concurso de hechos punibles materia de la acusación y a los restantes como cómplices (fls. 668 y ss cd. ppl.).

Por apelación y consulta el Tribunal Nacional conoció la decisión de primer grado, y aunque la confirmó le introdujo modificación al monto de la pena impuesta a los cómplices.

Dentro de la oportunidad legal el procesado Carrascal Tovio y su defensor interpusieron el recurso de casación contra el fallo del Tribunal.

LA DEMANDA

En el único cargo que la conforma el defensor afirma que la sentencia se dictó en juicio viciado de nulidad por desconocimiento de las formas propias del juicio, del debido proceso, y del derecho de defensa, a través de la violación de, según precisa, "los artículos 66, 304 numeral 1o., 305, 39 que modificó el 306 modificado por la Ley 81 de 1993 del C. de P. P., el Decreto 2266 de 1991 que adopta como legislación permanente las disposiciones del Decreto 3664 de 1986, numerales 1o. y 2o., artículo 71 numeral 4o., artículo 72 modificado por la ley 81 de 1993 del C. de P. P. y 29 de la Constitución Política ...".

Como consecuencia dice, habrá de sobrevenir "el derrumbe procesal", para que la Corte "por fallo recurrido y de manera oficiosa sin consideraciones técnicas" decrete la nulidad que a continuación fundamenta aseverando que el Tribunal Nacional carecía de competencia para fallar en julio de 1996 "sobre los delitos de secuestro extorsivo, hurto calificado y porte ilegal de arma de defensa personal, que sucedieron en el mes de abril de 1992 porque en el lapso que medió entre esos dos años "transcurrieron múltiples modificaciones, en materia "de jurisdicción y competencia" que dieron competencia a esa Corporación "sobre el secuestro extorsivo, mas no de los otros punibles en mención, por ninguna circunstancia de conexidad o de concurso, no podía hacerlo, si antes no compulsaba copias para que su competente lo fallase".

Colige por ende, que el proceso deviene nulo desde la resolución de acusación porque el fallo de "la jurisdicción de Orden Público" (sic), sólo podía involucrar el delito de secuestro extorsivo. Por la investigación del porte ilegal de arma de fuego de defensa personal se debió compulsar copias para ante "la justicia ordinaria". Sin embargo -no precisa a qué funcionario judicial-, y frente al hurto calificado, por la cuantía según precisa, la competencia recaía en un 'juzgado penal municipal o del circuito, de la justicia ordinaria".

Luego de consignar extensos párrafos de lo que parecen ser transcripciones jurisprudenciales sobre el tema de la competencia -sin identificar la fuente- reitera sus puntos de vista y la pretensión casacional.

El Ministerio Público

Adverso a la pretensión del demandante se muestra el señor Procurador 1o. Delegado en lo Penal, quien advirtiendo la conexidad circunstancial entre los delitos cometidos por los procesados según la comisión mediante acciones realizadas con unidad de tiempo y lugar, uno de competencia de la justicia regional -el de secuestro extorsivo-, y los restantes de competencia de otros funcionarios judiciales, recuerda que por virtud de lo previsto en el segundo inciso del artículo 89 del C. de P.P., era el Juez Regional el competente para adelantar el juzgamiento.

Consideración de la Corte

Las reflexiones plasmadas en la demanda carecen de fundamento y por lo tanto no logran acreditar la violación del debido proceso y del derecho de defensa en la sentencia del Tribunal Nacional que pregona el profesional signatario.

Dentro de la investigación se estableció que el procesado recurrente y sus compañeros de delincuencia intimidaron con armas de fuego de defensa personal al señor Carlos Bargut Flórez y a quienes lo acompañaban, consumando, a más del secuestro, el hurto de una considerable suma de dinero que se hallaba en la vivienda rural.

De lo anterior se infiere que los hechos punibles cometidos por los procesados estuvieron conectados por vínculos de carácter ideológico y ocasional.

pues el primero de ellos -el porte ilegal de las armas de fuego- fue el medio para la ejecución del segundo -el secuestro extorsivo-; y, estos dos a la vez, la oportunidad para la realización del último -el hurto calificado-; se trató entonces de un concurso de hechos punibles ejecutados en conexidad, cuya investigación y fallo, por expreso mandato de la ley de procedimiento en su artículo 89 inciso segundo -antes de la última modificación introducida por el artículo 8o. de la Ley 504 de 1999-, norma basada en el principio de la especialidad, correspondía a la entonces justicia regional.

Ese dispositivo se encontraba vigente para la época de comisión de los delitos y establecía:

"Cuando se trate de conexidad entre hechos punibles de competencia del juez regional y de cualquiera otro funcionario judicial, corresponderá el juzgamiento al juez regional".

Esta fijación de la competencia en el juez de la especialidad obedece a motivos de conveniencia, tales como la economía procesal y la comunidad probatoria que facilitan la investigación y la toma de decisiones, y a factores de tipo funcional como la unidad de sujeto activo; y aunque la misma ley ha previsto la ruptura de la unidad procesal entre los ilícitos conexos, esta eventualidad obedece a los precisos motivos contemplados en el artículo 90 del C. de P.P., ninguno de los cuales se configura en el caso materia de examen.

Habiendo sido adelantado el proceso por la autoridad competente, no resultó vulnerado ninguno de los derechos del implicado recurrente o sus compañeros de delincuencia, como bien lo advierte la Procuraduría, y por ende no asiste la razón al defensor demandante.

El cargo no prospera.

En mérito, la Corte Suprema de Justicia en Sala de Casación Penal, 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, Jorge E. Córdoba Poveda, Carlos A. Gálvez Argote, Edgar Lombana Trujillo, Mario Mantilla Nougués, Carlos E. Mejía Escobar, Alvaro O. Pérez Pinzón, Nilson Pinilla Pinilla.

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

NOTIFICACION-Sentencia

Si por cualquier circunstancia no es posible la notificación personal de la sentencia al procesado privado de libertad y al Ministerio Público dentro de los tres días siguientes a su fecha eso no impide que se realice por edicto a aquellos sujetos procesales a quienes no es obligatorio comunicársela personalmente y que luego o simultáneamente se proceda a aquella, pues respecto de éstos sí existe el medio sucedáneo que no puede aplicarse en relación con los primeros.

En consecuencia, bien que la última notificación sea la personal a los sujetos a que se refiere el artículo 189 del Código de Procedimiento Penal o la efectuada mediante edicto es lo cierto que el término de 15 días para interponer el recurso de casación se cuenta a partir del día siguiente de sucedida aquella, máxime que el artículo 223 ídem no establece ninguna distinción sobre la naturaleza del acto procesal de comunicación, condicionando el inicio de la oportunidad solamente a que sea la "última notificación".

Corte Suprema de Justicia. - Sala de Casación Penal. - Santa Fe de Bogotá, D.C., cinco (5) de agosto de mil novecientos noventa y nueve (1999).

Magistrado Ponente: Dr. *Carlos Augusto Gálvez Argote.*

Aprobado Acta No. 116. Proceso No. 16036

Se pronuncia la Sala sobre el recurso de hecho interpuesto por el defensor del procesado en contra de la decisión de junio 3 del año en curso por medio de la cual el Tribunal Superior de San Andrés denegó el de casación.

Antecedentes

Acusado Edgar Sinclaire Christopher por infracción al artículo 33 de la Ley 30 de 1.986 y adelantado en su contra el correspondiente juicio concluyó éste con sentencia de marzo de 1999 a través de la cual el Juzgado Primero Penal del Circuito de San Andrés lo condenó por el citado delito a pena privativa de libertad de 4 años, confirmada por el Tribunal Superior de ese Distrito Judicial en fallo de abril 22 del año en curso siendo éste notificado personalmente al procesado el día 23 siguiente, al defensor el 27 y al Ministerio Público

el 30 del mismo mes, surtiéndose tal acto respecto de los demás sujetos procesales mediante edicto que permaneció fijado entre el 29 de abril y el 3 de mayo de la presente anualidad.

El 3 de junio siguiente y ante escrito del defensor presentado el 28 de mayo en el que manifestó recurrir en casación la sentencia dictada por el Juzgado Primero Penal del Circuito, "ratificada por esa honorable Corporación el día 22 de abril", el Tribunal dictó auto absteniéndose de conceder la impugnación extraordinaria porque además de ser improcedente frente a sentencias de primera instancia fue formulada de manera extemporánea, toda vez que el memorial respectivo se presentó 18 días después de surtida la última notificación de la sentencia.

Contra dicha negativa el defensor interpuso el recurso de hecho, sustentándolo dentro del término para ello, argumentando que si bien pudo haberse equivocado al expresar que proponía el recurso contra la sentencia de primera instancia, no menos cierto es que también hizo mención de la providencia del 22 de abril entendiendo que así se refería igualmente a la proferida por el *ad quem*.

Agrega, aludiendo al juicio de extemporaneidad con que se le negó el recurso, que habiéndose fijado el estado, que no el edicto como equivocadamente lo afirma el Tribunal, el día 29 de abril y notificado personalmente el agente del Ministerio Público el 30 del mismo mes, sólo a partir del día siguiente, o sea del 3 de mayo, de conformidad con los artículos 188 y 190 del Código de Procedimiento Penal, empezarían a transcurrir los términos, todo lo cual significa, en su sentir, que la impugnación extraordinaria debió concedérsele, como así lo solicita a través del recurso de hecho.

Consideraciones

1. Denegado que fuera el recurso de casación por el *ad quem* sustentándose para ello en un argumento de procedencia y otro de oportunidad, no obstante carecer de fundamento el primero, encuéntrase de todas maneras correcta la negativa a conceder el extraordinario medio de impugnación.

2. En efecto, si bien el artículo 218 del Código de Procedimiento Penal establece inequívocamente que la casación procede contra sentencias de segunda instancia proferidas por los Tribunales que allí se indican, la inapropiada redacción exhibida por el defensor al interponer tal recurso no es causa suficiente para adoptar la decisión de negarlo pues no señalando nuestro ordenamiento norma sacramental alguna, se tiene por comprendido en la misma ley que tal medio extraordinario de impugnación, sea el común o el excepcional, sólo resulta viable frente a fallos dictados por el *ad quem*.

3. No obstante que en los anteriores términos el argumento referido a la procedencia resulta infundado, no puede sostenerse idéntica conclusión frente al de extemporaneidad del cual también se valió el *ad quem* para no conceder la casación.

En primer término, como se trata de una sentencia, la referencia que el recurrente hace al artículo 190 del Código de Procedimiento Penal deviene desacertada en la medida en que no regulando dicho ordenamiento las notificaciones por edicto ha de aplicarse la normatividad procesal civil, donde es claro (Artículo 323) que los fallos que no se hubieren notificado personalmente se harán saber por tal medio que se fijará por el término de tres días y por ende concluyese equivocada igualmente la alusión a la notificación por estado a que se refiere el defensor, cuando es indudable que en este asunto el Tribunal procedió a comunicar por edicto a aquellos sujetos procesales que no se notificaron personalmente, no existiendo tampoco obligación legal de hacerlo, como sí la existe en relación con el procesado privado de libertad y el Ministerio Público.

Es que, la fijación del edicto suple solamente la notificación a aquellos sujetos procesales a quienes no es imperativo legal hacerles saber personalmente el fallo, mas no así respecto de quienes sí existe dicha exigencia; es decir que no relevando aquel medio al funcionario de cumplir con esa carga inane resulta pretender un determinado orden en las comunicaciones que conlleve a efectuar las personales obligatorias antes del edicto.

Así las cosas, si por cualquier circunstancia no es posible la notificación personal de la sentencia al procesado privado de libertad y al Ministerio Público dentro de los tres días siguientes a su fecha eso no impide que se realice por edicto a aquellos sujetos procesales a quienes no es obligatorio comunicársela personalmente y que luego o simultáneamente se proceda a aquella, pues respecto de éstos sí existe el medio sucedáneo que no puede aplicarse en relación con los primeros.

En consecuencia, bien que la última notificación sea la personal a los sujetos a que se refiere el artículo 189 del Código de Procedimiento Penal o la efectuada mediante edicto es lo cierto que el término de 15 días para interponer el recurso de casación se cuenta a partir del día siguiente de sucedida aquella, máxime que el artículo 223 ídem no establece ninguna distinción sobre la naturaleza del acto procesal de comunicación, condicionando el inicio de la oportunidad solamente a que sea la "última notificación".

4. Como en este asunto esa "última notificación" de la sentencia de segunda instancia corresponde a la realizada mediante edicto fijado del 29 de abril al 3 de mayo del año en curso, habiéndose efectuado las personales al procesado detenido en abril 23 y al Ministerio Público el día 30 del mismo mes, significa que el referido término para interponer la casación transcurrió entre el 4 y el 25 de mayo del presente año y que, por consiguiente, la impugnación del defensor del procesado fue efectivamente extemporánea por haber sido presentado el día 28 de dicho mes, todo lo cual conduce a la Sala a declarar bien denegado el recurso extraordinario interpuesto en nombre del acusado y a ordenar la remisión de esta actuación al inferior para que de conformidad con el inciso 1° del artículo 210 del Código de Procedimiento Penal haga parte del expediente.

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

RESUELVE:

DECLARAR correctamente denegado el recurso de casación interpuesto por el defensor del procesado Edgar Sinclaire Christopher contra la sentencia proferida en abril 22 del año en curso por el Tribunal Superior de San Andrés, Providencia y Santa Catalina.

Remítase la presente actuación al inferior a fin de que haga parte del expediente.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Jorge Aníbal Gómez Gallego, Fernando Arboleda Ripoll, Jorge E. Córdoba Poveda, Carlos A. Gálvez Argote, Edgar Lombana Trujillo, Mario Mantilla Nougués, Carlos E. Mejía Escobar, Alvaro O. Pérez Pinzón, Nilson Pinilla Pinilla.

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

DEMANDA DE CASACION/PRUEBA/FALSO JUICIO DE CONVICCION

Se ha expresado repetidamente, que una demanda de casación no puede convertirse en una alegación de instancia, sino que ciñéndose a la más estricta lógica jurídica, debe demostrar y poner en evidencia el error de juicio o el error de actividad en que incurre el juzgador en la aplicación de la ley sustancial o en la estimación de la prueba.

Cuando se invoca la violación indirecta de la ley sustancial, es indispensable demostrar por el impugnante, que el sentenciador incurre en un ostensible y manifiesto error de hecho o de derecho en el análisis de la prueba y demostrar que este error de manera indirecta influye en forma decisiva para que no se aplique por el fallador una ley sustancial o se aplique indebidamente.

En consecuencia, es preciso indicar cuáles son las pruebas sobre las que recae el error, la naturaleza de éste, la norma procesal objetiva que regula la aducción de la prueba y la incidencia decisiva del yerro del juzgador en la parte resolutiva de la sentencia...

Ha dicho insistentemente la Sala "que cuando el error se origina en la apreciación del valor probatorio del medio, el impugnante debe demostrar, en primer término, que la estimación que el fallador hizo de su mérito no corresponde a la que debe hacerse de acuerdo con las reglas de la sana crítica, o con las normas de derecho probatorio que preestablecen su valor, según el caso" (M.P. Dr. Fernando Arboleda Ripoll. Julio 10 de 1996).

Si la intención del libelista era formular un error de derecho por falso juicio de convicción, es pertinente recordar que para su prosperidad se impone demostrar que la estimación que hizo el fallador del mérito probatorio no corresponde a la que debe hacerse con las normas de derecho probatorio que establecen su valor...

La Sala ha precisado que: "No es lo mismo, que una prueba haya sido distorsionada en su expresión fáctica, a que su mérito probatorio sea apreciado incorrectamente. En el primer supuesto, al medio de persua-

sión se le pone a decir lo que objetivamente no dice, de suerte que el error no trasciende el marco de contemplación puramente material de la prueba. En el segundo, se le otorga un valor distinto del preestablecido en la ley o del que corresponde de acuerdo a los principios de la sana crítica.

La naturaleza del error y su demostración, en cada caso, es distinta; por eso, deviene antitécnico alegar, a un mismo tiempo y en relación con las mismas pruebas errores de apreciación material y de valoración de su fuerza persuasiva como lo hace el impugnante..." (M. P. Fernando Arboleda Ripoll. Julio 10 de 1996)...

Como quiera que la prueba testimonial está sometida en materia penal al sistema de la persuasión racional, se imponía para el demandante la obligación de precisar de qué manera la valoración hecha por el juzgador se apartó de la lógica, la experiencia o la ciencia, que son los principios que presiden la sana crítica.

Corte Suprema de Justicia. - Sala de Casación Penal. - Santa Fe de Bogotá, D.C., cinco (5) de agosto de mil novecientos noventa y nueve (1999).

Magistrado Ponente: Dr. *Alvaro Orlando Pérez Pinzón*

Aprobada Acta No. 116 Proceso No. 11140

Resuelve la Sala sobre la demanda de casación presentada por el defensor del procesado Omar Yesid Maldonado Gómez, contra la sentencia proferida el 16 de julio de 1995, por el Tribunal Superior de Santa Fe de Bogotá, confirmatoria de la dictada el 28 de abril del mismo año, por el Juzgado Noveno Penal del Circuito de esta misma ciudad, que condenó al aquí recurrente, como autor del delito de falsedad en documento privado, a la pena principal de veinticuatro (24) meses de prisión, a la accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas por el mismo término, y al pago de los perjuicios materiales causados con la infracción, concediéndole el subrogado de la condena de ejecución condicional.

Hechos

Fueron relatados por el juzgador de primera instancia así:

"A. Hacia el mes de junio de 1990 el señor Omar Yesid Maldonado Gómez adquirió una habitación en la casa de la señora Encarnación Espitia Buitrago, y después de transcurridos unos meses sin que éste pagara el canon mensual, con el fin de poder sacar sus objetos personales retenidos allí, el 27 de enero de 1991 le entregó a la arrendadora una letra de cambio por valor de $72.000.00 para garantizar el pago, en la cual aparecía como aceptante su madre, la señora Ana Lucía Gómez de Maldonado.

"B. Como el señor Omar Yesid Maldonado Gómez no pagó la deuda, la señora Espitia Buitrago decidió realizar el cobro ejecutivo del título valor, y dentro del proceso respectivo adelantado en el Juzgado 57 Civil Municipal de

esta ciudad contra la señora Gómez de Maldonado, se decretó probada la excepción de falsedad personal alegada por la misma.

"C. Por los anteriores hechos, la Fiscalía General de la Nación (fl.288 c.o.) acusó a Omar Yesid Maldonado Gómez, identificado con la C.C. 79.332.348 de Bogotá, nacido en esta ciudad el 27 de noviembre de 1964, hijo de Luis Enrique y Ana Lucía, de estado civil soltero, con grado de educación bachiller, con estudios de locución en el Colegio Superior de Telecomunicaciones, y de ocupación vendedor ambulante para la época de los hechos, por el delito de Falsedad en Documento Privado (art. 221del C.P.)".

ACTUACIÓN PROCESAL

1. La Fiscalía 52 de la Unidad Cuarta de Investigación Previa y Permanente ordenó la apertura de instrucción en auto de enero 27 de 1993, a las que fueron vinculados mediante indagatoria Encarnación Espitia Buitrago y Omar Yesid Maldonado Gómez, diligencias realizadas el 15 de abril y el 6 de agosto del mismo año, respectivamente.

2. La Fiscalía 147 de la Unidad Décima de Patrimonio Económico resolvió la situación jurídica de los indagados en providencia de febrero 14 de 1994, con caución prendaria contra Maldonado Gómez, y absteniéndose de proferir medida de aseguramiento respecto a la señora Espitia Buitrago. Apelada esta decisión, fue confirmada, modificándola en el sentido de variar la medida de aseguramiento por caución juratoria.

3. El 7 de junio de 1994 se declaró cerrada la investigación, y se calificó el mérito probatorio del sumario en providencia de agosto 4 de 1994, con resolución de acusación contra Maldonado Gómez, como presunto autor responsable del delito de falsedad en documento privado y se precluyó la investigación en favor de la señora Espitia Buitrago.

4. El Juzgado Noveno Penal del Circuito adelantó la etapa del juicio, y una vez celebrada la audiencia pública el 24 de abril de 1995, profirió sentencia condenatoria en los términos antes reseñados, la que fue confirmada por el Tribunal Superior al resolver el recurso de apelación interpuesto por el defensor del procesado.

LA DEMANDA

1. Al amparo de la causal primera de casación, el actor formula un único cargo en los siguientes términos: "...la sentencia es violatoria de la ley sustancial, por vía indirecta, por error de hecho debido a un falso juicio de identidad consistente en haber tergiversado el contenido del documento objeto de la investigación penal y que a la postre sirvió para dictar la sentencia condenatoria".

2. Comienza la demostración del cargo recordando que la investigación se inició de oficio al haber prosperado la tacha de falsedad propuesta por la demandada Ana Lucía Gómez de Maldonado, quien fuera ejecutada por En-

carnación Espitia Buitrago, quien pretendió cobrar la suma de $72.000.oo incorporada en el título valor, letra de cambio entregada por Omar Yesid Maldonado Gómez, quien también se encontraba como obligado principal en la mencionada letra, por haberla firmado como aceptante.

2.1. Aduce que el documento prestaba la eficacia jurídica contenida en la ley comercial para ejecutar al procesado, "cosa que en este caso no sucedió", puesto que este nunca estuvo vinculado a la acción ejecutiva, "por lo que la conducta de Omar estaría enmarcada dentro de una falsedad inocua para el Derecho Penal" por las siguientes razones:

Está probado que la firma "Ana Lucía Gómez - 20.129.834 - Btá." que aparece en la letra de cambio, "conlleva en su proceso recorrido características morfoestructurales y dinamográficas disímiles a las que conlleva la producción caligráfica de la amanuense Ana Lucía Gómez de Maldonado, conectables en morfología, proporcionalidad, nexos, movimientos de extensión y expansión, desplazamiento lineal, ritmo, giro y determinaciones", de donde se colige que: la firma materia de la experticia, no se identifica con las aportaciones caligráficas de la señora de Maldonado, no pudiendo en consecuencia, atribuir a la citada la firma que como suya obra en el documento negociable; "no hubo imitación alguna de los grafismos estampados, no hubo intención de arremedar (sic), de igualar, de calcar, de alterar la verdadera y real firma de Ana Lucía, sino que simplemente se escribió el nombre y una identificación, para crear la certidumbre de legalidad y seguridad de respaldo a la deuda que dicho título valor garantizaba"

Está demostrado que: "Encarnación Espitia Buitrago, fue quien utilizó el documento como prueba dentro del proceso civil solamente contra la señora Ana Lucía a quien ejecutó", como también, "que el documento como título valor en contra del sindicado prestaba toda eficacia jurídica...".

Califica de "insólito" el argumento del *ad quem* y a renglón seguido dice: "Luego a manera de hipótesis veamos el siguiente ejemplo: La regla de la experiencia enseña que quien adultera documentos generalmente se vale de un tercero para su utilización con el fin de eludir su responsabilidad; en consecuencia, Omar Yesid Maldonado Gómez, es responsable del delito de falsedad en documento privado. Aquí la conclusión es evidentemente absurda frente a sus condicionantes".

Al establecer que el uso "jurídico" se configura con la entrega del título valor como medio de pago de una obligación existente (deuda por arrendamiento) por parte del sindicado, se olvidó ciertamente que el móvil de la entrega fue precisamente la de obtener la entrega de sus pertenencias que ilegalmente estaban siendo retenidas por la acreedora Encarnación Espitia Buitrago, tal como lo manifestó en diligencia de folio 236 del c.o." y porque si el señor no le hubiese entregado la letra no le había dejado sacar el trasteo".

2.2. De lo anterior concluye lo siguiente:

La conducta del procesado "se hace inocua", porque "en primer lugar suplantó a su madre, al insertar la firma que no era la de Ana Lucía, pero sin tratar de falsificar la firma, es decir simplemente escribió el nombre y el número de una cédula", y al "extinguirse la obligación por la cual había sido vinculada al proceso civil para Ana, mas no para Omar Yesid, por cuanto para él, la prueba era plena de la existencia de la obligación, a más de la presunción legal de su firma impuesta también en dicho título valor...al no ser civilmente vinculado al proceso su obligación se encuentra prescrita".

El procesado "no dio uso jurídico" al título valor "como lo presumió el sentenciador...Pero si se aceptara el uso (el descrito en el tipo penal del artículo 221 del C.P.) la entrega del mismo como garantía de pago o medio para obtener un provecho para sí hace que la mera entrega no configure responsabilidad penal, sino otro tipo de conducta".

Luego "el falso juicio de convicción, se configura, al dar por cierto el juzgador, ...uso del documento que demuestra la relación entre Omar y Encarnación, olvidando, que si efectivamente existió deuda alguna entre ellos, el documento como prueba en contra de Omar nunca se utilizó en contra de él, pues la firma estampada en él como "suya" gozaba de la presunción legal...hasta que se probara lo contrario, cosa que en este caso no sucedió".

2.3. Respecto de "la autoría de la falsedad", aduce que "la ausencia de prueba que determine que los grafitos estampados en el documento tachado de falso sean los de Omar, hacen inexistente la responsabilidad,y por ende la culpabilidad en el delito de falsedad. Porque el dictamen grafológico practicado en el proceso ejecutivo, solamente demostró que la firma de Ana Lucía, no era la de ella...pero frente a la segunda firma, la de Omar ...a lo largo del proceso no se demostró que dicha firma no era la suya"; y "con la manifestación negativa... sobre la autoría de su firma, basta para determinar que efectivamente no es la suya, sino que mediante un dictamen grafológico que nunca se practicó, se debe determinar que sus grafismos corresponden a los estampados allí, a más de probarse que existe similitud entre los unos y los otros, esto es que se hubiera probado que existió imitación de la firma de Ana Lucía, cosa que no sucedió en el presente caso".

Surge la hipótesis de que una persona extraña hubiera confeccionado el título valor, que Omar se lo haya entregado a la acreedora "a sabiendas de su inexistencia jurídica como tal, y como móvil utilizado para obtener la entrega de sus pertenencias..., y que ésta sin saber de la confección del mencionado título valor lo haya usado jurídicamente, cuando promueve la acción jurídica contra Ana Lucía: una persona de las dos que jurídicamente estaban obligadas a responder por la obligación incorporada allí,...frente a la primera la obligación se extingue y frente a la segunda vale como prueba, lo que hace que la 'firma' de Ana Lucía sea inocua para generar los efectos jurídicos de la prueba en contra de Omar, porque estaríamos frente a una falsedad personal y no ante el delito por el que se condenó".

Luego bajo esta óptica estaríamos frente a otra conducta punible y no ante la falsedad, porque el título valor sería inexistente, y el derecho literal y autónomo no existiría, la entrega que hizo el sindicado solamente fue el "medio de engaño" que utilizó para obtener un resultado: la entrega de sus pertenencias que estaban siendo retenidas.

2.4. El Tribunal incurrió en falso juicio de existencia material sobre el título valor, pues considera irrelevante la pérdida del mismo, presumiendo el dolo, para derivar así la responsabilidad, violando expresamente el artículo 445 del C.P.P., porque al no existir el documento original que contenía la declaratoria de la tacha con la anotación en su adverso debidamente certificada por el juzgado, conforme lo establece el artículo 291 del C. P. C., debía dejar sin efecto jurídico el documento presentado contra una persona, pero que prestaba todos los efectos de plena prueba en contra de quien no fue demandado, esto es contra el hoy sindicado.

2.5. La estructuración de los "hechos indicadores" interés para delinquir, oportunidad, y mentira, traídos por el sentenciador, no configuran "plena prueba" de la responsabilidad del procesado, ni mucho menos de su autoría, pues apenas constituyen una "sospecha o a lo sumo un indicio" en contra del procesado, incurriendo el *ad quem* en falsos juicios de identidad sobre esta prueba y presumiendo el dolo.

2.6. De la errónea apreciación y falso juicio de identidad sobre la prueba testimonial, no se puede pregonar la responsabilidad del sindicado como lo predica el sentenciador, por cuanto solamente fue creído el dicho de la exsindicada acreedora-demandante, que además de participar en la falsedad del documento al haber estampado su firma como giradora de la letra de cambio, debía cumplir con los requisitos de la ley mercantil para la creación del título, olvidando lo contemplado en el artículo 678 del C. de Co., luego al haberla firmado después de recibirla se hizo partícipe de la falsedad documental investigada.

2.7. Los "dos testimonios recaudados, para nada perjudican al sindicado" tan solo corroboran su situación precaria para la época de los hechos. Como el sentenciador reconoce que la giradora no sabía de la falsificación del documento, porque había sido engañada por el procesado, "no vio que se configuraba -con la conducta desplegada por su deudor otro delito, (falsedad personal) que nunca se investigó".

2.8. La prueba recopilada "no conduce a la certeza de que Omar sea el autor del delito, ni el responsable, por el cual se le condenó y mucho menos la persona que usó jurídicamente el título valor". En consecuencia el sentenciador "presumió el dolo para derivar la responsabilidad objetiva (art. 23 del C.P.) y por ende la culpabilidad del sindicado en el delito investigado, pues si la intención era entregar el título valor para recuperar sus pertenencias ilegalmente retenidas, no se estructura la responsabilidad en el delito de falsedad; "la firma de la primera aceptante principal y que fue objeto de la tacha sería inocua o se enmarcaría dentro de la falsedad personal por suplantación" y en

consecuencia no puede estructurarse la responsabilidad del sindicado como autor de la falsedad de documento privado.

2.9. Solicita a la Corte casar la sentencia impugnada, y proferir la que en derecho corresponde.

CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

1. El Procurador Segundo Delegado en lo Penal sugiere a la Corte no casar el fallo impugnado, en consideración a que la falta de demostración de la censura resulta palmaria, y el cargo no debe prosperar.

2. Inicialmente advierte las siguientes fallas de técnica que conducen al fracaso la pretensión del impugnante:

2.1. Una adecuada formulación del cargo, no es suficiente para cumplir con las exigencias de fundamentación (art.225 C. de P.P.). Ha hecho el censor, en sustentación de su bien formulado reproche, una serie de proposiciones íntimas, imposibles de intelegir si es el desquiciamiento de la sentencia lo que pretende.

2.2. Hace una reseña de los hechos para destacar que dentro de éste contexto argumentativo fueron analizadas las probanzas por los falladores de instancia y transcribe un aparte de la sentencia de primer grado en la que se plasman las exigencias del tipo penal de falsedad en documento privado consagrado en el artículo 221 del C.P..

2.3. Frente al motivo que aduce el censor en la formulación del cargo, le era imperioso obedecer las reglas de sustentación en esta sede de casación, conforme a los criterios jurisprudenciales relacionados con la sustentación del error por falso juicio de identidad invocado, a los que hace referencia para señalar que el casacionista incumple tales postulados básicos que fijan los derroteros a seguir en procura de éxito de tal pretensión, pues dedica su extenso escrito a presentar íntimas valoraciones de todo el material probatorio obrante en el expediente y a hacer una serie de planteamientos que desbordan el discurso argumentativo-sustentatorio inherente al falso juicio de identidad.

3. El procurador hace un análisis detallado de cada uno de los argumentos textuales plasmados en el libelo, para destacar sus yerros, la carencia de demostración del reproche y la ausencia de fundamento, así:

3.1. El casacionista se adentra en los linderos de la antijuridicidad del comportamiento. En este orden, le era imperioso probar que la conducta de su prohijado no lesionó, ni puso en peligro y sin justa causa el interés jurídicamente tutelado por la ley, cosa que no hizo.

La ley penal protege el orden jurídico y social preestablecido. "No obstante, el bien jurídico de carácter fenomenológico, en este caso la fe pública", resultó lesionado de conformidad con el análisis, que en ambas categorías de antijuridicidad "formal-material", hacen los juzgadores. Transcribe aparte de

las sentencias de instancia sobre el particular, y señala, que la fe pública es un bien jurídico inmaterial, en este caso de interés individual, cuyo valor de protección encuentra amparo en el artículo 221 del C.P.. Al preservarse a nivel legislativo la "fe pública", se garantiza el depósito de confianza que deben reportar las actuaciones de las personas jurídicamente capaces, y se está garantizando con ello los principales bienes jurídicos de la Nación, cuyo desarrollo encuentra fiel cometido en el preámbulo de la Carta Política.

Si bien es cierto que la señora Espitia Buitrago depositó su confianza en el título valor, era lo propio extender el axioma que con igual fe obraba quien le otorga y consagra en el documento un contenido real de crédito, no un medio de engaño y la ley penal, jamás podrá proteger a quien tales maniobras urde. Los títulos valores son documentos que legitiman el ejercicio del derecho literal y autónomo que en ellos se incorpora (art. 619 del C de Co.), las obligaciones cambiarias derivan su eficacia de una firma puesta en el título valor, y su entrega con la intención de hacerlo negociable conforme a la ley de circulación, principio reconocido como la "autonomía" de los títulos valores (art. 625), y el suscriptor del título queda obligado conforme al tenor literal del mismo (art. 626). De modo que una pretensión absolutoria basada en tales argumentos, resulta contraria a los postulados de la Constitución Política.

3.2. La afirmación del censor en el sentido de que el procesado "no dio uso jurídico al mismo como sí lo presumió el sentenciador, pues quien efectivamente le dio el uso jurídico al documento que podía servir de prueba fue Encarnación Espitia Buitrago", no obedece a la suposición de la probanza en el sentido material del documento, sino en el sentido del "uso jurídico que le dio el procesado a la letra de cambio. Siendo ello así, resulta pertinente creer que la voluntad del casacionista no corresponde a un falso juicio de existencia, sino a un falso juicio de convicción, en la medida que su crítica versa en afirmar que el fallador debió creer menos, o no debió creer que fuera él la persona que introdujo el título al tráfico jurídico. Si ello es así, tanto él como ella, hicieron uso jurídico de la letra. Sin embargo, resulta cierta la afirmación del juzgador en el sentido de que fue él quien introdujo el documento al tráfico jurídico, por hacer creer a aquélla que contenía una obligación clara, expresa y exigible. Luego de conformidad con el contenido sustancial de la negociación de los títulos valores resulta reprochable este hecho, en tanto que la conducta de la señora se adecua al ordenamiento jurídico.

Un cargo de esta índole obedece a las técnicas de formulación del error de derecho por falso juicio de convicción, excluido prácticamente del ordenamiento procesal, en la medida en que el valor de las pruebas se regula por las reglas de la sana crítica, y priman las consideraciones del fallador sobre la particular óptica del censor, quien en el caso que nos ocupa, desconoce el principio general de la autonomía de los títulos valores -la ley, inclusive, presume la entrega (art. 625).

Si con la firma y la entrega con intención de hacer negociable el título, se perfecciona el "uso jurídico" del documento, incontrovertible resulta afirmar

que el procesado fue la persona que dio el uso jurídico al título valor. La ley presume tenedor legítimo del título a quien lo posee (art. 647), luego en virtud de la entrega que hiciera el procesado, la señora se predicaba, por presunción legal, legítima tenedora.

3.3. La sustentación del censor, desborda los lineamientos argumentativos del cargo inicialmente propuesto: error de hecho por falso juicio de identidad. Afirmar que se incurrió en falso juicio de convicción, comporta demostrar que se violaron las reglas interpretativas, si ello no resulta evidente, necesariamente se avoca el demandantepor contraponer criterios argumentativos con los del sentenciador, que son los que prevalecen por la doble presunción de legalidad y acierto.

Ininteligible se hace la proposición del censor cuando afirma que el juzgador "asumió una apreciación equivocada del uso del documento que demuestra la relación entre Omar y Encarnación, olvidando que si efectivamente existió una deuda entre ellos, el documento como prueba en contra de Omar nunca se utilizó en contra de él, pues la firma 'suya gozaba de la presunción legal'", pues ciertamente lo probado es que fue el móvil de la falsedad en el que incurrió el procesado para burlar el crédito otorgado por doña Encarnación, precisamente falsificar la firma de su madre, quien al resultar como obligada solidaria, tenía facultad optativa el acreedor para ejercer el cobro judicial, de manera indistinta contra cualquiera de ellos.

3.4. Con la aseveración relacionada con la ausencia de prueba que determine que los grafismos estampados en el documento sean los de OMAR, lo que hace inexistente la responsabilidad y por ende la culpabilidad en el delito de falsedad, se avoca el censor a afirmar que el fallador condenó sin existir prueba. En este sentido -inexacto a la luz de la argumentación-, hay que decir que la prueba que analiza los grafismos estampados en la letra falsa, sí existen en el expediente. Obran dos experticias técnicas que son enunciadas en la sentencia a folios 376 y 377.

Además, los exámenes grafológicos que fueron apreciados como elementos de juicio, no son la única probanza que sustenta el fallo condenatorio, sino que otras pruebas e indicios aportaron convicción a los falladores de instancia, y en este orden, el casacionista debe desquiciar todos y cada uno de los elementos probatorios para obtener una decisión radicalmente contraria a la proferida.

3.5. En cuanto al falso juicio de existencia por la pérdida del título valor, no resulta cierto que se hubiese supuesto la existencia material del medio probatorio -letra de cambio- para construir sustento argumentativo de la condena. La fotocopia autenticada compulsada por el juez civil municipal en ejercicio de sus funciones, goza de la autenticidad que en sede de fe pública otorgan las autoridades judiciales a los documentos compulsados con carácter de prueba trasladada. No resulta demostrado el error de hecho.

Si la crítica se dirige a la "legalidad" de la probanza, se ha debido atacar en cargo autónomo, por la causal primera, motivo segundo, por error de dere-

cho por desconocimiento de las reglas que rigen la aducción del documento al proceso penal y probar que por ese motivo se violó la ley, bien sea por exclusión evidente o aplicación indebida de una norma sustancial.

3.6. No puede el censor limitar su crítica a los indicios, pues al predicar que ellos constituyen en su privada órbita una sospecha, pero no es plena prueba, se adentra en los linderos del error de derecho por falso juicio de convicción, al pretender adjudicar un valor menor del impuesto por el fallador.

Los planteamientos por los que recorre la demanda: antijuridicidad, suposición de prueba, falso juicio de convicción, indicios, no son otra cosa que planteamientos insulares que distan de la sustentación y demostración de la lógica de la causal que se propone. El censor ocupa las argumentaciones de la demanda a presentar particulares puntos de vista y de apreciación probatoria diferentes de los arguidos por los sentenciadores, pero olvidó entrar a demostrar el yerro que le atribuye a la sentencia en la formulación del cargo, pretendiendo que la Corte, en sede de instancia, entre a valorar nuevamente puntos de vista suficientemente investigados y fallados, como se desprende de los apartes del libelo que transcribe, para destacar que tales citas antes que probar tergiversación de la prueba, demuestran conformidad con la apreciación del fallador y dejan indemostrado el reproche.

El censor no hace formulación jurídica completa del cargo propuesto, en la medida en que, de cara a la trascendencia, soslayó decir y demostrar qué normas se violaron y si por exclusión evidente o por aplicación indebida. En igual sentido, si fuese error en la denominación jurídica del tipo por el cual se condenó al procesado, por entender que fue otra la conducta realizada, es la causal tercera la que debió invocar, en la medida que un error de esta índole traduce nulidad a partir inclusive de la providencia calificatoria.

Se apoya en jurisprudencia de la Corte para concluir finalmente que la indemostración de la censura resulta palmaria y el cargo no debe prosperar.

CONSIDERACIÓN DE LA CORTE

1. Se ha expresado repetidamente, que una demanda de casación no puede convertirse en una alegación de instancia, sino que ciñéndose a la más estricta lógica jurídica, debe demostrar y poner en evidencia el error de juicio o el error de actividad en que incurre el juzgador en la aplicación de la ley sustancial o en la estimación de la prueba.

Cuando se invoca la violación indirecta de la ley sustancial, es indispensable demostrar por el impugnante, que el sentenciador incurre en un ostensible y manifiesto error de hecho o de derecho en el análisis de la prueba y demostrar que este error de manera indirecta influye en forma decisiva para que no se aplique por el fallador una ley sustancial o se aplique indebidamente.

En consecuencia, es preciso indicar cuáles son las pruebas sobre las que recae el error, la naturaleza de éste, la norma procesal objetiva que regula la aducción de la prueba y la incidencia decisiva del yerro del juzgador en la parte resolutiva de la sentencia.

2. En el único cargo que se formula contra la sentencia se observa que el defensor mezcla censuras que corresponden a diferentes causales de casación, que hubieran merecido su formulación en capítulos separados, pues inicialmente ataca la sentencia por la presunta violación indirecta de la ley sustancial, por error de hecho por falso juicio de identidad consistente en haber tergiversado el contenido del documento objeto de la investigación penal y que a la postre sirvió para dictar la sentencia condenatoria, y posteriormente aduce que como la firma objeto de la tacha de falsedad "sería inocua", la conducta desplegada por el procesado se enmarcaría dentro de la falsedad personal por suplantación, y en consecuencia no puede estructurarse la responsabilidad del sindicado como autor de la falsedad en documento privado.

Naturalmente que con este planteamiento se vulnera el principio de no contradicción, porque en la violación indirecta se acepta que la calificación fue correcta, pero que por una error de apreciación probatoria no se podía condenar, mientras que si lo que se pretende demostrar es que no se podía dictar sentencia porque la conducta del procesado corresponde a otro delito que "no fue investigado", ha debido acudir a la causal tercera, o de nulidad que la ley prevé, y demostrar que existió un error en la denominación jurídica.

En principio, la censura así presentada conllevaría dos decisiones antagónicas; si la calificación dada es errónea, la nulidad implicaría que la Corte remitiera el proceso a las instancias para que la fiscalía procediera nuevamente a la calificación; en tanto que la violación indirecta de la ley sustancial por un error de apreciación probatoria obligaría a esta Sala a proferir una sentencia de sustitución en la que se absolviera al procesado por el delito por el que se le condenó.

Pero el censor no precisa cual es su pretensión. Simplemente se limita a solicitar que se case la sentencia impugnada y se profiera la que en estricto derecho corresponde.

3. Al margen de lo anterior, suficiente para desestimar el reproche, es oportuno destacar que sobre la supuesta violación indirecta de la ley sustancial no existe demostración alguna. Cita como normas quebrantadas los artículos 445 del código de Procedimiento Penal y 23 del Código Penal, porque las pruebas recopiladas durante el proceso no conducen a la "certeza de que Omar sea el autor del delito, ni el responsable,...el sentenciador presumió el dolo, para derivar la responsabilidad objetiva...del sindicado en el delito que se investigó...", y dedica su extenso alegato a exponer su particular criterio frente a la valoración que de las pruebas hicieron los juzgadores de instancia, sin precisar la naturaleza del yerro en que pudieron haber incurrido ni las consecuencias jurídicas del mismo, además de hacer planteamientos alejados de la sustentación propia del falso juicio de identidad que enuncia.

4. Pasando a individualizar lo reparos se tiene lo siguiente:

En cuanto a la letra de cambio respecto de la cual prosperó la tacha de falsedad, el libelista pese a enunciar un falso juicio de identidad, en el de-

sarrollo del cargo ataca la misma prueba por falso juicio de existencia, por suposición de la existencia material de la misma, modalidades del error de hecho que resultan excluyentes.

Pero además, el impugnante tampoco demuestra el error enunciado, esto es, la falta de identidad entre lo que el medio probatorio apreciado por el sentenciador, considerado objetivamente, revela y lo que este ha reseñado de ese mismo elemento de juicio para realizar el proceso de inferencia previo a su conclusión y decisión.

Acierta el Procurador cuando advierte que tampoco resulta cierto que el sentenciador hubiese supuesto la existencia de la letra de cambio, para construir sustento argumentativo de la sentencia, pues la fotocopia autenticada compulsada por el Juez Civil Municipal, goza de la autenticidad que en sede de fe pública otorgan las autoridades judiciales a los documentos compulsados con carácter de prueba trasladada. Y si fuese la "legalidad" de la probanza el sentido en que se dirige la crítica, ha debido el censor atacar, en cargo autónomo, por error de derecho por desconocimiento de las reglas que rigen la aducción del documento al proceso penal, y probar que por este motivo se violó la ley, por exclusión evidente o aplicación indebida de una norma sustancial.

Al afirmar el defensor que el procesado, "en primer lugar suplantó a su madre, al insertar la firma que no era la de Ana Lucía", pero sin tratar de falsificar la firma, es decir simplemente escribió el nombre y el número de cédula, su conducta se hace inocua...", se adentra en los linderos del bien jurídico pero sin demostrar como le era imperioso, que la conducta de su representado no lo lesionó, ni lo puso en peligro.

El bien jurídico protegido, en este caso la fe pública, sí resultó lesionado, como lo consideraron los juzgadores, con el siguiente análisis que hacen de la antijuridicidad formal y material:

"El tipo penal de **falsedad en documento privado**, consagrado en el art. 221 del C.P., exige que la falsificación del documento privado -una letra de cambio en el presente caso- se realice en el tenor o en su firma, que este pueda servir de prueba y que además, se use por parte de quien lo ha falsificado. El título valor, fue falsificado por el aquí procesado, tanto en su tenor como en su firma, es decir de manera integral; sirvió de prueba, como instrumento crediticio, de que se cancelaría la deuda por concepto de los arrendamientos vencidos y además, fue usado, en el momento en que el sindicado hiciera entrega del mismo a la señora Espitia Buitrago, ya que desde entonces lo introdujo en el tráfico jurídico; prueba de ello es que con tal documento, ella misma inició un proceso ejecutivo en el Juzgado 57 Civil Municipal.

"En estos términos, la conducta observada por el señor Omar Yesid Maldonado Gómez, se adecua a la hipótesis de violación de falsedad en documento privado.

"B. Antijuricidad.-

"Para el despacho, ha quedado claro que el comportamiento observado por el aquí sindicado vulneró el bien protegido por el legislador en el Título VI, Capítulo Tercero, art. 221del Estatuto de las Penas Vigente, el cual propugna por la protección de la Fe Pública, sin encontrar su conducta amparo en ninguna de las causales de justificación contempladas en el art. 29 del C.P." (fls. 382 383).

"Omar Yesid Maldonado Gómez al falsificar y usar la letra de cambio referida en el proceso entregándosela a Encarnación Espilia Buitrago, obró con la conciencia y la voluntad de perpetrar una falsedad, puesto que tenía la intención o el propósito de causar un daño a la mencionada mujer; de este modo fue como pudo sacar las pertenencias que esta le retenía por los cánones de arrendamiento atrasados burlándose la deuda. De ahí que este otro argumento defensivo, tampoco esté llamado a prosperar" (pág. 9 de la sentencia del Tribunal).

Razón le asiste a la Delegada cuando considera que si bien es cierto que la señora Espitia Buitrago depositó su confianza en el título valor, era lo propio entender que con igual fe obraba quien lo otorga y consagra en el documento un contenido real de crédito, no un medio de engaño. Y la ley penal, jamás podrá proteger a quien tales maniobras utiliza.

Según el impugnante el procesado a pesar de ser obligado como principal aceptante de la letra de cambio "...no dio el uso jurídico" al título valor, como lo "presumió sentenciador", pues quien efectivamente le dio tal uso al documento que podía servir de prueba "fue Encarnación Espitia Buitrago, y no el sindicado que nunca fue demandado". Pero si se aceptara el uso descrito en el tipo penal del artículo 221 del C.P., la entrega del mismo como garantía de pago o medio para obtener un provecho ilícito para sí "hace que la mera entrega no configure responsabilidad penal, sino otro tipo de conducta. Luego el falso juicio de convicción, se configura al dar por cierto el juzgador, quien asumió una apreciación legal equivocada del uso del documento..."

5. *Ha dicho insistentemente la Sala "que cuando el error se origina en la apreciación del valor probatorio del medio, el impugnante debe demostrar, en primer término, que la estimación que el fallador hizo de su mérito no corresponde a la que debe hacerse de acuerdo con las reglas de la sana crítica, o con las normas de derecho probatorio que preestablecen su valor, según el caso"* [M.P. Dr. Fernando Arboleda Ripoll. Julio 10 de 1996].

Pero nada de esto hace el impugnante, pues se limita a proponer un error de valoración probatoria, que deduce no de la disparidad del fallo con la ley, como corresponde demostrarlo en estos casos, sino de la disconformidad de su criterio personal con el del juzgador, convirtiendo este reproche en un alegato de instancia.

6. Pero además, también olvida el libelista el principio general de la autonomía de los títulos valores, según el cual toda obligación cambiaria deriva su eficacia tanto de la firma impuesta en los títulos valores, como de la entrega con la intención de hacerlo negociable de conformidad con la ley de su

circulación, conforme a la cual, se presume como tenedor legítimo del título a quien lo posee (arts. 625 y 647 del C. de Co.).

Como bien lo destaca el Procurador, lo ciertamente probado es que el móvil de la falsedad en que incurrió Maldonado Gómez fue burlar el crédito otorgado por Encarnación Espitia Buitrago para lo cual falsificó la firma de su progenitora, quien al resultar como obligada solidaria, el acreedor tenía facultad optativa para ejercer el cobro judicial. Esa solidaridad aparece regulada en el artículo 632 del C. de Co. en los siguientes términos: "Cuando dos o mas personas suscriban un título valor, en un mismo grado, como giradores, otorgantes, aceptantes, endosantes, avalistas, se obligarán solidariamente..."

7. Es cierto como lo afirma el juzgador y lo destaca el Procurador, que quien introdujo el documento al tráfico jurídico fue el procesado, al hacer creer a la señora que el título provenía de otra persona. Luego, de conformidad con el contenido sustancial de la negociación de los títulos valores, resulta reprochable este hecho, en tanto que la conducta de la señora se adecua al ordenamiento jurídico.

8. De la afirmación del censor, en el sentido de que "Frente a la autoría de la falsedad, la ausencia de la prueba que determinó que los grafismos estampados en el documento tachado de falso sean de Omar, hacen inexistente la responsabilidad y por ende la culpabilidad en el delito de falsedad", lo primero que se observa es la inexactitud de la argumentación; además indica que la censura radica en que el juzgador condenó sin existir prueba, esto es que la inventó, lo cual no resulta cierto, como lo sostiene la Delegada, puesto que a folios 53 - 54 y 246 -247 obran dos experticias técnicas, que fueron reseñadas por los sentenciadores de instancia en sus respectivos fallos (folios 366 y 377c.o., 8 y 9 c. Tribunal).

En el dictamen realizado sobre las muestras manuscritas tomadas a Ana Lucía Gómez de Maldonado, se establece que "la firma materia de esta experticia, no se identifica con las aportaciones caligráficas de la señora..., no pudiendo, en consecuencia, atribuir a la citada amanuense la autoría de la firma que como suya obra en el documento negociable dubitado'. En el segundo dictamen se logró determinar que en "las muestras escriturales recepcionadas al amanuense Maldonado Gómez se localizan algunas semejanzas morfológicas con los grafismos de duda,...insuficientes para emitir un pronunciamiento de fondo...".

No es posible desconocer la consideración del Tribunal, en el sentido de que "el dictamen grafológico no es el único medio probatorio que permite inferir con certeza legal la autoría y responsabilidad del procesado", pues existen otros elementos de juicio que fueron apreciados conjuntamente y que comprometen seriamente a Maldonado Gómez: fotocopia de la letra de cambio, experticias grafológicas, declaración de Ana Lucía Gómez de Maldonado, testimonios de Encarnación Espitia Buitrago, indicios de interés para delinquir, de oportunidad para delinquir y de mentira. Así las cosas, se impone para el demandante el deber de desquiciar todos los elementos probatorios para ob-

tener una decisión radicalmente contraria a la proferida, como repetidamente lo ha sostenido la Sala. Pero esto no lo hace el impugnante.

9. Acusa al Tribunal de haber incurrido en "falsos juicios de identidad" sobre la prueba indiciaria, error de hecho que se queda en el simple enunciado, pues su planteamiento se reduce a la simple afirmación de que la "estructuración de los hechos indicadores interés para delinquir , oportunidad y mentira... no configuran plena prueba que demuestre la responsabilidad del sindicado, ni mucho menos su autoría, por cuanto en su conjunto apenas constituyen una sospecha o a lo sumo un indicio en contra del sindicado...".

Como se puede observar, el censor no concreta y por ende no podía demostrar error alguno del sentenciador en relación con la "estructuración de los hechos indicadores", mucho menos en la inferencia lógica hecha por el fallador -realmente constitutiva del indicio-, en cambio propone un error de apreciación probatoria, que radica en una simple afirmación, que lo único que pone en evidencia es la disconformidad de su criterio personal con el del juzgador.

Si la intención del libelista era formular un error de derecho por falso juicio de convicción, es pertinente recordar que para su prosperidad se impone demostrar que la estimación que hizo el fallador del mérito probatorio no corresponde a la que debe hacerse con las normas de derecho probatorio que establecen su valor. Pero ninguna de estas demostraciones intentó el demandante.

Finalmente afirma que "De la errónea apreciación y falso juicio de identidad de la prueba testimonial existente en el proceso, tampoco se puede derivar la responsabilidad del sindicado como sí lo predicó el sentenciador...".

10. *La Sala ha precisado que: "No es lo mismo, que una prueba haya sido distorsionada en su expresión fáctica, a que su mérito probatorio sea apreciado incorrectamente. En el primer supuesto, el medio de persuasión se le pone a decir lo que objetivamente no dice, de suerte que el error no trasciende el marco de contemplación puramente material de la prueba. En el segundo, se le otorga un valor distinto del preestablecido en la ley o del que corresponde de acuerdo a los principios de la sana crítica.*

La naturaleza del error y su demostración, en cada caso, es distinta; por eso, deviene antitécnico alegar, a un mismo tiempo y en relación con las mismas pruebas errores de apreciación material y de valoración de su fuerza persuasiva como lo hace el impugnante..." (M. P. Fernando Arboleda Ripoll. Julio 10 de 1996).

En el caso que nos ocupa, el defensor no precisa en qué radica el falso juicio de identidad ni lo demuestra, y en cuanto al yerro que propone originado en un error de apreciación del valor probatorio de la prueba testimonial, su inconformidad descansa en la consideración de que "solamente le fue creído el dicho de la ex-sindicada, acreedora- demandante', quien según su particular óptica -contraria por supuesto a la del sentenciador-, participó en la falsedad documental investigada, al haber estampado su firma como giradora de la letra de cambio, "después de recibirla".

Como quiera que la prueba testimonial está sometida en materia penal al sistema de la persuasión racional, se imponía para el demandante la obligación de precisar de qué manera la valoración hecha por el juzgador se apartó de la lógica, la experiencia o la ciencia, que son los principios que presiden la sana crítica.

Pero nada de esto hace el impugnante. Como fácilmente puede observarse, la censura se reduce, en primer término, a la oposición del criterio del actor a la del sentenciador sobre la credibilidad del testimonio de la señora Espitia Buitrago, sin demostrar los errores objetivos de la evaluación de esta prueba en que incurrió el fallador, para insinuar que no se le debió conferir crédito, por haber participado en el delito de falsedad investigado, olvidándose de que el proceso comporta por su naturaleza, un enfrentamiento probatorio que el juzgador debe dilucidar conforme a la crítica racional que el legislador ha señalado como principio rector del manejo de la prueba.

11. La Sala ha precisado que si la objeción del casacionista se limita a exigir sin respaldo en errores demostrados, como acontece en este evento, la aceptación de su punto de vista sobre el del juez, se sustrae del recurso extraordinario, siendo esta una irregularidad que de por sí comporta improsperidad del cargo (Sentencias de septiembre 13 de 1995 reiterada en la de agosto 8 de 1996. M.P. Dídimo Páez Velandia).

Los planteamientos por los que transita el demandante: antijuridicidad, suposición de prueba, falso juicio de convicción, indicios, etc., como con acierto lo destaca la Delegada, no pasan de ser afirmaciones insulares que distan de la sustentación y demostración lógica de la causal que se propone. Además de que algunas de las citas que hace en el libelo, antes que probar tergiversación de la prueba, demuestran conformidad con la apreciación del fallador y dejan indemostrado el reproche que enuncia.

Las anteriores consideraciones son más que suficientes para concluir de acuerdo con el concepto del Ministerio Público, que imperioso resulta declarar que el cargo no prospera.

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

RESUELVE:

NO CASAR el fallo impugnado.

Cópiese, cúmplase y devuélvase al tribunal de origen.

Jorge Aníbal Gómez Gallego, Fernando E. Arboleda Ripoll, Jorge Enrique Córdoba Poveda, Carlos Augusto Gálvez Argote, Edgar Lombana Trujillo, Mario Mantilla Nougués, Carlos E. Mejía Escobar, Alvaro Orlando Pérez Pinzón, Nilson Pinilla Pinilla.

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

CASACION DISCRECIONAL-Término para la sustentación

En el caso de la casación por la vía excepcional, al no haber fijado la ley el término para la sustentación, la jurisprudencia de la Sala, de manera reiterada y pacífica, ha manifestado que debe ser el mismo que se tiene para interponerlo, esto es, los 15 días siguientes a la última notificación de la sentencia de segunda instancia, de manera que ningún sorprendimiento puede argüir el inconforme.

En consecuencia, la solicitud de concesión del recurso debe hacerse dentro del término que para impugnar en casación ha señalado la ley, siendo también ese lapso la única oportunidad que se tiene para presentar la fundamentación, frente a los motivos indicados en el inciso final del artículo 218 del Código de Procedimiento Penal. El vencimiento del citado plazo implica el fenecimiento de la oportunidad para el ejercicio del derecho.

Corte Suprema de Justicia. - Sala de Casación Penal. - Santa Fe de Bogotá, D.C., cinco (5) de agosto de mil novecientos noventa y nueve (1999).

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

Aprobado Acta No. 116 Procesado 15751

Resuelve la Corte el recurso de reposición interpuesto por el defensor del procesado Alejandro Alberto Preciado Arbeláez, contra la providencia del pasado 25 de mayo, mediante la cual se negó la concesión del recurso de casación discrecional contra la sentencia del 4 de marzo del presente año, proferida por el Tribunal Superior de Santa Fe de Bogotá.

FUNDAMENTOS DEL RECURSO

Los argumentos en que apoya el recurrente su inconformidad, al no ser admitido el recurso por haber sido sustentado extemporáneamente, pueden sintetizarse así:

Luego de hacer mención sobre las dos clases de casación, dice que para la tradicional el legislador estableció un procedimiento que permite su diligenciamiento, mientras que la discrecional, por el contrario, está desprovista de las normas procesales reguladoras de su trámite, aspecto que admitió

esta Corporación en jurisprudencia del 22 de octubre de 1993, aun cuando allí mismo indicó, como solución al problema, que el término para impugnar es la oportunidad para presentar la fundamentación del recurso.

El que el plazo para interponer el recurso de casación discrecional sea el mismo para sustentarlo es, en su criterio, "inane", ya que al legislador de 1993 le hubiera bastado indicarlo en el artículo 223 del Código de Procedimiento Penal.

Considera "lícito sustentar la impugnación extraordinaria excepcional, en todo caso, antes de que el proceso entre a Despacho para decidir sobre su aceptación", pues teniendo como fin que se conozcan los motivos del recurso, "así no se haya sustentado dentro de los 15 días siguientes, contados a partir de la última notificación de la sentencia de segunda instancia, de hecho la Corte se pudo informar sobre ese particular, es decir, por el escrito sustentatorio por fuera de aquel término, no sin olvidar la prevalencia del derecho sustancial sobre el formalismo legal que en este asunto ni siquiera existe, por falta de norma expresa, resultando así también lícita la sustentación no habiendo norma que la exija dentro de un término espacio temporal".

Sostiene que el vacío procedimental, respecto del trámite del recurso excepcional, lo viene supliendo la jurisprudencia de la Corte sin observar los principios rectores establecidos en los artículos 6° y 21 del Código de Procedimiento Penal, además de que la jurisprudencia "no vincula por ser de naturaleza cambiante", quedando los funcionarios judiciales y los sujetos procesales sometidos únicamente al imperio de la ley.

Si bien es cierto que, acota, mediante jurisprudencias del 2 de diciembre de 1993 y 16 de julio de 1996, la Sala fijó los criterios respecto a la casación discrecional, tales postulados se han sentado "sin soporte legal alguno, pues no existe en el ordenamiento penal colombiano la norma que expresamente exija, como requisito formal, que la sustentación se presente en el mismo escrito de interposición del recurso..., y la lógica y el sentido común que podrían aconsejarlo no pueden jamás reemplazarlo o hacer las veces de norma positiva, porque se estaría reclamando la presencia de un requisito de forma que la ley no tiene previsto y conculcando con ello el principio de legalidad de los actos procesales, habida consideración, además, de que los procedimientos son reglados y no puestos ahí por el funcionario de turno...".

Concluye insistiendo en que el citado artículo 223 no exige que la sustentación del recurso deba hacerse dentro de los 15 días de ejecutoria del fallo de segundo grado, pues si el legislador así lo hubiese querido, lo habría establecido expresamente, tal como sucede con los recursos ordinarios, según se desprende de la interpretación sistemática de las normas procesales penales y civiles que regulan el tema.

En consecuencia, solicita se revoque la decisión impugnada y, en su lugar, se conceda el recurso de casación discrecional, "por haber sido sustentado en oportunidad anterior al arribo del proceso a conocimiento de la Corporación".

CONSIDERACIÓN DE LA CORTE

Es criterio del recurrente que los argumentos que sustentan el recurso extraordinario de la casación discrecional pueden ser presentados hasta antes de que el asunto ingrese al despacho para resolver sobre su concesión, toda vez que el artículo 223 del Código de Procedimiento Penal guarda silencio al respecto, debiéndose entender que los 15 días que contempla la mencionada norma es el plazo que tienen los sujetos procesales para impugnar el fallo. Una interpretación contraria, agrega, implicaría suplir el derecho sustancial por el formalismo legal.

No le asiste la razón por los siguientes motivos:

La jurisprudencia de la Sala, de manera reiterada ha señalado que cuando se trata de la casación discrecional es deber del recurrente sustentar el recurso, es decir, expresar los motivos por los cuales estima que debe concederse, que el legislador circunscribió al desarrollo de la jurisprudencia y a la garantía de los derechos fundamentales.

El plazo para hacer esa sustentación, no lo establece la ley, lo que en manera alguna significa que deba dejarse al arbitrio del impugnante, pues es principio general que los actos procesales de las partes deben cumplirse en los términos y oportunidades señaladas por la ley o, en su defecto, por el juez (art. 174 del C. de P.P.), con lo que no sólo se garantiza el ordenado desarrollo de la actuación, sino la lealtad procesal y la seguridad jurídica.

En el caso de la casación por la vía excepcional, al no haber fijado la ley el término para la sustentación, la jurisprudencia de la Sala, de manera reiterada y pacífica, ha manifestado que debe ser el mismo que se tiene para interponerlo, esto es, los 15 días siguientes a la última notificación de la sentencia de segunda instancia, de manera que ningún sorprendimiento puede argüir el inconforme.

En consecuencia, la solicitud de concesión del recurso debe hacerse dentro del término que para impugnar en casación ha señalado la ley, siendo también ese lapso la única oportunidad que se tiene para presentar la fundamentación, frente a los motivos indicados en el inciso final del artículo 218 del Código de Procedimiento Penal. El vencimiento del citado plazo implica el fenecimiento de la oportunidad para el ejercicio del derecho.

Siendo evidente, entonces, que la sustentación del recurso de casación discrecional fue presentada extemporáneamente, la Sala no repondrá la providencia impugnada.

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

RESUELVE:

NO REPONER la providencia del 25 de mayo del año en curso, mediante la cual no se concedió el recurso de casación discrecional solicitado por el defensor del procesado Alejandro Alberto Preciado Arbeláez.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Jorge Aníbal Gómez Gallego, Fernando Arboleda Ripoll, Jorge E. Córdoba Poveda, Carlos Augusto Gálvez Argote, Edgar Lombana Trujillo, Mario Mantilla Nougués, Carlos E. Mejía Escobar, Alvaro Orlando Pérez Pinzón, Nilson E. Pinilla Pinilla.

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

LIBERTAD PROVISIONAL-Condena no ejecutoriada/
PROHIBICION DE SALIR DEL PAIS

Aunque el señor (...), tiene la calidad de no recurrente en casación, la condena que le fue impuesta por el Tribunal Superior de Bogotá, no puede entenderse como definitiva, puesto que mientras esté en trámite el recurso extraordinario el proceso penal aún no ha culminado y, las sentencias de instancia no pueden cobrar fuerza ejecutoria para ninguno de los afectados, incluyendo los no recurrentes, toda vez que, como lo ha reiterado la jurisprudencia, no es factible admitir ejecutorias parciales del fallo impugnado ante la Corte Suprema de Justicia.

No se accederá a cancelar la prohibición de salir del país, puesto que esta determinación dimana directamente de la medida de aseguramiento vigente, de donde se impone que con arreglo al compromiso adquirido al suscribir las actas cuando le fue otorgada libertad provisional, deberá solicitar autorización para viajar al exterior, con el fin de estudiar en cada caso concreto si es o no aconsejable levantar temporalmente dicha restricción.

Corte Suprema de Justicia. - Sala de Casación Penal. - Santa Fe de Bogotá D. C., cinco (5) de agosto de mil novecientos noventa y nueve (1999).

Magistrado Ponente: Dr. *Edgar Lombana Trujillo.*

Aprobado Acta No. 116 Proceso No. 15548

La Sala resuelve la solicitud de "libertad definitiva por pena cumplida" elevada por el señor Ricardo Charry Montealegre, quien se encuentra ya en libertad provisional.

DE LA PETICIÓN

Después de hacer referencia al tiempo que permaneció detenido en la Cárcel Distrital de Santa Fe de Bogotá, y más tarde en su domicilio, el señor Ricardo Charry Montealegre, concluye que ha pagado la totalidad de la condena que le fue impuesta, y, por tanto, solicita su "libertad definitiva" y, además, que le "sea expedido un certificado de libertad y así se me levanten las órdenes de captura, que exista a la fecha, esto con el fin de presentarlo ante las autoridades competentes para efectos de viaje fuera del país."

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

1. Se precisa al iniciar que por no encontrarse ejecutoriada materialmente la sentencia condenatoria, aunque se solicita libertad por pena cumplida ha de entenderse la petición como de libertad provisional, referida a las previ siones del numeral 2 del artículo 415 del Código de Procedimiento Penal.

En efecto, *aunque el señor Charry Montealegre, tiene la calidad de no recurrente en casación, la condena que le fue impuesta por el Tribunal Superior de Bogotá, no puede entenderse como definitiva, puesto que mientras esté en trámite el recurso extraordinario el proceso penal aún no ha culminado y, las sentencias de instancia no pueden cobrar fuerza ejecutoria para ninguno de los afectados, incluyendo los no recurrentes, toda vez que, como lo ha reiterado la jurisprudencia, no es factible admitir ejecutorias parciales del fallo impugnado ante la Corte Suprema de Justicia.*

2. El señor Ricardo Charry Montealegre, fue capturado el tres (3) de agosto de mil novecientos noventa y tres (1993), (folio 31 cdno. 1), y condenado por el Juzgado Doce Penal del Circuito de Bogotá, el veinticuatro (24) de septiembre de mil novecientos noventa y siete (1997), a la pena principal de treinta y un (31) meses de prisión, "a título de cómplice de los punibles de falsedad material de particular en documento público agravada por el uso y falsedad en documento privado" (folio 138 cdno. 17).

La decisión fue confirmada por el Tribunal Superior de Santa Fe de Bogotá, el cuatro (4) de agosto de mil novecientos noventa y ocho (1998), (folio 13 cdno. Tribunal), con la modificación consistente en reducir la pena, para cifrarla en veintiocho (28) meses de prisión, y en contra de ella se interpuso el recurso extraordinario que está haciendo trámite en esta Corporación.

3. Como quiera que al señor Charry Montealegre, no se le concedió libertad provisional al definirle su situación jurídica, desde el momento de su aprehensión permaneció recluido en la Cárcel Distrital de esta ciudad, hasta el catorce (14) de diciembre de mil novecientos noventa y tres (1993), cuando suscribió diligencia de compromiso pertinente a la sustitución de la detención preventiva por domiciliaria, que le fue otorgada mediante auto del 18 de noviembre de 1993, por la Unidad Especial de Fiscalías Delegada ante el Tribunal Superior de Bogotá (folios 24 cdno1: 27 y 102 cdno 2).

Más adelante, mediante auto del 15 de julio de 1996, el Juzgado Once Penal del Circuito de Santa Fe de Bogotá, le concedió libertad provisional, con efecto a partir del treinta (30) de julio de mil novecientos noventa y seis (1996), fecha en que suscribió el acta de compromiso. (folios 194 y 212 cdno. 16)

Significa lo anterior, que, sin solución de continuidad, el procesado ha permanecido bajo restricción de su libertad física, entre la Cárcel Distrital y su domicilio, el tiempo de treinta y cinco (35) meses más veintisiete (27) días, superando significativamente la condena de prisión que le fue impuesta.

4. Haciendo un recuento similar al anterior, el señor Ricardo Charry Montealegre, ya había solicitado su "libertad definitiva por pena cumplida",

ante el Tribunal Superior de Santa Fe de Bogotá, Corporación que, previas explicaciones, le concedió libertad provisional por pena cumplida, a través de auto del dos (2) de septiembre de mil novecientos noventa y ocho (1998), providencia que, además, hizo claridad sobre la verdadera situación del procesado, toda vez que la resolución que calificó el mérito del sumario no se refirió a este tópico, ni la sentencia de primera instancia revocó la anterior libertad provisional, a pesar de que habían cesado los motivos que la sustentaban. (folio 40 cdno. Tribunal)

5. En este orden de ideas, la nueva petición de "libertad definitiva" impetrada por el señor Charry Montealegre, deviene en improcedente y, por tanto, en tal sentido se decidirá, ordenando estar a lo decidido por el Tribunal Superior de Santa Fe de Bogotá, en auto del 2 de septiembre de 1998, cuando le fue concedida libertad provisional.

6. De otra parte, *no se accederá por cancelar la prohibición de salir del país, puesto que esta determinación dimana directamente de la medida de aseguramiento vigente, de donde se impone que con arreglo al compromiso adquirido al suscribir las actas cuando le fue otorgada libertad provisional, deberá solicitar autorización para viajar al exterior, con el fin de estudiar en cada caso concreto si es o no aconsejable levantar temporalmente dicha restricción.*

7. Finalmente, luego de revisar los expedientes, se constató que no fueron canceladas oportunamente varias órdenes de captura expedidas para hacer que el señor Ricardo Charry Montealegre, compareciera al presente proceso. Como quiera que tales requerimientos, con motivo exclusivo de este asunto, ya no tienen razón de ser, se dispondrá que por la Secretaría de la Sala, se envíen los oficios pertinentes a las autoridades destinatarias de dichas órdenes, dando cuenta de su cancelación.

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

RESUELVE:

PRIMERO: ABSTENERSE de conceder libertad definitiva al procesado Ricardo Charry Montealegre, identificado con cédula de ciudadanía No. 12.132.843 de Neiva, quien podrá continuar en libertad provisional en la forma y términos en que le fue reconocido este derecho por el Tribunal Superior de Santa Fe de Bogotá, mediante auto del dos (2) de septiembre de mil novecientos noventa y ocho (1998).

SEGUNDO: Abstenerse de levantar la prohibición de salir del país que afecta al señor Ricardo Charry Montealegre, de conformidad con la parte motiva de este auto.

TERCERO: Ordénase la cancelación de las boletas de captura expedidas exclusivamente con ocasión del presente asunto y que aún permanecen vigentes.

Cópiese, notifíquese y cumplase.

Jorge Aníbal Gómez Gallego, Fernando E. Arboleda Ripoll, Jorge E. Córdoba Poveda, Carlos A. Gálvez Argote, Edgar Lombana Trujillo, Mario Mantilla Nougués, Carlos E. Mejía Escobar, Alvaro O. Pérez Pinzón, Nilson Pinilla Pinilla.

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

LESIONES PERSONALES/DESISTIMIENTO/ CONTRAVENCION/FUERO

Si bien la denuncia del señor (...) giró en torno de una supuesta violencia contra servidor público descrita en el artículo 164 del Código Penal, un acertado juicio de tipicidad permite adecuar la conducta en unas lesiones personales con incapacidad definitiva de 6 días - folio 10 vto -, lo cual constituye contravención cuyo trámite investigativo corresponde a esta Corte dado que dentro de la asignación de competencia prevista en el artículo 235 de la Constitución se prevé el juzgamiento de los aforados por cualquier hecho punible, ámbito dentro del que por mandato expreso del artículo 16 del Código de Procedimiento Penal se encuentra la conducta denunciada, además, en ningún caso autoridad distinta a esta Corporación puede ordenar la detención de una persona que tenga la prerrogativa constitucional del fuero salvo los casos de flagrancia con la inmediata responsabilidad de quien realiza la aprehensión de ponerlo a disposición del exclusivo y excluyente competente, conforme a una interpretación teleológica de lo estatuido en el artículo 186 de la Carta.

El artículo 77 del Código Penal determina que el desistimiento aceptado por el querellado extingue la acción penal. Para que el funcionario judicial lo admita debe ser presentado por escrito antes de que se profiera sentencia de primera o única instancia y aceptado libremente por el denunciado - artículo 34 del C.P.P.

Corte Suprema de Justicia. - Sala de Casación Penal. - Santa Fe de Bogotá, D.C, diez (10) de agosto de mil novecientos noventa y nueve (1999).

Magistrado Ponente: *Dr. Jorge Aníbal Gómez Gallego*

Aprobado Acta No. 117 Proceso No. 15510

Procede la Sala a decidir sobre la aceptación del desistimiento de la denuncia presentada por Jorge Hernando Sambony León en contra del Senador Juan José Chaux Mosquera.

ANTECEDENTES

El 6 de febrero de este año Jorge Hernando Sambony León puso en conocimiento de la autoridad la agresión de que había sido motivo por parte del Senador Juan José Chaux Mosquera.

Establecida una incapacidad de 6 días derivada de laceración superficial de 2 centímetros en mucosa del labio superior y trauma en el glúteo derecho, el ofendido desistió de toda acción en contra del aforado - febrero 8 -, determinación que este último aceptó libremente el pasado 16 de julio ante esta Corporación.

CONSIDERACIÓN DE LA CORTE

Si bien la denuncia del Señor Sambony León giró en torno de una supuesta violencia contra servidor público descrita en el artículo 164 del Código Penal, un acertado juicio de tipicidad permite adecuar la conducta en unas lesiones personales con incapacidad definitiva de 6 días - folio 10 ibi -, lo cual constituye contravención cuyo trámite investigativo corresponde a esta Corte dado que dentro de la asignación de competencia prevista en el artículo 235 de la Constitución se prevé el juzgamiento de los aforados por cualquier hecho punible, ámbito dentro del que por mandato expreso del artículo 18 del Código de Procedimiento Penal se encuentra la conducta denunciada, además, en ningún caso autoridad distinta a esta Corporación puede ordenar la detención de una persona que tenga la prerrogativa constitucional del fuero salvo los casos de flagrancia con la inmediata responsabilidad de quien realiza la aprehensión de ponerlo a disposición del exclusivo y excluyente competente, conforme a una interpretación teleológica de lo estatuido en el artículo 186 de la Carta.

El artículo 77 del Código Penal determina que el desistimiento aceptado por el querellado extingue la acción penal. Para que el funcionario judicial lo admita debe ser presentado por escrito antes de que se profiera sentencia de primera o única instancia y aceptado libremente por el denunciado -artículo 34 del C.P.P.-

En el caso a estudio, el memorial de desistimiento fue presentado personalmente por Sambony León ante la Oficina Local de Asignaciones de la Dirección Seccional de Fiscalías de Popayán, escrito cuyo contenido conoció Chaux Mosquera aceptando la decisión, sin que de manera alguna surja discusión sobre las plenas facultades morales e intelectuales con que voluntariamente actuaron los protagonistas.

Así las cosas existe un acuerdo de dar por fenecido el conflicto de orden procesal génesis de esta investigación, por lo que al encontrarse satisfechas las exigencias formales para aceptar el desistimiento, se proferirá resolución inhibitoria porque la acción no puede iniciarse de acuerdo con lo previsto en el artículo 327 del C.P.P.

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

RESUELVE:

1. ACEPTAR el desistimiento presentado por Jorge Hernando Samboni León.

2. PROFERIR resolución inhibitoria en favor del aforado Juan José Chaux Mosquera.

3. ARCHIVAR esta actuación una vez en firme la providencia.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Jorge Aníbal Gómez Gallego, Fernando Arboleda Ripoll, Jorge E. Córdoba Poveda, Carlos A. Gálvez Argote, Edgar Lombana Trujillo, Mario Montilla Nougués, Carlos E. Mejía Escobar, Alvaro Orlando Pérez Pinzón, Nilson Pinilla Pinilla.

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

VIOLACION INDIRECTA DE LA LEY/FALSO JUICIO DE EXISTENCIA

La violación indirecta de la ley sustancial la deriva el censor de error de hecho por falso juicio de existencia. Sin embargo, resulta manifiesto que no demostró ninguno. Señala que aunque se probó que el plomo "presuntamente" rescatado del cuerpo de la occisa presentaba residuos óseos, no se determinó si los mismos en realidad le pertenecían. A juicio del censor esta circunstancia hacía incompleta la prueba para condenar a su representado. Hasta aquí, sin embargo, ningún error del juzgador ha sido planteado, sino solamente subrayado un vacío probatorio que de ninguna manera coincide con el concepto de falso juicio de existencia.

Tal tipo de error se estructura cuando el fallador deja de estimar un medio probatorio que obra en el proceso o considera uno que no existe. Y cuando se alega en casación, resulta obvio que el demandante debe precisar la prueba omitida o supuesta y en seguida demostrarle a la Corte que otra habría sido la orientación del fallo en el evento de que el error no hubiera tenido lugar. Este ejercicio implica necesariamente enfrentar los fundamentos de la sentencia. Pero no de manera general y abstracta como sucede en el evento analizado, sino de manera concreta, en su estructura lógica. Si lo que se busca es resquebrajarla, su contenido no puede ser ignorado diciendo globalidades o tejiendo un discurso en sus márgenes.

Corte Suprema de Justicia. - *Sala de Casación Penal.* - Santa Fe de Bogotá D.C., agosto diez (10) de mil novecientos noventa y nueve (1999).

Magistrado ponente: Dr. *Carlos Eduardo Mejía Escobar*

Aprobado acta No. 117 Proceso No. 13910

Procede la Corte a resolver si la demanda de casación presentada a nombre del procesado Arnoldo García Echavarría, satisface las exigencias formales señaladas en el artículo 225 del Código de Procedimiento Penal.

ANTECEDENTES

Gloria Londoño Saavedra, de 34 años, salió de su residencia en Buga hacia las 6 de la tarde del 22 de abril de 1996. Y no regresó. A los 3 días fue

encontrada muerta en la Hacienda San Lorenzo de Guacarí, "sobre una suerte de caña". Presentaba un impacto de arma de fuego en su mano izquierda, dos más en la cabeza y de acuerdo con el Instituto de Medicina Legal su fallecimiento se habría producido el mismo 22 de abril.

Paralelamente al desaparecimiento un desconocido comenzó a comunicarse telefónicamente con su casa. Las llamadas fueron atendidas por Mario Germán González, su cuñado, a quien se le hizo la exigencia de 20 millones de pesos. Primero para que con ello evitara que le sucediera algo a la señora y después, una vez fue conocido su deceso, para que no le pasara lo mismo a él, a su mamá o al resto de su familia.

Fue solicitada la intervención de la policía, se procedió a rastrear electrónicamente el sitio de origen de las llamadas y justo cuando hacían una desde un teléfono público, hacia las 6:30 P.M. del 30 de abril de 1996, fueron sorprendidos y capturados Elver Andrés Suárez y Arnoldo García Echavarría. Estos fueron vinculados al proceso y detenidos preventivamente el 10 de mayo de 1996 por los cargos de homicidio agravado, extorsión y porte ilegal de armas. Existió ruptura de la unidad procesal en virtud de que se cerró parcialmente la investigación. En lo concerniente a García Echavarría el ciclo instructivo fue clausurado el 5 de agosto de 1996 y la resolución acusatoria resultó expedida el 25 de septiembre siguiente, luego de que la Fiscalía le negara la libertad provisional solicitada por vencimiento de términos sin que se hubiere producido la calificación y de resolver el recurso de reposición interpuesto en contra de esa negativa. Los cargos deducidos en la acusación fueron homicidio agravado, tentativa de extorsión y porte ilegal de armas.

La providencia calificatoria fue apelada por la defensa y la Unidad de Fiscalía Delegada ante el Tribunal Superior de Buga declaró desierto el recurso por falta de sustentación.

La fase del juicio estuvo a cargo del Juzgado 2° Penal del Circuito de Buga, el cual dictó sentencia el 2 de mayo de 1997. Condenó a García Echavarría por los cargos de la acusación a 43 años y 8 meses de prisión, a 10 años de interdicción de derechos y funciones públicas, a 15 de suspensión de la patria potestad y al pago en concreto de los daños y perjuicios causados con los delitos.

El Tribunal Superior de Buga a través del fallo recurrido en casación, expedido el 22 de julio de 1997, confirmó la sentencia de primera instancia, fijando la pena de prisión en 41 años y 2 meses.

LA DEMANDA

Dos cargos le hace el defensor de Arnoldo García Echavarría a la sentencia.

Primero.

Invoca la causal 3ª de casación. Dice que se lesionó el debido proceso y hace consistir la violación en que la Fiscalía actuó deslealmente. Se cumplió

el término que le permitía a su representado obtener la libertad provisional por no haberse calificado el sumario dentro de él y el instructor, en lugar de ordenar la excarcelación, restringió ese derecho atribuyéndole a la defensa la causa por la cual no se había producido a tiempo la calificación, es decir porque solicitó la revocatoria del cierre de la instrucción para pedir que se practicaran otras pruebas, lo cual hizo con fundamento en el artículo 438 del Código de Procedimiento Penal.

Niega que haya sido responsable de la mora en la expedición del acto procesal y por lo tanto que tengan razón los funcionarios judiciales que con tal percepción se refirieron al tema. A su parecer otras fueron las causas del vencimiento del término y procede a presentarlas. Estas básicamente tienen que ver con la forma nada acuciosa como la Fiscalía tramitó la investigación, por lo que la negación de la libertad provisional se motivó falsamente. Se quebrantó, entonces, agrega el censor, el derecho de defensa del procesado al limitarle la posibilidad de solicitar pruebas y también el derecho de libertad, por lo que la sentencia se dictó en un juicio viciado de nulidad.

Aduce, además, que al interponer el recurso de reposición contra el cierre de la investigación lo que buscaba era que se allegara el dictamen de balística que se había ordenado practicar y que estaba orientado a establecer la correspondencia o no entre una ojiva encontraba en el cadáver con las producidas por el arma incautada, lo cual tenía incidencia en el esclarecimiento de los hechos. Dicho medio de prueba sólo se allegó al proceso el 23 de agosto de 1997, no estaba en el expediente cuando la interposición del recurso de reposición y a ello no se refirió el Tribunal ni a otros argumentos que planteó, concluye el casacionista.

Segundo.

Lo apoya el censor en la causal 1ª de casación, cuerpo segundo. Manifiesta que se violó en forma indirecta la ley debido a error de hecho originado en falso juicio de existencia. Y fundamenta la equivocación en la siguiente fundamentación:

a. En la fase de la causa la defensa solicitó la realización de un dictamen pericial, dirigido a establecer si en el plomo "presuntamente" rescatado del cuerpo de la víctima existían tejidos, sangre o residuos óseos pertenecientes a la misma.

b. El dictamen se allegó al proceso, concluye que el elemento examinado presenta restos óseos, pero no determinó a qué o a quién pertenecen. Si "a un humano, a un animal, o sustancia artificial o natural, persistiendo desde luego la duda sobre el tema a probar, no obstante haberlo solicitado la defensa durante el término de traslado en el juicio, que es precisamente el de establecer si tales huellas pertenecen a la víctima..."

c. Para la aclaración del punto se hacía necesaria la exhumación del cadáver, diligencia que fue solicitada por la Procuraduría en la instrucción y omitida su práctica por la Fiscalía.

d. La no determinación de si el plomo examinado fue encontrado en verdad en el cuerpo de la occisa, deriva en "...la inexistencia probatoria que ha reclamado la defensa y que ahora permite considerar que el juzgador plural incurrió en una inferencia intelectual, que lo conduce a un error de hecho porque creyendo completa, a plenitud, la prueba que tiene incidencia en la certeza sobre la responsabilidad penal de mi representado (concluye el demandante), no lo es, toda vez que adoleció de la notada adición; que es en lo que estriba el motivo de la presente censura. Es decir, no obra en la actuación procesal precisamente la prueba a través de la cual se demuestre a plenitud que la ojiva examinada fue la que causó el deceso a la señora Gloria Londoño Saavedra y la decisión cuestionada se toma con fundamento en dicha prueba imaginada por el juzgador".

Al no existir la plena prueba de la responsabilidad del procesado, finaliza el censor, debía darse aplicación al artículo 445 del Código de Procedimiento Penal. Y al no hacerlo el Tribunal conculcó el artículo 247 de la misma obra.

La solicitud es, entonces, que se case la sentencia y se dicte el fallo de reemplazo o, en subsidio, se declare la nulidad de lo actuado a partir del momento en que fue restringido el derecho a la libertad y al debido proceso del inculpado.

Consideraciones de la Sala

La demanda de casación examinada, como se verá, no satisface las exigencias formales contenidas en los numerales 3 y 4 del artículo 225 del Código de Procedimiento Penal.

El primer error en el cual incurrió el censor fue haber formulado como principales dos cargos que se excluyen. Alegar la causal 3ª de casación de manera simultánea con la 1ª, como lo hizo, resulta contradictorio pues no se puede, por una parte, sostener la existencia de vicios que afectan la estructura misma del proceso y al tiempo partir de que el mismo se tramitó conforme a la ley, como supuesto para plantear que se infringieron en forma indirecta normas de derecho sustancial al incurrirse en la sentencia en errores de hecho.

Aunque es cierto que el 2º inciso del numeral 4º del artículo 225 del Código de Procedimiento Penal autoriza la formulación de cargos excluyentes, le impone al recurrente que lo haga separadamente y de manera subsidiaria, lo cual incumplió el casacionista en el evento examinado.

De todas maneras, no obstante lo anterior, encuentra la Sala deficiente la demostración de cada uno de los cargos individualmente considerados. En el de nulidad el casacionista simplemente adujo como irregularidad que su representado tenía derecho a la libertad provisional por el transcurso del término de 120 días sin que se hubiera producido la calificación del mérito probatorio del sumario, que no se le concedió y que los argumentos del Fiscal instructor para no hacerlo (causas imputables a la defensa), no correspondían a la verdad. Se trata de lo que a su parecer constituyó una anomalía de carácter

sustancial, frente a la cual surgía como deber el señalar su trascendencia e influencia en el resultado final del proceso. Pero otra vez el demandante incumplió. Se limitó a la mención del yerro sin ningún tipo de desarrollo adicional y en tales condiciones es manifiesto que el cargo fue realizado de manera incompleta, por lo que la demanda será inadmitida.

El segundo cargo fue igualmente desafortunado. La violación indirecta de la ley sustancial la deriva el censor de error de hecho por falso juicio de existencia. Sin embargo, resulta manifiesto que no demostró ninguno. Señala que aunque se probó que el plomo "presuntamente" rescatado del cuerpo de la occisa presentaba residuos óseos, no se determinó si los mismos en realidad le pertenecían. A juicio del censor esta circunstancia hacía incompleta la prueba para condenar a su representado. Hasta aquí, sin embargo, ningún error del juzgador ha sido planteado, sino solamente subrayado un vacío probatorio que de ninguna manera coincide con el concepto de falso juicio de existencia.

Tal tipo de error se estructura cuando el fallador deja de estimar un medio probatorio que obra en el proceso o considera uno que no existe. Y cuando se alega en casación, resulta obvio que el demandante debe precisar la prueba omitida o supuesta y en seguida demostrarle a la Corte que otra habría sido la orientación del fallo en el evento de que el error no hubiera tenido lugar. Este ejercicio implica necesariamente enfrentar los fundamentos de la sentencia. Pero no de manera general y abstracta como sucede en el evento analizado, sino de manera concreta, en su estructura lógica. Si lo que se busca es resquebrajarla, su contenido no puede ser ignorado diciendo globalidades o tejiendo un discurso en sus márgenes.

En el presente caso el censor ni siquiera aclaró cuál fue el medio probatorio supuesto. Dejó la sensación que ninguno. El dictamen de balística a que hizo referencia estaba dentro del proceso y simplemente, como dice, no contestaba a un punto que a la defensa le parecía determinante. En qué radicó, entonces, el falso juicio de existencia? Qué fue lo que imaginó el Tribunal? Tal vez que los residuos óseos encontrados al plomo pertenecían a la víctima? En este caso el error habría consistido en la tergiversación del contenido de un medio probatorio (falso juicio de identidad) y naturalmente debía demostrarse su trascendencia.

La precariedad del segundo cargo, en consecuencia, es incuestionable. No fue claro, tampoco preciso, carece de desarrollo y en tales condiciones no alcanza los requisitos legales mínimos para proceder a la admisión de la demanda.

Por lo expuesto, de conformidad con el artículo 226 del Código de Procedimiento Penal, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia,

RESUELVE:

1. INADMITIR la demanda de casación presentada a nombre del procesado Arnoldo García Echavarría.

2. Declarar desierto el recurso y devolver el proceso al Tribunal de origen.

3. Contra la presente decisión no procede recurso alguno (art. 197 del C. de P.P.

Cúmplase.

Jorge Aníbal Gómez Gallego, *Fernando Arboleda Ripoll, Jorge E. Córdoba Poveda, Carlos Augusto Gálvez Argote, Edgar Lombana Trujillo, Mario Manrilla Nougués, Carlos E. Mejía Escobar, Alvaro Orlando Pérez PinzónNilson Pinilla Pinilla.*

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

DEMANDA DE CASACION/ERROR DE HECHO

Cuando un casacionista acude a la violación indirecta de la ley sustancial por error de hecho, debe mostrar, con precisión, que se cae en esa forma de error, de dos maneras:

Error de hecho basado en falso juicio de existencia, bien porque se ignora la presencia del medio probatorio, bien porque se le supone.

Error de hecho fundado en falso juicio de identidad, cuando el medio probatorio es tergiversado o distorsionado...

El casacionista opta por la vía del error de hecho por falso juicio de identidad que, como se dijo, surge cuando el juzgador tergiversa o distorsiona la prueba.

Tergiversar es trastocar, trabucar, torcer, confundir, trastornar, ofuscar o voltear una cosa de arriba a abajo o de un lado a otro.

Distorsionar es deformar, distender, relajar, tensionar violentamente.

Frente al error aducido, así, compete al censor demostrar que el juzgador ha realizado cualquiera de esos comportamientos, del tal manera que el yerro se detecte con facilidad, sin esfuerzo, es decir, que sea protuberante, ostensible. Esto no lo ha hecho el demandante frente al expediente.

Se sabe que en casación no es posible entrar a puruyonar las apreciaciones del juzgador con las del censor. Si el demandante percibe errores manifiestos, fácilmente captables, sobre la existencia o sobre la identidad de las pruebas, debe enseñarlos tajantemente y no limitarse a decir qué piensa él sobre la prueba y simplemente oponer su opinión a la de los jueces...

Se sabe que cuando es atacada la prueba, compete al censor hacer un estudio total de la misma y demostrar cómo de no haberse presentado las falencias judiciales, integralmente el conjunto demostrativo habría conducido a otra determinación.

Frente a cualquier forma de error, es evidente y lógico que el censor se ocupe en demostrar cómo se llega a la violación de la ley sustancial, es

decir, en por lo menos señalar cuál (es) es (son) la norma (s) quebrada por el fallo que reprocha. Trátase, así de la relación de fundamento a consecuencia o, si se prefiere, de causa a efecto. Desde luego, no se está exigiendo respecto de los errores de hecho algo más allá de la sencilla contemplación de la prueba pero sí, como mínimo, la indicación de la o las disposiciones sustanciales rotas.

Corte Suprema de Justicia. - Sala de Casación Penal. - Santa Fe de Bogotá, D.C., agosto diez de mil novecientos noventa y nueve.

Magistrado Ponente: Dr. *Alvaro Orlando Pérez Pinzón*

Aprobado Acta No. 117 Proceso No. 14159

Resuelve la Sala sobre la admisibilidad de la demanda de casación presentada por el defensor del señor Héctor Daniel González Cruz, contra la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Cundinamarca, mediante la cual lo condenó a 12 ½ años de prisión por el delito de homicidio en grado de tentativa.

HECHOS

Sucedieron el día 1°. de septiembre de 1.996, al caer la tarde. José de Jesús Barreto Barreto se desplazaba rumbo a su residencia ubicada en la vereda El Zaque, Cuarto de San Pedro, jurisdicción de Gachetá, cuando fue agredido con arma cortopunzante -machete- por Héctor Daniel González Cruz, quien le causó varias heridas: cinco en el cuero cabelludo, dos de ellas con prolongación de trayectoria a región frontofacial izquierda y frontotemporal. Además, le produjo varias escoriaciones.

ANTECEDENTES

Formulada la denuncia el 9 de septiembre de 1996, a los dos días la unidad de fiscalía seccional de Gachetá dictó auto de diligencias preliminares.

El 10 de octubre de 1996, la unidad de fiscalía ante el juzgado del circuito abrió la investigación y el 5 de noviembre del mismo año, la fiscal 001 profirió medida detentiva por tentativa de homicidio.

La investigación fue cerrada el 31 de diciembre de 1996 y el 4 de febrero de 1997, el investigador acusó a González Cruz como autor de homicidio agravado en grado de tentativa. Apelada la decisión, la unidad de fiscalía ante los Tribunales de Santafé de Bogotá y de Cundinamarca le impartió ratificación mediante providencia del 19 de marzo de 1997.

El 26 de junio de 1997, el juzgado penal del circuito de Gachetá condenó al procesado: 20 años de prisión, como autor de tentativa de homicidio agravado; 150 gramos oro, a título de indemnización por los daños materiales y morales; e interdicción del ejercicio de derechos y funciones públicas, por 10 años.

Apelado el fallo, el 25 de septiembre de 1997, el Tribunal de Cundinamarca confirmó la sentencia, salvo en cuanto a la imputación y la pena, tras estimar

que no se trataba de tentativa de homicidio agravado sino de homicidio simple. Por ello, redujo la sanción a 12 ½ años de prisión.

El defensor interpuso recurso extraordinario de casación.

La Demanda

El casacionista impugna la sentencia "...por violación idirecta de la ley por error de hecho". Y quiere fundamentar el cargo, así:

1. Tanto el procurador de Gachetá como el defensor, han insistido en el "beneficio de la duda" y, en consecuencia, en la absolución del señor González Cruz, tal como se afirmó en la audiencia de sustentación del recurso de apelación, celebrada en el Tribunal de Cundinamarca.

2. El Tribunal admitió que la víctima había incurrido en algunas incoherencias durante sus declaraciones. Sin embargo, omitió transcribir otras, y más graves.

3. El testimonio del ofendido Barreto Barreto fue mal apreciado por el fallador de 2ª. instancia. Si tal prueba encierra incoherencias y vicios que afectan la credibilidad, se impone la necesidad de reconocer el "beneficio de la duda", lo que implica casar la sentencia y decretar la absolución del procesado.

4. El falso juicio de identidad con relación al testimonio del ofendido Barreto Barreto conduce a la duda generalizada, no obstante lo cual el Tribunal no revocó la sentencia apelada.

Alegato de los no Recurrentes

Dentro del término de traslado, el apoderado de la parte civil se opuso a las pretensiones del demandante, por las siguientes razones:

1. El error de hecho se presenta cuando el sentenciador tergiversa o distorsiona el sentido de la prueba, falsea su expresión fáctica, o la hace producir efectos jurídicos que no se derivan de su contenido.

2. El demandante no precisa el medio de prueba que pretende atacar, simplemente se refiere a lo manifestado por el ministerio público y por la propia defensa. Solo en uno de los puntos alega que el sentenciador erró en la apreciación del testimonio de la víctima y por ese hecho debe otorgársele el beneficio de la duda.

3. De las pruebas existentes en las diligencias se desprende con claridad que el procesado cometió el ilícito y que su intención fue tratar de causarle la muerte al ofendido.

4. La declaración de la víctima es clara y precisa en cuanto a la sindicación que hace al implicado como el autor de la agresión, entre otras razones porque lo conocía de tiempo atrás. De allí que una vez le manifestó el propósito de matarlo, le reconoció la voz e identificó los rasgos físicos. Por ello señaló a Héctor González como el autor de las lesiones, versión corroborada por la señora Lucía Helena Torres Sánchez en la declaración que rindiera.

5. La declaración del menor Manuel Antonio Angel Pachón desvirtúa por completo la versión de los familiares del procesado, por cuanto quedó demostrada la presencia de éste en el sitio y a la hora de los hechos.

6. De las diligencias también se infiere con claridad que el implicado planeó el hecho y esperó la hora propicia para que se presentara la víctima en el sitio para consumar el ilícito.

7. Los familiares del inculpado se contradicen entre sí y ni siquiera concuerdan con la versión de Barreto Barreto quien afirmó que ese día había salido a las cuatro y cuarto de la tarde con el fin de mirar un ganado y los parientes señalan que fue desde las tres.

8. Los elementos estructurales de la tentativa se dan en el proceso, toda vez que se inició de manera inequívoca la realización del hecho, utilizando para tal efecto las armas capaces de producir la muerte y el resultado se frustró por motivos ajenos al agente, como fue la oportuna atención médica.

9. Los artículos 2341 del código civil y 44 del código de procedimiento penal, son normas relacionadas con la obligación de resarcir los perjuicios ocasionados con el delito.

10. Al lesionado se le causaron perjuicios de índole económico y moral derivados de los gastos médicos, quirúrgicos, honorarios médicos, transporte, incapacidad para trabajar y traumatismo que trascendieron a la familia; por ello, la condena que se hizo tan solo se compadece en mínima parte con los gastos ocasionados.

Consideraciones de la Corte

La demanda que se estudia debe ser rechazada, por estos motivos:

1. Cuando un casacionista acude a la violación indirecta de la ley sustancial por error de hecho, debe mostrar, con precisión, que se cae en esa forma de error, de dos maneras:

1.1. Error de hecho basado en falso juicio de existencia, bien porque se ignora la presencia del medio probatorio, bien porque se le supone.

1.2. Error de hecho fundado en falso juicio de identidad, cuando el medio probatorio es tergiversado o distorsionado.

2. La única mención que hace el recurrente a las especies de error de hecho, es la que plasma al folio 6 del libelo, con estas palabras:

"El falso juicio de identidad con relación al testimonio del propio ofendido José de Jesús Barreto Barreto, en el que incurrió el fallador de segunda instancia no obstante haber aceptado y reconocido en la sentencia, las incoherencias y vicios contenidos en el dicho testimonio, lo que le restan credibilidad, lo hacen vulnerable frente a la más elemental crítica testimonial, y obviamente produce una duda generalizada en su contenido, no obstante repito, el Tribunal no revocó el fallo del *a quo*, razón que me llevó a presentar

ante la honorable Corte Suprema la presente demanda con la esperanza de encontrar allí el correctivo que no fue dado en el *ad quem*".

En este punto, entonces, *el casacionista opta por la vía del error de hecho por falso juicio de identidad que, como se dijo, surge cuando el juzgador tergiversa o distorsiona la prueba.*

Tergiversar es trastocar, trabucar, torcer, confundir, trastornar, ofuscar o voltear una cosa de arriba a abajo o de un lado a otro.

Distorsionar es deformar, distender, relajar, tensionar violentamente.

Frente al error aducido, así, compete al censor demostrar que el juzgador ha realizado cualquiera de esos comportamientos, del tal manera que el yerro se detecte con facilidad, sin esfuerzo, es decir, que sea protuberante, ostensible. Esto no lo ha hecho el demandante frente al expediente.

3. Se sabe que en casación no es posible entrar a parangonar las apreciaciones del juzgador con las del censor. Si el demandante percibe errores manifiestos, fácilmente captables, sobre la existencia o sobre la identidad de las pruebas, debe enseñarlos tajantemente y no limitarse a decir qué piensa él sobre la prueba y simplemente oponer su opinión a la de los jueces. A pesar de ello, el libelista, aquí, se dedica en página y media a transmitir por qué sí hay inconsistencias e incoherencias en las intervenciones de Barreto Barreto. Quizás por ello incurre en otras imprecisiones que seguramente conducirían a diferentes formas de error -ni siquiera esbozadas en la demanda- por ejemplo, cuando se refiere a que el Tribunal "omitió" transcribir unas inconsistencias y "apreció" mal el testimonio. Y ello no es plausible en esta sede.

4. También *se sabe que cuando es atacada la prueba, compete al censor hacer un estudio total de la misma y demostrar cómo de no haberse presentado las falencias judiciales, íntegralmente el conjunto demostrativo habría conducido a otra determinación.* En el asunto que nos convoca, sin embargo, el demandante circunscribe su trabajo al testimonio de la víctima y se abstiene de señalar la manera como habría sido absuelto su cliente, es decir, omite señalar cómo el resto del material probatorio no habría permitido la condena. Deja de lado, por ejemplo, cualquier mención a Lucía Helena Torres, quien le prestó auxilio inicial a Barreto y le escuchó decir que lo había herido un tal González; las declaraciones de Marco Aurelio Garzón y Justo Linares, quienes desmienten a González en cuanto a unas amenazas que Barreto habría lanzado a unos testigos; el indicio de residencia cercana al lugar de los hechos; y las declaraciones de Yeny Lucía y Marco Antonio Beltrán, para quienes González estuvo en su finca en las horas de la tarde del día de los hechos, pero no en las horas de la noche; etc. Estos medios probatorios, olvidados por el censor, fueron suficientemente atendidos por el juzgador y le sirvieron, además, para cimentar la sentencia de condena.

5. Frente a cualquier forma de error, es evidente y lógico que el censor se ocupe en demostrar cómo se llega a la violación de la ley sustancial, es decir,

en por lo menos señalar cuál (es) es (son) la norma (s) quebrada por el fallo que reprocha. Trátase, así de la relación de fundamento a consecuencia o, si se prefiere, de causa a efecto. Desde luego, no se está exigiendo respecto de los errores de hecho algo más allá de la sencilla contemplación de la prueba pero sí, como mínimo, la indicación de la o las disposiciones sustanciales rotas. Nada de ello plasma el demandante en su escrito.

6. En varias ocasiones el demandante menciona el "beneficio de la duda", pero simplemente lo reseña. No se esfuerza por afrontar el tema como corresponde, amén de criticar el análisis que del testimonio de Barreto han hecho los jueces. Olvida distinguir, para efectos de la casación, prístinamente, si el Juzgador no se percató del material probatorio que genera la duda, o si percibiéndola con claridad se empeñó en no reconocerla, para de todas formas condenar. Y, por supuesto, nada hace para plantear violación indirecta de la ley sustancial, si lo primero, o violación directa, si lo segundo.

Como se observa con facilidad, la demanda peca por ausencia de los requisitos formales mínimos. Por ello no hay más alternativa que rechazarla.

Con base en lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia -Sala de Casación Penal-.

RESUELVE:

Rechazar la demanda de casación presentada por el defensor del señor Héctor Daniel González Cruz y, por ende, declarar desierto el recurso.

En atención a lo dispuesto por el artículo 197 del código de procedimiento penal, contra este proveído no procede ningún recurso.

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

Jorge Aníbal Gómez Gallego, Fernando E. Arboleda Ripoll. Jorge E. Córdoba Poveda, Carlos A. Gálvez Argote, Edgar Lombana Trujillo, Carlos E. Mejía Escobar, Mario Montilla Nougués, Alvaro Orlando Pérez Pinzón, Nilson Pinilla Pinilla.

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

VIOLACION DIRECTA DE LA LEY/VIOLACION INDIRECTA DE LA LEY

1. Cuando el ataque casacional a las sentencias de segunda instancia se promueve con fundamento en la primera causal del artículo 220 del C. de P.P., imprescindiblemente corresponde al actor el deber de distinguir si acude al cuerpo primero o segundo de la misma, como que esta necesaria diferenciación comporta definir a su turno si la vulneración de la ley sustancial lo es de manera directa o indirecta, único supuesto bajo el cual se posibilita el desarrollo de los cargos dentro de cada uno de estas disímiles alternativas.

2. Es que mientras en la violación directa el reparo es estrictamente jurídico, en la indirecta es la prueba su objeto, de donde surge como un imperativo señalar con claridad a cuál de las dos vías se refiere el demandante, e igualmente cuál es el sentido de la vulneración que se afirma y si el cuestionamiento es estrictamente probatorio, la clase de error que se acusa dentro de los conocidos falsos juicios de existencia, identidad o convicción.

Corte Suprema de Justicia. - Sala de Casación Penal. - Santa Fe de Bogotá, D.C., diez (10) de agosto de mil novecientos noventa y nueve (1999).

Magistrado Ponente: DR. *Carlos Augusto Gálvez Argote.*

Aprobado Acta No.117 Proceso No. 14683

Decide la Corte sobre la admisibilidad formal de la demanda de casación presentada por el defensor de Octavio Hurtado Abril contra de la sentencia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cundinamarca fechada el 26 de febrero del año en curso, mediante la cual revocó el fallo absolutorio emitido por el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Soacha el 28 de noviembre de 1997, para en su lugar condenarlo a la pena principal de 25 años y 6 meses de prisión como autor responsable del delito de homicidio en la persona de Luis Alejandro Abril Caro.

Los Hechos

Con acierto los sintetiza el Tribunal en la sentencia impugnada, así:

"En la mañana del 8 de abril de 1996, en zona urbana de la Inspección Departamental de Santandercito, jurisdicción del municipio de San Antonio del Tequendama, el señor Octavio Hurtado Abril disparó su arma de fuego de defensa personal contra su primo Luis Alejandro Abril Caro, causándole una lesión en el hombro izquierdo, que generó su muerte momentos después cuando era trasladado al centro asistencial.

Las relaciones entre Hurtado y Abril se encontraban deterioradas de tiempo atrás, a raíz de los problemas surgidos con ocasión de una herencia recibida por las respectivas madres".

LA DEMANDA

Con fundamento en la primera causal del art. 220 del C. de P.P., acusa el defensor de Hurtado Abril la sentencia impugnada por "ERROR en la INTERPRETACION O APRECION (sic) DE LA PRUEBA", que dice se sustenta, en primer término, en no haberse tenido en cuenta por parte del Tribunal "el motivo o causa inmediata que llevó a mi defendido a realizar determinada conducta. Pues todos los antecedentes que aparecen probados en las plenarias, nos están hablando de la peligrosidad del obitado", agregando a renglón seguido, que el procesado era ajeno a los arreglos que se habían producido entre la familia por bienes inmuebles, y sin embargo siempre tuvo que soportar maltratos físicos y morales.

Sobre la conducta del occiso y la enemistad que éste profesaba por su defendido, cita las declaraciones del Personero Municipal de San Antonio del Tequendama, Dr. Víctor Francisco Contreras y del señor José Floresmiro López Bolaños, de donde aduce bien podrían comprenderse "las causas remotas y próximas que ocasionaron los hechos".

Sobre la manera como se desarrollaron los sucesos, asegura que el proceso cuenta con el testimonio de Jesús Antonio González, al cual debe brindársele plena credibilidad, pues en contraposición suya está el de la señora Evangelina Abril Caro, que a su turno es desmentido por la testigo Libia Neydy Romero León, en cuanto a que para la primera el señor Miguel Camero no prestó ninguna ayuda a "Alejandro", en tanto que para esta última sí existió colaboración de su parte. Pese a lo anterior, el sentenciador le dio "tanto valor probatorio", no obstante demostrarse que ha estado "engañando a la justicia".

Con base en lo anterior, en su criterio, yerra el juzgador "en materia grave, cuando sin ver las circunstancias y la realidad procesal, le da credibilidad pero con certeza absoluta a quien lógicamente tiene interés en los resultados de la investigación", al extremo de ordenar investigar a uno de los testigos pese a ser depositario de la verdad.

Por último, fundado en lo expuesto y previamente citar una decisión de esta Sala sobre la legítima defensa subjetiva, considera que si se analizan todos los antecedentes y circunstancias del hecho, se concluye que ellos

"necesariamente hacían prever para mi defendido un signo trágico del cual había escapado varias veces y era necesario evitarlo en cualquier forma y precio", solicitando así se case la sentencia impugnada y se profiera la que deba reemplazarla.

CONSIDERACIONES

1. Cuando el ataque casacional a las sentencias de segunda instancia se promueve con fundamento en la primera causal del artículo 220 del C. de P.P., imprescindiblemente corresponde al actor el deber de distinguir si acude al cuerpo primero o segundo de la misma, como que esta necesaria diferenciación comporta definir a su turno si la vulneración de la ley sustancial lo es de manera directa o indirecta, único supuesto bajo el cual se posibilita el desarrollo de los cargos dentro de cada uno de estas disímiles alternativas.

2. Es que mientras en la violación directa el reparo es estrictamente jurídico, en la indirecta es la prueba su objeto, de donde surge como un imperativo señalar con claridad a cuál de las dos vías se refiere el demandante, e igualmente cuál es el sentido de la vulneración que se afirma y si el cuestionamiento es estrictamente probatorio, la clase de error que se acusa dentro de los conocidos falsos juicios de existencia, identidad o contección.

3. Quien ha recurrido extraordinariamente la sentencia del Tribunal en el presente caso, salvo citar la causal primera del art. 220 del C. de P.P., en que sentó la base legal del reproche, omitió definir si su propuesta lo era por la vía directa o indirecta, y aún cuando por el contenido del escrito de demanda bien podría entenderse que lo es por esta última, en manera alguna procedió como le correspondía a identificar los yerros fácticos o jurídicos acusados y menos, desde luego, a definir el inequívoco sentido de cada uno.

4. Así, con base en los testimonios de Víctor Francisco Contreras y del señor José Floresmiro López Bolaños, dice poder establecerse que las relaciones entre la víctima y el procesado siempre fueron malas y a través de lo expuesto por Jesús Antonio González y Libia Neydy Romero León, demostrar que lo sostenido por la señora Evangelina Abril Caro no era creíble, como lo sostuvo el Tribunal.

5. Siendo este el contenido de la demanda, en el que no existe ciertamente ninguna claridad sobre los presuntos errores del juzgador, llegándose a la conclusión, que tampoco en modo alguno es precisa por la reseñada ambigüedad, de que en el caso *sub judice* podría concurrir la legítima defensa subjetiva, cuando la verdad es que ningún esfuerzo argumentativo se propuso con detenimiento dentro de la orientación dada al recurso para su demostración, resultando fácil advertir la falta a los requisitos exigidos para la demanda por el art. 225 del C. de P.P., imponiéndose por tanto su rechazo y declarando en consecuencia, desierto el recurso.

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

RESUELVE:

1. RECHAZAR IN LIMINE la demanda presentada por el defensor del procesado Octavio Hurtado Abril.

2. DECLARAR como consecuencia DESIERTO el recurso extraordinario interpuesto ante el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cundinamarca.

Contra la presente decisión no procede recurso alguno, de conformidad con el art. 197 del C. de P.P.

Cópiese, cúmplase y devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

Jorge Aníbal Gómez Gallego, Fernando Arboleda Ripoll, Jorge Enrique Córdoba Poveda, Carlos Augusto Gálvez Argote, Edgar Lombana Trujillo, Mario Mantilla Nougués, Carlos Eduardo Mejía Escobar, Alvaro Orlando Pérez Pinzón Nilson Pinilla Pinilla.

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

DEMANDA DE CASACION/NULIDAD

Los requisitos básicos que para la elaboración de la demanda de casación establece el artículo 225 del Código de Procedimiento Penal también operan para la causal tercera, que no es de libre formulación.

No basta mencionar la causal respectiva del artículo 220 del Código de Procedimiento Penal, pues resulta indispensable especificar la clase de irregularidad que configura la nulidad, siendo diferentes las omisiones, los yerros o los quebrantamientos que originan falta de defensa o violación del debido proceso, al igual que aquéllos propios de la incompetencia, por lo cual se debe particularizar, según cada caso, el planteamiento, la argumentación y la demostración.

Una vez determinada la especie de nulidad, hay que desarrollar sus fundamentos con claridad y precisión e indicar el momento procesal a partir del cual ha de invalidarse la actuación.

Corte Suprema de Justicia. - Sala de Casación Penal. - Santa Fe de Bogotá, D. C., agosto diez (10) de mil novecientos noventa y nueve (1999).

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

Aprobado Acta N° 117 Proceso No. 13523

Se procede a resolver sobre la admisibilidad de la demanda de casación formulada en defensa de Alexander Medina Camargo, contra la sentencia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín que confirmó en su integridad la proferida por el Juzgado 12 Penal del Circuito de esa misma ciudad, que lo condenó por tentativa de homicidio.

Hechos

La tarde del 23 de diciembre de 1995, debido a los trabajos realizados en la carrera 50 con calle 51 de Medellín para la construcción del viaducto del tren metropolitano, Elkin de Jesús Pérez transitaba en una motocicleta sobre el andén y rozó a Patricia Ossa Delgado. Germán Guillermo Montoya preguntó si las motos iban por las aceras, por lo cual el motociclista lo golpeó, for-

mándose una trifulca que movilizó a los oponentes hasta el centro comercial "Veracruz", donde José Leocadio Ossa Delgado empujó al agresor; acudió entonces Alexander Medina Camargo, celador de la agencia de "Apuestas Giraldo Echeverry", donde laboraba como mensajero Elkin de Jesús Pérez y le pegó a José Leocadio, haciéndole luego un disparo que le atravesó la región supraescapular izquierda. El mismo proyectil hirió en el tórax a Luz Elena Osorio de Montoya, quien falleció posteriormente.

ANTECEDENTES PROCESALES

La Fiscalía 162 Seccional de Medellín abrió investigación, oyó en indagatoria a Alexander Medina Camargo y la Fiscalía 126 Seccional decretó su detención preventiva, por homicidio simple y lesiones personales. Cerrada la instrucción, el 18 de abril de 1996 le fue dictada resolución de acusación por tentativa de homicidio simple y homicidio culposo (fs. 182 y Ss. cd. 1), enjuiciamiento apelado y confirmado el 19 de junio del mismo año por la Fiscalía Sexta de la Unidad Delegada ante los Tribunales Superiores de Antioquia y Medellín (fs. 206 y Ss. ib.).

El 13 de diciembre de 1996 el Juzgado Doce Penal del Circuito de Medellín condenó a Alexander Medina Camargo a 12 años y 6 meses de prisión, al igual que a 10 años de interdicción de derechos y funciones públicas; dispuso entregar al representante de la parte civil un depósito efectuado por la defensa como indemnización de perjuicios y decretó la cesación de procedimiento en cuanto al homicidio culposo, por indemnización integral. Fallo apelado y confirmado por el Tribunal Superior de Medellín mediante sentencia de abril 11 de 1997, que es objeto del recurso extraordinario de casación (fs. 329 y Ss. y 362 y Ss. ib.).

LA DEMANDA

Al amparo de la causal tercera de casación es formulado el único cargo contra el fallo impugnado, considerando el defensor que la sentencia fue dictada en un proceso viciado de nulidad, porque el Juzgado se negó a practicar una inspección judicial con reconstrucción, decisión confirmada por el Tribunal.

Aduce que con dicha prueba se habría apreciado la realidad de lo acontecido, demostrándose "la mendacidad de los testimonios vertidos por los familiares de los ofendidos", que a la postre llevaron a condenar a su representado. Así, "se hubiera atenuado la carga de prueba incriminante" y otra "hubiese sido la decisión final respecto a los intereses del procesado".

Insiste en que tal negativa impidió "que se tuviera en cuenta lo dicho por los demás testigos de los hechos" y controvertir en el sitio las atestaciones del grupo de allegados del herido y la occisa, por lo cual se quebrantó el derecho de defensa y el debido proceso, con violación de los artículos 29 de la Constitución, 5° del Código Penal y 1°, 248, 254, 294, 304-3 y 333 del Código de Procedimiento Penal.

Citando algunos pronunciamientos de esta corporación, el libelista concluye pidiendo casar la sentencia y decretar la nulidad de la actuación a partir de la etapa procesal que la Sala determine.

CONSIDERACIÓN DE LA CORTE

Los requisitos básicos que para la elaboración de la demanda de casación establece el artículo 225 del Código de Procedimiento Penal también operan para la causal tercera, que no es de libre formulación.

No basta mencionar la causal respectiva del artículo 220 del Código de Procedimiento Penal, pues resulta indispensable especificar la clase de irregularidad que configura la nulidad, siendo diferentes las omisiones, los yerros o los quebrantamientos que originan falta de defensa o violación del debido proceso, al igual que aquéllos propios de la incompetencia, por lo cual se debe particularizar, según cada caso, el planteamiento, la argumentación y la demostración.

Una vez determinada la especie de nulidad, hay que desarrollar sus fundamentos con claridad y precisión e indicar el momento procesal a partir del cual ha de invalidarse la actuación.

En el presente asunto, la pretendida nulidad emanaría de la negativa a realizar la inspección judicial con reconstrucción de los hechos, solicitada al surtirse el correspondiente traslado en el juicio, cuya práctica habría "atenuado la carga de prueba incriminante", ambigua mención que no conduce a que la verificación de la prueba extrañada hubiere llegado a tener la trascendencia, que por otra parte arguye, de modificar el balance de la apreciación de las pruebas en conjunto.

Aunque el recurrente señala que "de haberse efectuado" la prueba solicitada y no decretada, "hubiese podido percibir por el método de observación directa el despacho lo real de lo acontecido y las condiciones en que se encontraban los sujetos intervinientes", no es realmente preciso acerca de la incidencia en el fallo, pues se limita a decir genéricamente que hubiera sido otro, o que habría servido para demostrar la mendacidad de los testimonios rendidos por los allegados de los ofendidos.

Así, no señala si dicha prueba revelaría la no autoría, la justificación del hecho (legítima defensa), o una circunstancia aminorante (exceso en una causal de justificación, estado de ira). Consecuencialmente, no pudo suministrar argumento tendiente a demostrar una incidencia que ni siquiera fue adecuadamente enunciada, quedando incompleto el cargo en su planteamiento y, por ende, aún más en su fundamentación.

Para tratar de dar fuerza a sus planteamientos, el libelista sugiere que no se tuvo en cuenta lo dicho por los testigos ajenos al grupo de los agredidos, con lo cual da a entender que sus declaraciones no fueron analizadas por el juzgador. Pero si tales pruebas llevaran a variar el sentido de la sentencia y en realidad se hubiere omitido tomarlas en consideración, ha debido acudir,

separada y subsidiariamente, a la causal primera de casación, por violación indirecta originada en error de hecho por un falso juicio de existencia por omisión.

Por otra parte, si lo que deplora el censor es que "las declaraciones de los testigos aportados por la defensa", no hubieren sido valoradas "con el rigor científico que ameritaba el caso *sub judice*", pudo acudir así mismo a la causal primera del artículo 220 del Código de Procedimiento Penal, por violación indirecta, pero por error de hecho consistente en un hipotético falso juicio de identidad, si en su creencia fueron quebrantados los preceptos de la sana crítica, por contrariarse palmariamente la lógica, la ciencia o la experiencia.

Como la Corte no puede entrar a llenar los vacíos ni suplir las deficiencias e imprecisiones de la demanda, en virtud del principio de limitación, se impone su rechazo de conformidad con lo dispuesto por los artículos 225 y 226 del Código de Procedimiento Penal, inadmisión que conduce a declarar desierta la impugnación, mediante pronunciamiento de la Sala que adquiere ejecutoria en la misma fecha en que es suscrita (art. 197 ib.), por lo cual no admite recurso alguno.

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

RESUELVE:

RECHAZAR IN LIMINE la demanda de casación presentada en nombre del procesado Alexander Medina Camargo y, en consecuencia, declarar desierto el recurso interpuesto.

Contra esta providencia no cabe recurso alguno.

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

Jorge Aníbal Gómez Gallego, Fernando E. Arboleda Ripoll Jorge E. Córdoba Poveda, Carlos Augusto Gálvez Argote, Edgar Lombana Trujillo, Mario Manrique Noguués, Carlos Eduardo Mejía Escobar, Alvaro Orlando Pérez Pinzón, Nilson E. Pinilla Pinilla.

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

COLISION DE COMPETENCIA-Trámite

El Código de Procedimiento Penal en su Libro Primero, Título Segundo, Capítulo VIII regula todo lo concerniente con los conflictos competencias, precisando en su artículo 97 que estos surgen "cuando dos o más jueces" consideren que por factores de territorio, funcional o de conexidad, son competentes para conocer de un determinado proceso (positiva) o también cuando estiman no serlo (negativa).

Toda colisión de competencia cuenta con un trámite autónomo y de cumplimiento obligatorio para los funcionarios y sujetos procesales que la provocan, en cual es regulado por el artículo 99 Ibidem y concordantes.

De tal manera, si la discrepancia entre los funcionarios que declinan o que reclaman la competencia no se traba en la forma establecida en las preceptivas de procedimiento ya citadas, no puede hablarse de colisión de competencia alguna y por lo mismo, ningún pronunciamiento al respecto podrá emitir el superior jerárquico común, que por ley es el llamado a dirimirla.

Esta Corporación así lo ha venido sosteniendo reiteradamente, puntualizando:

"a) Cuando se trata de la llamada colisión negativa es preciso que el funcionario que esta adelantando el proceso al estimar que no es competente para continuar conociendo de él, lo remita a aquél que considere que es competente, explicando mediante auto, los motivos que fundamentan su posición.

b) El funcionario a quien se remite lo recibe y analiza los motivos expuestos por quien se declaró incompetente; si no los acepta remite el proceso con el auto explicatorio al superior para que este decida. Si admite las razones expuestas por quien manifestó no ser el competente, dispone mediante auto continuar con el conocimiento del proceso.

c) Que uno y otro funcionario observen el procedimiento señalado por la ley para tramitar en debida forma el impedimento y,

d) Que la disparidad de criterios en torno a la competencia, se presente respecto de unos mismos hechos y en relación con una misma situación o

estado procesal (autos de marzo 11/87, octubre 14 y diciembre 7/88, abril 14 y 20/89 y junio 24/92)".

Corte Suprema de Justicia. - Sala de Casación Penal. - Santa Fe de Bogotá, D.C., diez (10) de agosto de mil novecientos noventa y nueve (1999).

Magistrado Ponente: Dr. Mario Mantilla Nougués

Aprobado Acta No. 116 de Agosto 5/99 Proceso No. 15894

Decide la Corte lo procedente respecto de la falta de competencia que el Tribunal Superior de Santa Marta y el Juzgado 50 Penal del Circuito de Santa Fe de Bogotá aducen, para conocer del juicio de Hernando Rodríguez y otros, acusados de peculado por apropiación, falsedad en documento público, fraude procesal y prevaricato por acción, en concurso.

ANTECEDENTES

La Fiscalía Seccional 213 de Santa Fe de Bogotá remitió al reparto de los Jueces Penales del Circuito de Santa Marta, el proceso seguido contra Hernando Rodríguez Rodríguez y otros, al hallarse ejecutoriada la resolución de acusación y considerar que la competencia territorial radicaba en tales Juzgados.

Correspondió el asunto por reparto a la Juez Quinta Penal del Circuito de Santa Marta, quien avocó el conocimiento por auto del 5 de marzo de 1998 y luego de transcurrido el término del traslado del artículo 446 del Código de Procedimiento Penal, por auto del 21 de mayo siguiente decretó la práctica de las pruebas pedidas por los sujetos procesales, y fijó como fecha para la celebración de audiencia pública el 23 de junio de 1998 a las 9:00 a.m. A la vez denegó la solicitud de colisión de competencia impetrada por la Dra. Luz Offir Ferro de García, al igual que la solicitud de nulidad planteada por el doctor Víctor Julio Leyton Sáenz.

Dos de los defensores apelaron lo relacionado con la negativa a provocar la colisión de competencia a Juez de igual categoría de la ciudad de Santa Fe de Bogotá y otro, también impugnó el referido pronunciamiento en reposición como principal y en subsidio en apelación, respecto de la negativa a decretar la nulidad de la actuación por incompetencia a partir del auto de avocó el conocimiento del proceso. La titular del Juzgado en proveído del 18 de junio de 1998, sin resolver los recursos interpuestos, revocó lo relacionado con la fecha fijada para la celebración de la audiencia pública, pues estimó necesario que su superior jerárquico - el Tribunal Superior de Santa Marta - se pronunciara sobre si era o no competente para continuar conociendo del proceso para evitar futuras nulidades procesales.

Solamente en interlocutorio del 21 de julio del mismo año, rechazó de plano la invitación de uno de los defensores para que se declarara impedida para seguir conociendo del asunto, negó reponer el proveído impugnado y concedió la apelación. Esta decisión en el punto nuevo fue recurrida en apelación.

Los defensores de los procesados solicitaron en favor de sus representados la libertad provisional con fundamento en el numeral 5° del artículo 55 de la Ley 81 de 1993, siéndole negada en providencia de fecha 25 de agosto de 1998, también impugnada en apelación. Por ello, el Tribunal Superior de Santa Marta el 23 de noviembre de 1998 se refirió a las tres (3) providencias aludidas, no obstante lo cual solamente revocó la primera en lo referente a la negativa del *a quo* a provocar colisión de competencia negativa a su homologo de Santa Fe de Bogotá, afirmando que el Juzgado 5° Penal del Circuito de Santa Marta carecía de competencia para conocer del proceso. Por lo mismo, se abstuvo de pronunciarse sobre las demás decisiones, como la nulidad pedida y la libertad provisional invocada, alegando, se reitera, falta de competencia territorial.

Consideró el Tribunal que "Todos los hechos conexos a saber Peculado por Apropiación Agravado, en concurso homogéneo y heterogéneo; Prevaricato por acción en concurso homogéneo, Falsedad ideológica en documento público en concurso homogéneo, e imputado a los citados -se repite- se consuman en la ciudad de Santa Fe de Bogotá, luego es al Juez Penal del Circuito (Reparto) de la citada a quien corresponde -por competencia-, conocer del presente proceso".

"Al reconocer la Sala su incompetencia para conocer del presente proceso, debe manifestarlo igualmente para resolver la solicitud de libertad provisional invocada en favor de los procesados con fundamento en el numeral 5° del artículo 415 del Estatuto Procesal. Y si bien, no desconoce la imperiosidad en su resolución, ello no es posible a su juicio, esto es, atender una solicitud de libertad provisional sin tener competencia para ello, cuando se está frente a una detención ilegal y para entonces, existirá la vía del hábeas corpus".

Recibido el proceso en el Juzgado 50 Penal del Circuito de Santa Fe de Bogotá por haber conocido del mismo con anterioridad, se avocó el conocimiento exclusivamente para atender nueva petición de libertad provisional elevada por el defensor de Hernando Rodríguez Rodríguez, siéndole concedida mediante proveído del 16 de diciembre de 1998 previa caución de 1.000 salarios mínimos legales mensuales, pronunciamiento que fue recurrido en apelación por el agente especial del Ministerio Público y revocado por el Tribunal Superior de esta ciudad el 25 de febrero del corriente año, ordenando compulsar copias con destino a la Sala Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura para investigar a la Juez 5ª. Penal del Circuito de Santa Marta y mediante proveído del 19 de abril siguiente, con relación a los recursos pendientes interpuestos contra las decisiones de la funcionaria antes mencionada, relativas a la competencia para adelantar la etapa del juicio, luego de referirse a la forma como debe plantearse el conflicto, afirmó que "No es, por lo tanto esta Corporación la llamada, legal y jurídicamente, a dirimir la controversia, pues a ella no se le he propuesto, formalmente (y en este supuesto, la forma es garantía), la colisión y solo está llamada a actuar, como Juez de segunda instancia, en la hipótesis de quedar radicada, definitiva-

mente, la competencia, en el juzgado de origen (50 Penal del Circuito) a quien le fue asignado, por reparto, el proceso; supeditar como se pretende, que hasta tanto no haya pronunciamiento del Tribunal sobre competencia, la primera instancia no puede 'conocer del asunto' (fl. 203 ib), equivale, sin más, a desconocer la lógica del sistema procesal que regula la forma en que debe tramitarse el incidente procesal pendiente, agotado el cual es el Juez de conocimiento el que debe ocuparse de tales cuestiones aún no resueltas, bien para continuar su trámite ante la segunda instancia o, ya, para considerar la nulidad de las actuaciones cumplidas por el Juez inicial de Santa Marta, que no aceptó su incompetencia".

"No entiende el Tribunal cómo pueda, por extensión o mera presunción, entender, presumiendo, por ende, lo que no está explícito en el proceso o en la ley, o sea, que el Tribunal de Santa Marta le haya propuesto la colisión negativa. Por el contrario, en forma directa aparece que le atribuyó la competencia, a los señalados Jueces de Santa Fe de Bogotá, con lo cual no pretermitió lo dispuesto en el artículo 98 del C. de P. Penal, dado que no existe entre esa Corporación y los Jueces de este Distrito subordinación jerárquica alguna".

Decidió entonces el Juzgado 50 Penal del Circuito de Santa Fe de Bogotá mediante proveído de mayo 19 del presente año, declarar su incompetencia para conocer del juicio por considerar que ella recae en su homólogo de Santa Marta, pues según su criterio, "...implica por una parte la prevalencia de lo sustancial sobre lo meramente formal, aspecto recogido en el art. 228 de la Constitución Nacional, en concordancia con el art. 9° del C. P. P., y sistemáticamente atendidas las enunciaciones de los arts. 97 y 80 del C. P. P., aplicables en este caso pues a pesar de la ritualidad en el trámite de la colisión cuando ni expresamente el Juzgado 5° Penal del Circuito de Santa Marta, pero tampoco el Tribunal Superior de esa ciudad aluden a la fórmula tradicional sobre la proposición del conflicto de competencia negativa, tácitamente se deduce cuando se declara tanto el Tribunal de Santa Marta competente cuando al mismo tiempo revoca el auto del Juzgado 5° Penal del Circuito por el cual no aceptó proponer colisión y en su lugar lo declara incompetente y decide de plano asignar competencia a Bogotá y remitir el expediente pretermitiendo como lo expone el Tribunal Superior de Bogotá al art. 78 del C. P. P.". En consecuencia, ordenó enviar la actuación a esta Colegiatura para que dirima la presunta colisión.

Consideración de la Corte

Equivocados resultan los argumentos de la Juez 50 Penal del Circuito de Santa Fe de Bogotá para disponer el envío del proceso a esta Corporación, pues no se trata de la prevalencia de lo que ella estima sustancial sobre lo simplemente formal, porque tratándose de un conflicto de competencia, en su trámite y como garantía del debido proceso (artículo 29 de la Carta Política), deben ser observadas a plenitud las disposiciones sobre la materia, sin que puedan entonces deducirse o afirmarse que implícita o tácitamente ha sido propuesto, cuando en realidad no pasa de serlo en apariencia.

En efecto, *el Código de Procedimiento Penal en su Libro Primero, Título Segundo, Capítulo VIII regula todo lo concerniente con los conflictos competencias, precisando en su artículo 97 que estos surgen "cuando dos o más jueces" consideren que por factores de territorio, funcional o de conexidad, son competentes para conocer de un determinado proceso (positiva) o también cuando estiman no serlo (negativa).*

Toda colisión de competencia cuenta con un trámite autónomo y de cumplimiento obligatorio para los funcionarios y sujetos procesales que la provocan, en la cual es regulado por el artículo 99 ibidem y concordantes.

De tal manera, si la discrepancia entre los funcionarios que declinan o que reclaman la competencia no se traba en la forma establecida en las preceptivas de procedimiento ya citadas, no puede hablarse de colisión de competencia alguna y por lo mismo, ningún pronunciamiento al respecto podrá emitir el superior jerárquico común, que por ley es el llamado a dirimirla.

Esta Corporación así lo ha venido sosteniendo reiteradamente, puntualizando:

"a) Cuando se trata de la llamada colisión negativa es preciso que el funcionario que esta adelantando el proceso al estimar que no es competente para continuar conociendo de él, lo remita a aquél que considere que es competente, explicando mediante auto, los motivos que fundamentan su posición.

b) El funcionario a quien se remite lo recibe y analiza los motivos expuestos por quien se declaró incompetente; si no los acepta remite el proceso con el auto explicatorio al superior para que este decida. Si asimila las razones expuestas por quien manifestó no ser el competente, dispone mediante auto continuar con el conocimiento del proceso.

c) Que uno y otro funcionario observen el procedimiento señalado por la ley para tramitar en debida forma el impedimento y,

d) Que la disparidad de criterios en torno a la competencia, se presente respecto de unos mismos hechos y en relación con una misma situación o estado procesal (autos de marzo 11/87, octubre 14 y diciembre 7/88, abril 14 y 20/89 y junio 24/92)".

En el presente caso, se repite, no se ha trabado debidamente colisión de competencia, pues, enviado el proceso por el Juzgado 5° Penal del Circuito de Santa Marta al Tribunal Superior de la misma ciudad para que desatara la apelación interpuesta contra su negativa a decretar la nulidad incoada por los defensores de los procesados Mejía Mendoza y Aldana Baracaldo, esa Corporación inexplicablemente y sin competencia para hacerlo, en auto de noviembre 23 de 1998 concluyó que los hechos ocurrieron en Santa Fe de Bogotá y por lo mismo, atribuyó la competencia al Juez Penal del Circuito de esta ciudad capital de la República, para lo cual revocó el punto de la providencia del en que se negaba la solicitud de provocación de colisión de competencia, olvidando que esa decisión tomada por el aludido Juzgado es de

aquellas que no admite apelación, porque como bien lo ha dicho esta Sala, "autos de la naturaleza del aquí cuestionado, no obstante ser motivados y aún tener el carácter de interlocutorios, carecen del recurso de apelación ante el superior inmediato... Por manera que tanto las determinaciones de los funcionarios que proponen y aceptan o rechazan el conflicto como la que dicte el superior llamado a dosatar el incidente no son susceptibles del recurso en referencia, pues una vez propuesta la colisión el Código indica perentoriamente el procedimiento a seguir, luego si se llegase a admitir interrupción alguna en dicho trámite sería tanto como aceptar la terminación del incidente por vía diferente a la señalada por el legislador, lo cual, además de absurdo e inconveniente, es abiertamente ilegal" (auto de mayo 22 de 1.995, M.P. Dr. Didimo Páez Velandia).

Significa que al revocar el Tribunal Superior de Santa Marta el punto de la providencia del Juez 5º Penal de su Circuito, que negaba una solicitud de provocación de colisión de competencia negativa y de paso declararse incompetente por el factor territorial para continuar conociendo del asunto, es posición francamente contradictoria. Además, señalar que ésta radicaba de manera exclusiva en el Juez Penal del Circuito de Santa Fe de Bogotá, es desconocer el procedimiento que regula el instituto de la colisión de competencia, asumiendo funciones que no le corresponden.

Si estimaba que no era competente para conocer del proceso, ha debido remitírselo al funcionario judicial que consideraba sí lo era, provocándole colisión negativa, o propiciando que el Juzgado de su sede lo hiciera de manera clara y expresa al despacho Judicial de la capital de la República.

En su providencia del 23 de noviembre de 1.998, que como ya se dijo, dispuso la remisión de las diligencias al Juez Penal del Circuito de Santa Fe de Bogotá, por ninguna parte se advierte que esté provocando a este funcionario la colisión de competencia negativa, pues se limita a anotar las razones que le asisten para tal decisión, dejando sin concluir temáticamente el asunto, es decir desconociendo los mandatos del artículo 99 del Código de Procedimiento Penal. Más grave aún, cuando en la citada providencia, se abstiene de revisar la decisión del *a quo* mediante la cual negó la libertad provisional de los acusados, que por vía de apelación llegó a su conocimiento en virtud de la competencia transitoria otorgada por el artículo 101 *ibidem* mientras se dirime el conflicto de competencias por el superior jerárquico de los funcionarios trabados en el mismo, advirtiendo no desconocer "la imperiosidad de su resolución", empero no lo hace porque a su juicio, no tiene tampoco competencia para ello.

También resulta extraño a la Corte que tanto el Tribunal Superior de Santa Fe de Bogotá como la titular del Juzgado 50 Penal del Circuito del mismo Distrito, consideren en este caso trabada la tantas veces mencionada y supuesta colisión. Si el superior jerárquico simplemente le insinúa al subalterno y éste así lo entiende, que envié el diligenciamiento a esta Sala para que dirima el aparente conflicto, es una apreciación equivocada, pues con lo deci-

dido por el inferior en este caso, solamente se está dando inicio al incidente de colisión: "Es apenas natural entender que no se puede estar en la primera fase del asunto, cual sería en el evento *sub examine* la provocación de la colisión, y al mismo tiempo, en su etapa cúspide, esto es, afirmar la existencia del conflicto como si este fuera ya una palmaria realidad, negándose así también la oportunidad de conocer al otro funcionario lo que fundamenta la incitación. Sólo cuando el funcionario provocado ha conocido los planteamientos que le atribuyen o niegan competencia y se manifiesta contra su conducencia, podrá afirmarse que nació el conflicto. Nunca antes". (auto de junio 28 de 1988 M.P. Dr. Gustavo Gómez Velázquez).

Entonces, teniendo en cuenta que el Juzgado Cincuenta Penal del Circuito de esta ciudad en su proveído del 19 de mayo último, no aceptó los planteamientos expuestos por el Tribunal Superior de Santa Marta para afirmar la competencia para conocer de este asunto en cabeza de los Jueces Penales del Circuito de Santa Fe de Bogotá, ha debido en ausencia de una provocación expresa del conflicto, devolver el proceso a dicha colegiatura haciendo en debida forma tal propuesta, pues sin esa actuación así cumplida, no será posible dirimir el conflicto.

En consecuencia, la Corte se abstendrá de hacer pronunciamiento sobre el punto concreto y dispondrá la devolución al Juzgado de origen para que proceda de conformidad.

La postura de tres (3) de los defensores y de la totalidad de los funcionarios que han intervenido en el trámite de este asunto, a partir del momento en que se le propuso a la Juez 5ª. Penal del Circuito de Santa Marta su incompetencia territorial para adelantar la etapa del juicio, indiscutiblemente resulta inadmisible por cuanto con ella se generaron sucesivos y reiterados desaciertos, en perjuicio de una recta y oportuna administración de justicia, motivando una dilación injustificada en el trámite propio del incidente presentado. Ello hace imperioso que la Corte disponga que se compulsen copias con destino a las autoridades competentes, para que sean investigados disciplinaria y penalmente, así:

a) A la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura y a la Unidad de Fiscales Delegados ante esta Corporación, respectivamente, con relación a los Magistrados de las Salas de Decisión de los Tribunales de Santa Marta y Santa Fe de Bogotá doctores Fernando Arrieta Charry, José Vicente Cual Acosta, César Pompeyo Rodríguez Rangel, Abelardo Rivera Llano, Luis Mariano Rodríguez Roa y Yesid Alberto Rodríguez S.

b) A la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Seccional de la Judicatura del Magdalena, respecto de los abogados defensores doctores Luz Offir Ferro de García, Víctor Julio Leyton Saenz y Yesid Reyes Alvarado, con relación al incidente propuesto inicialmente por la primera de las mencionadas, dilatando el trámite propio de la etapa de juzgamiento con interposición de recursos francamente improcedentes, pueden eventualmente constituir falta contra la lealtad debida a la administración de justicia.

c) A la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Seccional de la Judicatura de Cundinamarca, respecto de la actuación del Juez 5° Penal del Circuito de esta ciudad doctor Silvino Becerra Segura.

d) A las Unidades de Fiscalías Delegadas ante los Tribunales Superiores de Santa Marta y Santa Fe de Bogotá y Cundinamarca, en cuanto a la actuación de la Juez 5ª. Penal del Circuito de Santa Marta doctora Yolanda Nuñez Bolivar y el Juez 50 Penal del Circuito de esta ciudad doctor Silvino Becerra Segura, respectivamente.

En cuanto hace referencia a la Juez 5ª Penal del Circuito de Santa Marta, no hay lugar a ordenar copias para que sea investigada disciplinariamente, ya el Tribunal Superior de esta ciudad lo dispuso en el referido auto del 25 de febrero de 1999.

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

RESUELVE:

1. - ABSTENERSE de pronunciarse sobre el aparente conflicto de competencia entre la Sala Penal del Tribunal Superior de Santa Marta y el Juzgado Cincuenta Penal del Circuito de esta ciudad.

2. - Vuelvan las diligencias al Juzgado Cincuenta Penal del Circuito de Santa Fe de Bogotá, para que proceda conforme a lo precisado en precedencia.

3. - Por la Secretaría de la Sala, compúlsese copia de escritos de los tres (3) abogados defensores mencionados en la parte motiva y de la totalidad de la actuación cumplida por los Juzgados 5° Penal del Circuito de Santa Marta y 50 Penal del Circuito de esta ciudad; también la de los Tribunales Superiores de Santa Marta y Santa Fe de Bogotá, con destino y para los fines indicados en la parte motiva.

Cúmplase

Jorge Aníbal Gómez Gallego, Fernando Arboleda Ripoll, Jorge Enrique Córdoba Poveda, Carlos A. Gálvez Argote, Edgar Lombana Trujillo, Mario Mantilla Nougués, Carlos E. Mejía Escobar, Alvaro Orlando Pérez Pinzón, Nilson Pinilla Pinilla.

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

EXTRADICCION

1.-La Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia debe fundamentar el concepto de extradición en la demostración de los siguientes hechos:

A. Validez formal de la documentación presentada.

B. Demostración Plena de la identidad del solicitado.

C. Principio de la doble incriminación.

D. Equivalencia de la providencia proferida en el extranjero, y

E. El cumplimiento de lo previsto en los tratados públicos, cuando ellos rijan la relación entre los Estados.

Adicionalmente a lo anterior, la extradición no podrá concederse cuando el fundamento de ella sea un delito político o de opinión, o cuando en el caso de colombianos por nacimiento se trate de hechos cometidos con anterioridad a la promulgación del acto legislativo No. 1 de 1997.

Así establecidas las reglas del concepto de extradición, las pruebas que solicite el abogado defensor del requerido en extradición deben estar encaminadas a infirmar o demostrar, uno, por lo menos, de los anteriores hechos, para lograr que la Corte rinda concepto negativo.

2.-El juicio de conducencia que sobre la prueba hace esta Sala de Casación Penal, está entonces referido exclusivamente a la aptitud que tengan las pruebas para infirmar o demostrar cualquiera de los hechos en los que la Corporación debe fundar su concepto.

Corte Suprema de Justicia. - Sala de Casación Penal. - Santa Fe de Bogotá D.C., once (11) de agosto de mil novecientos noventa y nueve (1999).

Magistrado Ponente: Dr. *Carlos E. Mejía Escobar*

Aprobado Acta No. 118 Proceso No. 15190

Vencido el traslado para solicitar pruebas, decide la Sala lo que en derecho corresponda respecto de las solicitadas por la defensora del requerido en extradición Wolfgang Dirk Klaus Grägel.

La Petición

La defensora de Wolfgang Dirk Klaus Grägel presentó escrito en el que pide el decreto de las siguientes pruebas:

1. Que se solicite a la autoridad judicial de la República alemana, certificación sobre el estado del proceso a que hace relación la Nota Verbal No. 0267/98 del 22 de junio de 1998, cuyo texto transcribe.

Señala que tal prueba es necesaria por cuanto en la solicitud de extradición se acusa al señor Grägel de fuga de presos, cargo que no ha sido formalizado ni legalizado.

2. Solicita que la sentencia y demás documentos allegados al expediente sean presentados con su respectiva nota de autenticación en los términos del artículo 259 del Código de Procedimiento Civil.

Indica que el Consulado de Colombia en Augsburg (Alemania) debe certificar la autenticidad de las firmas de los miembros de la Sala Décima de lo Penal del Tribunal Provincial de esa ciudad y el Ministerio de Relaciones Exteriores debe legalizar tales documentos.

Consideraciones

1. *La Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia debe fundamentar el concepto de extradición en la demostración de los siguientes hechos:*

A. Validez formal de la documentación presentada.

B. Demostración Plena de la identidad del solicitado.

C. Principio de la doble incriminación.

D. Equivalencia de la providencia proferida en el extranjero. y

E. El cumplimiento de lo previsto en los tratados públicos, cuando ellos rijan la relación entre los Estados.

Adicionalmente a lo anterior, la extradición no podrá concederse cuando el fundamento de ella sea un delito político o de opinión, o cuando en el caso de colombianos por nacimiento se trate de hechos cometidos con anterioridad a la promulgación del acto legislativo No. 1 de 1997.

Así establecidas las reglas del concepto de extradición, las pruebas que solicite el abogado defensor del requerido en extradición deben estar encaminadas a infirmar o demostrar, uno, por lo menos, de los anteriores hechos, para lograr que la Corte rinda concepto negativo.

2. El juicio de conducencia que sobre la prueba hace esta Sala de Casación Penal, está entonces referido exclusivamente a la aptitud que tengan las pruebas para infirmar o demostrar cualquiera de los hechos en los que la Corporación debe fundar su concepto. por lo que a ello se procede en el análisis siguiente.

2.1. La petición de oficiar a la Autoridad Judicial de la República Federal de Alemania en procura de averiguar el estado del proceso que por fuga de presos supone existente la señora defensora, es inconducente por no guardar relación con los supuestos de hecho en los que debe fundar la Corte el concepto de extradición, pues la petición de extradición no hace referencia al cargo que indica la apoderada.

2.2. La nota verbal 0267 del 22 de junio de 1998, con la cual se solicitó la captura con fines de extradición del señor Grägel señala textualmente que: "En la Fiscalía ante del Tribunal Regional de Augsburg/Alemania se encuentra pendiente un sumario contra el señor Grägel por no haber regresado a la cárcel de Augsburg después de una salida autorizada. Tiene que purgar un resto de 1088 días de una pena que le fuera impuesta el 13 de abril de 1995 por la Sala Décima de lo Penal del Tribunal Provincial de Augsburg/Alemania. (La Embajada se permite adjuntar a la presente la traducción al idioma español de la sentencia correspondiente).

Mientras tanto, el 10 de diciembre de 1996, La Fiscalía ante el Tribunal Regional de Augsburg emitió una orden de captura contra Wolfgang Dirk Klaus Grägel". (folio 44, carpeta anexa)

2.3. La nota No. 0477 del 30 de octubre de 1998 de la Embajada de la República Federal de Alemania, mediante la cual se formaliza la solicitud de extradición del mencionado Grägel, agregó el texto completo, debidamente traducido y autenticado (cuaderno anexo), de la sentencia del 13 de abril de 1995 de la Décima Sala de lo Penal de la Audiencia Provincial de Augsburg en la que se condenó al requerido en extradición a "una pena total contra la libertad de 5 años y 4 meses" como responsable de 3 delitos de robo, 2 de los cuales fueron calificados como especialmente graves y el 3° como "un robo con escalo ejemplar".

2.4. igualmente se agregó (folio 8 del cuaderno anexo) copia debidamente traducida de la orden de detención remitida a la Dirección de la Policía de Augsburg en la que se reclama la aprehensión de Wolfgang Dirk Klaus Grägel para que purgue una pena restante privativa de la libertad de 1088 días dentro de la ejecución de la sentencia por robo dictada por el Tribunal Regional de esa ciudad alemana el 13 de abril de 1995.

Surge de todo lo anterior, que el Gobierno de la República Federal de Alemania únicamente formalizó la petición de la extradición en lo que tiene que ver con la ejecución de la sentencia que por robo - según la legislación alemana - le dictaron en Augsburg el 13 de abril de 1995 al señor Grägel, sin referirse para nada en la documentación que formaliza la petición de extradición a la existencia del proceso por fuga de presos que menciona la señora defensora, por lo que la prueba solicitada por ella, mediante la cual pretende conocer el estado de ese proceso en la República Alemana, resulta inconducente por no guardar ninguna relación con el objeto de este trámite de extradición.

3. En cuanto hace a la exigencia de la defensora, sobre que el Consulado de Colombia en Augsburg (Alemania) deba certificar la autenticidad de las

firmas de los miembros de la Sala Décima de lo Penal del Tribunal Provincial de esa ciudad y el Ministerio de Relaciones Exteriores legalizar tales documentos en la forma y términos del artículo 259 del Código de Procedimiento Civil, debe rechazarse tal petición por superflua, habida cuenta que el folio 1 del cuaderno anexo, contiene precisamente la nota de autenticación que reclama la apoderada, aunque no ante el Consulado de Colombia en Augsburg, sino ante el de Munich, ciudad alemana también, hecho que releva a la Corte de mayores comentarios sobre el particular.

No obstante, debe hacerse mención a que la norma que cita la señora defensora es inaplicable en el trámite de extradición, por cuanto la esencia de aquella es asegurar dentro de las relaciones entre particulares que rige el Código Civil la autenticidad de los documentos que presentan las partes dentro del trámite de sus asuntos o que allegan en las actuaciones procesales ante el Estado, pero en tratándose de relaciones entre Estados, que se regulan por las convenciones diplomáticas y consulares, tales formalismos son superados por la naturaleza de las Partes intervinientes y el modo específico en que se formaliza una petición de extradición, que no puede ser sino por vía diplomática y en casos excepcionales, por la consular o de Gobierno a Gobierno (artículo 551 del Código de Procedimiento Penal).

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

RESUELVE:

Negar la práctica de las pruebas solicitadas por la apoderada del requerido en extradición Wolfgang Dirk Klaus Grägel.

Notifíquese y cúmplase

Jorge Aníbal Gómez Gallego, Fernando Arboleda Ripoll, Jorge E. Córdoba Poveda, Carlos A. Gálvez Argote. Edgar Lombana Trujillo, Mario Mantilla Nougués, Carlos E. Mejía Escobar, Alvaro O. Pérez Pinzón, Nilson Pinilla Pinilla

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

CAMBIO DE RADICACION

Como repetidamente lo ha sostenido la Sala, uno de los factores determinantes de la competencia en materia penal es el territorial y el cambio de radicación es una excepción legal al mismo. El principio de que el juzgamiento debe tener ocurrencia en el lugar donde se cometió el hecho, en consecuencia, no es absoluto. El mismo puede variarse cuando en el territorio donde se esté adelantando el proceso existan circunstancias que puedan afectar el orden público, la imparcialidad o la independencia de la administración de justicia, las garantías procesales, la publicidad del juzgamiento, la seguridad del sindicado o su integridad personal.

Tales circunstancias previstas taxativamente por el legislador deben ser externas al juzgador, no subjetivas, y poseer la virtud de generar un ambiente territorial inadecuado para el juzgamiento. Sólo cuando ello suceda, cuando se demuestre que en un sitio la justicia no se encuentra en capacidad de ser administrada con rectitud y eficacia, opera la excepción. Pero tal cosa no es la que se presenta en el caso propuesto...

La afectación de la seguridad del procesado a que se refiere la norma debe derivarse del lugar donde se realiza el juzgamiento (ciudad o región), por el hecho de que por ejemplo la población o alguna parte de ella, como reacción a un determinado crimen, haya exteriorizado un ánimo de agresividad en contra al sindicado que haga temer por su integridad personal e inclusive por su vida. Pero cuando lo que se plantea es que las cárceles de un lugar no son seguras para el procesado, ese es un problema que tienen que resolver las autoridades carcelarias, resultando curioso pretender su solución por la vía del cambio de radicación.

Corte Suprema de Justicia. - Sala de Casación Penal. - Santa Fe de Bogotá D.C., agosto once (11) de mil novecientos noventa y nueve (1999).

Magistrado ponente: Dr. *Carlos Eduardo Mejía Escobar*

Aprobado Acta No. 118 Proceso No. 16152

Resuelve la Corte la solicitud de cambio de radicación elevada por el defensor público de los procesados Dagoberto Pedroza Carmona y Nelson Ortega Muñoz.

ANTECEDENTES Y PETICIÓN

En el proceso en el cual se solicita el cambio de radicación, la Fiscalía dictó acusación por los cargos de homicidio y tentativa de homicidio, en contra de Jairo Enrique Molinares Gutiérrez, Dagoberto Pedroza Carmona, Jorge Isaac Páez Romero y Nelson Mario Ortega Muñoz. Los hechos a que se refirió la decisión sucedieron el 18 de mayo de 1997 en el patio central de la Cárcel Nacional Modelo de la ciudad de Barranquilla, en desarrollo de una riña protagonizada por varios prisioneros.

El Juzgado 6° Penal del Circuito de Barranquilla, despacho al cual le correspondió trámite del juicio, fijó el 23 de junio de 1999 como fecha para llevar a cabo la diligencia de audiencia pública. El 18 de mayo anterior el Inpec le había comunicado a la Juez el sitio actual de reclusión de cada uno de los procesados, en los siguientes términos:

Jaime Enrique Molinares Rodríguez, Nelson Mario Ortega y Jorge Isaac Pérez, fueron trasladados mediante resoluciones de octubre 10/97, julio 22/97 y febrero 4/99, respectivamente, a la Cárcel del Distrito Judicial de Santa Marta.

Dagoberto Pedroza Carmona salió trasladado por resolución del 25 de septiembre de 1997 a la Cárcel del Distrito Judicial de Sincelejo.

Así las cosas, para poder realizar el acto público de audiencia se solicitó la remisión de los detenidos.

El 4 de junio el defensor público de Pedroza Carmona y Ortega Muñoz le presentó al Juzgado la solicitud de cambio de radicación, que apoyó en razones de seguridad de sus representados. La integridad personal de los mismos correría peligro de ser trasladados a alguno de los centros carcelarios que funcionan en Barranquilla y en general en el Departamento del Atlántico.

"Esta deprecación -dice textualmente el abogado- tiene su fundamento fáctico en la circunstancia de que habiendo ocurrido los sucesos materia de la investigación en la CARCEL NACIONAL MODELO de Barranquilla, y habiendo personas que de una u otra forma tomaron parte en ellos, y que por lo tanto constituyen un peligro para la integridad física y aún para la vida de los incriminados, el internarlos en una cárcel de Barranquilla para los efectos de la audiencia pública, sería tanto como ubicarlos en situación de peligro y desamparo.

"Prueba evidente de lo aquí indicado -finaliza- es el hecho de que los procesados mencionados han tenido que ser trasladados a CARCELES ubicadas en otros departamentos, por las circunstancias anotadas, y de lo cual dan fe las páginas del proceso".

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

Como repetidamente lo ha sostenido la Sala, uno de los factores determinantes de la competencia en materia penal es el territorial y el cambio de

radicación es una excepción legal al mismo. El principio de que el juzgamiento debe tener ocurrencia en el lugar donde se cometió el hecho, en consecuencia, no es absoluto. El mismo puede variarse cuando en el territorio donde se esté adelantando el proceso existan circunstancias que puedan afectar el orden público, la imparcialidad o la independencia de la administración de justicia, las garantías procesales, la publicidad del juzgamiento, la seguridad del sindicado o su integridad personal.

Tales circunstancias previstas taxativamente por el legislador deben ser externas al juzgador, no subjetivas, y poseer la virtud de generar un ambiente territorial inadecuado para el juzgamiento. Sólo cuando ello suceda, cuando se demuestre que en un sitio la justicia no se encuentra en capacidad de ser administrada con rectitud y eficacia, opera la excepción. Pero tal cosa no es la que se presenta en el caso propuesto.

El único fundamento de la solicitud es que los hechos ocurrieron en la Cárcel Modelo de Barranquilla y el corolario que los procesados estarían en peligro en cualquiera de las cárceles de esa ciudad e inclusive de todo el departamento. Esta hipótesis a juicio de la Sala no corresponde a ninguna de las relacionadas en el artículo 83 del Código de Procedimiento Penal, las cuales -como se anotó- están referidas a eventualidades directamente relacionadas con el territorio donde se adelante el juzgamiento, que afecten el ambiente propicio en el cual debe transcurrir el proceso.

En dicho orden de ideas, *la afectación de la seguridad del procesado a que se refiere la norma debe derivarse del lugar donde se realiza el juzgamiento (ciudad o región), por el hecho de que por ejemplo la población o alguna parte de ella, como reacción a un determinado crimen, haya exteriorizado un ánimo de agresividad en contra al sindicado que haga temer por su integridad personal e inclusive por su vida. Pero cuando lo que se plantea es que las cárceles de un lugar no son seguras para el procesado, ese es un problema que tienen que resolver las autoridades carcelarias, resultando curioso pretender su solución por la vía del cambio de radicación.*

Los procesados están privados de su libertad, se encuentran en cárceles de ciudades diferentes a Barranquilla y es requerida su presencia para la celebración de la audiencia pública. Si para lograrlo no existe opción distinta a encarcelarlos en un establecimiento de la mencionada ciudad y en realidad corren peligro en los términos que señala la defensa (lo cual obviamente debe ser evaluado por el Inpec), nada impide que su estancia sea justo por el tiempo indispensable para llevar a cabo el acto procesal y que durante él se les brinden las medidas de seguridad que sean necesarias.

El problema planteado, en conclusión, debe ser solucionado por las autoridades carcelarias y en manera alguna puede servir de sustento para lograr el cambio de radicación del proceso.

Así las cosas, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia,

RESUELVE:

NO ACCEDER a la petición de cambio de radicación del proceso elevada por el defensor de los procesados Dagoberto Pedroza Carmona y Nelson Ortega Muñoz.

Cúmplase y devuélvase.

Jorge Aníbal Gómez Gallego, Fernando Arboleda Ripoll, Jorge E. Córdoba Poveda, Carlos Augusto Gálvez Argote, Edgar Lombana Trujillo, Mario Mantilla Nougués, Carlos E. Mejía Escobar, Alvaro Orlando Pérez Pinzón, Nilson Pinilla Pinilla.

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

DEMANDA DE CASACION

La casación, como es sabido, por tratarse de un recurso extraordinario, no es de libre postulación ni demostración, sino que tiene qué cumplir con las exigencias que normativamente lo informan para que la Corte previa confrontación argumental entre lo pedido y el sustento normativo que regule el fenómeno en cuestión, declare en punto de la legalidad, su prosperidad o su rechazo.

Estas exigencias, a no dudarlo, trascienden lo estrictamente formal, si por esto se entendiera lo que excluye lo sustancial, habida cuenta que su desconocimiento dificulta, cuando no impide, saber la pretensión que persigue el recurrente, la que debe estar amparada en una inequívoca argumentación demostrativa, esto es, que los reparos formulados contra el fallo impugnado no puedan corresponder a personales criterios ni a contradictorias afirmaciones del recurrente, sino a elaborados cuestionamientos que lógicamente expuestos hagan evidente el yerro en que pudo incurrir el fallador.

Corte Suprema de Justicia. - Sala de Casación Penal. - Santa Fe de Bogotá, D.C., once (11) de agosto de mil novecientos noventa y nueve (1999).

Magistrado Ponente: Dr. *Carlos Augusto Gálvez Argote,*

Aprobado Acta No. 118. Proceso No. 11606

Decide la Corte el recurso extraordinario de casación interpuesto por el defensor de Juan Carlos Urrego Teusa contra la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de San José de Cúcuta el 30 de octubre de 1995, mediante la cual confirmó el fallo emitido por el Juzgado Tercero Penal del Circuito de esa ciudad el 31 de agosto del mismo año, que lo condenó a la pena principal de 25 años y 3 meses de prisión, como autor penalmente responsable de los delitos de homicidio en concurso con el de porte ilegal de armas de fuego de defensa personal.

Hechos y Actuaciones Procesales

Los hechos materia de esta investigación tuvieron ocurrencia el dieciocho de marzo de mil novecientos noventa y cuatro en la Avenida Sexta frente al

No.11-22, barrio San Luis de la ciudad de Cúcuta, cuando después de haber visto por televisión un partido de fútbol Gabriel Merchán Moreno junto con Juan Carlos Urrego Teusa, se dedicaron al consumo de bebidas embriagantes y a escuchar música en el antejardín de la casa, llegando a ese lugar pasada la una de la madrugada del día 19, Carlos Balaguera Melo, amigo de los contertulios, en compañía de Germán Martínez Sarria quien al momento de ser presentado a Urrego, habiéndose éste expresado en locuciones boyacenses, le respondió jocosamente "sumercé", recibiendo a cambio, sin mediar actitud o palabra alguna, un disparo por detrás del lóbulo de la oreja izquierda que le produjo destrozos internos en el cerebro, determinando su fulminante muerte.

Como de las informaciones suministradas por los vecinos en el sitio de los hechos al momento de realizarse el levantamiento del cadáver (fl.2), se conoció que los responsables del homicidio habitaban la casa ubicada justamente al frente del lugar en donde quedó el cuerpo de la víctima, con asistencia de un Fiscal adscrito a la Unidad Previa y Permanente y el Jefe de la Unidad Móvil de Levantamientos del DAS se realizó allanamiento en el inmueble, reteniéndose en su interior a los hermanos Gabriel y Ricardo Merchán Moreno y a Juán Carlos Urrego Teusa, a quienes según constancia dejada en la respectiva acta solamente les fue informado sobre sus derechos en la Unidad oficial y no antes, debido a su estado de embriaguez. Finalmente, en desarrollo del operativo se incautaron sendas armas calibre 38 y munición para las mismas (fl. 11).

El 20 de marzo de 1994 la Fiscalía Seccional de la Unidad de Previa y Permanente decretó la apertura investigativa, escuchándose los testimonios de Rodrigo Carmona Bueno (fl.22) y Carlos Balaguera Melo (fl.26).

En su primera declaración refirió Carmona haber llegado de un viaje a eso de las dos de la mañana y saludarse con "Gabriel y Juan Carlos", quienes se encontraban escuchando música e ingiriendo licor, dirigiéndose a su habitación y luego a la cocina, desde donde sintió una detonación, pudiendo observar que había tres personas en la calle, oyendo de inmediato que decían: "apague el equipo y acostémonos", sin poder dar cuenta de otros detalles más.

A su turno, expuso Balaguera Melo que después de haber estado jugando pool con Germán Martínez Sarria y su primo Marcos Almeida Rincón, dejaron a éste en su casa y se dirigieron hasta la vivienda de Germán, encontrándose en la puerta de "los Merchán" con Gabriel quien les presentó a Juan Carlos Urrego; lo que luego ocurrió es narrado en los siguientes términos:

"...traía como una toallita colgada en el hombro, bueno Gabriel le dijo mire le presento unos vecinos, dijo mire este es mi cuñado, yo le extendí la mano y le dije mucho gusto yo me llamo Carlos, el señor me dijo: a usted es tocayo mío yo me llamo Juan Carlos, luego le extendió la mano a Germán, Germán le dijo mucho gusto Germán, el señor le habló con unas frases como los que hablan boyacense, entonces Germán le dijo sumerce, bueno en esos instantes el señor no se en donde tendría el arma, fue muy rápido todo, el señor extendió el brazo, cuando el extendió el brazo yo sentí una detonación, bueno yo vi que

Germán cayó al piso y observé que empezaba a salir sangre de su cabeza, yo le dije al tipo por que dijo (sic) eso hermano en esos momentos salió el señor Rodrigo, bueno el no dijo nada simplemente observó, nos miro a todos y corrió hacia adentro hacia la casa, no se no le podría asegurar si el se dio cuenta quien lo mató, en ese momento también llegaron Jorge Cáceres y Yiyo ellos se encontraban abrazados, en el momento que ellos llegaron el señor Juan Carlos me tenía abrazado a mi y Gabriel salió hacia ellos y les dijo que no dijeran nada que no habían visto nada que se fueran de ahí, el señor Juan Carlos aún me tenía agarrado, cuando ellos llegaron o sea Jorge y Yiyo, yo les dije miren lo que hicieron, refiriéndome a que habían matado a Germán, cuando Gabriel les dijo que no dijeran nada ellos salieron corriendo, yo no pude ver si él los amenazó con algo, yo intenté correr atrás de ellos pero ellos se perdieron rápido y Juan Carlos me alcanzó a pocos metros, yo le dijo mano voy a buscar un taxi para llevarlo al hospital, recojámoslo, llevémoslo al hospital, el me dijo está con nosotros o se va con él, yo le pregunté mano por qué lo hizo, por qué lo mató, él me respondió nosotros somos asi y volvió y me dijo está con nosotros o se va con él, después me quiso decir que lo recogiera y me lo llevara y no dijera nada, que no fuera a contar nada, en esos momentos llegó Gabriel hasta donde estábamos y le apartó la mano con que me sostenia...".

En relación con las condiciones físicas que tenían tanto él y la víctima como el procesado y su cuñado, respondió:

"Yo y Germán no nos encontrábamos tan embriagados, digamos que nos habíamos tomado unas trece a catorce cervezas, en cuanto a Juan Carlos y Gabriel ellos no estaban tan embriagados o sea ellos hablaban correctamente, ellos estaban concientes de lo que estaba sucediendo".

Apreciación que es reiterada en una nueva ampliación del testimonio, así: "GABRIEL sí me pareció tomado, Juan Carlos no me pareció que estuviera tomado, hablaba bien y se veía bien" (fl. 163).

Fueron vinculados mediante indagatoria los hermanos Ricardo (fl.49) y Gabriel Merchán Moreno (fl.53), como también Urrego Teusa (fl.56). Ricardo manifestó haberse acostado a eso de las doce de la noche, después de departir con su hermano Gabriel y su cuñado. Por su parte Gabriel adoptó una postura de negativa total a recordar haber visto a la víctima, que era su vecino, en la noche de los hechos y todo el episodio relacionado con su muerte, debido a la ingesta alcohólica, siendo esta misma actitud defensiva la expuesta por Juan Carlos en relación con los sucesos acaecidos con posterioridad a que Ricardo se fuera a dormir, lo que explica se debe a "que estaba perdido de la borrachera", no obstante, estos dos últimos refieren con claridad haber ofrecido un trago de licor al señor Rodrigo Carmona cuando éste llegó a la vivienda.

En ampliación del testimonio Rodrigo Carmona Bueno precisó, sobre los acontecimientos posteriores a su arribo al inmueble, lo siguiente:

"... llegué a la residencia, los señores Juan Carlos, Gabriel Merchán se encontraban en el jardín de la casa, procedí a entrar, me saludaron, me ofrecieron un trago, me lo tomé, fue un trago puro, sin gaseosa, el trago se me devolvió, seguí adentro y guardé la maleta, a lo que volví a salir me ofrecieron otro trago, también me lo tomé, me tomé como alrededor de cinco o seis tragos con los señores implicados, en el momento que estaba en el jardín con ellos, llegó el señor Carlos Balaguera y el finado Germán, ellos llegaron y se asomaron a la casa y se saludaron de cabeza con los implicados Gabriel y Juan Carlos, en el momento me entré sentí hambre y fui a ver que me hacía, estando en la cocina escuché el disparo, salí, ya había sucedido el crimen, el señor Juan Carlos y Gabriel se encontraban en ese momento amenazando a Carlos Balaguera que le decían que se callara y que se perdiera de ahí en ese momento el señor Gabriel ve venir dos tipos más y se acerca y les dice: 'ustedes también váyanse', se fueron, Carlos Balaguera también se fue, procedieron o procedimos y nos entramos, guardaron música, sillas y todo, se acostaron a dormir" (fl.60).

Sobre las razones por las cuales esta versión difiere de la inicialmente rendida, explicó el testigo que se debía al hecho de no haber observado directamente a la persona que disparó, como también a que se encontraba amenazado, pero en ningún momento por "proteger los criminales, sino por proteger a mis hijas". Respecto al estado en que se encontraban los sindicados manifestó: "Si, estaban tomados, pero estaban concientes de todo", siendo elocuente al respecto que una vez ocurridos los hechos y dentro de la residencia, Juan Carlos "limpió y guardó" el arma (fl.60 y ss).

Mediante resolución del 28 de marzo de 1994 se resolvió la situación jurídica a los procesados, imponiéndoseles medida de aseguramiento de detención preventiva, por el delito de homicidio para Urrego Teusa y encubrimiento para Gabriel Merchán, absteniéndose de lo propio en relación con Ricardo Merchán, quien fue dejado en libertad (fl.64).

Al folio 154 obra el resultado del reconocimiento médico que con el objeto de determinar los antecedentes de embriaguez, se realizara al procesado Urrego Teusa por el Instituto de Medicina Legal, Seccional Cúcuta, de conformidad con el cual "Al parecer para el día de los punibles, por entrevista, el sindicado se encontraba en estado de embriaguez, presentando amnesia de los hechos que se le imputan", advirtiendo la necesidad "para efectuar una peritación más formal, efectuar (sic) la respectiva revisión del expediente" (fl. 154).

Una vez cerrada la investigación, el 9 de agosto de 1994 se calificó su mérito mediante el proferimiento de resolución acusatoria en contra de Urrego Teusa por los delitos de homicidio y porte ilegal de armas de fuego de defensa personal, precluyéndose la pesquisa penal adelantada en contra de los hermanos Ricardo y Gabriel Merchán. (fl. 223).

Durante el período probatorio del juicio se solicitó al perito de la Sección de psiquiatría forense, ampliación del dictamen visto al folio 154, para cuyo propósito le fue remitido el expediente. Como resultado del mismo se consig-

nó: "no hay en ningún momento desorden de conducta al analizar los hechos, para hablar de el sindicado (sic) de un transtorno mental transitorio (Sin secuelas)" (fl. 290).

Celebrada la audiencia pública se profirieron las sentencias de primera y segunda instancia en los términos señalados en precedencia.

LA DEMANDA

Primer cargo

Apoyado en la tercera causal del art. 220 del Código de Procedimiento Penal, el defensor de Urrego Teusa ataca el fallo impugnado acusándolo de haberse proferido dentro de un proceso viciado de nulidad, al no establecerse con absoluta certeza la imputabilidad del procesado para el momento de realizar los hechos.

Precisa cómo, fue a petición de la propia defensa que se ordenó la práctica de la prueba "siquiátrico-forense", obteniéndose inicialmente un dictamen infundado, dentro del cual solamente se dejó constancia del estado consciente del entrevistado, su alegación en torno a la amnesia que padeciera al momento de los hechos y donde el perito solicita ver el expediente. Sin embargo, transcurrió todo trámite procesal y únicamente hasta la etapa del juicio le fue remitido el asunto para completar el experticio, incumpliéndose al momento de rendirlo con los requisitos contenidos en los artículos 267 a 270 del Código de Procedimiento Penal.

Además, respecto de dicho peritaje no existió por parte de los juzgadores la previa elaboración de un cuestionario, como tampoco una específica valoración del mérito probatorio que le habría sido dado en la sentencia.

Asegura cómo el complemento al dictamen carece de tal calidad, pues omitió el examen mental del paciente, la entrevista psiquiátrica, valorar la conciencia, la orientación, la memoria, el juicio, el raciocinio, etc., al igual que "otros muchos aspectos verdaderamente determinantes, tales como un examen en estado de embriaguez del sindicado".

Sobre la condición en que Urrego Tausa se encontraba recuerda que en la propia diligencia de allanamiento se dejó constancia de que no se le imponían los derechos por encontrarse inconsciente, razón de más para haber tenido que ser llevado a un Hospital o Centro Clínico en forma inmediata para su valoración.

Asegura enseguida, que el proceso debe declararse nulo a partir del auto que abrió el juicio a pruebas, con el propósito de que se adelanten todas aquellas que sean necesarias para establecer en forma "plena la imputabilidad o no del sindicado para el momento de los hechos", tales como el interrogatorio a los agentes que lo aprehendieron y fundamentalmente para que el médico forense cumpla con un "verdadero dictamen pericial, que sea controvertido, objetado o impugnado, mediante el traslado de ley de que hablan los Arts. 270 y 271 del C. de P.P.", pues todo indicaría que Urrego Teusa habría padecido

una "embriaguez aguda y probablemente patológica" y que el hecho se produjo en un estado de "transtorno mental", de donde la condena que le fuera inferida habría sido ilegal, sin elementos de juicio suficientes que "nos ofrezcan verdadera certeza de su imputabilidad", máxime cuando, insiste, "El dictamen allegado a los autos fue irregularmente producido y no contiene las formalidades que exige el legislador para tenerlo como prueba pericial".

Segundo cargo

Lo propone el actor al amparo de la primera causal casacional por error de hecho derivado de "Falso Juicio de Identidad", en que dice incurrió el sentenciador en la "apreciación de la prueba testimonial de cargo" sin la cual no se hubiese podido declarar la responsabilidad del procesado Urrego Teusa en los hechos por los cuales fuera acusado, pues en su criterio, "se ha dado credibilidad erróneamente a la prueba testimonial rendida por CARLOS BALAGUERA MELO", cuando no existe ningún medio que "ofrezca certeza de la imputabilidad y consiguiente responsabilidad, en contra de mi representado', desconociéndose de contera, los principios universales de la 'Presunción de Inocencia y del *in dubio pro reo*".

Afirma a continuación, que el testimonio de Balaguera es tomado por el sentenciador como de cargo, "empeciriándose en la apreciación errónea" del mismo y desechando "las predicciones (sic) de la norma" que fija los criterios a tener en cuenta para su análisis (art. 294 del C. de P.P.), cuando su alcance a lo sumo "permite enmarcar dentro de él la autoría del hecho punible, pero está muy lejana de demostrar la imputabilidad", es decir, que el juzgador desconoce las reglas de la experiencia para su valoración, la sicología del testimonio y del testigo, la sicología judicial y los principios de la producción legal de la prueba, creyéndole "erróneamente" cuando la verdad es que "nunca ha percibido los hechos en forma directa y plena", además de encontrarse en el momento en que sucedieron bajo el influjo de bebidas alcohólicas, pues al decir de la esposa del obitado se habría marchado para su casa antes de que los mismos ocurrieran, de donde es claro para el demandante que "el testigo no puede ser creido si se contradice" y eso sucedió en este caso ya que en principio aseguró a la autoridad no haber visto nada y luego apareció "hablando lo imaginario, para imputar malsanamente el punible al hoy condenado", debió pues realizarse una apreciación razonable, una evaluación exacta de los hechos, a la forma como realmente se presentaron.

Así, la aseveración del procesado de "no acordarse de haber cometido este punible, no ha sido desafirmada por ningún testigo, ni por prueba científica legal y oportunamente allegada a los autos, a pesar de que la Sala hace esfuerzos para hablar de indicios en contra', no se demuestra su imputabilidad, y por tanto tampoco su responsabilidad.

No hay certeza, por tanto, de la responsabilidad del procesado, vulnerándose el artículo 247 del Código de Procedimiento Penal por evidente error de hecho por falso juicio de identidad al apreciar la declaración de

Balaguera Melo, pues si hubiese sido analizado en forma crítica, la condena perdería cualquier base, el Tribunal, entonces, "le dio un valor a esta prueba superior al que le asigna el legislador", es decir, que rebasó sus alcances.

Solicita, en consecuencia, se case el fallo impugnado y se dicte la decisión absolutoria que debe reemplazarlo.

CONCEPTO DEL PROCURADOR PRIMERO DELEGADO EN LO PENAL

Primer cargo

Referido a la nulidad, advierte el Ministerio Público, que el demandante omite señalar las "normas sustanciales presuntamente violadas y el sentido de tal vulneración", a lo que debe agregarse que si le asistiese razón en el sentido de que el dictamen pericial hubiese sido aportado sin el lleno de los requisitos exigidos en la ley, esto afectaría exclusivamente la validez de la prueba mas no la estructura básica del proceso.

Además, si bien es cierto, añade, que la ampliación del dictamen siquiátrico no fue objeto del traslado previsto en el artículo 270 de la Ley Procesal Penal, tal omisión no afecta la legalidad de la prueba cuando los sujetos procesales además de conocerla tuvieron la oportunidad de objetarla, de modo que si no lo hicieron mal pueden ahora alegar su silencio.

La omisión de una pericia médica sobre embriaguez, afirma el Delegado, como fundamento de la supuesta inimputabilidad que alega el censor, sólo puede constituir causal de nulidad cuando existan serios indicios de que el procesado al momento de ejecución del hecho no tenía capacidad para comprender la ilicitud de su conducta o para determinarse de acuerdo con esa comprensión, y en este caso el proceso a través de la prueba testimonial e indiciaria informa que el acusado obró en estado de imputabilidad, no obstante lo cual el instructor ordenó una valoración médico psiquiátrica que confirmó la anterior condición.

Por eso, reitera, no toda omisión en la práctica de una prueba constituye por sí misma violación al derecho de defensa, esto sucede sólo cuando aquello que no se investigó comportaba tanta trascendencia en favor del procesado que teniendo la inequívoca capacidad de modificar su situación, afecte seriamente la solidez del fallo, siempre y cuando que las demás pruebas existentes en el proceso no puedan mantener incólume el juicio de responsabilidad. Pero en este asunto, además de que se practicó prueba de psiquiatría se intentó, aunque infructuosamente por razones de orden administrativo, averiguar a través de testimonios los antecedentes de conducta, personales y mentales del procesado, lo que evidencia en concepto del Delegado, la ausencia de desatención censurable en los funcionarios judiciales.

De otro lado, advierte el señor agente del Ministerio Público, es sabido que la sola ingesta de bebidas alcohólicas no convierte necesariamente en inimputable a quien las consume salvo que exista un estado patológico del

que el procesado no da cuenta, ni existe en el proceso evidencia alguna, por manera que bien se puede afirmar que la embriaguez del acusado no fue la causante del resultado criminoso y que, por el contrario, las circunstancias que sucedieron al hecho homicida permiten afirmar su capacidad de comprensión y autodeterminación sin que esto se desvirtúe por la simple y subjetiva existencia de un estado amnésico que además de corroboración imposible fue selectivo como que sólo se remite a la actuación por la que se le acusa pero recuerda los sucesos que antecedieron y siguieron a los hechos.

Solicita, en consecuencia, se rechace la censura.

Segundo cargo

Alegándose por el demandante un falso juicio de identidad porque el Tribunal apreció erróneamente el testimonio de Carlos Balaguera Melo, en concepto del Delegado, no podía el recurrente plantear un nuevo debate sobre la tasación probatoria y menos esgrimir apreciaciones personales sin determinar los yerros que de manera ostensible aconsejen casar el fallo atacado.

En ese orden, expresa el Procurador, los razonamientos del censor no son más que simples hipótesis carentes de respaldo probatorio pues, en primer término basta leer el fallo del *ad quem*, para concluir que el citado testimonio no fue tergiversado, sino que se le otorgó un criterio diverso y opuesto a las pretensiones del casacionista a lo cual se suma la carencia de verdad acerca de que Balaguera Melo no presenció los hechos cuando la esposa del occiso es clara en afirmar su imposibilidad de precisar la ubicación de éste porque en el momento en que sonó la detonación se encontraba acostada. Por el contrario, agrega, la declaración de Rodrigo Carmona no deja duda alguna de que Balaguera sí fue testigo presencial de los acontecimientos.

Además, dice el concepto, evocando Consideraciones de la Corte, no siendo suficiente que el censor relacione las pruebas que no se apreciaron, se supusieron o tergiversaron y que sustente su incidencia en el fallo, su reparo queda trunco al no presentar con estudio completo del haz probatorio una nueva y opuesta visión del panorama procesal pues sólo tomó parcialmente la cadena indiciaria de cargo, así como la testimonial en apartes que favorecían sus argumentos, dejando incólume la restante prueba incriminatoria que señala a Urrego Tcusa como responsable del homicidio de Germán Martínez.

Hace ver el Ministerio Público como en la pretendida demostración del error de hecho el recurrente desvía su ataque a uno de derecho por falso juicio de convicción al criticar la valoración y análisis de las intervenciones procesales de Balaguera, así como del dictamen siquiátrico hechas por el fallador, yerro tal que sólo resulta admisible en cuanto se demuestre que se supusieron inexistentes reglas sobre su valoración o que a tal grado se apartó el juzgador de los parámetros de la sana crítica que quebrantó su lógica u optó por valorar de manera arbitraria o irracional las pruebas.

Por ende, concluye el señor Procurador Delegado, la duda que plantea el recurrente a consecuencia de un presunto falso juicio de identidad resulta improcedente máxime que el censor fundamenta su cargo en aquellos apartes de la sentencia que sólo se avienen a su interés dejando de lado un análisis conjunto del acervo probatorio, por lo que solicitando también su desestimación, pide no casar el fallo recurrido.

CONSIDERACIONES

Primer cargo

1. No obstante que el demandante formula este cargo al amparo de la causal tercera de casación "porque el Estado no movió su aparato jurisdiccional para demostrar con certeza la imputabilidad endilgada a mi cliente... nulidad que cobija a la experticia psiquiátrica forense superficial e infundada que obra en autos", pues además fue mal aducida y valorada, es lo cierto que como no podía ser de otra forma, ante tal enunciación, como lo relieva el Ministerio Público, su desarrollo dista de los requerimientos de orden técnico y conceptual propios de la casación, imponiéndose, por tanto, su inminente desestimación.

2. En efecto, como se infiere de la síntesis transcrita, en la que el censor resume su planteamiento, si bien la pretensión inicial es que se declare la ilegalidad de la prueba psiquiátrica obrante en autos porque en ésta se preterm itieron las formalidades normativas exigidas para su legal aducción, lo cual de entrada demuestra que ciertamente la causal en que debió ampararse un tal cargo no lo era la tercera sino la primera por error de derecho por falso juicio de legalidad, pues suficientemente sabido es que a través de esta vía se impugna la validez del medio probatorio que se hubiere aportado al proceso sin observación de las exigencias pertinentes para ello, es lo cierto, que este yerro técnico se agudiza al entremezclar argumentalmente y como vicio atribuido a la producción de la prueba, la falta de traslado a los sujetos procesales de la referida pericia psiquiátrica no corresponde, *stricto sensu*, al proceso de aducción de esa prueba, imponiéndose su formulación como cargo separado.

3. Además, y acto seguido, incluye en la misma censura, que en verdad es lo que viene a constituirse en el fondo de la pretendida demostración del ataque, un deshilvanado cuestionamiento valorativo de la misma prueba, de suyo imposible de formular, si se tiene en cuenta que ya había afirmado su inexistencia por haber sido ilegalmente aportada; y de ser ello así, evidente es que no resultaría posible al mismo tiempo su errónea apreciación, pues un raciocinio en esas condiciones concebido deviene esencialmente contradictorio y elimina su racionalidad, más aún cuando a ello se le agrega la violación de la denominada investigación integral por no haberse practicado las pruebas demostrativas de la imputabilidad del procesado, ya que para una propuesta de este tenor imprescindiblemente se debe dar por demostrada la inexistencia de la prueba psiquiátrica y esto precisamente es lo que surge como objeto de cuestionamiento dentro de algunos apartes de esta censura.

4. Bajo este supuesto, entonces, imposible resulta saber cuál es concretamente el o los cargos propuestos, pues el demandante ha desconocido además de la vía escogida para el ataque, el deber que tenía de respetar el principio de autonomía de la causales, delimitando los fundamentos fácticos y jurídicos del objeto de censura, ya que *la casación, como es sabido, por tratarse de un recurso extraordinario, no es de libre postulación ni demostración, sino que tiene que cumplir con las exigencias que normativamente lo informan para que la Corte previa confrontación argumental entre lo pedido y el sustento normativo que regule el fenómeno en cuestión, declare en punto de la legalidad, su prosperidad o su rechazo.*

5. Estas exigencias, a no dudarlo, trascienden lo estrictamente formal, si por esto se entendiera lo que excluye lo sustancial, habida cuenta que su desconocimiento dificulta, cuando no impide, saber la pretensión que persigue el recurrente, la que debe estar amparada en una inequívoca argumentación demostrativa, esto es, que los reparos formulados contra el fallo impugnado no pueden corresponder a personales criterios ni a contradictorias afirmaciones del recurrente, sino a elaborados cuestionamientos que lógicamente expuestos hagan evidente el yerro en que pudo incurrir el fallador, que es precisamente lo que desconoce en este caso el impugnante al creer que con la simple petición de nulidad ha cumplido con tales requerimientos y que con el señalamiento de presuntas irregularidades, no demostradas, la ha sustentado.

6. Así y no obstante que estos ostensibles desaciertos técnicos imposibilitan el estudio de fondo de la demanda, dado el énfasis de ilegalidad que dice el censor se objetiviza en este proceso y específicamente frente a la citada prueba pericial, estima la Sala oportuno hacer ver cómo las irregularidades que dice el demandante vician la pericia hasta el punto de afectar su validez jurídica, aún en la hipótesis de que algunas de ellas puedan existir, en ninguna forma tienen esa trascendencia, cuando es claro que se trata de una prueba que fue decretada dentro del marco de oportunidad que señala la Ley, mediante auto previo y con la formulación de un cuestionamiento básico para establecer los efectos de la ingesta alcohólica en la conducta del acusado, como también que a pesar de no haberse dado traslado del dictamen a los sujetos procesales, que el libelista aúna a la crítica sobre la legalidad de la prueba, éstos tuvieron la oportunidad de conocerla, tanto así que de ella solicitaron copias y efectivamente les fueron expedidas, posibilitándose plenamente la oportunidad para pedir su aclaración, su adición o complementación e inclusive para objetarla hasta antes de que concluyese la audiencia pública, conforme lo dispone el artículo 270 del Código de Procedimiento Penal, siendo lo único cierto que es la propia incuria y silencio de la defensa, la que ahora pretende aducirse como causa generadora de nulidad, cuando la realidad es que durante toda la actuación se mantuvieron incólumes las garantías al debido proceso y al derecho de defensa.

7. Ahora, en cuanto se refiere a la omisión en la práctica de las pruebas necesarias para determinar la imputabilidad del procesado, a lo cual acude

el demandante en franca contradicción con el inicial desconocimiento que hiciera sobre la existencia jurídica de la prueba psiquiátrica, que opta por admitir para cuestionarla por "lacónica, corta e infundada", desviando el ataque hacia el cuerpo segundo de la causal primera para contraponer su personal criterio valorativo al del fallador, tornando así más confusa la censura, termina desconociendo los serios elementos de juicio que aún en ausencia de dicho examen, tal como lo argumentó el *ad quem*, permiten afirmar la imputabilidad del procesado deducida de la conducta antecedente, concomitante y posterior a la comisión de los hechos, que no deja posibilidad alguna para considerar que Urrego Teusa haya padecido trastorno mental que le impidiera comprender la ilicitud de su actuar o de determinarse de acuerdo con esa comprensión, pues no resulta dable sostener la concurrencia de ese estado mental para el momento delictivo, cuando los efectos del alcohol no alcanzaron siquiera a interesarle su capacidad para recordar perfectamente la llegada del inquilino Rodrigo Carmona, que sucedió en los instantes previos a la ocurrencia de los hechos, al igual que haber compartido un trago con éste y Merchán.

8. Menos aceptación puede tener la alegada inimputabilidad, cuando el comportamiento que siguió al disparo homicida hace patente la plena capacidad de comprensión y autodeterminación en que se encontraba Urrego Teusa, toda vez que no solamente amenazó y persuadió a Balaguera Melo para que se fuera del lugar callando lo acontecido, haciendo lo propio con Jorge Cáceres y Hugo Santiago, impidiendo que éstos se acercaran al lugar donde su amigo yacía muerto, sino además suspendiendo de inmediato la juerga, la música y apagando las luces exteriores de la vivienda cuando generalmente se dejaban encendidas por toda la noche, para finalmente completar esa sucesión de elocuentes hechos demostrativos de la imputabilidad del acusado, proceder ya en el interior de la residencia, a limpiar el arma homicida, según así lo atestó el precitado Carmona Bueno.

La censura, por tanto, no prospera.

Segundo cargo

1. Al amparo del cuerpo segundo, causal primera, el censor ataca el fallo impugnado por considerar que el Tribunal incurrió en un error de hecho por falso juicio de identidad al apreciar el testimonio de Carlos Balaguera Melo, pero confusamente aprehende su demostración con argumentos que, al igual que en el ataque anterior, lejos se encuentran de observar la técnica de casación, pues desconociendo el principio de no contradicción empieza por oponer sus particulares criterios valorativos de la prueba a los del fallador, para luego endilgarle distorsión en su sentido material, falta de controversia y falsedad en su contenido, teniéndola finalmente, sin embargo, por válida y creíble pero sólo en punto de autoría y no de imputabilidad.

2. Desconoce así el censor, que escogida esa vía de ataque, le correspondía demostrar en qué sentido el juzgador tergiversó la aludida prueba y no suplir esta exigencia con una simple discrepancia en su apreciación frente al análisis del fallador, pues esta clase de argumentos no son examinables en esta sede, mucho menos cuando el demandante se apoya en observaciones

subjetivas que corresponden únicamente a su ámbito personal, sin aportar elemento alguno en aras de acreditar que el fallo impugnado incurrió en un tal error respecto a la referida declaración testimonial.

3. Pero además, contrario a este teórico postulado, de la simple lectura del censurado testimonio y de su confrontación con la sentencia, ninguna posibilidad existe de afirmar que su objetivo contenido haya sido falseado, mucho menos respecto de la presencia de Balaguera Melo en el momento exacto en que los hechos se ejecutaron, pues omite el impugnante considerar, en contravía a lo sostenido en el fallo, que sobre la directa percepción del homicidio por parte de aquél existe prueba incluctable como lo es la declaración de Rodrigo Carmona; quien sin dubitación alguna además de afirmar la concurrencia del referido testigo, da cuenta de las amenazas de que éste fue objeto para que abandonara el lugar y guardara silencio sobre lo ocurrido, omitiendo así mismo considerar que lo así expuesto por estos deponentes no se desvirtúa en manera alguna con las aseveraciones de Miryan Elena Osorio, compañera del occiso, ya que, como ella lo explica, por encontrarse acostada en su lecho para cuando escuchó el disparo, ninguna precisión sobre ese aspecto estaba en capacidad de hacer.

4. Y, haciendo aún más evidente la improsperidad de la censura, por su confusión y contradicción, termina el recurrente por aceptar como cierta la presencia del testigo en el sitio de los hechos y por admitir que tal prueba acredita la autoría pero no la imputabilidad de su defendido, quedándose en un simple enunciado que no encuentra desarrollo alguno como para que la Sala pueda entender en qué yerro incurrió el juzgador sobre ese respecto.

5. Por tanto, como el actor no acreditó de qué manera el fallador tergiversó la prueba testimonial, omitiendo además el análisis mancomunado de los medios de convicción tenidos en cuenta para dictar la sentencia de condena ni demostró su ineficacia con miras a obtener el desquiciamiento del fallo, esta censura debe también desecharse.

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

RESUELVE:

NO CASAR el fallo impugnado.

Cópiese, cúmplase y devuélvase al Tribunal de origen.

Jorge Aníbal Gómez Gallego, Fernando Arboleda Ripoll, Jorge Enrique Córdoba Poveda, Carlos Augusto Gálvez Argote, Edgar Lombana Trujillo, Mario Mantilla Nougués, Carlos Eduardo Mejía Escobar, Alvaro Orlando Pérez Pinzón Nilson Pinilla Pinilla.

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

NULIDAD/CONEXIDAD/COMPLEJIDAD/ERROR EN LA DENOMINACIÓN JURIDICA DE LA INFRACCION/ DEFENSA TECNICA

1. Cuando se plantea error en la calificación jurídica de los hechos, con afectación del nomen iuris, *el reparo debe encauzarse por la vía de la causal tercera, no de la primera, ya que la Corte no podría entrar a dictar fallo de sustitución por un delito no imputado en la resolución acusatoria, sin atentar contra la estructura conceptual del proceso, e incurrir en el segundo motivo de casación por vicios de inconsonancia entre la sentencia y la acusación.*

2. Asumir, como parece entenderlo el actor, que complejidad y conexidad son equivalentes, resulta totalmente equivocado, pues mientras el primero presupone que las distintas conductas estructuran un solo hecho punible, el segundo entraña la configuración de varios, estrechamente relacionados entre sí por vínculos de distinta índole, como ideológicos, consecuenciales u ocasionales.

3. El derecho a la defensa técnica, ha sido dicho por la Corte, implica que el inculpado cuente con asistencia profesional durante todo el trámite procesal, ya que sin posibilidades de contradicción no es posible concebir legítimo hoy día el proceso, pero ello no significa que si ha dejado de tenerla en un determinado momento, la actuación así cumplida, o la subsiguiente, advengan por ese solo motivo ineficaces, pues en virtud del principio de trascendencia que orienta la declaratoria de las nulidades, solo si la anomalía afecta realmente las garantías de los sujetos procesales, o desconoce las bases fundamentales de la instrucción o el juzgamiento, resulta inevitable su declaración.

También se ha sostenido que si la irregularidad es oportunamente corregida, de suerte que el profesional designado pueda ejercer adecuadamente los actos defensivos que pudo haber realizado durante el tiempo que el procesado careció de defensa técnica, debe entenderse que el derecho no ha sido conculcado, puesto que ningún sentido tendría invalidar el proceso para que la defensa vuelva a tener una oportunidad que ya tuvo (Cfr. Casación de 27 de mayo de 1999, Magistrado Ponente Dr. Ricardo Calve-

te Rangel. Casación junio 15 de 1999, Magistrado Ponente Dr. Arboleda Ripoll).

De acuerdo con el texto del citado inciso primero del artículo 148 del Código de Procedimiento Penal, la designación de una persona honorable en el cargo de defensor del imputado, solo era posible de ser efectuada para la diligencia de indagatoria, de suerte que, cumplida ésta, surgía para el funcionario judicial la obligación de proveer al sindicado de defensa técnica, a fin de que pudiera enfrentar en igualdad de condiciones el ente acusador.

Al dejar de hacerlo, y permitir que esta situación se mantuviera durante todo el ciclo investigativo, comprometió no solo el derecho de defensa, sino que atentó contra el debido proceso, cuyo entendimiento como contradictorio supone que no pueda ser adelantado sin que el Estado brinde a los sujetos procesales la posibilidad de controversia, mediante la constitución de una relación adversarial (Cfr. Casación de 22 de septiembre de 1998, Mag. Pte. Dr. Arboleda Ripoll).

Corte Suprema de Justicia. - Sala de Casación Penal. - Santa Fe de Bogotá, D. C., once de agosto de mil novecientos noventa y nueve.

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

Aprobado Acta No. 118 Proceso No. 11555

Resuelve la Corte el recurso extraordinario de casación interpuesto contra la sentencia de 6 de abril de 1995, mediante la cual el Tribunal Nacional condenó a los procesados Wilson Méndez González y Eliberto Castañeda Triana a la pena principal de 18 años de prisión y multa de 50 salarios mínimos legales mensuales, como coautores responsables de los delitos de homicidio y lesiones personales cometidos en miembros de la Policía Nacional (art. 1° del Decreto 099 de 1991 y 12 del Decreto 2266 de 1991), y porte ilegal de armas de fuego de uso privativo de las fuerzas armadas.

Hechos y Actuación Procesal

El 23 de octubre de 1992, siendo aproximadamente las 6 de la tarde, Wilson Méndez González atacó sorpresivamente con arma de fuego al Agente de la Policía Nacional Herlinder Pineda Pinzón, cuando prestaba servicio de vigilancia en la garita No.1 del Cuartel de Policía del Municipio de Doncello (Caquetá), causándole heridas que minutos mas tarde produjeron su muerte. Al ser iniciada la persecución del agresor por compañeros de la víctima, Eliberto Castañeda Triana, quien cubría la huida de Méndez González, disparó contra el Agente Jeremías Rodríguez Ramírez, ocasionándole una herida en la cara antero-interna del tercio medio del muslo derecho que le determinó una incapacidad definitiva de 10 días, con perturbación funcional transitoria del órgano de la locomoción (fls.1,2,360-1).

La policía logró la captura de los agresores, hallando en su poder sendas pistolas, una granada de fragmentación y abundante munición (fls.6, 52-1). En el enfrentamiento con los agentes del orden, Méndez González recibió un impacto de arma de fuego en la pierna derecha, y otro en la parte media del antebrazo del mismo costado (fls.42,49-1).

Oídos los imputados en indagatoria, manifestaron ser ajenos a los hechos investigados, y no tener vinculación con la guerrilla. Eliberto Castañeda Triana aseguró haber sido capturado cuando transitaba por las calles de Doncello, después de que se escucharon unas detonaciones, y Wilson Méndez González comentó que un sujeto desconocido lo obligó a recibir la pistola y una chuspa, ocasionándole una herida con la misma arma en el brazo derecho, y cuando intentó hacer entrega de estos elementos a la policía, uno de los agentes le propinó un disparo en la pierna derecha (fls.29,38, 226, 229-1).

Mediante resolución de 18 de noviembre siguiente, un Fiscal Regional de Santa Fe de Bogotá resolvió la situación jurídica de los indagados con medida de aseguramiento de detención preventiva por los delitos de homicidio, lesiones personales, y porte ilegal de armas de fuego de uso privativo de las fuerzas armadas. Cerrada la investigación, el defensor de los procesados solicitó la ampliación de sus indagatorias y la celebración de la audiencia especial, conforme a lo previsto en el artículo 37 del Código de Procedimiento Penal, modificado por el 4º de la Ley 81 de 1993, petición a la cual accedió el funcionario instructor (fls.75, 304-305-1).

En sus nuevas exposiciones, Méndez González y Castañeda Triana manifestaron ser miembros del XIV frente de las FARC, y haber actuado en el marco de una operación de hostigamiento al Puesto de Policía del Municipio de Doncello, dirigida por el comandante "Arturo", en la que participaron 30 guerrilleros, siendo detectados antes de tiempo, y en cuyo desarrollo se presentaron bajas tanto de la policía como de la guerrilla (fls.316 y 319-1).

Agotado el trámite de la audiencia especial sin que hubiera sido posible concretar el acuerdo, el Fiscal declaró terminada la diligencia, y mediante decisión de 29 de abril de 1994, calificó el mérito del sumario con resolución acusatoria por los delitos de homicidio y lesiones personales en miembros de la Policía Nacional, porte ilegal de armas de fuego de uso privativo de las Fuerzas Armadas, y rebelión, conforme a lo previsto en los artículos 8º del Decreto 2790 de 1990 (modificado por el Decreto 099 de 1991), 2º del Decreto 3664 de 1986, y 1º del Decreto 1857 de 1989, incorporados a la legislación permanente por el Decreto 2266 de 1991 (fls. 362-1). Apelada esta decisión por la defensa, la Fiscalía Delegada ante el Tribunal Nacional, mediante providencia de 26 de agosto del mismo año, mantuvo la acusación por los delitos de homicidio, lesiones personales y porte ilegal de armas de fuego de uso privativo de las fuerzas armadas, y descartó la estructuración del delito político, tras considerar que la condición de guerrilleros de los procesados no se encontraba establecida, y que su confesión solo buscaba la obtención de beneficios (fls.405-1).

El 16 de enero de 1995, un Juzgado Regional de Santa Fe de Bogotá condenó a los procesados a la pena principal de 18 años de prisión y multa de 50 salarios mínimos mensuales legales, y la accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas por el término de 10 años, como coautores responsables de los delitos de homicidio, lesiones personales y porte ilegal de armas de fuego de las fuerzas armadas, conforme a los cargos formulados en la resolución de acusación (fls.474-1).

Apelado este fallo por la defensa, el Tribunal Nacional, mediante el suyo de 6 de abril de 1995, que ahora el mismo sujeto procesal recurre en sede extraordinaria, lo confirmó en toda sus partes (fls.3 y siguientes del cuaderno No.2).

LAS DEMANDAS

1. A nombre de Wilson Méndez González.

Con fundamento en la causal primera de casación, dos cargos presenta el impugnante contra la sentencia recurrida.

1.1. Cargo primero:

Violación directa de la ley sustancial, por falta de aplicación del artículo 125 del Código Penal, modificado por el artículo 1° del Decreto 1857 de 1989, que tipifica el delito de rebelión.

Sostiene que de haberse adecuado la conducta atribuida a los procesados en el tipo penal que describe el mencionado ilícito, el concurso resultaría inexistente, puesto que los ilícitos imputados son todos "anejos o conexos" al delito político. Dicha inaplicación empezó a estructurarse a partir de la calificación de segunda instancia, cuando el Fiscal Delegado ante el Tribunal desestimó su configuración, luego de que los funcionarios la afirmaran en la audiencia especial y en la acusación de primer grado.

En el expediente reposan suficientes elementos de prueba que sustentan la adecuación típica reclamada, como los testimonios e informes del servicio policial. No obstante, los juzgadores ignoraron la normatividad mencionada, presentándose su exclusión evidente, "en cuanto se dejó de aplicar la norma; se le desconoció y en consecuencia no se le suministró a las conductas la connotación correspondiente o conexa al tipo penal de la rebelión como ejemplo del delito complejo" (fls.29-2).

Doctrinal y jurisprudencialmente se tiene establecido que la rebelión es un delito pluriofensivo y complejo, que hace que conductas consideradas aisladamente hechos punibles comunes (homicidio, lesiones personales, porte ilegal de armas), se subsuman en él. De allí que la exclusión evidente se haya presentado cuando el fallador de segunda instancia profirió sentencia condenatoria por el concurso de delitos, inobservando el encuadramiento de las conductas en el delito de rebelión.

Con apoyo en citas sobre la naturaleza y alcance del delito político, afirma que existen ciertas conductas punibles que son complementarias de éste, sin

las cuales resulta imposible su configuración, como el homicidio, las lesiones personales y el porte ilegal de armas. Por ello, los juzgadores yerran al calificarlas independientemente, desconociendo el carácter complejo del delito político, entendido como hecho punible único. "La conexidad predicable de los delitos políticos, conduce al fenómeno de la subsunción, lo que indudablemente despoja de valor punible autónomo los diferentes tipos violados por el delito político" (fls.35-2).

Finalmente alude a lo que debe ser entendido por delitos cometidos fuera de combate, y actos de ferocidad y barbarie, para sostener que las conductas ejecutadas por Méndez González no participan de estas características, en cuanto fueron expresión propia de actividades de hostigamiento del grupo insurgente hacia la fuerza pública.

Con apoyo en estas consideraciones, solicita a la Corte juzgar y condenar al procesado solo por el delito de rebelión, imponiendo la pena mínima de cinco años de prisión, en vista de que no concurren causales de agravación.

1.2. Cargo segundo:

Violación indirecta de la ley sustancial debido a errores de hecho por distorsión del contenido fáctico de las pruebas.

Asegura que el Tribunal, al descartar la configuración del delito de rebelión por ausencia de prueba, vulneró los artículos 294 y 298 del Código de Procedimiento Penal, que establecen los criterios para la apreciación del testimonio y la confesión, y por virtud de esta equivocación, inaplicó el artículo 125 del Código Penal.

En primer término, no reparó en el contexto general en que se produjeron los hechos, subvalorando o valorando erróneamente las características que reviste el conflicto en el Municipio de Doncello. Tampoco valoró correctamente el *modus operandi* de los insurrectos, pues el ataque a la estación de la policía no lo adelantaron únicamente los dos procesados, sino que fue el resultado de una acción envolvente de la guerrilla, como lo indica el material probatorio testimonial.

Concretamente, la violación indirecta proviene de la errada apreciación de los testimonios de los Agentes Jeremías Rodríguez Ramírez, Felipe Mosquera Mancilla, Carlos Marín García Arias, Fredy Valenzuela Peña, José Hernando Páez Giraldo, Dixon Enrique Scarpetta Valbuena y Pedro Barrientos, quienes dan cuenta de la vinculación de los sindicados a la organización subversiva, y de la presencia de más de dos guerrilleros en el acto de hostigamiento.

En suma, se presentó un error de hecho, derivado de la errónea apreciación de estas probanzas, que devino en inaplicación del precepto que tipifica la rebelión, y que debe ser corregido por la Sala, a fin de que el procesado sea condenado únicamente por citado ilícito.

2. A nombre de Eliberto Castañeda Triana.

Dos cargos con fundamento en la causal tercera de casación, y dos con apoyo en la primera, presenta el demandante contra la sentencia impugnada.

2.1. Causal tercera.

2.1.1. Cargo primero: Violación del derecho de defensa. Afirma que al procesado, tanto en la indagatoria como en su primera ampliación, se le desconoció el derecho que tenía a designar un abogado de su absoluta confianza que lo asistiera en estas diligencias, vulnerándose de esta manera los artículos 29 de la Constitución Nacional, 1° del estatuto procesal penal, 11 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, y 14.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

Esta circunstancia incidió negativamente en su defensa, ya que debido a las presiones de que venía siendo objeto por parte de la fuerza pública, y la ausencia de asistencia profesional de su absoluta confianza, rehusó confesar desde un comienzo su condición de rebelde, para hacerlo solo en la segunda ampliación de indagatoria, cuando resultaba difícil reencauzar la defensa.

Dicha anomalía genera nulidad del proceso a partir de la indagatoria, por atentar contra una garantía fundamental, y no existir manera de subsanarla.

2.1.2. Cargo segundo: Error en la calificación jurídica del delito. Sostiene, después de referirse in extenso al tratamiento del delito político en la legislación penal colombiana, y al carácter complejo del delito de rebelión, que Castañeda Triana fue condenado por una acción militar coordinada y ordenada por la organización subversiva a la que pertenecía, como autor responsable de los delitos de homicidio, lesiones personales y porte ilegal de armas de fuego de defensa personal, imputación que resulta un imposible jurídico, porque quienes hostigaron la estación de policía eran revolucionarios, no homicidas ni bandidos, y porque "el supuesto hostigamiento no era antipersonal (sic), como sin soporte probatorio lo han presentado, sino dirigido a la tropa regular" (fls.63-2).

La actitud persistente de los juzgadores de negar la estructuración del delito de rebelión, y mantener la calificación jurídica de los hechos realizada por la Fiscalía Delegada ante el Tribunal, constituye una irregularidad más que afecta el debido proceso, y vicia de nulidad la actuación a partir de la resolución acusatoria de primera instancia.

2.2. Causal primera:

Los dos cargos que el casacionista plantea al amparo de esta causal son idénticos a los propuestos en la demanda del procesado Méndez González. Por tal razón, la Corte se remite al resumen que de ellos se hizo en el acápite respectivo.

CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

Para el Procurador Tercero Delegado en lo Penal, los cargos planteados contra la sentencia impugnada no están llamados a prosperar, por las siguientes razones:

1. Nulidad por violación del derecho de defensa. Este reparo, en los términos que ha sido propuesto, resulta infundado, puesto que la Constitución Nacional, como el Código de Procedimiento Penal, y los instrumentos internacionales sobre derechos humanos signados por Colombia, permiten que la defensa técnica sea asumida por defensores de oficio o públicos, según fuere el caso, presumiéndose entre ellos una relación de confianza, en la medida que el incriminado no haga manifestación en sentido contrario.

Ni la constitución ni la ley, imponen la obligación de que el defensor cuente, antes de su designación, con la confianza del imputado, condición que tampoco exige el defensor contractual. La confianza, por el contrario, se presume en toda clase de defensores, como se desprende de la circunstancia de que para su reconocimiento, en el caso de defensores designados directamente por el inculpado, basta la presentación del respectivo poder, y en tratándose de públicos, resulta suficiente para su desplazamiento la manifestación en el sentido de que se designa un nuevo representante judicial, siendo también posible que el procesado solicite al funcionario judicial el cambio de apoderado de oficio, cuando no se encuentre satisfecho con el ejercicio de su gestión.

A menos que se demuestre, entonces, que el sindicado no logró construir una relación de confianza con su abogado, y que a pesar de haber solicitado su relevo, sus peticiones no fueron atendidas, la situación denunciada no constituye motivo de nulidad.

2. Nulidad por errónea calificación jurídica de la conducta. Señala que el eje rector de esta clase de alegaciones es la divergencia de los hechos materiales juzgados con la descripción abstracta de la ley, por lo que resulta indispensable para su demostración realizar los análisis propios de un proceso de adecuación típica, con indicación no solo del precepto penal que recoge la conducta, sino de las razones por las cuales el estudio y conclusiones del funcionario judicial resultan incompatibles con la descripción legal que sirve de marco jurídico a la sentencia.

Contrario a este presupuesto lógico, la errada calificación del mérito del sumario que promociona el libelista pretende ser demostrada a partir de consideraciones políticas y político -criminales, que si bien no son ajenas a la discusión dogmática, constituyen argumentos generales desligados de la realidad procesal, que apuntan a demostrar la necesidad de reforma legal, o lo incorrecto del tratamiento político- criminal a esta clase de actividad ilícita, no la equivocación del Fiscal de segunda instancia al calificar las conductas investigadas como un concurso delictual.

En esta clase de actividad no está en discusión -como tema político- si resulta legítimo o no que la legislación tipifique separadamente los delitos de porte ilegal de armas, homicidio y lesiones personales, cuando son realizados por miembros de un grupo armado. Tampoco si los criterios tenidos en cuenta para su criminalización concursal son adecuados o no a una política criminal de particulares contornos demoliberales, ni si el Estado tiene a su servicio

el aparato de administración de justicia como un instrumento más de represión. Estos son puntos que encuentran otro marco de reflexión, y solo pueden influir en la calificación del mérito del sumario en la medida que lo allí consignado resulte contrario a la legalidad vigente, o incompatible con los mandatos constitucionales.

El censor, sin embargo, consideró suficiente hacer este tipo de reflexiones, sin abocar el examen detallado de los medios de convicción para demostrar, a partir de su estudio, que el único comportamiento punible realizado por los procesados fue el de rebelión, y que los distintos resultados materiales que sirvieron de sustento a la imputación concursal, deben ser considerados elementos integrantes del delito político, no siendo generadores de punibilidad separada.

Paso previo obligado, entonces, para la sustentación del cargo, era acreditar que los distintos comportamientos investigados, de acuerdo con las pruebas allegadas al informativo, encontraban adecuación típica en el artículo 125 del Código Penal, para lo cual no resulta suficiente invocar la situación de guerra que se presenta en la región, ni el hecho que los Agentes de la Policía Nacional que respondieron el ataque hayan afirmado en sus declaraciones, dentro del marco de una opinión propia, no por conocimiento de las condiciones en que se realizó el ilícito, que los sindicados formaban parte de una organización guerrillera.

Tampoco resulta pertinente para los fines propuestos, presentar una descripción de la forma como ordinariamente actúan los comandos subversivos, y un implícito parangón general con lo ocurrido el día de los hechos, pues lo cierto es que las pruebas no permiten establecer cabalmente las circunstancias en las cuales se operó el ataque, pudiéndose extractar en cambio que la acción se inició como un atentado individualizado contra un agente de policía, sin pretensiones de generar un enfrentamiento entre dos fuerzas armadas, con propósitos políticos o en desarrollo de ellos, conclusión a la que llegó el juez de segunda instancia, y que se ve fortalecida por la negativa inicial de los incriminados a reconocer su condición de subversivos, y el hecho de que cuando lo hicieron, no lograron brindar argumentos ni explicaciones que avalaran sus dichos.

Los testimonios de los policiales, no permiten por su parte tomar posición diferente, pues si de alguna manera se diera credibilidad a sus afirmaciones sobre la condición de guerrilleros de los capturados, las circunstancias de los hechos, y las iniciales manifestaciones de éstos, dan un "mentiz" (sic) a su invocada calidad de guerrilleros.

Bajo esta perspectiva, se tiene que la errada calificación del mérito de la instrucción no fue demostrada, ni se deduce manifiestamente de las pruebas recaudadas, en tanto no se cuenta con elementos de juicio valederos que acrediten que los inculpados formaban en realidad parte de una organización subversiva, y que los delitos investigados fueron cometidos en desarrollo de esa actividad.

2. Violación directa de la ley sustancial por falta de aplicación del artículo 125 del Código Penal. El censor incurre en un error de técnica al plantear el cargo como principal, y alegar exclusión evidente del artículo 125, sin demostrar concomitantemente la violación de la ley sustancial por aplicación indebida de los tipos penales que describen el homicidio, las lesiones personales y el porte ilegal de armas.

Además de esto, equivoca la causal, pues si el error se hace consistir en una equivocada calificación jurídica, lo procedente era acudir a la causal tercera, no a la primera, ya que esta última vía obligaría a la Corte a un fallo de sustitución, por fuera de los límites de la acusación, originándose por este modo un vicio de incongruencia.

3. Violación indirecta de la ley sustancial. Al igual que en el caso anterior, el demandante persigue la ruptura del fallo a partir de la equivocada adecuación típica de la conducta, proposición que constituye un desatino, porque habiendo sido desestimado en la resolución acusatoria el delito de rebelión, resulta improcedente pretender su inclusión en la sentencia, por cuanto derivaría en un nuevo motivo de casación, debido a que se rompería la consonancia del fallo con los cargos formulados en la resolución de acusación.

4. Casación oficiosa. A juicio de la Delegada, en el adelantamiento del proceso se presentaron irregularidades sustanciales no planteadas en las demandas, que afectan el derecho de defensa, y comprometen la validez de la actuación desde las indagatorias de los procesados.

Sostiene que en el presente caso, no obstante haber sido recibidas las indagatorias de los procesados en una capital de Departamento, donde existe oficina de la Defensoría del Pueblo, el funcionario instructor decidió nombrarles como defensores a personas honorables, carentes de las condiciones profesionales exigidas para el ejercicio del derecho, situación que se mantuvo hasta cuando los procesados constituyeron defensor contractual, desconociéndose, de esta forma, claras disposiciones constitucionales y legales que obligan a garantizar el derecho a la defensa técnica.

En las anotadas condiciones, se impone declarar la invalidez de la actuación irregularmente adelantada, aún a riesgo de que una tal sanción conduzca a situaciones de impunidad, en procura de preservar las garantías procesales de los sindicados y el ordenamiento jurídico, como bases para mantener la legalidad del juzgamiento y la legitimidad del ejercicio del poder punitivo estatal, máxime si se tiene en cuanta que la Corte Constitucional, mediante sentencia C-049 de 1996, declaró inexequible el inciso primero del artículo 248 del Código de Procedimiento Penal, por ser violatorio de la Constitución Nacional.

Consecuente con sus planteamientos, solicita a la Corte desestimar las demandas de casación presentadas por el defensor de Wilson Méndez González y Eliberto Castañeda Triana, y de oficio, decretar la nulidad del proceso a partir inclusive de las indagatorias de los sindicados.

SE CONSIDERA

Siguiendo el orden lógico que impone el principio de prevalencia de las causales en casación, la Corte analizará primero los cargos planteados al amparo de la tercera de ellas, para después aprehender el estudio de los propuestos con fundamento en la primera, agrupando los reproches que son comunes a las dos demandas.

1. Nulidades:

1.1. Violación del derecho de defensa.

La afirmación consistente en que el funcionario instructor desconoció el derecho que tenía el procesado Castañeda Triana a nombrar un abogado de su absoluta confianza para que lo asistiera en la indagatoria y su primera ampliación, no es cierta. En la diligencia de lectura de los derechos del capturado, previa a la indagatoria, el imputado fue informado en presencia del representante del Ministerio Público, de la prerrogativa a entrevistarse con un defensor, y al momento de ser escuchado en indagatoria, el Fiscal le hizo saber del derecho que tenía a nombrar un abogado que lo asistiera en ella, habiéndose dejado constancia expresa, tanto en esta diligencia como en su primera ampliación, de la respuesta suministrada en el sentido de que no tenía quién asumiera su representación en el proceso (fls.28, 29, 226-1).

Ante esta manifestación, el funcionario judicial procedió a nombrarle un defensor de oficio, conforme a lo establecido en los artículos 29 de la Constitución Nacional, 1° y 141 y siguientes del Código de Procedimiento Penal, que autorizan hacer dicha designación cuando el procesado no constituye defensor contractual, de suerte que, en cuanto tiene que ver con este aspecto, no se advierte que el procedimiento seguido por el instructor sea ilegítimo.

Tampoco resulta contrario al ordenamiento jurídico que la persona designada como defensor de oficio o público no goce de la absoluta confianza o simpatía del sindicado. La ley no exige para proceder a su nombramiento que se cumplan tales condiciones, aunque debe quedar claro que si en el desarrollo de la gestión surgen desavenencias entre ellos, el sindicado está en el derecho de solicitar su sustitución, y el Estado en el deber de reemplazar el designado.

El cargo, por consiguiente, no está llamado a prosperar.

1.2. Errónea calificación jurídica de la conducta.

Muy poco restaría agregar a las razonadas consideraciones consignadas por el Procurador Delegado en su concepto, en torno a la ausencia de fundamentación de esta censura, y la inexistencia de elementos de prueba que permitan afirmar que los procesados formaban parte de una organización subversiva, y por ende, que las conductas investigadas fueron desarrolladas dentro del marco de los propósitos políticos del grupo.

Reiteradamente la Corte ha sostenido que cuando se plantea en sede extraordinaria nulidad de la actuación por errónea calificación jurídica de la

conducta, es deber del casacionista precisar y demostrar el error cometido, indicando si provino de un razonamiento jurídico equivocado, o una apreciación probatoria desacertada, y en este último caso, si derivó de un falso juicio de existencia, identidad, legalidad, o convicción, y en qué consistió.

En el caso *sub judice*, el recurrente procura la demostración del cargo a partir de toda una serie de consideraciones de índole política, y político criminal, que como con acierto lo destaca el representante del Ministerio Público, resultan ajenas a la discusión planteada, en cuanto apuntan a cuestionar la regulación jurídico positiva del delito político en nuestro sistema, de la cual no puede apartarse el juzgador (art. 230 C.N.), dejando de lado la acreditación del error denunciado.

También alude a la situación de guerra que se vive en la región donde ocurrieron los hechos, y las características modales de la conducta juzgada, como elementos de juicio que permiten sostener la condición de rebeldes de los procesados, pero sin entrar en el análisis de la situación fáctica en concreto, ni de las consideraciones de orden probatorio y jurídico que sirvieron de sustento a la decisión impugnada, circunscribiendo a las anotadas consideraciones de carácter general, la sustentación de la propuesta de ataque.

Del examen de la actuación procesal se advierte que los funcionarios judiciales descartaron la configuración del delito de rebelión por considerar que en el proceso no existía prueba suficiente de ser los procesados pertenecientes al grupo subversivo del que dijeron formar parte. Por consiguiente, si el demandante pretendía acreditar la estructuración del citado delito, debió empezar el ataque demostrando que las pruebas aportadas al proceso afirmaban dicha vinculación, y que las conclusiones probatorias de los fallos de instancia en punto a este aspecto eran equivocadas.

Adicionalmente, estaba obligado a probar que las conductas ejecutados por los acusados respondían al desarrollo de los propósitos subversivos, y que los distintos comportamientos desarrollados por ellos quedaban comprendidos por el delito de rebelión, o que constituyendo tipicidades autónomas conexas, resultaban cobijadas por la exención de pena prevista en el artículo 127 del Código Penal, vigente para cuando ocurrieron los hechos, aspectos a los que solo alude de manera general, a partir del supuesto indemostrado de que Méndez González y Castañeda Triana ostentaban la condición de rebeldes.

Al margen de las falencias de orden técnico que vienen de ser registradas, y que resultan suficientes para desestimar la censura, no se advierte que los funcionarios hayan equivocado la calificación jurídica de los hechos con ocasión de errores de apreciación probatoria, con incidencia en la validez de la actuación procesal, como lo sostiene el demandante.

Analizado el contenido de las ampliaciones de indagatoria de los procesados, donde reconocieron pertenecer al XIV frente de las FARC, se observa que nada en concreto refieren de sus actividades como guerrilleros, ni de la operación que se proponían ejecutar el día de su captura, y que sus relatos solo contienen afirmaciones generales, no circunstanciadas, que analizadas frente

a las reglas de la sana crítica, restan credibilidad a sus dichos, como con acierto lo concluyeron los fallos de instancia.

Además de la falta de concreción en sus exposiciones, se tiene que las manifestaciones que formulan en el sentido de que el operativo que se proponían realizar comprendía un ataque directo al cuartel de la policía del Municipio de Doncello, donde intervendría un número no menor de treinta guerrilleros, contradice la realidad de lo acontecido, pues los hechos indican que se trató de un atentado sobre seguro contra la vida de uno de los uniformados, en cuya ejecución no habrían participado más de tres o cuatro personas.

Tampoco los policías que intervinieron en la captura de Méndez González y Caslañeda Triana, suministran información cierta sobre su condición de rebeldes, y no por haber utilizado en sus declaraciones las expresiones "guerrilleros y subversivos" para referirse a los procesados, puede afirmarse que lo sean, pues, como se verá más adelante, los mismos agentes manifiestan no distinguirlos y desconocer sus antecedentes.

Las anotadas consideraciones, y los argumentos expuestos por el Procurador Delegado en su concepto, que la Sala comparte, resultan suficientes, entonces, para desestimar el reparo.

2. Causal primera

2.1. Violación directa de la ley sustancial.

Varios son los errores de carácter técnico y de sustentación que se advierten en la formulación de esta propuesta de ataque, y que impiden su estudio por parte de la Sala. Para empezar, dígase que cuando se plantea violación directa de la ley sustancial, no resulta posible alegar en apoyo del cargo errores de apreciación probatoria, puesto que dicha forma de violación presupone que el error se ha presentado en el ámbito del raciocinio puramente jurídico, y que el demandante no discute los hechos declarados en la sentencia, ni la apreciación que los juzgadores hicieron de las pruebas.

Aparte de este desacierto, equivoca la vía de ataque, pues *cuando se plantea error en la calificación jurídica de los hechos, con efectación del* nomen iuris, *el reparo debe encauzarse por la vía de la causal tercera, no de la primera, ya que la Corte no podría entrar a dictar fallo de sustitución por un delito no imputado en la resolución acusatoria, sin atentar contra la estructura conceptual del proceso, e incurrir en el segundo motivo de casación por vicios de inconsonancia entre la sentencia y la acusación.*

Otra inconsistencia, surge de la falta de claridad que se revela a lo largo del escrito de sustentación sobre lo que debe ser entendido por delito complejo y delito conexo, que impide determinar el verdadero alcance de la impugnación, ante la confusión que el demandante posee acerca de estos conceptos.

Asumir, como parece entenderlo el actor, que complejidad y conexidad son equivalentes, resulta totalmente equivocado, pues mientras el primero presupone que las distintas conductas estructuran un solo hecho punible, el segundo entraña la configuración de varios, estrechamente relacionados entre sí por vínculos de distinta índole, como ideológicos, consecuenciales u ocasionales.

Además de las falencias técnicas que vienen de ser precisadas, el ataque carece de fundamento, como quiera que la calificación jurídica en relación con los delitos de homicidio y lesiones personales no variaría por la circunstancia de aceptarse que los procesados tienen la condición de rebeldes, en razón a que los elementos estructurantes de los referidos ilícitos no hacen parte de la descripción típica contenida en el artículo 125 del Código Penal (modificado por el 8° sub. 1° del Decreto 2266 de 1991), y en tales condiciones, no resulta acertado sostener que dichas conductas quedan comprendidas por el delito político, lo cual, adicionalmente, relativizaría el interés para recurrir, en cuanto la pretensión quedaría reducida a la imputación de un delito más a los sentenciados.

El cargo, en consecuencia, debe desestimarse.

2.2. Violación indirecta de la ley sustancial.

Al igual que el cargo anterior, el demandante equivoca la vía de ataque, pues como allí se dejó anotado, cuando se plantea error en la calificación jurídica de la conducta, se impone dirigir el reproche al amparo de la causal tercera, no de la primera, en razón a que el yerro no podría corregirse sin modificar previamente la resolución de acusación. En estos casos, ha dicho la Corte, la demanda es de fundamentación mixta, en cuanto el cargo debe proponerse dentro de los marcos de la causal tercera, pero sustentarse conforme a las directrices técnicas de la primera.

Además del referido desacierto en la selección de la causal, el demandante no precisa en qué consistieron los errores de hecho por distorsión del contenido fáctico de la prueba que condujeron a la errónea calificación jurídica de los hechos, ni demuestra su trascendencia en la decisión de condena. Solo se refiere, en abstracto, a las características del conflicto armado en el Municipio de Doncello, al *modus operandi* de los grupos subversivos, y a las afirmaciones de los agentes de policía que intervinieron en el operativo sobre la condición de rebeldes de los procesados, y la presencia de más de dos "guerrilleros" en el acto de hostigamiento, pero sin precisar de qué manera los juzgadores de instancia distorsionaron el contenido fáctico de estas probanzas.

Más aún. De la lectura de los fallos se advierte que los juzgadores examinaron prolijamente los testimonios de los citados policiales, y que en dicho análisis se refirieron específicamente al calificativo de "guerrilleros" que algunos de ellos utilizaron para hacer alusión a los capturados, solo que las desestimaron como prueba de su vinculación al grupo subversivo por considerar que se trataba de manifestaciones sin respaldo probatorio, derivadas

de apreciaciones subjetivas, ya que los propios declarantes afirmaron no conocerlos, según se infiere del siguiente aparte de la sentencia de primer grado:

"En lo que respecta al primer tópico, valga decir, la estructuración del punible de rebelión en este diligenciamiento debemos tener en cuenta que a pesar de que son los agentes de policía que intervinieron en el operativo aquel (sic) 23 de octubre de 1992, quienes señalan al dirigirse a los aquí sindicados Wilson Méndez González y Eliberto Castañeda Triana, que los mismos son guerrilleros o subversivos. Nótese que esta afirmación se realiza no porque ellos tuvieran conocimiento de esta situación, porque de hecho cada uno de los declarantes destaca que nunca antes con anterioridad a los hechos investigados había visto a las personas aquí vinculadas..." (fls.481-1).

También hicieron alusión los fallos a la manifestaciones de los capturados sobre su vinculación al grupo subversivo, a la falta de concreción de sus relatos, y las contradicciones en que incurrían, para concluir en la desestimación de sus dichos, por considerar no solo que carecían de respaldo probatorio, sino que resultaban inverosímiles. Y si bien es cierto algunos de los agentes de la policía afirman haber visto más de dos sujetos (se calcula que la retirada del agresor pudo haber sido apoyada por dos o tres personas, aspecto sobre el cual no se tiene claridad), ello no indica que se trate de subversivos.

En síntesis, del estudio del conjunto probatorio no se advierte que los juzgadores hayan dejado de apreciar los testimonios de los policiales, ni tampoco, que al considerarlos hubieran distorsionado su contenido fáctico, como lo postula el demandante.

El cargo no prospera.

3. Casación oficiosa.

El Procurador Delegado solicita a la Corte declarar la nulidad de lo actuado a partir inclusive de las indagatorias de Wilson Méndez González y Eliberto Castañeda Triana, por violación del derecho de defensa, con fundamento en dos consideraciones: 1) Que en las mencionadas diligencias los procesados fueron asistidos por personas que no tenían la condición de abogados, no obstante haber sido recibidas en una ciudad capital de Departamento; y, 2) Que esta situación irregular se mantuvo hasta cuando los inculpados decidieron constituir defensor contractual.

En relación con el primer aspecto, debe decirse que para la fecha en que fueron recibidas las indagatorias (27 de octubre de 1992), se encontraba todavía vigente el inciso 1° del artículo 148 del Código de Procedimiento Penal, que establecía la posibilidad de confiar el cargo de defensor del imputado a una persona honorable, cuando en el lugar no hubiere abogado que pudiera asistirlo, y que con fundamento en ella, el instructor procedió a hacer la designación que la Delegada cuestiona, ajustando su actuación a la regulación procesal vigente.

De igual manera, que la circunstancia de haber sido recibida las indagatorias en una capital de Departamento, no necesariamente inhibía la aplicación de la norma. La Corte ha sido insistente en señalar que la expresión "cuando no hubiere abogado inscrito que lo asista en ella", utilizada por el precepto, debe ser entendida no en el sentido material de ausencia de abogados en la ciudad sede del Despacho, sino desde una perspectiva de disponibilidad, en consideración a las circunstancias en las cuales debía ser recibida la injurada. Y, respecto de la ciudad de Florencia, no es dable afirmar que existiera, para la época de las diligencias, permanente afluencia de abogados como lo postula el Ministerio Público.

En cuanto tiene que ver con el segundo aspecto, relativo a que los procesados permanecieron sin defensa técnica desde cuando fueron escuchados en indagatoria hasta la culminación del ciclo instructivo, se tiene que dicha situación solo es predicable de Eliberto Castañeda Triana, quien permaneció sin asistencia profesional hasta después de la clausura de la investigación, mas no de Wilson Méndez González, quien, como se verá, otorgó poder al doctor Pedro Julio Mahecha Avila (casacionista), encontrándose el proceso aún en la etapa instructiva.

En efecto. Tanto Castañeda Triana como Wilson Méndez González fueron asistidos en indagatoria por una persona honorable (fls.29, 38, 226, 229-1). Mediante escrito recibido en Secretaría el 27 de abril de 1993, Méndez González otorgó poder al doctor Mahecha Avila, quien fue reconocido como defensor del procesado el 30 de abril siguiente (fl.257 y 258-1). El 16 de junio, la Fiscalía declaró cerrada la investigación (fls.261-1), y solo hasta el 15 de julio, el procesado Castañeda Triana confirió poder al mismo abogado, para que lo representara en el proceso. Dicho profesional solicitó ampliación de las indagatorias (fls.304, 316, 319-1), participó en la diligencia de audiencia especial (fls.332, 350-1), impugnó la resolución de acusación (fls.362, 379-1), presentó alegatos de conclusión (fls.453-1), apeló la sentencia de primera instancia (fls. 474, 517 1), y recurrió en casación la de segundo grado.

Como puede verse, el procesado Méndez González permaneció sin defensa técnica desde su vinculación al proceso hasta el 30 de abril de 1992, cuando fue reconocido como defensor el doctor Mahecha Avila, pero este vicio fue corregido antes de la clausura del ciclo investigativo, habiendo tenido el defensor la posibilidad de solicitar nuevas pruebas, o de pedir la repetición o ampliación de las ya aportadas. No obstante, optó por guardar silencio hasta después del cierre de la investigación, cuando pidió ampliar las indagatorias con el propósito de sentar las bases para un eventual acuerdo en audiencia especial.

El derecho a la defensa técnica, ha sido dicho por la Corte, implica que el inculpado cuente con asistencia profesional durante todo el trámite procesal, ya que sin posibilidades de contradicción no es posible concebir legítimo hoy día el proceso, pero ello no significa que si ha dejado de tenerla en un determinado momento, la actuación así cumplida, o la subsiguiente, advengan por

ese solo motivo ineficaces, pues en virtud del principio de trascendencia que orienta la declaratoria de las nulidades, solo si la anomalía afecta realmente las garantías de los sujetos procesales, o desconoce las bases fundamentales de la instrucción o el juzgamiento, resulta inevitable su declaración.

También se ha sostenido que si la irregularidad es oportunamente corregida, de suerte que el profesional designado pueda ejercer adecuadamente los actos defensivos que pudo haber realizado durante el tiempo que el procesado careció de defensa técnica, debe entenderse que el derecho no ha sido conculcado, puesto que ningún sentido tendría invalidar el proceso para que la defensa vuelva a tener una oportunidad que ya tuvo (Cfr. Casación de 27 de mayo de 1999, Magistrado Ponente Dr. Ricardo Calvete Rangel. Casación junio 15 de 1999, Magistrado Ponente Dr. Arboleda Ripoll). situación que es la que se presenta, justamente, en relación con el procesado Méndez González. De allí que respecto de él, la Sala no encuentre motivo para declarar la nulidad demandada.

No ocurre lo mismo en relación con el sindicado Eliberto Castañeda Triana, pues como se dejó visto, su situación de desamparo se mantuvo durante toda la fase de la instrucción, habiendo sido provisto de abogado solo después de la clausura del sumario, cuando ya no procedía ninguna clase de controversia probatoria, surgiendo claro el desconocimiento del mandato constitucional contenido en el artículo 29 de la Constitución Nacional, que ordena que el procesado debe estar asistido de un profesional del derecho durante la investigación y el juzgamiento.

De acuerdo con el texto del citado inciso primero del artículo 148 del Código de Procedimiento Penal, la designación de una persona honorable en el cargo de defensor del imputado, solo era posible de ser efectuada para la diligencia de indagatoria, de suerte que, cumplida ésta, surgía para el funcionario judicial la obligación de proveer al sindicado de defensa técnica, a fin de que pudiera enfrentar en igualdad de condiciones el ente acusador.

Al dejar de hacerlo, y permitir que esta situación se mantuviera durante todo el ciclo investigativo, comprometió no solo el derecho de defensa, sino que atentó contra el debido proceso, cuyo entendimiento como contradictorio supone que no pueda ser adelantado sin que el Estado brinde a los sujetos procesales la posibilidad de controversia, mediante la constitución de una relación adversarial (Cfr. Casación de 22 de septiembre de 1998, Mag. Pte. Dr. Arboleda Ripoll).

En el caso de Castañeda Triana, esto solo aconteció después de clausurado el ciclo investigativo, pues el funcionario instructor decidió adelantar unilateralmente toda la fase de instrucción, dejando al procesado en la imposibilidad absoluta de poder realizar el más mínimo acto de defensa durante este importante y definitivo estadio del acontecer procesal.

Con fundamento, entonces, en la facultad oficiosa consagrada en el artículo 228 del Código de Procedimiento Penal, la Corte casará parcialmente la sentencia impugnada, con el fin de decretar la nulidad de la actuación cumplida en relación únicamente con el procesado Eliberto Castañeda Triana, a

partir inclusive de la resolución de 16 de junio de 1993, mediante la cual se declaró cerrada la investigación (fls.261-1), a fin de asegurar el ejercicio del derecho a la defensa calificada desde la fase instructiva.

4. Libertad del procesado.

La declaración de nulidad parcial de la actuación a partir de la providencia que dispuso la clausura del sumario, hace que se consolide respecto de Castañeda Triana la causal de libertad provisional prevista en el numeral 4° y el parágrafo del artículo 415 del Código de Procedimiento Penal, (modificado por el 55 de la ley 81 de 1993 y 27 de la ley 504 de 1999), consistente en haber transcurrido más de 240 días de privación efectiva de la libertad sin que se hubiere calificado el mérito de la instrucción.

En consecuencia, la Corte dispondrá su libertad provisional, para cuyos efectos deberá prestar caución prendaria por valor de ochocientos mil pesos en el Banco Agrario de Colombia, a nombre de esta corporación, y suscribir diligencia de compromiso en los términos señalados en el artículo 419 del Código de Procedimiento. Cumplidas estas condiciones, se librará la correspondiente boleta de libertad, con la advertencia de que solo produce efectos si el procesado no es requerido por otra autoridad en virtud de proceso diferente.

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

RESUELVE:

1. DESESTIMAR las demandas de casación presentadas por el defensor de los procesados Wilson Méndez González y Eliberto Castañeda Triana.

2. CASAR DE OFICIO, PARCIALMENTE, el fallo impugnado.

3. DECRETAR LA NULIDAD de la actuación procesal cumplida en relación con el inculpado Eliberto Castañeda Triana, a partir inclusive de la providencia que dispuso el cierre de la investigación.

4. ORDENAR LA LIBERTAD PROVISIONAL del procesado Castañeda Triana, en los términos indicados en la parte considerativa de esta providencia.

En lo demás, el fallo se mantiene incólume.

Notifíquese y devuélvase a las oficinas de origen para los fines pertinentes. Cúmplase.

Jorge Aníbal Gómez Gallego, Fernando Arboleda Ripoll, Jorge E. Córdoba Poveda, Carlos Augusto Gálvez Argote, Edgar Lombana T., Mario Mantilla Nougués, Carlos E. Mejía Escobar, Alvaro Orlando Pérez Pinzón, Nilson Pinilla Pinilla, (Aclaración de Voto).

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

ACLARACION DE VOTO

Considero necesario expresar la siguiente explicación, frente a la decisión mediante la cual se dispuso casar de oficio, parcialmente, el fallo impugnado, y en consecuencia decretar la nulidad de la actuación procesal cumplida en relación con el procesado Eliberto Castañeda Triana.

Ante la posición mayoritaria de la Sala concretada en la sentencia de casación de fecha 22 de septiembre de 1998, radicación número 10.771, M. P. Dr. Fernando E. Arboleda Ripoll, que se cita en el fallo, me vi precisado a salvar el voto, por las razones entonces expuestas, a las cuales me remito en esta oportunidad, por resultar en alto grado aplicables al presente caso y así lo atendió la Sala, particularmente en lo que respecta a la situación de Wilson Méndez González, en cuya situación no se encontró motivo para declarar la nulidad.

Comparto lo determinado por la Sala en la parte resolutiva del fallo, también en lo que tiene que ver con el procesado Castañeda Triana, pero es pertinente aclarar que no se trata de un cambio de criterio, que por el contrario ratifico, sino que la situación de este procesado, si bien guarda semejanza, no es igual.

En aquel asunto, la indagatoria fue recibida a un hospitalizado en la tarde del último día del término legal establecido para su recepción, que apremiaba a la Fiscalía a escucharlo, cuando no había abogado disponible que lo asistiera, rigiendo aún los artículos 148, inciso 1°, del Código de Procedimiento Penal y 34 del Decreto 196 de 1991, pues no se había producido la Sentencia C-049 de la Corte Constitucional que el 8 de febrero de 1996 los declaró inexequibles. Similar en este caso, donde sí se estima legítima la recepción de indagatoria sin asistencia de abogado titulado, pero la ausencia de defensor letrado se prolongó, de manera irregular, hasta pasada la clausura del ciclo investigativo, cuando se proveyó la asistencia de un profesional del derecho.

Con el debido respeto,

Nilson E. Pinilla Pinilla.

Magistrado

(Fecha *ut supra*).

JUEZ ESPECIALIZADO/SECUESTRO/TERMINACION ANTICIPADA DEL PROCESO-Interés para recurrir

1. Bien puede, prima facie, sostenerse que no obstante que la norma citada puede ofrecer algún grado de confusión en cuanto a la competencia de los Jueces Regionales, hoy del Circuito Especializados frente al delito de secuestro, de una interpretación sistemática de las disposiciones pertinentes del Estatuto Antisecuestro y lo previsto en el artículo 71 del Código de Procedimiento Penal, modificado a su vez por el artículo 9° de la Ley 81 de 1993, se colige que no se presenta en realidad una tal ambigüedad o confusión, pues lo que quiso significar el legislador al enunciar que "del secuestro extorsivo o agravado en virtud de los numerales 6°, 8° y 12 del artículo 3° de la Ley 40 de 1993", no fue más que asignar a esta clase de jueces el conocimiento del delito de secuestro extorsivo en todas sus modalidades y el secuestro simple cuando concurrieran cualquiera de las tres circunstancias de incremento punitivo allí mencionadas.

En el mismo sentido debe tenerse en cuenta, que tanto el delito de secuestro extorsivo como el secuestro simple comportan hechos punibles autónomos, de ahí que atendiendo a la redacción de dicho texto normativo, la referencia a estas infracciones lo es en el orden en que están previstas en la Ley 40 de 1993 que define en el artículo primero el secuestro extorsivo y seguidamente, esto es, en el artículo segundo al secuestro simple, por ello la especificación en cuanto a la concurrencia de las circunstancias de agravación previstas en el artículo tercero de la citada normatividad tiene como fin exclusivo el de determinar qué en esos casos esa modalidad de delito contra la libertad individual corresponde a los Jueces Regionales -hoy Especializados del Circuito-, ya que cuando se trata de secuestro extorsivo, es claro, que conocen los jueces regionales concurran o no circunstancias de agravación de las allí previstas...

En conclusión, el delito de secuestro, agravado conforme los numerales 6, 8 y 12 del artículo 3° de la Ley 40 de 1993 a que se refiere el numeral quinto del artículo 9 de la Ley 81 de 1993, no es otro que el secuestro simple, como quiera que tratándose del secuestro extorsivo simple o agravado, la competencia está indefectiblemente asignada por el mismo precepto a los denominados jueces regionales.

Es de aclarar igualmente que el anterior criterio mantiene plena vigencia en la actualidad, pues con la entrada en vigencia de la Ley 504 del 25 de junio de 1999, si bien en el artículo quinto se modificó el 71 del Decreto 2700 -modificado por la Ley 81 de 1993-, sobre la competencia de los Jueces penales del Circuito Especializados, dispuso en el numeral cuarto que estos conocen en primera instancia "De los delitos de secuestro extorsivo o agravado en virtud de los numerales 6, 8 y 12 del artículo 270 subrogado por el artículo 3° de la Ley 40 de 1993 y secuestro de aeronaves o medios de transporte colectivo (artículo 4° del Decreto 2266 de 1991)", es decir, que en lo que atañe al tema que aquí interesa, no hubo modificación alguna.

Como ya lo ha expuesto en reiteradas ocasiones la jurisprudencia de la Sala, tratándose de sentencias proferidas por los ritos del artículo 37 ó 37 A del Código de Procedimiento Penal, el interés para recurrir está limitado en los términos del numeral cuarto del artículo 37 B, no solo frente al recurso de apelación, sino también respecto del extraordinario de casación, como quiera que, en esta clase de fallos rogados, una vez que el procesado se allane libre, espontánea y voluntariamente a los cargos formulados por la Fiscalía General de la Nación a través de sus Delegados, no es posible que con posterioridad, se invoque la ley para evitar sus consecuencias.

No obstante y desconociendo este alcance interpretativo, que estrictamente corresponde a la naturaleza, contenido y finalidad de tales institutos procesales, como que es la misma normatividad la que establece los casos en que procede la impugnación contra esa clase de fallos, y precisamente entre ellos no se encuentra, como no podía estar, la posibilidad de que el procesado luego de aceptar los cargos para proceder a terminar anticipadamente el proceso, y una vez proferido el fallo condenatorio correspondiente, se retracte.

Corte Suprema de Justicia. - Sala de Casación Penal. - Santa Fe de Bogotá, D.C., once de agosto de mil novecientos noventa y nueve.

Magistrado Ponente: Dr. *Carlos Augusto Gálvez Argote,*

Aprobado Acta No. 118 Proceso No. 11856

Decide la Sala el recurso extraordinario de casación interpuesto por el defensor de Jaime de Jesús Monloya Henao contra la sentencia proferida el 24 de enero de 1995 por el entonces Tribunal Nacional, por medio de la cual se confirmó la que anticipadamente dictará un Juez Regional de Medellín, condenando a dicho procesado a las penas principales de 22 años y 8 meses de prisión y multa de 33 salarios mínimos mensuales vigentes, a la accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas por 10 años y al pago de perjuicios morales, como autor del delito de secuestro extorsivo, en concurso con el de porte ilegal de armas para la defensa personal.

HECHOS Y ACTUACIONES PROCESALES

Aproximadamente a las ocho y treinta de la noche del 9 de septiembre de 1993, en el sector de la carrera 74 con calle 49 de la ciudad de Medellín, luego de salir de la emisora radial Auténtica en donde dirigía un programa evangélico y cuando caminaba hacia un cajero automático de la Corporación CONAVI, la señora Geany del Socorro Muñoz Mosquera fue abordada por cinco individuos de aspecto joven que la obligaron a abordar un vehículo amenazándola con armas de fuego, habiendo cambiado en dos oportunidades de automotor, llevándola finalmente a un lugar al parecer ubicado en la parte alta de la ciudad, en donde permaneció con los ojos vendados y las manos atadas por espacio de cuatro días, siendo posteriormente trasladada a una casa.

Habiéndose encontrado en la papelería Audy de propiedad de la víctima un sobre de manila que contenía una nota escrita a máquina en la que se exigía la suma de un millón de dólares por la liberación de Geany, Liliana María Muñoz Mosquera denunció estos hechos ante la Fiscalía Regional Delegada ante el Cuerpo Técnico de Investigaciones de la Fiscalía General de la Nación, procediendo un Fiscal Regional de Medellín, el 15 de septiembre de 1993, a iniciar la correspondiente investigación previa.

Días después, el 26 del mismo mes y año, gracias a las informaciones suministradas por los vecinos del sector, en la carrera 48 No. 68-39 de Medellín, la Policía Nacional logró rescatar a Geany Muñoz, capturando en ese lugar a Jaime Montoya Henao y a María Nohemí Restrepo Franco, quienes de acuerdo con lo informado por el Comandante de la Cuarta Estación de Manrique, eran quienes cuidaban a la víctima, encontrándose en poder del primero una pistola calibre 9mm, de cachas de pasta negra, doble carril, pavonada, con un proveedor y cinco cartuchos para la misma, seis cartuchos calibre 22, cuatro vainillas del mismo calibre, una vainilla y dos cartuchos calibre 7.65, un cartucho de pistola calibre 38 automático y una vainilla y un cartucho calibre 7.62, procediendo la Fiscalía Regional ante la SIJIN a iniciar formalmente la investigación el 27 de septiembre de 1993, vinculando mediante indagatoria a los aprehendidos, a quienes el 6 de octubre siguiente les definió la situación jurídica afectando con medida de aseguramiento consistente en detención preventiva a Montoya Henao por los delitos de secuestro extorsivo agravado por ejercer violencia moral sobre la víctima, en concurso con el de conservación ilegal de municiones de uso privativo de la fuerza pública, en tanto que a Restrepo de Franco lo fue únicamente por el ilícito contra la libertad individual.

Como durante la instrucción se obtuviera información sobre la posible participación de Darío de Jesús Giraldo Jiménez o John James Builrago en la comisión de tales ilícitos, por resolución del 11 de noviembre de 1993 se dispuso su captura, para posteriormente, ante la imposibilidad de hacerla efectiva, ordenar su emplazamiento y declararlo persona ausente mediante proveído del 18 de marzo de 1994.

Continuadas las pesquisas, el 14 de abril se dispuso también la captura de Liliana María Restrepo y el 25 se resolvió la situación jurídica de Darío de

Jesús Giraldo Jiménez o John James Buitrago con detención preventiva por el delito de secuestro extorsivo. Entre tanto, y aunque en memorial del 5 de mayo el defensor de Montoya Henao solicitó algunas pruebas y la celebración de una audiencia especial, por resolución del 24 del mismo mes se decretó el cierre parcial de la investigación respecto de Jaime de Jesús Montoya Henao, María Nohemí Restrepo de Franco y Darío de Jesús Giraldo o John James Buitrago, decisión contra la que el abogado del primero interpuso recurso de reposición por encontrarse pendiente decidir sobre la solicitud de pruebas y de la audiencia especial que había impetrado con anterioridad, habiéndosele resuelto desfavorablemente por resolución del 23 de junio siguiente, que recurrió en apelación.

Sin embargo, en decisiones separadas, el 19 de julio de ese mismo año se dispuso emplazar a Liliana María Franco Restrepo y modificar de oficio la decisión del 23 de junio, en el sentido de que "el cierre parcial de la investigación no se hace extensivo a Jaime de Jesús Montoya Henao", precisándose en proveído del 29 del mismo mes que no se tramitaba la apelación interpuesta con anterioridad por el defensor de éste último, por sustracción de materia.

En estas condiciones, el 2 de agosto de 1994 al escuchársele en ampliación de indagatoria a Montoya Henao, que constituía una de las pruebas deprecadas por la defensa desde antes del cierre del ciclo instructivo, durante su recepción el procesado allegó un memorial en el que manifestó su deseo de acogerse a la sentencia anticipada y no a la audiencia especial como lo había deprecado inicialmente, celebrándose la correspondiente audiencia el 16 siguiente, con la formulación de cargos que le hiciera un Fiscal Regional de Medellín imputándole el delito de secuestro extorsivo, agravado por ejercer violencia moral sobre la víctima (art. 3.2 Ley 40/93) y conforme a los numerales 3, 4 y 7 del artículo 66 del Código Penal, en concurso con el de porte ilegal de armas de fuego de defensa personal y no de uso privativo de la fuerza pública como se había calificado en la resolución de situación jurídica, los cuales fueron aceptados por el procesado.

Dictada en primera instancia la sentencia de condena de conformidad con los cargos aceptados por el incriminado, éste la apeló al momento de su notificación, recurso que se declaró desierto por falta de sustentación, habiéndose pronunciado el Tribunal en relación con los argumentos que oportunamente hiciera el abogado, precisando que no obstante la imposibilidad de pronunciarse sobre el escrito del procesado, los temas objeto de cuestionamiento, tales como el referido al grado de participación del recurrente y la no práctica de algunas pruebas solicitadas por el mismo, resultaban ajenos al interés que para recurrir esta clase de sentencias prevé el numeral cuarto del artículo 37 B.

La Demanda

Al amparo de la causal tercera de casación, dos cargos propone la nueva defensora del procesado, el primero que lo postula como principal, tiende a

reclamar la nulidad del fallo impugnado por falta de competencia, mientras que el segundo, con carácter de secundario, lo dirige por violación al derecho de defensa, así:

Primer cargo

Siendo que los cargos formulados por la Fiscalía Regional a Montoya Henao lo fueron por los delitos de secuestro extorsivo y porte ilegal de armas para la defensa personal, agravando el primero por la circunstancia prevista en el numeral segundo del artículo tercero de la Ley 40 de 1993, y que por tratarse de sentencia anticipada así fueron acogidos por el Juez de la misma justicia y en segunda instancia, por el Tribunal Nacional, es evidente la falta de competencia con que procedieron, por cuanto de conformidad con lo dispuesto en el numeral quinto del artículo 71 del Código de Procedimiento Penal, modificado a su vez por la Ley 81 de 1993, estos funcionarios conocían era del secuestro extorsivo cuando las circunstancias de agravación eran las contenidas en los numerales 6, 8 y 12 del citado artículo tercero de la Ley Antisecuestro, es decir, que el secuestro extorsivo era de conocimiento de los Jueces Regionales únicamente cuando recaía en persona que sea o hubiere sido empleado oficial, periodista, o candidato a cargo de elección popular y por razón de sus funciones; que se cometa con finalidad terrorista o en persona que sea o haya sido dirigente comunitario, sindical, político o religioso y ninguna de ellas le fue imputada a su defendido, desconociéndose así el artículo 29 de la Carta Política, según el cual, nadie puede ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa y ante tribunal competente, con la observancia de las formas propias de cada juicio.

Bajo estas condiciones, concluye, Montoya Henao fue juzgado por un delito que no era de competencia de la justicia regional, que es lo que la motiva por solicitar de la Sala, se decrete la nulidad de lo actuado desde el auto por medio del cual la Fiscalía Regional de Medellín avocó el conocimiento de la investigación.

Finalmente, y con el fin de conglobar la censura, presenta algunas consideraciones en torno a las razones de política criminal que llevaron al legislador a ser taxativo en las circunstancias de agravación del secuestro para asignarle la competencia a los jueces regionales, entre las que por supuesto, dice, no se encuentra prevista la imputada en este asunto a Montoya Henao, o sea, la de ejercer violencia moral sobre la víctima, porque se trata de conductas que no trascienden a la comunidad, porque en tales casos, "el delincuente no pretende ir más allá de lo individual, busca una utilidad, pero no enmarcada en el contexto del poder social y (sic) lo tanto no socava sus bases".

Segundo Cargo

Inicia la censora la formulación de este reproche afirmando la falta de defensa técnica de que fue objeto Montoya Henao al habérsele asesorado por su anterior abogado para que solicitara el proferimiento de una sentencia anticipada, cuando realmente lo que se perseguía era desvirtuar la agravante que se le venía imputando respecto del delito de secuestro, razón por la

cual, precisamente se había solicitado durante la etapa instructiva la celebración de una audiencia especial y la práctica de algunas pruebas, pues "no estaba demostrada, dado que eran solo dichos y especulaciones de la ofendida para hacer más gravosa la situación del incriminado...", limitándose este profesional únicamente a firmar el acta de dicha diligencia, desconociendo que la relación de los hechos, las consideraciones sobre la responsabilidad del procesado y la concreción de los cargos fueron elaborados con anterioridad, "como se puede observar en el espacio en blanco obrante al folio 473 para la aceptación o no de los cargos por parte de mi patrocinado, pareciendo que se trata de un formato".

Es tan clara la deficiente asesoría jurídica, explica, que el abogado desconoció cómo, si bien Montoya Henao había reconocido su participación en los hechos, en la ampliación de indagatoria sostuvo que había actuado como cómplice y no admitió la circunstancia de agravación por la violencia sobre la víctima, que es lo que debió reclamarse, ya que, insiste, "jamás existieron" porque no hubo prueba ni sobre la presunta tortura, ni la utilización de menores en el ilícito, "más cuando la agravante impuesta, no fue incorporada cuando se le definió la situación jurídica, por tanto al (sic) *ad quem* debió haber decretado la NULIDAD por violación de las garantías fundamentales...".

En consecuencia, concluye, al haber firmado el incriminado la diligencia de sentencia anticipada "faltó defensa técnica", pues lo hizo fue sin saber qué hacía, es inexistente por carencia de uno de sus requisitos, y por ende procede, como en efecto lo solicita, la nulidad de lo actuado a partir de la diligencia de aceptación de cargos.

CONCEPTO DEL PROCURADOR TERCERO DELEGADO EN LO PENAL:

Primer Cargo

Apoyándose en una cita de jurisprudencia de esta Sala sobre la interpretación del numeral quinto del artículo tercero de la Ley 40 de 1993, concluyó el Delegado que no le asiste razón a la casacionista en su pretensión de nulidad por incompetencia de la justicia regional para conocer del delito de secuestro extorsivo, agravado conforme al numeral segundo *ibidem*, toda vez que la "o" utilizada en forma disyuntiva en dicho precepto significa que el secuestro simple agravado es de conocimiento de esta clase de jueces cuando concurren las circunstancias de incremento punitivo previstas en los numerales 6, 8 y 12 del citado artículo tercero de la ley antisecuestro, como quiera que tratándose de secuestro extorsivo, de suyo basta para que conozcan los Jueces Regionales, siendo del caso precisar que lo que ocurre en este asunto es que el delito contra la libertad en la modalidad extorsiva, se halla adicionalmente agravado por la violencia ejercida sobre la víctima.

Segundo cargo

Tampoco el Delegado le encuentra vocación de éxito a esta censura, toda vez que la defensa la sustenta en las manifestaciones posteriores de reproche expuestas por el procesado al afirmar que fue engañado al momento de acep-

lar los cargos, evidenciándose una "inconformidad sobre aspectos que no se discutieron antes de la diligencia y más bien denota que, una vez conocidas las consecuencias del hecho, se pretende desvirtuar la manifiesta aceptación de los cargos formulados por la Fiscalía Regional donde, sea de paso indicar, en forma clara y concisa se le dio a conocer al acusado su situación jurídica, con una exposición de las razones por las que se le imputaban las conductas de secuestro extorsivo y de las pruebas y hechos de los cuales se dedujeron las circunstancias de agravación concurrentes".

Sin embargo, tampoco se aprecia la referida falta de defensa técnica, toda vez que el defensor interpuso recurso de reposición contra la resolución de cierre de la investigación y solicitó la ampliación de indagatoria del sindicado, al igual que otras pruebas, con el ánimo de esclarecer algunos aspectos, "lo que no implica que el Fiscal competente tuviera que atarse a esa solicitud de terminación anticipada del proceso, pues fue el propio sindicado quien, posteriormente, desistió de la audiencia especial y requirió el dictado de sentencia anticipada, forma procesal en la cual no se admite discusión sobre algunos elementos de la imputación", máxime cuando de la actuación se deduce fácilmente la participación de Montoya Henao en los ilícitos por los que se le formuló cargos, y aunque no obstante intentó desvirtuar su grado de participación, ello es apenas una maniobra defensiva "que no consulta la verdad procesal, pues se demostró su participación en el delito por su comprobada actuación en el hecho, descrito por la secuestrada, y por su hallazgo en el lugar del rescate y el hecho de que en ese momento pretendió confundir a las autoridades para que su plagiada actuara como su cónyuge, tratando de evitar ser descubierto", situación que igualmente ocurre con las circunstancia específica de agravación porque las circunstancias relatadas por la víctima sobre el trato que recibió durante el cautiverio así lo ponen de presente. Además, todo lo sucedido denota que no hubo actuar desleal del defensor al aconsejar a Montoya Henao para que se acogiera a la sentencia anticipada, como que con ello procuraba disminuir las consecuencias punitivas de su conducta.

Finalmente, precisa el Ministerio Público, que si lo que la recurrente pretendía demostrar era una indebida aplicación del artículo 23 del Código Penal y el numeral segundo del artículo tercero de la Ley 40 de 1993, al igual que la falta de aplicación del artículo 24 *ibidem*, debió acudir al cuerpo primero de la causal primera de casación.

Por tanto, solicita no casar la sentencia impugnada

CONSIDERACIONES

Primer Cargo

1. Fundamenta esta censura la libelista en la falta de competencia de los entonces Jueces Regionales para conocer del delito de secuestro extorsivo, por cuanto la circunstancia específica de agravación prevista en el numeral segundo del artículo tercero de la ley 40 de 1993, no se halla incluida expre-

samente en el numeral quinto del artículo 71 del Código de Procedimiento Penal, según el cual a tales funcionarios les corresponde fallar en primera instancia. "De los delitos de secuestro extorsivo o agravado en virtud de los numerales 6°, 8° ó 12 del artículo 3° de la Ley 40 de 1993 y homicidio agravado según el numeral 8° del Código Penal".

2. Así las cosas, y acogiendo íntegramente el concepto del Delegado, *bien puede, prima facie, sostenerse que no obstante que la norma citada puede ofrecer algún grado de confusión en cuanto a la competencia de los Jueces Regionales, hoy del Circuito Especializados frente al delito de secuestro, de una interpretación sistemática de las disposiciones pertinentes del Estatuto Antisecuestro y lo previsto en el artículo 71 del Código de Procedimiento Penal, modificado a su vez por el artículo 9° de la Ley 81 de 1993, se colige que no se presenta en realidad una tal ambigüedad o confusión, pues lo que quiso significar el legislador al enunciar que "del secuestro extorsivo o agravado en virtud de los numerales 6°, 8° y 12 del artículo 3° de la Ley 40 de 1993", no fue más que asignar a esta clase de jueces el conocimiento del delito de secuestro extorsivo en todas sus modalidades y el secuestro simple cuando concurrieran cualquiera de las tres circunstancias de incremento punitivo allí mencionadas.*

3. En el mismo sentido debe tenerse en cuenta, que tanto el delito de secuestro extorsivo como el secuestro simple comportan hechos punibles autónomos, de ahí que atendiendo a la redacción de dicho texto normativo, la referencia a estas infracciones lo es en el orden en que están previstas en la Ley 40 de 1993 que define en el artículo primero el secuestro extorsivo y seguidamente, esto es, en el artículo segundo al secuestro simple, por ello la especificación en cuanto a la concurrencia de las circunstancias de agravación previstas en el artículo tercero de la citada normatividad tiene como fin exclusivo el de determinar que en esos casos esa modalidad de delito contra la libertad individual corresponde a los Jueces Regionales hoy Especializados del Circuito-, ya que cuando se trata de secuestro extorsivo, es claro, que conocen los jueces regionales concurran o no circunstancias de agravación de las allí previstas.

4. En este sentido, es importante recordar que sobre este aspecto, ya la Sala había tenido la oportunidad de pronunciarse, así:

"...Quiere decir lo anterior, que la Ley 40 de 1993 en su artículo 3°, ha señalado circunstancias específicas de agravación punitiva que son predicables tanto del secuestro extorsivo como del secuestro simple. Idéntico tratamiento reciben otros tipos penales, como por ejemplo el hurto, donde el art. 351 del C.P. consagra circunstancias de agravación que son comunes al hurto simple y al calificado.

Con fundamento en lo anterior, es preciso concluir que el legislador quiso en el art. 9-5 de la Ley 81 de 1993, otorgar competencia a los jueces regionales, para conocer de aquellos delitos de secuestro que ofenden con mayor intensidad el bien jurídico protegido por la norma y que conllevan a una mayor punibilidad. Por eso en dicho precepto al estatuir que los jueces regionales conocen '...De los delitos de secuestro extorsivo o agravado en virtud de los

numerales 6, 8 y 12 del art. 3° de la Ley 40 de 1993' les está otorgando a dichos funcionarios competencia para juzgar no solo del secuestro extorsivo, sino además el secuestro simple agravado por las tres circunstancias específicas de mayor punibilidad a que alude la norma.

En su sentido natural, obvio y de lógica jurídica, la letra 'o' debe entenderse como una conjunción disyuntiva, que diferencia y separa los dos conceptos del secuestro extorsivo y el del secuestro simple agravado por los numerales 6, 8 y 12 tantas veces citados, dejando como de competencia de los Jueces Penales del Circuito, únicamente el secuestro simple y el simple agravado por cualquiera de los motivos de que trata el artículo 3° de la Ley 40 de 1993, excepción hecha del agravado por las tres circunstancias a las cuales se refiere el artículo 9-5 de la Ley 81 de 1993 que modificó la competencia que para los jueces regionales otorgaba el art. 71 del C. Penal." (M.P. Dr. Jorge Carreño Luengas, auto de marzo 3 de 1994).

Y en términos similares, posteriormente, se dijo:

"...Como a su vez la norma procesal que deslinda competencias (artículo 71-5 del C. de P.P.), se remite a la Ley 40 de 1993 para asignar a los jueces regionales el secuestro extorsivo y el agravado por las causales 6, 8 y 12 del artículo 3° de la Ley 40 de 1993, dejando a la justicia ordinaria el conocimiento del secuestro simple no agravado, y del agravado por causales distintas de las tres atrás individualizadas, conviene aclarar que aún siendo por más gravosa inaplicable esa ley sustantiva en cuanto atañe con la pena, en nada dificulta la asignación del conocimiento del asunto, dado que en sus términos queda recogida la estructura básica de los artículos 268 y 269 sobre los cuales se endereza esta controversia". (M. P. Dr.Juán Manuel Torres Fresneda, auto septiembre 13 de 1.994).

6. *En conclusión, el delito de secuestro, agravado conforme los numerales 6, 8 y 12 del artículo 3° de la Ley 40 de 1993 a que se refiere el numeral quinto del artículo 9 de la Ley 81 de 1993, no es otro que el secuestro simple, como quiera que tratándose del secuestro extorsivo simple o agravado, la competencia está indefectiblemente asignada por el mismo precepto a los denominados jueces regionales.*

7. *Es de aclarar igualmente que el anterior criterio mantiene plena vigencia en la actualidad, pues con la entrada en vigencia de la ley 504 del 25 de junio de 1999, si bien en el artículo quinto se modificó el 71 del Decreto 2700 -modificado por la Ley 81 de 1993-, sobre la competencia de los Jueces penales del Circuito Especializados, dispuso en el numeral cuarto que estos conocen en primera instancia "De los delitos de secuestro extorsivo o agravado en virtud de los numerales 6, 8 y 12 del artículo 270 subrogado por el artículo 3° de la Ley 40 de 1993 y secuestro de aeronaves o medios de transporte colectivo (artículo 1° del Decreto 2266 de 1991)", es decir, que en lo que atañe al tema que aquí interesa, no hubo modificación alguna.*

El cargo, entonces, no prospera.

Segundo Cargo

1. *Como ya lo ha expuesto en reiteradas ocasiones la jurisprudencia de la Sala, tratándose de sentencias proferidas por los ritos del artículo 37 o 37 A del Código de Procedimiento Penal, el interés para recurrir está limitado en los términos del numeral cuarto del artículo 37 B, no solo frente al recurso de apelación, sino también respecto del extraordinario de casación, como quiera que, en esta clase de fallos rogados, una vez que el procesado se allane libre, espontánea y voluntariamente a los cargos formulados por la Fiscalía General de la Nación a través de sus Delegados, no es posible que con posterioridad, se invoque la ley para evitar sus consecuencias.*

2. No obstante y desconociendo este alcance interpretativo, que estrictamente corresponde a la naturaleza, contenido y finalidad de tales institutos procesales, como que es la misma normatividad la que establece los casos en que procede la impugnación contra esa clase de fallos, y precisamente entre ellos no se encuentra, como no podía estar, la posibilidad de que el procesado luego de aceptar los cargos para proceder a terminar anticipadamente el proceso, y una vez proferido el fallo condenatorio correspondiente, se retracte, es, a no dudarlo, este el fin perseguido por la demandante, a pesar de que la vía que dice invocar sea la de la nulidad.

3. En efecto, ciertamente la causal que invoca la censora como cargo subsidiario es la tercera de casación, específicamente por una presunta violación al derecho de defensa técnica, pero vista la base argumental del mismo y la finalidad que persigue, es claro para la Sala que a pesar de la imposibilidad normativa que le asiste para impugnar el fallo del Tribunal Nacional con miras a obtener la modificación del grado de participación de su defendido en el delito de secuestro objeto de la condena y la supresión de la agravante en cuestión, por los que lo acusara el Fiscal Regional y que fueron aceptados por aquél, la defensora acude a elucubrar una equivocada asesoría jurídica por parte de su antecesor, para a partir de allí perseguir que, dejándose sin valor el fallo recurrido por violación a la defensa técnica, que entremezcla con una posible inexistencia del acta de aceptación de cargos, porque aquel profesional solo se limitó "a firmar", se vuelvan a formular, en los términos que ella cree deben hacerse, desconociendo que ante la aceptación que hizo el procesado, no le es ahora dable retractarse.

4. Por esto, necesario se torna precisar, que la especificidad en la causal o en el motivo invocado en casación no puede determinarse simplemente por la literalidad de la expresión utilizada en su formulación, sino principalmente, por su contenido y demostración, que es lo que constituye la base argumental de la censura, la que debe confrontar la Corte para determinar su prosperidad o rechazo frente al fallo recurrido, pues de ser lo contrario, ello equivaldría a desconocer o cuando menos, a confundir la enunciación del ataque con su demostración, tornándose de manera inusitada en innecesaria esta última, cuando, tanto filosófica como jurídicamente, es lo opuesto. Así, no resulta suficiente para legitimar un cargo en eventos como el presente, es decir, de

sentencia anticipada, el afirmarse que se formula por la vía de la nulidad, cuando su argumentación tiende es a demostrar la retractación de la aceptación de cargos que previa y oportunamente ha hecho el procesado, ya que el interés para recurrir que inicialmente podría amparar la solicitud de invalidez, sucumbe ante la realidad de lo propuesto y pretendido. Es que, el referido interés no puede surgir de la habilidad en mimetizarlo frente al texto de la demanda, sino de la permisión legal que ampare la pretensión.

5. Crear idealmente, como aquí sucede, una serie de hipótesis para a partir de ellas inferir que el defensor que asesoró a Montoya Henao cuando se llevó a efecto la diligencia de aceptación de cargos previa al proferimiento de la sentencia anticipada impetrada por este mismo, en la cual fáctica y jurídicamente se delimitaron y formularon por el correspondiente Fiscal Regional, todo porque en criterio de la demandante, y desde luego, una vez conocida la pena impuesta, el grado de participación criminal en que debía habérsele imputado el secuestro a su defendido debería haber sido el de complicidad y no el de autoría, al igual que la supresión de la agravante impuesta, que es como cree deben formulársele nuevamente los cargos, demuestran que la anunciada nulidad es solo un distractivo para poder darle entrada en casación a un cargo que propuesto "en forma clara y precisa", no podía ser objeto de estudio por la Corte por evidente falta de interés para recurrir, pues ni siquiera remotamente puede ponerse en tela de juicio la legalidad que amparó la tramitación de todo el proceso y específicamente del rito que ahora se pretende cuestionar, en el cual se respetaron los derechos y garantías exigidos por la normatividad positiva para su celebración, como presupuesto para el proferimiento del consiguiente fallo.

6. Así las cosas, y siendo manifiesto en este caso, no solo que fue el propio incriminado quien solicitó dicho mecanismo procesal *motu proprio*, sino que una vez escuchados los cargos voluntariamente decidió aceptarlos sin condicionamiento alguno, y que si el procesado cree que su responsabilidad es menor a la que aceptó, ello no está significando que hubiera sido engañado por su anterior defensor viciando su voluntad, pues por el contrario, según consta en el acta correspondiente, el Fiscal le expuso con claridad cuáles eran las consecuencias punitivas que implicaba su aceptación, lo cual, además de constituir una velada forma de retractación, en ninguna forma es demostrativa por sí misma de la pretendida vulneración de las garantías procesales o del desconocimiento de las bases de la instrucción o del juzgamiento, que aduce la censora.

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 el fallo impugnado.

Cópiese, cúmplase y devuélvase al Tribunal de origen.

Jorge Aníbal Gómez Gallego, Fernando Arboleda Ripoll, Jorge Enrique Córdoba Poveda, Carlos Augusto Gálvez Argote, Edgar Lombana Trujillo, Mario Montilla Nougués, Carlos Eduardo Mejía Escobar, Alvaro Orlando Pérez Pinzón, Nilson Pinilla Pinilla.

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

INDAGATORIA/SITUACION JURIDICA/ SECUESTRO EXTORSIVO

1. Es verdad que la ausencia de interrogatorio al imputado sobre los hechos que originaron su vinculación por medio de indagatoria, dado que ello dificultaría la contradicción y la defensa, puede generar vicio de nulidad, pues tal sería la consecuencia de desconocer flagrantemente lo dispuesto en el artículo 360 del Código de Procedimiento Penal. Es qué si la indagatoria es presupuesto procesal de la situación jurídica, oportunidad esta en la que el funcionario judicial debe formalizar la imputación que le permita al sindicado saber e introducirse en los cargos de los cuales debe defenderse en el curso procesal, no hay duda que una falta de correspondencia sustancial y manifiesta entre ambas diligencias puede obstaculizar el ejercicio de la defensa (C. P. P., arts. 385 y 389).

2. En efecto, la situación jurídica no es una mera decisión sobre la libertad o la detención del sindicado, sino que, acorde con sus exigencias formales, cumple también un papel de información sobre los hechos que el Estado-jurisdicción investiga, su calificación jurídica y la pena correspondiente, y tal determinación, obviamente, está limitada por los hechos y cargos que se hayan explorado en la diligencia de indagatoria, pues es lo que se infiere lógicamente de la legal vinculación antecedente consecuente que existe entre una y otra.

3. Es necesario advertir previamente que, en relación con el delito de secuestro extorsivo examinado en este proceso, la norma aplicable es la del artículo 6° del Decreto 2790 de 1990, acogido como legislación permanente por el artículo 11 del Decreto 2266 de 1991, dado que los hechos acaecieron el 19 de enero de 1993, y no es pertinente la Ley 40 del mismo año, que sustituyó aquellas disposiciones, pues ella apenas empezó a regir al día siguiente. Así entonces, el precepto procedente dice que el delito de secuestro se sancionará con prisión de veinte (20) a veinticinco (25) años y multa de un mil a dos mil salarios mínimos legales mensuales, entre otras alternativas comportamentales, cuando "persiga los objetivos enunciados en el artículo 268 del Código Penal". Y los objetivos que trae esta disposición, según los cuales el secuestro de una persona se califica como extorsivo, son los de "exigir por su libertad un

provecho o cualquier utilidad, o para que se haga u omita algo, o con fines publicitarios o de carácter político".

Cuando las normas contienen expresiones afines tales como "perseguir objetivos", o "con el propósito", o "para", o "con fines", que corresponden a predicados de verbos rectores y denotan sólo finalidad y no necesariamente otra conducta concreta o realizada, con razón dice la dogmática jurídico-penal que tales manifestaciones se identifican como elementos subjetivos del tipo de secuestro extorsivo, distintos del dolo, que como tales no exigen su cristalización para que sea completa la tipicidad del delito. Desde luego que la adecuación típica del hecho punible de secuestro extorsivo sí exige un comportamiento externo y central de "arrebatar", "sustraer", "retener" u "ocultar" a una persona; pero no es necesario que se haya concretado, verbigracia, una exigencia económica, pues basta que el sujeto haya privado de la libertad a la víctima asistido de dicho propósito...

Es verdad que la posición económica de la víctima, como dato aislado, nada diría en relación con un eventual propósito de lucro, pero cosa distinta revela ella cuando se usa un revólver para poner al dueño de la fortuna en situación de indefensión y simultáneamente tronarle que estaba frente a un "secuestro".

Corte Suprema de Justicia. - Sala de Casación Penal. - Santa Fe de Bogotá, D. C., once de agosto de mil novecientos noventa y nueve.

Magistrado Ponente: Dr. Jorge Aníbal Gómez Gallego

Aprobado Acta No.118 Proceso No. 12368

Examina la Sala, en sede de casación, la sentencia de segunda instancia proferida por el Tribunal Nacional, el 22 de noviembre de 1995, por cuyo medio el procesado José Raúl Ríos Gómez queda condenado a la pena principal de once (11) años de prisión y multa en cuantía de cuarenta millones setecientos sesenta y cinco mil pesos ($ 40.765.000.oo), como autor de un concurso de hechos punibles de secuestro extorsivo (tentado), lesiones personales y porte ilegal de arma de fuego de defensa personal.

El recurso extraordinario fue propuesto por el sentenciado y lo sustentó oportunamente su defensor.

Hechos y Actuación Procesal

El señor Nestavo Antonio Muñoz Aguirre administraba los bienes de su padre Gustavo Muñoz Alvarez, sobre todo las heredades que éste poseía en la vereda Bajo San Juan del corregimiento El Lembo, comprensión del municipio de Santa Rosa de Cabal (Risaralda), entre los que cuenta la finca "Campo Alegre". El día martes 19 de enero de 1993, aproximadamente a las 9:30 horas de la mañana, aquél recientemente había llegado al mencionado fundo,

en compañía de su hermano Gustavo Adolfo Muñoz Aguirre, cuando se acercaron los individuos José Raúl Ríos Gómez y Germán García Moreno, supuestamente a solicitar trabajo, requirieron en ese sentido al administrador y, una vez escucharon la respuesta negativa, el primero de ellos le puso un revólver en la cabeza y dijo que se trataba de un "secuestro"; pero, de inmediato, el amenazado se trabó en una lucha cuerpo a cuerpo con los dos extraños y también hubo un cruce de disparos, porque igualmente el agredido alcanzó a esgrimir su arma de fuego.

En el curso de esta contienda, Nestavo Antonio Muñoz Aguirre y Germán García Moreno recibieron graves lesiones de arma de fuego, el primero en el abdomen y el miembro inferior izquierdo, que le dejaron como secuelas una deformidad física y perturbación funcional del órgano de la excreción urinaria, ambas de carácter permanente; mientras que el segundo falleció como consecuencia de heridas ocasionadas no sólo con revólver sino también de escopeta, pues, al parecer, el herido fue rematado por una persona que lo alcanzó dentro de un cafetal de la misma heredad.

La Policía capturó al imputado Ríos Gómez en el sitio "El Mico", por la antigua carrilera de la vereda "La Capilla", a quien le hallaron un revólver marca "Smith & Wesson", calibre 32 largo, provisto de cinco (5) vainillas en el tambor, sin permiso para su porte.

La Unidad Investigativa de Policía Judicial, adscrita a la Policía Nacional acantonada en el municipio de Santa Rosa de Cabal, practicó como primeras diligencias de investigación, el mismo día de los hechos, el levantamiento del cadáver y los testimonios de Germán Galeano Usquiano y Gustavo Adolfo Muñoz Aguirre. Posteriormente, el Fiscal Treinta y Uno Delegado ante los Jueces Penales del Circuito de dicha población abrió formalmente la instrucción, recibió indagatoria al imputado Ríos Gómez y definió su situación jurídica, por medio de medida de aseguramiento consistente en detención preventiva, como autor de un concurso de delitos de secuestro extorsivo (tentado), lesiones personales y porte ilegal de arma de fuego de defensa personal (fs. 11f. y v. y 40).

Asumida la investigación por un fiscal regional de la ciudad de Medellín, el funcionario calificó el mérito del sumario el 25 de marzo de 1994, providencia en la cual dictó resolución acusatoria por los hechos punibles de lesiones personales (arts. 331 y 334 C. P.) y porte ilegal de arma de fuego de defensa personal (Decretos 3664/86, art. 1° y 2266/91), pero precluyó la instrucción por la hipótesis de secuestro (fs. 230). Apelada esta decisión por el Ministerio Público, la Fiscalía Delegada ante el Tribunal Nacional proveyó en segunda instancia el 19 de agosto de 1994, oportunidad en la cual revocó la aludida preclusión y, en lugar, acusó igualmente por el delito de secuestro extorsivo, en la modalidad de tentativa, previsto en el artículo 6° del Decreto 2790 de 1990 (adoptado como legislación permanente por el artículo 11 del Decreto 2266 de 1991), y a la vez confirmó la acusación que se había dispuesto por los injustos de lesiones personales y porte ilegal de arma de fuego de defensa personal (fs. 267).

Para la siguiente fase procesal asumió el conocimiento un juez regional de la misma ciudad, abrió el juicio a pruebas, citó para sentencia y ordenó el traslado a los sujetos procesales para presentar alegatos de conclusión (fs. 292 y 333). El mismo funcionario dictó sentencia de primer grado el 28 de junio de 1995, por medio de la cual condena al acusado a la pena principal de 11 años de prisión y multa por valor de $ 40.765.000.oo, como autor de los delitos indicados en la resolución acusatoria (fs. 371).

El fallo fue objeto de impugnación en lo concerniente al delito de secuestro, pero el Tribunal Nacional lo confirmó en la sentencia que ahora es objeto del recurso extraordinario (cuaderno 2ª instancia, fs. 2).

No sobra advertir que, por disposición de los funcionarios de instancia, ya son objeto de investigación las completas circunstancias en que recibió muerte el individuo Germán García Moreno.

La Demanda de Casación

El casacionista propone tres cargos en contra de la sentencia impugnada, así:

1. El primero se refiere a una nulidad originada en la indagatoria, por supuesta violación del debido proceso y el derecho de defensa, diligencia en la cual al imputado Ríos Gómez apenas se le hicieron tres preguntas abstractas sobre el delito de secuestro, la última de ellas atinente a la rutina de saber quién era el responsable de los hechos investigados, a pesar de que tal acto constituye un importante medio de defensa. Además, no se ahondó en el interrogatorio sobre las particularidades del hecho punible de secuestro extorsivo, de acuerdo con la redacción de este tipo en el Código Penal, pues el vocablo "secuestro" es genérico y las preguntas deben apuntar a concretar si el hecho constituye la modalidad simple o la extorsiva. Aparte de querer saber si en el momento de desenfundar el arma los actores le dijeron a la víctima que se trataba de un secuestro, los requerimientos de indagación fueron ajenos a este delito, porque se limitaron a explorar la conversación entre Germán y Nestavo, el cómo iban vestidos los presuntos secuestradores, a qué distancia se mantuvo Ríos Gómez de su compañero y la víctima, etc.

Agrega que ni siquiera hubo interrogatorio por el delito de porte ilegal de armas y, peor aún, el revólver incautado tampoco se puso de presente al imputado para su debido reconocimiento.

Si en la indagatoria no hubo preguntas específicas sobre el delito de "secuestro extorsivo", y tampoco se constata en el proceso la existencia de una ampliación de dicha diligencia, entonces los funcionarios judiciales no podían dictar resolución acusatoria por dicha infracción, ni mucho menos emitir la sentencia condenatoria con base en el mismo cargo.

Reclama el censor entonces la casación del fallo y, consecuentemente, la nulidad del proceso a partir de la diligencia de indagatoria.

2. El segundo cargo se expone como violación indirecta de la ley sustancial, por un presunto error de hecho y la exclusión evidente de la regla del *in dubio pro reo*. Explica que ningún medio de convicción apunta a demostrar la exigencia de un provecho económico para configurar el delito de secuestro extorsivo, razón por la cual resulta sorprendente que el Tribunal, a partir de una lógica abstracta y puramente formal, "infiera o suponga" la finalidad extorsiva. En efecto, la certeza del hecho punible no puede surgir de una simple operación mental del fallador, a partir de la posición económica de la supuesta víctima, pues dicha situación no constituye prueba inconcusa de la buscada intención extorsiva.

El artículo 247 del C. de P. P. enseña que en el proceso debe obrar prueba que conduzca a la certeza del hecho punible, y, en este caso, ocurrió lo contrario, porque como no había medios de convicción que indicaran los objetivos del secuestro simple, entonces para el sentenciador la situación aparecía como un secuestro extorsivo.

Para tratar de cubrirse aparentemente con el sagrado manto de la sana crítica, apoyado en la supuesta experiencia cotidiana, el Tribunal vuelve al campo de las "inferencias" cuando alude a la complejidad del proceso criminal en el secuestro, según el cual primero se selecciona la víctima y el lugar donde se va a mantener retenida, después viene la aprehensión y el ocultamiento de la misma y, una vez los secuestradores la tienen a buen seguro, ahí sí se le hacen a los familiares y allegados las exigencias económicas del caso. Desde luego que todo esto, según lo piensa el accionante, requiere una sofisticada organización criminal que no se da en el caso concreto, porque ello demanda la participación de varios individuos y la utilización de armamento pesado, vehículos, chalecos antibalas y otros instrumentos aptos para realizar el plan.

Dice que la realización de semejante delito no es posible en cabeza de dos personas que caminaban por una carretera solitaria, que ni siquiera contaban con un vehículo que les permitiera evadirse rápidamente del lugar con su víctima. Ningún delincuente, por insensato que sea, se arriesgaría de tal manera, ni menos trabajaría sobre la hipótesis de llegar a utilizar el vehículo de la víctima, máxime que ni siquiera lo conocían.

Agrega que un argumento abstracto como el de los pasos que en términos generales dan los delincuentes que se deciden a secuestrar, no es suficiente ni constituye prueba de certeza del hecho punible ni de la intencionalidad demostrada por los presuntos autores.

La certeza en este caso no surgió de la prueba legalmente producida, sino de supuestos que obedecen a la conjetura y el capricho del juzgador, pues el delito no puede inferirse abstractamente, "menos aún deducir un hecho punible a partir de la no comprobación de otro de menor entidad, v. gr., puesto que no se demostró secuestro simple es inequívoco que se trata de secuestro extorsivo".

Desde este punto de vista, continúa el actor, el sentenciador le ha otorgado a la prueba testimonial un sentido que no corresponde a su verdadero contenido fáctico.

Repara que en ambas sentencias se le da plena credibilidad a los testimonios de los hermanos Nestavo y Gustavo Muñoz Aguirre, porque no existe en ellos ánimo de perjudicar y además el segundo declaró el mismo día de los hechos, pero no se tiene en cuenta que los consanguíneos sí tuvieron tiempo de conversar cuando el uno llevó al otro al centro hospitalario, máxime que no existe prueba de que el primero en realidad haya perdido el sentido, lo cual indica que bien pudieron ponerse de acuerdo para rendir testimonio. Tampoco se ha advertido que la imputación del secuestro es una cortina de humo tendida por los hermanos, con el fin de justificar la muerte infligida a Germán García Moreno, quien, después del combate a tiros de revólver, fue eliminado a sangre fría con tiro de escopeta.

Puede ser que la explicación del procesado no sea creíble, admite el demandante, tal vez porque no había razón para que, ante la respuesta negativa de Nestavo, aquél procediera a desenfundar un arma de fuego, pero de esa falta de credibilidad no podría surgir una responsabilidad por un delito de secuestro extorsivo que no está demostrado. El artículo 254 del C. de P. P., agrega, remite al juzgador a la apreciación conjunta de las pruebas y conforme con la sana crítica, pero el sentenciador en este caso se ha valido de conjeturas a las que también llega arbitrariamente.

Termina la fundamentación del cargo con la afirmación de que en este proceso se imponía la aplicación del *in dubio pro reo*, conclusión a la que se arriba por las razones de hecho y de derecho expuestas por él. En consecuencia, el procesado debe responder sólo por los delitos de lesiones personales y porte ilegal de arma de fuego, mas no por la tentativa de secuestro extorsivo.

Solicita la casación del fallo para que la Corte reconozca el *in dubio pro reo* y absuelva al procesado del cargo de secuestro extorsivo.

3. El tercer cargo se maneja como violación directa de una norma de derecho sustancial, ya que se aplicaron indebidamente los artículos 6° del Decreto 2790 de 1990 y 11 del Decreto 2266 de 1991, y se dejó de aplicar el artículo 269 del Código Penal, antes de la modificación de la Ley 40 de 1993.

Expone como es obvio que la víctima Nestavo Antonio Muñoz Aguirre no tenía las calidades que menciona el Decreto 2790, ni en el obrar del procesado se demostraron objetivos terroristas, razón por la cual habría de suponerse que tales propósitos eran económicos. Sin embargo, el fallador de segundo grado, cuando se refiere a una finalidad erótico-sexual no demostrada, tiene la mente puesta en el secuestro simple del artículo 269 del Código Penal, que obviamente se aplicaría sin la reforma hecha por la Ley 40 de 1993, pues entonces no estaba vigente.

Ahora bien, el mismo texto de la sentencia dice "que no se demostraron finalidades económicas de tipo lucrativo, pues descarta el hurto calificado y ¡extorsión!...", sin embargo el fallador condena por el delito de secuestro extorsivo, a sabiendas de que la tipificación de dicha infracción exige que "a

la tentativa de secuestro se acompañe la extorsión y esto debe ser demostrado y no inferido, deducido o supuesto" (fs. 58).

En estas condiciones, el sentenciador debió aplicar la norma más favorable, que era la referente al secuestro simple y no la del extorsivo, que en este caso se aplicó indebidamente.

Pide que se case la sentencia para condenar al procesado por el delito de secuestro simple.

CONCEPTO DEL PROCURADOR

El Procurador Primero Delegado en lo Penal conceptúa en los siguientes términos:

A. Causal tercera. Con arreglo a la jurisprudencia sobre el tema de la presentación de cargos por invalidez del proceso, la censura carece de fundamento porque no demuestra la clase de nulidad invocada, ni determina la manera como sus objeciones pueden afectar la regularidad del proceso y violar la garantía fundamental de la defensa.

Más, a pesar de las falencias técnicas, el cargo es infundado porque en la injurada sí aparecen preguntas y respuestas concretamente relacionadas con el delito de secuestro. Para demostrar este aserto, el Procurador transcribe extensamente los apartes correspondientes de la respectiva acta.

En cuanto al ilícito de porte ilegal de arma de fuego, es el mismo procesado quien en la indagatoria acepta haber disparado un revólver calibre 32, que antes de los hechos le había pasado su compañero Germán García Moreno, aparato que igualmente le fue decomisado al momento de la captura.

Así entonces, los cargos por los delitos de secuestro extorsivo, en el grado de tentativa, lesiones personales y porte ilegal de arma de fuego, se han perfilado con nitidez desde la indagatoria y se precisaron en la situación jurídica y la resolución de acusación, contando el procesado con la defensa técnica adecuada en el curso de todo el proceso.

Propone que se desestime esta censura.

B. Causal primera. Expone que el primer cargo aducido por esta vía se refiere a violación indirecta de la ley sustancial por falta de aplicación del artículo 445 del C. de P. P. (duda), debido a un error de hecho en la apreciación de la prueba (falso juicio de identidad); pero, replica el Delegado, el libelista no determina claramente los fundamentos de la causal ni la trascendencia del supuesto error cometido por el fallador.

Con todo, en cuanto al falso juicio de identidad respecto de los testimonios de Nestavo y Gustavo Muñoz Aguirre, el reproche es infundado, porque los juzgadores no desbordaron el contenido exacto y el alcance de estas pruebas, sobre todo en el punto referente a la afirmación coincidente de que José Raúl Ríos Gómez y su acompañante, después de intimidar a la víctima con revólver, le dijeron: "quieto que esto es un secuestro".

Todo cuanto evidencia el libelista es el deseo de contraponer su personal criterio al análisis y valoración jurídica que hizo el juzgador en relación con dichos testimonios. Más, agrega, tal posición del impugnante no puede aceptarse en casación, porque es potestad de los falladores valorar las pruebas dentro del marco de la sana crítica, salvo el error de hecho que en este caso no se demuestra.

El recurso de casación no puede convertirse en un nuevo debate axiológico sobre los medios de prueba tenidos en cuenta en el fallo de instancia, pues es facultad del juez actuar conforme con su convicción racional, siempre y cuando no se violen las reglas de la sana crítica por omisión, suposición o tergiversación de las mismas, cosa que no demuestra el impugnante, ni tampoco advierte el Ministerio Público.

En consecuencia, como no existe error de hecho en la apreciación de la prueba, resulta injustificada la petición del demandante sobre aplicación del *in dubio pro reo*; además, porque los sentenciadores no han expresado duda y la consideración subjetiva del recurrente no puede remover la soberana facultad judicial de valoración probatoria.

Pide, en consecuencia, rechazar la censura.

Argumenta el Procurador que el segundo cargo, igualmente presentado al tenor de la causal primera, hace relación a la violación directa de la ley, por aplicación indebida del artículo 6° del Decreto 2790 de 1990 (art. 11 Decreto 2266 de 1991) y falta de aplicación del artículo 269 del Código Penal.

En realidad, la norma procedente era la que aplicó el Tribunal, ya que ella se refiere al secuestro que "persiga los objetivos enunciados en el artículo 268 del Código Penal...", lo cual significa que dicho precepto modificó la mencionada norma del Código Penal, en cuanto aumentó el mínimo y el máximo de la pena prevista pará el secuestro extorsivo.

Ni siquiera sería aplicable la Ley 40 de 1993, pues los hechos examinados ocurrieron el 19 de enero y dicha ley empezó a regir al día siguiente.

Propone que se deseche este otro cargo y, finalmente, solicita que no se case el fallo recurrido.

Consideraciones de la Corte

Primer cargo:

Se examinará, en primer lugar, lo concerniente a la nulidad, pues se aduce en el libelo que la indagatoria, medio de defensa por excelencia, no contiene preguntas concretas relacionadas con los delitos de secuestro (tentativa) y porte ilegal de arma de fuego. Esta omisión, dice el actor, lastima el debido proceso y la garantía de defensa, pues, si no se hizo un interrogatorio sobre el respectivo supuesto fáctico, la situación jurídica y la calificación sumarial no podían contener reproches por dichas infracciones.

Es verdad que la ausencia de interrogatorio al imputado sobre los hechos que originaron su vinculación por medio de indagatoria, dado que ello dificultaría la contradicción y la defensa, puede generar vicio de nulidad, pues tal sería la consecuencia de desconocer flagrantemente lo dispuesto en el artículo 360 del Código de Procedimiento Penal. Es que si la indagatoria es presupuesto procesal de la situación jurídica, oportunidad esta en la que el funcionario judicial debe formalizar la imputación que le permita al sindicado saber e introducirse en los cargos de los cuales debe defenderse en el curso procesal, no hay duda que una falta de correspondencia sustancial y manifiesta entre ambas diligencias puede obstaculizar el ejercicio de la defensa (C. P. P., arts. 385 y 389).

En efecto, la situación jurídica no es una mera decisión sobre la libertad o la detención del sindicado, sino que, acorde con sus exigencias formales, cumple también un papel de información sobre los hechos que el Estado-jurisdicción investiga, su calificación jurídica y la pena correspondiente, y tal determinación, obviamente, está limitada por los hechos y cargos que se hayan explorado en la diligencia de indagatoria, pues es lo que se infiere lógicamente de la legal vinculación antecedente-consecuente que existe entre una y otra.

Más ocurre que el acta de la indagatoria recibida en este proceso no tiene los vacíos que le imputa el demandante, porque la primera pregunta sobre los hechos, abierta para respetar en serio la espontaneidad del imputado y su derecho a la no autoincriminación, es del siguiente tenor:

"Diga si tiene conocimiento cuál es el motivo de esta diligencia sin fórmula de juramento. En caso cierto, haga un relato claro y preciso de los hechos que la originaron" (fs. 12. Se ha subrayado).

La respuesta del sindicado fue inmediata y espontánea, porque, después de expresar que se desplazó a la vereda "El Lembo", en compañía de Germán García, dijo: "... En el trayecto del camino él me pasó un revólver calibre treinta y dos para que yo lo llevara...". Y agrega: "... yo me asusté al ver que el señor también me apuntó a mí con un revólver de él y saqué el que yo llevaba, el cual me había pasado Germán, y le disparé como en dos oportunidades, él también me disparó...". Admite, igualmente, que después del incidente se internó en un cafetal, corrió "hacia la carretera del ferrocarril" y allí se encontró con los agentes, quienes lo interrogaron y le encontraron el arma (fs. 12v. Enfasis agregado).

Ya en el interrogatorio detallado y concreto, en relación con el arma, el imputado manifestó: "No tengo conocimiento porqué lo portaba (se refiere a su compañero). Me entregó el revólver y me dijo que como yo había sido agente, no había problema si los compañeros agentes nos encontraban en el camino y nos requisaban, o sea la policía que estuviera patrullando por ahí" (fs. 13f. Se ha destacado).

Los datos obtenidos con las manifestaciones del procesado eran suficientes para establecer si se configuraba el delito de porte ilegal de arma de fuego,

pues, como él dijo claramente que portaba un revólver ajeno, ello bastaba para aprehender la requerida ilegalidad de la conducta. Es cierto que el arma decomisada no fue exhibida al sindicado para su reconocimiento, pero, una racional comprensión y aplicación del artículo 365 del Código de Procedimiento Penal, indica que si el imputado admitió que el instrumento había sido encontrado en su poder, lo que seguía era la solicitud de una explicación sobre el particular, inquietud que él ya había satisfecho espontáneamente.

En relación con la hipótesis de secuestro, además de la pregunta exploradora inicial, la diligencia de indagatoria muestra el siguiente escrutinio:

"Preguntado. No obstante lo expresado por usted, se afirma en estas diligencias que usted llegó con su amigo Germán García Moreno a esa finca desenfundando ambas sendas armas de fuego para intimidar al señor Nestamo Muñoz Aguirre, al parecer con fines de secuestrarlo: éste desenfundó su arma de fuego habiéndose producido intercambio de disparos a través de los cuales resultó muerto su compañero Germán García Moreno. Qué tiene para manifestar al respecto. Contestó: No. Es mentiras porque en ningún momento para poder secuestrar a una persona bajaríamos dos a pie y con un mecho de revólver como el que llevábamos. Yo creo que si se va a secuestrar a alguien deberían ser seis o siete personas y con buenas armas y con algún vehículo para transportarlo, no así como llegamos nosotros. No es cierto que mi compañero llevara armas"... "Preguntado: Igualmente se afirma en estas diligencias que estando ustedes en esa finca llamaron al señor Nestamo Muñoz a quien le dijeron que si tenía llenada de bolsas, que de un momento a otro, el más moro se le tiró encima y le dijo: 'quieto hijueputa que esto es un secuestro', yéndose también encima la otra persona quien también sacó arma; que cuando esta persona huyó para su apartamento, ustedes lo 'encendieron a plomo'. Qué tiene para manifestar al respecto. Contestó: Mentiras. Porque el que se arrimó para llamarlo fue el señor Germán, cuando el patrón salió, los dos se pusieron a charlar y luego pasó lo que antes comenté, en ningún momento observé que hubieran personas cerca. No más". Preguntado: Se investiga un concurso de hechos punibles. Tentativa de secuestro y lesiones personales. Díganos entonces si se considera o no responsable de esos hechos. Contestó: Me considero que no soy responsable del concurso de delitos ya que en ningún momento fui en son de secuestrar al señor ni de agredirlo físicamente, simplemente a buscar el trabajo que el compañero me había comentado. Eso es todo" (fs. 13f. y v. Se ha señalado).

Es claro que el instructor, en la diligencia examinada, le puso de presente al imputado los antecedentes y circunstancias consignadas en la actuación, que lo señalaban como autor o partícipe de sendas infracciones de secuestro (tentado), lesiones personales y porte ilegal de armas; pero, lo más trascendental, el indagado tuvo la oportunidad de expresarse y defenderse libremente de cara a los supuestos de hecho que configuraban las tres hipótesis delictivas que dieron lugar a su vinculación procesal, lo cual significa que en ese momento procesal ejerció a plenitud su derecho de defensa (C. P. P., arts. 352 y 360).

No prospera la censura.

Segundo Cargo:

Aunque el demandante comienza por criticar la manera como los juzgadores optaron por el delito de secuestro extorsivo y no por el de modalidad simple, en el sentido de que supusieron la finalidad de hacer exigencias económicas a la víctima o a su familia, lo cierto es que, después de cierta saturación y desorden en las objeciones, se advierte como tenor de la queja que la "suposición" se debió a que ellos le dieron a la prueba testimonial un sentido que no corresponde a su contenido fáctico.

Antes de dicha expresión, el censor había hecho una cita de la sentencia del Tribunal, según la cual era obvio "inferir" que el propósito de los sujetos era el de obtener un provecho económico, "... puesto que ningún medio de convicción apunta a demostrar que pretendieron privarlo de su libertad para uno de los objetivos que tipifican el secuestro simple, v. gr., una finalidad erótico-sexual, o que se tratara de un delito de hurto calificado, o de una extorsión, etc., y antes bien su modalidad y la posición económica de la víctima quien como se sabe es dueño de finca, hacen suponer que por su liberación se iba a exigir el pago de una suma de dinero" (cuaderno 2 instancia, fs. 11). De igual manera, el actor se refirió a los testimonios de Nestavo y Gustavo Muñoz Aguirre, el primero de los cuales apenas dijo que el agresor le manifestó: "quieto (...) que esto es un secuestro"; y así, con expresiones similares, lo corrobora su hermano en sendas declaraciones.

En este orden de ideas, aunque con cierto desgreño, el recurrente alcanzó a afirmar que el contenido de los mencionados testimonios no se refería a la finalidad de provecho económico declarada por el Tribunal, lo cual podría significar que hubo un desbordamiento de la expresión material de dichas pruebas y, consecuentemente, que se fingió la existencia de dicho ingrediente subjetivo del tipo. Esta objeción, obviamente, corresponde al error de hecho por falso juicio de identidad, y como tal debe estudiarse.

Es necesario advertir previamente que, en relación con el delito de secuestro extorsivo examinado en este proceso, la norma aplicable es la del artículo 6° del Decreto 2790 de 1990, acogido como legislación permanente por el artículo 11 del Decreto 2266 de 1991, dado que los hechos acaecieron el 19 de enero de 1993, y no es pertinente la Ley 40 del mismo año, que sustituyó aquellas disposiciones, pues ella apenas empezó a regir al día siguiente. Así entonces, el precepto procedente dice que el delito de secuestro se sancionará con prisión de veinte (20) a veinticinco (25) años y multa de un mil a dos mil salarios mínimos legales mensuales, entre otras alternativas comportamentales, cuando "persiga los objetivos enunciados en el artículo 268 del Código Penal". Y los objetivos que trae esta disposición, según los cuales el secuestro de una persona se califica como extorsivo, son los de "exigir por su libertad un provecho o cualquier utilidad, o para que se haga u omita algo, o con fines publicitarios o de carácter político".

Cuando las normas contienen expresiones afines tales como "perseguir objetivos", o "con el propósito", o "para", o "con fines", que corresponden a predicados de verbos rectores y denotan sólo finalidad y no necesariamente otra conducta concreta o realizada, con razón dice la dogmática jurídico-penal que tales manifestaciones se identifican como elementos subjetivos del tipo de secuestro extorsivo, distintos del dolo, que como tales no exigen su cristalización para que sea completa la tipicidad del delito. Desde luego que la adecuación típica del hecho punible de secuestro extorsivo sí exige un comportamiento externo y central de "arrebatar", "sustraer", "retener" u "ocultar" a una persona, pero no es necesario que se haya concretado, verbigracia, una exigencia económica, pues basta que el sujeto haya privado de la libertad a la víctima asistido de dicho propósito.

Se hacen estas aclaraciones para advertir que el falso juicio de identidad planteado por el actor, aunque formalmente es correcto, parte de una falacia porque los testigos no podían manifestar lo que no percibieron, pues, según lo afirmado, los atacantes amedrentaron a la víctima con arma de fuego y simultáneamente dijeron que se trataba de un secuestro, pero, en el mismo acto, ellos no hicieron exigencias económicas. Estas pretensiones de lucro, de otra parte y se reitera, no necesariamente tienen que concretarse para que la conducta de arrebatar a una persona sea idónea como realización del delito de secuestro extorsivo.

Desde tal perspectiva, el Tribunal jamás le puso a decir a los testigos lo que ellos no manifestaron o percibieron, sino que, por tratarse de un ingrediente subjetivo del tipo, infirió la finalidad extorsiva del contexto de la actuación delictiva. En efecto, la indagación directa que los visitantes hicieron por el "patrón" y no por otra persona residente en la finca, unida a la amenaza inmediata con revólver, la advertencia de rendición ("quieto") porque se trataba de un "secuestro" y la reacción violenta de los sujetos (descerrajaron disparos) ante la repulsa de la víctima, todo cumplido por dos extraños dentro de un paraje rural, son elementos objetivos de los cuales puede inferirse verosímilmente la finalidad extorsiva de obtener un provecho, máxime que el escogido fue precisamente la persona que en el lugar y en ese entonces aparecía con valiosos bienes inmuebles propios y como administrador de la visible fortuna de su progenitor.

Es verdad que la posición económica de la víctima, como dato aislado, nada diría en relación con un eventual propósito de lucro, pero cosa distinta revela ella cuando se usa un revólver para poner al dueño de la fortuna en situación de indefensión y simultáneamente tronarle que estaba frente a un "secuestro".

Ahora bien, como ninguna información o manifestación de voluntad sugería que los actores tuvieran propósitos erótico-sexuales o cualquiera otro distinto de los previstos en el artículo 268 del Código Penal o ánimo de apoderamiento de bienes (hurto calificado) o de dejar sentada una exigencia económica sin necesidad de secuestrar a la víctima en el acto (extorsión),

razonablemente el Tribunal se valió de estas ausencias informativas para reafirmar la existencia de una finalidad de lucro económico que ya había declarado. El sentenciador también reforzó su convicción sobre el propósito lucrativo, por medio de una regla de la experiencia, según la cual "... en esta clase de delitos se sigue por los secuestradores un proceso criminal, que, como bien se sabe, no permite pasar de unos actos a otros, hasta tanto no se hayan ejecutado los primeros, itinerario criminal que comienza con la selección de la víctima, el lugar donde lo van a mantener retenido, luego viene su aprehensión y ocultamiento, y una vez los criminales se sienten sobre seguro con el secuestrado, entonces sí, hacen a sus familiares y allegados las exigencias del caso para su posterior liberación" (fs. 9 y 10, cuaderno de 2ª instancia).

Es obvio que las reglas de experiencia, por ser generalizaciones basadas en vivencias análogas y de relativo cumplimiento estable, no pueden ser el fundamento único y toral para declarar la existencia de un hecho material o psicológico que pueda ser objeto de prueba, pero sí es posible invocarlas como refuerzo de las decantadas pruebas o indicios sobre el mismo.

Lo que hizo el Tribunal fue una inferencia, no la disposición de una mera conjetura, porque las premisas ni la conclusión se han apuntalado en la sola valoración o imaginación, sino que el juzgador partió de la constatación de datos objetivos conocidos que por su armonía revelaron unívocamente la existencia de un hecho desconocido (propósito de lucro). Además, no puede desconocerse que todo el procedimiento probatorio en sí es una inferencia inductiva, porque si la actividad demostrativa se refiere a un hecho pasado denominado delito, éste jamás podrá observarse directamente por el funcionario judicial sino que él lo aprehende por medio de una reconstrucción histórica que le brindan las pruebas y también por el uso de la razón, como operación intelectual de índole inductiva y probabilista, para pasar de los datos verificados o conocidos a la conclusión o elemento desconocido.

El resto del cargo se refiere a un cúmulo de observaciones sobre la credibilidad de los hermanos Nestavo Antonio y Gustavo Adolfo Muñoz Aguirre, o a la racionalidad de sus manifestaciones sobre la existencia del hecho constitutivo del delito de secuestro extorsivo tentado, pero todo se reduce a un propósito de emular con los sentenciadores de instancia en relación con la ponderación crítica de la prueba, actitud que definitivamente no se ha admitido como objeto propio del recurso de casación, porque, en esta sede extraordinaria, el control de la prueba sólo puede hacerse por medio del señalamiento de carencias significativas en el uso de la lógica o en la construcción de los juicios empírico-racionales o científicos.

Entre las dos hipótesis explicativas de lo ocurrido, una que los extraños visitantes de la finca administrada por Nestavo Antonio Muñoz Aguirre fueron en busca de trabajo, otra que lo hicieron con el propósito de secuestrar al administrador, nada serio contiene la demanda para demostrar que hubo un error judicial al proclamar la segunda de ellas, pues, en favor de su explica-

ción, la judicatura ha esgrimido racionalmente que por las dimensiones del enfrentamiento armado entre los circunstantes se infiere que el motivo no fue una simple discusión por trabajo sino la repulsa al secuestro; que en lugar de los hechos, a la hora del levantamiento del cadáver, se detectaron las huellas de lucha referidas por la víctima del secuestro, máxime que el occiso presentaba tatuaje en el orificio de entrada de la herida ocasionada con revólver (fs. 271); que no es común y corriente que se vaya a buscar un trabajo tan humilde como el pretendido, provisto de un arma de fuego y a un lugar apreciablemente retirado de su residencia; que si la presencia de los extraños era con tan pregonados propósitos inofensivos, y sólo por mala comunicación se produjo una riña imprevista, cuál sería la razón para que el procesado ocultara todo lo acaecido a la policía en el momento de la captura; y que la versión sobre el conato de secuestro no fue deliberada ni suministrada a la hora de nona sino que, el mismo día de los hechos, surgió en la declaración que Gustavo Adolfo Muñoz Aguirre le entregó a la policía judicial.

Ahora bien, frente a lo que se ha demostrado cabalmente en el proceso, no deja de ser especulativo, en orden a controvertir esa realidad, decir que en la nueva versión del secuestro extorsivo, al momento de arrebatar la víctima, se da todo un aparataje traducido en la participación de un nutrido grupo de personas, el uso de armas automáticas y granadas, varios vehículos, chalecos antibalas, camuflados y otros elementos más idóneos para asegurar el resultado, nada de lo cual ocurrió en este caso. Sin embargo, ni la certeza ni la duda pueden construirse sobre ficciones, porque si racionalmente se ha descrito una realidad ya probada, no puede regresarse a hipótesis lo que la prueba señala como acaecido de manera distinta a la imaginada o pregonada por el actor. Adicionalmente, es cierto que la experiencia nos enseña la ocurrencia de secuestros tan espectaculares como el descrito en la demanda, pero también nos ha puesto en contacto con otros de realización más discreta y, por ende, a veces por ello con pretensión de mayor efectividad como el que se ha examinado en este proceso.

Carece de fundamento este segundo reparo y, en consecuencia, también se desestimará.

Tercer Cargo:

Se recuerda que el demandante estima que hubo aplicación indebida del artículo 6° del Decreto 2790 de 1990, norma referida al secuestro extorsivo, y falta de aplicación del artículo 269 del Código Penal, que regula el secuestro simple. En esta última censura sí refulge la disonancia técnica, pues, cuando inicialmente el actor aspiraba a demostrar una violación directa de la ley sustancial, que aleja entonces cualquier discusión sobre los hechos y la prueba, en el desarrollo del cargo se compromete nuevamente con juicios sobre la prueba de la cual pudo haber surgido la finalidad extorsiva en lugar de otro propósito más simple.

En efecto, la conclusión del demandante sobre un error de exclusión evidente de una norma sólo surge al revivir la controversia sobre el propósito del

sujeto que verdaderamente se ha demostrado en el proceso. No está satisfecho el actor con las conclusiones probatorias del fallador, así discrepara de su adecuación legal, cuando afirma: "porque si no se demostraba el secuestro simple había que suponer que se trataba de un secuestro con finalidades de tipo extorsivo. Las suposiciones del fallador lo llevan a aplicar de manera indebida una proposición legal que no casa con la proposición fáctica" (fs. 58, cuaderno 2ª instancia. Se ha subrayado).

Aducir que hubo "suposiciones" del juzgador en lugar de "prueba", es poner de nuevo y contradictoriamente las cosas en el campo de la violación indirecta de la ley sustancial, porque es un aspecto que precisamente riñe con la promesa inicial de discutir sólo el encuadramiento legal de los hechos probados.

Claro que el recurrente sí intentó acomodaticiamente quedarse en el ámbito de la violación directa, cuando argumenta que en el texto de la sentencia se descartó que el motivo de la visita del procesado fuera el hurto calificado o la extorsión, a pesar de lo cual se impuso la condena por secuestro extorsivo. Y trata de reforzar el argumento con una enorme confusión que nuevamente despliega falacia, según la cual para que el secuestro sea extorsivo el arrebatamiento como conducta debe acompañarse de la "extorsión" y, como el Tribunal excluyó esta figura (al igual que el hurto calificado) en la examinada visita del procesado a la finca, significa que se equivocó en la aplicación de la ley.

Desde luego que el *ad quem* desechó el hurto calificado y la extorsión en el comportamiento verificado, pero una cosa es la figura delictiva autónoma de la "extorsión" y otra la "finalidad extorsiva" que sí acompaña las conductas de sustracción, arrebatamiento, retención u ocultamiento de una persona como núcleo que define el delito de secuestro extorsivo.

Como tampoco fructifica esta última objeción, la Sala desestimará la demanda.

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

RESUELVE:

No casar la sentencia de fecha, origen y contenido indicados en la motivación.

Cópiese, cúmplase y devuélvase.

Jorge Aníbal Gómez Gallego, Fernando Arboleda Ripoll, Jorge Enrique Córdoba Poveda, Carlos A. Gálvez Argote, Edgar Lombana Trujillo, Mario Mantilla Nougués, Carlos E. Mejía Escobar, Alvaro Orlando Pérez Pinzón, Nilson Pinilla Pinilla.

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

NORMA SUSTANCIAL

En casación (art.218 C.P.P.) la norma sustancial susceptible de violación (por falta de aplicación, aplicación indebida o interpretación errónea) es la que tipifica el delito o consagra el respectivo derecho objeto de transgresión. Aquí, como el demandante sostiene que el acusado es inocente, ha debido alegar la aplicación indebida del artículo 33-1 de la Ley 30 de 1986, que es la norma en la cual el Tribunal anció la conducta del señor (...).

Pero el censor aduce como norma sustancial violada el artículo 2° del Código Penal, la cual no reviste tal carácter en el sentido acabado de explicar, sino que, por así decirlo, sería norma que resultaría violada como consecuencia de la transgresión del artículo 33-1 de la Ley 30 de 1986 y, así, su mención devendría pertinente sólo para integrar lo que doctrina y jurisprudencia han denominado "la proposición jurídica completa", pues el invocado artículo 2° sólo dice en qué consiste el hecho punible.

Corte Suprema de Justicia. - Sala de Casación Penal. - Santa Fe de Bogotá D.C., once (11) de agosto de mil novecientos noventa y nueve (1999).

Magistrado ponente: Dr. *Edgar Lombana Trujillo,*

Aprobado Acta No. 118 Proceso No. 12495

Decide la Corte el recurso extraordinario de casación interpuesto por el defensor de Juan de Jesús Contreras Bohórquez contra la sentencia de marzo 27 de 1996, mediante la cual el Tribunal Nacional condenó a dicho procesado a 8 años y 6 meses de prisión por infracción al artículo 30 de la Ley 30 de 1986.

ANTECEDENTES

1. El primero de febrero de 1991 una patrulla de la Policía Nacional halló en la finca "El Edén", ubicada en la vereda "Hoya Grande", compresión municipal de Santamaría, departamento de Boyacá, un laboratorio para procesar pasta de cocaína y 6.750 gramos de la "base" respectiva.

De dicha finca resultó ser propietario Juan de Jesús Contreras Bohórquez, quien durante todo el proceso estuvo ausente y fue juzgado y condenado como tal.

2. Un Juzgado de Orden Público abrió investigación (fl.74), se practicaron varias pruebas, se ordenó la captura del imputado y éste dio poder a un abogado (fl.56, quien cumple aquí de casacionista).

Declarado persona ausente (fl.157) y decidida su detención preventiva por un fiscal regional (fl.160), se llevaron a cabo otras diligencias, la investigación fue clausurada y calificada con acusación por el delito tipificado en el artículo 33 de la Ley 30 de 1986, según providencia de agosto 5 de 1993 (fl. 213).

3. El Juzgado Regional de Santa Fe de Bogotá al cual le correspondió conocer de la causa, citó para sentencia (fl. 251) y la profirió el 17 de octubre de 1995, absolviendo al acusado (fl. 269).

Consultada dicha decisión, el Tribunal la revocó y condenó a Contreras Bohórquez a 8 años y 6 meses de prisión por el delito materia de acusación, agravado por la cantidad de estupefaciente que superó los 5 kilos, conforme al artículo 38-3 de dicha Ley 30 (fl.9 cdno. Tribunal), siendo ahora este último fallo materia de la impugnación extraordinaria.

LA DEMANDA

Cargo Primero.

Dice el censor que la sentencia es violatoria "de una norma de derecho sustancial. En este caso del artículo 2° del Código Penal, en concordancia con el artículo 247 del C.P.P.", (fl.38 infra., cdno. Tribunal), normas que transcribe, y concreta que la violación es indirecta por yerros de hecho manifiestos.

Afirma que el "anciano" procesado fue condenado sólo por ser el propietario de la finca "El Edén" y reproduce parte de las consideraciones hechas por el fallador, a las cuales replica que el único indicio existente es la titularidad del inmueble, recordando que la responsabilidad objetiva está proscrita en la ley y que los testimonios de José del Carmen Franco y Joaquín Mahecha Leguizamón "nada dicen en torno a la autoría ni a la culpabilidad de Contreras Bohórquez" (fl.41), y concluye que "condenarlo a semejante pena, cuando la culpabilidad del reo ausente no apareció, constituye una falla de síntesis jurídica aplicación indebida" (id. infra.).

Segundo Cargo.

Sostiene que la sentencia no esta en consonancia con la acusación (art. 220-2 C.P.P.) pues en segunda instancia se condenó con la circunstancia de agravación prevista en el artículo 38-3 de la Ley 30 de 1986 y "la resolución acusatoria sólo se refiere a la infracción del art. 33" de dicha ley (fl. 42).

Tercer Cargo.

Afirma la nulidad a tenor del artículo 220-3 mencionado, ya que "indiscutiblemente el autor o los autores del ilícito investigado tienen que ser distintos a mi defendido", quien -prosigue- sólo fue un arrendador de buena fe, y varios testigos indicaron a la Policía que los propietarios del laboratorio para

procesar el alcaloide "eran unos señores VEGAS' (fl.43), pero "la investigación falló" y no se hizo nada para vincular a las personas señaladas como los verdaderos responsables.

No obstante, arguye que "la nulidad que aparece de bulto" es la concerniente a la agravación de la pena por parte del superior.

Pide entonces casar el fallo y reemplazarlo por el que corresponda (fl.44).

CONCEPTO DE LA PROCURADURÍA

Primer Cargo.

En primer término el señor Procurador Primero Delegado en lo Penal dice primeramente que el cargo no procede por los "desaciertos técnicos" en que incurre la casacionista, y señala como el primero de ellos no decir qué clase de error atribuye al fallador.

En segundo lugar anota que en el fondo lo que hace el censor es oponer su criterio al del fallador con respecto a la evaluación probatoria que este último hizo en la sentencia atacada, y agrega que no es cierto que en ésta se haya ignorado las declaraciones de Carlos Julio Salamanca y Humberto Leguizamón, y transcribe en seguida el aparte pertinente (fl.9 cdno. Corte), precisando que, contrario a lo que afirma el demandante, el Tribunal no tuvo en cuenta únicamente que el procesado era el dueño del predio donde fue hallado el laboratorio para procesar estupefacientes, "sino que del análisis y valoración conjunta del acopio probatorio" concluyó que si era ajeno al ilícito objeto de investigación debió comparecer ante las autoridades a exponer sus posibles justificaciones y el no hacerlo da origen a un indicio incriminatorio por la contumacia en que se encuentra hasta la fecha. Además consideró el Tribunal que según las declaraciones de José del Carmen Gamba Franco y Joaquín Machecha (sic) Leguizamón, el procesado frecuentaba el inmueble.

Por consiguiente estaba el procesado enterado de la actividad ilícita que en él se desarrollaba"(fl.10).

Conceptúa, pues, que el cargo no prospera.

Segundo Cargo.

Dice que le asiste razón al censor, pues se acusó a Juan de Jesús Contreras Bohórquez por la infracción prevista en el artículo 33-1 de la Ley 30 de 1986, sin la agravante del artículo 38 *ibidem* que se le dedujo en la sentencia, por lo cual existe desajuste entre ésta y aquélla.

Cita dos decisiones de esta Sala sobre dicha causal de casación (art. 220-2 C.P.P.), de fechas mayo 20 y septiembre 25 de 1997, (M.P. Dres. Arboleda Ripoll y Córdoba Poveda) y anota que para que el derecho de defensa "tenga cabal operancia, el acusado debe tener certeza sobre las imputaciones hechas, motivo por el cual no se le puede responsabilizar en la sentencia por agravantes no deducidas en el calificatorio" (fl.11).

En su sentir, "la incongruencia se presenta en forma diáfana" (fl.12), razón que debe llevar a casar el fallo, a fin de que se profiera conforme a la acusación.

Tercer Cargo.

Opina que en lo atinente a la no práctica de unas pruebas que reclama el casacionista "no le asiste razón, pues los testigos que mencionaron al posible arrendatario del acusado no dieron informe alguno de identidad o ubicación del mismo. Y como quiera que Contreras Bohórquez ha sido renuente a colaborar con la justicia existe imposibilidad no imputable al funcionario judicial de averiguar y vincular al proceso a un desconocido" (fl.13).

Pide, pues, que, en lo términos expuesto al contestar el segundo cargo, se case el fallo impugnado.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

Primer Cargo.

1. En casación (art.218 C.P.P.) la norma sustancial susceptible de violación (por falta de aplicación, aplicación indebida o interpretación errónea) es la que tipifica el delito o consagra el respectivo derecho objeto de transgresión. Aquí, como el demandante sostiene que el acusado es inocente, ha debido alegar la aplicación indebida del artículo 33-1 de la Ley 30 de 1986, que es la norma en la cual el Tribunal ancló la conducta del señor Contreras Bohórquez.

Pero el censor aduce como norma sustancial violada el artículo 2° del Código Penal, la cual no reviste tal carácter en el sentido acabado de explicar, sino que, por así decirlo, sería norma que resultaría violada como consecuencia de la transgresión del artículo 33 1 de la Ley 30 de 1986 y, así, su mención devendría pertinente sólo para integrar lo que doctrina y jurisprudencia han denominado "la proposición jurídica completa", pues el invocado artículo 2°, sólo dice en qué consiste el hecho punible.

2. Resulta además inexacta la afirmación del censor en el sentido de que el procesado fue condenado "únicamente" por ser el propietario de la finca 'El Edén', pues también consideró el fallador que, según las declaraciones de los vecinos Carmen Gamba Franco y Joaquín Mahecha Leguizamón, aquél estuvo en dicho predio pocos días antes de que la Policía ocupara el mismo, haciendo ver, además, sobre el arriendo de la finca que arguye el demandante que "nadie alquila una propiedad suya sin por lo menos saber dónde ubicar a su cliente y ciertamente los testigos presentados no son muy claros pues simplemente se enteraron acerca de una posible negociación, pero en manera alguna ello permite inferir que se hubiera celebrado convención con un tal Armando Marín respecto del indicado inmueble, quedando sin asidero probatorio la coartada." (fls.22 infra y 23).

Finalmente el sentenciador adujo como indicio de responsabilidad el hecho de que el acusado, no obstante estar enterado de la referida ocupación

policial y de que contra él se había iniciado la respectiva acción penal (a poco de este procedimiento dio poder a un abogado), no compareció al proceso.

El casacionista, pues, falta a la técnica de este recurso extraordinario, pues incumple con la obligación de combatir toda la prueba en que se sustenta el fallo que impugna, ataque parcelado o incompleto que de suyo lleva al fracaso de su reparo.

Ahora bien: es cierto que el fallador no tuvo en consideración las declaraciones rendidas por Julio Salamanca y Humberto Leguizamón, pero también lo es que las mismas (recibidas por petición del defensor, quien acompañó la solicitud con el respectivo cuestionario, fl. 163) se limitan a revelar que "una vez" escucharon al procesado proponer a "Armando Marín" que tomara en arriendo "El Edén".

Frente a la restante y referida prueba de cargo, las precitadas declaraciones resultan insuficientes para siquiera morigerar en algo el compromiso penal del procesado. En consecuencia, el Tribunal no incurrió en yerro alguno cuando hizo caso omiso de dichas pruebas.

La censura no prospera.

Segundo Cargo.

Atina el casacionista al hacer ver que al sindicado se le acusó por infracción al artículo 33-1 de la Ley 30 de 1986, sin la agravante que por la cantidad de la base de cocaína trae el artículo 38-3 *ibidem*, agravante que se le dedujo en la sentencia.

Cuando se citó para sentencia, el agente del Ministerio Público demandó la nulidad de la calificación, al considerar evidente que la agravante concurría, petición que despachó negativamente el Tribunal bajo la consideración de que de todas maneras la providencia de calificación precisó que en "El Edén" habían sido hallados 6.750.oo gramos de cocaína base (fl. 17 infra.), de donde la no mención por su nomenclatura legal no afectó el derecho de defensa del acusado, quien habían quedado bien enterado de esa modalidad específica.

Se apoyó al efecto en sentencia de casación de noviembre 23 de 1989, de la cual fue ponente el doctor Gustavo Gómez Velázquez y en cuya parte pertinente reza:

"...no es dable admitir que se dificultó la defensa y que ésta se hizo inoperante e ineficaz, en cuanto a las agravaciones, por falta de enteramiento de las mismas, por haber fallado la mención de los artículos 350-4; 351-6, 10 y 372-1 del C. Penal, menos invocar una ausencia de específico análisis de estos factores de intensificación particularizante de la pena, porque la jurisprudencia ha entendido que ésta es deficiencia que no transciende el terreno de la irregularidad imposible de llevar a los extremos de la anulación, pues cuando la afirmación escueta, (v.gr. de noche, a las 21: 50 horas: dos o más

personas, en el caso de autos, etc.) corresponde a un hecho evidente, o al menos protuberante" (fl.17 cit.).

Este cargo lo hace consistir el censor únicamente en "no estar la sentencia en consonancia con los cargos formulados en la resolución de acusación (num.2 del art.220 del C.P.P." fl.42).

Se observa al respecto, recogiendo la evidencia que existía desde el inicio del proceso, en resolución de acusación se precisó que en la finca "El Edén" se hallaron "6.750 kilogramos de carbón activo con trazas de cocaína (fl. 214), cantidad que, objetivamente conforme la referida agravante que se le dedujo al procesado en la sentencia, sin que, en consecuencia, resultara imprescindible identificarla por su nomenclatura legal, como lo viene sosteniendo esta Sala con las demás agravantes así de naturalísticamente enunciadas (parentesco en el homicidio, la cuantía de lo hurtado, etc.).

Tuvo, pues, el acusado "certeza sobre las imputaciones hechas", certeza que en la transcrita frase la Delegada halla ausente (fl.11) y la conduce a sostener una violación al derecho de defensa que ni siquiera aparece mencionada en la demanda y que, por las razones dadas líneas arriba sobre el no desajuste entre la acusación y la sentencia.

Tercer Cargo.

De entrada el censor desvirtúa la nulidad alegada, pues la encabeza diciendo que "indiscutiblemente el autor o autores del ilícito investigado tienen que ser distintos a mi defendido Juan de Jesús Contreras Bohórquez. Este simplemente fue un arrendador de buena fe..." (fl.42 infra.).

Es decir que vuelve a dar argumentos del primer cargo y tendientes a afirmar la inocencia del acusado, alegación que se sale del ámbito propio de la nulidad materia de este tercer reproche.

Considera que "los verdaderos responsables" son los arrendatarios del predio, y que no se practicó prueba alguna encaminada a descubrirlos, sin reparar el casacionista que en momento alguno fueron identificados dichos presuntos arrendatarios, como dijo el fiscal acusador: "Se desconoce la identidad del resto de participantes" (fl.220), y desoyendo también que incluso la vinculación de esas otras personas de suyo no conduciría a siquiera debilitar la ya vista prueba que pesa contra el acusado, de quien reitérase que se estimó conocía del laboratorio y del estupefaciente hallado en su finca.

Recuérdese que el aquí casacionista es el abogado que ha tenido el acusado durante todo el proceso, y bien ha podido entonces suministrar por lo menos los nombres y ubicación de los referidos arrendatarios, si es que este aspecto era real y cierto, hipótesis que pierde fuerza frente a la pasividad que en tal sentido exhibió el mencionado defensor.

En tales términos, con la no prosperidad de este cargo igualmente en impróspera deviene la de la demanda toda, por lo que el fallo atacado no se casará.

En mérito de lo expuesto, La Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Penal, en desacuerdo parcial con el concepto del Ministerio Público, Administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley.

RESUELVE:

NO CASAR la sentencia impugnada. En firme devuélvase al Tribunal de origen.

Cópiese, comuníquese y cúmplase.

Jorge Aníbal Gómez Gallego, Fernando Arboleda Ripoll, Jorge E. Córdoba Poveda, Carlos Augusto Gálvez Argote, Edgar Lombana Trujillo, Mario Mantilla Nougués, Carlos E. Mejía Escobar, Alvaro Orlando Pérez Pinzón, Nilson Pinilla Pinilla.

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

FALSO JUICIO DE CONVICCION/SECUESTRO/ CONSULTA/REFORMATIO IN PEJUS

El falso juicio de convicción es considerado como el desconocimiento por el juez del valor que la ley da a una prueba, pero resulta que en las actuales condiciones no suele presentarse, porque la legislación procesal penal colombiana no tiene instituido un sistema tarifado, sino el de la sana crítica, en donde la apreciación debe estar orientada por la experiencia, la lógica y la ciencia y no por determinado valor que a priori se otorgue normativamente a una probanza.

Lo cierto es que el delito permanente de secuestro se inició el 2 de octubre de 1992 y cesó en febrero de 1993; durante el trámite del proceso la consulta, prevista legalmente para procesos como éste, inicialmente estuvo regulada por el artículo 206 del Decreto 2700 de 1991 y posteriormente por el 29 de la Ley 81, promulgada el 2 de noviembre de 1993. Los dos preceptos consagraban dicho grado jurisdiccional para sentencias dictadas por los otrora juzgados regionales, sin que a pesar de la sucesión de leyes en el tiempo pueda pregonarse que la una o la otra sea más beneficiosa para el procesado.

A pesar de que el impugnante y el Procurador Delegado transcriben las dos normas, insisten en que aquélla no consagraba la consulta para las sentencias condenatorias y, por lo tanto, ha debido aplicarse ultraactivamente frente a la disposición posterior.

El artículo 206 del Decreto 2700 de 1991, que empezó a regir el 1° de julio de 1992, establecía:

"Providencias consultables. En los delitos de conocimiento de los fiscales y jueces regionales, son consultables cuando no se interponga recurso alguno, el auto de cesación de procedimiento, el auto de preclusión de la investigación, la providencia que ordena la devolución a particulares de bienes presuntamente provenientes de la ejecución del hecho punible o que sean objeto material del mismo y las sentencias. También son consultables las sentencias absolutorias proferidas por cualquier juez cuando no haya habido parte civil reconocida dentro del proceso."

A su turno, el artículo 29 de la Ley 81 de 1993 dispone:

"Providencias consultables. 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 del procedimiento, la preclusión de la investigación, la providencia que ordena la devolución de bienes del imputado o sindicado presuntamente provenientes de la ejecución del hecho punible o que sean objeto material del mismo y las sentencias que no sean anticipadas."

Ninguna favorabilidad se observa al cotejar los dos preceptos pues, al contrario de lo afirmado por quienes reclaman la casación en este punto, igualmente establecen la consulta para las sentencias tanto absolutorias como condenatorias, sólo que no sea anticipada en la previsión de la norma actual.

Más aún, en el hipotético evento de que se considerare que dicha providencia no era consultable, el Tribunal de todas maneras adquirió competencia para examinarla, en virtud de la apelación interpuesta por la propia defensa, pero no contrarió la prohibición de reformar en perjuicio del recurrente único, consagrada en los artículos 31 de la Carta, 17 y 217 del Código de Procedimiento Penal, pues se limitó a corregir un yerro del a quo, que por contravenir el principio de legalidad de la pena, también de rango constitucional, estaba en la obligación de preservar.

El secuestro comenzó el 2 de octubre de 1992, en vigencia del artículo 6° del decreto 2790 de 1990, convertido en legislación permanente por el Decreto 2266 de 1991; continuó cometiéndose y culminó en febrero de 1993, cuando ya había entrado a regir el artículo 1° de la Ley 40 de 1993, por lo cual la norma aplicable no era aquel precepto, ya derogado, que preveía prisión de 20 a 25 años, más lo emanado de los respectivos agravantes (arts. 23 D. 180/88 y 270 D. 100/80), sino la referida Ley 40 que también tipifica la conducta de los acusados como secuestro y establece de 25 a 40 años de prisión, más lo derivado de las agravantes deducidas de su artículo 3° para el caso en estudio.

Corte Suprema de Justicia. - Sala de Casación Penal. - Santa Fe de Bogotá, D. C., agosto once (11) de mil novecientos noventa y nueve (1999).

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

Aprobado Acta No. 118 Proceso No. 14063

Se procede a resolver el recurso de casación interpuesto en defensa de los procesados Arnulfo Jurado Manrique y Teofilo Torres Moreno, contra la sentencia del Tribunal Nacional que aumentó la pena que les impuso un Juzgado Regional de Cúcuta, por secuestro extorsivo agravado.

HECHOS:

La tarde del 2 de octubre de 1992, varias personas empuñando armas de fuego ingresaron al restaurante "La Molienda", aledaño a la carretera que comunica a Piedecuesta con Floridablanca y se llevaron a Yolanda Arenas Meyer de Ordóñez, integrante de la familia propietaria del establecimiento. Fue luego entregada a las FARC y se pedían, bajo amenaza de muerte, $100.000.000 por su liberación. Un día no precisado de febrero de 1993 fue dejada en libertad, en sitio tampoco determinado de la carretera que de Bogotá conduce a Bucaramanga.

Por haber intervenido en la fase inicial de los sucesos fueron acusados, entre otros, Arnulfo Jurado Manrique y Teofilo Torres Moreno.

ANTECEDENTES PROCESALES:

Una Fiscalía Regional de Bucaramanga abrió investigación y se escuchó en indagatoria a Vicente Cáceres Ardila, Arnulfo Jurado Manrique, Casimiro Hernández Franco y Teofilo Torres Moreno, decretándose luego su detención preventiva. Cerrada la investigación, el 29 de abril de 1994 les fue proferida resolución de acusación por secuestro extorsivo, excepto a Casimiro Hernández a quien únicamente se le imputó rebelión, mientras Vicente Cáceres fue llamado a responder también por dicho delito contra el régimen constitucional (fs. 680 y Ss. cd. 2). Apelado el enjuiciamiento por el defensor de Casimiro Hernández, lo confirmó la Fiscalía Delegada ante el Tribunal Nacional, el 23 de agosto de 1994 (fs. 20 y Ss. cd. respectivo).

Correspondió a un Juez Regional de Cúcuta adelantar el juicio y el 13 de septiembre de 1996 condenó a Casimiro Hernández Franco a 6 años de prisión y multa de $ 7'822.800, por rebelión; a Arnulfo Jurado Manrique y Teofilo Torres Moreno, a 29 años de prisión y multa de $94'525.500, por secuestro extorsivo agravado; y a Vicente Cáceres Ardila a 30 años de prisión y multa de $95'829.300, por ambos delitos. Les impuso las respectivas interdicciones de derechos y funciones públicas y, con excepción del sentenciado por rebelión, los condenó a indemnizar los perjuicios morales derivados del secuestro (fs. 362 y Ss. cd. 3).

Apelado este fallo en defensa de Jurado Manrique, Torres Moreno y Cáceres Ardila, así mismo objeto del entonces dispuesto grado jurisdiccional de consulta, el 16 de enero de 1997 el Tribunal Nacional absolvió al último del cargo de rebelión, aumentando contra él y los otros dos a 36 años de prisión y 200 salarios mínimos legales mensuales de multa las penas impuestas, como coautores de secuestro extorsivo agravado, confirmando lo demás (fs. 28 y Ss. cd. respectivo), mediante fallo que es objeto del recurso extraordinario de casación.

LAS DEMANDAS

1° Demanda en defensa de Arnulfo Jurado Manrique. Al amparo de las causales tercera y primera de casación, respectivamente, se censura el fallo impugnado, así:

CARGO PRIMERO: El recurrente dice que se dictó sentencia en un juicio viciado de nulidad, por violación del debido proceso, pues a su representado se le decretó medida de aseguramiento como cómplice de secuestro; sin embargo, la Fiscalía le profirió resolución de acusación como coautor y así fue condenado, tanto en primera como en segunda instancia.

De otra parte, sostiene que fue vulnerado el artículo 17 del Código de Procedimiento Penal, porque el superior agravó la pena al apelante único, con lo cual se violó el debido proceso, no obstante estar todos los jueces sometidos al imperio de la ley y ser la Carta norma de normas (arts. 4° y 31 Const.), quedando la jurisprudencia como mero criterio auxiliar (art. 230 ib.).

Agrega que Jurado Manrique solicitó pruebas que le fueron denegadas, o se efectuaron interrogatorios "neutros eludiendo el sentido de la petición", como en el caso del testigo presencial Germán Parra Almeida, a quien no se escuchó en declaración, y Alirio y Ofelia Jaimes, empleados del restaurante que no fueron interrogados adecuadamente, dejando de efectuarse la debida investigación integral.

Por lo anterior, considera que se violó el debido proceso (arts. 29 Const. y 304 C. de P. P.) y pide decretar la nulidad, declarando la Corte en que estado queda el proceso, si a partir del cierre de la instrucción, de la calificación o de la sentencia.

CARGO SEGUNDO: El demandante aduce violación indirecta, por error de hecho, que llevó a la aplicación indebida del artículo 268 del Código Penal, modificado por el artículo 1° de la Ley 40 de 1993.

Dice que el testigo con reserva de identidad no involucra a Arnulfo Jurado Manrique como interviniente en el delito, a lo cual se une la versión "permanente" de su representado, de haber sido víctima de coacción insuperada y, por ello, dio noticia a los secuestradores de la llegada de la víctima a "La Molienda". Sin embargo, con tergiversación de la prueba en la sentencia se dice que Arnulfo y otros ya tenían todo organizado.

Señala que también fue distorsionada la injurada de su poderdante, porque se le cree al atestar contra otros, pero se toma como inverosímil en cuanto fue coaccionado.

Con tales falsos juicios de identidad "se llevó de calle la presunción de inocencia y el *in dubio pro reo*", por lo cual solicita casar el fallo y absolver a su pupilo.

2° Demanda en defensa de Teófilo Torres Moreno. Al amparo de la causal primera de casación es reprochado el fallo recurrido, así:

CARGO PRIMERO: El censor aduce error de derecho, por falso juicio de convicción, al ser su acudido una persona de reconocida honorabilidad, que presentó certificación expedida por el sobandero que lo atendió y le hizo unas curaciones, prueba a la que se "negó el valor que la ley le asigna". Es cierto que para el momento de los hechos estaba incapacitado por haber sufrido un

accidente, pero el juzgador da crédito absoluto a las pruebas de cargo, especialmente al testigo que inicialmente reservó su identidad, Oscar Pedraza Guerrero, mientras se la resta a los medios de convicción de descargo, acerca de su inocencia.

CARGO SEGUNDO: Violación directa del artículo 206 del Decreto 2700 de 1991, modificado por el artículo 29 de la ley 81 de 1993.

Alega el recurrente, en esta oportunidad, que para la época de los hechos no existía la Ley 81 del 2 de noviembre de 1993 y, sin embargo, el juzgador la aplicó para agravar la pena impuesta al apelante único. Con anterioridad a dicha norma, las sentencias condenatorias no eran consultables, pues sólo frente a los fallos absolutorios procedía dicho grado jurisdiccional, como surge de confrontar los artículos 204 y 217 del Decreto 2700.

Anota que el fallador debió dar aplicación al principio de favorabilidad, optando por la norma más conveniente para el procesado que haya regido entre el momento del hecho y la sentencia. Por eso, no ha debido surtirse la consulta, lo cual habría evitado la reforma en perjuicio de Teófilo Torres Moreno.

Fue así, según el recurrente, que se violó el principio de la no reformatio in pejus, previsto en el artículo 17 del Código de Procedimiento Penal, concordante con el artículo 217 *ibidem*, recordando que los jueces únicamente están sometidos al imperio de la ley, que la Constitución es ley de leyes y que la jurisprudencia es un mero criterio auxiliar.

Por lo anterior, solicita el impugnante casar el fallo recurrido y declarar que su representado es inocente de los cargos endilgados.

CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

1° Demanda en defensa de Arnulfo Jurado Manrique.

CARGO PRIMERO: El Procurador Segundo Delegado en lo Penal estima que no prospera la censura, porque a pesar de haberse definido la situación jurídica a este procesado como cómplice, fue llamado a responder en juicio y condenado como coautor, con lo cual se torna vano el reproche desde su formulación.

Después de referirse a las teorías objetiva, subjetiva y del dominio del hecho sobre la autoría en material penal, dice que en el caso concreto no aparece un vicio *in procedendo*, al no demostrarse que se hayan quebrantado las garantías procesales ni defensivas y ser la imputación jurídica acertada, resultando además "errática en sede de técnicas de casación" la proposición del cargo de nulidad.

En cuanto a la segunda crítica, el Ministerio Público expresa que no puede opinar sobre el fondo de la cuestión, porque la violación de la no *reformatio in pejus* alegada debió formularse como vicio in iudicando, al amparo de la causal primera y no como nulidad.

Con relación al último enfoque incluido dentro de este cargo, el Procurador Delegado en lo Penal expone textualmente:

"El Juez o el Fiscal no están en la obligación de practicar cuanta prueba les sea solicitada por las partes por cuando debe evitar que la investigación se desvíe al acomodo de sujetos procesales desleales que pretenden la impunidad de los delitos; debe demostrar de veras y no con planteamientos especulativos que lo no investigado era de cardinal importancia; debe desquiciar el doble amparo presuntivo de acierto y legalidad que cobija los fallos que pretende desquiciar; debe comprobar que el fallo es ilícito, porque nada dice a la Corte insistir en que su prohijado es inocente, que no cometió el hecho, etc. porque tales planteamientos ya han sido suficientemente desvirtuados en las consideraciones de las providencias..."

CARGO SEGUNDO: El representante de la sociedad señala que el reproche debe ser desechado, pues resulta imposible responder una censura no adecuadamente sustentada, que discute la apreciación de las pruebas, por error de hecho y en donde el desarrollo consiste en argüir que Jurado Manrique es penalmente irresponsable, al haber actuado bajo una causal excluyente de culpabilidad, o que debe reconocérsele una duda que no dice en que consiste.

Añade que el casacionista confunde el falso juicio de existencia con el falso juicio de convicción, el cual es el endilgado en realidad, pero que es un vicio ajeno al ordenamiento procesal penal, en cuanto las pruebas no tienen valor previamente establecido en la ley.

2° Demanda en favor de Teófilo Torres Moreno.

CARGO PRIMERO: El Procurador Delegado estima que este reproche no está llamado a prosperar, porque en la sentencia se estimó con suficiente ponderación que lo del kinesiólogo o sobandero es una coartada del procesado para lograr una absolución, a pesar de estar demostrada su responsabilidad en el secuestro de la dama. Agrega:

"De todas formas la pretensión se dirige a invitar a la Corte -cual si se tratase de tercera sede- a contrastar de nuevo las pruebas de cargo (base de la condena) con la prueba mentirosa aducida como excusadora de responsabilidad penal, en franco abandono de los lindes que gobiernan el falso juicio de convicción, en el sentido ya señalado que los medios de convicción en materia penal no tienen valores pre asignados; y si ello es así, mal puede acometerse un falso juicio de convicción."

CARGO SEGUNDO: Anota el agente del Ministerio Público que el actor endilga un falso juicio de selección de la norma, pues el juzgador escogió el precepto restrictivo (art. 29 Ley 81/93) frente a la disposición favorable (art. 206 D. 2700/91), que impedía la consulta de la sentencia condenatoria proferida contra este sindicado.

Compara los dos artículos en mención y concluye que para Torres Moreno el reformado era más benéfico que el segundo, ya que consagraba la consulta sólo para las sentencias absolutorias y no para las condenatorias. Así, el

Tribunal no podía aumentar la pena en perjuicio del apelante único y, en su concepto, el cargo debe prosperar.

3° SOLICITUD DE CASACION OFICIOSA: El Procurador Segundo Delegado en lo Penal estima, además, que al estar frente a la vulneración de una garantía fundamental, según el artículo 228 del Código de Procedimiento Penal, en cuanto no se podía agravar la pena al apelante único, de conformidad con el artículo 31 de la Constitución, corresponde a la Corte casar oficiosamente el fallo, pues también se incrementó la pena impuesta a Arnulfo Jurado Manrique, con el mismo análisis utilizado para aumentar la correspondiente a *Teófilo Torres Moreno*, y en atención a que las mismas razones los cobijan, dando prevalencia al derecho sustancial y al principio de favorabilidad, lo pertinente es mantener la condena a 29 años proferida por el Juzgado Regional de Cúcuta el 13 de septiembre de 1996.

Consideración de la Corte

1° En cuanto a la demanda en favor de Arnulfo Jurado Manrique cabe observar lo siguiente:

CARGO PRIMERO: A pesar de que la inconsonancia demandable en casación, claro está que por la causal segunda, es la que se presenta entre la resolución de acusación y el fallo, curiosamente el censor resalta una incongruencia entre la medida de aseguramiento de detención preventiva, en donde se imputó a Arnulfo Jurado Manrique que intervino, en calidad de cómplice, en el secuestro extorsivo de que fue víctima Yolanda Arenas de Ordóñez, pero luego se le acusó y condenó como coautor.

La acusación está contenida en la respectiva resolución, que califica el mérito del sumario y delimita los extremos entre los cuales puede moverse el juzgador, sin desbordarlos. Si el juez se extralimitó o hizo más gravosa la situación del procesado y no existe la debida correlación entre estas dos decisiones, debe el impugnante acudir a la causal segunda de casación prevista en el artículo 220 del Código de Procedimiento Penal.

Pero en el caso concreto aparece acerca de dicho sindicado, que "su participación es a título de coautor en el delito de secuestro extorsivo", según la resolución de acusación (f. 696, cd. 2) y en tal calidad fue condenado por un Juzgado Regional de Cúcuta, sin que se presente la irregularidad que insinúa o deja entrever el recurrente, ni se observe incongruencia entre dichas providencias, sino que por el contrario existe armonía en el aspecto que interesa en este momento.

En lo concerniente a que el Tribunal agravó la pena de su representado, que era apelante único, debe indicarse que muestra su inconformidad por la supuesta violación de lo dispuesto en el artículo 31 de la Constitución; si hubiera así acontecido, ha debido acudir a la causal primera de casación, ante un presunto yerro *in iudicando*, cuya corrección se lograría sin necesidad de anular la actuación.

El recurrente hace referencia a la no recepción de un testimonio y la realización de otros con interrogatorios "neutros", con lo cual dice que se incumplió la obligación de efectuar una investigación integral. A pesar de que el casacionista expresa que Germán Parra Almeida presenció los hechos, en la petición efectuada durante el traslado para solicitar pruebas en el juicio no se especificó que hubiera visto lo sucedido, ni qué se pretendía probar con dicha declaración. Tampoco el censor precisa cuales aspectos no fueron inquiridos a Altrio y Ofelia Jaimes, ni que con ello se hubiera dejado de aclarar algo dudoso.

El defensor de Arnulfo Jurado contó con la oportunidad de intervenir en la realización de esas diligencias, o solicitar su ampliación con el fin de contrainterrogar a los deponentes, o formular preguntas relacionadas con aspectos a los cuales no se refirieron inicialmente. A pesar de haberse garantizado el derecho de contradicción, optó por una defensa pasiva sobre esos puntos, sin que la discrepancia del nuevo defensor sobre la actitud que debió asumirse pueda constituir irregularidad alguna.

Además, el impugnante no logra demostrar la existencia de una falencia en el interrogatorio efectuado por el instructor a esos dos declarantes, pues simplemente lo denomina neutro, y de tal afirmación genérica e imprecisa no puede colegirse que dejaron de declarar sobre algo pertinente. Han podido no expresar alguna parte de lo que sabían, pero que ya era conocido en el proceso. En todo caso el impugnante no señaló qué fue lo no investigado, ni sobre qué elementos del hecho punible se referiría la prueba no practicada o los otros deponentes y cómo su recepción afectaría lo ya probado, a través de otros medios de convicción, sobre la autoría, la tipicidad, la antijuridicidad o la culpabilidad.

Así, el censor no logró establecer la alegada deficiencia de los interrogatorios, y menos la incidencia que el presunto yerro tuviese sobre el fallo, en el sentido de generar un cambio favorable a la situación de su representado. De esta manera, el cargo carece de prosperidad.

CARGO SEGUNDO: Al contrario de lo afirmado por el recurrente, se observa que el *ad quem* no distorsionó el testimonio inicialmente rendido con reserva de identidad, ni la indagatoria recibida a Oscar Pedraza Guerrero en otro proceso, cuando se supo que también había intervenido en el secuestro de Yolanda Arenas y en otros hechos punibles. Persona que tanto en la primera como en la segunda diligencia indicó cuál fue la labor realizada por Arnulfo Jurado Manrique en tal delito contra la libertad individual.

Inclusive el Tribunal transcribió los apartes básicos de esa versión y la analizó, para darle la credibilidad que le corresponde:

"... el 'testigo' mencionado, quien posteriormente confesó su participación en este punible y en el asesinato de Jorge Enrique Ordóñez Torres y quien en su calidad de tal sabe perfectamente que otras personas intervinieron en ese ilícito, manifestó en todas sus deposiciones de manera coherente y conteste

que... se reunieron en una bolera que queda cerca al lugar donde ocurrió el secuestro, para allí esperar al señor llamado 'El Tío' (Teófilo), para que manejara el carro de doña Yolanda, mientras que 'El Joven' (Arnulfo), quien vivía al frente del restaurante, estaba pendiente de la llegada de la citada, para avisarles, tal como en efecto ocurrió.

...

No existe ninguna duda acerca de la sindicación que el testigo 'bajo reserva de identidad' (Oscar Predraza Gerrero) hace al señor Arnulfo Jurado Manrique, a quien siempre se refiere como 'El Joven' que vivía frente al restaurante de la plagiada, porque éste aceptó en su injurada haber sido la persona que dio el aviso sobre la llegada de doña Yolanda Arenas.'

Examinada la indagatoria de Oscar Pedraza Guerrero, dice que Vicente y Arnulfo, a quien llama "el joven", ya tenían organizado lo del secuestro. El día de los hechos estaba con "El Mocho" y "El Tío" en una bolera ubicada cerca al establecimiento 'La Molienda", cuando llegó "Arnulfo alias el Joven... se acercó hasta el sitio donde nosotros estábamos y nos dijo como estaba vestida ... nosotros fuimos hasta el restaurante y procedimos a llevárnosla".

Basta comparar lo señalado en dicha diligencia con lo indicado por el Tribunal, para observar que éste no tergiversó las afirmaciones del deponente, sino que claramente tuvo en cuenta la imputación hecha a Arnulfo Jurado como una de las personas que ya había "organizado" el plagio y que aprovechando la condición de vecino, por habitar al frente del inmueble donde funcionaba el restaurante, podía estar pendiente del arribo de Yolanda Arenas para secuestrarla.

La otra inconformidad del recurrente hace referencia a que el juzgador no le creyó a su representado que había obrado por insuperable coacción ajena. Se aprecia que no está endilgando error de hecho o de derecho en la valoración que efectuó el *ad quem*. Sin expresar razón alguna, manifiesta no estar de acuerdo con el análisis del fallador, que después del examen respectivo llegó a la conclusión de que Arnulfo Jurado Manrique aceptó haber intervenido en el ilícito, pero no actuó bajo esa causal de inculpabilidad, pues previamente al desarrollo de la acción había acordado con otros intervinientes cuál sería su obrar en la división de trabajo.

No se trata, en la casación, de dirimir criterios frente a una o varias pruebas, sino de corregir los yerros trascendentes en que el juzgador haya incurrido, ya sea directamente en la selección o interpretación de la norma, o indirectamente debido a falsos juicios en la apreciación de las probanzas, sean de existencia, de identidad, de convicción o de legalidad.

El cargo tampoco prospera.

2° En lo concerniente a la demanda en defensa de *Teófilo Torres Moreno*, cabe observar lo siguiente:

CARGO PRIMERO: El censor aduce un falso juicio de convicción, por haber dado credibilidad el Tribunal a los considerados como testigos de cargo y

restársela a las pruebas de descargo. A pesar de acercarse a la definición de ese yerro, resulta desfasada la aplicación que intenta frente al caso concreto.

En efecto, el falso juicio de convicción es considerado como el desconocimiento por el juez del valor que la ley da a una prueba, pero resulta que en las actuales condiciones no suele presentarse, porque la legislación procesal penal colombiana no tiene instituido un sistema tarifado, sino el de la sana crítica, en donde la apreciación debe estar orientada por la experiencia, la lógica y la ciencia y no por determinado valor que a priori se otorgue normativamente a una probanza.

Además, en el fondo, el recurrente no está imputando un error al juzgador en el análisis de las pruebas, sino oponiéndole su peculiar criterio, que simplemente enuncia pero no fundamenta, para mostrarse inconforme con la credibilidad reconocida a unos testigos y la no aceptación de la disculpa del sindicado, quien ha tratado de mostrarse ajeno a los hechos investigados.

Sobre la aseveración del procesado sobre su presencia en otro lugar cuando se desarrollaban los hechos, el Tribunal precisó:

"Recuérdese igualmente que, en posterior ampliación el testigo bajo reserva de identidad Oscar Pedraza Guerrero claramente señala que Teólfilo Torres (alías El Tío y/o Carlos) participó en el secuestro de doña Yolanda, y que el día que llevaron a cabo el plagio, él fue uno de los que entró armado al restaurante y el que condujo el automóvil de aquélla al lugar donde se la entregaron a Vicente Cáceres. También refiere que después de la muerte del comandante guerrillero Teólfilo la condujo en su vehículo (Renault 6 color verde placas LWI 115) hasta el cerro de La Aurora, donde se encontraba una comisión del Frente 46 de las FARC.

...

De todas formas las pruebas solicitadas por el prenombrado y practicadas en la etapa de la causa para demostrar su dicho, en lugar de beneficiarlo lo perjudican, porque el médico que asegura lo atendió no concretó que él hubiera sido su paciente; el Instituto de Medicina Legal no pudo determinar si en efecto tuvo alguna incapacidad; y la testigo que recuerda el accidente refiere que él fue a donde un 'sobandero' y 'no estuvo totalmente en cama ni tuvo yeso'."

El *ad quem* estudió la disculpa del sindicado, pero las pruebas tendientes a demostrar la coartada aducida fueron desvirtuadas, al ser analizadas en sí mismas y al compararlas con las restantes; sin embargo, ante esa labor, el impugnante pretende hacer valer su inconformidad, que sólo manifiesta y no fundamenta. Ello no es de recibo en casación y no sirve para quebrar un fallo motivado, que arriba provisto de la doble presunción de acierto y legalidad.

El reproche no está llamado a prosperar.

CARGO SEGUNDO: Equivocada es la presentación y fundamentación de la censura, tanto por el impugnante como por el Procurador Delegado, quien

solicita con base en los mismos argumentos su prosperidad y extender oficiosamente la casación del fallo, porque no se dio aplicación al principio de favorabilidad en cuanto la sentencia no era consultable, ni podía reformarse en perjuicio del apelante único.

Los dos parten de una base errónea, como es la aplicación del principio de favorabilidad, que es, no obstante, improcedente en el caso concreto. *Lo cierto es que el delito permanente de secuestro se inició el 2 de octubre de 1992 y cesó en febrero de 1993; durante el trámite del proceso la consulta, prevista legalmente para procesos como éste, inicialmente estuvo regulada por el artículo 206 del Decreto 2700 de 1991 y posteriormente por el 29 de la Ley 81, promulgada el 2 de noviembre de 1993. Los dos preceptos consagraban dicho grado jurisdiccional para sentencias dictadas por los otrora juzgados regionales, sin que a pesar de la sucesión de leyes en el tiempo pueda pregonarse que la una o la otra sea más beneficiosa para el procesado.*

A pesar de que el impugnante y el Procurador Delegado transcriben las dos normas, insisten en que aquélla no consagraba la consulta para las sentencias condenatorias y, por lo tanto, ha debido aplicarse ultractivamente frente a la disposición posterior.

El artículo 206 del Decreto 2700 de 1991, que empezó a regir el 1° de julio de 1992, establecía:

"Providencias consultables. En los delitos de conocimiento de los fiscales y jueces regionales, son consultables cuando no se interponga recurso alguno, el auto de cesación de procedimiento, el auto de preclusión de la investigación, la providencia que ordena la devolución a particulares de bienes presuntamente provenientes de la ejecución del hecho punible o que sean objeto material del mismo y las sentencias. También son consultables las sentencias absolutorias proferidas por cualquier juez cuando no haya habido parte civil reconocida dentro del proceso."

A su turno, el artículo 29 de la Ley 81 de 1993 dispone:

"Providencias consultables. 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 del procedimiento, la preclusión de la investigación, la providencia que ordena la devolución de bienes del imputado o sindicado presuntamente provenientes de la ejecución del hecho punible o que sean objeto material del mismo y las sentencias que no sean anticipadas."

Ninguna favorabilidad se observa al cotejar los dos preceptos pues, al contrario de lo afirmado por quienes reclaman la casación en este punto, igualmente establecen la consulta para las sentencias tanto absolutorias como condenatorias, sólo que no sea anticipada en la previsión de la norma actual.

Más aún, en el hipotético evento de que se considerare que dicha providencia no era consultable, el Tribunal de todas maneras adquirió competencia para examinarla, en virtud de la apelación interpuesta por la propia defensa, pero no contrarió la prohibición de reformar en perjuicio del recurrente único, consagrada

en los artículos 31 de la Carta, 17 y 217 del Código de Procedimiento Penal, pues se limitó a corregir un yerro del a quo, que por contravenir el principio de legalidad de la pena, también de rango constitucional, estaba en la obligación de preservar.

El secuestro comenzó el 2 de octubre de 1992, en vigencia del artículo 6° del Decreto 2790 de 1990, convertido en legislación permanente por el Decreto 2266 de 1991; continuó cometiéndose y culminó en febrero de 1993, cuando ya había entrado a regir el artículo 1° de la ley 40 de 1993, por lo cual la norma aplicable no era aquel precepto, ya derogado, que preveía prisión de 20 a 25 años, más lo emanado de los respectivos agravantes (arts. 23 D. 180/88 y 270 D. 100/80), sino la referida Ley 40 que también tipifica la conducta de los acusados como secuestro y establece de 25 a 40 años de prisión, más lo derivado de las agravantes deducidas de su artículo 3° para el caso en estudio.

El Juez Regional de Cúcuta partió de una premisa inexistente y calculó la pena con base en un precepto que ya no regía cuando el secuestro continuaba perpetrándose. Debía entonces el *ad quem* subsanar el yerro, de conformidad con la norma rectora del estatuto procesal penal (art. 13), para restablecer el principio constitucional de legalidad que se había quebrantado, al darse aplicación a una norma no vigente cuando aún se estaba cometiendo el delito, de indiscutido carácter permanente.

Ante el quebrantamiento del inciso segundo del artículo 29 de la Carta, que consagra, entre otros, los principios de legalidad del delito y de la pena, no le quedaba al Tribunal otra solución que restablecer la primacía de la Constitución y evitar que un fallo que le era contrario produjera efectos jurídicos.

Además de estar expresamente facultado por la consulta, se efectuó el legítimo proceso dosimétrico de acuerdo con las disposiciones pertinentes de la Ley 40 de 1993, sin que con ello se viole la previsión del artículo 31 de la normatividad superior, no sólo por la ampliación de la competencia derivada del referido grado de jurisdicción, sino porque la proscripción de la reforma en peor no fue establecida por el constituyente para patrocinar violaciones a la misma Carta.

Como la sentencia atacada no vulneró una supuesta favorabilidad, de suyo inaplicable en el asunto examinado, ni desconoció el principio de la proscripción de la *reformatio in pejus*, el cargo tampoco está llamado a prosperar, ni es procedente casar oficiosamente, al contrario de lo conceptuado por el representante del Ministerio 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:

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, Jorge E. Córdoba Poveda , Carlos Augusto Gálvez Argote, Edgar Lombana Trujillo, Mario Montilla Nougués, Carlos Eduardo Mejía Escobar, Alvaro Orlando Pérez Pinzón, Nilson E. Pinilla Pinilla.

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

LIBERTAD PROVISIONAL/SECUESTRO

El artículo 15 de la Ley 40 de 1993, precepto declarado exequible por la Corte Constitucional en sentencia de 28 de abril de 1994, M.P. Jorge Arango Mejía, excepto la última parte que disponía: "La libertad provisional sólo podrá concederse por pena cumplida", excluyó de la suspensión reclamada al delito de secuestro por el cual fue condenada la procesada (...).

En efecto, la mencionada disposición determina: "Exclusión de beneficios y subrogados. Salvo lo dispuesto en el artículo 17 de este estatuto, en el artículo 37 y la rebaja por confesión previstos en el Código de Procedimiento Penal, los sindicados o condenados por los delitos de que trata esta ley no tendrán derecho a la condena de ejecución condicional, libertad condicional ni a subrogados administrativos. En los casos del delito de secuestro, no podrán otorgarse la suspensión de la detención preventiva ni de la condena." (Subraya fuera del texto).

Corte Suprema de Justicia. - Sala de Casación Penal. - Santa Fe de Bogotá, D.C., once (11) de agosto de mil novecientos noventa y nueve (1999).

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

Aprobado Acta No. 118 Proceso No. 15503

La procesada Doris María Quintero Monroy, detenida en la Reclusión de Mujeres de Cúcuta, pide a la Corte "suspender la ejecución de la pena". Acompaña constancia de sanidad carcelaria en el sentido que se encuentra en período de gestación de mas o menos 35 semanas, con fecha probable del parto entre el 26 de agosto y el 2 de septiembre del año en curso.

Consideración de la Corte

El 22 de enero de 1998, uno de los entonces Juzgados Regionales de Cúcuta, entre otras determinaciones, condenó a Doris María Quintero Monroy a la pena de 34 años de prisión por los delitos de doble secuestro extorsivo agravado y fabricación y tráfico de armas y municiones, en concurso, sanción que fuera confirmada por el Tribunal Nacional en fallo de 31 de agosto con la corrección efectuada el 18 de septiembre siguiente, providencia que ahora es objeto del recurso extraordinario de casación.

Si como se acaba de ver, la sentencia no ha alcanzado ejecutoria por estar recurrida, en sentido técnico jurídico no es dable hablar de "suspensión de la condena", como lo plantea la peticionaria, sino de la detención preventiva. Hecha la aclaración anterior, se tiene que la petición no está llamada a prosperar, toda vez que *el artículo 15 de la Ley 40 de 1993, precepto declarado exequible por la Corte Constitucional en sentencia de 28 de abril de 1994, M.P. Jorge Arango Mejía, excepto la última parte que disponía: "La libertad provisional sólo podrá concederse por pena cumplida", excluyó de la suspensión reclamada al delito de secuestro por el cual fue condenada la procesada Quintero Monroy.*

En efecto, la mencionada disposición determina: "Exclusión de beneficios y subrogados. Salvo lo dispuesto en el artículo 17 de este estatuto, en el artículo 37 y la rebaja por confesión previstos en el Código de Procedimiento Penal, los sindicados o condenados por los delitos de que trata esta ley no tendrán derecho a la condena de ejecución condicional, libertad condicional ni a subrogados administrativos. En los casos del delito de secuestro, no podrán otorgarse la suspensión de la detención preventiva ni de la condena." (Subraya fuera del texto).

Frente a la claridad del precepto que se acaba de citar, que fue modificado por el artículo 1° de la Ley 415 de 1997 en relación con la libertad condicional y con la excarcelación por esta vía, pero no en cuanto al asunto que aquí se resuelve, la petición será denegada, sin que ello constituya obstáculo para que el director del establecimiento de reclusión, dentro del ámbito propio de sus facultades legales, ordene bajo su responsabilidad y estricta vigilancia, todo lo que garantice la debida atención profesional, tanto a la madre como a la criatura.

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

RESUELVE:

1° NEGAR a la procesada Doris María Quintero Monroy la suspensión de la detención preventiva por ella solicitada.

2° Copia de esta providencia, vaya al Director de la Reclusión de Mujeres de Cúcuta para lo de su cargo.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Jorge Aníbal Gómez Gallego, Fernando E. Arboleda Ripoll, Jorge E. Córdoba Poveda, Carlos Augusto Gálvez Argote, Edgar Lombana Trujillo, Mario Mantilla Nougués, Carlos Eduardo Mejía Escobar, Alvaro Orlando Pérez Pinzón, Nilson E. Pinilla Pinilla.

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

VIOLACION INDIRECTA DE LA LEY

La violación indirecta de la ley sustancial tiene ocurrencia cuando se deja de aplicar o se aplica indebidamente por error en la apreciación probatoria, que puede ser de hecho o de derecho; en el primero, por falso juicio de existencia (suponer o ignorar una prueba) o por falso juicio de identidad (distorsionar su sentido objetivo); y en el segundo, por falso juicio de legalidad (estimar una prueba ilegalmente allegada), o por falso juicio de convicción, (no otorgarle a la prueba el valor establecido por la ley).

Al recurrente le corresponde señalar con precisión la clase de error que aduce y demostrar su existencia y trascendencia, de modo que sea evidente que de no haber ocurrido el yerro, la decisión habría sido otra. En aras de esa claridad exigida por el numeral 3° del artículo 225 del estatuto procesal, no puede alegar dentro del mismo cargo y respecto de la misma prueba equívocos de hecho y de derecho, ni simultáneamente las distintas modalidades de cada uno de ellos, pues dada su naturaleza son excluyentes y la fundamentación obedece a reglas diferentes.

Corte Suprema de Justicia. - Sala de Casación Penal. - Santa Fe de Bogotá, D.C., agosto once de mil novecientos noventa y nueve.

Magistrado Ponente: Dr. *Alvaro Orlando Pérez Pinzón*

Aprobada Acta No. 118 Proceso No. 13814

1. El 12 de noviembre de 1996, el Juzgado Cuarenta Penal del Circuito de Santa Fe de Bogotá condenó a Fernando Betancourt Parra a la pena principal de treinta (30) años de prisión como autor del homicidio de Alexánder Rubiano Fajardo, en concurso con tentativa de homicidio, respecto de Ana Belén Fonseca.

2. El 10 de julio de 1997, el Tribunal Superior de Santa Fe de Bogotá decretó la nulidad parcial de lo actuado a partir del cierre de la investigación, inclusive, en relación con la tentativa de homicidio, y confirmó la condena por el homicidio. Como consecuencia de lo anterior, redujo la pena a veinticinco (25) años de prisión, y la condena en perjuicios a dos mil (2.000) gramos oro, y dispuso compulsar las copias pertinentes para que la Fiscalía a cuyo cargo

estuvo la instrucción procediera a investigar las lesiones respecto de Ana Belén Fonseca y el atentado contra la vida de Luis Alejandro Fonseca, así como el porte ilegal de armas en que pudo incurrir el procesado.

3. El 10 de julio de 1997, al ser notificado, el procesado interpuso recurso de casación, que reiteró por escrito el 25 de julio del mismo año. Por medio de defensor, lo sustentó el 26 de agosto de 1997.

Hechos

Sucedieron en Santa Fe de Bogotá, en la madrugada del 19 de noviembre de 1995, frente al inmueble ubicado en la carrera 12 Este No. 59-70 del Barrio Los Libertadores: mientras se festejaba el matrimonio de la pareja conformada por Luis Calpa y Nelly Fonseca, se presentó una discusión entre Alexánder Rubiano Fajardo y el procesado Fernando Betancourt Parra. A pesar de que Jhon Martínez Cartagena intervino con el propósito de calmar los ánimos, Fernando Betancourt disparó su arma de fuego contra Alexánder Rubiano, le propinó varios impactos que le causaron heridas y como consecuencia de estas se produjo su muerte. Algunos de los proyectiles, además, alcanzaron a la señora Ana Belén Fonseca, quien se encontraba en el interior de un automotor que se hallaba estacionado frente a la residencia. La señora fue gravemente herida pero no sufrió mayores consecuencias gracias a la oportuna atención médica que se le brindó en el hospital de La Victoria. Por las lesiones, se determinó incapacidad de 35 días y, como secuela, una deformidad física de carácter permanente.

La Demanda

El actor acusa la sentencia del Tribunal acudiendo a dos cargos que plantea así:

1. Primer cargo: alude a "violación indirecta de la ley tóda vez que el fallador de instancia apreció erróneamente las pruebas testimoniales que, a no dudarlo tenían un valor realmente trascendente . En consecuencia, si el error de hecho era manifiesto a la luz del contenido mismo de dichas pruebas era incuestionable un falso juicio de existencia ya que se desconoció el hecho por el juzgador al ignorar la existencia procesal de dichas pruebas testimoniales".

Para desarrollarlo, expone:

1.1. "No existe la certeza de la responsabilidad". Luego el fallador, al considerar lo contrario sin que estuviere demostrado el segundo requisito del artículo 247 del C.P.P., "hizo una valoración equivocada de los testimonios que con carácter de medular predicaban la ausencia del elemento subjetivo del delito imputado al procesado".

1.2. La conducta del procesado halla plena adecuación con el primer requisito señalado en el artículo 247, ya que todas las pruebas allegadas a la investigación son claras y contundentes en señalar a Fernando Betancourt

Parra como el único autor de la muerte violenta de Alexander Rubiano Fajardo. "Situación distinta plantean las pruebas testimoniales con las cuales el juzgador busca hallar la idea certera acerca de la responsabilidad, pues aquellas solo se refieren a la ausencia total de toda intención o ánimo doloso en la acción desarrollada por Betancourt Parra".

1.3. De acuerdo con el testimonio de Alejandro Fonseca, "la intención de causar la muerte" a Alexander Rubiano "surgió en el procesado en forma instantánea, es decir, impulsivamente en el acto. Esto quiere decir que la acción siguió a la intención en forma inmediata, o mejor sin solución de continuidad y por lo tanto la reacción afloró en forma imprevista y súbita". Se tiene que "el procesado obró en forma irreflexiva y sin deliberación o ponderación acerca de las probables consecuencias, y por lo tanto afrontando o aceptando por anticipado cualquiera de los resultados posibles". Son elocuentes las expresiones de dicho testigo cuando expresa: " ...yo salí y encontré a Alex que estaba discutiendo con el señor (Fernando Betancourt Parra). Alexander le dijo: "hermano no me trate mal que yo a ud. ni lo distingo." El otro señor le contestó que no fuera sapo; que el problema no era con él... yo di un paso hacia atrás, Alex se corrió como a un lado, y ahí fue cuando el hombre lo mató".

Se ve claro que "si el procesado disparó a corta distancia contra la humanidad de Rubiano Fajardo a quien no conocía con anterioridad ni había tenido con él la menor discusión o altercado necesariamente es de concluirse en sana lógica que su actitud estaba enmarcada dentro de una súbita ofuscación o perturbación anímica que no le permitió dilucidar sobre los efectos de su comportamiento. La reacción de Betancourt Parra sobrevino no de ofensa o ataque de la víctima sino de la intromisión desafortunada de ésta en el preciso instante en que aquél discutía asuntos triviales o fútiles con John Martínez Cartagena". Esta circunstancia "no le permitió a Betancourt Parra discernir mentalmente los efectos nocivos de su acción ni elegir entre dos resultados posibles: causar la muerte o un daño menor".

1.4. Con fundamento en los testimonios de Aura Stella, Ana Belén y Nelly Fonseca, afirma "que Fernando Betancourt Parra obró más que en forma contraria a la ley con un fin individual totalmente indeterminado como certeramente lo revela el contenido global de sus atestaciones", aspecto que "tiene honda connotación jurídica, pues si no se acredita a través de los medios probatorios más idóneos que Betancourt Parra obró con el propósito deliberado de quebrantar el derecho inalienable de la vida toda acción punible, así esté demostrada objetivamente, desaparece, pues, a no dudarlo, una de las formas estructurales del delito, según el precepto del artículo 35 del C.P., se centra precisamente en la ausencia de dolo. De ahí..., que se dé en el caso cuestionado una de las causales de inculpabilidad a que se refiere el artículo 40 del C.P."

Si se analizan los testimonios citados, agrega, "se acrecienta la certidumbre acerca de la ausencia total de toda culpabilidad o ánimo doloso en el comportamiento" del procesado. Aura Stella Fonseca dice: "...yo salí a bus-

carlo (se refiere a Alexander) y apenas yo salí a la puerta él (Alexander) le estaba diciendo al señor que le disparó: hermano, no se meta conmigo que yo con ud. no tengo problema", "...mi prima Nelly me contó que lo que pasó es que Alexander les dijo que "no se fueran a tirar la fiesta, que eso era una fiesta familiar". Ana Belén Fonseca asevera: "salió Alexander a comprar unos cigarrillos y al regresar a la casa fue cuando se presentó el cruce de palabras con el agresor, alcanzando a escuchar que Alexander le decía que no se fuera a 'tirar la fiesta' ".

1.5. Siguiendo con las declaraciones mencionadas, señala que el Juzgador omitió el estudio crítico de tales pruebas testimoniales, porque "si realmente hubiera llevado a cabo tal valoración necesariamente hubiera arribado a la conclusión lógica e inobjetable no tanto de hallar coherencia y credibilidad en lo afirmado por los deponentes sino de la no existencia de dolo en el hecho punible por parte de Betancourt Parra. Sólo se evidencia lamentablemente un pobre y superficial análisis que carece, a no dudarlo, de la sindéresis jurídica acerca del requisito esencial exigido por la ley procedimental para proferirse sentencia condenatoria.

1.6. Prosigue: sobre la ausencia total en el ánimo del procesado de toda intención o propósito de causar la muerte o siquiera lesionar a una persona determinada, los testigos afirman que con anterioridad al hecho culminante la fiesta de bodas transcurrió en forma ordenada y sin alteración alguna por parte de los asistentes, como lo aseveran el propietario de la casa y el propio procesado.

1.7. Desde la óptica probatoria es fácil inferir que la conjugación de factores psíquicos necesariamente hicieron aflorar en el procesado un error insalvable consistente en "la creencia de que en la conducta desarrollada por él no concurría transgresión de tipo penal alguno. Por el contrario su voluntad se dirigió indefectiblemente a la realización del hecho punible, vale decir, existió verdaderamente una conciencia genérica o representación mental de la antijuridicidad de la conducta desarrollada aunque sin la voluntad de la violación misma'. En el caso cuestionado es palmaria la "ausencia de la punibilidad como era el conocimiento de la tipicidad de la propia conducta, vale decir del aspecto cognoscitivo sobre la existencia del error acerca del tipo penal que es excluyente de toda responsabilidad. Por lo tanto en el caso *sub judice* se impone el reconocimiento de la exención de toda reprobación jurídico social en que consiste esta figura".

1.8. En la fase inicial o preliminar de la acción homicida era palmaria la ausencia de todo proceso delictivo que seguramente le hubiera permitido concebir la ideación del esquema delictivo así como el desarrollo del mismo. En la fase crucial de los acontecimientos se patentiza con base en los testimonios recaudados cómo el procesado procedió sin deliberación y sin medir las consecuencias. La conducta desarrollada bajo estos parámetros no tiene el carácter de dolosa. "En consecuencia si no existió propósito elaborado en forma reflexiva y con representación del evento jurídico y además con ordenación

de la voluntad hacia un hecho criminoso no podía legalmente el juzgador proferir sentencia condenatoria, pues no se estructuraba en tales circunstancias la prueba de la responsabilidad".

1.9. Si el juzgador le daba plena credibilidad a los testimonios "no se podía derivar la responsabilidad en cabeza de Fernando Betancourt Parra considerando solo la autoría material del punible...la categoría de las pruebas testimoniales precisamente revelan...la idea acerca de la carencia absoluta de culpabilidad en cabeza de Betancourt Parra por cuanto no se estructuró el elemento esencial del dolo. Este error en la valoración de la prueba testimonial aparece latente en la sentencia impugnada y se hace todavía mas notoria y manifiesta dicha falencia cuando el fallador de instancia desconoce o le da un valor distinto a la prueba testimonial, desbordando así sus alcances como medio de convicción".

1.10. Sigue: de las versiones citadas "no afloraron intención o propósito de índole criminoso con que posiblemente pudo haber actuado Betancourt Parra ni siquiera la idea del cabal conocimiento de la antijuridicidad de su conducta y la voluntad específica de realizar el punible". El hecho de derivar certeza de la responsabilidad con base en unos testimonios que "nada revelan" acerca de la culpabilidad sería tanto como acudir a malabarismos jurídicos...". Es lamentable el criterio del juzgador cuando sin el análisis ponderado del contenido testimonial "ilógicamente de la tipicidad misma extrae la certeza de la responsabilidad que no tiene asidero legal alguno".

1.11. "Emerge con claridad meridiana el falso juicio de existencia de las pruebas testimoniales al desconocer el fallador no sólo su contenido sino sus alcances y eficacia jurídica. Es que dentro del ámbito de la libre apreciación de las pruebas él no podía sustraerse a la consideración integral de los requisitos esenciales a que se refiere el art. 247 del C.P.P., so pena de incurrir en un grave antiprocesalismo y una manifiesta dicotomía procesal, pues, a no dudarlo, con tan irregular procedimiento violentó la esencia misma del delito que exige la culpabilidad como uno de sus elementos".

1.12. El "desconocimiento o juicio de desvalor de las pruebas testimoniales, basado sólo en elementos típicos y antijurídicos del delito hizo que el fallador en forma deliberada y grave desconociera que el dolo es una de las formas de culpabilidad" como lo preceptúa el art. 35 del C.P.

1.13. El Juzgador, al no tener en cuenta que el procesado en el momento en que "desarrolló su conducta homicida no obraba con cabal conocimiento de la antijuridicidad ni con voluntad específica encaminada a la realización o ejecución del delito, desconoció flagrantemente la aplicación de una norma clara como lo era el artículo 36 del C.P."

1.14. "Consecuente con lo afirmado en precedencia es imperativo relevar en el caso cuestionado que la acción imputable a Fernando Betancourt Parra consiste en causar la muerte a Alexander Rubiano Fajardo en las circunstancias de tiempo, modo y lugar se configura dentro del típico dolo de ímpetu por cuanto, de acuerdo con las pruebas testimoniales la intención surgió y se

manifestó impulsivamente en el acto de tal manera que la acción siguió a la intención en forma inmediata por reacciones imprevistas y súbitas". Si se acepta que el procesado obró solo por un impulso instantáneo y, por ende sin deliberación alguna, necesariamente se impone por fuerza de la lógica "la exención de toda responsabilidad penal toda vez que sería forzoso la aplicación de la causal cuarta de inculpabilidad a que se refiere el artículo 40 del C.P.". Por tanto, al no existir intención dolosa en la "actuación ostensiblemente antijurídica" del procesado "es obvia la conclusión sobre la inexistencia de los delitos que se le imputan" dada la "ausencia total del elemento culpabilidad. Es imperativo, en consecuencia, la revocatoria de la sentencia toda vez que es palmaria la ausencia de toda responsabilidad en la conducta imputable exclusivamente a Betancourt Parra".

1.15. En el evento cuestionado la voluntad desarrollada por Betancourt Parra en ningún momento se nutrió del conocimiento sobre las consecuencias que se derivan de su acción homicida por cuanto las facultades mentales del autor material siempre estuvieron inhibidas por lo súbito o imprevisto de la reacción. Seguramente la ausencia de intención dolosa en el comportamiento del procesado incidió para que ninguno de los sujetos procesales señalaran este elemento, desprendiéndose de allí la idea de que si dicho fenómeno se sustraía del análisis jurídico, de ninguna manera el juzgador podía hacer abstracción de este aspecto negativo para considerarlo como elemento esencial de la sentencia. La ausencia de dolo campea a través de las pruebas testimoniales recaudadas, luego fue la "carencia de todo conocimiento o conciencia así como de la voluntad específica encaminada a causar la muerte del infortunado Alexander Rubiano Fajardo el factor determinante de la conducta desarrollada'.

1.16. El comportamiento de Betancourt puede ser considerado "como tendiente a causar en forma indeterminada bien la muerte de una persona o bien las lesiones de otras". Este aspecto se demuestra si se tiene en cuenta que de acuerdo con la realidad procesal, con una misma arma de fuego y percutida por el mismo autor se causó la muerte a Rubiano, y según el fallador lesiones personales a Ana Belén Fonseca y homicidio tentado a Luis Alejandro Fonseca, además de que se involucra el delito de porte de armas por cuanto el procesado efectivamente tenía permiso de tenencia más no de porte. "Esta calificación de los hechos punibles repugna a la lógica y es contraria a la más sana hermenéutica jurídica, ya que la intencionalidad o propósito no se puede fraccionar en una doble dirección: causar la muerte a uno -Alexánder Rubiano Fajardo- y heridas a otros".

1.17. Termina diciendo que a la luz de la realidad procesal, "sólo existe plenamente demostrado el aspecto típico y antijurídico consistente en la materialización del delito de homicidio", siendo el autor del mismo el procesado. La culpabilidad a título de dolo no existió en el caso cuestionado, y por tanto se carece del elemento subjetivo de la responsabilidad como requisito de toda sentencia condenatoria. En consecuencia, el procesado 'se halla amparado por las circunstancias o causales de inculpabilidad que ya he reseñado".

Solicita a la Corte se case la sentencia impugnada y, en aras de la reparación de los agravios infringidos al procesado, se le otorgue la libertad.

2. Segundo cargo: acusa "nulidad supralegal e irregularidad sustancial que afectó el debido proceso... toda vez que el *ad quem* no podía modificar la calificación definitiva, la cual a su vez había sido proferida por el Juez de primer grado". Argumenta de la siguiente manera:

2.1. El fallador de la primera instancia dosificó la pena correspondiente al autor de los hechos en treinta años, teniendo en cuenta únicamente los delitos de homicidio perfecto en Alexander Rubiano e imperfecto en Ana Belén Fonseca. El *ad quem*, con base en las pruebas que le habían servido para dictar sentencia condenatoria y sin que se hubieran allegado otras en la etapa probatoria del juicio, decidió en forma ilegal modificar la adecuación típica del punible, haciéndolo, por una parte, mas gravoso y, por otra, preterm itiendo el derecho de defensa. Con base en dicha decisión modificó el *quantum* de la pena principal, "acoplándola a veinticinco años de prisión, pero en compensación se le adicionó con varios tipos penales que corresponden a un *nomen juris* diverso, como eran los delitos de lesiones personales en Ana Belén Fonseca en vez del de tentativa de Homicidio; porte ilegal de armas de fuego; y homicidio en el grado de tentativa en Luis Alejandro Fonseca".

2.2. De acuerdo con los artículos 501 y 533, inciso segundo, del código de procedimiento penal anterior, el Juez de primera instancia estaba autorizado para variar la adecuación típica del hecho punible siempre que en la etapa del juicio o en la audiencia pública sobrevinieren pruebas que hicieran variar los hechos existentes. Sin embargo, al quedar abolida esta disposición en el nuevo código, ni al Juez de primera o segunda se les ha atribuido facultades modificadoras o de variación. La razón es obvia, pues "solamente a través de la resolución de acusación se le puede formular pliego de cargos a la persona que ha delinquido". Por lo tanto, es inaceptable que "el fallador de segunda instancia adicione con nuevas acusaciones la sentencia y si en virtud del recurso de apelación las partes no suscitaron cuestionamiento alguno al respecto, ni aún las posibles modificaciones fueron objeto de controversia o debate procesal en la audiencia pública, al juez de segundo grado o *ad quem* no le estaba permitido sino revisar únicamente los aspectos impugnados tal como lo establece el artículo 217 del actual código de procedimiento penal". Concluye de aquí el impugnante que es manifiesta la violación por parte del fallador de la norma citada, pues "en el caso cuestionado el legislador fue sabio al limitar los alcances de la funcionalidad misma de los Jueces cuando establece taxativamente la corrección de los errores *in procedendo* o bien produce *ipso facto* la invalidación de las actuaciones que tengan vicios de carácter trascendente".

2.3. De lo anterior deduce la forma como el fallador incurrió en "la violación flagrante de la ley sustancial ya que por ser de entidad supralegal la irregularidad anotada realmente afectó el debido proceso y el principio de contradicción y publicidad de las pruebas que le servían de base. Es de recor-

dar que el carácter de provisional que sustenta la resolución de acusación cesa con la sentencia con la cual se finiquita la instancia, excepto que se haya recurrido y en tal evento se resuelva en forma totalmente adversa".

2.4. La índole definitiva de la sentencia hace que el *ad quem* carezca de la función específica de hacer adiciones o modificaciones sobre tópicos o situaciones jurídicas que no fueron objeto de impugnación; es necesario que toda modificación que se introduzca al proceso sea discutida con el sindicado y su defensor con la debida amplitud y mediante el correspondiente debate. Sólo de esa manera no resultan sorpresivas ni secretas las actuaciones procesales que en favor o en contra del procesado se ventilen, pues la ley exige la aducción en tiempo oportuno y mediante los requisitos formales. En el caso cuestionado el procesado "se vio avocado a una decisión que para él y su defensor fue sorpresiva y sin oportunidad alguna para objetarla. Por lo tanto, es el momento oportuno para invocarla a través de este recurso extraordinario de casación, pues, a no dudarlo, con las modificaciones introducidas por el fallador se socavaron las bases de todo juzgamiento que se le siguió a Fernando Betancourt Parra". Así, se le desconocieron las garantías esenciales que tanto la Constitución en su artículo 29, como la ley procedimental, le brindan y le otorgan, en salvaguardia del debido proceso y el derecho a la defensa.

2.5. El sentido de la violación aparece, si se tiene en cuenta que la modificación o adición a la sentencia era inoportuna, dada su ilegalidad y extemporaneidad. Si real y efectivamente el procesado a través de la sentencia pronunciada ya había sido vencido en juicio no existía razón jurídica para que se ventilaran nuevas investigaciones "respecto de las cuales servían de fundamento las que ya habían sido objeto de la debida confrontación jurídica pero que no obstante requerían una nueva etapa investigativa. Peor aún, si se rompía en forma grave e irregular la unidad procesal".

2.6. Otra "irregularidad protuberante y manifiesta que tuvo incidencia en la afectación del debido proceso se refiere a la forma como el fallador desbordó con la decisión de reforma de la sentencia de primera instancia todo el sistema probatorio, cuyos alcances como juez de segunda instancia se hallaban limitados o circunscritos a resolver sólo el recurso incoado".

La incidencia o trascendencia de la irregularidad sustancial que se patentiza en la sentencia, radica en el desconocimiento del fallador de las bases fundamentales de la instrucción y el juzgamiento, pues al hacer un nuevo pronunciamiento en el sentido de llevar a cabo una nueva investigación seguida por distinta cuerda, no puede desconocer la ausencia de toda controversia con una clara violación del derecho de contradicción. De otra parte, el derecho a la defensa ha quedado cercenado pues dado lo sorpresivo e inusual de la decisión, el procesado necesariamente queda sin la oportunidad para ejercer el derecho a la defensa técnica.

2.7. Situación distinta se hubiera presentado si el fallador lejos de modificar la sentencia de primer grado la acoge sin reserva alguna. En tal evento el

debido proceso hubiera tenido cauce justo y equilibrado para las partes, pues la situación jurídica del procesado no se hubiera afectado o agravado por el advenimiento de nuevos cargos que tenían su origen en un mismo hecho o actividad sicofísica. Está demostrada la existencia de una irregularidad sustancial, ya que con el error in procedendo alegado, se alteró la estructura del proceso y de contera el derecho a la defensa aunque este no se refiera al punto central de la impugnación.

2.8. El perjuicio protuberante resulta inexorablemente de la errada decisión del fallador con referencia exclusiva a la situación jurídica del procesado. "De ahí se deriva el persistente criterio de que con la irregular modificación y adición de nuevos tipos penales se han vulnerado no sólo las garantías supralegales consagradas en el artículo 29 de la Constitución, sino las legales de que trata el art. 304, numeral segundo, del C.P.P.".

2. 9. Aceptando el error *in procedendo* "que afecta la estructura exterior de la relación procesal de mérito, y por considerar además que existen expresos motivos de invalidez, se impone la anulación total de la sentencia acusada". Por tanto, debe ser casada y como consecuencia directa de tal decisión procede la libertad al procesado. Sólo así se logra la defensa de la ley sustancial, la reparación de los agravios inferidos por el fallador de instancia y la unificación de la jurisprudencia nacional.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

La demanda que se analiza es rechazada por las siguientes razones:

1. En cuanto al primer cargo.

1.1. *La violación indirecta de la ley sustancial tiene ocurrencia cuando se deja de aplicar o se aplica indebidamente por error en la apreciación probatoria, que puede ser de hecho o de derecho; en el primero, por falso juicio de existencia (suponer o ignorar una prueba) o por falso juicio de identidad (distorsionar su sentido objetivo); y en el segundo, por falso juicio de legalidad (estimar una prueba ilegalmente allegada), o por falso juicio de convicción, (no otorgarle a la prueba el valor establecido por la ley).*

1.2. *Al recurrente le corresponde señalar con precisión la clase de error que aduce y demostrar su existencia y trascendencia, de modo que sea evidente que de no haber ocurrido el yerro, la decisión habría sido otra. En aras de esa claridad exigida por el numeral 3°, del artículo 225 del estatuto procesal, no puede alegar dentro del mismo cargo y respecto de la misma prueba equívocos de hecho y de derecho, ni simultáneamente las distintas modalidades de cada uno de ellos, pues dada su naturaleza son excluyentes y la fundamentación obedece a reglas diferentes.* En el libelo en estudio el actor enuncia violación indirecta de la ley sustancial y le atribuye al sentenciador haber incurrido en error de hecho por "falso juicio de existencia... al ignorar la existencia procesal de las pruebas testimoniales". Sin embargo, en el desarrollo del ataque, no obstante insistir en la ocurrencia del error enunciado, asevera que el fallador "hizo

una valoración equivocada de los testimonios', afirmación que es contradictoria con el reproche por falso juicio de existencia, pues es claro que con ello está aceptando que la prueba testimonial sí fue analizada. Siendo así, es ilógico que simultáneamente asevere que se omitió su apreciación.

Posteriormente, dentro de la misma argumentación, el censor pregona que el "error en la valoración de la prueba testimonial aparece latente en la sentencia impugnada y se hace todavía más notoria y manifiesta dicha falencia cuando el fallador de instancia le desconoce o le da un valor distinto a la prueba testimonial, desbordando así sus alcances como medio de convicción". Con esto, traslada el tema al ámbito del falso juicio de convicción, sin tener en cuenta que el código de procedimiento penal colombiano no acoge un sistema tarifario, sino el de la sana crítica en la apreciación de los medios de demostración (art. 254), los cuales deben ser valorados de conformidad con las reglas de este último. Tampoco es válido pretender que sea constitutiva de error, predicable en casación, la mera discrepancia con la estimación que de las pruebas haya realizado el juzgador.

1.3 Igualmente, afirma que los testimonios "solo se refieren a la ausencia total de toda intención o ánimo doloso" en la acción realizada por el procesado, y seguidamente afirma que tales testimonios "nada revelan" acerca de su culpabilidad. Así, muestra la falta de claridad de la argumentación.

1.4. El censor insiste en la no responsabilidad de su representado, porque "el aspecto esencial que corresponde a la culpabilidad a título de dolo no existió en el caso cuestionado". No obstante, afirma que "la acción imputable a Fernando Betancourt Parra...se configura dentro del típico dolo de ímpetu", de acuerdo con las pruebas testimoniales. Esta contradicción es francamente ostensible.

1.5 Frente a la casación, no basta afirmar que el procesado está amparado por la causal cuarta de inculpabilidad. Se impone demostrar el error en que pudo incurrir el fallador al no reconocerlo. Sin embargo, para tales efectos, el casacionista no hace ningún planteamiento atendible.

1.6. Como una más de las múltiples aseveraciones que mezcla en la sustentación, dice que "con una misma arma de fuego - revólver - y percutida por un mismo autor se causó la muerte a Rubiano Fajardo, y según el fallador, lesiones personales a una segunda - Ana Belén Fonseca- y homicidio tentado a una tercera, Luis Alejandro Fonseca. Además se involucra en el porte ilegal de armas...Esta calificación de los hechos punibles repugna a la lógica y es contraria a la sana hermenéutica jurídica, ya que la intencionalidad o propósito no se puede fraccionar en doble dirección: causar la muerte a uno Alexander Rubiano Fajardo - y heridas a otros".

Como se puede apreciar, la alegación transcrita no guarda relación con la violación indirecta de la ley sustancial enunciada, y ni siquiera con la realidad procesal, pues la sentencia de primera instancia fue anulada en lo tocante a la tentativa de homicidio, y nada dijo respecto al atentado contra la vida de

Luis Alejandro Fonseca. De ahí el que se hubiera compulsado copias. Además, se desconoce por qué le parece ilógico que una persona pueda ser autor de varios delitos ejecutados simultáneamente con distinta intencionalidad.

En síntesis, con claridad se advierte que la defensa no pudo concretar ninguno de los errores de los demandables en casación. Mas bien se dedica a hacer afirmaciones genéricas.

2. En cuanto al segundo cargo: pretende el censor que se declare "la anulación total de la sentencia acusada", en razón a que el Tribunal "no podía modificar la calificación dada por el *a quo* a los punibles investigados".

SE LE RESPONDE:

2.1. La decisión que tomó el *ad quem* fue la de confirmar la sentencia por homicidio, y declarar la nulidad parcial de lo actuado a partir del cierre de la investigación, inclusive, respecto a la tentativa de homicidio en Ana Belén Fonseca por error en la denominación jurídica. Esto pone de presente que el demandante parte de un supuesto procesal equivocado.

2.2. Lo impugnable en casación es la sentencia de segunda instancia y no una declaratoria de nulidad. Desde este punto de vista, el cargo y su fundamentación debían estar orientados a demostrar un error *in procedendo* trascendente respecto de la decisión de condena, y no reducirse a una crítica contra la determinación de estimar erróneamente calificado el proceso en cuanto a la denominación de la tentativa de homicidio, pues sobre ese punto no hubo fallo. Lo dispuesto por el *ad quem* fue retrotraer la actuación hasta antes del cierre para que fuera reiniciada.

2.3. El libelista se concentra en cuestionar las facultades del Tribunal para invalidar parcialmente el proceso y somete su afirmación a la Corte, como si respecto de ese pronunciamiento ésta actuara a título de Tribunal de segunda instancia. Al olvidar que el objeto del recurso de casación es la sentencia, asume que contra esta no hay ningún cargo que deba ser resuelto por fallo de casación.

2.4. Si la inconformidad se hubiera referido a que el rompimiento de la unidad procesal afectaba garantías del acusado, con trascendencia invalidante para el trámite que culminó con la condena, su estudio hubiera sido viable, pero obviamente para ello se requería la formulación correcta del reproche y los argumentos claros y precisos tendientes a su demostración.

Como la Corte no podría pronunciarse de fondo por falta de una censura acorde con los fines para los cuales está establecido este recurso extraordinario, la demanda, como se dijo, se rechazará *in limine*.

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

RESUELVE:

Rechazar la demanda de casación presentada por el defensor del procesado Fernando Betancourt Parra, y en consecuencia declarar desierto el recurso interpuesto.

Este auto no es impugnable en virtud a lo dispuesto en el artículo 197 del código de procedimiento penal.

Comuníquese y cúmplase.

Jorge Aníbal Gómez Gallego, Fernando E. Arboleda Ripoll, Jorge E. Córdoba Poveda, Carlos A. Gálvez Argote, Edgar Lombana Trujillo, Mario Mantilla Nougués, Carlos E. Mejía Escobar, Alvaro Orlando Pérez Pinzón, Nilson Pinilla Pinilla.

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

NOTIFICACION PERSONAL/TERMINACION ANTICIPADA DEL PROCESO/SENTENCIA ANTICIPADA

Resulta oportuno recordar que el criterio de la Sala en torno a la interpretación del artículo 190 Ibidem expuesto en el fallo de tutela que citan demandante y Delegado, fue reiterado en sentencia de casación del 15 de octubre de 1998, con ponencia del Magistrado, Dr. Ricardo Calvete Rangel de la siguiente manera:

"Razón le asiste al Ministerio Público en cuanto no comparte el criterio del libelista, cuando sostiene que 'ha debido intentarse la notificación personal a los acusados...tal como lo dispone el artículo 190...' pues la citación mediante telegrama de que trata dicha norma (subrogada por el artículo 25 de la Ley 81 de 1993) solo es exigible cuando se trate de notificaciones que por ley deben hacerse personalmente.

Sobre el particular la Corte ha sostenido:

'No obstante que de la lectura del original artículo 190 del Código de Procedimiento Penal podría inferirse que, en principio, todas las notificaciones tienen que hacerse de manera personal, la verdad es que esta interpretación no es exacta, pues de serlo, sobrarían las disposiciones del mismo estatuto en relación concreta con algunas providencias... y también con referencia a algunos sujetos procesales (C.P.P. art. 188) ordena que la notificación tenga que ser forzosamente personal. Si la regla general fuera esta última, repítese, el legislador no hubiera estado reiterándola en algunos casos particulares.

Partiendo de esta inicial premisa hay que entender que el artículo 25 de la citada Ley 81 se refiere exclusivamente a las providencias que por mandato legal expreso deben ser notificadas personalmente, y no a aquellas otras que por voluntad del legislador se notifican por estado o por edicto. Así se desprende con claridad de la primera parte de su texto: 'cuando no fuese posible la notificación personal...', pues este presupone necesariamente, que la ley ha ordenado que la notificación sea personal y que no obstante ello no resulte posible hacer este enteramiento personal. En estos casos y solo en ellos, es cuando se impone la obligación de realizar la diligencia de citación mediante telegrama dirigido a la direc-

ción registrada en el expediente'. (Sentencia tutela No. 29/94. M.P., Dr. Guillermo Duque Ruiz).

En el caso que nos ocupa, no se trata de un auto que necesariamente, deba ser notificado de manera personal, además los procesados no se encontraban privados de la libertad..." (Rad. 10.796).

No se puede perder de vista que si bien la sentencia anticipada, implica de un lado economía procesal y evita al Estado desgaste inoficioso en la investigación del delito y sanción de sus responsables, concediéndole rebajas punitivas a quien decide no esperar a que se agote el proceso por el trámite ordinario, la aprobación de la aceptación de cargos que se hace con tal fin está condicionada al respeto de las garantías fundamentales (art. 37, inc. 3 C.P.P.), pues el allanamiento del procesado a los cargos formulados, por sí solo no tiene la virtualidad de sanear, como en este caso, la ausencia total de defensa, pues se trata de un agravio a la legalidad y legitimidad del proceso, que en razón del principio de protección no se puede convalidar ni siquiera por la afectada o que hubiere dado lugar a ella (art. 308.3 C.P.P.).

Corte Suprema de Justicia. - Sala de Casación Penal. - Santa Fe de Bogotá, D.C., once de agosto de mil novecientos noventa y nueve.

Magistrado Ponente: Dr. *Carlos Augusto Gálvez Argote,*

Aprobado Acta No. 118 Proceso No. 10666

Previo el trámite de la sentencia anticipada, el Juzgado 42 Penal del Circuito de Santa Fe de Bogotá, condenó a Jesús Enrique González Silva , Duván Fernando Medina Lozano y Cristina Bedoya Galindo a la pena principal de 28 meses de prisión el primero, y 35 los dos últimos, a la accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas por el mismo lapso de la sanción privativa de la libertad, les negó el subrogado de la condena de ejecución condicional y se abstuvo de condenarlos en perjuicios como coautores del delito de hurto calificado y agravado en concurso con el de porte ilegal de arma para la defensa personal, al tiempo que negó una nulidad deprecada por el defensor de González Silva y dispuso el decomiso del revólver Smith & Wesson calibre 38, identificado con el número interno 96.667.

Apelado el fallo anterior por los procesados Cristina Bedoya y Duván Fernando Medina, el defensor de González Silva y el Procurador Judicial No. 17, mediante sentencia del 6 de febrero de 1.995 fue modificado por el Tribunal Superior de esta capital, en el sentido de incrementar a 35 meses la pena principal de prisión impuesta a Luis Enrique González, revocando lo pertinente a la acción indemnizatoria para en su lugar condenar a los sindicados al pago de 200 gramos oro a título de perjuicios morales.

Contra la anterior sentencia, el defensor de Jorge Enrique González Silva interpuso el recurso extraordinario de casación que ahora se resuelve.

HECHOS Y ACTUACIONES PROCESALES

Ocurrieron hacia las ocho y treinta de la noche del 26 de enero de 1.994 en el barrio Guacamayas de esta ciudad, cuando el menor de edad Julio César Galindo se dirigía a su casa luego de visitar a una amiga, siendo abordado por dos hombres y una mujer quienes lo intimidaron con un revólver y una navaja para que se despojara de la chaqueta que llevaba puesta, pero como éste opusiera resistencia fue golpeado en la cabeza con el arma de fuego, causándole una lesión cuya incapacidad no fue determinada en el proceso, logrando huir cuando el otro individuo intentara agredirlo con la navaja.

Así, y luego de que el menor Julio César se dirigiera a su casa en busca de ayuda, sin encontrar a su hermano, se fue al parque del barrio, siendo acompañado por Héctor Ramírez López y César Esteban López Ruiz, también menores de edad, a la Subestación de dicho barrio a poner en conocimiento de las autoridades lo ocurrido, por lo que los agentes Hernán Munevar Benavides y Jimmy Villalba Bogotá salieron en búsqueda de los autores del hecho, los que, una vez percibidos por la víctima a la altura de la calle 38 sur con carrera 1B emprendieron la huida, habiendo disparado contra la autoridad cuando ésta se encontraba próxima a su alcance, causándole heridas en cada una de sus piernas al agente Villalba Bogotá. En ese momento, los sujetos soltaron la chaqueta hurtada, logrando evadir la captura.

Sin embargo, aproximadamente a las once de la noche, cuando ya se había trasladado al agente herido al Hospital de la Policía y los menores se encontraban de nuevo en la Subestación, apareció María Cristina Bedoya manifestando que la acababan de atracar y que se disponía a indagar por sus autores, actitud que le resultó sospechosa a los agentes por cuanto para ese momento no se hallaba ningún aprehendido en ese lugar procediendo a interrogarla, pero como esta fuera señalada por los menores como la mujer que acompañaba a los individuos que atacaron a Julio César y presentara serias contradicciones en sus respuestas le solicitaron que los llevara al lugar donde residía para confirmar sus datos, habiéndose negado a ello hasta más tarde cuando se presentó la señora María de Jesús Vargas en compañía de su hija Marisol Moyano, aduciendo ser tía y prima, respectivamente, de la mujer que allí se encontraba "retenida", las cuales al ser interrogadas tampoco coincidieron con los datos suministrados por aquella, negándose insistentemente a suministrar la dirección de su lugar de habitación, no obstante que finalmente Cristina accedió, pero cuando llegaron a la calle 33 No. 7-71 dijo que las llaves se las había entregado a la señora María de Jesús, por lo que se devolvieron, sosteniendo aquella que las había perdido pero que iría al barrio las Malvinas a traerlas.

Durante ese lapso, y por precaución, los agentes Munevar y Cuervo se fueron a vigilar la dirección antes mencionada, encontrando a un sujeto que golpeaba en esa residencia y a otro, sentado en la casa siguiente, los cuales coincidían con las características suministradas por el menor víctima del hurto, siendo interrogados en el instante, sin que pudieran explicar satis-

factoriamente su presencia en ese lugar, razón por la cual fueron conducidos a la Subestación por el agente Cuervo.

Entre tanto, el agente Muncvar comunicó que las dos mujeres (tía y prima de Cristina) se presentaron a la misma casa acompañadas de un sujeto que dijo ser el esposo de la primera, trasladándose allí nuevamente el agente Cuervo, situación ante la cual la señora María de Jesús decidió manifestar que no era familiar de Cristina, sino una amiga y que ésta le había pedido el favor que entrara y sacara toda la ropa que se hallaba encima de su cama y un revólver que estaba debajo del colchón y los botara.

Ya con autorización de la dueña de la residencia, ingresaron los agentes encontrando en la habitación donde residía Cristina, dos pantalones de jean color negro y vinotinto, dos camisas, una amarilla y la otra de rayas rojas, un par de botas para hombre de cuero café, y efectivamente debajo del colchón un revólver calibre 38 Largo, pavonado, de cachas de madera, No. 2D27630 con un cartucho en el interior del tambor y "señales de pólvora en tambor y cañón", tres navajas y dos chacos, prendas que fueron reconocidas por el menor como las que vestían los individuos que en compañía de la mujer, le habían hurtado la chaqueta y golpeado.

Rendido el respectivo informe policivo por el Comandante de la Subestación de Guacamayas, Estación de San Cristóbal Sur, con el que igualmente se pusieron a disposición de la Fiscalía General de la Nación a los individuos aprehendidos, esto es, a Cristina Bedoya, Duván Medina Lozano y a Jesús Enrique González Silva, al igual que los elementos incautados, por resolución del 28 de enero de 1994 la Fiscalía Seccional No. 240 de la Unidad de Delitos Varios abrió formalmente la investigación vinculando mediante indagatoria a los capturados, siendo asistidos los dos últimos por defensores de oficio designados por la autoridad investigadora, mientras que la mujer lo fue por el abogado que ella designó.

Posteriormente, y una vez escuchadas las declaraciones de la víctima y quienes lo acompañaron la noche de los hechos a denunciarlos ante la autoridad, en diligencia de reconocimiento en fila de personas, los menores Héctor Ramiro López Arévalo y Julio César Galindo Medina, reconocieron a Duván Fernando Medina Lozano y a Jesús Enrique González Silva, siendo asistidos conjuntamente por la defensora de oficio designada en la indagatoria para representar los intereses del primero, en tanto que Cristina Bedoya contó con la presencia de su apoderado de confianza.

Así, por resolución del 4 de febrero de 1994 se les definió la situación jurídica, siendo afectados los tres sindicados con medida de aseguramiento de detención preventiva, sin excarcelación, como coautores de los delitos de hurto calificado y agravado y porte ilegal de armas para la defensa personal, en concurso, decisión que fue recurrida en apelación por el defensor designado en esa misma fecha por Duván Medina, la cual recibió confirmación de la Fiscalía Delegada ante los Tribunales Superiores de Santa Fe de Bogotá y Cundinamarca, el 14 de marzo siguiente.

Perfeccionada en lo posible la investigación, el 27 de abril de ese mismo año se decretó su cierre, proveído contra el cual el defensor de Cristina Bedoya interpuso recurso de reposición, que fue resuelto desfavorablemente por resolución del 19 de mayo.

Entre tanto, Jorge Enrique González Silva le confirió poder a un abogado de la Defensoría Pública, el cual fue allegado al proceso el 18 de mayo junto con un escrito en el que dicho profesional solicitaba su inmediato reconocimiento como tal y la expedición de copias del proceso, siéndole ello resuelto el día 27 siguiente.

Vencido el término para alegar de conclusión, esto es, el 17 de junio, el procesado González Silva manifestó su deseo de acogerse a la sentencia anticipada, solicitud que por resolución del 22 de junio el Fiscal se abstuvo de darle trámite por haberse hecho después de decretado el cierre de la investigación y antes de calificar el sumario, procediéndose efectivamente a ello el 24 de junio siguiente profiriendo resolución acusatoria en contra de los tres incriminados por los mismos delitos imputados al definírseles la situación jurídica, proveído contra el que los defensores de Cristina Bedoya y Duván Medina interpusieron recurso de apelación, mientras que el defensor público de Jesús Enrique González Silva deprecó la nulidad por considerar que al no habérsele notificado a él personalmente del cierre de la investigación se presentaba una irregularidad sustancial en detrimento del debido proceso y del derecho de defensa, pretensión que le fue negada el 8 de agosto de 1994, fecha en la que igualmente fue concedida la apelación a favor de Cristina Bedoya y aceptada la "renuncia" a dicha impugnación por parte del nuevo defensor que en ese momento procesal designó Medina Lozano, habiéndose desatado la segunda instancia el 30 de agosto del mismo año confirmando la acusación.

Entre tanto, y como el defensor de González Silva interpusiera los recursos de reposición y apelación contra el proveído del 8 de agosto que negó la nulidad incoada, siendo resuelto desfavorablemente el primero por el *a quo* mediante resolución del 31 de agosto del mismo año, la Fiscalía Delegada ante los Tribunales de Santa Fe de Bogotá, D.C. y Cundinamarca por auto del 22 de septiembre se abstuvo de desatar la alzada por considerar que "las decisiones que adoptó el funcionario *a quo* mientras se encontraba interrumpida su competencia no producen efecto alguno", pues para entonces se encontraba pendiente la segunda instancia de la resolución de acusación, por manera que cuando se decidió la reposición de la negativa de la nulidad y se concedió la apelación, ya se encontraba ejecutoriado el pliego de cargos, precisando, además, que "... en caso de haberse visto vulnerado el debido proceso le corresponde al Juez que adquirió competencia desde la ejecutoria de la pieza acusatoria, pronunciarse al respecto".

Remitido el proceso a los Juzgados Penales del Circuito, le correspondió al 42 de dicha categoría, funcionario que por auto del 13 de octubre avocó el conocimiento y señaló fecha para llevar a cabo diligencia de formulación de cargos para sentencia anticipada, conforme a la solicitud elevada por Jesús

Enrique González Galindo, dándose inicio a la misma el 21 del mismo mes, en la que, luego de que el Fiscal le explicara a dicho procesado las consecuencias procesales de su aceptación de los cargos manifestó: "... me acojo a la sentencia anticipada pero pido primero que se resuelva la nulidad que va a pedir mi defensor", quien en el uso de la palabra concedida por el Juez, insistió en que se resolviera la nulidad que había solicitado con posterioridad al calificatorio por indebida notificación del cierre de la investigación por cuanto, "...como defensor público no podría admitir que se siga un proceso en donde considero yo se ha violado no solamente el debido proceso sino el derecho de defensa, y en segundo lugar, aspiro también y de acuerdo a lo que se presente en la etapa del sumario a solicitar a que se de cumplimiento a la sentencia anticipada por cuanto de conformidad con el art. 37 del ritual es obligación perentoria disminuir la tercera parte de la pena...", frente a lo que el Juez ordenó "...tener lo peticionado para ser resuelto al momento en que venza el traslado que actualmente transcurre -refiriéndose al del artículo 446 del Código de Procedimiento Penal-, en razón a que allí mismo se dejó en claro que ese traslado incluía 'solicitar las nulidades que se hayan originado en la etapa de instrucción que no se hayan resuelto', aspecto que se dejó en claro porque este juzgador ya había avisorado que al concluir dicho traslado debía hacer pronunciamiento sobre la situación planteada..." , procediendo de inmediato el Representante del Ministerio Público que asistió a dicha diligencia, a solicitarle al Juez que aclarara la determinación que acababa de tomar para resolver la inquietud del procesado, "...pues dicha providencia no tiene motivación explícita y es ambigua porque no sabemos en qué sentido hace esa declaración, si para aceptarla, para rechazarla o para posponer la decisión sobre la sentencia anticipada", considerando el juzgador, por su parte, que como la finalidad de la sentencia anticipada es la de evitar desgastes en la administración de justicia, "...Salvo que el defensor reitere su petición de nulidad de la sentencia anticipada se declara definida como quedó claro como presentada dentro de la etapa de instrucción, de tal suerte que si la nulidad llega a ser resuelta desfavorablemente deberá elevarse nueva solicitud de sentencia anticipada ya que para ello no existe límite en el artículo 37 del C. P. P., como sí lo existe para la audiencia especial donde se establece que 'solo' podrá disponerse por una sola vez", corriéndole de ello traslado al procesado para que manifestara si aún continuaba vigente su voluntad de acogerse a la sentencia anticipada, situación que éste, según la constancia dejada en el acta respectiva, consultó por largo rato con su defensor, explicándosele nuevamente y a petición del Ministerio Público, los beneficios de la misma, para manifestar finalmente que "...Yo, me acojo a la sentencia anticipada, me acojo a que yo cometí los cargos que robé al señor y de lo que soy acusado del porte ilegal de armas, que yo me robé una chaqueta...".

En estas condiciones, el Ministerio Público le solicitó al Juez que se interrogara nuevamente al procesado sobre las circunstancias modales en que ocurrió el hecho debido a que durante el curso de la diligencia éste había manifestado que no era uno de sus autores y en otras que sí, a efectos de establecer "si la aceptación en realidad obedece a que él es sujeto activo del

delito y no porque busque beneficios legales sin ser realmente el responsable...", procediéndose entonces a preguntarle al incriminado que manifestara en forma clara y pormenorizada "...cómo, cuándo, con quién o quiénes es que dice haber cometido un delito...", respondiendo éste de inmediato que con Duván Medina, con un revólver que él no cargaba "cogimos a un señor y lo robamos de ocho y media a nueve de la noche, le quitamos la chaqueta y de ahí nos dirigimos yo no distingo el lugar donde estábamos, no distingo el lugar donde viven ellos, no distingo el lugar ahí donde encontraron el revólver, al señor le quitamos la chaqueta, yo se la quité y aquél (sic) estaba cogiendo el arma y apuntándole y de ahí nos dirigimos allá a la casa donde encontraron eso el revólver y de ahí la policía nos detuvo. Lo que ocurrió fue eso...".

De ese comportamiento del procesado, al igual que su actitud al responder -"con cierta sonrisa"- dedujo el Juez que podía continuar con la diligencia, preguntándole al defensor si estaba de acuerdo o, si por el contrario, insistía en que se resolviera su petición de nulidad, habiendo éste intervenido de la siguiente manera:

"Este es un caso señor Juez muy difícil, *sui generis*, tengo muchas dudas y por ello le suplico suspender la diligencia y fijarla para el día que usted estime conveniente, entre otras cosas porque son las doce del día y necesito estudiar con detenimiento este aspecto porque me mueve la duda de que el procesado parece en veces aceptar los cargos y otras veces no, además, de conformidad con lo dispuesto con el art. 37 y respetando la petición del Ministerio Público y para quitarnos toda duda al respecto, el art. 37 dice, comillas los cargos formulados y su aceptación por parte del procesado. En consecuencia para aclarar esta acta de sentencia anticipada, yo le pido al señor Juez que le lean en orden cada cargo y le pregunte si lo acepta o no, tal como lo ordena el art. 37 ritual, de esta manera creo que se resuelve la duda que tengo y creo todos los presentes la tenemos", procediendo el Juez a suspender la diligencia.

Posteriormente, el defensor de Cristina Bedoya Galindo deprecó también sentencia anticipada en su nombre, así como el deseo de indemnizar a la víctima, como igualmente lo hizo directamente el procesado Duván Fernando Medina Lozano, además de solicitar ampliación de indagatoria.

Así, el 3 de noviembre de 1994 se continuó la diligencia de formulación de cargos con el procesado González Silva y se dio inicio a la deprecada por Cristina Bedoya, quienes luego de leídos los cargos contenidos en la resolución acusatoria, manifestaron por separado que los aceptaban, sin que fuese posible ese día cumplir el mismo cometido con Duván Medina porque no fue remitido del centro de reclusión en el que se hallaba interno.

De esta manera, el 9 de noviembre siguiente se escuchó en ampliación de indagatoria a Duván Medina Lozano, diligencia en la que manifestó ser ajeno a los hechos investigados, no obstante que en la misma fecha, aceptó los cargos imputados en la acusación.

Contra la sentencia aprobatoria del acuerdo y mediante la que fueron condenados, los procesados Duván Medina Lozano, Cristina Bedoya, el defensor público de González Silva y el Ministerio Público interpusieron recurso de apelación, habiendo recibido confirmación del Tribunal con las modificaciones señaladas en precedencia.

La Demanda

Al amparo de la causal tercera de casación, en el único cargo que propone el defensor del procesado, acusa el fallo de segunda instancia de haberse dictado en un juicio viciado de nulidad, de conformidad con lo dispuesto en los numerales 2° y 3° del artículo 304 del Código de Procedimiento Penal.

Para el casacionista, entonces, el Tribunal vulneró el debido proceso y el derecho a la defensa de González Silva al aumentarle de 28 a 35 meses la pena de prisión, pues de haber observado las normas procesales hubiera confirmado el fallo de primera instancia, como quiera que no es cierto, como lo afirma el *ad quem*, que la solicitud que en tal sentido elevó el acusado fue posterior a la ejecutoria de la resolución de cierre de la investigación, "por cuanto si se hubiera subsanado la notificación del cierre de la investigación, notificando personalmente al defensor, tal como se solicitó, este hubiera podido solicitar la sentencia anticipada oportunamente antes de la ejecutoria del cierre de la investigación, o se hubiera también accedido a la petición que el mismo defendido hizo de esta sentencia anticipada, con el objeto de que se le rebaje la tercera parte, que el Tribunal le negó y en cambio el juez de primera instancia se lo aceptó...".

Explica al respecto, que el 17 de junio de 1994, el procesado elevó solicitud de sentencia anticipada que fue recibida en la Fiscalía el día 20 del mismo mes, absteniéndose, por resolución del 22 siguiente, de darle trámite porque ya se había proferido el cierre de la investigación, cuando si bien tal proveído data del 27 de abril, se notificó por estado el 5 de mayo sin que previamente se notificara personalmente al defensor que lo precedía en sus funciones respecto de González Silva, como perentoriamente lo exige el artículo 190 del Código de Procedimiento Penal a fin de preservar el derecho de defensa y el debido proceso, lo que no hizo la Fiscalía respecto del defensor de oficio que se le nombró al procesado no para todo el proceso, sino "única y exclusivamente para la indagatoria".

Además, enfatiza, no hubo defensa técnica durante la etapa del sumario, pues el procesado no tuvo "una asistencia mínima del defensor de oficio y por esta razón acudió a la Defensoría del Pueblo", cuyo defensor público ingresó al proceso cuando ya se había decretado el cierre de la investigación y se le había notificado a las demás partes "y ya no había chance para solicitar su reposición", ni la "gracia" de la sentencia anticipada con la posibilidad de obtener la rebaja de la tercera parte de la pena, que "es el fundamento de esta demanda de casación que tiene como finalidad o alcance, tan solo solicitar la rebaja de siete meses que el Tribunal aumentó revocando en este aspecto la sentencia del *a quo*".

.Recuerda también que esta irregularidad que ahora denuncia fue su primera intervención ante la Fiscalía, obteniendo como respuesta que la notificación por estado subsanaba las que no se pudieron hacer personalmente, argumento que califica de absurdo por cuanto para el momento en que empezó a actuar dicho proveído ya había cobrado ejecutoria, siendo por esa razón, necesario, dice, que se le notificara personalmente a fin de permitirle ejercer los recursos de ley.

Y aunque insistió constantemente en que se decretara la nulidad que ahora invoca, advirtiendo incluso la posibilidad de recurrir en casación por el mismo aspecto como lo hizo al apelar la decisión de la Fiscalía que le negó una tal pretensión, sin que se pudiese desatar la segunda instancia por haber cobrado ejecutoria el pliego de cargos, en la diligencia de sentencia anticipada reiteró su posición, únicamente con el fin de preservar las garantías procesales del acusado, pero como el Juez admitió la posibilidad de reconocerle a González Silva la rebaja de una tercera parte, la aceptó como defensor, y así, efectivamente, como en el fallo de primera instancia la disminución punitiva fue en tal proporción, el juzgado se abstuvo de decretar la nulidad incoada por este motivo y por esa razón, dice, no insistió en tal solicitud, pues quedaron satisfechas sus aspiraciones.

Sin embargo, afirma, que se vio sorprendido con la apelación interpuesta por el Ministerio Público contra el fallo de primera instancia, puesto que precisamente se oponía a que la rebaja fuera de la tercera parte de la pena, actitud que tacha de desleal porque este sujeto procesal estuvo presente en la diligencia de formulación de cargos y conocía la posición que el Juez expuso allí sobre el tema, situaciones que no fueron tenidas en cuenta por el Tribunal para negar el descuento punitivo en este *quantum*.

A continuación, sostiene el demandante que en el presente asunto se dan los presupuestos para deprecar la invalidación de lo actuado por indebida notificación del cierre de la investigación como lo sostuvo la Sala por vía de tutela al interpretar el artículo 190 del código de Procedimiento Penal, en cuanto a la exigencia de cumplir con la citación mediante telegrama para que los sujetos procesales se notifiquen personalmente..

A partir de los requisitos previstos en el artículo 308 *ibidem* para la declaratoria de nulidades, reitera lo expuesto en precedencia, enfatizando que la irregularidad que alega no es imputable a los defensores de oficio y público que tuvo el procesado por cuanto a ninguno de ellos se le notificó personal mente el cierre de la investigación y por esa razón se impidió que la sentencia anticipada se hubiera solicitado antes de que cobrara ejecutoria la clausura investigativa a efectos de obtener un descuento punitivo de la tercera parte.

Solicita, por tanto, que se decrete la nulidad de lo actuado a partir de la notificación de la resolución que declaró cerrada la investigación, y subsidiariamente, dice, "solicito al menos que se decrete la nulidad parcial de la sentencia de segunda instancia" en lo que tiene que ver con el incremento punitivo de que hizo objeto al procesado al aumentarle la pena de 28 a 35

meses de prisión, para que, como consecuencia, se confirme del fallo de primera instancia.

CONCEPTO DEL PROCURADOR TERCERO DELEGADO EN LO PENAL

Precisa en primer término el Ministerio Público, que si bien el casacionista confusamente mezcla las motivaciones del recurso con las causales de nulidad que invoca, el libelo permite colegir que el ataque a la sentencia lo es por haberse dictado en un juicio viciado de nulidad por violación al derecho de defensa del procesado González Silva .

Sin embargo, "lo que no ve claro la Delegada, empero, es que el demandante sobre una misma base argumental solicite la anulación del proceso a partir de la resolución que decreto el cierre de la investigación o bien de uno de los numerales de la parte resolutiva de la sentencia de segunda instancia; esta solicitud la entiende el Ministerio Público como resultado de la confusión que se hace entre las motivaciones del recurso y causales de anulación a que ya hiciera referencia", deficiencia que no es suficiente para considerar la desestimación de la demanda.

Así, enfatiza el Delegado, que a partir de las alegaciones de la demanda solicitará la casación parcial del fallo, únicamente en lo que tiene que ver con Jesús Enrique González Silva, por cuanto durante la etapa instructiva se vulneró su derecho a la defensa, ya que si bien se intentó la nulidad por este motivo durante la etapa del juicio fue con resultados negativos y "en últimas no se decidió nada al respecto".

En efecto, partiendo del contenido y alcance que sobre el derecho a la defensa trae el artículo 29 de la Carta Política, precisa que su garantía no solo presupone la designación de un abogado que asuma la protección de los intereses del acusado, la cual además debe proveerse desde el comienzo de la investigación, sino, además, que tenga reconocimiento en el proceso y esté en posibilidades de cumplir con sus funciones independientemente de la cantidad de actuaciones que se materialicen en la actuación, ya que dependiendo de cada caso concreto, su no intervención permite colegir si se trata de una estrategia defensiva, lo que no ocurre en el presente asunto, en donde el silencio y falta de actividad del defensor de oficio denotan el abandono del proceso.

Recuerda entonces que en el caso *sub judice*, al momento de la captura a González Silva le pusieron de presente los derechos del capturado en el que equivocadamente se hace referencia al artículo 403 del Código de Procedimiento Penal, sin informarle sobre la posibilidad de entrevistarse con un abogado, designándole de oficio para la indagatoria al doctor Néstor Alirio Cuéllar Blanco, "quien no tuvo ninguna otra intervención durante toda la actuación", pues habiéndose llevado a cabo reconocimiento en fila de personas dos días después, dicho profesional no asistió a la diligencia, debiéndose, entonces, nombrar a la doctora Ruth Marina Palencia, la misma que también de oficio asistió a Duván Fernando Lozano en la injurada, sin que ésta tampoco se preocupara posteriormente de la suerte de Jorge Enrique, destacando

al respecto que mientras los otros dos encartados proveyeron lo necesario para su defensa técnica otorgándole poder a profesionales del derecho, éste continuó vinculado a la investigación sin que un abogado asumiera su causa, llegando en tales condiciones hasta el cierre de la investigación, que fue notificado a todos los sujetos procesales, exceptuando al defensor "inexistente" de este sindicado, "a quien la Fiscalía entendió notificado mediante anotación en estado", desconociendo lo dispuesto en el artículo 190 del Código de procedimiento Penal.

Explica, sobre el tema, que el cierre del ciclo instructivo, por ley, "debe notificarse personalmente a todos los sujetos procesales sin excepción alguna", como que el procedimiento alternativo previsto para los eventos en que no es posible el enteramiento de la decisión, solo puede llevarse a cabo previa citación telegráfica, como así lo sostuvo la Corte en sentencia de tutela del 29 de noviembre de 1994 con ponencia del Magistrado, doctor Guillermo Duque Ruiz.

Además, el artículo 438 del Código de Procedimiento Penal, modificado por el 56 de la Ley 81 de 1991, cuyo texto transcribe, no hace excepciones a la notificación personal que impone de la resolución del cierre de la investigación, regulándola "de una manera general como manifestación evidente de que este procedimiento garantiza al inculpado sus posibilidades de defensa a través de una manifestación trascendental en esta fase de la actuación, cual es la de presentar alegaciones de fondo precalificatorias para que sean consideradas por el fiscal al momento de hacer la evaluación probatoria que conduzca a la acusación del sindicado o a la preclusión de la investigación".

Y a su turno, puntualiza el Ministerio Público, que el artículo 190 *ibidem*, modificado por el 25 de la Ley 81 de 1993, precisa que en los eventos en que la ley ha dispuesto la notificación personal y no se puede lograr, la fijación del Estado procede tres días después de que se hiciere la citación mediante telegrama dirigido a la dirección que aparezca registrada en el proceso, es decir, que si no se cumple con tal exigencia no puede entenderse notificada la providencia, así se haga la anotación por estado.

En el presente caso, recuerda el Procurador, que la Fiscalía no agotó debidamente el procedimiento de notificación del cierre de la investigación respecto del defensor de González Silva que hasta entonces fue puramente nominal, ya que a ningún abogado que se encargara de sus intereses se le puso en conocimiento personalmente de dicho proveído, puesto que el estado se fijó el 5 de mayo de 1994, venciendo los términos para impugnar el 10 del mismo mes y año; y además, el defensor público solamente compareció al proceso el 18 de mayo, al día siguiente a que se le confiriera el poder, siendo reconocido como tal hasta el 27 siguiente, "pero no se le notificó en la forma establecida por la ley -personalmente- la resolución que había cerrado la investigación, razón por la cual el término de traslado para alegar venció en su silencio".

Así, concluye pues el Delegado, que Jesús Enrique González Silva careció de defensa durante toda la etapa instructiva, privándosele de oportunidades

defensivas por la indebida notificación del cierre del ciclo instructivo, por lo que, concluye, siendo imposible de subsanar el quebranto de esta garantía constitucional, se impone la declaración de la nulidad de todo lo actuado en relación con este procesado, a partir de la resolución que declaró cerrada la investigación como lo depreca el casacionista.

Como consecuencia de lo anterior, dice, también procede la solicitud de libertad elevada por el defensor, de conformidad con lo dispuesto en el numeral cuarto del artículo 415 del Código de Procedimiento Penal.

CONSIDERACIONES

1. Si bien, a juicio del Ministerio Público la nulidad que solicita el defensor del procesado en el único cargo que propone contra la sentencia impugnada está llamada a prosperar, es de precisar en primer término que no obstante que estos dos sujetos procesales coinciden en cuanto a la causal aducida, esto es, por vulneración al derecho a la defensa del procesado Jesús Enrique González Silva, los fundamentos que le sirven a uno y otro son diversos.

2. En efecto, mientras que para el casacionista la irregularidad en que incurrió la Fiscalía Seccional en la notificación del cierre del periodo instructivo significó para el incriminado la privación de medios defensivos que a la postre redundaron en la oportunidad de solicitar la sentencia anticipada con el consiguiente derecho a obtener por este motivo un descuento de pena equivalente a la tercera parte, para el Delegado es la falta total de defensa durante la etapa instructiva la que motiva su petición, pues las deficiencias en la notificación de la resolución de cierre de la instrucción constituyen un argumento de más para afirmar la vulneración de esta garantía procesal.

3. Igualmente se hace necesario destacar que el demandante incurre en una doble confusión conceptual en cuanto al contenido y alcance de la causal de casación con base en la que plantea el ataque al fallo de segunda instancia, pues haciendo una mezcla entre lo que considera debe ser el fundamento de la petición que hace de nulidad y de las causales legales que dan lugar a ello, solicita finalmente, de un lado la invalidación de lo actuado a partir del cierre del ciclo investigativo, no obstante que con el mismo soporte depreca subsidiariamente la anulación de la sentencia de segunda instancia para que se confirme en su integridad el fallo del *a quo* en cuanto a la pena a imponer a González Silva, es decir, que a partir de una misma argumentación encuentra viable o bien ordenar el retrotraimiento de la actuación para que se corrija el vicio de actividad denunciado, al tiempo que pide el proferimiento de un fallo de reemplazo, lo cual solamente es posible cuando la nulidad afecte únicamente la sentencia, es decir, que su corrección procede porque se origina en el fallo mismo, no siendo por ende necesario rehacer actuaciones procesales anteriores a ella.

4. Además, en su planteamiento neural parte el demandante de un supuesto sofístico como es el de asumir que una de las finalidades por las que el legislador impuso la obligación de notificar personalmente el cierre de la in-

vestigación es la de posibilitar que el procesado o su defensor soliciten la sentencia anticipada antes de que esta decisión cobre ejecutoria, a fin de obtener la rebaja de la tercera parte de la pena, pues de ser así se desnaturalizarían principios procesales como los de la certeza y seguridad jurídica que ofrece cada uno de los actos propios del proceso, que como en este caso, lo son, como lo apunta el Ministerio Público, para permitirle al sindicado ejercer el derecho a la defensa frente a las pruebas recaudadas durante el averiguatorio, presentando alegatos precalificatorios.

5. En estas condiciones, sin embargo, razón le asiste tanto a la defensa como al Procurador Delegado en cuanto sostienen que la notificación de la resolución de cierre de la investigación se produjo de manera irregular y en desmedro del derecho a la defensa del procesado, en la medida en que con un tal proceder no se permitió el real ejercicio de la defensa, más no, se insiste, como lo sostiene el libelista el de presentar oportunamente la solicitud de sentencia anticipada para que la rebaja reconocida fuera de la tercera parte de la pena.

6. En efecto, habiéndose proferido el cierre de la investigación el 27 de abril de 1994, el 28 del mismo mes le fue notificado personalmente a todos los procesados, quienes además se encontraban privados de la libertad; el 2 de mayo siguiente al Ministerio Público y al defensor de Duván Fernando Medina; el 4 de ese mismo mes al abogado de Cristina Bedoya; haciéndose mediante anotación en estado el día 5, sin que se intentara hacer comparecer mediante telegrama al defensor de José Enrique González Silva, designado de oficio en la diligencia de indagatoria.

7. De ahí que, cuando el Defensor Público ahora recurrente en casación presentara a la Fiscalía el memorial poder otorgado por dicho procesado, no solo había cobrado ejecutoria formal, sino que el proceso se encontraba al despacho del Fiscal para resolver el recurso de reposición interpuesto por el defensor técnico de Cristina Bedoya, si se tiene en cuenta que fue el 18 de mayo que el ente investigador recibió dicho documento y el 19, esto es, al día siguiente se profirió la resolución por medio de la cual se resolvió desfavorablemente la impugnación intentada por uno de los sujetos procesales contra dicho proveído. Pero además de eso, encuentra corroboración la afirmación del casacionista en el sentido de que no tuvo acceso al expediente hasta después del 27 de mayo, fecha en la que apenas vino a reconocérsele personería para actuar, sin que tampoco a él se le notificara personalmente de la clausura del ciclo instructivo, pues así lo impone el artículo 190 del Código de Procedimiento Penal en concordancia con el 438 al establecer de manera expresa y clara que está decisión en concreto "se notificará personalmente", como igualmente lo ordena el artículo 186 al señalar taxativamente las determinaciones de sustanciación que deben notificarse personalmente, en donde además de referir en primer lugar aquellas "señaladas expresamente en otras disposiciones", incluye también "la que ordena dar traslado para presentar alegatos de conclusión", como que son de aquellas que por su trascendencia frente a los sujetos procesales y la actuación misma requieren de su enteramiento perso-

nal a efectos de que se ejerzan los actos defensivos a que haya lugar, pues el hecho de que el proceso penal en esencia se adelante de manera oficiosa no significa que su desarrollo se haga faltando al principio de lealtad procesal, o lo que es más grave a escondidas de quienes son sus afectados.

8. Por ello *resulta oportuno recordar que el criterio de la Sala en torno a la interpretación del artículo 190* ibidem *expuesto en el fallo de tutela que citan demandante y Delegado, fue reiterado en sentencia de casación del 15 de octubre de 1998, con ponencia del Magistrado, Dr. Ricardo Calvete Rangel de la siguiente manera:*

"Razón le asiste al Ministerio Público en cuanto no comparte el criterio del libelista, cuando sostiene que 'ha debido intentarse la notificación personal a los acusados...tal como lo dispone el artículo 190...' pues la citación mediante telegrama de que trata dicha norma (subrogada por el artículo 25 de la Ley 81 de 1993) solo es exigible cuando se trate de notificaciones que por ley deben hacerse personalmente.

Sobre el Particular la Corte ha Sostenido

'No obstante que de la lectura del original artículo 190 del Código de Procedimiento Penal podría inferirse que, en principio, todas las notificaciones tienen que hacerse de manera personal, la verdad es que esta interpretación no es exacta, pues de serlo, sobrarían las disposiciones del mismo estatuto en relación concreta con algunas providencias... y también con referencia a algunos sujetos procesales (C.P.P. art. 188) ordena que la notificación tenga que ser forzosamente personal. Si la regla general fuera esta última, repítese, el legislador no hubiera estado reiterándola en algunos casos particulares.

Partiendo de esta inicial premisa hay que entender que el artículo 25 de la citada Ley 81 se refiere exclusivamente a las providencias que por mandato legal expreso deben ser notificadas personalmente, y no a aquellas otras que por voluntad del legislador se notifican por estado o por edicto. Así se desprende con claridad de la primera parte de su texto: 'cuando no fuese posible la notificación personal...', pues este presupone necesariamente, que la ley ha ordenado que la notificación sea personal y que no obstante ello no resulte posible hacer este enteramiento personal. En estos casos y solo en ellos, es cuando se impone la obligación de realizar la diligencia de citación mediante telegrama dirigido a la dirección registrada en el expediente'. (Sentencia tutela No. 29/94. M.P., Dr. Guillermo Duque Ruiz).

En el caso que nos ocupa, no se trata de un auto que necesariamente, deba ser notificado de manera personal, además los procesados no se encontraban privados de la libertad..." (Rad. 10.796).

9. Y, si bien en el presente asunto la Fiscalía incurrió en dicha irregularidad afectando el derecho a la defensa de González Silva , no será esa la razón por la que se declarará la nulidad de lo actuado por dicho quebranto, pues existe en el proceso tal como lo expone el Ministerio Público y apenas si lo

menciona el casacionista, otra razón que pone de presente que la afectación deviene como consecuencia de la falta total de defensa de este sindicado durante toda la etapa instructiva, que por lo mismo, no es susceptible de subsanarse de ninguna otra manera.

10. Al respecto, debe destacarse que efectivamente una vez capturados, a los imputados no se les hizo saber el derecho que tenían de comunicarse inmediatamente con un abogado como lo prevé el artículo 377 del Código de Procedimiento Penal, si se tiene en cuenta, no solo que todos coincidieron en anotar en la respectiva acta que habían permanecido incomunicados, lo cual, por sí solo ya es ilegal, sino que se trata de formatos en los que se alude al artículo 403, que en el Decreto 050 de 1987 era la norma contentiva de los derechos del capturado y se incluyen las disposiciones pertinentes del Decreto 2790 entonces aplicable a los casos de conocimiento de la ya desaparecida justicia regional.

11. Además, al momento de vincular mediante indagatoria a González Silva, en el acta correspondiente se dejó constancia en el sentido de que "...el titular del despacho le dio a conocer el derecho de nombrar defensor, además que esta diligencia es sin juramento y libre de todo apremio. Acto seguido manifestó que esta diligencia se corrige que no nombra defensor por cuanto no tiene; por lo que el despacho procede a nombrarle defensor de oficio al dr. Néstor Alirio Cuéllar Blanco quien se identificó con la cédula de ciudadanía No. 19'424.910 de Bogotá 62-446 del Consejo Superior de la Judicatura...", quien no solo no se volvió a preocupar por el encargo que en ese momento le confirió la judicatura y que de conformidad con lo previsto en el artículo 139 del Código de Procedimiento Penal se entendía para todo el proceso, esto es, hasta su finalización, como que no se tuvo más conocimiento de él mientras transcurría la instructiva, y aparte de que en la injurada no se hizo constar dato alguno sobre el lugar donde podía ser citado, puesto que únicamente se dejaron consignados sus datos de identificación, tampoco asistió al reconocimiento en fila de presos llevado a cabo a los dos días siguientes a la vinculación y sin que mediara resolución que la ordenara, en donde los menores Julio César Galindo Medina y Héctor Ramiro López Arévalo, reconocieran a González Silva como uno de los sujetos que en compañía de otro hombre y una mujer lo amenazaron con un arma de fuego y otra cortopunzante hurtándole la chaqueta que llevaba puesta y lo golpearon en la cabeza con un revólver, resultando necesario nombrarle para este fin a la doctora Ruth Marina Palencia Galvis que venía actuando como apoderada de oficio de Duván Medina Lozano desde la indagatoria, cuya designación en dicha diligencia no podía entenderse sino únicamente para su cumplimiento por mandato legal (art. 368 C.P.P.).

12. Resuelta la situación jurídica de los sindicados, tampoco concurrió el doctor Cuéllar Blanco a notificarse de esa decisión, siendo el único sujeto procesal que no se enteró personalmente de lo decidido, lo cual, si bien no constituye irregularidad alguna, sí pone de presente que en este caso particular la actitud indiferente de dicho profesional no puede en modo alguno

entenderse razonablemente como una estrategia defensiva, sino como abandono del procesado a su suerte, pues transcurrió toda la etapa de la investigación en la que por haberse recaudado la prueba de cargos, tuvo activa participación de los defensores de confianza nombrados por sus otros dos compañeros de causa, sin que nadie solicitara ningún medio de convicción siquiera para comprobar lo manifestado por este en la indagatoria en el sentido de que se encontraba en Santa Fe de Bogotá porque había venido a reclamar la cédula y se estaba hospedando en la posada Girasol. Esa entonces, también la razón por la que también, dicho abogado fuera el único sujeto procesal al que no se le notificara personalmente del cierre de la investigación.

13. Obsérvese igualmente al efecto, que cuando el procesado le confiere poder al abogado de la Defensoría Pública ya se había clausurado el ciclo instructivo, sin que pueda concluirse que la vieja práctica judicial de designar abogado con el fin de tener con quien hacer la notificación personal, lo cual venía sucediendo como una mera formalidad que le daba visos de legalidad al proceso sin el más mínimo propósito de cumplir con la garantía constitucional de un debido proceso, que en vigencia de la Carta de 1886 involucraba imprescindiblemente el de la defensa, pues en este caso, la intervención de dicho profesional ni siquiera fue a instancias del Fiscal quien nunca tampoco se preocupó por cumplir con su función de garante del proceso requiriendo al defensor de oficio para se apersonara de los intereses del procesado, sino que por el contrario, fue el propio González Silva quien hubo de acudir a este servicio ante la falta de recursos económicos para procurarse uno.

14. Y como si lo anterior no fuera muestra suficiente de la desidia con la que el Estado enfrentó a dicho sindicado a todo su poder punitivo, deslegitimándose en su función al no procurar que éste, al igual que los otros dos estuvieran en condiciones de igualdad para responder y contradecir los cargos por los cuales se le estaba investigando, cuando el defensor público presenta el poder que lo acredita como el representante de aquél, no se le notifica del cierre de la investigación en forma legal, dejando en el limbo la posibilidad de que este alegara previo al calificatorio, terminando el proceso finalmente en una sentencia anticipada en la que no se advierte una voluntad libre de aceptación de los cargos por parte del sindicado, pues Fiscal, Juez, Ministerio Público y defensor se enfrascaron en una disyuntiva que a la postre condujo a un forzado allanamiento a la acusación.

15. En efecto, obsérvese que como González Silva elevará solicitud de sentencia anticipada el 17 de Junio, esto es, luego de vencido el traslado para alegar de conclusión y encontrándose ya al despacho el proceso para la correspondiente calificación del sumario, por resolución del 22 del mismo mes el instructor se abstuvo de darle trámite. De ahí que en el auto que avocó conocimiento en el juicio, se dispusiera, aparte de correr el traslado de que trata el artículo 446 del Código de Procedimiento Penal, señalar de inmediato fecha para la correspondiente formulación de cargos, iniciándose la diligencia el 21 de octubre de 1994, la cual fue condicionada por el propio acusado a que se resolviera previamente la petición de nulidad que en ese momento

deprecaría su abogado, como efectivamente sucedió, pues este insistió en su tesis sobre la vulneración al derecho de defensa por indebida notificación del cierre de la investigación, como lo había hecho con posterioridad al calificatorio ante la Fiscalía con resultados negativos, y a pesar de que le fue negada la petición no fue posible que se desatara la segunda instancia por haber cobrado ejecutoria la acusación, por manera que lo ocurrido en esta particular diligencia, pone en evidencia que el Juez como director de la audiencia permitió que se saliera de su cauce, pues era evidente que no había ánimo de allanarse a los cargos, como así lo hicieron expreso el Ministerio Público cuando solicitó que se le interrogara nuevamente al procesado a fin de establecer si realmente era autor del hecho o sí simplemente buscaba beneficios legales, y el propio defensor al solicitar el aplazamiento de la misma expresando que tenía muchas dudas en cuanto a real voluntad de González Silva de acogerse a este mecanismo, siendo lo más grave, que en dicho acto procesal se le terminara prácticamente forzando una confesión que, sabido es, no es requisito para esta clase de fallos rogados, pues precisamente ante su dubitación frente al acogimiento de dicho mecanismo y con el fin de despejar la inquietud que se suscitó allí, se le hizo la siguiente pregunta: " se le solicita al señor Jeús Enrique González Silva nos haga un recuento claro y pormenorizado de cómo, cuándo, con quién o quiénes y en qué circunstancias es que dice haber cometido un delito y qué clase de delito...", cuando según consta en dicha acta para ese momento solo había manifestado, como se dijo, que condicionaba la aceptación de los cargos a que previamente se resolviera la nulidad incoada por su abogado, como también de que en varias ocasiones se le escuchó que "solo quiere que se le ayude con traslado a otra cárcel porque no ha cometido ningún delito", muestra más que suficiente de que no tenía voluntad para ello. Y a pesar de que quedó condicionada su continuación a que el defensor decidiera si primero sí debía resolverse la nulidad planteada, el 3 de noviembre simplemente se leyó la acusación y se le preguntó al procesado si los aceptaba, habiendo éste respondido afirmativamente.

16. Lo anterior permite resaltar como, el hecho de que este proceso hubiese terminado para González Silva por el trámite de la sentencia anticipada, que si bien se llevó a cabo en la etapa del juicio, bien permite colegir que respecto de él, su acogimiento en dicho momento implicaba la tácita renuncia a que se evacuara en su integridad con la causa, lo que significa, en tales condiciones, que a dicha sentencia la precedió como único proceso para éste, una investigación dentro de la que careció por completo de defensa, derecho que igualmente puede afirmarse, a pesar de la presencia del defensor público y el Ministerio Público, también le fue vulnerado en dicha diligencia.

17. Y es que *no se puede perder de vista que si bien la sentencia anticipada, implica de un lado economía procesal y evita al Estado desgaste inoficioso en la investigación del delito y sanción de sus responsables, concediéndole rebajas punitivas a quien decide no esperar a que se agote el proceso por el trámite ordinario, la aprobación de la aceptación de cargos que se hace con tal fin está condicionada al respeto de las garantías fundamentales (art. 37, inc. 3 C.P.P.),*

pues el allanamiento del procesado a los cargos formulados, por sí solo no tiene la virtualidad de sanear, como en este caso, la ausencia total de defensa, pues se trata de un agravio a la legalidad y legitimidad del proceso, que en razón del principio de protección no se puede convalidar ni siquiera por la afectada o que hubiere dado lugar a ella (art. 308.3 C.P.P).

Por lo anterior, y acogiendo el concepto del Ministerio Público, se casará oficiosa y parcialmente el fallo impugnado decretando la nulidad de todo lo actuado en relación con Jesús Enrique González Silva , a partir de la resolución del cierre de la investigación, sin que en la actualidad deba la Corte pronunciarse sobre la libertad del procesado como lo solicita el defensor y el Delegado, puesto que por auto del 26 de agosto de 1996 le fue concedida por pena cumplida.

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

RESUELVE:

1. Casar oficiosa y parcialmente el fallo impugnado en el sentido de declarar la nulidad parcial de todo lo actuado en relación con el procesado Jesús Enrique González Silva a partir de la resolución por medio de la cual la Fiscalía Seccional No. 240 decretó el cierre de la investigación.

2. Abstenerse de pronunciarse sobre la libertad del procesado por las razones expuestas en la parte motiva.

3. En lo demás queda incólume el fallo impugnado.

Cópiese, notifíquese y devuélvase al Tribunal de origen.

Jorge Aníbal Gómez Gallego, Fernando Arboleda Ripoll, Jorge Enrique Córdoba Poveda, Carlos Augusto Gálvez Argote, Edgar Lombana Trujillo, Mario Mantilla Nougués, Carlos Eduardo Mejía Escobar, Alvaro Orlando Pérez Pinzón Nilson Pinilla Pinilla. (Salvamento parcial de voto).

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

SALVAMENTO PARCIAL DE VOTO

Con el respeto debido hacia las determinaciones de la mayoría, me permito presentar algunos de los planteamientos que expuse ante la Sala, que no encontraron acogida y motivan mi disentimiento parcial, exclusivamente sobre el aspecto de casar oficiosamente parte del fallo recurrido, en el sentido de declarar la nulidad de lo actuado en relación con el procesado Jesús Enrique González Silva, a partir de la resolución por medio de la cual se decretó el cierre de la investigación:

1° Después de considerar la Sala que existió irregularidad de la Fiscalía en la notificación del proveído que declaró cerrada la investigación, con lo cual se afectó el derecho a la defensa de González Silva, radica la razón de la nulidad en que hubo falta de esa defensa durante la instrucción, y la terminación anticipada del proceso en la etapa del juicio no tiene la virtualidad de sanear la falta de asistencia letrada en aquella fase, además de la ausencia de ánimo para allanarse a la imputación formulada en la resolución de acusación.

2° La decisión mayoritaria recuerda que de conformidad con lo previsto en los artículos 186, 190 y 438 del Código de Procedimiento Penal, la resolución que clausura el ciclo investigativo es de aquéllas que exigen notificación personal, de manera que así se debió hacer con el defensor del aludido procesado.

En este caso, es de ver que el proveído que declaró cerrada la investigación le fue notificado personalmente a los procesados privados de la libertad, al Ministerio Público y a dos de los defensores que concurrieron al efecto, no así al defensor de oficio de González Silva a quien si bien no se le envió citación mediante telegrama, el enteramiento se hizo por anotación en estado, forma de notificación de las providencias judiciales permitida por la ley.

Si el aquí recurrente en casación presentó el poder para actuar como defensor, cuando ya había precluido la oportunidad para la notificación del cierre de la investigación, ningún quebranto al debido proceso y al derecho de defensa se presentaba, si como él admite fue informado que la actuación estaba al despacho para resolver sobre recurso interpuesto por el apoderado de otro sindicado contra tal proveído, de manera que se enteró del cierre, conocimiento que habilitaba el ejercicio de los actos defensivos que estimara adecuados, sin que sea admisible su planteamiento en relación a que una de

las finalidades por las que el legislador impuso la obligación de notificar personalmente el cierre de la investigación es la de posibilitar que el procesado o su defensor soliciten la sentencia anticipada antes de que esta decisión cobre ejecutoria, a fin de obtener la rebaja de la tercera parte de la pena, pues sin pasar por alto que aquí la petición fue presentada pasada la ejecutoria del cierre, lo que habilita el comentado acto procesal es que el sindicado o su defensor frente a los medios de convicción acopiados durante la investigación, presenten alegatos previos a la calificación.

3° Sostiene la mayoría de la Sala que Jesús Enrique González Silva careció de defensa durante toda la instrucción, y que no obstante asistió a diligencia de terminación anticipada del proceso en la etapa del juicio, donde a pesar de la presencia de su defensor y del representante del Ministerio Público, también le fue vulnerado ese derecho en el citado acto.

Se cuestiona que el abogado designado defensor de oficio en la diligencia de indagatoria, no asistió al reconocimiento en fila de personas, donde fue reemplazado por otra titulada en derecho, ni se notificó de la resolución que definió la situación jurídica, ni estuvo atento a la práctica de las pruebas de cargo, no pidió otras y fue el único sujeto procesal al que no se le notificó personalmente del cierre de la investigación.

La pasividad del apoderado no puede considerarse per se como ausencia de defensa. La falta de alegatos, no interposición de recursos, ni petición de pruebas, ni la falta de notificación de algunas decisiones, no necesariamente revelan negligencia, pues muchas veces la suficiencia del acopio probatorio y su fuerza de convicción llevan a asumir tal posición y dejar para el final la exposición de los argumentos defensivos, sobre todo en casos como el presente, en el cual existió amplia y sólida demostración de cargo.

En la actuación se recopilaron las declaraciones de los menores Julio César Galindo Medina y Héctor Ramiro López Arévalo, quienes señalaron a González Silva como uno de los sujetos que en compañía de otro y de una mujer amenazaron al primero con una arma de fuego y otra cortopunzante hurtándole la chaqueta que llevaba puesta y lo golpearon en la cabeza con un revólver, siendo aprehendidos por la Policía Nacional que también recibió agresión con el arma de fuego, incautándose algunas prendas que vestían los dos hombres y el revólver en cuestión.

Los menores de edad refrendaron el señalamiento en diligencia de reconocimiento en fila de personas, que si bien no contó con la presencia del defensor de oficio de González Silva, llevada a cabo a escasos dos días siguientes a la vinculación, ninguna irregularidad presenta con potencialidad de socavar el derecho de defensa, en tanto los procesados fueron asistidos, cada uno, por profesionales del derecho.

En el reiterado criterio unánime de la Sala, no solicitar pruebas no puede tomarse en abstracto como ausencia de defensa; es indispensable especificar cuáles dejaron de practicarse y en que forma habrían llegado a cambiar el

fallo. En torno a este aspecto, se echa de menos la gestión del defensor en orden a verificar lo manifestado por González Silva en la indagatoria en el sentido de que se encontraba en esta ciudad porque había venido a reclamar la cédula de ciudadanía y se hospedaba en una posada. Se deja en la incertidumbre la trascendencia de estas citas en el sentido de la decisión, que terminó en las instancias en forma anticipada, como se verá adelante.

De otro lado, no notificarse o no impugnar una decisión puede y suele obedecer a una táctica del apoderado, o a conformidad por considerarla acertada e inexorable, o en parte favorable o menos gravosa. En el presente caso, no se alcanza a vislumbrar una razón sensata para que un defensor experimentado recurriera contra medidas como la resolución de la situación jurídica, basada en pruebas y fundamentos legales sólidos, con el riesgo que la investigación se ocupara de la agresión de que fue víctima un agente de la Policía Nacional que participó en la persecución de los señalados atracadores.

El derecho de defensa consiste en la posibilidad de contradecir las pruebas, solicitar las consideradas convenientes al propio interés, participar en su acopio, presentar argumentaciones y rebatir las contrarias, impugnar las decisiones adversas, solicitar nulidades, etc., asistido de un abogado. Este, de acuerdo con su fuero interno, capacitación, estilo y actitud ética, determina el momento y la forma de ejercer la defensa, según la táctica adoptada, la cual puede abarcar desde el empleo asiduo y a veces reprochable de todas las atribuciones, o sólo de algunas, hasta únicamente ejercer control expectante sobre el proceso, con prescindencia de utilizar tales facultades si advierte que lo que pueda realizarse por su postulación llegaría a redundar en contra del asistido, e interviniendo sólo cuando es obligatorio.

Posibilidades aquéllas que en ningún momento de la instrucción ni del juicio fueron cercenadas al sindicado, quien contó con defensor de oficio y de la defensoría pública (el recurrente en casación) en las diferentes etapas procesales, optando por allanarse a los cargos formulados en la resolución de acusación, forma de terminación anticipada del proceso.

Para concluir y ratificar lo expuesto, cabe recordar la jurisprudencia de esta corporación, así reiterada sobre el tema en referencia (agosto 11/98, rad. 13.029. M. P. Ricardo Calvete Rangel):

"Para el tema concreto planteado, esto es, la presunta violación del derecho a la defensa, no es suficiente extrañar que el defensor no hubiera pedido pruebas, o que no hubiera interpuesto recursos, o que no se hubiera notificado personalmente de las decisiones. Es necesario que se demuestre que con esa actitud se dejaron de allegar elementos de juicio fundamentales para la decisión, o que no obstante ser evidente que los intereses del procesado se lesionaron no hubo una oportuna impugnación.

... Acaso ante la claridad de lo sucedido era viable demostrar la no responsabilidad? O se podía esperar una pena más benigna... ¿Cuáles fueron las pruebas de descargo que se dejaron de practicar, y a qué aspecto tan impor-

tante conducían, de modo que el hecho de no haberlas pedido lesionó el derecho de defensa?

... hubiera sido interesante conocer qué fue lo que no hizo el defensor que afectó de manera tan grave, como para llevar a la nulidad, la garantía de la defensa técnica.

La respuesta a los anteriores interrogantes ha debido formar parte de la sustentación del recurso, pues lo que se anotó en la demanda no es otra cosa que posibilidades procesales cuya trascendencia se ignora porque el actor no la mencionó, mucho menos intentó demostrarla...

La actitud pasiva del defensor no es en sí misma indicativa de ninguna irregularidad, pues como lo ha reiterado la jurisprudencia, hay casos, y éste podía ser uno de ellos, en donde la mejor defensa es dejar que el Estado asuma toda la carga de la prueba ante la evidencia de que las que se pidan perjudican al acusado; o en donde no conviene recurrir dado el acierto indiscutible o la generosidad del fallador. Esos pueden ser también méritos de una buena defensa, y demostración de un comportamiento ético y serio de un abogado..."

4° Cerrada la investigación, y cuando ya la resolución que así decidió causó ejecutoria, el procesado Jesús Enrique González Silva manifestó estar dispuesto a la terminación del proceso por sentencia anticipada (art. 37 C. de P.P.). El juez de conocimiento, atendiendo esta petición, lo citó y con la asistencia de su defensor y del representante del Ministerio Público, previas las advertencias establecidas por la ley, le averiguó si aceptaba los cargos formulados en la resolución de acusación y el acusado expresó: "yo me acojo a la sentencia anticipada, me acojo a que yo cometí los cargos que robé al señor y de lo que soy acusado del porte ilegal de armas, que yo robé una chaqueta" (f. 189).

En todos los momentos del desarrollo de la diligencia de aceptación de cargos para sentencia anticipada, el procesado estuvo asistido por su defensor público, reiteró su voluntad de que el proceso terminara en forma anticipada y, para abundar en seguridad sobre su aceptación, relató algunos pormenores de los hechos; finalmente, sin reales interferencias en el consentimiento, aceptó los cargos que le fueron formulados en la resolución de acusación. De esta manera, teniendo respaldo legal para hacerlo, restringió algunas de las oportunidades de contradicción y aceptó lo realizado, sin que tenga fundamento, en mi criterio, que ahora se venga a declarar una nulidad por falta de defensa técnica en algún momento de la instrucción.

En otras palabras, si el sindicado renuncia al procedimiento ordinario, acudiendo voluntariamente a una audiencia de sentencia anticipada, diligencia en la cual se verifica una concentración de oportunidades de contradicción y defensa, y estando en libertad de aceptar o rechazar los cargos se allana a éstos, no es procedente decretar una nulidad por posibles irregularidades que claramente devienen intrascendentes y convalidadas.

En relación con esta problemática, la Corte en sentencia de fecha 28 de octubre de 1996, M. P. Jorge Aníbal Gómez Gallego, casación 10.578, sostuvo:

"Si en realidad las formas de terminación anticipada, cuando se obtiene la aceptación voluntaria del procesado, implican una renuncia de éste a refutar la acusación y, por ende, a controvertir las pruebas de cargo que la sustentan, no tendrá sentido decretar una nulidad por falta de defensa técnica sólo en momentos de instrucción probatoria -no en actos que sin falta la demandan-, como si se tratara de un procedimiento plenamente ordinario, cuando en aquellas formas especiales de culminación del proceso en realidad se abrevia una o las dos fases del proceso -sin prescindir de ninguna-, para concentrar todo en la respectiva audiencia.

No es esta solución una forma de enjugar la violación de la garantía de la defensa técnica por los resultados, resultados que de pronto no serían fáciles de situar por la contingencia de lo que se hizo en el proceso en materia de defensa, frente a lo que se dejó de hacer por el asesor profesional que se echa de menos. No importa ahora, a posteriori, constatar el número o la clase de diligencias cumplidas por la Fiscalía durante ese período de orfandad defensiva...

Lo que ocurre en el *sub judice* es que, como se ha renunciado voluntariamente a la plenitud del procedimiento ordinario (que no es lo mismo que el debido proceso y todas las garantías anexas, los cuales siguen incólumes), en pro de una concentración procesal, lo que interesa finalmente es que se haya garantizado la defensa material y técnica durante la audiencia de sentencia anticipada, para ver de comprobar que los vacíos de aquel curso ordinario del proceso en materia de contradicción y de defensa, válidamente se recogieron y se enjugaron en una diligencia que legalmente lo autoriza, dado que, sin interferencias en el consentimiento, el procesado aceptó los cargos formulados por la Fiscalía."

Resulta adicionalmente significativo lo que en la misma sesión del 11 de agosto de 1999, fecha también de esta sentencia sobre la cual parcialmente salvó voto, reiteró la Sala, al decidir la casación N° 11.555, M. P. Fernando Arboleda Ripoll:

"El derecho a la defensa técnica, ha sido dicho por la Corte, implica que el inculpado cuente con asistencia profesional durante todo el trámite procesal, ya que sin posibilidades de contradicción no es posible concebir legítimo hoy día el proceso, pero ello no significa que si ha dejado de tenerla en un determinado momento, la actuación así cumplida, o la subsiguiente, advengan por ese solo motivo ineficaces, pues en virtud del principio de trascendencia que orienta la declaratoria de las nulidades, solo si la anomalía afecta realmente las garantías de los sujetos procesales, o desconoce las bases fundamentales de la instrucción o el juzgamiento, resulta inevitable su declaración.

También se ha sostenido que si la irregularidad es oportunamente corregida, de suerte que el profesional designado pueda ejercer adecuadamente

los actos defensivos que pudo haber realizado durante el tiempo que el procesado careció de defensa técnica, debe entenderse que el derecho no ha sido conculcado, puesto que ningún sentido tendría invalidar el proceso para que la defensa vuelva a tener una oportunidad que ya tuvo (Cfr. Casación de 27 de mayo de 1999, M. P. Dr. Ricardo Calvete Rangel. Casación junio 15 de 1999, M. P. Dr. Arboleda Ripoll), situación que es la que se presenta, justamente, en relación con el procesado... De allí que respecto de él, la Sala no encuentre motivo para declarar la nulidad demandada."

Por todo lo anteriormente analizado, en mi opinión, respetuosa del criterio de la mayoría, no se debió casar el fallo impugnado.

Con el comedimiento de siempre,

Nilson E. Pinilla Pinilla.

Magistrado

(fecha: *ut supra*).

INDICE CRONOLOGICO

(Véase también en Internet)

Página

FAVORABILIDAD/LIBERTAD PROVISIONAL

PONENTE: CARLOS EDUARDO MEJIA ESCOBAR
Casación -Libertad-
FECHA: 01/07/1999
DECISION: Niega libertad provisional
PROCESADO: OROZCO, LUIS FERNANDO
DELITOS: Hurto calificado y agravado, estafa, concierto para delinquir
PROCESO: 15734
PUBLICADA: Sí 7

EXTRADICION-Quiénes participan en el concepto

PONENTE: NILSON E. PINILLA PINILLA
Extradición
FECHA: 01/07/1999
DECISION: Devuelve la documentación recibida
PAIS REQUIRENTE: Bolivia
PROCESADO: PAZ PEÑALOZA, MANUEL MARTIN
PROCESO: 14511
PUBLICADA: Sí 12

COLISION DE COMPETENCIA/PORTE ILEGAL DE ARMAS

PONENTE: JORGE ANIBAL GOMEZ GALLEGO
Auto Colisión de Competencias
FECHA: 01/07/1999
DECISION: Asigna el conocimiento al Juzgado Promiscuo del Circuito de Saravena (Arauca)
PROCEDENCIA: Juzgado Regional de Cúcuta, Juzgado Promiscuo de Saravena
PROCESADO: BLANCO SIMOENS, PARMENIO
DELITOS: Porte ilegal de armas
PROCESO: 15886
PUBLICADA: Sí 15

VIOLACION INDIRECTA DE LA LEY Página

PONENTE: MARIO MANTILLA NOUGUES
Sentencia Casación
FECHA: 01/07/1999
DECISION: No Casa
PROCEDENCIA: Tribunal Superior del Distrito Judicial
CIUDAD: Medellín
PROCESADOS: RESTREPO MUÑOZ, JORGE HUGO
PIÑA RODRIGUEZ, FRANCISCO
MARTINEZ MONTOYA, CARLOS EDUARDO
DELITOS: Porte ilegal de armas de defensa personal, homicidio simple, tentativa de hurto calificado y agravado
PROCESO: 11852
PUBLICADA: Si 21

LIBERTAD PROVISIONAL/PERSONALIDAD DEL PROCESADO

PONENTE: MARIO MANTILLA NOUGUES
Casación -Libertad-
FECHA: 01/07/1999
DECISION: No repone auto que negó libertad
PROCEDENCIA: Tribunal Nacional
PROCESADO: CORREA ALZATE, MONICA VICTORIA
DELITOS: Omisión de informes sobre actividades terroristas
PROCESO: 12696
PUBLICADA: Sí 35

CASACION DISCRECIONAL

PONENTE: FERNANDO ARBOLEDA RIPOLL
Casación Discrecional
FECHA: 01/07/1999
DECISION: Rechaza el recurso extraordinario de casación discrecional
PROCEDENCIA: Tribunal Superior del Distrito Judicial
CIUDAD: Santa Fe de Bogotá
PROCESADO: CAMARGO FERREIRA, PEDRO LEON
DELITOS: Fraude procesal
PROCESO: 15473
PUBLICADA: Sí 40

CASACION-Quántum punitivo

PONENTE: JORGE ANIBAL GOMEZ GALLEGO
Auto Casación
FECHA: 01/07/1999
DECISION: Se abstiene de decidir sobre el recurso pues la petición es improcedente
PROCEDENCIA: Tribunal Superior del Distrito Judicial
CIUDAD: Santa Fe de Bogotá
PROCESADO: MORENO MEDINA, VICTOR JULIO
DELITOS: Acto sexual abusivo con incapaz de resistir
PROCESO: 15537
PUBLICADA: Si 50

INTEGRACION DE NORMAS Página

PONENTE: NILSON E. PINILLA PINILLA
Sentencia Casación
FECHA: 01/07/1999
DECISION: No Casa
PROCEDENCIA: Tribunal Superior del Distrito Judicial
CIUDAD: Santa Fe de Bogotá
PROCESADO: PIÑEROS SANCHEZ, LUIS EDUARDO
DELITOS: Tentativa de homicidio, Homicidio consumado
PROCESO: 11391
PUBLICADA: Si 54

ANONIMO

PONENTE: JORGE E. CORDOBA POVEDA
Unica Instancia
FECHA: 06/07/1999
DECISION: Rechaza la denuncia anónima
PROCEDENCIA: Corte Suprema de Justicia
CIUDAD:
PROCESADO: GARCIA ROMERO, ALVARO
PROCESO: 15350
PUBLICADA: Si 62

CASACION DISCRECIONAL

PONENTE: MARIO MANTILLA NOUGUES
Casación Discrecional
FECHA: 06/07/1999
DECISION: No concede el recurso de casación discrecional
PROCEDENCIA: Juzgado 5 Penal del Circuito
CIUDAD: Neiva
PROCESADO: MORALES GONZALEZ, ANGEL ALBERTO
DELITOS: Inasistencia alimentaria
PROCESO: 15883
PUBLICADA: Si 64

LIBERTAD PROVISIONAL-Competencia de la Corte

PONENTE: CARLOS EDUARDO MEJIA ESCOBAR
Auto Casación
FECHA: 06/07/1999
DECISION: No accede a darle trámite a la petición elevada
PROCESADO: QUINTERO MARIN, GILBERTO ANTONIO
PROCESO: 12667
PUBLICADA: Si 67

ANONIMO

PONENTE: CARLOS EDUARDO MEJIA ESCOBAR
Unica Instancia
FECHA: 06/07/1999

		Página
DECISION:	Inadmite la denuncia anónima	
PROCEDENCIA:	Corte Suprema de Justicia	
PROCESADO:	PEREA, EDGAR	
PROCESO:	15103	
PUBLICADA:	Sí	69

CAMBIO DE RADICACION

PONENTE:	CARLOS AUGUSTO GALVEZ ARGOTE	
	Cambio de Radicación	
FECHA:	06/07/1999	
DECISION:	No Accede a la solicitud de cambio de radicación	
PROCEDENCIA:	Juzgado 1 Penal del Circuito	
CIUDAD:	Cartagena	
PROCESADO:	PERILLA BELTRAN, HUGO ALIRO	
DELITOS:	Estafa	
PROCESO:	15951	
PUBLICADA:	Sí	72

ACCION DE REVISION-Prueba nueva

PONENTE:	JORGE E. CORDOBA POVEDA	
	Acción de Revisión	
FECHA:	06/07/1999	
DECISION:	Reconoce apoderado e inadmite la demanda de revisión	
PROCEDENCIA:	Tribunal Superior del Distrito Judicial	
CIUDAD:	Cartagena	
PROCESADO:	YARA ZAMUDIO, JOSE GUSTAVO	
DELITOS:	Tráfico de estupefacientes y porte ilegal de armas de fuego de defensa personal	
PROCESO:	14909	
PUBLICADA:	Sí	75

CASACION DISCRECIONAL

PONENTE:	NILSON PINILLA PINILLA	
	Casación Discrecional	
FECHA:	06/07/1999	
DECISION:	No concede el recurso excepcional de casación	
PROCEDENCIA:	Tribunal Superior del Distrito Judicial	
CIUDAD:	Cartagena	
PROCESADOS:	ROJAS ARIAS, RAFAEL GUSTAVO	
	YEPES DIAZ, ISMAEL	
DELITOS:	Usurpación de derechos y funciones públicas	
PROCESO:	15193	
PUBLICADA:	Sí	80

EXTRADICION-Pruebas

PONENTE:	NILSON E. PINILLA PINILLA	
	Extradición	
FECHA:	06/07/1999	
DECISION:	Niega pruebas.....	
PAIS REQUIRENTE:	Estados Unidos de América	

PROCESADO: LARA NAUSA, JAIME ORLANDO Página
PROCESO: 15349
PUBLICADA: Sí 85

ACCION DE REVISION

PONENTE: CARLOS EDUARDO MEJIA ESCOBAR
Acción de Revisión
FECHA: 06/07/1999
DECISION: Reconoce apoderado y rechaza in limine la demanda
PROCEDENCIA: Tribunal Superior del Distrito Judicial,
CIUDAD: Ibagué
PROCESADOS: JARAMILLO, JOSE ENRIQUE
CIRALDO ESCOBAR, JAIME ALEXANDER
DELITOS: Acceso carnal violento agravado
PROCESO: 14978
PUBLICADA: Sí 88

ACCION DE REVISION-Pruebas

PONENTE: NILSON E. PINILLA PINILLA
Acción de Revisión
FECHA: 06/07/1999
DECISION: Reconoce apoderado y no admite la demanda de revisión
PROCEDENCIA: Tribunal Superior del Distrito Judicial
CIUDAD: Ibagué
PROCESADO: DIAZ MORA, JOSE MESIAS
DELITOS: Falsedad en documento privado, Peculado
PROCESO: 15352
PUBLICADA: Sí 96

TERMINACION ANTICIPADA DEL PROCESO/SENTENCIA ANTICIPADA/ CASACION

PONENTE: JORGE ANIBAL GOMEZ GALLEGO
Casación Discrecional
FECHA: 06/07/1999
DECISION: No Concede el recurso de casación discrecional
PROCEDENCIA: Tribunal Superior del Distrito Judicial
CIUDAD: Manizales
PROCESADO: OROZCO OSPINA, JOSE FERNANDO
DELITOS: Ejer. ilícito de act. Monopolística de arb. R
PROCESO: 15908
PUBLICADA: Sí 100

NULIDAD/SENTENCIA SEGUNDA INSTANCIA/IMPUGNACION

PONENTE: RICARDO CALVETE RANGEL
Sentencia Casación
FECHA: 06/07/1999
DECISION: No Casa
PROCEDENCIA: Tribunal Superior del Distrito Judicial
CIUDAD: Medellín

		Página
PROCESADO:	RAMIREZ GIL, NELSON DE JESUS	
DELITOS:	Hurto calificado y agravado	
PROCESO:	10820	
PUBLICADA:	Sí	105

ACCION DE REVISION-Poder especial

PONENTE:	RICARDO CALVETE RANGEL Acción de Revisión	
FECHA:	06/07/1999	
DECISION:	Rechaza la demanda	
PROCEDENCIA:	Tribunal Nacional	
PROCESADO:	HAMIOY QUIATIAL, HENRY	
PROCESO:	15921	
PUBLICADA:	Sí	115

IMPEDIMENTO

PONENTE:	JORGE ANIBAL GOMEZ GALLEGO Acción de Revisión -Impedimento	
FECHA:	06/07/1999	
DECISION:	Declara fundado el impedimento manifestado por un Magistrado del Tribunal Nacional	
PROCEDENCIA:	Tribunal Nacional	
PROCESADOS:	CHAVEZ DEVIA, JOSE DIONEL y GUEVARA, MARCO MAURICIO	
DELITOS:	Porte de armas de uso privativo de la Fuerza Pública, Concierto para delinquir	
PROCESO:	15644	
PUBLICADA:	Sí	117

ACCION DE REVISION-Cambio de jurisprudencia

PONENTE:	MARIO MANTILLA NOUGUES Acción de Revisión	
FECHA:	06/07/1999	
DECISION:	Rechaza in límine la demanda, reconoce representante judicial	
PROCEDENCIA:	Tribunal Superior del Distrito Judicial	
CIUDAD:	Pasto	
PROCESADO:	DELGADO, ALVARO ARTURO	
DELITOS:	Uso de documento público falso	
PROCESO:	15888	
PUBLICADA:	Sí	122

CARLOS AUGUSTO GALVEZ ARGOTE - Aclaración de voto 127

CARLOS EDUARDO MEJIA ESCOBAR - Aclaración de voto 128

NULIDAD/ INSTRUCCION

PONENTE:	CARLOS EDUARDO MEJIA ESCOBAR Auto Segunda Instancia	
FECHA:	06/07/1999	
DECISION:	Revoca auto en cuanto negó práctica de pruebas, confirma en todo lo demás	

		Página
PROCEDENCIA:	Tribunal Superior del Distrito Judicial	
CIUDAD:	Pasto	
PROCESADO:	BURBANO DELGADO, LUIS MARCIAL	
DELITOS:	Prevaricato por omisión	
PROCESO:	15625	
PUBLICADA:	Sí	129

CASACION DISCRECIONAL

PONENTE:	RICARDO CALVETE RANGEL Casación Discrecional	
FECHA:	06/07/1999	
DECISION:	Inadmite el recurso de casación excepcional	
PROCEDENCIA:	Tribunal Superior del Distrito Judicial	
CIUDAD:	Pereira	
PROCESADO:	TORRES AGUIRRE, ALEJANDRO	
DELITOS:	Violación a la Ley 30/86, artículo 33-2	
PROCESO:	15604	
PUBLICADA:	Sí	137

EXTRADICION-Acuerdo Bolivariano/EXTRADICION-Prescripción

PONENTE:	FERNANDO E. ARBOLEDA RIPOLL Extradición	
FECHA:	06/07/1999	
DECISION:	Conceptúa favorablemente	
PAIS REQUIRENTE:	Perú	
PROCESADO:	VARGAS PIZANGO, HUMBERTO	
PROCESO:	15479	
PUBLICADA:	Sí	140

TERCERO CIVILMENTE RESPONSABLE/CASACION DISCRECIONAL

PONENTE:	CARLOS EDUARDO MEJIA ESCOBAR Casación Discrecional	
FECHA:	06/07/1999	
DECISION:	No concede el recurso de casación excepcional	
PROCEDENCIA:	Juzgado 34 Penal del Circuito	
CIUDAD:	Santa Fe de Bogotá	
PROCESADO:	ARIZA, VICTOR MANUEL	
DELITOS:	Lesiones personales culposas	
PROCESO:	15887	
PUBLICADA:	Sí	162

TERMINO-Notificación de providencias

PONENTE:	NILSON E. PINILLA PINILLA Sentencia Casación	
FECHA:	06/07/1999	
DECISION:	Casa, decreta nulidad a partir del auto por el cual el Juzgado concedió extemporáneamente	
PROCEDENCIA:	Juzgado 45 Penal del Circuito	
CIUDAD:	Santa Fe de Bogotá	

Página

PROCESADO: RAMIREZ GUERRERO, ANDRES
DELITOS: Lesiones personales culposas
PROCESO: 11249
PUBLICADA: Si 167

CASACION DISCRECIONAL-Causales

PONENTE: MARIO MANTILLA NOUGUES
Casación Discrecional
FECHA: 06/07/1999
DECISION: No Concede el recurso de casación discrecional
PROCEDENCIA: Juzgado 51 Penal del Circuito
CIUDAD: Santa Fe de Bogotá
PROCESADO: VEGA NIETO, ULISES
DELITOS: Hurto calificado y agravado
PROCESO: 15946
PUBLICADA: Sí 174

CASACION DISCRECIONAL/ FRAUDE PROCESAL/ PRESCRIPCION

PONENTE: CARLOS AUGUSTO GALVEZ ARGOTE
Casación Discrecional
FECHA: 06/07/1999
DECISION: No concede el recurso de casación excepcional
PROCEDENCIA: Tribunal Superior del Distrito Judicial
CIUDAD: Santa Fe de Bogotá
PROCESADO: HERNANDEZ HERNANDEZ, JORGE ELIECER
DELITOS: Fraude procesal
PROCESO: 15752
PUBLICADA: Si 178

ACCION DE REVISION-Cambio de jurisprudencia

PONENTE: EDGAR LOMBANA TRUJILLO
Acción de Revisión
FECHA: 06/07/1999
DECISION: Reconoce apoderado e inadmite la demanda de revisión
PROCEDENCIA: Tribunal Superior del Distrito Judicial
CIUDAD: Santa Fe de Bogotá
PROCESADO: GOMEZ COY, JULIO ARTURO
DELITOS: Hurto calificado y agravado, Porte ilegal de armas de defensa personal
PROCESO: 15760
PUBLICADA: Sí 183

CARLOS EDUARDO MEJIA ESCOBAR - Aclaración de voto 189

DEMANDA DE CASACION/NULIDAD/FALSEDAD EN DOCUMENTO PUBLICO

PONENTE: CARLOS EDUARDO MEJIA ESCOBAR
Sentencia Casación
FECHA: 06/07/1999
DECISION: No Casa
PROCEDENCIA: Tribunal Superior del Distrito Judicial

		Página
CIUDAD:	Santa Fe de Bogotá	
PROCESADO:	CASALLAS ORDOÑEZ, HECTOR JULIO	
DELITOS:	Falsedad en documento privado	
PROCESO:	11144	
PUBLICADA:	Sí	190

ACCION DE REVISION

PONENTE:	JORGE E. CORDOBA POVEDA Acción de Revisión	
FECHA:	06/07/1999	
DECISION:	Reconoce apoderado e inadmite la demanda de revisión	
PROCEDENCIA:	Tribunal Superior del Distrito Judicial	
CIUDAD:	Santa Marta	
PROCESADO:	CAMARGO DE LEON, RAFAEL ANTONIO	
DELITOS:	Porte de armas de defensa personal, Homicidio	
PROCESO:	15920	
PUBLICADA:	Sí	210

IMPEDIMENTO-Haber dado opinión sobre el caso

PONENTE:	CARLOS EDUARDO MEJIA ESCOBAR Auto Impedimento	
FECHA:	06/07/1999	
DECISION:	Declara infundado el impedimento manifestado por varios Magistrados del Tribunal Superior de Valledupar	
PROCEDENCIA:	Tribunal Superior del Distrito Judicial	
CIUDAD:	Valledupar	
PROCESADO:	MEJIA ARAUJO, ANA	
DELITOS:	Prevaricato por acción, Prevaricato por omisión	
PROCESO:	15984	
PUBLICADA:	Sí	213

COLISION DE COMPETENCIA/RECEPTACION

PONENTE:	CARLOS EDUARDO MEJIA ESCOBAR Auto Colisión de Competencias	
FECHA:	06/07/1999	
DECISION:	Declara competente al Juzgado 9 Penal del Circuito de Santa Fe de Bogotá	
PROCEDENCIA:	Juzgado Penal del Circuito Villeta, Juzgado 9 P.C. de Bogotá	
PROCESADO:	RONCANCIO SUAREZ, MARCO AURELIO	
DELITOS:	Receptación	
PROCESO:	15923	
PUBLICADA:	Sí	218

SINDICADO-Facultades/ APELACION

PONENTE:	CARLOS EDUARDO MEJIA ESCOBAR Auto Segunda Instancia	
FECHA:	07/07/1999	
DECISION:	Acepta el desistimiento del recurso de apelación. niega petición de aplazamiento	

		Página
PROCEDENCIA:	Tribunal Superior del Distrito Judicial	
CIUDAD:	Antioquia	
PROCESADO:	RODRIGUEZ GONZALEZ, JUAN MANUEL	
DELITOS:	Peculado por uso indebido	
PROCESO:	15956	
PUBLICADA:	Sí	223

LIBERTAD PROVISIONAL/ TERMINO-Vencimiento

PONENTE:	GUIOMAR JIMENEZ MUÑOZ Auto Segunda Instancia	
FECHA:	08/07/1999	
DECISION:	Confirma providencia impugnada	
PROCEDENCIA:	Tribunal Superior del Distrito Judicial	
CIUDAD:	Riohacha	
PROCESADO:	DAZA BERMUDEZ, RODRIGO	
DELITOS:	Prevaricato por acción, Prevaricato por omisión, Cohecho	
PROCESO:	16042	
PUBLICADA:	Sí	227

PRUEBA EN EL JUICIO-Naturaleza del auto, impugnación

PONENTE:	NILSON PINILLA PINILLA Sentencia Casación	
FECHA:	08/07/1999	
DECISION:	No Casa	
PROCEDENCIA:	Tribunal Superior del Distrito Judicial	
CIUDAD:	Santa Fe de Bogotá	
PROCESADOS:	RAMOS RODRIGUEZ, LUIS NELSON RAMIREZ GONZALEZ, EDILBAR EGIDIO	
DELITOS:	Tentativa de homicidio, Porte de armas de defensa personal, Homicidio	
PROCESO:	11530	
PUBLICADA:	Sí	232

NULIDAD/ABUSO DE FUNCION PUBLICA/PREVARICATO POR ACCION

PONENTE:	JORGE ANIBAL GOMEZ GALLEGO Sentencia Segunda Instancia	
FECHA:	08/07/1999	
DECISION:	Confirma con las aclaraciones expuestas sentencia condenatoria	
PROCEDENCIA:	Tribunal Superior del Distrito Judicial	
CIUDAD:	Valledupar	
PROCESADO:	CASTRO MACHUCHA, JOSE LUIS	
DELITOS:	Prevaricato por acción, Abuso de función pública	
PROCESO:	14573	
PUBLICADA:	Sí	240

PROCESO PENAL/NOTIFICACION **Página**

PONENTE: GUIOMAR JIMENEZ MUÑOZ
Recurso de Hecho
FECHA: 08/07/1999
DECISION: Desecha el recurso de hecho
PROCEDENCIA: Tribunal Superior del Distrito Judicial
CIUDAD: Villavicencio
PROCESADO: LOPEZ, JUAN VESPACIANO
DELITOS: Lesiones personales culposas, Homicidio culposo
PROCESO: 15893
PUBLICADA: Sí 265

EXTINCION DE LA ACCION-Muerte del procesado/MEDIDAS CAUTELARES/ EXTINCION DE DOMINIO

PONENTE: NILSON PINILLA PINILLA
Unica Instancia
FECHA: 13/07/1999
DECISION: Declara extinción de la acción penal por muerte
PROCEDENCIA: Procuraduría General de la Nación
PROCESADO: MAYA COPETE, ANTONIO HERACLITO
DELITOS: Peculado por apropiación,
Falsedad en documento privado
PROCESO: 9229
PUBLICADA: Sí 269

TERMINACION ANTICIPADA DEL PROCESO/ APELACION/ CASACION/ DEMANDA DE CASACION-Ajuste parcial

PONENTE: CARLOS AUGUSTO GALVEZ ARGOTE
Auto Casación
FECHA: 13/07/1999
DECISION: Declara ajustada a derecho la demanda de casación
PROCEDENCIA: Tribunal Nacional
PROCESADO: OSORIO GUTIERREZ, GERARDO EDUARDO
DELITOS: Hurto calificado y agravado, Porte ilegal de armas,
Secuestro simple, Secuestro extorsivo
PROCESO: 15289
PUBLICADA: Sí 274

PERMISO ADMINISTRATIVO/JUEZ REGIONAL

PONENTE: JORGE ANIBAL GOMEZ GALLEGO
Auto Casación
FECHA: 13/07/1999
DECISION: Reconoce en forma provisional redención de pena
PROCEDENCIA: Tribunal Nacional
PROCESADO: GUEVARA GOMEZ, LUZ MERY
DELITOS: Violación a la Ley 30/86
PROCESO: 12686
PUBLICADA: Sí 277

DEFENSA TECNICA/PRUEBA

Página

PONENTE: FERNANDO ARBOLEDA RIPOLL
Sentencia Casación
FECHA: 14/07/1999
DECISION: No Casa
PROCEDENCIA: Tribunal Superior del Distrito Judicial
CIUDAD: Manizales
PROCESADO: LOPEZ BERNAL, LUIS FERNANDO
DELITOS: Porte de ilegal armas de defensa personal, Homicidio, Cohecho
PROCESO: 10984
PUBLICADA: Si 280

CARLOS EDUARDO MEJIA ESCOBAR - Aclaración de voto 300

DEMANDA DE CASACION

PONENTE: CARLOS EDUARDO MEJIA ESCOBAR
Sentencia Casación
FECHA: 14/07/1999
DECISION: No Casa
PROCEDENCIA: Tribunal Superior del Distrito Judicial
CIUDAD: Ibagué
PROCESADO: SOLANILLA VARON, CARLOS ALBERTO
DELITOS: Falsedad en documento privado
PROCESO: 10855
PUBLICADA: Si 301

TERCERO CIVILMENTE RESPONSABLE

PONENTE: JORGE E. CORDOBA POVEDA
Sentencia Casación
FECHA: 14/07/1999
DECISION: Desestima la demanda, casa parcialmente
PROCEDENCIA: Tribunal Superior del Distrito Judicial
CIUDAD: Manizales
PROCESADO: LEAL, RICARDO
DELITOS: Lesiones personales culposas, Homicidio culposo
PROCESO: 14449
PUBLICADA: Si 311

ERROR DE HECHO/ INDICIO

PONENTE: CARLOS EDUARDO MEJIA ESCOBAR
Sentencia Casación
FECHA: 14/07/1999
DECISION: No Casa
PROCEDENCIA: Tribunal Nacional
PROCESADO: ZAPATA PALACIO, JORGE ELIECER
DELITOS: Violación a la Ley 30/86
PROCESO: 12120
PUBLICADA: Si 334

NOTIFICACION/LEGITIMA DEFENSA/DOLO DE IMPETU **Página**

PONENTE: JORGE ANIBAL GOMEZ GALLEGO
Sentencia Casación
FECHA: 14/07/1999
DECISION: Desestima la demanda, se abstiene de decretar nulidad, casa parcial y de oficio
PROCEDENCIA: Tribunal Superior del Distrito Judicial
CIUDAD: Quibdó
PROCESADO: BERMUDEZ RUIZ, ALEXIS
DELITOS: Tentativa de homicidio
PROCESO: 10749
PUBLICADA: Sí 352

LIBERTAD PROVISIONAL

PONENTE: ALVARO ORLANDO PEREZ PINZON
Casación -Libertad-Reposición
FECHA: 21/07/1999
DECISION: No repone providencia que negó libertad
PROCESADOS: CELY BOTIA, LUZ MERY
RAMIREZ DIAZ, JAIME
DELITOS: Secuestro simple
PROCESO: 15238
PUBLICADA: Sí 365

IN DUBIO PRO REO

PONENTE: CARLOS AUGUSTO GALVEZ ARGOTE
Sentencia Casación
FECHA: 21/07/1999
DECISION: No Casa
PROCEDENCIA: Tribunal Nacional
PROCESADO: APONTE VALENCIA, MAURICIO
DELITOS: Porte de armas de uso privativo de las F.M., Homicidio agravado
PROCESO: 13308
PUBLICADA: Sí 389

LIBERTAD CONDICIONAL/REBELION

PONENTE: NILSON PINILLA PINILLA
Casación -Libertad
FECHA: 21/07/1999
DECISION: Niega excarcelación
PROCEDENCIA: Tribunal Nacional
PROCESADO: ARIAS VALENCIA, GILDARDO
DELITOS: Falsedad personal, Rebelión
PROCESO: 13435
PUBLICADA: Sí 379

IDENTIDAD DEL PROCESADO/INDIVIDUALIZACION/INCONGRUENCIA DE LA SENTENCIA Página

PONENTE: NILSON PINILLA PINILLA
Sentencia Casación
FECHA: 21/07/1999
DECISION: No Casa
PROCEDENCIA: Tribunal Superior del Distrito Judicial
CIUDAD: Santa Fe de Bogotá
PROCESADOS: CASTRO CORTES, WILSON y
MORALES RODRIGUEZ, JOSE CENEN
DELITOS: Tentativa de homicidio, Falsedad, Porte ilegal de armas de defensa personal, Fuga de presos
PROCESO: 11452
PUBLICADA: Sí 382

DETENCION PREVENTIVA/ DETENCION DOMICILIARIA/PERMISO-Para estudiar

PONENTE: CARLOS AUGUSTO GALVEZ ARGOTE
Casación -Libertad
FECHA: 22/07/1999
DECISION: Niega libertad provisional, expide copias
PROCEDENCIA: Tribunal Superior del Distrito Judicial
CIUDAD: Cali
PROCESADOS: HORTUA RAYO, FERNEY ANTONIO y
COY PINEDA, CARLOS ABEL
DELITOS: Cohecho
PROCESO: 15623
PUBLICADA: Sí 392

REDENCION DE PENA/PERMISO ADMINISTRATIVO

PONENTE: EDGAR LOMBANA TRUJILLO
Auto Casación
FECHA: 26/07/1999
DECISION: Se abstiene de reconocer por ahora redención de pena
PROCEDENCIA: Tribunal Superior del Distrito Judicial
CIUDAD: Santa Fe de Bogotá
PROCESADO: MARIÑO MARTINEZ, LUIS ANTONIO
DELITOS: Homicidio
PROCESO: 14518
PUBLICADA: Sí 397

CASACION DISCRECIONAL-Requisitos

ASUNTO: CASACION DISCRECIONAL INTERPUESTO
POR EL DEFENSOR DEL PROCESADO.
PONENTE: JORGE E. CORDOBA POVEDA
Casación Discrecional
FECHA: 27/07/1999
DECISION: No concede el recurso de casación discrecional

Página

PROCEDENCIA: Juzgado 4 Penal del Circuito
CIUDAD: Cali
PROCESADO: BLANCO QUICENO, ALBERTO
DELITOS: Lesiones personales culposas
PROCESO: 15963
PUBLICADA: Sí 401

LIBERTAD PROVISIONAL-Competencia para otorgarla

PONENTE: CARLOS EDUARDO MEJIA ESCOBAR
Casación -Libertad-
FECHA: 27/07/1999
DECISION: Anula autos del Juzgado, concede libertad provisional
PROCEDENCIA: Tribunal Superior del Distrito Judicial
CIUDAD: Neiva
PROCESADO: ESPAÑA CARVAJAL, FABIO
DELITOS: Tentativa de homicidio
PROCESO: 10889
PUBLICADA: Sí 404

TERMINACION ANTICIPADA DEL PROCESO/ SENTENCIA ANTICIPADA-Interés para recurrir

PONENTE: MARIO MANTILLA NOUGUES
Auto Casación
FECHA: 27/07/1999
DECISION: Rechaza in limine la demanda de casación
PROCEDENCIA: Tribunal Superior del Distrito Judicial
CIUDAD: Pereira
PROCESADO: GUTIERREZ TORO, DAGOBERTO
DELITOS: Hurto calificado y agravado
PROCESO: 14394
PUBLICADA: Sí 411

FALSO JUICIO DE EXISTENCIA/FALSO JUICIO DE IDENTIDAD

PONENTE: JORGE E. CORDOBA POVEDA
Auto Casación
FECHA: 27/07/1999
DECISION: Rechaza in limine la demanda, declara desierto el recurso
PROCEDENCIA: Tribunal Superior del Distrito Judicial
CIUDAD: Santa Fe de Bogotá
PROCESADO: VILLAMIZAR CARRILLO, JUAN CARLOS
DELITOS: Hurto calificado, Homicidio agravado
PROCESO: 14317
PUBLICADA: Sí 416

DEMANDA DE CASACION

PONENTE: NILSON E. PINILLA PINILLA
Auto Casación
FECHA: 27/07/1999
DECISION: Rechaza in limine la demanda

PROCEDENCIA: Tribunal Superior del Distrito Judicial Página
CIUDAD: Cali
PROCESADO: NARANJO ZULUAGA, SILVIO
DELITOS: Hurto calificado y agravado
PROCESO: 13329
PUBLICADA: Sí 420

SANA CRITICA

PONENTE: FERNANDO ARBOLEDA RIPOLL
Auto Casación
FECHA: 27/07/1999
DECISION: Inadmite la demanda de casación
PROCEDENCIA: Tribunal Superior del Distrito Judicial
CIUDAD: Santa Fe de Bogotá
PROCESADO: HERNANDEZ, YESID
DELITOS: Falsedad material de particular en documento público
Hurto calificado y agravado. Falsedad en documento privado
PROCESO: 13173
PUBLICADA: Sí 427

DEMANDA DE CASACION

PONENTE: ALVARO ORLANDO PEREZ PINZON
Auto Casación
FECHA: 27/07/1999
DECISION: Rechaza la demanda de casación
PROCEDENCIA: Tribunal Superior del Distrito Judicial
CIUDAD: Santa Fe de Bogotá
PROCESADO: PALACIOS RODRIGUEZ, PEDRO HERNANDO
DELITOS: Porte ilegal de armas de defensa personal. Homicidio
PROCESO: 13720
PUBLICADA: Si 431

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA-Competencia/ REDENCION DE PENA

PONENTE: CARLOS EDUARDO MEJIA ESCOBAR
Auto Casación
FECHA: 28/07/1999
DECISION: Reconoce en forma provisional rebaja de pena
PROCEDENCIA: Tribunal Nacional
PROCESADO: MONGUI DUARTE, JORGE ENRIQUE
DELITOS: Violación a la Ley 30/86
PROCESO: 12713
PUBLICADA: Sí 443

NULIDAD/DERECHO DE DEFENSA

PONENTE: FERNANDO ARBOLEDA RIPOLL
Sentencia Casación
FECHA: 29/07/1999
DECISION: No Casa
PROCEDENCIA: Tribunal Nacional

		Página
PROCESADOS:	RODRIGUEZ FRANCO, CARLOS ALBERTO GOMEZ RODRIGUEZ, JOSE GABRIEL VASQUEZ, GUILLERMO LEONEL ORTIZ QUIÑONEZ, JOSE ALBEIRO ESQUIVEL, ALBA LIBIA	
DELITOS:	Rebelión, Secuestro extorsivo	
PROCESO:	14333	
PUBLICADA:	Sí	447

SANA CRITICA/ERROR DE HECHO

PONENTE:	ALVARO ORLANDO PEREZ PINZON Sentencia Casación	
FECHA:	29/07/1999	
DECISION:	No Casa	
PROCEDENCIA:	Tribunal Superior del Distrito Judicial	
CIUDAD:	Manizales	
PROCESADO:	CHARTAS FLOREZ, NARCES	
DELITOS:	Acceso carnal violento	
PROCESO:	11121	
PUBLICADA:	Sí	470

SECUESTRO/PENA

PONENTE:	EDGAR LOMBANA TRUJILLO Sentencia Casación	
FECHA:	29/07/1999	
DECISION:	No Casa, no expide copias	
PROCEDENCIA:	Tribunal Nacional	
PROCESADO:	OSPINA ZAMBRANO, GILBERTO	
DELITOS:	Rebelión, Secuestro extorsivo	
PROCESO:	12371	
PUBLICADA:	Sí	489

TESTIMONIO-Del menor/ JURAMENTO/ TESTIGO DE OIDAS

PONENTE:	JORGE ANIBAL GOMEZ GALLEGO Sentencia Casación	
FECHA:	29/07/1999	
DECISION:	No Casa	
PROCEDENCIA:	Tribunal Superior del Distrito Judicial	
CIUDAD:	Riohacha	
PROCESADO:	TAPIAS GUERRA, REYBER RUBEN	
DELITOS:	Homicidio consumado	
PROCESO:	10615	
PUBLICADA:	Sí	496

ERROR EN LA DENOMINACION JURIDICA DE LA INFRACCION

PONENTE:	JORGE E. CORDOBA POVEDA Sentencia Casación	
FECHA:	29/07/1999	
DECISION:	No Casa	

PROCEDENCIA: Tribunal Superior del Distrito Judicial Página
CIUDAD: Valledupar
PROCESADO: PAYARES PABON, ALIRIO ALFONSO
DELITOS: Lesiones personales, Tentativa de homicidio
PROCESO: 10761
PUBLICADA: Sí 506

PRINCIPIO DE LIMITACION/CAUSAL DE JUSTIFICACION-Orden de Superior

PONENTE: EDGAR LOMBANA TRUJILLO
Sentencia Casación
FECHA: 29/07/1999
DECISION: No Casa
PROCEDENCIA: Tribunal Superior del Distrito Judicial
CIUDAD: Valledupar
PROCESADOS: DAZA CAMARGO, GLORIA
CANTILLO DE VARGAS, SOLEDAD
ESCOBAR PEREA, EDUARDO ISAAC
RIVEIRA DIAZ, LOYOLA ZORAIDA
FELIZZOLA CASTILLA, IVIS MARIA
BAQUERO MOJICA, MOISES
MACHADO MACHADO, SONIA PATRICIA
QUIROZ QUIROZ, SARA
RAMIREZ MOLINA, ALBANIA
DELITOS: Peculado culposo, Peculado por apropiación, Falsedad ideológica en documento público.
Destrucción de documento público
PROCESO: 14717
PUBLICADA: Sí 510

DEMANDA DE CASACION

PONENTE: ALVARO ORLANDO PEREZ PINZON
Auto Casación
FECHA: 03/08/1999
DECISION: Rechaza la demanda
PROCEDENCIA: Tribunal Superior del Distrito Judicial
CIUDAD: Bucaramanga
PROCESADO: BOHORQUEZ SILVA, OCTAVIO
DELITOS: Porte de armas de defensa personal, Homicidio simple
PROCESO: 13912
PUBLICADA: Sí 546

DEMANDA DE CASACION-Claridad y precisión

PONENTE: CARLOS EDUARDO MEJIA ESCOBAR
Auto Casación
FECHA: 03/08/1999
DECISION: Rechaza in limine la demanda de casación
PROCEDENCIA: Tribunal Superior del Distrito Judicial
CIUDAD: Cali
PROCESADO: ANGULO LOPEZ, VICTOR FABIO

DELITOS: Homicidio simple Página
PROCESO: 12752
PUBLICADA: Sí 552

DEMANDA DE CASACION

PONENTE: FERNANDO ARBOLEDA RIPOLL
Auto Casación
FECHA: 03/08/1999
DECISION: Rechaza la demanda de casación
PROCEDENCIA: Tribunal Nacional
PROCESADO: ORTIZ PEÑA, MERLY ONIRA
DELITO: Empleo o lanzamiento de sustancias u objetos peligrosos
PROCESO: 13568
PUBLICADA: Sí 559

LIBERTAD Y SENTENCIA CONDENATORIA-Subrogado de la condena de ejecución condicional (art.198 C. de P.P.)/ CUMPLIMIENTO INMEDIATO DE LAS PROVIDENCIAS

PONENTE: JORGE ANIBAL GOMEZ GALLEGO
Casación -Libertad-
FECHA: 03/08/1999
DECISION: Niega libertad provisional
PROCEDENCIA: Tribunal Superior del Distrito Judicial
CIUDAD: Pereira
PROCESADO: MURILLO VALLEJO, JAIME ANTONIO
DELITOS: Hurto calificado y agravado, Receptación
PROCESO: 14898
PUBLICADA: Sí 565

DEMANDA DE CASACION

PONENTE: FERNANDO ARBOLEDA RIPOLL
Auto Casación
FECHA: 03/08/1999
DECISION: Rechaza la demanda de casación presentada por la parte civil
PROCEDENCIA: Tribunal Superior del Distrito Judicial
CIUDAD: Santa Fe de Bogotá
PROCESADOS: CARDENAS DUARTE, VICTOR MANUEL
JIMENEZ SABOGAL, FERNANDO ELIECER
DELITOS: Estafa
PROCESO: 13494
PUBLICADA: Sí 568

DETENCION DOMICILIARIA/RESTRICCION DOMICILIARIA

PONENTE: CARLOS AUGUSTO GALVEZ ARGOTE
Auto Casación
FECHA: 03/08/1999
DECISION: Niega por improcedente la sustitución
de la medida de aseguramiento

PROCEDENCIA: Tribunal Superior del Distrito Judicial Página
CIUDAD: Santa Fe de Bogotá
PROCESADO: GUALDRIA, HAROLD BRAYAN
DELITOS: Hurto calificado y agravado
PROCESO: 12944
PUBLICADA: Sí 575

DEMANDA DE CASACION

PONENTE: MARIO MANTILLA NOUGUES
Auto Casación
FECHA: 03/08/1999
DECISION: Rechaza in límine la demanda de casación
PROCEDENCIA: Tribunal Superior del Distrito Judicial
CIUDAD: Santa Fe de Bogotá
PROCESADO: GUASCA GUASCA, ERASMO ALBERTO
DELITOS: Estafa
PROCESO: 15750
PUBLICADA: Sí 577
05/08/1999

COLISION DE COMPETENCIA/ JUEZ DE EJECUCION DE PENAS

PONENTE: EDGAR LOMBANA TRUJILLO
Auto Colisión de Competencias
FECHA: 05/08/1999
DECISION: Se abstiene de conocer sobre el conflicto planteado
PROCEDENCIA: J. 34 Penal de Bogotá y J. 2 de Ejecución de Penas de Tunja
PROCESADO: ALDANA RAMIREZ, GUSTAVO
DELITOS: Porte de armas de defensa personal, Homicidio agravado
PROCESO: 15885
PUBLICADA: Sí 582

ACCION CIVIL/DESISTIMIENTO

PONENTE: EDGAR LOMBANA TRUJILLO
Auto Casación
FECHA: 05/08/1999
DECISION: Se abstiene de resolver sobre el desistimiento de la parte civil
PROCEDENCIA: Tribunal Superior del Distrito Judicial
CIUDAD: Bucaramanga
PROCESADO: CASTILLO MALDONADO, YOLANDA
DELITOS: Homicidio
PROCESO: 15445
PUBLICADA: Sí 592

EXTRADICION-Trámite

PONENTE: JORGE ANIBAL GOMEZ GALLEGO
Extradición
FECHA: 05/08/1999
DECISION: Deniega la solicitud de devolución del expediente
al Ministerio de Justicia

PAIS REQUIRENTE: Estados Unidos de América Página
PROCESADO: PERLAZA ORTIZ, MILTON
PROCESO: 15825
PUBLICADA: Si 595

REFORMATIO IN PEJUS/LEGALIDAD DE LA PENA

PONENTE: JORGE E. CORDOBA POVEDA
Sentencia Casación
FECHA: 05/08/1999
DECISION: Desestimula la demanda y casa parcial y de oficio en cuanto a la pena accesoria
PROCEDENCIA: Tribunal Superior del Distrito Judicial
CIUDAD: Medellín
PROCESADO: MONTILLA SEPULVEDA, JAIME JHON
DELITOS: Porte ilegal de armas de defensa personal, Homicidio agravado
PROCESO: 10791
PUBLICADA: Si 600
ALVARO ORLANDO PEREZ PINZON - Salvamento Parcial de Voto 608

CASACION DISCRECIONAL

PONENTE: JORGE E. CORDOBA POVEDA
Casación Discrecional
FECHA: 05/08/1999
DECISION: No concede el recurso de casación discrecional
PROCEDENCIA: Tribunal Superior Militar
PROCESADO: OVIEDO DIAZ, OSCAR ANTONIO
DELITOS: Deserción
PROCESO: 15903
PUBLICADA: Sí 611
FERNANDO ARBOLEDA RIPOLL - Salvamento de Voto 615

CASACION DISCRECIONAL

PONENTE: EDGAR LOMBANA TRUJILLO
Casación Discrecional
FECHA: 05/08/1999
DECISION: No concede el recurso de casación discrecional
PROCEDENCIA: Tribunal Superior Militar
PROCESADO: GOMEZ, JORGE ELIECER
DELITOS: Desobediencia
PROCESO: 15900
PUBLICADA: Sí 617

SECUESTRO EXTORSIVO/CONEXIDAD/COMPETENCIA

PONENTE: MARIO MANTILLA NOUGUES
Sentencia Casación
FECHA: 05/08/1999
DECISION: No Casa
PROCEDENCIA: Tribunal Nacional
PROCESADOS: MIRANDA, JULIO JOSE
CARRASCAL TOVIO, JORGE ANTONIO

		Página
DELITOS:	Hurto calificado y agravado, Porte ilegal de armas de defensa personal, Secuestro extorsivo	
PROCESO:	12860	
PUBLICADA:	Si	619

NOTIFICACION-Sentencia

PONENTE:	CARLOS AUGUSTO GALVEZ ARGOTE Recurso de Hecho	
FECHA:	05/08/1999	
DECISION:	Declara correctamente denegado el recurso de casación	
PROCEDENCIA:	Tribunal Superior del Distrito Judicial	
CIUDAD:	San Andrés	
PROCESADO:	SINCLAIRE CHRISTOPHER, EDGAR	
DELITOS:	Violación a la Ley 30/86	
PROCESO:	16036	
PUBLICADA:	Si	623

DEMANDA DE CASACION/PRUEBA/FALSO JUICIO DE CONVICCION

PONENTE:	ALVARO ORLANDO PEREZ PINZON Sentencia Casación	
FECHA:	05/08/1999	
DECISION:	No Casa	
PROCEDENCIA:	Tribunal Superior del Distrito Judicial	
CIUDAD:	Santa Fe de Bogotá	
PROCESADO:	MALDONADO GOMEZ, OMAR YESID	
DELITOS:	Falsedad en documento privado	
PROCESO:	11140	
PUBLICADA:	Si	627

CASACION DISCRECIONAL-Término para la sustanciación

PONENTE:	JORGE E. CORDOBA POVEDA Casación Discrecional –Reposición	
FECHA:	05/08/1999	
DECISION:	No repone providencia mediante la cual no se concedió el recurso de casación discrecional	
PROCEDENCIA:	Tribunal Superior del Distrito Judicial	
CIUDAD:	Santa Fe de Bogotá	
PROCESADO:	PRECIADO ARBELAEZ, ALEJANDRO ALBERTO	
PROCESO:	15751	
PUBLICADA:	Si	643

LIBERTAD PROVISIONAL-Condena no ejecutoriada/PROHIBICION DE SALIR DEL PAIS

PONENTE:	EDGAR LOMBANA TRUJILLO Casación -Libertad-	
FECHA:	05/08/1999	
DECISION:	Se abstiene de conceder libertad definitiva, se abstiene de levantar prohibición, cancelación boletas de captura	
PROCEDENCIA:	Tribunal Superior del Distrito Judicial	

		Página
CIUDAD:	Santa Fe de Bogotá	
PROCESADO:	CHARRY MONTEALEGRE, RICARDO	
DELITOS:	Falsedad material de particular en doc. Público, Falsedad en documento privado	
PROCESO:	15548	
PUBLICADA:	Sí	647

LESIONES PERSONALES/DESISTIMIENTO/CONTRAVENCION/ FUERO

PONENTE:	JORGE ANIBAL GOMEZ GALLEGO	
	Unica Instancia	
FECHA:	10/08/1999	
DECISION:	Acepta el desistimiento, profiere resolución inhibitoria	
PROCEDENCIA:	Corte Suprema de Justicia	
PROCESADO:	CHAUX MOSQUERA, JUAN JOSE	
DELITOS:	Lesiones personales	
PROCESO:	15510	
PUBLICADA:	Sí	651

VIOLACION INDIRECTA DE LA LEY/FALSO JUICIO DE EXISTENCIA

PONENTE:	CARLOS EDUARDO MEJIA ESCOBAR	
	Auto Casación	
FECHA:	10/08/1999	
DECISION:	Inadmite la demanda de casación	
PROCEDENCIA:	Tribunal Superior del Distrito Judicial	
CIUDAD:	Buga	
PROCESADO:	GARCIA ECHAVARRIA, ARNOLDO	
DELITOS:	Tentativa de extorsión, Porte ilegal de armas, Homicidio agravado	
PROCESO:	13910	
PUBLICADA:	Sí	654

DEMANDA DE CASACION/ERROR DE HECHO

PONENTE:	ALVARO ORLANDO PEREZ PINZON	
	Auto Casación	
FECHA:	10/08/1999	
DECISION:	Rechaza la demanda de casación y declara desierto el recurso	
PROCEDENCIA:	Tribunal Superior del Distrito Judicial	
CIUDAD:	Cundinamarca	
PROCESADO:	GONZALEZ CRUZ, HECTOR DANIEL	
DELITOS:	Tentativa de homicidio	
PROCESO:	14159	
PUBLICADA:	Sí	660

VIOLACION DIRECTA DE LA LEY/VIOLACION INDIRECTA DE LA LEY

PONENTE:	CARLOS AUGUSTO GALVEZ ARGOTE	
	Auto Casación	
FECHA:	10/08/1999	
DECISION:	Rechaza in limine la demanda	
PROCEDENCIA:	Tribunal Superior del Distrito Judicial	

		Página
CIUDAD:	Cundinamarca	
PROCESADO:	HURTADO ABRIL, OCTAVIO	
DELITOS:	Homicidio	
PROCESO:	14683	
PUBLICADA:	Sí	666

DEMANDA DE CASACION/NULIDAD

PONENTE:	NILSON E. PINILLA PINILLA	
	Auto Casación	
FECHA:	10/08/1999	
DECISION:	Rechaza in limine la demanda de casación	
PROCEDENCIA:	Tribunal Superior del Distrito Judicial	
CIUDAD:	Medellín	
PROCESADO:	MEDINA CAMARGO, ALEXANDER	
DELITOS:	Tentativa de homicidio	
PROCESO:	13523	
PUBLICADA:	Sí	670

COLISION DE COMPETENCIA-Trámite

PONENTE:	MARIO MANTILLA NOUGUES	
	Auto Colisión de Competencias	
FECHA:	10/08/1999	
DECISION:	Se abstiene de pronunciarse sobre el aparente conflicto de competencias	
PROCEDENCIA:	Tribunal Superior de Santa Marta. Juzgado 50 Penal Bogotá	
PROCESADOS:	RODRIGUEZ, HERNANDO Y OTROS	
DELITOS:	Peculado por apropiación, Falsedad en documento público, Prevaricato por acción en concurso, Fraude procesal	
PROCESO:	15694	
PUBLICADA:	Sí	674

EXTRADICION

PONENTE:	CARLOS EDUARDO MEJIA ESCOBAR	
	Extradición	
FECHA:	11/08/1999	
DECISION:	Niega práctica de pruebas	
REQUERIDO:	KLAUS GRAGEL, WOLFGANG DIRK	
PROCESO:	15190	
PUBLICADA:	Sí	682

CAMBIO DE RADICACION

PONENTE:	CARLOS EDUARDO MEJIA ESCOBAR	
	Cambio de Radicación	
FECHA:	11/08/1999	
DECISION:	No accede a la petición de cambio de radicación	
PROCEDENCIA:	Juzgado 6° Penal del Circuito	
CIUDAD:	Barranquilla	
PROCESADOS:	PEDROZA CARMONA, DAGOBERTO	
	ORTEGA MUÑOZ, NELSON	

DELITOS: Tentativa de homicidio, Homicidio Página
PROCESO: 16152
PUBLICADA: Sí 686

DEMANDA DE CASACION

PONENTE: CARLOS AUGUSTO GALVEZ ARGOTE
Sentencia Casación
FECHA: 11/08/1999
DECISION: No Casa
PROCEDENCIA: Tribunal Superior del Distrito Judicial
CIUDAD: Cúcuta
PROCESADO: URREGO TEUSA, JUAN CARLOS
DELITOS: Porte ilegal de armas de defensa personal, Homicidio
PROCESO: 11606
PUBLICADA: Sí 690

NULIDAD/CONEXIDAD/COMPLEJIDAD/ERROR EN LA DENOMINACION JURIDICA DE LA INFRACCION/DEFENSA TECNICA

PONENTE: FERNANDO E. ARBOLEDA RIPOLL
Sentencia Casación
FECHA: 11/08/1999
DECISION: Desestima las demandas, casa de oficio y parcial, decreta nulidad
PROCEDENCIA: Tribunal Nacional
PROCESADOS: MENDEZ GONZALEZ, WILSON
CASTAÑEDA TRIANA, EUBERTO
DELITOS: Lesiones personales, Homicidio y porte ilegal de armas
PROCESO: 11555
PUBLICADA: Sí 702
NILSON E. PINILLA PINILLA - Aclaración de voto 719

JUEZ ESPECIALIZADO/SECUESTRO/TERMINACION ANTICIPADA DEL PROCESO-Interés para recurrir

PONENTE: CARLOS AUGUSTO GALVEZ ARGOTE
Sentencia Casación
FECHA: 11/08/1999
DECISION: No Casa
PROCEDENCIA: Tribunal Nacional
PROCESADO: MONTOYA HENAO, JAIME DE JESUS
DELITOS: Porte ilegal de armas de defensa personal, Secuestro extorsivo
PROCESO: 11856
PUBLICADA: Sí 720

INDAGATORIA/SITUACION JURIDICA/SECUESTRO EXTORSIVO

PONENTE: JORGE ANIBAL GOMEZ GALLEGO
Sentencia Casación
FECHA: 11/08/1999
DECISION: No Casa

PROCEDENCIA: Tribunal Nacional Página
PROCESADO: RIOS GOMEZ, JOSE RAUL
DELITOS: Lesiones personales. Porte ilegal de armas de defensa personal. Tentativa de secuestro extorsivo
PROCESO: 12368
PUBLICADA: Sí 732

NORMA SUSTANCIAL

PONENTE: EDGAR LOMBANA TRUJILLO
Sentencia Casación
FECHA: 11/08/1999
DECISION: No Casa
PROCEDENCIA: Tribunal Nacional
PROCESADO: CONTRERAS BOHORQUEZ, JUAN DE JESUS
DELITOS: Violación a la Ley 30/86, artículo 30
PROCESO: 12495
PUBLICADA: Sí 747

FALSO JUICIO DE CONVICCION/SECUESTRO/CONSULTA/REFORMATIO IN PEJUS

PONENTE: NILSON E. PINILLA PINILLA
Sentencia Casación
FECHA: 11/08/1999
DECISION: No Casa
PROCEDENCIA: Tribunal Nacional
PROCESADOS: JURADO MANRIQUE, ARNULFO
TORRES MORENO, TEOFILO
DELITOS: Secuestro extorsivo agravado
PROCESO: 14063
PUBLICADA: Sí 754

LIBERTAD PROVISIONAL/SECUESTRO

PONENTE: NILSON E. PINILLA PINILLA
Auto Casación
FECHA: 11/08/1999
DECISION: Niega suspensión de la detención
PROCEDENCIA: Tribunal Nacional
PROCESADO: QUINTERO MONROY, DORIS MARIA
DELITOS: Tráfico de municiones, Secuestro extorsivo, Fabricación de Municiones, Tráfico de armas, Fabricación de armas
PROCESO: 15503
PUBLICADA: Sí 767

VIOLACION INDIRECTA DE LA LEY

PONENTE: ALVARO ORLANDO PEREZ PINZON
Auto Casación
FECHA: 11/08/1999
DECISION: Rechaza la demanda de casacion
PROCEDENCIA: Tribunal Superior del Distrito Judicial

		Página
CIUDAD:	Santa Fe de Bogotá	
PROCESADO:	BETANCOURT PARRA, FERNANDO	
DELITOS:	Tentativa de homicidio, Homicidio	
PROCESO:	13814	
PUBLICADA:	Sí	763

NOTIFICACION PERSONAL/TERMINACION ANTICIPADA DEL PROCESO/ SENTENCIA ANTICIPADA

PONENTE:	CARLOS AUGUSTO GALVEZ ARGOTE Sentencia Casación	
FECHA:	11/06/1999	
DECISION:	Casa oficiosa y parcialmente en el sentido de declarar la nulidad parcial.	
PROCEDENCIA:	Tribunal Superior del Distrito Judicial	
CIUDAD:	Santa Fe de Bogotá	
PROCESADO:	GONZALEZ SILVA, JESUS ENRIQUE	
DELITOS:	Hurto calificado y agravado, Porte ilegal de armas de defensa personal	
PROCESO:	10686	
PUBLICADA:	Sí	781

NILSON E. PINILLA PINILLA - Salvamento Parcial de Voto 799

INDICE GENERAL

Página

-A-

ABUSO DE FUNCION PUBLICA 240
ACCION CIVIL 592
ACCION DE REVISION 88, 210
ACCION DE REVISION-Cambio de jurisprudencia 122
ACCION DE REVISION-Cambio de jurisprudencia 183
ACCION DE REVISION-Poder especial 115
ACCION DE REVISION-Prueba nueva 75
ACCION DE REVISION-Pruebas 96
ANONIMO 62, 69
APELACION 223, 274

-C-

CAMBIO DE RADICACION 72, 686
CASACION DISCRECIONAL 40, 64, 80, 137, 262
CASACION DISCRECIONAL 178, 611, 617
CASACION DISCRECIONAL-Causales 174
CASACION DISCRECIONAL-Requisitos 401
CASACION DISCRECIONAL-Término para la sustentación 643
CASACION 100, 274
CASACION-Quántum punitivo 50
CAUSAL DE JUSTIFICACION-Orden de Superior 510
COLISION DE COMPETENCIA 15, 218, 582

Página

COLISION DE COMPETENCIA-Trámite 674
COMPETENCIA 619
COMPLEJIDAD 702
CONEXIDAD 619, 702
CONSULTA 754
CONTRAVENCION 651
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA-Competencia 443
CUMPLIMIENTO INMEDIATO DE LAS PROVIDENCIAS 565

-D-

DEFENSA TECNICA 280, 702
DEMANDA DE CASACION 190
DEMANDA DE CASACION 301, 420, 431, 546, 552, 559, 568, 577, 627, 660, 670, 690
DEMANDA DE CASACION-Ajuste parcial 274
DERECHO DE DEFENSA 447
DESISTIMIENTO 592, 651
DETENCION DOMICILIARIA 392, 575
DETENCION PREVENTIVA 392
DOLO DE IMPETU 352

-E-

ERROR DE HECHO 334, 470, 660
ERROR EN LA DENOMINACION JURIDICA DE LA INFRACCION 506, 702
EXTINCION DE LA ACCION-Muerte del procesado 269
EXTINCION DEL DOMINIO 269
Extradicción 682
EXTRADICION-Acuerdo Bolivariano 140
EXTRADICION-Prescripción 140
EXTRADICION-Pruebas 85
EXTRADICION-Quiénes participan en el concepto 12
EXTRADICION-Trámite 595

Página

–F–

FALSEDAD EN DOCUMENTO PUBLICO 190
FALSO JUICIO DE CONVICCION 627, 754
FALSO JUICIO DE EXISTENCIA 416, 654
FALSO JUICIO DE IDENTIDAD 416
FAVORABILIDAD 7
FRAUDE PROCESAL 178
FUERO 651

–I–

IDENTIDAD DEL PROCESADO 382
IMPEDIMENTO 117
IMPEDIMENTO-Haber dado opinión sobre el caso 213
IMPUGNACION 105
IN DUBIO PRO REO 369
INCONGRUENCIA DE LA SENTENCIA 382
INDAGATORIA 732
INDICIO 334
INDIVIDUALIZACION 382
INSTRUCCION 129
INTEGRACION DE NORMAS 54

–J–

JUEZ DE EJECUCION DE PENAS 582
JUEZ ESPECIALIZADO 720
JUEZ REGIONAL 277
JURAMENTO 496

–L–

LEGALIDAD DE LA PENA 600
LEGITIMA DEFENSA 352
LESIONES PERSONALES 651
LIBERTAD CONDICIONAL 379

Página

LIBERTAD PROVISIONAL 7, 35, 227, 365, 767
LIBERTAD PROVISIONAL-Competencia de la Corte 67
LIBERTAD PROVISIONAL-Competencia para otorgarla 404
LIBERTAD PROVISIONAL-Condena no ejecutoriada 647
LIBERTAD Y SENTENCIA CONDENATORIA-Subrogado de la condena de ejecución condicional (art. 198 C. de P.P.) 565

-M-

MEDIDAS CAUTELARES 269

-N-

NORMA SUSTANCIAL 747
NOTIFICACION PERSONAL 781
NOTIFICACION 265, 352
NOTIFICACION-Sentencia 623
NULIDAD 105, 129, 190, 240, 447, 670, 702

-P-

PENA 489
PERMISO ADMINISTRATIVO 277, 397
PERMISO-Para estudiar 392
PERSONALIDAD DEL PROCESADO 35
PORTE ILEGAL DE ARMAS 15
PRESCRIPCION 178
PREVARICATO POR ACCION 240
PRINCIPIO DE LIMITACION 510
PROCESO PENAL 265
PROHIBICION DE SALIR DEL PAIS 647
PRUEBA EN EL JUICIO-Naturaleza del auto, impugnación 232
PRUEBA 280, 627
PRUEBA 627

-R-

REBELION 379

Página

RECEPTACION 218
REDENCION DE PENA 397, 443
REFORMATIO IN PEJUS 600, 754
RESTRICCION DOMICILIARIA 575

-S-

SANA CRITICA 427, 470
SECUESTRO EXTORSIVO 619, 732
SECUESTRO 489, 720, 754, 767
SENTENCIA ANTICIPADA 100, 781
SENTENCIA ANTICIPADA-Interés para recurrir 411
SENTENCIA SEGUNDA INSTANCIA 105
SINDICADO-Facultades 223
SITUACION JURIDICA 732

-T-

TERCERO CIVILMENTE RESPONSABLE 162, 311
TERMINACION ANTICIPADA DEL PROCESO 100, 274, 411, 781
TERMINACION ANTICIPADA DEL PROCESO-Interés para recurrir 720
TERMINO-Notificación de providencias 167
TERMINO-Vencimiento 227
TESTIGO DE OIDAS 496
TESTIMONIO-Del menor 496

-V-

VIOLACION DIRECTA DE LA LEY 666
VIOLACION INDIRECTA DE LA LEY 21, 654, 666, 769


NACIONAL